

COÖPERATIE- EN CONCENTRATIE-TECHNIEKEN NAAR BELGISCH RECHT

I. AFBAKENING EN INDELING

1. Deze bijdrage biedt een bespreking van een aantal courante technieken waarover aan Belgisch recht onderworpen ondernemingen beschikken om aan hetzij een samenwerking m.b.t., hetzij een concentratie van hun activiteiten vorm te geven ¹.

2. Aan wie er de bestaande literatuur m.b.t. dit onderwerp op naslaat, stelt vast dat tot dusver geen overtuigende, alomvattende en vanuit handelsrechtelijke invalshoek geconcipeerde kwalificatie aan bedoelde technieken is gegeven ². Om die reden is in deze bijdrage gepoogd een originele, pragmatische indeling, opgezet in verband met de economische doelstellingen die de bij de operatie betrokken ondernemingen beogen, weer te geven.

In de toegepaste benadering gelden concentratie- en coöperatietechnieken, zeer ruim omschreven, als het geheel van juridische instrumenten die het twee (of meer) voorheen onafhankelijk opererende ondernemingen mogelijk maken hun activiteiten – op het vlak van productie, distributie en/of marketing – op elkaar af te stemmen en/of een zekere mate van integratie ervan te bewerkstelligen ³.

De term «concentratie» duidt hierbij in het bijzonder op de gevallen waarin een dergelijke operatie tot gevolg heeft dat de twee ondernemingen *de facto* één onderneming, met één centraal beslissingscentrum gaan vormen ⁴.

¹ De bijdrage behandelt enkel reeds mogelijke integratietechnieken en besteedt in principe geen aandacht aan voorgestelde formules, zoals bijvoorbeeld de Europese Vennootschap.

² Zich inspirerend op de Nederlandse doctrine, omschrijven sommige auteurs het geheel van verrichtingen die leiden tot de integratie van de activiteiten van twee of meer ondernemingen ook wel met de verzamelterm «economische fusie». (zie bijvoorbeeld SCHRANS, G. en VAN HOUTTE, H., *Internationaal handels- en financieel recht*, Leuven, Acco, 1991, 101 e.v.). De term wordt hierina niet gebruikt, wegens het ruime en onprecieze karakter ervan.

³ In die zin wordt geen aandacht besteed aan de mechanismen die in het bijzonder administratieve samenwerking mogelijk maken. Dit is bijvoorbeeld het geval met het Economisch Samenwerkingsverband (E.S.V.) en het Europees Economisch Samenwerkingsverband (E.E.S.V.), waarvan de toepasselijke regelgeving uitdrukkelijk bepaalt dat de structuur enkel geldt voor aan de eigenlijke ondernemingsfuncties auxiliaire activiteiten. (Zie, m.b.t. het E.S.V., art. 2 van de wet van 17 juli 1989 betreffende de economische samenwerkingsverbanden, *B.S.*, 22 augustus 1989. Zie m.b.t. het E.E.S.V., art. 3 van de Verordening (EEG) nr. 2137/85 van de Raad van 25 juli 1985 tot instelling van Europese economische samenwerkingsverbanden, *Pb.*, nr. L 199, van 31 juli 1985, 1, uitgevoerd door de wet van 12 juli 1989 houdende verscheidene maatregelen tot toepassing van de Verordening (EEG) nr. 2137/85 van de raad van 25 juli 1985 tot instelling van Europese economische samenwerkingsverbanden, *B.S.*, 22 augustus 1989.)

⁴ Het feit dat de betrokken samenwerkingspartners op het juridisch vlak hun onafhankelijkheid bewaren – zoals bijvoorbeeld het geval is bij de vorming van een horizontale groep (*infra*, nrs. 78 e.v.) – doet hieraan geen afbreuk.

In geval van «samenwerking» blijven de twee ondernemingen daarentegen als dusdanig bestaan en bewaren zij hun economische onafhankelijkheid. Daarenboven zijn de gevallen van samenwerking verder af te bakenen in verband met de vraag of er al dan niet een nieuwe onderneming tot stand komt. Is dit het geval, dan geldt deze samenwerking als een *joint venture*. Komt geen nieuwe onderneming tot stand, dan zal de samenwerking louter contractueel blijven, zij het dat de samenwerkingspartners in een dergelijk geval wel beschikken over bijzondere, institutionele mechanismen om de naleving van de samenwerkingsovereenkomst kracht bij te zetten.

3. Aan de hand van voormelde criteria – de al dan niet ver-smelting van de co-contracterende onderneming tot één onderneming, de al dan niet totstandkoming van een bijkomende, nieuwe onderneming en de mate van zelfstandigheid die de betrokken ondernemingen bewaren – volgt hierna een overzicht van de in het Belgische recht gehanteerde mechanismen om aan toenadering tussen ondernemingen gestalte te geven. Daarenboven zal de uiteenzetting geschieden in verband met een bijkomende vraagstelling, namelijk of de gehanteerde juridische structuur al dan niet gepaard gaat met de totstandkoming van een nieuwe, juridische entiteit.

Gemakkelijkheidshalve zal de gehanteerde werkhypothese steunen op de veronderstelling dat de toenadering voorligt tussen telkens slechts twee ondernemingen, hoewel het in de praktijk vaak zal voorkomen dat meer dan twee ondernemingen erbij betrokken zijn. Tenzij anders aangegeven, wordt ook uitgegaan van de veronderstelling dat de juridische organisatie van de bij de integratie betrokken ondernemingen die van een Belgische naamloze vennootschap is.

II. TECHNIEKEN VAN SAMENWERKING

4. Een toenadering tussen ondernemingen valt te beschouwen als een vorm van samenwerking ingeval ze geen afbreuk doet aan het onderscheiden functioneren van de betrokken ondernemingen, m.a.w. indien deze niet smelten tot één onderneming. Hierbij kan de samenwerking:

- louter contractueel zijn, wat gebruikelijk is ingeval het economische belang van de betrokken ondernemingen sterke verschillen vertoont en/of de verwachtingen en doelstellingen die de samenwerkingspartners t.a.v. de samenwerking koesteren, sterk uiteenlopen;

- leiden tot het opstarten van een nieuwe, gezamenlijke onderneming – een zogeheten *joint venture* – wat gebruikelijk is in geval de contracterende partners een gelijk economisch belang hebben en de samenwerking binnen hun respectieve ondernemingsstrategie een zelfde rol speelt.

A. Louter contractuele samenwerking

5. Samenwerking tussen ondernemingen is louter contractueel ingeval ze het onafhankelijke functioneren van de samenwerkende ondernemingen in wezen onverlet laat en

bijgevolg niet leidt tot de totstandkoming van een nieuwe onderneming. Een dergelijke samenwerking steunt op een in beginsel synallagmatische overeenkomst, waarbij de partijen verbintenissen aangaan en rechten verkrijgen die de realisatie van hun eigen doelstellingen ten goede komen, zonder dat partijen hierbij een gemeenschappelijke, economische doelstelling vooropzetten. Kenmerkend is bovendien dat de samenwerking in de regel geen – of slechts een geringe – invloed op de zelfstandigheid van het *management* en de eigendomsstructuur van de twee samenwerkende ondernemingen uitoefent.

6. Welke persoon bevoegd is om een onderneming d.m.v. een dergelijke samenwerkingsovereenkomst te verbinden, is afhankelijk van de rechtsvorm die de onderneming schraagt. Bijvoorbeeld:

- zal de fysieke persoon die bekwaam is handel te drijven, ook bekwaam zijn om, volgens zijn zakelijke inzichten, een samenwerkingsovereenkomst aan te gaan;
- zal of zullen, ingeval de onderneming de vorm van een personenvennootschap aanneemt, de besturende vennoot of vennoten een dergelijke overeenkomst kunnen aangaan, behoudens eventuele beperkingen die in de oprichtingsakte of vennootschapsstatuten voorkomen;
- zal, ingeval de onderneming de vorm van een kapitaalvennootschap heeft aangenomen, de bevoegdheid om de vennootschap te verbinden door een samenwerkingsovereenkomst, ressorteren onder het bestuursorgaan ⁵.

Voor het overige zullen de gemeenrechtelijke voorschriften inzake geldigheid van de overeenkomst en de uitvoering van haar verbintenissen, toepassing vinden.

2° Specifieke vormen van louter contractuele samenwerkingsovereenkomsten

7. T.a.v. het voorwerp van de samenwerkingsovereenkomst in het bijzonder geldt conform het gemene recht het beginsel van de contractsvrijheid. Toch zijn er een aantal specifieke samenwerkingsovereenkomsten, waarvan de inhoud ongeacht de activiteiten waarop ze betrekking hebben, in grote lijnen vaststaat, zonder dat het evenwel mogelijk is de overeenkomsten in klassiek burgerrechtelijke termen te kwalificeren als benoemde overeenkomsten.

Tot de bekendste voorbeelden van dergelijke, specifieke samenwerkingsovereenkomsten behoren:

- de agentuur- en distributieovereenkomst;
- de *franchising*-overeenkomst en
- de licentieovereenkomst.

a) De vertegenwoordigings- (of agentuur)overeenkomst en de distributieovereenkomst ⁶

8. Vertegenwoordigings- of agentuurovereenkomsten enerzijds en distributieovereenkomsten anderzijds maken het een onderneming mogelijk om een beroep te doen op een

andere onderneming teneinde de distributie van haar goederen op een gegeven marktsegment of op een vreemde markt te bewerkstelligen ⁷.

Dergelijke overeenkomsten vormen een alternatief voor de oprichting van een dochtervennootschap of vaste inrichting met als doel de verkoop van de door de onderneming geproduceerde goederen. In die zin kan een onderneming die een beroep doet op een agent of distributeur de bijzondere risico's verbonden aan de oprichting van een nieuwe dochtervennootschap of vaste oprichting vermijden.

Bedoelde risico's zijn in belangrijke mate economisch: de onderneming die toegang wil tot een andere, in de regel buitenlandse, afzetmarkt, is niet zeker dat zij in deze opzet zal slagen. Ingeval zij via de oprichting van een dochtervennootschap of vaste inrichting op de markt in kwestie een positie zou willen uitbouwen, kan het probleem rijzen dat de onderneming onvoldoende vertrouwd is met de plaatselijke toestand. Daarnaast kunnen ook juridische barrières van dien aard zijn dat ze de inrichting van een lokale distributie-entiteit bemoeilijken. De onderneming die de moeilijkheden en kosten verbonden aan de inrichting van een plaatselijke entiteit wil vermijden, kan als alternatief een overeenkomst aangaan met een plaatselijke vertegenwoordiger of overgaan tot het aangaan van een distributieovereenkomst.

9. De hier gehanteerde indeling van de overeenkomsten waarbij de ene partij tegen vergoeding de distributie van de goederen geproduceerd door de andere partij op zich neemt, is wellicht te rudimentair. Het rechtsverkeer onderscheidt verschillende van dergelijke technieken ⁸. Deze hierna *in extenso* te behandelen zou evenwel te ver leiden en buiten de opzet van deze bijdrage vallen. Hierna wordt dan ook enkel gewezen op een aantal grote verschilpunten.

Een van de wezenlijke verschilpunten tussen de overeenkomsten die aanleunen tegen de vertegenwoordiging enerzijds en overeenkomsten die eerder steunen op een zelfstandige distributie, is gelegen in het gehanteerde vergoedingssysteem: terwijl de vertegenwoordiger in de regel een provisie opstrijkt, beoogt de distributeur, die immers een eigen onderneming drijft, op zelfstandige basis winst te realiseren.

Tussen de vertegenwoordigings- en de distributieovereenkomst bestaan evenwel nog andere belangrijke verschilpunten. Zo bestaat de taak van de *vertegenwoordiger* er in belangrijke mate enkel in het produkt van de producent ter attentie van potentiële klanten te brengen. Hiertoe zal hij met deze potentiële klanten contact opnemen en hun eventueel stalen van de betrokken produkten voorleggen. De verkoopovereenkomst als dusdanig komt – conform de voorschriften die de agentuurovereenkomst beheersen – rechtstreeks tussen de verkoper en de klant tot stand, zij het dat eerstvermelde partij hierbij juridisch «vertegenwoordigd» wordt door de vertegenwoordiger of agent. In de eigenlijke distributie treedt de vertegenwoordiger dan ook meestal niet op: zijn taak beperkt zich tot het propageren van de produkten en de ondertekening voor rekening van de opdrachtgever van de

⁵ Waarbij het eventuele vereiste van ratificatie door de algemene vergadering van aandeelhouders, of andere bevoegdheidsbeperkingen, niet aan de wederpartij zal of zullen kunnen worden tegengeworpen.

⁶ Zie vooral Fox, W., *International commercial agreements*, Deventer en Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1992, 72-73.

⁷ TINDALL, R., *Multinational enterprises*, Dobbs Ferry (New York) en Leiden, Oceana Publications Inc. en A.W. Sijthoff, 1975, 74.

⁸ Voor een overzicht, zie CRAHAY, P., *Guide des contrats internationaux d'agence et de concession de vente*, Brussel, Story-Scientia, 1989.

verkoopovereenkomst met de klant. Voor de levering van de verkochte goederen zorgt de opdrachtgever zelf.

Een distributieovereenkomst daarentegen is een commerciële overeenkomst op grond waarvan de *distributeur* zich ertoe verbindt om op de overeengekomen markt (vaak een bepaald land) de goederen van de wederpartij te verkopen. De vergoeding van de distributeur bestaat uit de winst die hij realiseert op de verkoop. De distributeur draagt dus zelf een ondernemingsrisico. Hij koopt de goederen aan bij de producent, verkoopt ze door aan zijn klanten en ontvangt de betaling rechtstreeks van deze klanten. De verkoopovereenkomst komt met andere woorden tot stand tussen de distributeur en de klanten.

10. In die benadering komt enkel de distributieovereenkomst in aanmerking als een eigenlijke samenwerkingsovereenkomst tussen zelfstandige ondernemingen, zij het dat de «samenwerking» op een weinig verregaande wijze ingrijpt in de organisatiestructuur van de betrokken partijen ⁹.

b) Franchising ¹⁰

11. Conceptueel vertoont de *franchising*-overeenkomst sterke gelijkenissen zowel met de distributieovereenkomst, als met de (hierna te bespreken) licentieovereenkomst. Het betreft een betrekkelijk nieuwe methode van (internationaal) zakendoen, die, naar verluidt, afkomstig is uit de Verenigde Staten ¹¹.

Het basisconcept is vrij eenvoudig en komt hierop neer dat een onderneming die op haar thuismarkt met succes een nieuw produkt heeft geïntroduceerd, aan markttuitbreiding doet door de overdracht van vergunningen (*franchises*) aan andere ondernemingen (de *franchisees*) ¹², op grond waarvan deze laatste kunnen overgaan tot de verkoop van het produkt onder dezelfde voorstellingswijze ¹³ – m.b.t. merk, logo, distributiewijze, ... – als eerstvermelde onderneming

⁹ Voor een overzicht van de toepasselijke, Belgische wetgeving, zie DU JARDIN, L., «Le droit belge de la distribution commerciale», *Les dossiers du Journal des tribunaux*, nr. 2, Brussel, Larcier, 1992.

¹⁰ Zie vooral FOX, W., *supra*, noot 6, 73-76; JANSEN, H., «Het rechtskarakter van de commerciële samenwerkingsvorm *franchising*», *TVVS*, 1992, 165-171. Omtrent de I.P.R.-aspecten, zie HIE-
STAND, M., «Die international-privatrechtliche Beurteilung von Franchiseverträgen ohne Rechtswahlklausel», *RIW*, 1993, 173-179; CLAES, P., «Franchising. Analyse van het begrip en van enkele kenmerken», in *Belgische Vereniging van Bedrijfsjuristen (red.), La coopération entre entreprises – De samenwerking tussen ondernemingen*, Brussel en Antwerpen, Bruylant en Kluwer, 1993, 145-164. Voor een praktische bespreking van de wijze waarop een (Amerikaanse) onderneming een groot deel van haar winst kan putten uit *franchises* die zij heeft verleend aan buitenlandse partners, zie SCHINE, E., «Mr. Risk», *Int'l Bus.W.*, 7 december 1992, 38-48.

¹¹ Vooral voor kleine en middelgrote ondernemingen vormt *franchising* een aantrekkelijke formule. (Zie JANSEN, H., *supra*, noot 10, 168.)

¹² De Nederlandse auteur Weima stelt voor om de termen *franchisor* en *franchisee* te vertalen als respectievelijk de «inschakelaar» en de «ingeschakelde». (Zie WEIMA, W., *Franchising als samenwerkingsvorm tussen ondernemingen*, Leiden, Stenfert Kroese, 1974, 1). Hierna worden die termen evenwel niet gebezigd.

¹³ Hierover in het bijzonder VAUGHN, C., *Franchising. Its nature, scope, advantages and development*, Lexington (Massachusetts), Lexington Books, 39; WEIMA, W., *supra*, noot 12, 13 e.v.

dit op de eigen markt heeft gedaan ¹⁴. Ook de *franchising*-techniek geldt bijgevolg als een alternatief voor het opzetten van een plaatselijke dochtervennootschap of vaste inrichting ¹⁵.

De investeringslast komt hierbij voor rekening van de *franchisee*. Hij blijft eigenaar van zijn eigen handelszaak ¹⁶ en verbindt er zich in de regel toe een minimumkapitaal in zijn onderneming te investeren. Hij verbindt zich er meestal ook toe goederen bij de *franchisor* of de door hem aangewezen leveranciers aan te kopen, en door middel van een bepaalde voorstellingswijze aan zijn cliënteel door te verkopen ¹⁷. Daarnaast is hij contractueel onderworpen aan bepaalde kwaliteitsverplichtingen ¹⁸, zal hij bijzondere trainingssessies moeten bijwonen, ... In bepaalde gevallen is de *franchisee* ook onderworpen aan een afnameverplichting en verbindt hij er zich toe om enkel produkten die aan de in de overeenkomst bepaalde kenmerken voldoen, te verkopen.

Als tegenprestatie geniet de *franchisee* de voordelen van het (in vele gevallen mondiale) *marketing*- en reclamenetwerk van de onderneming die de vergunningen verleent (de *franchisor*). Bovendien kan de *franchisee* een beroep doen op de commerciële assistentie die de *franchisor* zich in de regel verbindt te verlenen ¹⁹.

¹⁴ Zie bijvoorbeeld GAST, O. en MENDELSSOHN, M., *Comment négocier une franchise?*, Parijs, Editions du Moniteur (Collection moniteur entreprise), 1981; VAUGHN, C., *supra*, noot 13, 1-2; ADAMS, J. en PRICHARD, J., *Franchising. Practice and precedents in business form franchising*, Londen, Butterworths, 1987, 9.

Men zou een *franchising*-overeenkomst ook kunnen definiëren als elke overeenkomst – welke ook haar vorm is – die een commerciële, artisanale, industriële of op dienstverlening betrekking hebbende «relatie» tussen onafhankelijk blijvende ondernemingen tot stand brengt, en die in ruil voor een vergoeding of enig ander voordeel aan de *franchisee* een recht toekent om gebruik te maken van een merk, een commerciële naam en/of een teken, dat verband houdt met een bepaalde exploitatiemethode en eventueel gemeenschappelijke dienstverlening met zich meebrengt, alsmede een gemeenschappelijke reclame en de onderlinge verstrekking van informatie. (Zie CRAHAY, P., «Le contrat de franchise de distribution et la loi relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente», *T.B.H.*, 1985, 660-675, in het bijzonder 662, voetnoot 12. Zie ook JANSEN, H., *supra*, noot 10, 168-169, die de kenmerken van de overeenkomst, waaronder het onbetoend, consensueel en *intuitu personae* karakter nader analyseert. Vergelijk Claes, P., *supra*, noot 10, 147 e.v., die de kwalificatie van een overeenkomst als *franchise*-overeenkomst vooral van belang acht met het oog op de toepasselijkheid van de E.E.G.-Commissie-Verordening die een groepsvrijstelling voor *franchise*-overeenkomsten verleent. Zie ten slotte ook WEIMA, W., *supra*, noot 12, 8, die een *franchising*-overeenkomst omschrijft als een op continuïteit ingestelde samenwerkingsvorm tussen twee of meer participanten in het economische verkeer, welke diverse schakels uit een of meer bedrijfskolommen vertegenwoordigen.

¹⁵ Weima vermeldt als doelstelling van de *franchising*-overeenkomst de bevordering, beheersing en stroomlijning van de goederenstroom van oerproducent naar consument, met gebruikmaking van moderne *marketing*methodes en -technieken. (Zie WEIMA, W., *supra*, noot 12, 1).

¹⁶ CRAHAY, P., *supra*, noot 14, 663.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Wegens het feit dat wantoestanden bij één van de *franchisees* automatisch repercussies hebben op de *franchisor* zelf en eventueel zelfs op de hele keten van *franchisees*.

¹⁹ Zie bijvoorbeeld GAST, O. en MENDELSSOHN, M., *supra*, noot 14, 18 e.v. en 30-31.

De *franchisee* betaalt in ruil voor het gebruik van de voorstellingswijze van de produkten zogeheten *royalties*. De berekening van deze *royalties* geschiedt in verhouding tot hetzij de omzet, hetzij de winst die de *franchisee* realiseert. De berekening volgens de omzet houdt voor de *franchisor* het minste risico's in. De vergoeding is dan immers verschuldigd, niettegenstaande de *franchisee* geen winst maakt ²⁰.

De grote aantrekkingskracht die van de formule uitgaat, is vooral gelegen in het feit dat de overeenkomst enerzijds een verregaande mate van integratie van de economische activiteiten van de partners mogelijk maakt, terwijl ze anderzijds de juridische en economische zelfstandigheid van de partijen grotendeels onverlet laat. Beide partijen behouden hun onafhankelijkheid en nemen als zelfstandige ondernemers deel aan het economische leven en rechtsverkeer ²¹. Dit beliet evenwel niet dat op het commercieel vlak de *franchisee* tot op zekere hoogte afhankelijk wordt van de *franchisor*.

12. In het internationale handelsverkeer gaat de toekenning van *franchises* vaak gepaard met de oprichting door de *franchisor* van een lokale dochtervennootschap, met als taak de uitoefening van toezicht over en de verlening van diensten aan de in het land van vestiging werkzame *franchisees*. De *franchisor* kan evenwel ook vanuit het thuisland het toezicht uitoefenen en de dienstverlening waarnemen.

13. Momenteel vormen *franchises* een van de populairste methodes waarvan Amerikaanse ondernemingen gebruik maken om toegang tot een vreemde markt te verwerven. Ook Europese ondernemingen maken er in belangrijke mate gebruik van bij hun internationalisering ²².

Recent heeft de techniek dan ook de aandacht gewekt van de E.G.-kartelautoriteiten, die bijzondere voorwaarden gesteld hebben waaraan de overeenkomsten moeten voldoen om conform te zijn aan de voorschriften van de artt. 85-86 EG. Hierbij hanteert de E.G.-Commissie het systeem van de groepsvrijstellingen ²³.

²⁰ Omtrent de rechten en verplichtingen van de partijen, zie verder ABELL, M., «General obligations of both parties», in ABELL, M., (red.), *The international franchise option*, Londen, Waterlow Publishers, 1990, 103-105.

²¹ GAST, O. en MENDELSHOHN, M., *supra*, noot 14, 29.

²² Omtrent een aantal bijzondere vraagstukken van Belgisch recht, zie LAFILI, L. en M., «Belgium», in ABELL, M., (red.), *supra*, noot 20, 268-281.

²³ Verordening (EEG) nr. 4087/88 van de Commissie van 30 november 1988 inzake de toepassing van artikel 85, lid 3, van het verdrag op groepen *franchise*-overeenkomsten, waarin de Commissie een groepsvrijstelling van art. 85, lid 3, EEG verleent voor *franchise*-overeenkomsten waarbij één van de partijen goederen levert aan of diensten verricht ten behoeve van de eindgebruiker. (Voor een overzicht, zie MARESCAU, M., VAN DEN BOSSCHE, A. en TISON, M., *Europees Gemeenschapsrecht. Bronnenboek II. Europees kartelrecht*, Brussel, Story Sc., 1992, 257 e.v., met verdere verwijzingen. Zie ook ADAMS, J. en PRICHARD, J., *supra*, noot 14, 45; ABELL, M., *The Franchise option. A legal guide*, Londen, Mark Abell, 1989, 35 e.v.; JANSEN, H., *supra*, noot 10, 168, met verdere verwijzingen; CRONICH, S., «Franchising in Europe – EEC», in MENDELSHOHN, M., *International franchising – An overview*, Amsterdam, New York en Oxford, International Bar Association (Section on Business Law), 1984, 333-378, in bijzonder 337 e.v.)

c) Licenties en overdracht van technologie ²⁴

14. Een licentieovereenkomst is een overeenkomst waarbij de houder van een intellectueel recht (de licentiegever) – bijvoorbeeld een patent, *copyright*, merk ²⁵ of niet gepatenteerde geheimen of commerciële procédés (veelal omschreven als *know how*) – aan een ander persoon (de licentiehouder) de toelating geeft om van het recht gebruik te maken. Veelal wordt de licentie voor een bepaalde duur verleend, of geldt ze voor de levensduur van het onderliggende intellectuele recht. In ruil voor het gebruiksrecht betaalt de licentiehouder een vergoeding, die meestal bestaat uit *royalties*.

De redenen om van deze techniek gebruik te maken zijn vrij analoog aan die welke gelden voor de *franchising*-overeenkomst. Meestal wil de licentiegever toegang verwerven tot een vreemde markt, bijvoorbeeld omdat hij beschikt over een kostenvoordeel of over een sterk gedifferentieerd produkt, maar stuit hij op barrières die een dergelijke toegang bemoeilijken, of kan hij de kosten verbonden aan een rechtstreekse toegang niet zelf dragen. In het internationale handelsverkeer vindt de toekenning van licenties vooral plaats als export onmogelijk of moeilijk is, bijvoorbeeld wegens het bestaan van importheffingen of soortgelijke invoerbepaalde maatregelen of wanneer de produkten die het voorwerp uitmaken van de licentie, moeilijk te transporteren zijn. Licenties kunnen er ook toe bijdragen de concurrentiepositie van de onderneming te verstevigen ²⁶.

15. In vergelijking met de oprichting van een eigen produktvestiging (bijvoorbeeld een dochtervennootschap of bijkantoor), gaat de verlening van licenties gepaard met een aantal voor- en nadelen.

Ten eerste kan de exploitatie van de *know-how* op het marktsegment of de vreemde markt waarvoor de licentie geldt, een financieel voordeel doen ontstaan. Ingeval deze exploitatie de vorm aanneemt van een licentie, zal de licentiegever zich evenwel slechts een deel van dit voordeel kunnen toeëigenen: het overige deel komt toe aan de licentiehouder. In tweede instantie komen niet alle goederen voor licentieverlening in aanmerking. Vereist is dat het eigendomsrecht m.b.t. het goed onbetwist vaststaat, bijvoorbeeld doordat het het voorwerp uitmaakt van een octrooi ²⁷.

De techniek heeft als belangrijkste voordeel dat ze vrij goedkoop is. Zeker ingeval de onderneming niet beschikt over voldoende kapitaal om zelf een vestiging op te richten, is de licentieovereenkomst het middel bij uitstek om toch haar *know-how* op een vreemde markt te exploiteren. Aan-

²⁴ Zie vooral FOX, W., *supra*, noot 6, 76-79. Zie ook DELEUZE, J.M., *Le contrat de transfert de processus technologique*, Parijs, Masson (Les manuels de droit et pratique du commerce international), 1979, en DELEUZE, J.M., *Le contrat international de licence de Know-how*, Parijs, Masson (Les manuels de droit et pratique du commerce international), 1988.

²⁵ Het betreft in de drie gevallen intellectuele rechten die in de meeste landen onderworpen zijn aan een registratieverplichting bij een administratieve autoriteit.

²⁶ Omtrent de economische motivering voor het verlenen van een licentie, zie DAEMS, H. en DOUMA, S., *Concurrentiestrategie en concurrenstrategie*, Deventer, Kluwer Bedrijfswetenschappen, 1990, 252.

²⁷ DAEMS, H. en DOUMA, S., *supra*, noot 26, 252.

gezien de onderneming hierbij geen eigen middelen hoeft te investeren, loopt zij ook minder risico. Voorts gaat een grote aantrekkingskracht uit van de snelheid van de methode: licenties stellen een onderneming in staat om heel snel aan markuitbreiding te doen ²⁸.

16. Evenmin als het geval is voor *franchising*, bieden licenties m.b.t. patenten een adequate oplossing ter bescherming van bepaalde immateriële actiefbestanddelen. De verlening van patenten dient de eigenaar van intellectuele eigendom te beschermen tegen opportunisme van de kant van de medecontractant. Toch biedt het systeem enkele nadelen:

- patenten zijn slechts nuttig wanneer de houder van de intellectuele eigendom er een beschrijving van kan geven in de vorm van een prototype;
- patenten functioneren slechts effectief als ze afdwingbaar zijn in geval van misbruik door de medecontractant;
- houders van een intellectuele eigendom dienen patenten aan te vragen in elk land waarin ze actief wensen te zijn;
- in het internationale handelsverkeer belemmeren nationale regeringen in vele gevallen de vrije uitwisseling van immateriële activa (vooral kennis) ²⁹.

17. Hoewel de concrete inhoud van de licentieovereenkomst verschilt van geval tot geval, is toch een aantal gemeenschappelijke kenmerken te onderkennen. Zo zal een licentieovereenkomst in de regel over een lange tijd lopen. Hoe complexer de technologie waarop de overeenkomst betrekking heeft, hoe langer de opstartingsfase voor de licentiehouder loopt. De *royalties* kunnen dan ook zeer lang op zich laten wachten, in sommige gevallen zelfs jaren. Vandaar dat partijen meestal voor een lange termijn overeenkomen.

Van fundamenteel belang in de redactie van de licentieovereenkomst is de zogeheten geheimhoudingsclausule. Een dergelijke clausule is meestal het gevolg van het aandringen van de licentiegever en resulteert in een strenge geheimhoudingsverplichting van de licentiehouder. Het voornaamste risico verbonden aan licenties houdt immers verband met de geheimhouding van de productieprocedures waarop de intellectuele rechten betrekking hebben. Vooral wanneer het recht van het land waarin de licentiehouder werkzaam is, een minder verregaande bescherming biedt dan het recht van het land van de licentiegever, doen de partijen er goed aan in de overeenkomst bijzondere regelen te treffen met betrekking tot de geheimhoudingsplicht van de licentiehouder ³⁰. Als geen garanties m.b.t. de geheimhouding voorliggen, zal de onderneming die haar *know-how* wil exploiteren op een buitenlandse markt er beter aan doen dit te realiseren door middel van de oprichting van een lokale dochtervennootschap of bijkantoor ³¹.

Het bedingen van een concurrentieclausule kan voorkomen dat de licentiehouder zijn eigen produkten bevoordeelt, ten nadele van die van de licentiegever ³².

Vaak strekt de bekommernis van de licentiegever zich ook uit tot het gebruik dat de licentiehouder van de licentie maakt (de zogeheten kwaliteitsbewaking) ³³. Een verkeerd gebruik kan immers de reputatie van de licentiegever schaden. Vandaar dat licentiegevers meestal kwaliteitscontrolebedingen stipuleren.

In geval van een grensoverschrijdende licentie zal rekening gehouden moeten worden met de in sommige landen van kracht zijnde reglementering, die de overdracht in vreemde handen van bepaalde technologieën aan verregaande restricties onderwerpt.

Het toezicht op de naleving van de contractuele bedingen zal vanzelfsprekend belangrijke kosten met zich meebrengen. Bedoelde kosten zijn vooral hoog ingeval de goederen die het voorwerp uitmaken van de licentie, aan een snel verouderingsproces blootstaan. Hiervan moet de licentiegever die voor het gebruik van deze vorm van internationalisering opteert, zich terdege rekenschap geven ³⁴.

3° Specifieke technieken tot waarborg van te goeder trouw naleving van de samenwerkingsovereenkomst (winstnivelleringsmechanismen)

a) Technieken van winstnivellering in het algemeen

18. Een van de centrale problemen die overeenkomsten in het algemeen, en samenwerkingsovereenkomsten in het bijzonder stellen, is te garanderen dat de wederpartij de door hem aangegane verbintenissen te goeder trouw zal naleven. Vooral ingeval het voorwerp van de verbintenissen een doen of laten betreft – wat in geval van een samenwerkingsovereenkomst meestal zo zal zijn – is de noodzaak van dergelijke waarborgen heel scherp.

19. Vanzelfsprekend kunnen de gemeenrechtelijke, contractuele technieken die de te goeder trouw naleving van de hoofdbintenissen van een overeenkomst ondersteunen – zoals een schadebeding of een persoonlijke of zakelijke zekerheid – ook in geval van een samenwerkingsovereenkomst goede diensten bewijzen. Nadeel van deze methodes is evenwel dat hun uitwerking vaak de tussenkomst van een derde instantie – zij het scheidsrechter of rechtcollege – zal vergen. Daarenboven zal deze instantie voor de moeilijke taak staan na te gaan of en in welke mate de verbintenissen uit de samenwerkingsovereenkomst niet nageleefd zijn.

Vandaar dat ondernemingen die de te goeder trouw uitvoering van de verbintenissen van de samenwerkingsovereenkomst op een meer onmiddellijke wijze willen ondersteunen, in de praktijk hun toevlucht zullen nemen tot mechanismen die leiden tot winstnivellering. Deze technieken hebben als kenmerk dat ze de eventuele winst die een van de partners zou putten uit de niet-naleving van de verbintenissen uit de samenwerkingsovereenkomst, op evenredige wijze ten goede komt aan de loyale partner. In die zin valt de motivering

zou als een van de voornaamste oorzaken van de mislukking van de samenwerking gelden. (Zie FINE, A., «Why Pernod didn't go better with Coke», *Int'l Bus. W.*, 20 juni 1988, 20.)

³³ DAEMS, H. en DOUMA, S., *supra*, noot 26, 253.

³⁴ *Ibid.*

²⁸ DAEMS, H. en DOUMA, S., *supra*, noot 26, 253-254.

²⁹ SHANE, S., «The Effect of Cultural Differences in Perceptions of Transaction Costs on National Differences in the Preference for Licensing», 32 *MIR*; 1992, 295-311, in bijzonder 297-298.

³⁰ Zie ook GUGLER, P., «Building Transnational Alliances to Create Competitive Advantages», 25 *LRP*, 1992, 90-99, in het bijzonder 93.

³¹ DAEMS, H. en DOUMA, S., *supra*, noot 26, 253.

³² De bevoordeling door licentienemer Pernod van zijn eigen produkten ten nadele van die van haar licentiegever Coca-Cola,

om bedoelde verbintenissen niet na te leven grotendeels weg ³⁵.

20. Naast de hierna niet besproken overeenkomst houdende een gelijke verdeling van de winst uit een gegeven activiteit (de zogeheten «potovereenkomst»), kan het gebruik van de volgende mechanismen winstnivellering tot stand brengen of in de hand werken:

- kruisparticipaties en
- bijzondere vennootschapstypes, namelijk de tijdelijke vennootschap (t.v.) en de vennootschap bij wijze van deelneming (v.i.d.).

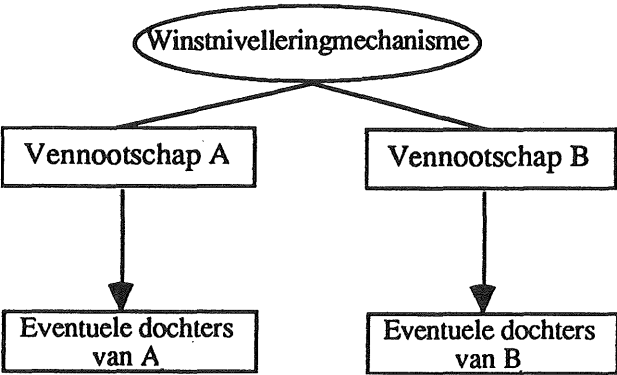
21. In geval van samenwerking tussen twee bestaande ondernemingen en in de hypothese dat deze samenwerking

geen betrekking heeft op al hun activiteiten, zal het eventueel raadzaam zijn de activiteiten van de ondernemingen eerst te herfilialiseren – bijvoorbeeld doordat de twee ondernemingen hun juridische organisatiestructuur inrichten als twee verticale groepen, met aan het hoofd een moeder-vennootschap en telkens twee dochtervennootschappen, die respectievelijk de wel en niet aan de samenwerking te affilieren activiteiten verrichten – en het gehanteerde winstnivelleringmechanisme te concipiëren op het niveau van de dochtervennootschappen die de activiteiten waarop de samenwerking betrekking heeft, verrichten. Op die manier krijgt het winstnivelleringmechanisme enkel uitwerking t.a.v. de activiteiten die in de samenwerking vervat liggen. Het volgende organigram biedt hiervan een schematische voorstelling.

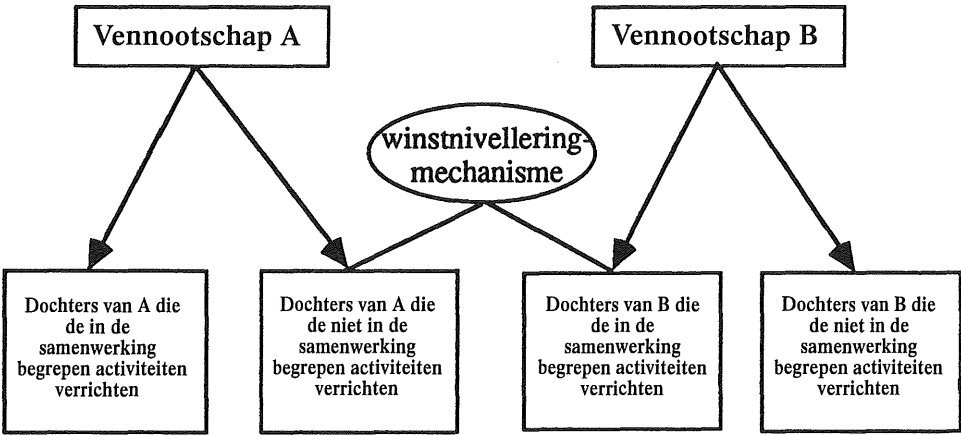
³⁵ Hierover MALUEG, D., «Collusive Behaviour and Partial Ownership of Rivals», *10 Int'l JIO*, 1992(1), 27-34.

Organigram: Niveaus van totstandbrenging van het winstnivelleringmechanisme

1e hypothese: de samenwerking betreft alle activiteiten van de samenwerkende vennootschappen



2e hypothese: de samenwerking betreft slechts een deel van de activiteiten van de samenwerkende vennootschappen



b) Kruisparticipaties

22. Ingeval de samenwerkende ondernemingen de rechtsvorm van een (kapitaal)vennootschap aannemen, bestaat een vrij eenvoudige techniek van winstnivellering erin kruisparticipaties tot stand te brengen. Als gevolg hiervan verwerven de samenwerkende ondernemingen een gelijke of *a rato* van hun bijdrage aan de samenwerking evenredige participatie in elkaars aandelenkapitaal, als gevolg waarvan ten belope van deze participaties nivellering van hun winst optreedt ³⁶.

23. Het gebruik van kruisparticipaties is op een dubbele kritiek gestuit ³⁷. Een eerste kritiek verwijt kruisparticipaties dat ze leiden tot fictieve kapitaalvorming. Deze is hierin gelegen dat aan de kruisparticipaties geen werkelijke inbreng beantwoordt: ten belope van de kleinste aandelenparticipatie van de ene vennootschap in de andere vennootschap, heeft immers een compensatie van inbrengen plaats. Een tweede kritiek betreft het feit dat een kruisparticipatie leidt tot zelfcontrole. Deze kritiek treft evenwel niet zozeer kruisparticipaties tussen voorheen onafhankelijke vennootschappen, maar vooral aandelenparticipaties die een dochtervennootschap in haar moedervennootschap zou bezitten. Het bestuursorgaan van de moedervennootschap bepaalt in een dergelijk geval immers hoe de dochtervennootschap met de participatie zal stemmen. In die zin werkt de techniek als een «oligarchische» constructie, waarbij het bestuursorgaan van de vennootschap zelf de zeggenschap over een deel van de aandelen die de bestuurders niet zelf bezitten, naar zich toetrekt ³⁸.

³⁶ Eventueel kan de gekozen structuur asymmetrisch zijn, bijvoorbeeld wanneer een van de samenwerkende vennootschappen een participatie bezit in het aandelenkapitaal van de andere vennootschap zelf, terwijl laatstvermelde enkel participeert in het aandelenkapitaal van een van de dochtervennootschappen van eerstvermelde. (Voor een toepassingsgeval, zie RAWSTORNE, P., «Guinness remodels its relationship with LMVH», *Financial Times*, 21 januari 1994, 1; JACKSON, T. and RIDDING, J., «Heady cocktail with lots of fizz», *Financial Times*, 21 januari 1994, 13 and RAWSTORNE, P., «A successful blend», *Financial Times*, 21 januari 1994, 13). Deze vaststelling illustreert dat de technieken van kruisparticipaties en vergemeenschappelijking van dochtervennootschappen grotendeels dezelfde economische doelstellingen dienen, en in die zin dan ook onderling verwisselbaar zijn.

³⁷ Zie bijvoorbeeld MARQUARDT, A., «Tender offers in France: the new rules», *Int'l Fin. L. Rev.*, 1990, 35-38, in het bijzonder 36; VASSOGNE, T., «Quels outils de défense juridique?», *MTF*, 1989, nr. 9, 10-12, in het bijzonder 10; GRAHAM, G., «French Senate votes to prevent cross-shareholding defences», *FT*, 13 juni 1989, 25.

Ook de Belgische Commissie voor het Bank- en Financieelzaken heeft zich over het gebruik van de constructie kritisch uitgelaten. (Zie BANKCOMMISSIE, *Jaarverslag 1946-47*, 90; *Jaarverslag 1950-51*, 69-73; *Jaarverslag 1967*, 167-169; *Jaarverslag 1986-87*, 93-97; *Jaarverslag 1988-89*, 70-71, zie ook CORNELIS, L. en PEETERS, J., «De verkrijging van eigen aandelen en winstbewijzen, het nemen van wederzijdse deelnemingen, de uitgifte van aandelen zonder stemrecht, van obligaties en warrants», in BRAECKMANS, H. en WYMEERSCH, E. (red.), *Het gewijzigde vennootschapsrecht 1991*, Antwerpen en Apeldoorn, Maklu Uitgevers, 1992, 145-251, in het bijzonder 159-166.)

³⁸ Op het E.G.-vlak heeft de materie reeds aanleiding gegeven tot restrictieve regelgeving. Tot dusver treffen de E.G.-voorschriften enkel kruisparticipaties van deze laatste categorie. Met name heeft de E.G.-Raad de lidstaten verplicht de mogelijkheid van ver-

24. Om voormelde redenen, en geïnspireerd op de op dat punt geldende Franse wetgeving ³⁹, heeft de Belgische wetgever de mogelijkheid tot gebruik van kruisparticipaties beperkt ⁴⁰.

Art. 52*sexies*, § 1, Venn.W. bepaalt meer in het bijzonder dat «twee onafhankelijke vennootschappen waarvan er ten minste één een naamloze vennootschap is met maatschappelijke zetel in België, (niet) in een zodanige situatie (mogen) verkeren dat elke vennootschap eigenaar is van aandelen of winstbewijzen die meer dan tien percent vertegenwoordigen van de stemmen verbonden aan het geheel van de door de andere vennootschap uitgegeven effecten». Art. 52*sexies*, § 4, Venn.W. onderwerpt met het oog op de handhaving van dit verbod de vennootschap die als laatste de 10%-participatiedrempel in de andere vennootschap overschrijdt, aan een verplichting tot vervreemding van de boven de drempel verworven aandelen ⁴¹.

Daarenboven bepaalt art. 52*quinqüies*, § 1, Venn.W. dat dochtervennootschappen samen «geen aandelen of winstbewijzen van hun moedervennootschap die de rechtsvorm heeft aangenomen van een naamloze vennootschap, (mogen) bezitten die meer dan tien percent vertegenwoordigen van de stemmen verbonden aan het geheel van de door die moedervennootschap uitgegeven effecten». Luidens het artikel geschiedt de berekening van de 10%-participatie m.a.w. op geconsolideerde basis, als gevolg waarvan alle dochtervennootschappen samen slechts 10% van de stemrechten in de moedervennootschap mogen bezitten. Ook ter

werving van een aandelenparticipatie door een dochtervennootschap in een moedervennootschap te onderwerpen aan het stelsel van de inkoop van eigen aandelen. (Zie art. 24*bis*, 1, a, Tweede Vennootschapsrichtlijn, zoals ingevoerd door art. 1 Richtlijn 92/101/EEG van de Raad van 23 november 1992 tot wijziging van Richtlijn 77/91/EEG betreffende de oprichting van de naamloze vennootschap, alsook de instandhouding en de wijziging van haar kapitaal, *Pb.* nr. L, 28 november 1992, 64, waarover X, «Änderung der Richtlinie 77/91/EEG über die Gründung der Aktiengesellschaft sowie der Erhaltung und Änderung ihres Kapitals», *AG*, 1993, R2-6.) Als alternatief stelsel laat de richtlijn kruisparticipaties toe, mits het stemrecht verbonden aan de aandelen van de «dochtervennootschap» wordt geschorst. (Zie art. 24*bis*, Tweede Vennootschapsrichtlijn.) Verkrijgingen die dateren van vóór de datum van omzetting van de richtlijn, hoeven niet aan het stelsel van art. 24*bis* te worden onderworpen. Wel worden de stemrechten verbonden aan de desbetreffende aandelen geschorst. (Zie art. 2.1 Richtlijn 92/101/EEG). Voor België geldt een bijzonder overgangsregime: tot 1 januari 1998 mag België de schorsing van de stemrechten uitstellen, wat betreft de aandelen die vóór de kennisgeving van deze richtlijn zijn verkregen en aandelen die na deze datum zijn verkregen, in zoverre de stemrechten niet meer dan 10% bedragen. (Zie art. 2.2 Richtlijn 92/101/EEG.)

³⁹ Artt. 358-359 Loi 24 juillet 1966.

⁴⁰ Het stelsel wijkt af van de in noot 38 vermelde richtlijn; evenwel kan België krachtens een bijzondere overgangsbepaling in de richtlijn het stelsel handhaven tot 1 januari 1998, dit teneinde verstoringen op de financiële markt te voorkomen.

⁴¹ Daarnaast zijn beide vennootschappen onderworpen aan een wederzijdse kennisgevingsplicht (zie art. 52*sexies*, § 2 Venn.W.) en geldt in afwachting van de vervreemding een schorsing van de stemrechten boven de toegestane drempel (zie art. 52*secies*, § 4, lid 2, en § 5, Venn.W.). Voor een meer omstandige en genuanceerde uiteenzetting van het toepasselijke regime, zie bijvoorbeeld Cornelis, L. en Peeters, J., *supra*, noot 37, 172-195.

handhaving van deze verbodsbepaling geldt een kennisgevingsverplichting⁴², een vervreemdingsverplichting en in afwachting van de vervreemding een schorsing van de stemrechten verbonden aan de aandelen boven de toegestane drempel⁴³.

25. Gelet op het feit dat kruisparticipaties een eenvoudige methode van winstnivellering tussen samenwerkende ondernemingen bieden en in die zin de te goeder trouw naleving van samenwerkingsovereenkomsten mee helpen garanderen, zijn voormelde beperkingen niet te rechtvaardigen. Weliswaar kunnen de bedoelde restricties bijdragen tot de bescherming van de rechten van de minderheidsaandeelhouders in de moeder vennootschap van een vennootschapsgroep – met name doordat bedoelde restricties vermijden dat de bestuurders zich te zeer onttrekken aan de invloed van de aandeelhouders (het aspect zelfcontrole) – maar dit argument is niet steekhoudend t.a.v. kruisparticipaties die tussen onafhankelijke vennootschappen tot stand komen. Ingeval de kruisparticipaties dienen ter ondersteuning van een samenwerkingsovereenkomst, is het immers meestal niet de bedoeling dat de partners de stemrechten verbonden aan de participatie in elkaars aandelenkapitaal uitoefenen: integendeel komen ze in de regel overeen elkaars beleid niet te beïnvloeden. In die zin gelden kruisparticipaties opgezet tussen samenwerkende ondernemingen enkel als methodes van winstnivellering en zijn ze vreemd aan elk motief van zelfcontrole. Vandaar dat de bepaling van art. 52^{sexies} Venn. W. die kruisparticipaties tussen onafhankelijke vennootschappen treft, ermee zou kunnen volstaan enkel de schorsing van de stemrechten op te leggen, en de vervreemdingsverplichting als overbodig en ongewenst overkomt.

c) Het gebruik van een bijzondere vennootschapsvorm: de t.v. en v.i.d.

26. Teneinde de te goeder trouw naleving van de verbintenissen uit de samenwerkingsovereenkomst te garanderen door totstandbrenging van een zekere mate van winstnivellering, kunnen partijen zich ook verbinden door hetzij een tijdelijke vennootschap (t.v.), hetzij een vennootschap bij wijze van deelneming (v.i.d.). Meer in het bijzonder beogen de twee vennootschapstypes in hoofdzaak een gelijke winstverdeling, zonder dat dit verregaande repercussies op het bestuur van de erdoor verbonden samenwerkingspartners heeft.

Het betreft twee soepele vennootschapsstructuren, waarop weinig imperatieve rechtsregelen van toepassing zijn en die in die zin de partijen een grote speelruimte laten om zelf de voorwaarden ervan contractueel vast te leggen. Hoewel het handelsvennootschappen betreft, leunen ze m.b.t. de erop van toepassing zijnde juridische voorschriften sterk aan tegen de burgerrechtelijke maatschap.

27. De «tijdelijke» vennootschap is blijkens de Vennootschappenwet die welke een of meer bepaalde handelsverrichtingen tot voorwerp heeft zonder dat er van een maatschappelijk doel sprake is en zonder dat de vennoten een firma voeren⁴⁴. De vennootschap bij wijze van deelneming is

die waarbij een of meer personen in de verrichtingen van een of meer andere personen belang nemen. Deze andere persoon of personen doet of doen deze verrichtingen in eigen naam⁴⁵. Het betreft daarenboven een «occulte» vennootschap, die als dusdanig enkel uitwerking krijgt in de interne rechtsverhoudingen tussen de deelgenoten zelf, maar geen rechtsgevolgen in de externe rechtsverhoudingen kan sorteren⁴⁶.

Zowel de tijdelijke vennootschap als de vennootschap bij wijze van deelneming zijn vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid, als gevolg waarvan zij geen eigen vermogen hebben en de eventuele schuldeisers van de deelgenoten in de vennootschap enkel een verhaal kunnen uitoefenen tegenover de vennoten en hierbij in samenloop komen met de persoonlijke schuldeisers van deze vennoten⁴⁷. Terwijl evenwel de deelgenoten in een tijdelijke vennootschap hoofdelijk gehouden zijn jegens de derden met wie zij hebben gehandeld⁴⁸, hebben de schuldeisers van één van de deelgenoten in een vennootschap bij wijze van deelneming enkel een verhaalrecht tegenover de deelgenoot met wie zij hebben gecontracteerd, onverlet het feit dat de derde van het bestaan van de v.i.d. op de hoogte zou zijn⁴⁹. Dit is niet meer dan logisch, gelet op het wezenlijk occulte karakter van de v.i.d. en het hiervan afgeleide principe dat de vennootschap geen externe rechtsgevolgen met zich meebrengt.

Kenmerkend voor de v.i.d. is dat een of meer vennoten de eraan verbonden verrichtingen in eigen naam blijft of blijven voeren en als dusdanig optreedt of optreden in het rechtsverkeer. Bovendien bezit of bezitten de betreffende deelgenoot of deelgenoten in het externe rechtsverband een volledige bestuursautonomie over de aan de v.i.d. geaffilieerde activiteiten.

Ook op het vlak van de winstverdeling biedt de v.i.d. een zeer grote mate van soepelheid: zij laat de partijen een volledige vrijheid, mits zij hierbij het verbod van leeuwebeding respecteren⁵⁰.

28. Beide vennootschapstypes kunnen goede diensten bewijzen bij de vormgeving van samenwerking tussen ondernemingen die hun onafhankelijkheid willen bewaren. Dit zal bijvoorbeeld het geval zijn als de samenwerking de realisatie van een concreet project van tijdelijke aard tot voorwerp heeft. De technieken lenen zich daarentegen minder tot langdurige samenwerking die een zekere mate van eenheidsbeleid veronderstelt. In het laatste geval zijn eerder de hierna te bespreken technieken die de totstandbrenging van een gemeenschappelijke onderneming mogelijk maken, zinvol.

⁴⁵ Art. 176 Venn.W.

⁴⁶ VAN RYN, J., *Principes de droit commercial*, Brussel, Bruylant, I, 1954, 312, nr. 450.

⁴⁷ VAN RYN, J., *supra*, noot 46, 310, nr. 446.

⁴⁸ Art. 175, tweede lid, Venn.W.

⁴⁹ VAN RYN, J., *supra*, noot 46, 312, nr. 450. In die zin betreft het – althans m.b.t. de inkomstenbelasting – ook een fiscaal transparant vennootschapstype: de belastingheffing geschiedt ten laste van de deelgenoten zelf, niet ten laste van de v.i.d. (Zie MALOU, X., «Le cadre juridique de la coopération et de la concentration de banques dans la communauté européenne», 25 *Cahiers de droit européen*, 1989 (12), 532-544, in het bijzonder 542.)

⁵⁰ VAN RYN, J., *supra*, noot 46, 315, nr. 455.

⁴² Art. 52^{quinquies}, § 2, Venn.W.

⁴³ Art. 52^{quinquies}, § 3, Venn.W.

⁴⁴ Art. 175, eerste lid, Venn.W.

B. De gemeenschappelijke onderneming

29. Naast de voormelde technieken van louter contractuele samenwerking, kunnen de samenwerkingspartners de samenwerking meer geïnstitutionaliseerd opvatten en overgaan tot de totstandbrenging van een nieuwe, gemeenschappelijke onderneming, een zogeheten *joint venture*.

1° Algemeen

30. Ongeacht de juridische vorm die ze aanneemt, is de *joint venture* in wezen een samenwerkingsstructuur tussen twee ondernemingen, met als opzet de realisatie van een bepaalde economische doelstelling⁵¹. Kenmerkend hierbij is de totstandkoming van een gemeenschappelijke «onderneming», waarvan de eigendoms- en beslissingsrechten op gelijke of evenredige wijze verdeeld zijn over de betrokken samenwerkingspartners.

De economische doelstellingen die samenwerkingspartners ertoe aanzetten om een nieuwe, gemeenschappelijke onderneming tot stand te brengen, kunnen van diverse aard zijn. Zo bijvoorbeeld beogen zij in vele gevallen synergetische effecten, door de uitschakeling van dubbelactiviteiten. Daarnaast ligt de totstandbrenging van een nieuwe, gemeenschappelijke onderneming voor de hand ingeval een internationaliserende onderneming lokale legitimiteit ambieert: in een dergelijk geval doet zij er goed aan een plaatselijke partner in het opstarten van de nieuwe onderneming te betrekken, in plaats van deze volledig eigenmachtig op te zetten. Bijvoorbeeld in ontwikkelingslanden is de samenwerking met een lokale partner vaak de enige methode om ter plaatse nieuwe produktieactiviteiten te ontwikkelen. Een ander voordeel is het feit dat de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming een betere risicospreiding mogelijk maakt. Vooral wanneer de samenwerking tussen de betrokken ondernemingen een bescheiden opzet heeft – bijvoorbeeld wanneer ze betrekking heeft op slechts een deel van de ondernemingsactiviteiten van beide vennootschappen, wanneer de duur van de samenwerking beperkt is of wanneer de samenwerking zich afspeelt tijdens een van de fasen in de produktlevenscyclus – kan de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming, in plaats van bijvoorbeeld een juridische fusie of overname, goede diensten bewijzen.

Nadeel van de methode is in hoofdzaak dat men de opbrengsten van de exploitatie zal moeten delen met de samenwerkingspartner⁵².

31. Conform de bovenvermelde omschrijving is de term *joint venture* een zeer ruim begrip. Hierna worden evenwel enkel de zogeheten *corporate joint ventures* behandeld, waarbij de samenwerkingspartners de nieuwe onderneming incorporeren in een zogeheten «gemeenschappelijke dochtervennootschap». Deze vormt overigens het meest voorkomende type van *joint ventures*⁵³.

2° De gemeenschappelijke dochtervennootschap

32. De oprichting van een gemeenschappelijke dochtervennootschap – in de literatuur ook wel aangeduid met de Engelse term *corporate joint venture* – vormt wellicht de meest gebruikelijke techniek⁵⁴ om aan samenwerking tussen twee vennootschappen gestalte te geven⁵⁵.

a) De samenwerkingsovereenkomst houdende oprichting van een gemeenschappelijke dochtervennootschap

33. De oprichting van een gemeenschappelijke dochtervennootschap geschiedt door middel van een complex aantal overeenkomsten en rechtshandelingen. Het is hierna niet de bedoeling deze *in extenso* te behandelen⁵⁶. De navolgende bespreking is pragmatisch, en wil enkel in algemene termen aangeven hoe de oprichting van een gemeenschappelijke dochtervennootschap ondernemingen in staat stelt om aan hun wens tot samenwerken gestalte te geven.

34. In de regel heeft de oprichting van de gemeenschappelijke dochtervennootschap plaats ter uitvoering van de samenwerkingsovereenkomst tussen de betrokken ondernemingen. In deze overeenkomst verbinden de partijen zich ertoe om hetzij gezamenlijk een nieuwe dochtervennootschap op te richten, hetzij een bestaande – in de regel 100% – dochtervennootschap van een van de partners om te vormen tot een gemeenschappelijke dochtervennootschap⁵⁷.

In het laatste geval zijn verschillende modaliteiten denkbaar. Zo kan er sprake zijn van een kapitaalverhoging door de dochtervennootschap van de ene partij, met als enige inkomende de andere partij bij de samenwerkingsovereenkomst. In een dergelijk geval vindt tevens een verhoging van de werkmiddelen van de dochtervennootschap plaats. De omvorming van een bestaande dochtervennootschap tot een gemeenschappelijke dochtervennootschap kan ook gebeuren doordat de ene partij een deel van haar aandelen in de dochtervennootschap overdraagt aan de andere partij bij de overeenkomst. In een dergelijk geval is er vanzelfsprekend geen sprake van een verhoging van de werkmiddelen van de dochtervennootschap.

35. De samenwerkingsovereenkomst normeert in de regel ook de rechtsverhoudingen tussen de partijen. Meestal komen de partijen een stemafspraken m.b.t. hun aandelen in de dochtervennootschap overeen. Vaak bevat de samenwer-

tional, Parijs, Forum Européen de la Communication et Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1991, 21.

⁵⁴ Zelfs in die mate dat sommige literatuur de rechtsvorm beschouwt als een «vluchtform», wanneer de partijen tot geen vergelijk komen om van een andere structuur gebruik te maken. (Zie HERZFELD, E., *supra*, noot 53, 26.)

⁵⁵ VAN LEEUWEN, M. en VAN DER GRINTEN, W., *Fusies van ondernemingen, fiscaal- en civielrechtelijk gezien*, Deventer, Kluwer, losbladig (1970-1976), V-20; TINDALL, R., *supra*, noot 7, 83; FARRAR, J., FUREY, N., HANNIGAN, B. en WYLIE, P., *Farrar's Company Law*, Londen, Dublin en Edinburgh, Butterworths, 1991, 73.

⁵⁶ Voor een dergelijk overzicht, zie BAPTISTA, L. en DURAND-BARTHES, P., *supra*, noot 53.

⁵⁷ DE HEMPTINNE, R., *supra*, noot 53, 80. Eventueel kan de partij bij de samenwerkingsovereenkomst deze dochtervennootschap speciaal hebben opgericht en haar specifieke vermogensbestanddelen hebben toegekend, dit met het oog op haar latere omvorming tot een gemeenschappelijke dochtervennootschap.

⁵¹ Zie WEIMA, W., *supra*, noot 12, 81.

⁵² DAEMS, H. en DOUMA, S., *supra*, noot 26, 254.

⁵³ Zie HERZFELD, E., *Joint ventures*, Bristol, Jordan, 1989, 4; FOX, W., *supra*, noot 6, 79; DE HEMPTINNE, R., «De samenwerkingsovereenkomst», in BELGISCHE VERENIGING VAN BEDRIJFSJURISTEN (red.), *supra*, noot 10, 73-111, 76-77; BAPTISTA, L. en DURAND-BARTHES, P., *Les associations d'entreprises (joint ventures) dans le commerce interna-*

kingsovereenkomst ook reeds bedingen m.b.t. de (paritaire of evenredige) samenstelling van het bestuursorgaan van de op te richten gemeenschappelijke dochtervennootschap. Eventueel zal de samenwerkingsovereenkomst ook de mate van autonomie van de dochtervennootschap aangeven, en zal ze vermelden of en in welke mate het bestuursorgaan van de dochtervennootschap ertoe gehouden is om eventuele instructies van de moedervennootschappen op te volgen ⁵⁸.

36. Ongeacht de wijze van totstandkoming van de gemeenschappelijke dochtervennootschap ⁵⁹, heeft deze steeds als kenmerk dat de totstand gekomen samenwerkingsstructuur steunt op het bezit van een aandelenparticipatie van twee vennootschappen in een derde vennootschap.

Ingeval de gemeenschappelijke dochtervennootschap de vorm aanneemt van een kapitaalvennootschap, is de moeilijkheid hierbij dat aandelen in een dergelijke vennootschap in wezen vrij verhandelbaar moeten zijn. Theoretisch kan elk der partijen bij de samenwerkingsovereenkomst dan een einde maken aan de samenwerking door zijn participatie in de dochtervennootschap te verkopen.

Aangezien samenwerking tussen ondernemingen in de regel een sterk persoonlijk karakter heeft, zullen de partijen bij de overeenkomst pogen om nog vóór de oprichting van de dochtervennootschap voor deze problematiek een geëigende oplossing te vinden. Twee oplossingsmodellen liggen voor. Ten eerste kunnen de partijen opteren voor een vennootschapsvorm waarbinnen de overdraagbaarheid van de deelnemingsrechten aan verregaande restricties onderworpen is. Zo zouden ze kunnen kiezen voor de oprichting van een personenvennootschap. Ingeval ze de dochtervennootschap oprichten naar Belgisch recht, leveren de tijdelijke vennootschap en de vennootschap bij wijze van deelneming dankbare formules ⁶⁰.

⁵⁸ BAPTISTA, L. en DURAND-BARTHES, P., *supra*, noot 53, 73. Ontrent de rechtsgeldigheid van dergelijke bedingen naar Belgisch recht, cf. *infra*, nr. 68. Veelal bestaan meerdere overeenkomsten en liggen de bedingen inzake het bestuur van de dochtervennootschap verrat in een begeleidende aandeelhoudersovereenkomst. (Hierover DE HEMPTINNE, R., *supra*, noot 53, 102 e.v. Vergelijk ERAUW, J., «Internationaal privaatrechtelijke aspecten van joint ventures», in BELGISCHE VERENIGING VAN BEDRIJFSJURISTEN (red.), *supra*, noot 10, 357-380, in het bijzonder 368.)

⁵⁹ M.a.w., zowel in geval van oprichting van een nieuwe dochtervennootschap als in geval van omvorming van een bestaande dochtervennootschap van een van de partners.

⁶⁰ Nadeel van deze oplossing is evenwel het beperkte aantal rechtsstelsels waaruit de partijen kunnen recruterende om de dochtervennootschap te incorporeren. Zo bijvoorbeeld kunnen fiscale overwegingen of lokalisatieoverwegingen een bepaald rechtsstelsel aanwijzen waarbinnen de oprichting van de dochtervennootschap het efficiëntst is, terwijl dit rechtsstelsel de voormelde soepele vennootschapsvormen niet kent, of niet toelaat dat kapitaalvennootschappen zonder meer in dergelijke soepele vennootschapsvormen deelnemen. Zo bijvoorbeeld maakt de vraag of een kapitaalvennootschap aandelen kan bezitten in een commanditaire vennootschap, in Duitsland het voorwerp uit van een controverse in rechtspraak en rechtsleer. (Hierover GROTHE, H., *Die «ausländische Kapitalgesellschaft & Co»*, Keulen, Carl Heymanns Verlag KG, 1989, waarin de auteur tevens vanuit internationaalprivaatrechtelijke invalshoek onderzoekt of de deelname aan een KG door een buitenlandse kapitaalvennootschap aan andere voorwaarden is onderworpen dan de deelname door een Duitse kapitaalvennootschap.) M.b.t. België, zie DE HEMPTINNE, R., *supra*, noot 53.

De tweede oplossing bestaat erin de overdracht van de aandelen in de dochtervennootschap, hetzij op grond van de samenwerkingsovereenkomst, hetzij op grond van de statuten van de dochtervennootschap die de rechtsvorm van een kapitaalvennootschap aanneemt, aan beperkingen te onderwerpen. De mogelijkheden hiertoe zijn in de meeste rechtsstelsels beperkt. In België – net als in Frankrijk – bepaalt het vennootschapsrecht dat de overdraagbaarheid van de aandelen niet uitgesloten kan worden, maar laat het wel de redactie toe van mechanismen die, ingeval één aandeelhouder zijn aandelen wil verkopen, de andere aandeelhouders de kans bieden om deze in plaats van een eventuele derde aan te kopen. Deze oplossing maakt het mogelijk om de dochtervennootschap de rechtsvorm van een kapitaalvennootschap te doen aannemen, en verschaft de partijen bij de overeenkomst terzelfder tijd garanties dat geen derde onderneming – bijvoorbeeld een rechtstreekse concurrent van een van de partijen – een significante aandelenparticipatie in de dochtervennootschap verwerft, tenzij met instemming van alle moedervennootschappen.

b) Toepasselijke rechtsvoorschriften

37. Het is hierna niet de bedoeling om de Belgische voorschriften die de oprichting en de werking van een gemeenschappelijke dochtervennootschap beheersen, *in extenso* te behandelen. Een dergelijke uiteenzetting zou een diepgaande analyse van het vennootschapsrecht vergen en buiten de opzet van de onderhavige studie treden. De analyse wil enkel wijzen op de meest gebruikelijke problemen waarop de partners stuiten ingeval zij aan hun wil tot samenwerken vorm geven door middel van een gemeenschappelijke dochtervennootschap met de Belgische nationaliteit. Meer in het bijzonder volgt eerst een bespreking van de voorschriften die de bekwaamheid om een gemeenschappelijke dochtervennootschap op te richten, beheersen. Daarbij aansluitend volgt een analyse van de voorschriften die de eigenlijke werking van de gemeenschappelijke dochtervennootschap normeren.

(i) DE BEKWAAMHEID OM EEN GEMEENSCHAPPELIJKE DOCHTERVENNOOTSCHAP OP TE RICHTEN

38. Met betrekking tot de bekwaamheid om over te gaan tot oprichting van een gemeenschappelijke dochtervennootschap, stelt het Belgische recht weinig problemen.

In beginsel kan een Belgische kapitaalvennootschap een dochtervennootschap oprichten. Het bestuursorgaan is in deze materie bevoegd, tenzij wanneer de statuten van de vennootschap anders bepalen ⁶¹, en bijvoorbeeld de oprichting van een gemeenschappelijke dochtervennootschap onderwerpen aan de instemming van de algemene vergadering van aandeelhouders.

Met het oog op de voorgenomen oprichting kan het bestuursorgaan alle noodzakelijke maatregelen nemen. Het bestuursorgaan zal ook in naam en voor rekening van de vennootschap de samenwerkingsovereenkomst waarin de op-

⁶¹ Art. 54 Venn.W.

richting van de gemeenschappelijke dochtervennootschap vervat ligt, mede ondertekenen ⁶².

Daarenboven moet de oprichting van de gemeenschappelijke dochtervennootschap nodig zijn ter realisatie van het doel van de moedervennootschap. Zo nodig kan de moedervennootschap vóór de oprichting haar statuten wijzigen. Strikt noodzakelijk zal een dergelijke aanpassing van de statuten in de regel niet zijn: een overeenkomst die niet het doel van de vennootschap dient, is rechtsgeldig en verbindt de vennootschap. Doelsbeperkingen kunnen immers niet aan derden worden tegengeworpen. De schending van het doel heeft enkel gevolgen in de interne rechtssfeer en brengt meer in het bijzonder de aansprakelijkheid van de bestuurders ex art. 62, tweede lid, Venn.W. in het gedrang.

(ii) VOORSCHRIFTEN DIE DE WERKING VAN DE GEMEENSCHAPPELIJKE DOCHTERVENNOOTSCHAP BEHEERSEN

39. Het Belgische vennootschapsrecht leent zich niet bij uitstek tot de oprichting van een gemeenschappelijke dochtervennootschap om vorm te geven aan een samenwerkingsovereenkomst. De navolgende uiteenzetting geeft een opsomming van de bepalingen van het vennootschapsrecht waarmee de partijen in het bijzonder rekening zullen moeten houden. Tenzij anders aangegeven, gaat de bespreking gemakkelijks halve uit van de veronderstelling dat de gemeenschappelijke dochtervennootschap een naamloze vennootschap is.

40. In de voorovereenkomst waarin de samenwerkingspartners besluiten tot oprichting van de gemeenschappelijke dochtervennootschap, zullen zij veelal zekere bedingen die aangeven op welke wijze zij de dochtervennootschap besturen, willen opnemen. Bijvoorbeeld zullen ze overeenkomen hoe het bestuursorgaan van de dochtervennootschap samengesteld zal zijn, hoe over de winstverdeling gestemd moet worden, ... ⁶³.

Dergelijke stemafspraken zijn beperkt mogelijk. De Belgische Vennootschappenwet aanvaardt de rechtsgeldigheid van stemafspraken pas sedert de wet van 18 juli 1991 ⁶⁴. De moedervennootschappen van een gemeenschappelijke dochtervennootschap kunnen bijgevolg een overeenkomst aangaan waarin zij overeenkomen hoe zij de stemrechten verbonden aan de aandelen in de gemeenschappelijke dochtervennootschap zullen uitoefenen. Evenwel mag de stemovereenkomst geen betrekking hebben op een termijn van

langer dan vijf jaar. Bovendien mag de overeenkomst niet in strijd zijn met het belang van de vennootschap ⁶⁵.

Daarenboven kan de aandeelhoudersovereenkomst geen instructierecht ten aanzien van de dochtervennootschap in het leven roepen. Partijen bij de samenwerking kunnen m.a.w. niet van tevoren de organen van de gemeenschappelijke dochtervennootschap verbinden ⁶⁶.

Evenwel zal dit in de praktijk geen noemenswaardige problemen met zich hoeven mee te brengen, gelet op de nauwe betrokkenheid die moedervennootschappen in de regel aan de dag leggen inzake de werking van de gemeenschappelijke dochtervennootschappen en het feit dat ze in de regel zullen streven naar beslissingen op basis van consensus, veeleer dan op basis van meerderheid versus minderheid.

41. Meer soepelheid om het bestuursorgaan van de dochtervennootschap naar eigen goeddunken samen te stellen en te onderwerpen aan eventuele instructies van de moedervennootschappen, biedt de oprichting van de dochtervennootschap in de vorm van een vennootschap bij wijze van deelneming of een tijdelijke vennootschap. Het betreft, zoals gesteld, twee vennootschapstypes waarop geen in de Vennootschappenwet uitgewerkt stelsel van toepassing is, en waarvoor de partijen bij de redactie van de statuten een grote vrijheid aan de dag kunnen leggen. In de praktijk opteren samenwerkingspartners dan ook vaak voor deze vennootschapstypes, vooral als hun samenwerking in de tijd beperkt is ⁶⁷.

42. Wanneer de moedervennootschappen een gelijke aandelenparticipatie in de gemeenschappelijke dochtervennootschap bezitten, doet zich daarnaast de moeilijkheid voor dat een patsituatie kan optreden, hetzij op het niveau van de algemene vergadering van aandeelhouders, hetzij in de eventuele voorvergadering die zij houden ingevolge de tussen hen aangegane aandeelhoudersovereenkomst. Om dergelijke patsituaties te vermijden is het mogelijk een derde partij in de werking van de gemeenschappelijke dochtervennootschap te betrekken en deze een kleine aandelenparticipatie – in de regel één aandeel, ook wel omschreven met de term «wip-aandeel» – te verlenen. Zolang de moedervennootschappen het eens zijn, vervult deze aandeelhouder geen bijzondere functie. Wanneer er evenwel onenigheid rijst, verkeert hij in de zeer bijzondere positie dat hij de beslissing van de dochtervennootschap kan determineren. Het gebruik van deze constructie verdient bijgevolg geen aanbeveling. Als er zich tussen de partners in een samenwerkingsstructuur omtrent een fundamenteel punt onenigheid voor-

⁶² Als de oprichting van de gemeenschappelijke dochtervennootschap gepaard gaat met de inbreng van het volledige vermogen van de moedervennootschappen of van het voornaamste deel ervan, is, ingeval één van de moedervennootschappen een Duitse kapitaalvennootschap is, een dergelijke overdracht krachtens § 361, 1, *AktG* onderworpen aan de toestemming van haar algemene vergadering van aandeelhouders. Na de overdracht zal, ingeval de dochtervennootschap zou beslissen tot een kapitaalverhoging, hiertoe de medewerking van de algemene vergadering van de Duitse moedervennootschap vereist zijn. (Zie BGH, *Urteil vom 25.2.1982 - II ZR 174/80*, *BB*, 1982, 827.)

⁶³ Omtrent het belang hiervan, zie DAEMS, H. en DOUMA, S., *supra*, noot 26, 254-255; DE HEMPTINNE, R., *supra*, noot 53, 102 e.v.

⁶⁴ Zie voorheen Cass., 13 april 1989, *R.W.*, 1989-90, 253-256, *T.B.H.*, 1989, 878-882, *T.R.V.*, 321-326, noot M. WYCKAERT, *R.P.S.*, 1989, 75-86.

⁶⁵ Art. 74ter, § 1, Venn.W. De sanctie van de niet-naleving van de vereisten, is de nietigheid van de stemafpraak. Daarenboven zijn ook de beslissingen van de algemene vergadering waarop krachtens een nietige stemafpraak is gestemd, zelf nietig, tenzij de stemmen van de door de stemafpraak verbonden aandeelhouders geen enkele invloed hadden op de uitkomst van de stemming. (Zie art. 74ter, § 3, Venn.W. Zie ook *Gedr.St.*, *Senaat*, 1990-91, nr. 1107/3, 128.)

⁶⁶ Het Belgische vennootschapsrecht kent immers geen uitgewerkt groepsrecht, maar gaat uit van de gedachte van de autonomie van elke individuele vennootschap, ongeacht of deze al dan niet deel uitmaakt van een groep van vennootschappen. (Hierover vooral VAN CROMBRUGGE, S., *Juridische en fiscale eenheidsbehandeling van vennootschapsgroepen*, Antwerpen, Kluwer, 1984.)

⁶⁷ Zie meer algemeen HERZFELD, E., *supra*, noot 53, 43-44; DE HEMPTINNE, R., *supra*, noot 53, 100 e.v.

doet, gaan zij er dan ook het best toe over de samenwerking te beëindigen. Partijen kunnen daarvoor besluiten de gemeenschappelijke dochtervennootschap te ontbinden, of een van de partners kan ertoe overgaan zijn aandelenparticipatie aan de andere partner of – met goedvinden van deze partner – aan een derde te verkopen. Het is niet wenselijk in een dergelijk geval een derde de beslissingsmacht in handen te geven.

43. Een samenwerkingsovereenkomst is in de regel *intuitu personae*. Partijen bij de samenwerking zullen dan ook in de regel garanties willen hebben wat de continuïteit van de samenwerkingsstructuur betreft, ofwel op zijn minst willen bewerkstelligen dat derden geen inzage krijgen in de Vorderingen van de samenwerking⁶⁸. De oprichting van een gemeenschappelijke dochtervennootschap in de vorm van een naamloze vennootschap houdt in die optiek het gevaar in dat één van de partijen de samenwerking kan beëindigen door zijn aandelen in de vennootschap te verkopen. Een bijkomend gevaar is dat de ene partner zijn aandelen verkocht aan een concurrent van de andere partner, waarmee laatstvermelde eventueel onder geen enkel beding wil samenwerken.

Vandaar dat partijen er alle belang bij hebben om de overdraagbaarheid van de aandelen in de gemeenschappelijke dochtervennootschap aan beperkingen te onderwerpen. Het N.V.-recht laat dergelijke beperkingen onder strikte voorwaarden toe. Meer in het bijzonder aanvaardt de Vennootschappenwet de rechtsgeldigheid van zowel conventionele als statutaire goedkeuringsclausules en voorkeuren⁶⁹.

Ook op dit vlak biedt het gebruik van de rechtsvorm van de «vennootschap bij wijze van deelneming» of de «tijdelijke vennootschap» meer garanties om het *intuitu personae*-karakter van de dochtervennootschap te handhaven. De overdracht van aandelen in deze vennootschapsstypes impliceert immers een statutenwijziging en is in beginsel onderworpen aan de toestemming van alle vennoten⁷⁰. Vandaar dat som-

mige vennootschappen de voorkeur geven aan het gebruik van deze rechtsvorm om gestalte te geven aan een gemeenschappelijke dochtervennootschap.

III. CONCENTRATIETECHNIEKEN

44. Zoals eerder gesteld, ligt een concentratieoperatie voor in geval de integratie van de twee samenwerkingspartners betrekking heeft op al hun activiteiten (of al hun kernactiviteiten) en leidt tot de totstandkoming van één onderneming⁷¹.

Een mogelijke, handelsrechtelijke indeling van deze concentratiemethodes die het Belgische recht ter beschikking stelt, geschiedt volgens de eerder vermelde vraagstellingen, namelijk:

- of de integratie geschiedt t.a.v. de ondernemingsactiviteiten zelf of op het vlak van de vennootschappen die de onderneming drijven;

- of de integratie geschiedt op voor de twee betrokken partners gelijke basis, dan wel of ze leidt tot de totstandbrenging van een afhankelijkheidsrelatie.

Wat dit laatste aspect betreft, is het nodig erop te wijzen dat niet alleen de gehanteerde, juridische vorm hierbij een rol zal spelen, maar ook het feitelijke uitzicht dat de integratie aanneemt, van doorslaggevende betekenis zal zijn. In die zin is het niet zomaar mogelijk te stellen dat deze of gene vorm exclusief bruikbaar is om een afhankelijkheidsrelatie dan wel een gelijkheidsrelatie tot stand te brengen. Om redenen van aanschouwelijkheid zal de uiteenzetting echter alleen de waarschijnlijke toepassingsmogelijkheden vermelden.

45. Achtereenvolgens komen aan bod (waarbij deze afbakening vrij dogmatisch en scherper dan uit de praktijk blijkt, is vastgesteld):

A. de technieken die in wezen een integratie op basis van ondergeschiktheid van de ene onderneming aan de andere onderneming tot stand brengen. Het betreft 1° enerzijds de overdracht van de onderneming zelf, en 2° anderzijds de overdracht van de vennootschap die de onderneming drijft;

B. de technieken die veeleer een integratie op voet van gelijkheid betreffen, hetzij 1° met behoud van de juridische identiteit van de betrokken ondernemingen (horizontale groepsvorming), hetzij 2° met verlies van deze identiteit door ten minste een van de betrokken ondernemingen (juridische fusie).

A. Integratie in een afhankelijkheidsrelatie

46. Het geheel van vermogensbestanddelen en activiteiten van een onderneming kan overgedragen worden aan een andere onderneming. In dergelijke gevallen is er sprake van een integratieoperatie op voor de overdragende onderneming ondergeschikte basis. Laatstebedoelde houdt dan ook op als zelfstandige onderneming te fungeren en gaat a.h.w. op in de overnemende onderneming.

⁷¹ Voor bijvoorbeeld kartelrechtelijke doeleinden zal deze voorstelling allicht te zwart-wit zijn: de totstandbrenging van een gemeenschappelijke onderneming (*joint venture*) bevat bijvoorbeeld ook een concentratief aspect, met name in de mate waarin de samenwerkingspartners er bestaande, eigen activiteiten aan affiliëren.

⁶⁸ Dit laatste zal vooral het geval zijn wanneer de gemeenschappelijke onderneming de ontwikkeling van een nieuw productieproduct tot voorwerp heeft.

⁶⁹ Omtrent het *intuitu* karakter van de samenwerkingsovereenkomst in het algemeen, zie DE HEMPTINNE, R., *supra*, noot 53, 84-85. Binnen de N.V. zijn goedkeuringsclausules en voorkeuren genormeerd door art. 41, § 2, eerste lid Venn.W., ingevoegd door art. 4 Wet 18 juli 1991. Omtrent de mogelijkheid tot gebruik en de rechtsgeldigheid van andere overdrachtsbeperkingen, zie NELISSEN GRADE, J., «Goedkeurings- en voorkeurenclausules in de naamloze vennootschap», in JAN RONSE-INSTITUUT (red.), *N.V. en B.V.B.A. na de wet van 18 juli 1991*, Reeks Rechtspersonen- en vennootschapsrecht, deel 3, Kalmthout, Biblio, 1992, 53-82, in het bijzonder 63, nrs. 14-15; GOLIER, J.-M. en VAN DER HAEGEN, M., «Les sociétés commerciales. Loi du 18 juillet 1991», *J.T.*, 1992, 185-201 en 209-220, in het bijzonder 195; LIEVENS, J., *De nieuwe vennootschapswet*, Gent, Mys & Breesch, 1991, 26-40; BRAECKMANS, H., «De nieuwe vennootschapswet van 18 juli 1991», *R.W.*, 1991-92, 1001-1018 en 1041-1058, in het bijzonder 1008, nrs. 19 e.v.; DUPLAT, J. en LAMBRECHT, P., «Evolution récente du droit des sociétés», in BELGISCHE VERENIGING VAN BEDRIJFSJURISTEN (red.), *Tendensen in het bedrijfsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 33-101, in het bijzonder 44; MARCHANDISE, P., «Les sociétés cotées et la réforme 1991 du droit des sociétés», in BELGISCHE VERENIGING VAN BEDRIJFSJURISTEN (red.), *Tendensen in het bedrijfsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 111.

⁷⁰ Zie bijvoorbeeld FREDERICO, S., *Handboek van Belgisch handelsrecht*, Brussel, Bruylant, 1962, 466, nr. 550.

Op het juridisch vlak kan een dergelijke integratie geschieden, hetzij doordat de overnemende onderneming rechtstreeks het geheel van vermogensbestanddelen en activiteiten van de overdragende onderneming overneemt (overname op het vlak van de onderneming zelf), hetzij doordat eerstvermelde de juridische controle verwerft over laatstvermelde (overname op het vlak van de vennootschap die de onderneming drijft).

1° Overname van de onderneming zelf

a) Begrip, modaliteiten en voor- en nadelen

47. De eerste techniek die vorm geeft aan een integratie in een afhankelijkheidsrelatie is die waarbij de verwervende vennootschap rechtstreeks de onderneming aankoopt. De Nederlandse doctrine omschrijft een dergelijke transactie als een «bedrijfsfusie»⁷².

48. Partijen bij de overdracht kunnen zowel vennootschappen als natuurlijke personen zijn. Ingeval een natuurlijke persoon een handelszaak drijft zonder hiertoe een vennootschap te hebben opgericht, vormt de techniek van de overdracht van de onderneming zelfs de enige methode van overdracht. In de regel zal de overdracht van een onderneming evenwel plaatsvinden tussen vennootschappen. Vandaar dat de navolgende uiteenzetting zich beperkt tot het geval waarin zowel de overdragende als de overnemende vennootschap een naamloze vennootschap is. Twee *sub*gevallen kunnen zich hierbij voordoen:

- in een eerste hypothese draagt de ene vennootschap al haar ondernemingsactiviteiten over aan de andere vennootschap. In een dergelijk geval beschikt de overdragende vennootschap na de overdracht, afhankelijk van de tegenprestatie die de overnemende vennootschap uitbetaalt, alleen nog over liquide middelen of aandelen in de overnemende (of een andere) vennootschap. In het eerste geval – juridisch te kwalificeren als een koop/verkoop – volgt op de overdracht veelal de ontbinding van de vennootschap, in het kader waarvan een verdeling van de liquide middelen aan de aandeelhouders *a rato* van hun inbreng doorgang vindt. In het tweede geval – juridisch te kwalificeren als een deelnemingsovereenkomst of een ruilovereenkomst – gaat de overdragende vennootschap als houdstervennootschap fungeren;

- in een tweede hypothese heeft een overdracht plaats van een deel van de ondernemingsactiviteiten, die samen een «technisch organisatorische bedrijfseenheid» – bijvoorbeeld een fabriek – vormen. In een dergelijk geval beperkt de overdracht zich tot een afstoting van een deel van de activiteiten en blijft de overdragende vennootschap ook na de

overdracht operationeel als industriële vennootschap (en dus ook als zelfstandige onderneming).

49. Aan de techniek van de rechtstreekse overdracht van de onderneming is een aantal nadelen verbonden. Zo is de verwerving van een onderneming in de regel duurder dan de verwerving van een controleparticipatie in de vennootschap die de onderneming drijft. Hiervoor zijn in hoofdzaak twee redenen aan te geven.

De eerste reden is van fiscale aard. Wanneer de aandeelhouders van een vennootschap hun aandelen verkopen, ontvangen ze de ter gelegenheid hiervan gerealiseerde meerwaarde belastingvrij, op voorwaarde dat het aan de zijde van de ontvangende vennootschap aandelen die in aanmerking komen voor toepassing van het DBI-stelsel, betreft. Wanneer een vennootschap daarentegen haar vermogensbestanddelen verkoopt, zijn de hierop behaalde meerwaarden principieel – behoudens uitzonderingsregimes – wel belastbaar. Bovendien komt de verkoopprijs in geval van overdracht van de onderneming niet rechtstreeks toe aan de aandeelhouders, maar aan de verkopende vennootschap. Wil deze de ontvangen som doorbetalen aan de aandeelhouders, dan zal het nodig zijn een dividend betaalbaar te stellen of de vennootschap te ontbinden en de liquidatiemeerwaarde aan de aandeelhouders uit te betalen. Een dergelijke uitkering is in de regel belastbaar. Wat België betreft, is een dividenduitkering onderworpen aan een roerende voorheffing van 25%. In geval van uitkering van liquidatieboni geldt in principe geen roerende voorheffing⁷³.

Een tweede reden waarom de verwerving van een controleparticipatie in de vennootschap in de regel goedkoper zal zijn dan de rechtstreekse aankoop van de onderneming, is dat de verwervende vennootschap in geval van aankoop van een controlepakket niet noodzakelijk alle aandelen hoeft te verwerven. In die zin financieren de bestaande aandeelhouders de overdracht mee. In sommige rechtssystemen is reglementering van kracht die de controleverwerver over een vennootschap die een beroep doet op het publieke spaarwezen, ertoe verplicht om, na verwerving van een controlepakket, de andere aandeelhouders de kans te bieden om hun aandelen tegen vergelijkbare voorwaarden als die welke golden voor de verwerving van het controlepakket, van de hand te doen⁷⁴. In die zin gaat een voordeel van de techniek van de verwerving van een controlepakket teloor.

b) Toepasselijke rechtsvoorschriften

(i) VOORSCHRIFTEN INZAKE DE OVERDRACHT ZELF

50. In de interne Belgische rechtsorde stuit de overdracht van een onderneming op de moeilijkheid dat een onderneming niet geldt als een vermogensrechtelijke eenheid: het Belgische recht koppelt aan de juridische algemeenheid van

⁷² VAN LEEUWEN, M. en VAN DER GRINTEN, W., *supra*, noot 55, III-1; BOUKEMA, C., *De fusie. Privaatrechtelijke, sociaalrechtelijke, kartelrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten van ondernemingsfusies*, Deventer, Kluwer, 1974, 8. De kwalificatie van deze techniek als concentratietechniek is niet volledig opportuun. Enkel in geval de overdracht betrekking heeft op alle vermogensbestanddelen en activiteiten van de overdragende onderneming, leidt ze tot een daadwerkelijke concentratie. Wanneer de operatie daarentegen slechts betrekking heeft op een deel van deze vermogensbestanddelen en activiteiten, ligt niet zozeer een concentratieoperatie voor, maar veeleer een vorm van interne expansie van de overnemende onderneming.

⁷³ Art. 269, 2°, W.I.B. Om de belastbaarheid van de aan de aandeelhouders uitgekeerde geldsommen te vermijden, zou de vennootschap eventueel tot een kapitaalvermindering kunnen overgaan.

⁷⁴ Voor België, zie art. 41 K.B. van 8 november op de openbare overnamebiedingen en de wijzigingen in de controle op vennootschappen, *B.S.*, 11 november 1989.

goederen immers geen rechtsgevolgen ⁷⁵. De overdracht van een onderneming moet *de jure* bijgevolg geschieden met naleving van alle grond- en vormvereisten die de overdracht van elk der vermogensbestanddelen die de onderneming vormen, beheersen.

51. Bijgevolg:

- moeten de partijen voor de overdracht van elk vermogensbestanddeel afzonderlijk, de erop van toepassing zijnde voorschriften toepassen. In dezen geldt in de regel het beginsel van het consensualisme, als gevolg waarvan de enkele wilsovereenstemming tussen de partijen het eigendomsrecht over het vermogensbestanddeel doet overgaan;

- gelden met het oog op de tegenwerpbaarmaking aan derden van de overdracht van sommige goederen bijzondere voorschriften. Dit is bijvoorbeeld het geval voor de overdracht van een onroerend goed of van een vordering. De overdracht van schuldvorderingen uit een *intuitu personae* aangegane overeenkomst, zal daarenboven de instemming van de schuldenaar vereisen;

- is een overdracht van een schuld als dusdanig niet mogelijk. Wel kan een beroep gedaan worden op de technieken van de schuldvernieuwing met instemming van de schuldeiser of van de techniek van de schuldtoetreding, eventueel gepaard gaande met een kwijtschelding van schuld ten voordele van de oorspronkelijke schuldenaar;

- mag de overdracht van de onderneming voor de werknemers geen nadelige gevolgen teweegbrengen. De overnemende vennootschap is in een dergelijk geval verplicht de blijvende tewerkstelling te garanderen van de werknemers die de overdragende vennootschap tewerkstelde. Hiertoe bepaalt de algemeen verbindend verklaarde c.a.o. nr. 32bis ⁷⁶ dat, ingeval een conventionele overdracht plaatsvindt van een onderneming of van een deel van een onderneming, de rechten en verplichtingen die voor de overdrager bestonden krachtens de door hem afgesloten arbeidsovereenkomsten, overgaan op de overnemer ⁷⁷.

(ii) VOORSCHRIFTEN INZAKE BEKWAAMHEID EN BEVOEGDHEID TOT OVERDRACHT, RESPECTIEVELIJK VERWERVING VAN ANDERMANS ONDERNEMING

52. De vraag of een naamloze vennootschap bevoegd is tot verkoop van haar onderneming, valt op te splitsen in drie subvragen:

- is de onderneming als rechtspersoon bevoegd om haar vermogen te verkopen;

⁷⁵ DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, V, Brussel, Bruylant, 1952, 550, nr. 572; DEKKERS, R., *Handboek burgerlijk recht*, Brussel, Bruylant, 1972, 468, nr. 826.

⁷⁶ Collectieve arbeidsovereenkomst van 7 juni 1985 betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij wijziging van werkgevers ingevolge de overgang van ondernemingen krachtens overeenkomst en tot regeling van de rechten van de werknemers die overgenomen worden bij overname van activa na faillissement of gerechtelijk akkoord door boedelafstand, N.A.R., c.a.o. nr. 32bis, algemeen verbindend verklaard bij K.B. van 25 juli 1985, B.S., 9 augustus 1985.

⁷⁷ Artt. 6 en 7 c.a.o. 32bis. Voor meer bijzonderheden, zie bijvoorbeeld BERTRAND, V., *Transfert des contrats de travail et cession d'entreprise*, Brussel, Bruylant, 1988, 117 e.v.

- zo ja, welk orgaan van de N.V. kan tot een dergelijke vreemding besluiten en

- wie treedt in dergelijke gevallen op als vertegenwoordiger van de N.V. ⁷⁸?

53. De vennootschap is als rechtspersoon volledig rechtspersoon dezelfde rechtsbekwaamheid bezit om alle rechtshandelingen te verrichten, rechten te verkrijgen en verbintenissen aan te gaan, als de fysieke persoon.

Dit beginsel geldt evenwel enkel in zoverre het verrichten van bepaalde rechtshandelingen niet is uitgesloten door de wet of door de aard van de rechtshandelingen zelf ⁷⁹. Aangezien de vennootschapswet geen beperkingen in dezen stelt, zal een vennootschap haar volledige vermogen onder bezwarende titel kunnen overdragen ⁸⁰.

Eventueel zou men kunnen argumenteren dat de overdracht van de onderneming in strijd is met het doel van de vennootschap. Een dergelijke stelling is echter moeilijk verdedigbaar: als de overdragende vennootschap aandelen verwerft in de overnemende vennootschap, blijft zij immers – zij het onrechtstreeks – betrokken bij de exploitatie van de onderneming. Ook wanneer de ontvangen tegenprestatie bestaat uit liquide middelen, valt bezwaarlijk aan te nemen dat de overdracht strijdig is met het doel van de vennootschap. De overdracht kan immers economisch noodzakelijk zijn, bijvoorbeeld wegens het feit dat de overdragende vennootschap de onderneming niet langer op rendabele wijze kan exploiteren ⁸¹.

Zelfs wanneer men de strijdigheid van de overdracht met het doel zou aannemen, tast dit niet de geldigheid ervan aan. De doelbeperking geldt immers als een statutaire beperking: zij heeft – zoals reeds gesteld – geen impact op de geldigheid van de door de vennootschap aangegane overeenkomsten, maar brengt enkel de aansprakelijkheid van de bestuurders tegenover de vennootschap in het gedrang ⁸².

54. Het vennootschapsorgaan dat bevoegd is om te beslissen tot overdracht van de onderneming die toebehoort aan een naamloze vennootschap, is het bestuursorgaan. De raad van bestuur van een vennootschap beschikt immers over de residuaire bevoegdheid; haar komen alle bevoegdheden toe, met uitzondering van die welke de wet aan de algemene vergadering van aandeelhouders voorbehoudt ⁸³.

⁷⁸ Vergelijk VAN LEEUWEN, M. en VAN DER GRINTEN, W., *supra*, noot 55, III-5.

⁷⁹ RONSE, J., *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Leuven, Acco, 1975, 320 e.v.

⁸⁰ Een overdracht om niet zou eventueel in strijd met het winst-oogmerk van de vennootschap bevonden kunnen worden. (Hierover RONSE, J., *supra*, noot 79, 326).

⁸¹ VAN LEEUWEN, M. en VAN DER GRINTEN, W., *supra*, noot 55, III-6.

⁸² RONSE, J., *supra*, noot 79, 209, 323 e.v. Zie ook BYTTEBIER, K., «Bestuur en vertegenwoordiging», in BRAECKMANS, H., e.a. (red.), *N.V. in de praktijk*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, losbladig, 1.4.2.-33.

⁸³ Art. 54, eerste lid, Venn.W. Zie ook RONSE, J., *supra*, noot 79, 335. In Duitsland geldt krachtens een uitdrukkelijke bepaling van de *Aktiengesetz* een andere oplossing: § 361, § 1, AktG bepaalt namelijk dat, voor de overdracht van het volledige vermogen van een *Aktiengesellschaft*, de toestemming van de algemene vergadering van aandeelhouders vereist is. De algemene vergadering moet hiertoe beslissen met een meerderheid van drie vierde van de kapitaalaandelen. De statuten kunnen eventueel strengere meerderheidsvereis-

Een beslissing van de raad van bestuur is in de regel voldoende, maar in elk geval vereist. De bevoegdheid om te besluiten tot overdracht van de onderneming ressorteert niet onder de bevoegdheden van de dagelijkse bestuurders.

Daarenboven is het bestuursorgaan het in de regel bevoegde orgaan om de vennootschap in rechte te vertegenwoordigen⁸⁴. Derhalve is het bij machte om de overeenkomst houdende overdracht van de onderneming te ondertekenen. Eventueel zou ook een dagelijks bestuurder of een bijzonder vertegenwoordiger de overeenkomst kunnen ondertekenen, ter uitvoering van een beslissing tot overdracht die is genomen door het bestuursorgaan zelf⁸⁵.

De statuten van de vennootschap kunnen op dat punt de bevoegdheden van het bestuursorgaan beperken⁸⁶. Denkbaar – hoewel in de praktijk zeldzaam – is de clause die de beslissing tot verkoop van een substantieel deel van het vermogen van de vennootschap onderwerpt aan de instemming van de algemene vergadering van aandeelhouders. Een dergelijke bevoegdheidsbeperking kan evenwel niet tegengeworpen worden aan derden. De niet-naleving van de statutaire clause brengt enkel de aansprakelijkheid van de bestuurders tegenover de vennootschap in het gedrang⁸⁷.

55. In grote lijnen vinden voor de vennootschap die de onderneming aankoopt, dezelfde principes toepassing als die welke gelden voor een Belgische vennootschap die haar onderneming verkoopt. Bijgevolg:

- is de vennootschap als rechtspersoon bekwaam om een bestaande onderneming aan te kopen. De vereiste conformiteit van de verwerving met het doel dat de vennootschap zich heeft gesteld, kan wel meer problemen bieden dan voor de verkopende vennootschap het geval is. De doelomschrijving kan immers dermate eng en op de exploitatie van een welomschreven onderneming gericht zijn, dat de verwerving van een onderneming die andere activiteiten als voorwerp heeft, met bedoelde doelomschrijving onverenigbaar is. Een schending van het doel van de vennootschap doet evenwel geen afbreuk aan de geldigheid van de overdracht, maar brengt enkel de aansprakelijkheid van de bestuurders in gedrang. Het probleem valt vrij eenvoudig te omzeilen door vooraf aan de beslissing tot verwerving van de onderneming

ten opleggen. Indien de toestemming van de aandeelhoudersvergadering niet is verkregen, is de overdracht van het vermogen nietig. Hierbij is er geen overdracht van het volledige vermogen, ingeval de vennootschap met de resterende vermogensbestanddelen de vervulling van haar maatschappelijk doel nog kan voortzetten. (Zie BGH, Urteil vom 25.2.1982 - II ZR 174/80, BB, 1982, 827.) Overigens kennen de rechtspraak en de rechtsleer aan deze bepaling een ruim toepassingsgebied toe zodat praktisch alle fundamentele beslissingen die het uitzicht van de vennootschap wijzigen, aan de instemming van de algemene vergadering onderworpen zijn (Zie LUTTER, M., «Macht und Ohnmacht der Aktionäre – Eine rechtliche Betrachtung», in *Die deutsche Aktie. Unternehmensfinanzierung und Vermögenspolitik vor neuen Herausforderungen. Festschrift zum vierzigjährigen Bestehen des Deutschen Aktieninstituts e.V.*, Stuttgart, Schäffer-Poeschel, 1993, 209-224, in het bijzonder 213.) Bij ontstentenis van een soortgelijke wetsbepaling, valt deze oplossing evenwel bezwaarlijk in het Belgische recht te verdedigen.

⁸⁴ Art. 54, tweede lid, Venn.W.

⁸⁵ Art. 63bis Venn.W. Zie ook RONSE, J., *supra*, noot 79, 363.

⁸⁶ Art. 54, tweede lid, Venn.W.

⁸⁷ Art. 54, vierde lid, Venn.W. Voor meer details, zie RONSE, J., *supra*, noot 79, 335-336 en 370 e.v.

een statutenwijziging uit te voeren en in het kader hiervan het doel van de vennootschap aan te passen. Op dat punt gelden evenwel bijzondere quorum- en meerderheidsvereisten, die strenger zijn dan in geval van een gewone statutenwijziging⁸⁸;

- is het bestuursorgaan het normaal bevoegde orgaan om de beslissing tot verwerving te nemen. Eventuele statutaire beperkingen zijn mogelijk maar kunnen niet aan derden tegengeworpen worden;

- is het bestuursorgaan het normaal bevoegde orgaan om de vennootschap bij de overeenkomst te vertegenwoordigen. Eventueel kan ook een dagelijks bestuurder of een bijzonder vertegenwoordiger in dezen optreden.

2° Controlevestiging over de vennootschap die de onderneming drijft

56. De verwerving van de controle over een onderneming geschiedt op het juridisch vlak in de regel door de verwerving van de zeggenschap over de vennootschap die de onderneming drijft.

Meer in het bijzonder kan dit op twee niveaus plaatsvinden, namelijk door verwerving van een controlepositie in de algemene vergadering van aandeelhouders van de betreffende vennootschap, ofwel door verwerving van de juridische bevoegdheid om het bestuursorgaan van de betreffende vennootschap te bevelen, zonder hierbij te beschikken over de meerderheid van de aandelen. In het eerste geval geschiedt de controleverwerving door de verwerving van de meerderheid van de (stemrechtverlenende) aandelen in de vennootschap die de onderneming drijft; in het tweede geval door middel van een overeenkomst die het mogelijk maakt om het bestuursorgaan van de vennootschap te beheersen (de zogeheten «beheersovereenkomst»).

a) Verwerving van een controlepakket aandelen

(i) Begrip en modaliteiten

57. De klassieke methode om een controlepositie in een vennootschap te verwerven, bestaat erin de meerderheid van de aandelen die de vennootschap heeft uitgegeven, te verwerven⁸⁹.

Een dergelijke overdracht door de aandeelhouders in de «overgedragen» vennootschap vindt haar grondslag in een overeenkomst tussen de «overnemende» vennootschap en elk van de individuele aandeelhouders van de overgedragen vennootschap. Deze overeenkomst is juridisch een koopovereenkomst wanneer de overnemende vennootschap voor de verworven aandelen een geldbedrag verschuldigd is. De overeenkomst is juridisch een «deelnemingsovereenkomst»

⁸⁸ Art. 70bis Venn.W.

⁸⁹ Zie reeds «Memorandum de la Commission de la Communauté européenne sur la concentration dans le Marché Commun», *Rev.trim.dr.eur.*, 1966, 651-677, in het bijzonder 660, en «Memorandum de la Commission de la Communauté européenne sur la création d'une société commerciale européenne», *Rev.trim.dr.eur.*, 1966, 409-433, in het bijzonder 420. De Nederlandse doctrine omschrijft deze methode van controleverwerving als een «aandelenfusie». (Zie bijvoorbeeld VAN LEEUWEN, M. en VAN DER GRINTEN, W., *supra*, noot 55, I-15 en II-1.)

wanneer de overnemende vennootschap aan de aandeelhouders van de overgedragen vennootschap nieuwe eigen aandelen uitgeeft. De overeenkomst is juridisch een ruil, wanneer de overnemende vennootschap de aandeelhouders van de overgedragen vennootschap andere vermogensbestanddelen dan geld of eigen nieuwe aandelen verschuldigd is ⁹⁰.

De methodes hebben als gemeenschappelijk kenmerk dat ze leiden tot een concentratie van het bezit van de aandelen in de overgedragen vennootschap in handen van de overnemende vennootschap. Er komt m.a.w. een verticale groepsverhouding (of moeder/dochterverhouding) tot stand ⁹¹.

(ii) TOTSTANDKOMING VAN DE OVEREENKOMST HOUDENDE OVERDRACHT

58. Uit voorgaande alinea is gebleken dat de controleverwerving over de vennootschap op het civielrechtelijk vlak weinig problemen met zich meebrengt. Er heeft een overdracht plaats van aandelen in handen van de overnemende vennootschap, die als tegenprestatie geld, nieuw uitgegeven aandelen of bestaande aandelen aanbiedt. Naargelang het geval is de overeenkomst te kwalificeren als een koop, een inbreng of een ruil. Het feit dat de overdracht van de aandelen gericht is op de totstandbrenging van een concentratie van ondernemingen, meer in het bijzonder op het onder centrale leiding brengen van de overnemende en overgenomen vennootschap, is niet van dien aard dat het de overdracht onderwerpt aan bijzondere burgerrechtelijke voorschriften ⁹².

59. Het feit dat de overnemende vennootschap een controleparticipatie in de over te nemen vennootschap ambieert, zal evenwel tot gevolg hebben dat de overnemende vennootschap een aangepast onderhandelingsproces met de aandeelhouders zal moeten voeren.

1) Onderhandelingen met de aandeelhouders

60. Aangezien de controleverwerving plaatsvindt door middel van overeenkomsten met de individuele aandeelhouders, vormen deze laatsten de natuurlijke gesprekspartners met wie de overnemende vennootschap in onderhandeling zal moeten treden. Afhankelijk van de graad van publieke verspreiding van de aandelen zal de overnemende vennootschap rechtstreekse onderhandelingen met elk der individuele aandeelhouders kunnen voeren, teneinde een private overdracht van aandelen tot stand te kunnen brengen, dan wel een openbaar bod uitbrengen om in het kader hiervan de verwerving van de aandelen te realiseren ⁹³.

61. *De private overdracht van een controlepakket.* – Ingeval de aandelen in de over te nemen vennootschap slechts een geringe mate van publieke verspreiding kennen, zal de overnemende vennootschap in de regel de individuele aandeelhouders benaderen en met elk van hen over de modaliteiten van de te realiseren overdracht negotieren. Deze methode

zal ook raadzaam zijn met het oog op de controleverwerving over een vennootschap die een publiek beroep doet of heeft gedaan op het spaarwezen, maar waarvan de controleparticipatie zich desalniettemin in vaste handen bevindt. Ten aanzien van een dergelijke vennootschap zal de overnemende vennootschap onderhandelingen moeten voeren met haar grootaandeelhouders. Dergelijke onderhandelingen kunnen, ingeval zij succesvol zijn, resulteren in de private overdracht van een controlepakket ⁹⁴.

Binnen de Belgische context ligt deze techniek van controleverwerving het meest voor de hand. Tal van naamloze vennootschappen zijn immers besloten vennootschappen, die geen beroep doen op de geldmiddelen die de kapitaalmarkt ter beschikking stelt en waarvan het aandelenbezit in handen is van een beperkt aantal familie-aandeelhouders. Ook in beursgenoteerde vennootschappen bevindt zich in de regel een controlepakket in vaste handen ⁹⁵.

62. Ingeval de methode van onderhandelde controleverwerving aangewend wordt met het oog op de verwerving van de controle over een vennootschap die een publiek beroep doet of heeft gedaan op het openbaar spaarwezen, en de prijs die de overnemer bepaalt, meer bedraagt dan de marktprijs van de door de overgenomen vennootschap uitgegeven aandelen (een zogeheten «controlepremie»), zal de overnemer ertoe verplicht zijn om ook de aandeelhouders die niet bij de private overdracht betrokken waren, de kans te bieden om hun aandelen te verkopen tegen dezelfde prijs. Het heet dan dat de overnemer een verplicht bod moet uitbrengen of een verbintenis tot koershandhaving op zich moet nemen ⁹⁶.

63. *De techniek van het openbaar overnamebod.* – Ingeval de aandelen in de over te nemen vennootschap een grote mate van publieke verspreiding kennen en geen aandeelhouders voorkomen die een substantieel pakket in handen hebben, vormt de openbare bodstechniek de meest aangewezen techniek om de overdracht van de aandelen te bewerkstelligen. Hierbij formuleert de overnemende vennootschap een aanbod in de privaatrechtelijke zin van het woord, gericht tot alle aandeelhouders in de over te nemen vennootschap, om hun aandelen tegen betaling van een bepaalde tegenprestatie te verwerven.

64. Tot voor 1989 was een dergelijk openbaar overnamebod slechts in beperkte mate onderworpen aan juridische voorschriften. Met name was de toenmalige Bankcommissie (momenteel Commissie voor het Bank- en Financiewezen)

⁹⁴ BYTTEBIER, K., *Het vijandige overnamebod. Een vergelijkend onderzoek naar de wenselijkheid en haalbaarheid van het vijandige overnamebod als techniek van controleverwerving over beursgenoteerde vennootschappen*, Antwerpen, Maklu Uitgevers, 1993, nr. 20.1.

⁹⁵ Dit is hierdoor te verklaren dat het gebruik van portefeuillemaatschappijen en beursgenoteerde dochtervennootschappen de families een ideale methode verschaft om de controle over de betreffende vennootschappen in vaste handen te consolideren. (Zie BYTTEBIER, K., *supra*, noot 94, 244, nr. 7.31 e.v.)

⁹⁶ Deze verplichting ligt vervat in art. 41 K.B. 8 november 1989. Voor een technische analyse, zie vooral WYMEERSCH, E., «Cession de contrôle et offres publiques obligatoires», *R.P.S.*, 1991, 151-242. Voor een kritische ontleding, zie vooral WYMEERSCH, E., «Verplicht overnamebod – Een kritische ontleding», *Bank Fin.*, 1992, 85-98. Zie ook BYTTEBIER, K., *supra*, noot 94, 772 e.v., nrs. 20.9 e.v.

⁹⁰ Zie VAN LEEUWEN, M. en VAN DER GRINTEN, W., *supra*, noot 55, II-1.

⁹¹ In tegenstelling tot een horizontale groepsverhouding, gekenmerkt door het bestaan van twee moedervennootschappen, die (in beginsel) niet in elkaars aandelenkapitaal participeren. (Zie *infra*, nrs. 78 e.v.)

⁹² VAN LEEUWEN, M. en VAN DER GRINTEN, W., *supra*, noot 55, II-8.

⁹³ VAN LEEUWEN, M. en VAN DER GRINTEN, W., *supra*, noot 55, II-8-9.

op grond van art. 22 van de wet van 10 juni 1964⁹⁷ bevoegd om in toepassing van het uitgifteregime van effecten, toezicht uit te oefenen op de informatiestromen naar het beleggerspubliek toe. T.a.v. het eigenlijke verloop van de biedprocedure was de Commissie echter strikt juridisch niet bevoegd, wat haar nochtans niet heeft belet om zogeheten deontologische voorschriften in deze materie uit te vaardigen⁹⁸.

Naar aanleiding van een aantal overnameperikelen in de periode 1987-1988 bleken de tekortkomingen van het op dat moment vigerende systeem. Vandaar dat de wetgever nieuwe overnamevoorschriften noodzakelijk achtte en de Koning belastte met de uitvaardiging ervan⁹⁹. Dit leidde tot het K.B. van 8 november 1989¹⁰⁰, dat onder andere geldigheids- en procedurevoorschriften van toepassing op openbare overnamebiedingen bevat¹⁰¹.

65. *Alternatieve methodes.* – De overnemende vennootschap beschikt ten slotte over een aantal andere technieken om een controlepositie in een andere vennootschap uit te bouwen. Zo zou ze kunnen overgaan tot verwerving van een substantiële aandelenparticipatie door middel van beurs-aankopen. Hierbij zal de koper vanzelfsprekend de bepalingen van de transparantiewetgeving moeten respecteren¹⁰².

Een alternatieve techniek om een controlepositie in een vennootschap te verkrijgen bestaat erin zich van een volmachtsollicitatie te bedienen. Een dergelijke transactie leidt niet tot een overdracht van de aandelen, maar enkel tot het verlenen van een volmacht door de aandeelhouders aan de sollicitant.

2) Onderhandelingen met het bestuursorgaan van de over te nemen vennootschap

66. Niettegenstaande in geval van een controleoverdracht door middel van aandelentransacties de overeenkomsten tot stand komen tussen de overnemende vennootschap en elk der individuele aandeelhouders in de over te nemen vennootschap, zal het bestuursorgaan van de overnemende vennootschap in de praktijk meestal met het bestuursorgaan van de over te nemen vennootschap contact

opnemen om na te gaan of er een overeenstemming mogelijk is.

Ingeval het bestuursorgaan van de over te nemen vennootschap de controleoverdracht ongunstig gezind is, zal de overnemende vennootschap slechts proberen de overname te realiseren wanneer het bestuursorgaan van de over te nemen vennootschap niet kan terugvallen op de absolute meerderheid van de aandelen, bijvoorbeeld in de gevallen waarin deze meerderheid verspreid is bij een ruim publiek. In een dergelijk geval zal het openbare overnamebod de meest aangewezen acquisitietechniek vormen. De gespecialiseerde literatuur gewaagt dan van een vijandig overnamebod¹⁰³.

In de regel zal het bestuursorgaan van de overnemende vennootschap evenwel proberen om, alvorens de aandeelhouders te solliciteren, het akkoord van de bestuurders te krijgen. Een dergelijk akkoord is gewoonlijk geen civielrechtelijke overeenkomst, maar eerder een voorstadium voor de te sluiten overeenkomsten, waarbij anderen (de aandeelhouders) partij zullen zijn. De doctrine kwalificeert een dergelijk akkoord als een *gentlemen's agreement*, waaraan geen eigenlijke juridische gevolgen verbonden zijn¹⁰⁴.

b) Aangaan van een beheersovereenkomst

67. Voormelde concentratietechniek waarbij de overnemende vennootschap een controleparticipatie verwerft in een andere vennootschap, bewerkstelligt dat een centrale leiding tot stand komt: de overnemende vennootschap zal haar controlepositie gebruiken om het bestuursorgaan van de overgenomen vennootschap naar haar wensen samen te stellen en kan daarnaast ook op andere manieren van haar stemrecht gebruik maken om het beleid van de overgenomen vennootschap te beïnvloeden¹⁰⁵.

Een vennootschap kan ook proberen een gezagsrelatie ten aanzien van het bestuursorgaan en/of de algemene vergadering van een andere vennootschap op te bouwen zonder dat zij hierbij ook een aandelenparticipatie in laatstvermelde vennootschap verwerft. Hiertoe kunnen de twee vennootschappen een zogeheten «beheersovereenkomst» sluiten. Het betreft een overeenkomst als gevolg waarvan het bestuursorgaan van de ene vennootschap zich moet gedragen naar de instructies gegeven door de andere vennootschap¹⁰⁶.

⁹⁷ Wet van 10 juni 1964 op het openbaar aantrekken van spaargelden, *B.S.*, 20 juni 1964. Hierover vooral GELDERS, G., «Les offres publiques d'achat (O.P.A.)», *Bank Fin. Cahier n° 164, juni 1970*.

⁹⁸ De juridische waarde ervan was onduidelijk. In een aantal beslissingen weigerden rechtscollèges overigens enig juridisch gevolg aan de deontologie van de Commissie te hechten. (Zie bijvoorbeeld Kh. Brussel, 31 januari 1980, *T.B.H.*, 1980, 420-434; Brussel, 1 maart 1988, *J.T.*, 1988, 232-230. Zie daarentegen Vz. Kh. Brussel, 9 februari 1988, *J.T.*, 1988, 219-229, die op sommige plaatsen wél, en op andere plaatsen niet de doctrine van de Commissie toepast.)

⁹⁹ Zie art. 15 Wet 2 maart 1989 op de openbaarmaking van belangrijke deelnemingen in ter beurze genoteerde vennootschappen en tot reglementering van de openbare overnamebiedingen, *B.S.*, 24 mei 1989.

¹⁰⁰ K.B. van 8 november 1989 op de openbare onvernameaanbiedingen en de wijzigingen in de controle op vennootschappen, *B.S.*, 11 november 1989.

¹⁰¹ Voor een bespreking ervan, zie BRUYNEEL, A., «Les offres publiques d'acquisition», *J.T.*, 1990, 141-160 en 165-183, en BYTTEBIER, K. en DE SCHRYVER, V., «Het overnamebod op beursgenoteerde vennootschappen», in SCHRANS, G. en WYMEERSCH, E. (red.), *Financiële herregulering in België*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 515-545.

¹⁰² Zie hoofdstuk 1 Wet 2 maart 1989.

¹⁰³ BYTTEBIER, K., *supra*, noot 94, 39, nr. 11.

¹⁰⁴ VAN LEEUWEN, M. en VAN DER GRINTEN, W., *supra*, noot 55, II-10-11.

¹⁰⁵ Zie MALOU, X., *supra*, noot 49, 540. Zie ook VAN LEEUWEN, M. en VAN DER GRINTEN, W., *supra*, noot 55, V-1.)

¹⁰⁶ EMMERICH, V. en SONNENSCHN, J., *Konzernrecht. Das Recht der Verbundenen Unternehmen bei Aktiengesellschaft, GmbH und Personengesellschaften*, München, Verlag C.H. Beck, 1992, 392; «Concentratie-Memorandum», *supra*, noot 89, 661; VAN RYN, J., «Les méthodes de groupement des sociétés en droit belge», in CENTRE INTERUNIVERSITAIRE DE DROIT COMPARÉ, *Rapports belges au VIIe Congrès international de droit comparé*, Brussel, C.I.D.C., 1966, 151-167, in het bijzonder 158, nr. 9; RAADMAKERS, M., «Een rechtsvergelijkende analyse (met inbegrip van de negende richtlijn)», in STUDIECENTRUM ONDERNEMINGSGROEPEN, *Rechten en plichten van moeder- en dochtervennootschappen*, Antwerpen, Kluwer, 1985, 191-301, in het bijzonder 240 en 256; VAN LEEUWEN, M. en VAN DER GRINTEN, W., *supra*, noot 55, V-2.

68. In België luidt de meerderheidsopvatting in de doctrine ¹⁰⁷ dat een beheersovereenkomst ongeldig is. De doctrine hanteert hiervoor verschillende argumenten. Ten eerste is er het feit dat de algemene vergadering de bestuurders van de vennootschap benoemt vanwege hun persoonlijke kwaliteiten. De bestuurders mogen bijgevolg geen andere personen machtigen om hun taak – die erin bestaat de vennootschap te besturen – in hun plaats uit te oefenen ¹⁰⁸. Een tweede argument is gelegen in het feit dat het bestuursorgaan geen bindende instructies van de algemene vergadering kan ontvangen ¹⁰⁹. *A fortiori* kan het dan ook geen bindende instructies ontvangen van een derde. Een derde argument is dat de sluiting van een beheersovereenkomst in strijd is met de regel die een vennootschapsorgaan verbiedt zijn bevoegdheden te delegeren aan een ander vennootschapsorgaan of aan een derde ¹¹⁰.

Niettegenstaande de principiële ongeldigheid komen beheersovereenkomsten in de praktijk wel voor, maar gelden ze dan enkel als *gentlemen's agreements*. Bijgevolg zijn ze verstoken van elke bindende kracht en is het niet mogelijk tot gedwongen tenuitvoerlegging ervan over te gaan, of een schadevergoeding te eisen wanneer de organen van de «overheerste» vennootschap de instructies van de wederpartij bij de beheersovereenkomst niet zouden naleven. De wederpartij beschikt in die optiek niet over de mogelijkheid om de organen van de vennootschap ertoe te verplichten de door hem gegeven instructies na te leven ¹¹¹.

B. Integratie in een gelijkheidsrelatie

69. Terwijl de hierboven besproken concentratietechnieken leiden tot een ondergeschiktmaking van de ene onderneming aan de andere onderneming, biedt het Belgische recht ten slotte ook nog een aantal methodes die het mogelijk maken de economische integratie op voet van gelijkheid te doen geschieden. Het betreft in het bijzonder de juridische fusie en de technieken van horizontale groepsvorming.

¹⁰⁷ Zie bijvoorbeeld VAN RYN, J., *supra*, noot 106, 158, nr. 10; VAN OMMESLAGHE, P., «Algemeen verslag», in STUDIECENTRUM ONDERNEMINGSGROEPEN, *Rechten en Plichten van moeder- en dochtervennootschappen*, Antwerpen, Kluwer, 1985, 59-133, in het bijzonder 79, nr. 26; WYMEERSCH, E., «The groups of companies in Belgian law», in WYMEERSCH, E. (red.), *Groups of Companies in the EEC*, Berlijn, New York, W. de Gruyter, 1993, 1-83, in het bijzonder 42, nr. 57. Zie ook MALOU, X., *supra*, noot 49, 540.

¹⁰⁸ VAN RYN, J., *supra*, noot 46, 388, nr. 592. Zie ook BANKCOMMISSIE, *Jaarverslag 1970-71*, 153; VAN BRUYSTEGEM, B., «Enkele aspecten van de mangementovereenkomst», in *Praktische Gids Bestuurders*, Brussel, Ced. Samsom (losbladig), 3.9/1 e.v., in het bijzonder 3.9/14; VAN OMMESLAGHE, P., «Les groupes de sociétés et l'expérience du droit belge», in HOFT, K. (red.), *Groups of companies in European laws. Legal and economic analyses on multinational enterprises*, Vol. II, Berlijn en New York, W. de Gruyter, 1982, 59-98, in het bijzonder 62.

¹⁰⁹ Zie VAN RYN, J., *supra*, noot 46, 443, nr. 711.

¹¹⁰ VAN RYN, J., *supra*, noot 106, 158-159, nr. 10.

¹¹¹ VAN RYN, J., *supra*, noot 106, 159, nr. 11; VAN OMMESLAGHE, P., *supra*, noot 107, 79, nr. 26.

1° De juridische fusie

a) Begrip, modaliteiten en voor- en nadelen

70. De «juridische fusie» vormt de methode bij uitstek om een volledige integratie van alle activiteiten van de erbij betrokken ondernemingen te bewerkstelligen. Zij is de operatie waarbij een overdracht onder algemene titel plaatsvindt van het gehele vermogen van een of meer vennootschappen aan een andere vennootschap ¹¹². De juridische fusie leidt tot de ontbinding zonder vereffening ¹¹³ van de overdragende vennootschap(pen) – ook wel omschreven als de verdwijnende vennootschap(pen) ¹¹⁴. De vennootschap die het vermogen van de verdwijnende vennootschap onder algemene titel ontvangt, kan hierbij een voorheen reeds bestaande of een specifiek voor het doel van de juridische fusie opgerichte vennootschap zijn. De Belgische doctrine hanteert in het eerste geval de term «fusie door 'opslorping'», in het tweede geval de term «fusie door oprichting van een nieuwe vennootschap» ¹¹⁵. In de literatuur worden ter omschrijving van de technieken ook wel de termen «fusie door overneming» en «fusie op basis van gelijkwaardigheid» gebruikt ¹¹⁶. In de Belgische wet komen de termen «fusie door overneming» en «fusie door oprichting van een nieuwe vennootschap» voor.

71. De juridische fusie vormt in een aantal rechtsstelsels – vooral in die met een sterkromeinsrechtelijke inslag – van oudsher de concentratietechniek bij uitstek ¹¹⁷.

De techniek maakt ongetwijfeld de meest verregaande versmelting van twee of meer ondernemingen mogelijk. Meer in het bijzonder vindt de versmelting plaats op het niveau van de rechtspersonen, met als gevolg dat er na de fusie niet alleen één onderneming, maar ook slechts één rechtspersoon overblijft. Hierin verschilt de juridische fusie van andere procédés van algehele ondernemingsintegratie, waarbij de versmelting plaatsvindt op het niveau van het aandeelhouderschap ¹¹⁸ of van het bestuursorgaan ¹¹⁹ en die de bestaande rechtspersonen laten voortbestaan. Daarenbo-

¹¹² Zie art. 174/1 Venn.W. Vergelijk art. 3 van de Derde Richtlijn van de Raad van 9 oktober 1978 op grondslag van artikel 54, lid 3, sub g, van het Verdrag betreffende fusies van naamloze vennootschappen, *Pb.* nr. L 295, van 20 oktober 1978, 36. Deze richtlijn normeert uitsluitend de juridische fusie van naamloze vennootschappen met een zelfde nationaliteit. België heeft de richtlijn op 29 juni 1993 omgezet. Voor een nadere definiëring van het begrip juridische fusie, zie ook VAN LEEUWEN, M. en VAN DER GRINTEN, W., *supra*, noot 55, I-3 en I-19.

¹¹³ Zie art. 174/1 Venn.W. (fusie door overneming) en art. 174/17 Venn.W. (fusie door oprichting van een nieuwe vennootschap).

¹¹⁴ VAN LEEUWEN, M. en VAN DER GRINTEN, W., *supra*, noot 55, I-19.

¹¹⁵ Zie bijvoorbeeld TIMMERMAN, L., «De internationale juridische fusie. Een beschouwing over het ontwerpverdrag inzake de internationale juridische fusie», *T.P.R.*, 1970, 289-327.

¹¹⁶ HONÉE, H., «Grensoverschrijdende fusie op basis van gelijkwaardigheid naar huidig recht», in HONÉE, H., e.a. (red.), *Grensoverschrijdende samenwerking van ondernemingen*, Deventer, Kluwer, 1992, 2, nr. 2.

¹¹⁷ Zie «Concentratie-Memorandum», *supra*, noot 89, 661.

¹¹⁸ Bijvoorbeeld door een overname of door vorming van een horizontale groep.

¹¹⁹ Door bijvoorbeeld de bestuursorganen van twee vennootschappen op dezelfde manier samen te stellen (het zogeheten *interlocked directorship*).

ven verschaft de techniek van de juridische fusie ook de duurzaamste integratiemethode.

72. Aan de fusietechniek is een aantal nadelen en bezwaren verbonden. Timmerman weegt in het bijzonder de merites en gebreken van de fusietechniek af tegen die van de techniek van de overname¹²⁰.

In de eerste plaats zijn de grond- en vormvoorschriften die de betrokken vennootschappen moeten naleven wanneer zij juridisch fusioneren, veel stringenter dan bij een overname door bijvoorbeeld de verwerving van een controleparticipatie. Zo vereist een juridische fusie in de meeste landen – ook in België – de goedkeuring van de algemene vergaderingen van aandeelhouders van de betrokken vennootschappen, terwijl voor de verwerving van een controlepakket in de regel een beslissing van het bestuursorgaan van de overnemende vennootschap zal volstaan. Daarnaast zullen de betrokken vennootschappen in geval van een juridische fusie een aantal vormvoorschriften, waaronder de opstelling van een aantal authentieke akten, in acht moeten nemen.

In de tweede plaats vindt bij een juridische fusie een volledige versmelting van de vermogens van de betrokken vennootschappen plaats. Deze versmelting heeft betrekking op zowel de activa als de passiva: de overnemende of nieuw opgerichte vennootschap geldt bijgevolg voortaan als de schuldenaar van alle schulden van de betrokken vennootschappen. Bij de verwerving van een controleparticipatie daarentegen is van een dergelijke accumulatie van schulden geen sprake: elk der betrokken vennootschappen behoudt de rechtspersoonlijkheid en blijft als enige aansprakelijk voor de eigen verbintenissen¹²¹.

In de derde plaats is de juridische fusie in de regel ook een duur procédé. Anders dan bij de verwerving van een controleparticipatie het geval is, moet de overnemende of nieuw opgerichte vennootschap in geval van een juridische fusie immers het gehele vermogen van de overgenomen vennootschap(pen) verwerven (en hiertoe alle aandeelhouders een participatie in het eigen aandelenkapitaal verlenen). In geval van participatie kan de toekomstige moedervennootschap ermee volstaan een kleinere dan 100%-participatie in de dochtervennootschap te nemen¹²².

Ten vierde is een juridische fusie moeilijk ongedaan te maken. Terwijl in geval van de verwerving van een controleparticipatie de overnemende vennootschap de verworven aandelen – al dan niet in overleg met de overgenomen vennootschap – naderhand vrij eenvoudig van de hand kan doen en op die manier een eind maken aan de integratie, is dat veel moeilijker in geval van een juridische fusie. In die zin heeft de juridische fusie veelal een definitief karakter en geldt ze

meestal als de laatste stap in een proces waarbij twee of meer ondernemingen aan hun wens tot samenwerking een concrete juridische gestalte willen geven en hierbij eerst gebruik maken van minder verregaande procédés¹²³.

Een laatste bezwaar is dat de juridische fusie leidt tot het verlies van de juridische identiteit van ten minste één van de betrokken ondernemingen. Volgens Timmerman zijn ondernemingen hiertoe niet zonder meer bereid. De redenen zijn van diverse aard. Allereerst spelen psychologische argumenten een belangrijke rol¹²⁴. Ingeval van een internationale fusie zullen de bezwaren vaak vanuit nationalistische overwegingen zijn ingegeven. In tweede instantie beantwoordt het behoud van verschillende rechtspersonen aan de in sommige ondernemingen bestaande wens tot decentralisatie. Bovendien kan het in sommige gevallen nuttig zijn om in de diverse landen waar een onderneming werkzaam is, te beschikken over een aan het recht van deze landen aangepaste rechtsvorm. Ook kiezen sommige ondernemingen het behoud van de eigen rechtsvorm wegens de blijvende toegankelijkheid tot de eigen nationale kapitaalmarkt.

b) Toepasselijke rechtsvoorschriften

73. De Vennootschappenwet onderwerpt de juridische fusie aan een aantal grond- en vormvoorwaarden en vermeldt hierbij een verschillend stelsel voor enerzijds de fusie door opslorping en anderzijds de fusie door oprichting van een nieuwe vennootschap.

(i) FUSIE DOOR OVERNEMING

74. Allereerst bepaalt art. 174/1 Venn.W. als grondvoorwaarde dat de aandeelhouders van de verdwijnende vennootschappen in ruil voor hun aandelen, aandelen in de overnemende vennootschap moeten krijgen. De overnemende vennootschap kan eventueel een toeslag betalen; deze mag dan niet meer bedragen dan een vijfde van de nominale waarde of van de fractiewaarde van de door haar uitgereikte aandelen¹²⁵.

De beslissing tot fusioneren wordt blijkens de Vennootschappenwet voorbereid door de bestuursorganen van de betrokken vennootschappen. Zij moeten hiertoe meer in het bijzonder bij onderhandse of authentieke akte een fusievoorstel opstellen, waarin zij een aantal gegevens m.b.t. enerzijds de identiteit en waarde van de betrokken vennootschappen en anderzijds de details van de transactie zelf

¹²⁰ Zie TIMMERMAN, L., *supra*, noot 115, 291-293.

¹²¹ Zie ook VAN LEEUWEN, M. en VAN DER GRINTEN, W., *supra*, noot 55, I-19. Het recht onderkent slechts in een beperkt aantal gevallen en onder strikte voorwaarden de aansprakelijkheid van een moedervennootschap voor schulden van een dochtervennootschap.

¹²² De verplichte-bodsregel die in een aantal rechtstelsels van kracht is, leidt in die optiek tot een verlies van dit voordeel verbonden aan de verwerving van een controleparticipatie boven de juridische fusie. De regel verplicht de overnemende vennootschap immers tot het uitbrengen van een overnamebod gericht tot alle aandeelhouders die hun aandelen willen verkopen, en drijft in die zin de kosten verbonden aan een dergelijke operatie de hoogte in. (Hierover BYTTEBIER, K., *supra*, noot 94, 781, nr. 20.28.)

¹²³ Zie GILSON, R., «The Political Ecology of Takeovers: Thoughts on Harmonizing the European Corporate Governance Environment», in HOPT, K. en WYMEERSCH, E., *European takeovers. Law and Practice*, Londen, Butterworths, 1992, 49-75.

¹²⁴ Dit is overigens het geval bij alle mogelijke integratiemechanismen.

¹²⁵ Afhankelijk van het rechtskarakter van de bij de fusieoperatie betrokken vennootschappen, zal nog een aantal andere vereisten toepassing vinden. Zo bepaalt art. 174/5, § 1, Venn.W. dat, ingeval de overnemende vennootschap een B.V.B.A. of een coöperatieve vennootschap is, de overname slechts zal kunnen doorgaan ingeval de aandeelhouders in de overgenomen vennootschap voldoen aan de voorwaarden om aandeelhouder in de overnemende vennootschap te zijn.

weergeven¹²⁶. Het bestuursorgaan moet dit fusievoorstel uiterlijk zes weken vóór de algemene vergaderingen die over de fusie moeten beslissen, bekendmaken ter griffie van de rechtbank van koophandel¹²⁷. Daarnaast moeten de bestuursorganen van de betrokken vennootschappen de fusie toelichten in een verslag¹²⁸. De commissarissen-revisoren, bedrijfsrevisoren of accountants van de betrokken vennootschappen zijn aan een soortgelijke verslagplicht onderworpen; in het bijzonder moeten zij de gehanteerde ruilverhouding toelichten¹²⁹. Het bestaan van de diverse verslagen moet samen met het fusievoorstel vermeld worden in de agenda's van de algemene vergaderingen die zich over het fusievoorstel moeten uitspreken. Tevens hebben de aandeelhouders het recht om kosteloos een exemplaar van elk van deze documenten te krijgen. De vennootschappen moeten hun deze uiterlijk een maand vóór de algemene vergaderingen die over het fusievoorstel beslissen, toezenden. Daarnaast kunnen de aandeelhouders inzage nemen van bedoelde documenten op de zetel van de vennootschap (waar dan ook nog een aantal andere stukken en documenten ter inzage moeten liggen)¹³⁰.

De algemene vergaderingen van de betrokken vennootschappen moeten de fusie goedkeuren met de meerderheden die nodig zijn voor een statutenwijziging (namelijk een quorum van de helft plus één van de aandelen en een akkoord van drie vierde van de stemmen; ingeval het quorum op de eerste vergadering niet bereikt wordt, geldt voor een eventuele tweede vergadering geen quorumvereiste)¹³¹. De fusie is voltrokken zodra beide betrokken vennootschappen daartoe alle vereiste besluiten genomen hebben¹³².

Voor het overige bevat de Vennootschappenwet nog een aantal bijkomende vormvereisten. Bijvoorbeeld moeten de notulen van de algemene vergadering die tot de fusie beslist, in authentieke vorm worden opgesteld¹³³, gelden specifieke voorschriften inzake aanpassing van de statuten van de betrokken vennootschappen¹³⁴ en gelden bepaalde bekendmakingsverplichtingen¹³⁵.

75. De fusie heeft de volgende gevolgen¹³⁶:

- de overgenomen vennootschap (of eventueel vennootschappen) houdt (of houden) op te bestaan;
- de aandeelhouders in de overgenomen vennootschap(pen) worden aandeelhouders in de overnemende vennootschap;
- het gehele vermogen – rechten zowel als verplichtingen – van elke overgenomen vennootschap gaat over op de overnemende vennootschap¹³⁷.

(ii) FUSIE DOOR OPRICHTING VAN EEN NIEUWE VENNOOTSCHAP

76. In geval van fusie door oprichting van een nieuwe vennootschap heeft een overdracht plaats van het vermogen van alle betrokken vennootschappen aan een nieuw opgerichte vennootschap. Gelijk bij de fusie door overneming, ontvangen de aandeelhouders van de aldus verdwijnende vennootschappen, aandelen in de nieuw opgerichte vennootschap, eventueel met betaling van een toeslag, die echter niet meer mag bedragen dan een vijfde van de nominale waarde of fractiewaarde van de uitgereikte aandelen¹³⁸.

Een dergelijke fusieoperatie leidt per definitie tot de oprichting van een nieuwe vennootschap, waarbij vanzelfsprekend aan de vereisten gesteld voor het gekozen vennootschapstype voldaan zal moeten zijn¹³⁹. Voor het overige gelden *mutatis mutandis* dezelfde voorschriften als die welke toepassing vinden in geval van fusie door overneming¹⁴⁰.

(iii) FISCALE IMPLICATIES

77. De keuze om een juridische fusie door te voeren zal in vele gevallen mede ingegeven zijn door fiscale overwegingen.

De grote aantrekkingskracht van de techniek is dat ze fiscaal neutraal is. Dit impliceert dat de fiscale waarden die bestaan in de voorheen bestaande vennootschappen, ongewijzigd overgaan op de na de fusie voortbestaande vennootschap¹⁴¹.

In vergelijking met de overige technieken om een integratie van activiteiten van twee ondernemingen tot stand te brengen, heeft de juridische fusie, als gevolg van haar belastingneutrale karakter, als nadeel dat ze zich niet leent tot de realisatie van een zogeheten *step up*. De fusie staat bijvoorbeeld niet toe een hogere afschrijvingsbasis te creëren dan die welke bestond bij elk van de voorheen bestaande vennootschappen.

2° Technieken van horizontale groepsvorming

78. Twee onafhankelijke ondernemingen die een volledige integratie van al hun activiteiten willen bewerkstelligen, maar desalniettemin verkiezen hun juridische zelfstandigheid volledig te bewaren, kunnen in plaats van juridisch te fusioneren of een overname te bewerkstelligen, zich organiseren in een zogeheten «horizontale groep». Deze methode is in hoofdzaak gehanteerd in Duitsland (de zogeheten *Gleichordnungskonzerne*) en werd daarnaast ook wel in het

¹²⁶ Zie art. 174/2, § 2, Venn.W.

¹²⁷ Art. 174/2, § 3, Venn.W.

¹²⁸ Art. 174/3, § 1, Venn.W.

¹²⁹ Art. 174/3, § 2, Venn.W.

¹³⁰ Art. 174/4, §§ 1-2, Venn.W.

¹³¹ Art. 174/6, § 1, Venn.W. Voor bepaalde vennootschapstypes is unanimitie vereist. (Zie art. 174/6, § 3, Venn.W.)

¹³² Art. 174/8, § 2, Venn.W.

¹³³ Art. 174/7 Venn.W.

¹³⁴ Art. 174/8, § 1, Venn.W.

¹³⁵ Art. 174/9, Venn.W.

¹³⁶ Art. 174/10 Venn.W.

¹³⁷ Met het oog op de tegenwerpbarmaking aan derden van de overdracht van bepaalde vermogensbestanddelen zal het evenwel

nodig zijn de dienaangaande geldende publiciteitsverplichtingen na te leven. (Zie art. 174/10, § 2, Venn.W.)

¹³⁸ Art. 174/17 Venn.W.

¹³⁹ Art. 174/18 Venn.W.

¹⁴⁰ Art. 174/18 e.v. Venn.W.

¹⁴¹ Dit principe van belastingneutraliteit van de juridische fusie werd gerealiseerd door de wet van 6 augustus 1993. (Zie wet van 6 augustus 1993 houdende fiscale bepalingen inzake fusie en splitsing van vennootschappen, *B.S.*, 31 augustus 1993.) In één geval, namelijk de fusie tussen een moedervennootschap en een dochtervennootschap, geldt het beginsel van de belastingneutraliteit evenwel niet. Belastingvrije meerwaarden die vóór de fusie bestonden in de verdwijnende vennootschap (in de regel de dochter) kunnen in een dergelijk geval n.a.v. de fusie toch belast worden.

grensoverschrijdende rechtsverkeer aangewend (de zogeheten «bi-nationale, horizontale groepen»); tot dusver zijn er evenwel nog geen zuiver Belgische voorbeelden van.

79. Een horizontale groep valt te definiëren als een groep van vennootschappen met twee onafhankelijke moeder-vennootschappen, waarvan de economische omvang min of meer gelijk is en die verbonden zijn door een overeenkomst waarin ze een volledige integratie van hun activiteiten (of ten minste van hun kernactiviteiten) overeenkomen. Hiertoe bepaalt bedoelde overeenkomst in het bijzonder dat de moeder-vennootschappen een eenheidsbeleid zullen voeren en bepaalt ze daarnaast een gelijke (of evenredige) verdeling van de gezamenlijke groepswinst ¹⁴².

De grote aantrekkelijkheid van het mechanisme is de betrekkelijke eenvoud waarmee de betrokken partijen de gewenste integratie kunnen realiseren. In wezen is hiertoe enkel vereist dat zij een overeenkomst aangaan (waarin zij zich verbinden om al hun economische activiteiten te integreren door middel van een of meer van de hierna besproken juridische mechanismen). In die zin biedt horizontale groepsvorming een aantrekkelijk alternatief voor de juridische fusie, die immers de vervulling van een complex geheel van vorm- en grondvoorwaarden vereist.

Voor al in het internationale rechtsverkeer is horizontale groepsvorming bij ontstentenis van de mogelijkheid om een internationale, juridische fusie tot stand te brengen ¹⁴³, een dankbaar alternatief voor juridisch fusioneren gebleken ¹⁴⁴.

Daarenboven heeft de vorming van een horizontale groep als bijkomend voordeel dat zij de juridische zelfstandigheid van de betrokken partners onverlet laat: zij behouden hun eigen aandeelhouderschap (en beursnotering) en hun eigen bestuursorganen. In het bijzonder ingeval de samenstelling van het aandeelhouderschap van de twee partijen sterke verschillen vertoont – doordat bijvoorbeeld bij de ene partner een sterk geconcentreerd aandeelhouderschap bestaat, ter-

wijl bij de andere partner een eerder verspreid aandeelhouderschap voorkomt – kan de vorming van een horizontale groep, in plaats van een juridische fusie, vermijden dat de aandeelhouders van de vennootschap met het sterk geconcentreerd aandeelhouderschap de macht volledig naar zich toetrekken.

80. Verschillende juridische mechanismen zijn gehanteerd om de vermelde economische doelstellingen te bereiken.

Om met name de gelijke winstverdeling te realiseren, kunnen de twee moeder-vennootschappen een egalisatieovereenkomst aangaan, als gevolg waarvan zij er contractueel toe gehouden zijn hun respectieve aandeelhouders een gelijk dividend uit te keren (zie Unilever) of kunnen zij overgaan tot de omvorming van al hun operationele dochter-vennootschappen tot gemeenschappelijke dochter-vennootschappen. Wat het tweede alternatief betreft, zijn twee methodes denkbaar. Enerzijds kan de omvorming rechtstreeks gebeuren, doordat elk der moeder-vennootschappen de helft van haar aandelen in haar dochters omruilt voor de helft van de aandelen in de dochters van de andere moeder-vennootschap. Anderzijds kan de vergemeenschappelijking van de dochter-vennootschappen ook onrechtstreeks geschieden, met name door middel van de oprichting van een nieuwe, gemeenschappelijke dochter-vennootschap die alle participaties in de operationele dochter-vennootschappen gaat groeperen.

Teneinde anderzijds het eenheidsbeleid op de een of andere wijze te institutionaliseren, kunnen partijen hetzij overeenkomen hun respectieve bestuursorganen op een identieke en paritaire wijze samen te stellen (zogeheten *interlocked directorships* of identiek samengestelde bestuursorganen) ¹⁴⁵ of overgaan tot de oprichting van bijzondere commissies, (paritair) samengesteld uit de top-managers van de twee betrokken ondernemingen ¹⁴⁶. Eventueel kunnen partijen de realisatie van het eenheidsbeleid ook overlaten aan het (paritair samengestelde) bestuursorgaan van de centrale, gemeenschappelijke dochter-vennootschap (die overigens met het oog op de winstgelijkschakeling alle dochter-vennootschappen van de groep bezit) ¹⁴⁷.

81. Zoals gesteld, is in België de methode van horizontale groepsvorming vooralsnog niet gehanteerd als methode van vormgeving van economische fusie tussen twee Belgische ondernemingen. Wel zijn een aantal Belgische ondernemingen betrokken (of betrokken geweest) bij de totstandkoming van bi-nationale, horizontale groepen ¹⁴⁸.

Zo beslisten in 1964 de Belgische onderneming N.V. Gevaert Photo-Producten en de Duitse onderneming Agfa AG tot een economische fusie m.b.t. al hun activiteiten, dit vooral teneinde het hoofd te bieden aan de toenemende concurrentie van een aantal buitenlandse produkten van foto-chemische produkten (o.a. het Amerikaanse Eastman Kodak).

¹⁴² Zie vooral BAYER, W., «Horizontal Groups and Joint Ventures in Europe. Concepts and Reality», in BERNSTEIN, H., DROBNIG, U. and KÖTZ, H., *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1981, 363-379, in het bijzonder 363.

¹⁴³ In de E.G. wordt algemeen aangenomen dat in afwachting van een harmonisatie van het vennootschapsrecht inzake de internationale, juridische fusie, een dergelijke operatie niet mogelijk is. [Anders: VIANDIER, A. en CAUSSAIN, J., «Chronique. Droit des sociétés», *J.C.P. éd. G.*, 1993, I-3715, in het bijzonder 461, nr. 14.] Momenteel ligt een voorstel van tiende harmonisatierichtlijn voor die de harmonisatie van het recht inzake de internationale, juridische fusie beoogt te realiseren. [Zie Voorstel voor een tiende richtlijn van de Raad op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g, van het Verdrag betreffende de grensoverschrijdende fusie van naamloze naamloze vennootschappen, COM (84) 727 def, Pb. nr. C 23, van 25 januari 1985, 11.] Wegens een politieke discussie inzake het medebeslissingsrecht van werknemers binnen grote ondernemingen is de toekomst van het voorstel echter zeer onzeker.

¹⁴⁴ Binnen Europa zijn de volgende bi-nationale, horizontale groepen werkzaam of werkzaam geweest: Unilever (°1929), Royal Dutch/Shell (°1907), Agfa Gevaert (°1964, †1981), Fokker V.F.W. (°1970, †1979), Dunlop Pirelli (°1971, †1981), Hoogovens Hoesch (°1972, †1982), Asea Brown Boveri (°1988), Amev AG (zich profilerend onder de naam Fortis, °1990) en Elsevier Reed (°1992). Pogingen van bi-nationale, horizontale groepsvorming werden ondernomen tussen De Generale Bankmaatschappij en Amro (°1988, †1989) en tussen Renault en Volvo (°1989, †1993).

¹⁴⁵ Zo bij Unilever.

¹⁴⁶ Zo bij Royal Dutch Shell.

¹⁴⁷ Het bestuur van de groep overlaten aan een zogeheten *Zentralgesellschaft* werd voor het eerst gedaan in Fokker V.F.W. Later hebben tal van andere bi-nationale, horizontale groepen dit voorbeeld gevolgd.

¹⁴⁸ Het gebruik van het adjectief bi-nationaal impliceert dat de nationaliteit van de twee moeder-vennootschappen van de horizontale groep verschillend is.

De bi-nationale, horizontale groep kreeg gestalte door de omvorming van de contractanten tot loutere houdstermaatschappijen en de oprichting van twee nieuwe operationele dochtervennootschappen, namelijk Agfa-Gevaert AG en Gevaert-Agfa N.V. De aandelen in deze twee dochtervennootschappen bevonden zich voor de helft in handen van de twee houdstervennootschappen. Op het bestuursvlak geschiedde de integratie door de paritaire samenstelling van de bestuursorganen van de twee gemeenschappelijke dochtervennootschappen. Gedurende zestien jaar bleek de formule vrij succesvol, hoewel de partijen occasioneel af te rekenen kregen met nationalistische weerstand van werknemers of lijn-managers. Toen echter in 1981 de zilvercrisis opstak, als gevolg waarvan de groep behoefte had aan nieuw kapitaal, en bleek dat enkel de Duitse kapitaalverschaffers (Bayer AG) een nieuwe investering konden (wilden) verrichten, werd de horizontale groepsformule verlaten en had een omvorming plaats tot een klassieke, verticale groepsstructuur, met aan het hoofd de Duitse AG Bayer.

Een tweede bekend voorbeeld van een bi-nationale, horizontale groep met een Belgische partner betreft de samenwerking tussen de Nederlandse financiële instelling Amev en de Belgische financiële instelling Assurances Générales. Aanleiding voor de betrokken ondernemingen om hun activiteiten te integreren was enerzijds de branchevervaging en anderzijds de vervaging van de nationale grenzen die de Europese markt van de financiële dienstverlening aan het einde van de jaren tachtig kenmerkten (het Europa 1992 effect). Dit bracht Amev en AG ertoe om in 1990 overeen te komen hun activiteiten te integreren en in een alomvattende ondernemingsstrategie in te schakelen. Vooralsnog is deze bi-nationale, horizontale groep succesvol gebleken.

Soortgelijke overwegingen lagen aan de basis van de in de tweede helft van de jaren tachtig gevoerde onderhandelingen tussen De Generale Bankmaatschappij en Amro om eveneens een volledige integratie van hun activiteiten te realiseren. Hoewel deze onderhandelingen aanvankelijk vrij succesvol bleken – in 1988 kondigden de twee kredietinstellingen een eerste stap in de samenwerking aan en gaven deze juridisch vorm door middel van kruisparticipaties in elkaars aandelenkapitaal ten belope van 9,9% – bleek in 1989 reeds de mislukking van de samenwerkingspoging, allicht wegens een verregaande incompatibiliteit van de bedrijfsculturen van de twee kredietinstellingen.

Conclusies

82. Uit voorgaand overzicht is gebleken dat het Belgische recht tal van mogelijkheden biedt om een integratie van de activiteiten van twee (of meer) ondernemingen juridisch vorm te geven.

Hierbij gelden de verschillende mechanismen in zekere mate als onderling substitueerbaar. Evenwel vertonen de

mechanismen eigen kenmerken, waardoor ze zich volgens de economische doelstellingen die de partijen nastreven, lenen tot specifiek gebruik ¹⁴⁹.

Ingeval de partijen op voet van gelijkheid een volledige integratie van al hun activiteiten (een zogeheten concentratie) wensen te bewerkstelligen, vormt de juridische fusie de integratiemethode bij uitstek. Evenwel heeft de methode als nadeel dat ten minste één van de betrokken partijen zijn juridische identiteit zal moeten prijsgeven. Vandaar dat in de praktijk gezocht is naar alternatieven om dit euvel te vermijden. Met name is in het internationale handelsverkeer de integratie op voet van gelijkheid en met behoud van de juridische identiteit van de partners ook wel gerealiseerd door de vorming van zogeheten (bi-nationale) horizontale groepen.

Is een van de partijen ertoe bereid om de eigen onderneming ondergeschikt te maken aan de economische doelstellingen van de andere partij, dan biedt het recht meer soepelheid. Partijen kunnen met name beslissen tot de overdracht van het geheel van vermogensbestanddelen en activiteiten die de overdragende onderneming vormen. Anderzijds kan de overdracht ook plaatsvinden op het niveau van de vennootschap die de onderneming drijft, hetzij door de verwerving van de meerderheid van de aandelen, hetzij door het aangaan van een – naar Belgisch recht evenwel ongeldige – beheersovereenkomst.

Ingeval de integratie slechts een deel van de activiteiten van de erbij betrokken ondernemingen betreft, geldt de integratie als een vorm van samenwerking. De juridische vorm hiervan kan enerzijds louter contractueel blijven – zij het dat in de (internationale) rechtspraktijk bijzondere vormen van dergelijke samenwerkingsovereenkomsten gangbaar zijn – maar kan anderzijds ook leiden tot de totstandbrenging van een nieuwe, gezamenlijke onderneming (een zogeheten *joint venture*). Deze laatste wordt veelal geïncorporeerd in een vennootschap, die dan gemeenschappelijke dochtervennootschap heet. In het geval dat de samenwerking louter contractueel is, bestaan nochtans geëigende, juridische mechanismen om de te goeder trouw naleving ervan te garanderen; het gebruik ervan leidt dan meteen tot een zekere institutionalisering van de samenwerking.

Koen BYTTEBIER
Aangesteld Navorser N.F.W.O.

¹⁴⁹ Het hoeft geen verder betoog dat de in deze tekst gehanteerde indeling en voorstellingswijze sterk dogmatisch is en de in de praktijk tot stand gebrachte samenwerkings- en concentratieoperaties veelal niet zonder meer onder een van de behandelde vormen te kwalificeren vallen. Bovendien is het niet zo dat de besproken doelstellingen van elk mechanisme exclusieve kenmerken ervan uitmaken. De mechanismen zijn in belangrijke mate onderling substitueerbaar en kunnen in die zin doelstellingen dienen die in deze bijdrage zijn toegeschreven aan andere mechanismen.

RECHTSPRAAK

ARBITRAGEHOF

VOLTALLIGE ZITTING – 10 MEI 1994

Voorzitter: de h. Melchior

Advocaten: mrs. Simont, Cahen, Dal, Tulkens en Asscherickx

Arbitragehof – Wraking – Toepasselijkheid art. 6 E.V.R.M. – Onpartijdigheid (objectieve)

De deelneming van een parlamentslid aan de totstandkoming van een wet, die erin bestaat samen met de meerderheid waarvan zijn fractie deel uitmaakt, een ja-stem uit te brengen over die wet en amendementen van de oppositie te verwerpen, volstaat niet om een objectieve verantwoording te bieden voor de bezorgdheid van de verzoekende partijen ten aanzien van de geschiktheid van datzelfde parlamentslid, inmiddels benoemd tot rechter in het Arbitragehof, om als rechter in onpartijdigheid de grondwettigheid van de bestreden norm na te gaan.

N.V. S. e.a.
Arrest nr. 35/94

In rechte

...

B.1. De verzoekende partijen voeren aan dat rechter Cerexhe objectief niet de vereiste waarborgen van onpartijdigheid biedt om in de onderhavige zaken zitting te nemen, doordat hij als senator aan de vergaderingen van de Senaat van 13 en 14 juli 1993 heeft deelgenomen en toen een neen-stem heeft uitgebracht over amendementen op de thans in het geding zijnde artikelen 369 tot 375 van de wet van 16 juli 1993.

B.2.1. Het Arbitragehof is een rechtscollege dat als dusdanig gehouden is het algemeen rechtsbeginsel van de subjectieve en objectieve onpartijdigheid van de rechter te eerbiedigen.

Het eerste lid van artikel 101 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof bepaalt:

«De rechters van het Hof kunnen worden gewraakt om de redenen die luidens de artikelen 828 en 830 van het Gerechtelijk Wetboek tot wraking aanleiding geven.»

Het tweede lid van dat artikel verduidelijkt, ten aanzien van de rechters die benoemd zijn op grond van hun hoedanigheid van gewezen parlamentslid:

«Het feit dat een rechter van het Hof heeft deelgenomen aan de totstandkoming van de wet, het decreet of de in artikel 26bis (thans artikel 134) van de Grondwet bedoelde regel die het onderwerp van een beroep tot vernietiging of van een verwijzingsbeslissing uitmaakt, vormt op zich geen reden tot wraking.»

B.2.2. De deelneming aan de totstandkoming van een wet door een parlamentslid volstaat niet om te twijfelen aan de onpartijdigheid waartoe hij gehouden zal zijn wanneer hij, in zijn hoedanigheid van rechter die voor het leven benoemd is, onafhankelijk is en aan een strikt stelsel van onverenigbaar-

heden is onderworpen, zal geroepen worden de grondwettigheid te toetsen van die wet binnen een collegiaal rechtscollege waarbij een verzoek tot vernietiging is aanhangig gemaakt.

Het standpunt waarop een vertegenwoordiger van de Natie zich heeft geplaatst om stelling te nemen ten aanzien van een beleid en de wetgevende handelingen waardoor het ten uitvoer wordt gelegd, is immers niet vergelijkbaar met dat van de rechter die gespecialiseerd is in de juridische beoordeling van de grondwettigheid van dergelijke handelingen.

B.3.1. De wetgever van een door het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden verbonden Staat moet worden vermoed te handelen met eerbiediging van dit verdrag.

Artikel 101, tweede lid, van de bijzondere wet op het Arbitragehof dient dus te worden geïnterpreteerd met inachtneming van de vereisten die het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft ontwikkeld inzake de onpartijdigheid die voorgeschreven is bij artikel 6.1 van dit verdrag. De bijzondere wetgever heeft overigens uitdrukkelijk verklaard die vereisten te willen naleven (memorie van toelichting, *Ge-dr.St., Senaat*, 1988-1989, nr. 483/1, p. 24).

B.3.2. Volgens het Europees Hof, dat heeft geoordeeld dat artikel 6.1 toepasselijk kan zijn op een grondwettelijk hof (arrest Ruiz-Mateos, 23 juni 1993, §§ 57 tot 60, Serie A, nr. 262), wordt de optiek van de rechtzoekende «in aanmerking genomen, maar speelt zij geen doorslaggevende rol. Wat wel doorslaggevend is, is de vraag of de vrees van de betrokkene als objectief verantwoord kan worden beschouwd.» (arrest Padovani, 26 februari 1993, §§ 24 tot 27, Serie A, nr. 257-B).

B.3.3. Door in artikel 101 van de bijzondere wet de woorden «op zich» te gebruiken, heeft de bijzondere wetgever zelf het geval overwogen waarin het parlamentslid dat rechter is geworden dermate bij het wetgevingsproces was betrokken dat diens objectieve onpartijdigheid in het geding zou kunnen worden gebracht.

B.4. Te dezen heeft de deelneming van senator Cerexhe aan de totstandkoming van de bestreden wet erin bestaan samen met de meerderheid waarvan zijn fractie deel uitmaakte, een ja-stem uit te brengen over die wet, en amendementen van de oppositie te verwerpen. Een dergelijke deelneming volstaat niet om een objectieve verantwoording te bieden voor de bezorgdheid van de verzoekende partijen ten aanzien van de geschiktheid van rechter Cerexhe om in onpartijdigheid de grondwettigheid van de bestreden norm na te gaan.

...

NOOT-Vgl. Arbitragehof, 29 januari 1987, *R.W.*, 1986-87, 2433, met noot Vermeire, L.; E.H.R.M., 23 juni 1993, *R.W.*, 1993-94, 848, met noot Wouters, M.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 16 DECEMBER 1993

Voorzitter: de h. Sace

Rapporteur: mevr. Charlier

Openbaar ministerie: de h. Janssens de Bisthoven

Advocaten: mrs. Lothe en Freumont

Gemeentebelasting – Hoger beroep – Partijen

De bij art. 7 van de wet van 23 december 1986 geregelde mogelijkheid om hoger beroep in te stellen bij het hof van beroep is niet beperkt tot de belastingplichtige. Ook de gemeente kan er zich op beroepen.

Gemeente Houyet t/ La C.

Gelet op het bestreden arrest, op 24 maart 1993 door het Hof van Beroep te Luik gewezen;

...

Over het middel:

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat het arrest het beroep niet ontvankelijk verklaart dat eiseres heeft ingesteld tegen de beslissing van de bestendige deputatie waarbij een door de gemeente van verweerster geheven belasting van meer dan 10.000 frank op afval, tweede verblijven en kampeerterreinen nietig verklaard werd;

Overwegende dat krachtens artikel 7 van de wet van 23 december 1986 betreffende de invordering en de geschillen ter zake van provinciale en plaatselijke heffingen, tegen de beslissing van de bestendige deputatie beroep kan worden ingesteld bij het hof van beroep, voor zover de waarde van de aanvraag ten minste 10.000 frank bedraagt;

Dat die wetsbepaling de mogelijkheid om een dergelijk beroep in te stellen niet beperkt tot de belastingplichtige, zodat eiseres zich erop kan beroepen;

Dat het onderdeel gegrond is;

...

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 18 JANUARI 1994

Voorzitter: de h. D'Haenens

Rapporteur: de h. Boes

Openbaar ministerie: de h. Bresseleers

Advocaten: mrs. Witters, Bouly, Van Ommeslaghe, Nelissen

Grade en Bützler

Verzekering – Motorrijtuigen – Art. 4, b, modelpolis – «Toevallig besturen»

Door te oordelen dat slechts van toevallig besturen sprake kan zijn als dit besturen een toevallig feit of gebeurtenis als grondslag heeft, geeft de rechter van art. 4, b, van de polis een uitlegging die met de bewoordingen ervan niet verenigbaar is.

S. e.a. t/ D. e.a.

Gelet op het bestreden arrest, op 13 maart 1992 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen;

Gelet op het verzoekschrift waarvan een door de griffier van het Hof voor eensluidend verklaarde kopie aan dit arrest is gehecht en ervan deel uitmaakt:

Over het middel:

Overwegende dat luidens artikel 4 van de verzekerings-overeenkomst, gesloten tussen eiser en de N.V. De V. en waarvan de tekst in het arrest is weergegeven, «de dekking van dit contract zich uitstrekt (...) tot de burgerlijke aansprakelijkheid van de verzekeringsnemer (...) als bestuurder (...) b) van elk aan derde toebehorend motorrijtuig dat zij 'toevallig' zouden besturen zelfs terwijl het omschreven voertuig in gebruik is»;

Overwegende dat de appelrechters te dezen oordelen dat er «van 'toevallig' besturen van het voertuig Peugeot door (eiser) (...) geen sprake kan zijn, aangezien het besturen van de Peugeot niet een toevallig feit of gebeurtenis als grondslag had»;

Overwegende dat de appelrechters, door te oordelen dat slechts van toevallig besturen sprake kan zijn als dit besturen een toevallig feit of gebeurtenis als grondslag heeft, van artikel 4, b, van de tussen partijen gesloten verzekeringsovereenkomst een uitlegging geven die met de bewoordingen ervan niet verenigbaar is en mitsdien de bewijskracht van dit artikel van de polis miskennen;

...

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 7 FEBRUARI 1994

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Verougstraete

Openbaar ministerie: mevr. De Raeve

Advocaten: mrs. Bützler en De Gryse

Arbeidsovereenkomst – Bedienden – Einde – Opzegging door werkgever – Concurrentiebeding – Uitwerking – Afwijkend beding – Compensatoire vergoeding voor bediende

Behoudens het geval bedoeld bij art. 86, § 2 W.A.O., heeft een in beginsel geldig concurrentiebeding, ondanks elke daarvan afwijkende bepaling in de arbeidsovereenkomst, geen uitwerking, indien de werkgever de overeenkomst zonder dringende reden beëindigt. Daaruit volgt dat de ontslagen bediende, in het laatstbedoelde geval, geen aanspraak heeft op een compensatoire vergoeding.

V.D.S. t/ N.V. M.

Gelet op het bestreden arrest, op 10 maart 1993 door het Arbeidshof te Gent gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 3, eerste lid, 1134, van het Burgerlijk Wetboek, 6, 65, § 2, inzonderheid het vijfde, het zesde en het negende lid, en 86, § 1, van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten,

doordat het arbeidshof voor recht zegt dat eiser geen aanspraak kan maken op een compensatoire vergoeding daar

het concurrentiebeding geen uitwerking heeft en eisers vordering als ongegrond afgwijst (...)

terwijl, krachtens artikel 6 van de Arbeidsovereenkomstenwet, een met de bepaling van artikel 65, § 2, negende lid, van deze wet strijdig beding slechts nietig is voor zover het ertoe strekt de rechten van de werknemer in te korten of zijn verplichtingen te verzwaren, en zulks het geval is voor onderhavig concurrentiebeding dat van toepassing was «in geval van ontslag»; voormeld artikel 65, § 2, negende lid, alleen ten voordele van de werknemers bepaalt dat een concurrentiebeding «geen uitwerking» heeft, o.m. wanneer aan de overeenkomst een einde wordt gemaakt, na de proefperiode, door de werkgever zonder dringende reden; bijgevolg, alleen eiser, en niet verweerster, het voordeel van deze wetsbepaling kon invoeren en, indien eiser van de voorgeschreven sanctie afzag, bedoeld concurrentiebeding uitwerking diende te hebben; (...):

Overwegende dat, blijkens de vermeldingen van het arrest, de partijen een arbeidsovereenkomst voor bedienden sloten, die een concurrentiebeding bevatte, ook voor het geval van ontslag zonder dringende reden;

Dat het arrest vaststelt dat de onderneming van verweerster geen onderneming is waarop een afwijkingsbeding, als bedoeld in artikel 86, § 2, van de Arbeidsovereenkomstenwet, kan worden toegepast;

Overwegende dat, krachtens artikel 65, § 2, negende lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet, het concurrentiebeding dat aan de bepalingen van dat artikel voldoet, geen uitwerking heeft wanneer de werkgever na de proefperiode de arbeidsovereenkomst zonder dringende reden beëindigt;

Dat van die regel slechts kan worden afgeweken in het in artikel 86, § 2, van die wet bedoelde geval en onder de in dat artikel bepaalde voorwaarden;

Overwegende dat daaruit volgt dat, wanneer wordt bedongen dat het concurrentiebeding toch uitwerking heeft bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever, zonder dringende reden, het concurrentiebeding, buiten het geval bedoeld in artikel 86, § 2, geen uitwerking kan hebben;

Dat uit de bewoordingen van de artikelen 65 en 86 en uit de samenhang van hun bepalingen blijkt dat de wetgever een onderscheid heeft gemaakt tussen de gevallen waarin de nietigheid van het concurrentiebeding door de werknemer en door hem alleen kan worden aangevoerd, en het geval waarin het beding geen uitwerking heeft;

Overwegende dat, ongeacht de door het arrest gebruikte bewoordingen, het arrest dat vaststelt dat de werknemer zonder dringende reden werd ontslagen en oordeelt dat het concurrentiebeding geen uitwerking kan hebben en eiser geen aanspraak kan maken op een compensatoire vergoeding, de beslissing naar recht verantwoordt;

...

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

8e KAMER – 25 NOVEMBER 1993

Voorzitter: de h. Van Fraechem

Raadsheren: de hh. Michiels en Van Hoogenbemt (rapporteur)

Openbaar ministerie: mevr. Van Leuven

Advocaten: mrs. Schreurs en Favoreel

Beroepsgeheim – O.C.M.W.-leden en -personeel

Krachtens art. 36, tweede lid, van de O.C.M.W.-wet, dat de algemene verplichting tot geheimhouding bepaald in art. 458 Sw. bevestigt, zijn de leden van de raad alsmede alle andere personen die krachtens de wet de vergaderingen van de raad, het vast bureau en de bijzondere comités bijwonen, tot geheimhouding verplicht.

Krachtens art. 50 van bovenvermelde wet is de geheimhoudingsplicht uitgebreid tot alle personeelsleden van het O.C.M.W., ongeacht of ze al dan niet de vergaderingen van een of ander bestuursorgaan van het O.C.M.W. bijwonen.

S. t/ W.

Overwegende dat zich in het strafdossier en in het door de burgerlijke partij ter zitting van deze kamer op 22 oktober 1993 neergelegde tal van stukken bevinden met betrekking tot aanvragen aan het O.C.M.W. van Tongeren, uitgaande van Georgette R. en van beklaagde, op het vlak van de individuele dienstverlening;

Dat het ter kennis komen van gegevens die de strikt persoonlijke levenssfeer van de steunaanvragers raken, niet uitsluitend in de vergaderingen van de bestuursorganen van het O.C.M.W. geschiedt, doch ook rechtstreeks door contact van de maatschappelijk werker met de steunaanvrager of door de behandeling van de dossiers waarin deze gegevens zijn opgenomen;

Dat krachtens artikel 36, tweede lid, O.C.M.W.-wet, dat de algemene verplichting die in artikel 458 Strafwetboek opgelegd is, bevestigt, de leden van de raad, alsmede alle andere personen die krachtens de wet de vergaderingen van de raad, het vast bureau en de bijzondere comités bijwonen, tot geheimhouding verplicht zijn;

Dat krachtens artikel 50 O.C.M.W.-wet de geheimhoudingsplicht uitgebreid is tot alle personeelsleden van het O.C.M.W., ongeacht of deze al dan niet de vergaderingen van een of ander bestuursorgaan van het O.C.M.W. bijwonen;

Dat derhalve de verklaringen die op 3 juni 1992 door Diane M. en op 9 juni 1992 door Liliane H., beiden maatschappelijk werker bij het O.C.M.W. van Tongeren, werden afgelegd tegenover de gerechtelijke politie, gebeurd zijn met miskenning van de op hen rustende geheimhoudingsplicht;

Dat ook alle stukken (aanvragen, verslagen en brieven van de steunaanvragers), afkomstig uit de individuele hulpverleningsdossiers van het O.C.M.W., met miskenning van deze geheimhoudingsplicht aan de gerechtelijke politie en aan de burgerlijke partij ter beschikking werden gesteld;

Dat het om een geheim gaat aangezien het niet gaat om een kennelijk feit, te weten een feit dat iedereen kent, doch om een betwist feit;

Dat de bovenvermelde maatschappelijk werkers dit feit vastgesteld hebben bij of ter gelegenheid van de uitoefening van hun beroep of dat dit feit aan hen in die hoedanigheid toevertrouwd werd;

Dat de voormelde verklaringen en overleggingen van stukken gebeurd zijn tijdens een bijkomend onderzoek door de gerechtelijke politie op initiatief en verzoek van het openbaar ministerie, zoals blijkt uit het proces-verbaal van de openbare zitting van de Correctionele Rechtbank te Tongeren van 22 mei 1992, zodat het niet gaat om een getuigenis of overlegging in rechte;

Dat ook de beslissing van 11 augustus 1983 van de beroepskamer van de Openbare Centra voor Maatschappelijk Welzijn van de Provincie Limburg een vertrouwelijk karakter heeft en dit om de volgende redenen:

- de zittingen van de beroepskamer worden gehouden met gesloten deuren overeenkomstig artikel 16 K.B. 9 maart 1977;

- het algemeen beginsel van de openbaarheid van de debatten en van de uitspraak moet hier wijken voor het beginsel van eerbiediging van het privé-leven, dat hier voorrang verdient;

- art. 111 O.C.M.W.-wet voorziet dienaangaande in een beperking van de bekendmaking van de beslissing;

Dat derhalve de hierna bepaalde stukken nietig zijn als bewijselement en als dusdanig uit de debatten worden geweerd:

- de processen-verbaal 2015/92 en 2016/92 (met bijbehorende stukken) een gerechtelijke politie te Tongeren;

- de processen-verbaal 2020/92, 2021/92 en 2022/92 (met inbegrip van O.S. 1459/92) van de gerechtelijke politie te Tongeren, voor zover ze betrekking hebben op de voormelde individuele hulpverleningsdossiers van het O.C.M.W. te Tongeren;

- de overeenkomstige stukken C, D, E en F uit het dossier, door de burgerlijke partij neergelegd ter zitting van deze kamer op 22 oktober 1993;

Dat de onrechtmatig verkregen gegevens in geen enkele vorm als bewijs gebruikt kunnen worden, ook niet via een nieuw verhoor van de betrokken O.C.M.W.-personeelsleden, zij het thans als getuigen op de terechtzitting;

Dat de nietigheid van de voormelde bewijselementen niet noodzakelijk de nietigheid van heel het strafonderzoek tot gevolg heeft;

Dat de overige bewijsmiddelen, die voortspruiten uit regelmatige en rechtmatige opsporingen, en de rechtspleging die er op steunt, principieel hun rechtsgeldig karakter behouden;

Dat evenwel moet nagegaan worden of de overblijvende bewijsmiddelen voldoende zijn om een eventuele beslissing tot veroordeling te verantwoorden;

Overwegende dat dit Hof thans niet te oordelen heeft over het vaderschap over Cindy S. doch enkel over het feit of beklagde zich op 26 juni 1989 te Tongeren schuldig heeft gemaakt aan een valse getuigenis in het kader van de procedure betreffende de ontkenning van vaderschap over Cindy S.;

Dat beklagde bij die gelegenheid onder eed verklaarde dat hij pas sedert september 1986 in de (...) te Tongeren woonde, dit is het adres van Georgette R., en dat hij met deze laatste nooit een relatie heeft gehad;

Dat uit het uitgevoerde buurtonderzoek blijkt dat beklagde in de loop van 1982 regelmatig aan het bewuste adres opgemerkt werd;

Dat uit het advies van het openbaar ministerie van 20 juni 1983, verleend in het kader van de procedure tussen de toenmalige echtelieden S.-R. voor de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Tongeren, in kort geding, blijkt dat, partijen gehoord in hun uitleg ter zitting, Georgette R. samenwoonde in de echtelijke woonst met haar minnaar W.;

Dat blijkens de verklaring van Hendrikus H., pastoor in de parochie Sint-Jozef te Nieuw-Tongeren die op 30 januari 1983 Cindy S. doopte, karel W., te weten de vader van beklagde, optrad als peter van de dopeling;

Dat uit dit geheel van ernstige en overeenstemmende elementen met zekerheid, boven elke redelijke twijfel verheven, dient te worden afgeleid dat beklagde voor september 1986 met Georgette R. samenwoonde en met haar een relatie had;

Dat beklagde met deze valse getuigenis ongetwijfeld beoogde de huidige burgerlijke partij te horen veroordelen tot betaling van een onderhoudsgeld voor het kind Cindy van zijn vriendin Georgette R.;

Dat de eerste rechter het aan beklagde ten laste gelegde feit wettig en gepast bestraft heeft om de redenen door hem aangehaald;

...

HOF VAN BEROEP TE GENT

24 DECEMBER 1993

Voorzitter: de h. Roose

Raadsheren: de hh. Brugmans en De Buck

Advocaten: mrs. D'Hoe en Tillekaerts

Verzekering – Polis «eigen schade» – Uitsluiting bij ongeval in staat van alcoholintoxicatie – Vergoedingskwitantie – Bewijs van alcoholintoxicatie – Onverschuldigde betaling

Wanneer in een polis «eigen schade motorrijtuigen» bedongen is dat geen recht op vergoeding geeft het ongeval overkomen wanneer de bestuurder in staat van alcoholintoxicatie is, de verzekeraar na een ongeval de verzekerde vergoed heeft, de kwitantie niet geacht kan worden een dading of een vaststellingsovereenkomst in te houden (zie daarover nader het arrest), maar blijkt dat de verzekerde zich bij het ongeval in staat van strafbare alcoholintoxicatie bevond, heeft de verzekeraar de vergissing begaan een onverschuldigde betaling te doen en heeft hij recht op terugbetaling van de gedane uitkering. De terugbetalingsverplichting uit hoofde van art. 1376 B.W. wordt niet opgeheven indien de solvens op onverschoonbare wijze heeft gedwaald.

N.V. A. t/ B.

1. In conclusies van 8 mei 1992 werd erop gewezen dat de N.V. De S. blijkens notariële akte van 14 december 1989 haar maatschappelijke benaming veranderd heeft in A.V. Bij akte van 23 september 1993 heeft de N.V. A. meegedeeld dat zij de rechten en verplichtingen van de N.V. A.V., voortvloeiend uit de verzekeringscontracten, heeft overgenomen en heeft ze het geding hervat.

2. N.V. De S. heeft tijdig en regelmatig naar de vorm hoger beroep ingesteld tegen het vonnis van 20 januari 1988, gewezen op tegenspraak door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent, zeventiende kamer. Impliciet maar op rechtsgeldige wijze werd ook incidenteel beroep ingesteld.

3. Appellante is de verzekeraar eigen schade van geïntimeerde, die op 12 november 1984 betrokken was in een verkeersongeval.

Na ondertekening van een kwitantie (stuk 3 van appellante) op 20 december 1984 heeft appellante aan geïntimeerde 142.508 fr. betaald. In het voornoemde stuk 3 worden alle gegevens van het dossier vermeld en daarna volgt een tekst, die hier gedeeltelijk wordt geciteerd: «Wij stellen u voor dit schadegeval te regelen door betaling van voormeld bedrag. De ondertekening van dit voorstel sluit in dat u ermee akkoord gaat en u verklaart hierdoor dat het voorstel na de betaling geldt als behoorlijk en geldige kwijting voor slot van alle rekening. Voormeld bedrag zal door De S. betaald worden als vergoeding voor bovenvermeld schadegeval. Ondergetekende verklaart alsoo vergoed te zijn voor alle geleden schade, de voorziene en niet te voorziene gevolgen ervan inbegrepen».

Toen appellante het afschrift van het strafdossier ontving, heeft zij daarin kunnen lezen dat het alcoholgehalte in het bloed op het ogenblik van de feiten 2,05 gr. beliep volgens het deskundigenverslag. Bij een in kracht van gewijsde gegaan vonnis van 22 april 1986 van de Politierechtbank te Gent werd geïntimeerde tot twee afzonderlijke straffen veroordeeld wegens het besturen van een voertuig in een toestand van strafbare alcoholintoxicatie (feit A) en wegens overtredingen van het algemeen verkeersreglement (feiten B en C). Op burgerrechtelijk gebied werd geïntimeerde volledig aansprakelijk gesteld voor de schadelijke gevolgen van het ongeval.

4. In de inleidende dagvaarding van 12 augustus 1986 vordert appellante terugbetaling van de gedane uitkering van 142.508 fr., te vermeerderen met de interesten vanaf 25 januari 1985, en zij steunt daarvoor op het feit dat geïntimeerde zich onrechtmatig heeft verrijkt (de artikelen 1376 B.W. e.v.). Zij stelt dat ze niet gehouden was tot betaling van deze vergoeding omdat artikel 1.71 van het verzekeringscontract bepaalt dat een ongeval geen recht op vergoeding geeft «wanneer de bestuurder in staat van alcoholvergiftiging of onder invloed van verdovende middelen is». Ze beweert dat ze zich ook kan beroepen op artikel 16 van de wet van 11 juni 1874, dat de schadegevallen buiten het toepassingsgebied van de verzekering plaatst wanneer ze het gevolg zijn van zware schuld van de verzekeringnemer.

5. De eerste rechter heeft de vordering toelaatbaar maar ongegrond verklaard.

6.1. De eerste houding van geïntimeerde tegenover de eis van appellante komt hierop neer dat het probleem van het al dan niet bestaan van een verbintenis om de vergoeding te betalen niet meer ter sprake kan worden gebracht, nu de betaling werd uitgevoerd na het ondertekenen van het kwijtschrift. M.a.w., de vraag naar het al dan niet bestaan van een werkelijke schuld kan niet meer aan de orde worden gesteld.

6.2. Eerst heeft geïntimeerde beweerd dat er door de ondertekening van de kwitantie een dading werd gesloten en dat zij de exceptio litis per transactionem finitae kan opwerpen. Zij blijft op dat standpunt, waarmee ze wil zeggen dat de

eerste rechter de vordering ten onrechte toelaatbaar heeft verklaard.

De ondertekening van de kwijting en de uitbetaling van 142.508 fr. passen in het kader van de afhandeling door de verzekeraar van een onbetwist dossier. De verzekeringnemer kreeg de gevraagde vergoeding toegezegd op een ogenblik dat de verzekeraar geen reden zag om de waarborg te ontzeggen. Wederzijdse toegevingen ter oplossing van een bestaand of toekomstig geschil werden door partijen niet beoogd en niet gedaan en bijgevolg kan er geen dading tot stand gekomen zijn (zie A.P.R., *Dading*, nr. 264).

6.3. Indien er geen dading gesloten werd tussen partijen, *zo stelt geïntimeerde*, is er minstens een vaststellingsovereenkomst tot stand gekomen en uitgevoerd en is er geen reden om daarop terug te komen bijvoorbeeld omdat de overeenkomst nietig is wegens dwaling.

Een vaststellingsovereenkomst is de overeenkomst waardoor een reeds tussen partijen bestaande vermogensrechtelijke verhouding waarover subjectieve of objectieve onzekerheid bestaat, wordt vastgesteld. In casu blijkt dat de kwijting geenszins gediend heeft om een bepaalde onzekerheid weg te nemen, doch uitsluitend om mee te delen dat de bedoeling bestond de vergoeding te regelen volgens een bepaalde afrekening, die opgemaakt werd met inachtneming van de polisvoorwaarden, het expertiserapport en de bewijsstukken. Het uitschrijven van een vergoedingskwijting behoort tot de dagelijkse verzekeringspraktijk en is niet steeds het gevolg van het oogmerk van de partijen om de afwikkeling te regelen van hun rechtsverhoudingen op een efficiënte en definitieve wijze, niettegenstaande mogelijke betwistingen of onzekerheid nopens de wederzijdse rechten en plichten. In het onderhavige geval moet aangenomen worden dat een schaderegelingsdocument werd gebruikt enkel om te handelen conform de verzekeringspraktijk en om die reden wordt de daarin opgenomen verbintenis van de verzekeraar niet losgedacht van de onderliggende rechtsverhouding.

De onderliggende verhouding wordt bepaald door de polis Multirisico's Motorrijtuigen nr. 1-1001081/84 en door het aanvullend recht, nl. de wet van 11 juni 1874.

7. Nu in het kader van de onderliggende verhouding de vraag wordt gesteld naar het al dan niet bestaan van een werkelijke schuld, moet rekening gehouden worden met het subsidiair verweer van geïntimeerde.

Alwaar appellante in de dagvaarding stelt dat het uitgekeerde bedrag niet verschuldigd was en geïntimeerde zich onrechtmatig heeft verrijkt, antwoordt deze laatste dat een «verrijking zonder grond» niet bewezen is.

Door de uitkering van 142.508 fr. is een daad verricht, die het uitzicht heeft van een betaling. Door de betaling onderscheidt zich de onverschuldigde betaling, geregeld in de artikelen 1376 tot en met 1379 van het Burgerlijk Wetboek, van de verrijking zonder oorzaak. Voor deze laatste is het niet nodig dat er een prestatie van de ene naar de andere partij geweest is.

Artikel 1376 Burgerlijk Wetboek regelt het onderhavige geval, d.i. het geval waarin de betaling onverschuldigd is omdat er geen schuld is. Dat appellante geen vergoeding verschuldigd was uit hoofde van de bovenvermelde polis volgt uit de zeer duidelijke formulering van het hiernavolgend antwoord op de vraag sub 1.71 (zie de bepalingen gemeen aan alle waarborgen): Welke ongevallen geven geen recht op vergoeding?

«Behalve deze uitdrukkelijk elders voorzien, die overkomend:

– in de omstandigheden die beoogd worden door artikel 25 van het modelkontraat;

– ...

– wanneer de bestuurder in staat van alcoholvergiftiging of onder invloed van verdovende middelen is...»

Het is erga omnes bewezen dat geïntimeerde zich bevond in een staat van straffbare alcoholintoxicatie, welke term een synoniem is van alcoholvergiftiging. Het is aldus totaal overbodig een debat te voeren over de zware fout, bedoeld in artikel 16 van de wet van 11 juni 1874 en in artikel 25, 9°, van het modelcontract.

Luidens deze duidelijke tekst, die vergeleken met de tekst sub 1.65 met betrekking tot de waarborg voor de inzittende geen belang hecht aan de vraag of er een verband bestaat tussen de alcoholvergiftiging en het ongeval, baat het de geïntimeerde niet in het minst te beweren dat een dergelijk oorzakelijk verband te dezen ontbreekt.

Appellante beging de vergissing een onverschuldigde betaling te doen en heeft recht op de terugbetaling van de gedane uitkering. De terugbetalingsplicht uit hoofde van artikel 1376 van het Burgerlijk Wetboek wordt niet opgeheven indien de solvens op onverschoonbare wijze heeft gedwaald.

8. Omdat er geen kwade trouw van geïntimeerde is bewezen – zoals verondersteld wordt in artikel 1378 B.W. – wordt de terugbetalingsplicht beperkt tot het ontvangen kapitaal en de gerechtelijke interesten vanaf huidig ogenblik waarop de terugbetalingsplicht wordt vastgesteld.

ARRONDISSEMENTSRECHTBANK TE GENT

25 OKTOBER 1993

Voorzitter: de h. Matthys

Rechters: de hh. De Schrijver en Petit

Openbaar ministerie: de h. Coppieters

Advocaat: mr. Quintyn

Bevoegdheid en aanleg – Territoriale bevoegdheid – Terugbetaling van vakantiegeld

Een geschil omtrent de terugbetaling van vakantiegeld behoort tot de bevoegdheid van de arbeidsrechtbank van de woonplaats van de verzekerde.

V.Z.W. C. t/ D.

Overwegende dat eiseres gedaagde voor de arbeidsrechtbank heeft doen dagvaarden tot terugbetaling van 58.384 frank te veel ontvangen vakantiegeld, met de moratoire en de gerechtelijke interest;

Overwegende dat, aangezien de gedaagde verstek liet gaan, hij overeenkomstig artikel 630, derde lid, van het Gerechtelijk Wetboek geacht moet worden de territoriale bevoegdheid van die rechtbank te betwisten;

Overwegende dat bij vonnis van 9 september 1993 de vijfde kamer van de arbeidsrechtbank met toepassing van artikel 640 van het Gerechtelijk Wetboek de zaak naar de arrondissementsrechtbank verwees, omdat overeenkomstig artikel 628, 14°, van hetzelfde wetboek alleen de rechter van de

woonplaats van de verzekeringsplichtige territoriaal bevoegd is voor een dergelijk geschil;

Overwegende dat gedaagde immers te Lokeren woonachtig is;

Overwegende dat eiseres bij conclusie, neergelegd op 23 september 1993, stelt dat de Arbeidsrechtbank Gent volstrekt bevoegd is op grond van artikel 578, 7°, van het Gerechtelijk Wetboek, en derhalve territoriaal op grond van artikel 624 van het Gerechtelijk Wetboek;

Overwegende dat die zienswijze onjuist is; dat artikel 578, 7°, van het Gerechtelijk Wetboek handelt over de burgerlijke vorderingen wegens sociaalrechtelijke misdrijven in verband met de in artikel 578 opgesomde materies en dat, daarenboven, zelfs bij toepassing van artikel 578, 7°, van het Gerechtelijk Wetboek de territoriaal bevoegde arbeidsrechtbank krachtens artikel 627, 9°, van het Gerechtelijk Wetboek en niet krachtens artikel 624 aangewezen wordt;

Overwegende dat een geschil nopens de terugbetaling van vakantiegeld echter krachtens artikel 580, 2°, van het Gerechtelijk Wetboek tot de volstreekte bevoegdheid van de arbeidsrechtbank behoort;

Overwegende dat voor de geschillen bedoeld in artikel 580, 2°, van het Gerechtelijk Wetboek de rechter van de woonplaats van de verzekerde territoriaal bevoegd is (artikel 628, 14°, van het Gerechtelijk Wetboek);

Overwegende dat derhalve de Arbeidsrechtbank Dendermonde volstrekt en territoriaal bevoegd is;

...

VREDEGERECHT TE HAACHT

2 MAART 1994

Rechter: de h. Draulans

Advocaten: mrs. Verdeyen, Willekens en Uyttersprot

Koop – Verborgen gebrek – Begrip korte termijn

De in art. 1648 B.W. bepaalde korte termijn begint te lopen nadat het verborgen gebrek is ontdekt en zodra vaststaat dat een minnelijke regeling uitgesloten is. De contractuele waarborgperiode van drie jaar sluit niet uit dat de vordering binnen een korte periode na de ontdekking van het gebrek moet worden ingeleid.

Te dezen is de vordering niet ontvankelijk daar ze is ingeleid één jaar na de ontdekking van het gebrek.

B.V.B.A. V. t/ P. e.a.

De vordering strekt ertoe verweerster te horen veroordelen aan eiseres te betalen de som van 67.831 fr. Met deze eis beoogt eiseres vergoeding te krijgen van de schade die zij geleden heeft aan haar voertuig op 31 juli 1992. Toen verloor de zaakvoerder van eiseres de controle over het stuur. Eiseres stelt dat de wagen door een dubbele breuk van de stuuras onbestuurbaar was.

De vordering in tussenkomst en vrijwaring strekt ertoe verweerster in tussenkomst te horen veroordelen eiseres in tussenkomst te vrijwaren voor iedere veroordeling die tegen haar uitgesproken wordt.

...

Verweerster in tussenkomst stelt primair dat de eis niet ontvankelijk is, omdat de rechtsvordering niet binnen een korte tijd ingesteld werd (art. 1648 B.W.). Verweerster op hoofdeis neemt deze argumentatie over.

Hierbij kan het volgende overwogen worden.

De korte termijn begint te lopen nadat het verborgen gebrek ontdekt is en zodra vaststaat dat een minnelijke regeling uitgesloten is. Verweerster in tussenkomst heeft met haar schrijven van 1 september 1992 duidelijk laten weten dat de schade niet te wijten was aan een constructiefout en dat zij geen tussenkomst verleende. Door deze duidelijke afwijzing stond onmiddellijk vast dat de zaak niet minnelijk opgelost kon worden. Eiseres heeft overigens na dit schrijven klaarblijkelijk ook geen poging meer ondernomen om verweerster in tussenkomst een andere houding te doen aannemen. Dienaangaande wordt in ieder geval geen briefwisseling overgelegd.

Of met andere woorden gezegd, nadat verweerster in tussenkomst ondubbelzinnig elke aansprakelijkheid afgewezen had, heeft eiseres één jaar getreuzeld alvorens haar rechtsvordering te stellen.

Deze periode van één jaar kan te dezen niet beschouwd worden aan "een korte tijd". Terreinvuurtuigen worden aan grote krachten onderworpen. Het voertuig van eiseres bevindt zich één jaar na het ongeval in een andere staat dan ten tijde van dit ongeval.

Wanneer eiseres stelt dat zij nog de beschadigde stuuras bijgehouden heeft, dan houdt dit niet in dat de oorzaak van deze breuk teruggevonden kan worden. De breuk is immers het gevolg van krachten die op deze stuuras ingewerkt hebben. De stuuras bleek overigens ook vervormd te zijn. En zoals gezegd is niet bekend waar en hoe het ongeval tot stand gekomen is. En daarenboven kan niet meer nagegaan worden in welke staat het voertuig zich ten tijde van het ongeval, of korte tijd daarna, bevond. Of met andere woorden gezegd, doordat eiseres pas één jaar na de weigering van verweerster in tussenkomst de vordering inleidde, komt het onderzoek naar de oorzaak van gebrek en naar de oorspronkelijke staat van de terreinvuurtuigen in het gedrang (zie o.m. Herbots en Pauwels, "Overzicht van rechtspraak. Bijzondere Overeenkomsten", *T.P.R.*, 1989, 1096 e.v., nr. 61).

Eiseres stelt dat zij een waarborg had voor een termijn van drie jaar zodat de eis niet te laat is ingesteld.

Deze waarborgperiode sluit niet uit dat eiseres binnen een korte termijn, na de ontdekking van het gebrek, de vordering moet inleiden. Doordat eiseres te lang gewacht heeft, kan niet meer nagegaan worden wat de oorzaak was van het ongeval en van de breuk van de stuuras.

Daar de eis niet binnen een korte tijd, zoals bepaald in art. 1648 B.W. ingesteld werd, is de eis onontvankelijk.

...

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (2e Kamer), 24 november 1992

Alcohol – Drankslijterijen – Veroordeling wegens overtreding van de artt. 1, 1°, en 31 Gec.W. inzake slijterijen van gegiste dranken – Sluitingverplicht – Geen vermelding van redenen dienaangaande vereist

Het derde middel van eiser tegen het bestreden arrest (Hof Antwerpen, 29 maart 1991) wordt als volgt verworpen:

«Overwegende dat artikel 37, § 2, van de bij koninklijk besluit van 3 april 1953 gecoördineerde wetsbepalingen inzake de slijterijen van gegiste dranken, gewijzigd bij wet van 6 juli 1967, bepaalt: 'Bij overtreding van de artikelen 1, 1°, 28, 30 en 31 wordt de sluiting van de slijterij uitgesproken tot na betaling van de belastingen en geldboeten';

«Overwegende dat luidens de dagvaarding eiser voor feit II vervolgd werd op grond van de artikelen 1, 1°, en 31 van voornoemde gecoördineerde wetsbepalingen;

«Overwegende dat de wet, wat de sluiting betreft, aan de rechter geen vrije beoordeling overlaat zodat hij dienaangaande geen redenen dient te vermelden.»

(Voorzitter: de h. D'Haenens – Rapporteur: de h. De Peuter – Openbaar ministerie: de h. Goeminne – Advocaten: mrs. Jespers en Claeys Bouuaert – In de zaak: K. t/ Belgische Staat)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 28 oktober 1993

Inkomstenbelastingen – Bezwaar met betaling van het onbetwistbaar verschuldigde gedeelte van de belasting – Daaropvolgend uitvoerend beslag op roerend goed – Nietigheid

Eisers eerste middel tegen het bestreden arrest (Hof Luik, 19 februari 1991) wordt als volgt verworpen:

«Overwegende dat artikel 300 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen bepaalt dat het indienen van bezwaar of van beroep geen hinderpaal voor het beslag vormt, niettegenstaande het bepaalde in artikel 1494 van het Gerechtelijk Wetboek, noch voor de overige maatregelen, welke ertoe strekken de invordering te waarborgen van het algehele bedrag van de betwiste belasting;

«Dat dat artikel enerzijds het uitvoerend beslag beoogt dat, krachtens die tekst, kan worden gelegd niettegenstaande het indienen van bezwaar of beroep en niettegenstaande het bepaalde in artikel 1494 van het Gerechtelijk Wetboek, en anderzijds de bewarende maatregelen welke ertoe strekken de invordering van de belasting te waarborgen en waarop voormeld artikel 1494 niet van toepassing is;

«Dat, evenwel, krachtens artikel 301 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen de belasting door alle middelen tot tenuitvoerlegging slechts kan worden ingevorderd, voor zover zij overeenstemt met het bedrag van de aangegeven inkomsten of, wanneer zij bij niet-aangifte, ambtshalve werd gevestigd voor zover zij niet meer bedraagt dan de laatste belasting welke, voor een vorig aanslagjaar, definitief vastgesteld werd ten laste van de belastingschuldige;

«Overwegende dat enerzijds het arrest, zonder dienaangaande te worden bekritiseerd, vaststelt «dat (eiser) niet betwist dat de (verweerders) het zogenaamde onbetwistbaar verschuldigde gedeelte, dat zij aan de Schatkist over de aanslagjaren 1981 tot 1985 verschuldigd waren, vóór het betwiste beslag hadden betaald»; dat hieruit volgt dat het voormelde uitvoerend beslag is gelegd zonder dat enig onbetwistbaar bedrag verschuldigd was;

«Dat anderzijds artikel 302 van voormeld wetboek bepaalt dat, na invordering van de belasting in de mate als bepaald

in artikel 301, het beslag en de overige maatregelen bepaald in artikel 300 hun uitwerking behouden ten opzichte van het overschot van de belasting in hoofdsom, opcentiemen en verhogingen, van de interesten en de kosten; dat hieruit volgt dat wanneer de Staat uitvoerend beslag heeft doen leggen voor een bedrag dat de belastingplichtige onbetwistbaar verschuldigd was en door hem niet is betaald, de gevolgen van dat uitvoerend beslag, na invordering van het onbetwistbaar verschuldigd gedeelte, voor de rest van de belasting, behouden blijven; dat in dit geval het uitvoerend beslag een bewarende werking heeft;

«Dat het arrest, door de overweging dat 'de (verweerders) het onbetwistbaar verschuldigde gedeelte vóór het door (eiser) gelegde uitvoerend beslag hadden betaald', zijn beslissing dat dit uitvoerend beslag op roerend goed nietig en van generlei waarde is naar recht verantwoordt;

«Dat het middel faalt naar recht.»

(Voorzitter: de h. Sace – Rapporteur: de h. Verheyden – Openbaar ministerie: de h. Velu, procureur-generaal – Advocaten: mrs. De Bruyn en Gérard – In de zaak: Belgische Staat t. K. en S.)

NOOT–Het arrest is in voltallige zitting gewezen. De conclusie van procureur-generaal Velu zal te zijner tijd in de Pasicrisie worden gepubliceerd.

Hof van Cassatie (1e Kamer), 4 november 1993

Adoptie – Volle adoptie – Homologatieprocedure – Toestemming van de moeder – Intrekking – Staat beoordeling van de wettige redenen niet in de weg – Verdragen – Geen verplichting de bloedbanden als hoofdzaak te beschouwen

Het derde middel van eiseres tegen het bestreden arrest (Hof Brussel, 5 juni 1992) wordt als volgt verworpen:

«Overwegende, dat wanneer de bij artikel 348 van het Burgerlijk Wetboek voor adoptie van een minderjarige vereiste toestemming van de vader en de moeder of van een hunner, rechtsgeldig is gegeven overeenkomstig de vormvereisten van artikel 349, derde lid, van hetzelfde wetboek, de rechter, zelfs indien degene die aldus zijn toestemming heeft gegeven ze naderhand intrekt, de adoptie wettig kan homologeren; dat de rechter echter, bij de beoordeling van de wettige redenen voor adoptie, gezien zijn verplichting om daarbij alle wettige belangen in aanmerking te nemen, de intrekking van de toestemming niet buiten beschouwing kan laten;

«Overwegende dat het aan de feitenrechter staat in feite te oordelen of er, zoals vereist bij artikel 343 van het Burgerlijk Wetboek, 'wettige redenen' voor de adoptie bestaan;

«Dat het arrest te dezen erop wijst, inzonderheid: dat de adoptanten respectievelijk in 1957 en 1955 zijn geboren, dat zij in 1981 zijn gehuwd en een hecht paar vormen dat op het socio-professioneel en economisch vlak tot volle ontplooiing is gekomen, dat zij als dusdanig volledig beantwoordden aan de wens van eiseres toen zij in de adoptie toestemde, dat de kinderloze adoptanten lang hebben nagedacht over hun adoptieplan, dat zij zich op een verantwoord ouderschap hebben voorbereid, dat zij de hun toevertrouwde boorling onmiddellijk met de nodige liefde en genegenheid hebben gekoesterd, dat zij hem een naam hebben gegeven en daar-

door een sociale identiteit, dat het kind in hun gezin de voor zijn ontplooiing noodzakelijke geborgenheid heeft gevonden, dat de adoptanten, om die verbintenis levenslang vast te leggen, de homologatie van de volle adoptie hebben gevraagd; dat de moeder, toen zij hun Magali heeft toevertrouwd, niet bereid was om het kind op te nemen en haar moederschap te aanvaarden;

«Dat het hof van beroep, op grond van die vaststellingen, rekening houdend met het belang van het kind, kon besluiten dat er wettige redenen voor de adoptie bestaan; dat het hof daartoe niet diende vast te stellen dat de moeder zich niet 'om de te adopteren persoon had bekommerd of diens gezondheid, veiligheid of zedelijkheid in gevaar (had) gebracht', nu die voorwaarde is gesteld in artikel 353 van het Burgerlijk Wetboek voor het geval, dat verschilt van het onderhavige, dat beide ouders van het kind hun toestemming weigeren;

«Overwegende dat, voor het overige, artikel 8 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden niet beoogt de respectieve plichten van de natuurlijke ouders en de pleegouders te bepalen voor het geval er tussen hen een geschil ontstaat; dat noch die bepaling noch die van het Verdrag inzake de rechten van het kind de rechtbanken ertoe verplichten de bloedband als hoofdzaak te beschouwen; dat artikel 21 van laatstgenoemd verdrag bepaalt dat 'de Staten die partij zijn de adoptie erkennen en/of toestaan, waarborgen dat het belang van het kind daarbij de voornaamste overweging is'; dat artikel 350, § 3, van het Burgerlijk Wetboek de homologatie van de adoptie alleen toestaat op voorwaarde dat zij op wettige redenen steunt en voordelig is voor de geadopteerde; dat uit de bovenvermelde redenen van het arrest blijkt dat het hof van beroep zich bij het onderzoek van de zaak door het belang van het kind heeft laten leiden.»

(Voorzitter: de h. Sace – Rapporteur: de h. Rappe – Openbaar ministerie: mevr. Liekendael – Advocaten: mrs. Draps en Simont – In de zaak: Y. t/ M. en G.)

Hof Gent, (14e Kamer), 16 november 1993

Beslag en executie – Revindicatie – Concubinaat – Geen toepassing art. 1468 B.W.

«Het beslag werd gelegd op het bedoeld adres, waar appellante en de beslagene reeds geruime tijd samenwoonden. Uit de wettelijke informaties gevoegd bij het exploit van herdaging de dato 2 mei 1990 voor de eerste rechter, blijkt dat appellante daar reeds ingeschreven was sedert 29 april 1987 en de beslagene sedert 10 november 1988. Het staat derhalve vast dat de beslagene bij appellante is komen wonen en niet omgekeerd, zelfs indien het samenwonen reeds feitelijk begonnen zou zijn in februari 1988.

«Het komt dus zeer geloofwaardig voor dat appellante, toen de beslagene zich bij haar kwam vestigen, reeds over een normale inboedel beschikte, goederen die zij van thuis had meegekregen of die de ouders voor haar hebben gekocht, zoals de eetkamer, voorwerp van factuur de dato 23 augustus 1987. Dat deze factuur op naam en adres van appellante staat, waar de goederen geleverd moesten worden, sluit

zeker niet uit dat de koop gebeurde met gelden van de ouders. (...)

«Appellante, die ongehuwd samenleeft, kan evenwel slechts die goederen aan het beslag onttrekken waarvan ze duidelijk en ondubbelzinnig aantoonde dat ze haar uitsluitend toebehooren. Op de andere goederen mag de schuldeiser van haar vriend onbeperkt beslag leggen. Alleen gehuwden genieten het wettelijk vermoeden dat goederen waarvan niet kan worden bewezen dat ze eigendom zijn van een van beiden, beschouwd worden als onverdeeld tussen hen (artikel 1468 B.W.).

«Dit samenwonen sluit in elk geval het exclusief bezit bij de beslagene uit, zodat eerste geïntimeerde zich ten onrechte beroept op artikel 2279 B.W., om te stellen dat de beslagene geacht moet worden eigenaar te zijn van alle inbeslaggenomen goederen.»

(Voorzitter: de h. Top – Advocaat: mr. Van Eeckhaut – In de zaak: T. t/ D. en V.)

NOOT–Zie o.m. Cass., 10 juni 1976, *Arr. Cass.*, 1976, 1135, *R.W.*, 1976-77, 601; *A.P.R.*, tw. *Beslag*, 309, nr. 593; Dirix, E., «Vermogensrechtelijke aspecten van het concubinaat», in *Concubinaat* (red. P. Senaave), 220-222. Anders o.m. Heyvaert, A., «Civielrechtelijke aspecten van gezinnen zonder huwelijk», *T.P.R.*, 1985 (21), 59, nr. 69.

BOEKEN

N. FORIJN, *Rechtsvergelijking in het wetgevingsproces*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1993, 246 pp.

Het thema van dit boek, de betekenis van de rechtsvergelijking in het wetgevingsproces, is een belangrijk thema. Het is in de kring van comparatisten tevens een bekend thema, en werd als dusdanig reeds in een aantal artikelen behandeld. Desondanks bestond er nog geen boek dat deze problematiek alomvattend in ogenschouw nam, althans niet in een van die talen waar Nederlandstalige juristen zich meestal van bedienen (wel bestaat er een preadvies voor de Nederlandse vereniging voor rechtsvergelijking: Duk, W., *Wetgeving en rechtsvergelijking*, Deventer, Kluwer, 1984). Dit boek voorziet dus in een leemte. En om maar meteen met de deur in huis te vallen, de auteur heeft het thema m.i. op evenwichtige en indringende wijze behandeld.

De centrale probleemstelling is de volgende: «Hoe kan de rechtsvergelijking een bijdrage leveren aan de bevordering van de kwaliteit van Nederlandse wetgeving in formele zin?» (p. 2). Deze probleemstelling wordt vervolgens opgesplitst in drie deelvragen, die op hun beurt worden behandeld in afzonderlijke delen. In de eerste plaats komt aan de orde wat wordt bedoeld met «bevordering van de kwaliteit van wetgeving» en op welke wijze de rechtsvergelijking daar een bijdrage aan kan leveren. Vervolgens wordt de vraag behandeld op welke wijze de rechtsvergelijking wordt gebruikt in de diverse fasen van het wetgevingsproces. En ten slotte stelt de auteur de vraag hoe op een efficiënte wijze betrouwbaar en bruikbaar rechtsvergelijkend onderzoek ten behoeve van het wetgevingsproces kan worden uitgevoerd. Het nieuwe aan dit onderzoek zit hem hierin: terwijl in vroegere geschriften de rechtsvergelijking als zelfstandig onderzoeksvoorwerp centraal stond, gaat het in dit boek primair om wetgeving. De probleemstelling wordt daarbij overigens niet geïsoleerd of abstract opgevat, maar uitdrukkelijk ingebed in de huidige discussie over de kwaliteit van wetgeving. De auteur realiseert zich trouwens dat de rechtsvergelijking daarbij slechts één hulpmiddel uit vele is die bij het werk aan de wet kunnen worden ingezet.

Na een inleidend hoofdstuk, waarin Florijn achtereenvolgens een overzicht van de belangrijkste literatuur geeft, een aantal punten van kritiek op deze literatuur formuleert en tevens een historische situering van de thematiek biedt, start het eigenlijke corpus van het boek met deel I, «Rechtsvergelijking en rechtsvorming». Dit deel is vooral bedoeld als theoretische fundering van de andere twee delen. In het eerste hoofdstuk van deel I (dat is hoofdstuk 2 van het boek) gaat Florijn aan de hand van het gedachtengoed van Habermas en Dworkin na in hoeverre wetgeving tevens rechtsvorming inhoudt. Dit hoofdstuk is wellicht vooral bedoeld om de vooronderstellingen van de auteur te expliciteren en om te onderzoeken of er überhaupt mogelijkheden zijn om (rechtsvergelijkende) argumenten in het wetgevingsdebat te kunnen inbrengen. Grosso modo acht Florijn de huidige Nederlandse wetgevingsprocedure voldoende open om recht te kunnen doen aan een scala van gezichtspunten, daarbij inbegrepen de bevordering van de wetgevingskwaliteit. En om die wetgevingskwaliteit is het hem uiteindelijk te doen in dit boek. Deze constatering is natuurlijk een methodologische minimumvoorwaarde om het onderzoek te kunnen voortzetten. In het tweede hoofdstuk van dit deel stelt Florijn dat de rechtsvergelijking, indien zij betekenis wil hebben voor nieuwe wetgeving, moet worden gezien als een interpretatiemethode van het eigen recht. Zo een methode blijkt belangrijke raakvlakken te hebben met de analogische, teleologische en rechtshistorische methode.

In deel II richt de auteur zijn blik op de wetgevingspraktijk. De titel van dit deel is «Het gebruik van rechtsvergelijking in het wetgevingsproces». Om te kunnen zien welk nut de rechtsvergelijking kan hebben in elk onderdeel van het wetgevingsproces, wordt eerst een schematisch overzicht van dat wetgevingsproces gegeven. De verschillende facetten daarvan kunnen trouwens worden weergegeven met de trefwoorden *fasen*, *activiteiten* en *actoren*. Omdat het hier de Nederlandse situatie betreft, is dit deel slechts in beperkte mate voor ons van belang. Dat neemt niet weg dat de wijze waarop Florijn zijn overzicht opstelt ook voor ons leerzaam kan zijn. Vervolgens wordt de vraag gesteld wat er eigenlijk gebeurt als wetgevingsactoren van rechtsvergelijking gebruik maken. Florijn ziet drie vormen van gebruik, namelijk *inspiratie*, *motivatie* en *evaluatie*. In het laatste hoofdstuk van dit deel maakt de auteur een analyse van de praktijk, o.m. aan de hand van het tabaksontmoedigingsbeleid en het (ontstaan van het) nieuwe Nederlandse B.W. Het blijkt dat de rechtsvergelijking relatief zelden en bovendien tamelijk vrijblijvend in het wetgevingsproces wordt gebruikt. Slechts de belangrijkste beleids- en wetgevingsambtenaren en een beperkt aantal leden van het parlement zijn op dit terrein actief. De rol van de rechtsvergelijking in het wetgevingsproces is dus beperkt.

Het interessantste deel van het boek is m.i. onderdeel III: «De methode van legislatieve rechtsvergelijking». Van oudsher is het hanteren van een deugdelijke methode een van de belangrijkste problemen waar rechtsvergelijkers zich mee geconfronteerd weten. Dit is o.m. te wijten aan de onduidelijkheid over de wijze waarop relevante informatie uit de rechtsvergelijking kan worden gewonnen. (Daarom werd in onderdeel II dan ook geconstateerd dat de rol van de rechtsvergelijking in het wetgevingsproces slechts beperkt is.) Omdat het recht veel meer is dan een geheel van regels – het functioneert immers in een sociale context – is het vinden van een deugdelijke methode ook moeilijk. Sommigen zijn van mening dat rechtsvergelijking primair toegepaste sociale wetenschap is. De auteur citeert Geertz, die een soortgelijke visie heeft: rechtsvergelijking is «an exercise in intercultural translation» (p. 153). Florijn schetst nu een hermeneutische methode waarin hij ruimte laat voor een flexibele aanpak, waarbij de inrichting van het onderzoek afhangt van de gestelde vragen. Deze worden in de context van wetgeving geleverd door wetgevingsactoren. Door gaandeweg scherpere vragen te stellen, dieper in de materie door te dringen, contrasten te stellen tussen de te onderzoeken objecten, is het mogelijk om tot leerrijke inzichten te komen. Indien het antwoord op de vraagstelling nog niet bevredigend is, dienen stappen te worden overgedaan. Ook is het nodig verschillende soorten informatie te verzamelen en te analyseren om zo een veelzijdig beeld van het studieobject te krijgen. De auteur stelt voor om m.n. aan de hand van gevalstudies te werken. Het onderzoeksobject moet bij dit alles zowel in zijn juridische als in zijn sociale context worden onderzocht, waarbij de grenzen tussen het object en zijn context vaag zijn. In de vier hoofdstukken die volgen onderzoekt hij ten slotte de vier componenten van deze gevalstudies. Het gaat hier respectievelijk om 1) de onderzoeks-

vraag of de te toetsen veronderstellingen, 2) de onderzoeksobjecten, 3) de benodigde kenbronnen en onderzoekstechnieken, en 4) de vergelijking. Het boek wordt afgesloten met een aantal aanbevelingen voor een beter gebruik van de rechtsvergelijking bij wetgeving.

De centrale conclusie van het boek kan bondig worden weergegeven met het volgende citaat: «(...) de relatie tussen wetgeving en rechtsvergelijking, is inderdaad vruchtbaar. Wetgevingsactoren kunnen leren van andere landen en rechtsstelsels bij hun werk, en deze aandacht voor buitenlandse ervaringen kan hen helpen, wetten van een goede kwaliteit te maken. Niet omdat rechtsvergelijking de juiste oplossingen aanwijst, maar omdat een gedegen confrontatie van rechtsstelsels alternatieven toont en argumenten geeft om wetsvoorstellen te onderbouwen of te verwerpen. (...)» (p. 225). Deze conclusie lijkt op het intrappen van een open deur, maar dat is toch niet het geval. Zoals al werd aangegeven, het nieuwe van deze studie is o.m. het feit dat het fenomeen wetgeving als uitgangspunt werd genomen. Daardoor krijgt het thema een heel andere dimensie. Bovendien is dit boek het resultaat van een gedegen onderzoek, waarin praktijk en theorie met elkaar samengaan. Het gebruik van de rechtsvergelijking in het wetgevingsproces blijkt veel gecompliceerder dan gesuggereerd wordt in de literatuur over dit onderwerp. Waar een conclusie als die van Florijn zich nogal eens als een evidentie (of «wishful thinking») presenteert, is dat hier uitdrukkelijk niet het geval. Een gedegen onderzoek naar een bruikbare methode van rechtsvergelijking ten behoeve van het wetgevingsproces – toch een «conditio sine qua non» lijkt mij – werd nog nauwelijks verricht, en Florijn levert dit onderzoek in dit boek. Daarmee geeft hij op genuanceerde wijze aan welke verwachtingen we kunnen en mogen koesteren m.b.t. dit onderwerp. Zo begrepen levert hij belangrijke informatie voor het begrijpen en het zien van de relevantie van de informatie waarmee de (vergelijkende) onderzoeker zich geconfronteerd ziet. Informatie die tot nog toe nauwelijks bekend was.

Blijkens het voorwoord, werd dit onderzoek (dat tevens als doctoraatsthesis aan de K.U.Brabant werd verdedigd en gesitueerd dient te worden binnen het bijzonder actieve *Centrum voor Wetgevingsvraagstukken* van deze universiteit) financieel mogelijk gemaakt door het Nederlandse Ministerie van Justitie. Het feit dat de overheid het aandurfte om dit soort onderwerpen te financieren lijkt mij niet vanzelfsprekend. Men hoort wel eens de verzuchting dat rechtsvergelijkend onderzoek te veel tijd (en dus geld) kost of te weinig relevante informatie oplevert. Bovendien zijn wetgevers niet altijd even gelukkig – en dat aspect mag niet worden onderschat – met het resultaat van rechtsvergelijkend onderzoek. Ik kan mij niet van de indruk ontdoen dat «het beleid» van rechtsvergelijkende onderzoeken wel eens verwacht dat er politieke keuzes in worden gemaakt, of dat reeds gemaakte keuzes met het zegel der wetenschap worden bekrachtigd (vgl. Pieters, D., *Sociale-zekerheidsrechtsvergelijking ten dienste van Europa*, Kluwer, Deventer, 1992, 46-49). Dat hier niet aan tegemoet kan worden gekomen, is evident. Een onderzoek als dat van Florijn kan bijdragen aan het voorkomen van teleurstellingen bij opdrachtgevers, en kan bovendien de efficiëntie van rechtsvergelijkend onderzoek verbeteren. Ten slotte nog dit: wellicht zou de auteur, met enige aanpassing, zijn werk kunnen (laten) vertalen in een voor een internationaal publiek toegankelijke taal. Het verdient namelijk een ruime aandacht.

Maurice Adams
Assistent UFSIA

AANGEKONDIGD

P. SCHOUKENS, *De gezondheidszorgstelsels in Bulgarije, Roemenië, de Russische Federatie en Wit-Rusland*, Antwerpen / Apeldoorn, Maklu, 62 p., 495 fr.

Mélanges Roger O. Dalcq, Brussel, Larcier, 632 p., 5.200 fr.

L.F. WIGGERS-RUST, J.V. VAN OPHEM, C.H.V. DE VILLENEUVE, W.TH. DOUMA EN H.F.M.W. VAN RUSWICK (red.), *Waste prevention in the E.E.C.*, Zwolle, Tjeenk Willink, 188 p., 42,50 fl.

M. VERWILGHEN, *Access to equality between men and women in the European Community*, Louvain-la-Neuve, Presses Universitaires de Louvain, 294 p.

KLAASSEN-EGGENS, *Huwelijksgoederen- en erfrecht* (eerste deel, bewerkt door E.A.A. Luijten, 11e druk), Zwolle, Tjeenk Willink, 366 p., 92,50 fl.

J. REMMELINK, G. KNIGGE, TH. A. DE ROOS EN W. SORGDRAGER, *Herbezinning op (de grondslagen van) het Wetboek van Strafvordering* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging, 1994-1), Zwolle, Tjeenk Willink, 244 p., 52,50 fl.

J.G.C. RAAIJMAKERS EN C.A.E. UNIKEN VENEMA, *Herziening van de fusiecode*, Zwolle, Tjeenk Willink, 370 p., 75 fl.

De Grondwet - 1987 (twaalfde uitgave), Zwolle, Tjeenk Willink, 272 p., 77,50 fl.

K. DE GUCHT, *Besluitvorming in de Europese Unie*, Antwerpen / Apeldoorn, Maklu, 314 p., 2.450 fr.

Sociaal Wetboekje 1994-95, Diegem, Ced. Samsom, 590 p., 1.754 fr.

Sociaal commentaarboekje 1994-95, Diegem, Ced. Samsom, 420 p., 1.754 fr.

Recueil annuel de jurisprudence Belge 1994 (jurisprudence 1993), Brussel, Larcier, 1.454 p., 19.500 fr.

D. VANDENBOSSCHE, *Provinciewet, Provinciekieswet*, Brugge, Die Keure, 98 p.

J. DUJARDIN EN J. VANDE LANOTTE, *Inleiding tot het publiek recht. Deel 1: Basisbegrippen*, Brugge, Die Keure, 272 p., 1.100 fr.

J. VANDE LANOTTE (m.m.v. G. Goedertier), *Inleiding tot het publiek recht - Deel 2: Overzicht van het publiek recht*, Brugge, Die Keure, 608 p., 1.850 fr.

A. LAENEN EN J. VAN DUICK (red.), *Belastingen 1994*, Kalmthout, Biblo, 342 p.

J. VAN DUICK (red.), *Impôts 1994*, Kalmthout, Biblo, 332 p.

B. TILLEMANS, *De geldigheid van besluiten van de algemene vergadering*, Kalmthout, Biblo, 246 p.

MEDEDELINGEN

De onbevoegdheid van de rechter in kort geding inzake asielzoekers

Op 13 januari 1994 is in de zaak N., van Angolese nationaliteit, tegen de Belgische Staat en de Commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen (nr. 57.143 van het register) door de voorzitter van de Rb. Brussel een beschikking gewezen waarbij de rechter in kortgeding zich onbevoegd verklaart om kennis te nemen van een vordering tot het verkrijgen van een maatregel in afwachting van de uitspraak van de Raad van State over het annulatieberoep van de asielzoeker tegen de beslissing van de Commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen, genomen in het kader van het (nieuw gecreëerde) «dringend verzoek». De beschikking overweegt dat de wettelijke uitsluiting van de rechtsmacht van de rechter in kort geding (art. 63 Vreemdelingenwet) niet strijdig is met normen van hogere rang, i.h.b. de artt. 6 en 13 E.V.R.M. en 92-93 (thans 144-145) Gw.

Zie ook Hof Bergen, 29 september 1993, *J.T.*, 1994, 436.

De beschikking in andere zin van Kort ged. Rb. Brussel, 8 oktober 1993, die in het artikel van Marc Bossuyt (*R.W.*, 1993-94, 1249) besproken wordt, kan in voetnoot 1 de volgende verwijzingen krijgen: *J.L.M.B.*, 1994, 278, *J.T.*, 1994, 314.

Studiemiddag «De Europese ondernemingsraad»

Het Instituut voor Arbeidsrecht van de K.U.L. organiseert op 16 september 1994 een studienamiddag met als thema «De Europese ondernemingsraad. De Europese Richtlijn inzake informatie en consultatie van werknemers in Europese Ondernemingen».

Programma:

13u30 Registratie

14u00 Welkom en Algemene beschouwingen door prof. R. Blanpain

14u15 Toepassingsgebied van de richtlijn (dhr. P. Windey)

14u30 Overeenkomst tot oprichting van een EOR (na 1/7/1997 (prof. R. Blanpain))

15u00 Koffie

15u30 Mogelijkheid van afwijkende overeenkomsten (voor 1/7/1997). Een verplichte EOR (na 2000) (dhr. P. Windey)

16u00 Vraagbaak

16u45 Arbeid en Europa: welke agenda? (Mevr. M. Smet, Minister van Tewerkstelling en Arbeid)

Voor inlichtingen en inschrijvingen kan U zich wenden tot prof. R. Blanpain, Tiensestraat 41, 3000 Leuven (tel. 016/28.52.03 en, fax. 016/28.52.50).