

Financial Law Institute

Working Paper Series

WP 2008-03



Eddy WYMEERSCH

**Hoofdpijnen van het Belgische recht van
de vennootschapsgroepen**

January 2008

WP 2008-03

Eddy WYMEERSCH

**Hoofdlijnen van het Belgische recht van de
vennootschapsgroepen**

Abstract

This paper gives an overview of the Belgian law, essentially case law on the subject of company groups. Apart from aspects of definitions and scope, it divides the subject in internal group law, and external group law. The former deals with the relations between the actors within a group, and their rights and duties in a group relationship. The latter focuses on the liability of group firms for acts, or contracts that created liabilities for other group entities.



Hoofdpijnen van het Belgische recht van de vennootschapsgroepen

E.Wymeersch
U.Gent

1. Situering van het groepsrecht

1. Het recht van de vennootschapsgroepen heeft zich de laatste dertig jaar ontwikkeld in opeenvolgende golven: er was de golf van de negende richtlijn, dan van de Europese vennootschap, meer recent de aandacht voor de corporate governance. Tussen elk van deze golven was er een periode van stilte, van rijping van de stappen die voorheen werden gezet¹. Staan we nu opnieuw voor een dergelijke ontwikkeling? En in welke richting zouden de volgende stappen in de ontwikkeling kunnen worden gesteld?

2. Het mag overmatig klassiek lijken deze inleiding te beginnen met een kort overzicht van de bronnen van het groepsrecht. Traditioneel is het groepsrecht in de meeste West-Europese landen gegroeid uit de rechtspraak, Duitsland en Portugal uitgezonderd, vermits in Duitsland reeds in 1965, en later in Portugal een formeel in de vennootschapwet geregeld groepsrecht werd ingevoerd². Maar dit betekent niet dat er in de andere landen geen aanknopingspunt waren voor het groepsrecht. Ook in België bevat de vennootschapswet heel wat toepassingen van het groepsbegrip: in de regel gaat het hier om anti-evasie regels waarbij de toepassing van de regel wordt verruimd of gepreciseerd tot de vennootschappen die tot de groep behoren. Een volgende fase was de introductie van het groeps- boekhoudrecht ten gevolge waarvan de bekende begrippen van art 5 en volgende in het Wetboek vennootschappen werden ingevoerd. Eerst met de artikelen 524 en 529 betreffende de intra-groepsbelangenconflicten werd een eerste belangrijke materieelrechtelijke regeling van groepsrecht ingevoerd³.

In andere landen ziet men een gelijkaardige evolutie. Bepaalde regelen van vennootschaps- of van gemeenrecht zijn weliswaar van algemene toepassing, doch kennen specifieke toepassingen in de groepscontext. In Frankrijk kent men de bekende regeling op grond waarvan overeenkomsten waarbij bestuurders⁴ overeenkomsten met belangenconflicten deze voorafgaandelijk door de raad van toezicht laten goedkeuren, en samen met een opinie van de commissaris ter goedkeuring aan de algemene vergadering voorleggen⁵. Deze regel werd uitgebreid tot onrechtstreekse belangenconflicten en omvat derhalve de intragroepsovereenkomsten⁶. In Italië werd in 2004 een belangrijke bepaling van groepsrecht ingevoerd, waarbij een interne vergoedingsregeling werd ingevoerd⁷. Ook het Spaanse recht

¹ Zie voor een meer gedetailleerd overzicht: KJ. Hopt, Konzernrecht: Die europäische Perspektive, ZHR (2007) 199-240, met voorstellen voor een Europese hervorming.

² Ook Slovenië, Kroatië, en Hongarije hebben regelen van groepsrecht in hun wetgeving opgenomen.

³ Men kan hier ook verwijzen naar de regeling van het verplichte overnamebod en de vroegere wetgeving van 1967 op de portefeuillemaatschappijen.

⁴ L. 225-86 spreekt van “un des membres du directoire ou du conseil de surveillance”.

⁵ L. 225-88.

⁶ Art.225-86; de regeling geldt ook voor aandeelhouders die 10% of meer houden, en de controleaandeelhouders van deze. Zij geldt tevens voor vennootschappen met gezamenlijke bestuurders.

⁷ Art.2497 e.v.C.Civ. Zie o.m. Strnad, O., Neue Konzernhaftung in Italien, RIW, 2004, 255; V. Cariello, The “Compensation” of damages with advantages deriving from management and coordination activity of the parent company, art 2497, al.1, Cciv, ECFR, 2006, 331.



werd recent aangepast⁸. Idem in Nederland, waar een uitdrukkelijke omschrijving van de groep in de wet werd neergelegd, en bepaalde toepassingen uit de rechtspraak blijken. Telkens opnieuw gaat het om partiële regelingen, die evenwel soms verstrekkende gevolgen hebben⁹.

3. Maar het echte, levende groepsrecht is dat van de rechtspraak en van de rechtspraak. Men hoort soms betreuren dat wij in België geen formeel groepsrecht hebben ingevoerd. Dit steunt op een dubbel misverstand: enerzijds is het formele groepsrecht zoals dit in Duitsland bestaat van eerder geringe betekenis als men het vergelijkt met de betekenis van de feitelijke groepen¹⁰. Anderzijds is ook in Duitsland de rechtspraak een belangrijke factor van ontwikkeling van het groepsrecht hoofdzakelijk dan voor de feitelijke groepen, en verschillen de resultaten wellicht niet zo sterk van de Belgische al men het soms wil doen voorkomen. Dit verklaart ook waarom de Europese Commissie de plannen om een groepsrecht uit te bouwen minstens voorlopig heeft verdaagd, en er in elk geval geen Duits geïnspireerd systeem meer op de tafel zal komen.

4. Meer recente ontwikkelingen in het groepsrecht stammen uit het gebied van de corporate governance. De meeste Corporate Governance Codes zijn gericht tot de groepsleiding en dienen toegepast te worden op de gehele groepen zonder onderscheid te maken of zij voor de moeder- dan wel ook voor de dochtervennootschappen dienen te gelden. Hieruit ontstaan soms spanningen wanneer de regelen die voor de groep worden voorgeschreven niet aangepast zijn aan de juridische structuur van de moedervernootschap¹¹. De codes besteden overigens weinig uitdrukkelijke aandacht aan de groepen, en geen aan de afhankelijke vennootschappen. Dit zal niet verwonderen: deze codes zijn gericht tot beursgenoteerde ondernemingen en ontlene hun kracht aan de financiële markten. Dat betekent niet dat bepaalde basisregelen, zoals deze inzake belangenconflicten, inzake audit, of onafhankelijke bestuurder geen ingang zouden vinden ook binnen de dochtervennootschappen.

5. Een nieuwe ontwikkeling blijkt zich voor te doen in meer gespecialiseerde gebieden. Vooral in het prudentiële recht - dat betrekking heeft op het toezicht op banken en verzekeringsondernemingen - wordt veel aandacht besteed aan de wijze waarop de groepen intern worden bestuurd, en dit met het oog op de juiste en adequate verdeling van de bevoegdheden, de organisatie van adequate interne rapportering en risicobeheersingsystemen, de regelen inzake onderlinge bijstand van groepsvennootschappen enz. Deze regelen ondersteunen zowel het dagdagelijkse prudentiële toezicht als het crisisbeheer, en in die zin hebben zij een ruimere strekking dan de loutere bescherming van de belangen van de aandeelhouders of schuldeisers.

6. Ook in andere gebieden worden regelen van corporate governance in groepsverband aangewend. Aldus gelden bijzondere zelfstandigheidvoorschriften voor de distributiemaatschappijen voor gas- of elektriciteit¹², nu deze nog gedeeltelijke ingebed zijn in de groep die geleid wordt door de productiemaatschappij. Gelijkaardige evoluties vallen waar

⁸ Zie over het Spaanse recht J.M. Embid Irujo, *Trends and relations in the law of corporate groups*, EBOR, 2005, 65-91; P. Girgado, *Legislative Changes of Corporate Groups in Spanish Law*, ECFR, 2006, 363-392

⁹ Voor een overzicht Zie Bartman en Dorresteijn, *Van het concern*.

¹⁰ Voor een ruim overzicht, zie T. Tilquin, *La gouvernance d'entreprise et les groupes de sociétés*, in O. Debray, C. Dirkx, T. Tilquin, J. Cattaruzza, I. D'haeyer, L. Du Jardin, A. Sala & G. Remy (eds.), *Le droit des affaires en évolution. Les relations intragroupes*, Brussel, Kluwer, 2004, 57-102

¹¹ Zie Bartman, Voorbij NV en BV, *Over corporate governance en het tekort van ons vennootschapsrecht*, Inaugurale Rede, 2004. Hetzelfde geldt voor het Duitse systeem met raad van toezicht en bestuurscollege.

¹² Zie Wymeersch *Toepassingen van corporate governance-regelen in het Belgisch economisch recht*, Liber Amicorum Y. Merchiers, Brugge, Die Keure, 2001, p. 683-702



te nemen in het mededingingsrecht, het arbeidsrecht, het recht van de intellectuele eigendom,.... Het groepsrecht is derhalve geen duidelijk afgeleide tak van het recht maar een eerder dispaaraat geheel van technieken, die samen toelaten het bestuur van de groepen af te stemmen op de specifieke doelstelling van het regelenbestel waarin ze werden ontwikkeld. Men kan deze werkwijze aanduiden als “functioneel groepsrecht” in tegenstelling tot het algemeen groepsrecht dat eerder bij het vennootschapsrecht thuishoort.

7. Tenslotte een woord over de Europese ontwikkelingen. Na een poging – die zich over meer dan 25 jaar uitstrekt – om een richtlijn uit te vaardigen – de zogenaamde Negende richtlijn – werd uiteindelijk beslist deze materie aan de spontane rechtsontwikkeling over te laten. In haar Actieplan rekent de Commissie het voorstel voor de Negende richtlijn expliciet tot het verleden. Wel wil de Commissie, op basis van het Winter rapport, voor specifieke groepsproblemen ingrijpen¹³, wat ze inmiddels beperkt gedaan heeft¹⁴. Zoals in de lidstaten is de benadering evenwel “functioneel”. Ontwikkelingen in het prudentieel recht zijn hiervan een duidelijke illustratie.

Daarnaast worden niet-specifiek groepsgebonden technieken ontwikkeld om een betere bescherming uit te bouwen voor de minderheidsaandeelhouders, en meer recent voor de bescherming van de aandeelhouders in het algemeen¹⁵. Deze regelen zijn evenwel van algemene toepassing, niet specifiek groepsgericht. Ook zijdelingse ontwikkelingen vallen hier te signaleren: de richtlijn over de overnamebiedingen betreft in de eerste plaats regulering van deze financiële transactie doch bevat de belangrijke regel van groepsvorming bekend als het “verplichte overnamebod” bij overschrijding van een aandelendrempel, in België op 30% bepaald¹⁶. Ook de squeeze-out en de sell-out voorschriften oefenen invloed uit op de groepsmaterie Aandeelhouders moeten meer en meer gegevens bekend maken over hun aandelenbezit, en de overeenkomsten die zij terzake hebben gesloten. Onrechtstreeks worden de belangenconflicten aangesproken in de boekhoudnormen betreffende de “related party transactions”¹⁷. De prudentiële richtlijnen bevatten verschillende aanknopingspunten: reeds in

¹³ Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, 2002 en Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement, *Modernisering van het vennootschapsrecht en verbetering van de corporate governance in de Europese Unie – Een actieplan*, COM (2003) 284 definitief, 21 mei 2003, zie http://ec.europa.eu/internal_market/company/index_en.htm. Het enthousiasme voor nieuwe regelingen in verband met groepen is gering, zo blijkt uit een consultatie in verband met het Actieplan (Directorate general for internal market and services. Consultation and hearing on future priorities for the action plan on modernising company law and enhancing corporate governance in the European Union. Summery report. http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/consultation/final_report_en.pdf

¹⁴ Zie Richtlijn 2006/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2006 tot wijziging van de Richtlijnen 78/660/EEG van de Raad betreffende de jaarrekening van bepaalde vennootschapsvormen, 83/349/EEG van de Raad betreffende de geconsolideerde jaarrekening, 86/635/EEG van de Raad betreffende de jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening van banken en andere financiële instellingen en 91/674/EEG van de Raad betreffende de jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening van verzekeringsondernemingen, *PB L* 224 van 16 augustus 2006, 1-7.

¹⁵ Richtlijn 2007/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende de uitoefening van bepaalde rechten van aandeelhouders in beursgenoteerde vennootschappen *PB L* 184 van 14 juli 2007, 17-24.

¹⁶ Richtlijn 2004/25/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende het openbaar overnamebod, *PB L* 142 van 30 april 2004, 12-23 en Belgische Wet op de openbare overnamebiedingen van 1 april 2007, *BS* 26 april 2007.; zie de Belgische wet van 1 april 2007, *BS*., 26 april 2007.

¹⁷ Verordening (EG) nr. 1725/2003 van de Commissie van 29 september 2003 tot goedkeuring van bepaalde internationale standaarden voor jaarrekeningen overeenkomstig Verordening (EG) nr. 1606/2002 van het Europees Parlement en de Raad, *PB L* 261 van 13 oktober 2003, 1-420, laatst gewijzigd voor wat betreft IAS 24 door Verordening (EG) nr. 2238/2004 van de Commissie van 29 december 2004, *PB L* 394 van 31 december 2004, 1-175.



1983 werd geconsolideerd toezicht op de financiële groepen opgelegd. De richtlijn financiële conglomeraten vraagt bijzondere belangstelling voor intragroepstransacties, die prudentieel van betekenis kunnen zijn¹⁸. De richtlijn CRD op de kapitaalvereisten laat toe het eigen vermogen te bepalen op geconsolideerde basis, mits aan bepaalde voorwaarden van overdracht van vermogen van moeder naar dochter, of omgekeerd is voldaan. Deze vereiste stelt vragen van groepsrecht, vooral indien de ontvangende onderneming in moeilijkheden verkeert¹⁹.

8. Behoudens in de gebieden waar harmoniseringrichtlijnen gelden, blijven verschillen tussen de nationale wetgevingen en rechtstelsels aanzienlijk. Nochtans kan men enkele kernbegrippen ontwaren, zoals de toelaatbaarheid van groepsvorming, de ondergeschiktheid van de dochtervennootschap aan het groepsoptreden, het verbod van handelingen die op voorspelbare wijze tot insolventie van de dochter zou leiden. Of de afwezigheid van meer expliciete geharmoniseerde groepsvoorschriften voor de algemene rechtspraktijk en de goede werking van de markten een hinderpaal van betekenis is, kan moeilijk worden gezegd. Vanuit de literatuur worden geen duidelijke argumenten in die zin naar voor gebracht. Het is dan ook begrijpelijk dat de Europese Commissie gekozen heeft voor een afwachtende benadering, en groepsregelen heeft voorgestaan in die gebieden waar meer uitgesproken behoeften zich manifesteren.

2. Het Belgische groepsrecht

9. Naar heersende mening bestaat er in België geen recht van de vennootschapsgroepen: het wetboek vennootschappen kent alleen regelen die betrekking hebben op de relaties tussen vennootschappen, die onderling verbonden zijn, overeenkomstig de wettelijke definitie van art 5 W. Venn. Op grond van het controlecriterium van art. 5 e.v. W. Venn komt men tot de erkenning van de moeder- dochterrelatie (art. 6) doch zonder expliciete vermelding van het groepsbegrip. Deze analyse moge des te verwonderlijk heten nu er wel een gedetailleerde regeling voorkomt van de “controle” als bindmiddel tussen de vennootschappen binnen een bepaalde groep, en een definitie van de horizontale groep, naar Belgisch recht “consortium” genaamd (art. 10). Het begrip “groep” komt wel achter de hoek kijken in artikel 15, dat deel uitmaakt van en onderafdeling “kleine groepen”. De benadering in de wet is dus eerder pragmatisch te noemen.

10. De Belgische opvatting waarin niet de groep doch de aanwezigheid van een controleverhouding als aanknopingspunt wordt gekozen, verschilt in dit opzicht wel van deze van andere wetgevers.

Naar Franse rechtspraak- en rechtsleer²⁰ - speelt het controlebegrip een belangrijke rol, doch dient er een onderlinge afhankelijkheid te bestaan tussen de groepsvennootschappen om op de

¹⁸ Richtlijn 2002/87/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2002 betreffende het aanvullende toezicht op kredietinstellingen, verzekeringsondernemingen en beleggingsondernemingen in een financieel conglomeraat en tot wijziging van de Richtlijnen 73/239/EEG, 79/267/EEG, 92/49/EEG, 92/96/EEG, 93/6/EEG en 93/22/EEG van de Raad en van de Richtlijnen 98/78/EG en 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad, *PB L* 35 van 11 februari 2003, 1-27.

¹⁹ Zie art 69-70 Richtlijn 2006/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2006 betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen (herschikking), *PB L* 177 van 30 juni 2006, 1-200. Zie E. Wymeersch, “Conflicts of interest in financial services groups”, Financial law Institute, WP 2007-05.

²⁰ Er zijn twee controlebegrippen: 233-16 en 233-3. 233-16 spreekt ook wel van “influence notable”. Zie hierover: Jean-Philippe Dom, “Les dimensions du groupe de sociétés après les réformes de l’année 2001”,



afwijkende regelen van groepsrecht beroep te kunnen doen. Zoals blijkt uit het basisarrest dient er “un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d’une politique élaborée pour l’ensemble de ce groupe” te bestaan²¹. Wellicht valt deze strenge houding te begrijpen vanuit de historische oorsprong van de regel, die in Frankrijk gegroeid is vanuit een specifieke strafrechtelijke context van “misbruik van vennootschapsgoederen”, terwijl in België de meeste beslissingen betrekking hadden op civiele materies. De Franse context leidt met name tot een strengere censuur van de betrokken handelingen.

De Nederlandse wetgever heeft een uitdrukkelijke definitie van de “groep” in de wet opgenomen als zijnde “de economische eenheid waarin rechtspersonen organisatorisch zijn verbonden” (art. 2:24b NBW). Nochtans worden ook in het Nederlandse recht de verhoudingen tussen de groepsvennootschappen op een afzonderlijke, solo basis behandeld²².

Het Duitse recht is meer complex: enerzijds zijn er de in de wet geregelde juridische groepen, waar op grond van overeenkomst een gemeenschappelijke leiding en belang tot stand wordt gebracht, en anderzijds de feitelijke groepen, waar een vergoedingsregeling wegens de lasten opgelegd door de groepsleiding geldt²³. Laatstgenoemde ondernemingen zijn heersende of afhankelijke ondernemingen, geen “Konzern”-ondernemingen voor dewelke de “geïntegreerde leiding” (“einheitliche Leitung”) geldt²⁴. Ook in het Duitse recht maakt men dus een onderscheid tussen de groepen met geïntegreerde benadering en de afzonderlijke moeder-dochterrelaties in de feitelijke groepen, voor dewelke enkel vergoedingplicht geldt.

11. De opvatting van de Belgische wetgever benadert dus het groepsverschijnsel vanuit de verhouding tussen een vennootschap en een andere waarbij de eerste een controlerende positie inneemt ten aanzien van de andere²⁵. Deze benadering wordt verruimd naar de zijdelingse problematiek, dus tot de “zustersvennootschappen”, door in het toepassingsgebied van sommige bepalingen - doch niet in het algemeen - de vennootschappen te begrijpen die aan eenzelfde controle onderworpen zijn. In sommige gevallen geeft dit aanleiding tot nogal gecompliceerde formuleringen, zoals in art 524, §1, lid 1, 2° waar de regeling wordt uitgebreid tot de relaties worden bedoelde “tussen een dochtervennootschap van de genoteerde vennootschap – de moedervennootschap – en een vennootschap die met die dochtervennootschap verbonden is....”. Anders dan in andere rechtssystemen maakt het Belgische recht geen gebruik van het begrip van de “centrale leiding” waarmee de beleidsintegratie van de onderscheiden groepsvennootschappen wordt bedoeld binnen een algemeen beleid van de groep. Daarom spreekt men in België niet van “concernrecht” dat zou wijzen op een globaal groepsconcept, ondersteund door een eenheidsleiding. In de definitie van het “consortium” treft men wel de verwijzing aan naar de “centrale leiding” voor de horizontale groep welke wordt vermoed wanneer de meerderheid van de aandelen wordt gehouden door eenzelfde persoon.

12. De afwezigheid van een groepsdefinitie geldt ook in de rechtspraak, waar de basisregelen van groepsrecht werden ontwikkeld zonder verwijzing naar de centrale leiding, of naar de

Rev. Sociétés 2002, 1-26 ; Jean Paillusseau, “La notion de groupe de sociétés et d’entreprises en droit des activités économiques”, *D.* 2003, 2346-2351.

Cass. fr. crim, 4 februari 1985, *D.* 1985, 478 met noot D. OHL; *Rev. soc.* 1985, 648 met noot B. BOULOC; *JCP* 1986, II, 20585, met noot W. JEANDIDIER; *Gaz. Pal.* 1985, 377, met noot J.-P. MARCHI (Rozenblum)

²² Zie Slagter Compendium van het Vennootschapsrecht, Kluwer, 8^e Ed, 2005, 619 e.v.

²³ § 311 AktG.

²⁴ §§ 17 en 18 AktG.

²⁵ Art. 6 W. Venn. De band tussen beide is de controle, zowel in rechte als in feite.

economische verbondenheid van de groepsgeledingen. Aldus worden in de regel de verrichtingen tussen groepen afzonderlijk beoordeeld. In de gevallen waar insolventie van de ene vennootschap aan een andere wordt toegerekend, wordt de gehele activiteit toegerekend, zonder dat hierbij verwezen wordt naar het bestaan van een “*intérêt économique, social ou financier commun*”. Het verschil tussen de Belgische en de Franse benadering moet evenwel niet overdreven worden: het “*quid pro quo*” criterium in de Rozenblum-test vereist in de praktijk wellicht ook wel steeds een zekere economische verwevenheid van de groepsgeledingen²⁶.

13. De opvatting dat naar Belgische opvatting, het groepsrecht elk van de groepsvennootschappen als afzonderlijke entiteiten benadert, kadert ook wel met de opvatting van het Hof van cassatie, dat sterk gehecht is aan de zelfstandigheid van de rechtspersoonlijkheid van de tot de groep behorende vennootschappen. Aldus oordeelde het Hof . dat “een verbintenis die de vennootschap ... heeft aangegaan enkel deze vennootschap bindt en niet kan meebrengen dat een derde, - in casu haar dochtervennootschap - de verplichtingen moet nakomen welke deze verbintenis heeft doen ontstaan”²⁷. Materies zoals “doorbraak” of zelfs “toerekening van het faillissement hebben bij het Hof nooit veel sympathie gekregen.

Vanuit deze zelfstandigheidsoptiek valt de nadruk op de individuele relaties tussen de groepsvennootschappen: enerzijds beslissen de aandeelhouders – in casu de moedervernootschap – in welke richting de dochtervennootschap zal worden gestuurd, wat geheel kadert met de juridische structuur van de vennootschap, zoals deze in de wet is uitgewekt, waar nodig gecorrigeerd op grond van misbruikvoorschriften. Anderzijds worden de economische relaties tussen moeder en dochter afzonderlijk onderzocht en gereguleerd onder de hoofding van de belangenconflicten, materie die aansluit bij de wettelijke voorschriften.

Deze dubbele benadering is coherent: de aandeelhouder kan beslissen wat er met de vennootschap gebeurt, doch enkel onder eerbiediging van de rechten van zijn medeaandeelhouders, - die er bij dochtervennootschappen meestal niet zijn - en van de schuldeisers, waarvan de rechten niet moedwillig in gevaar mogen worden gebracht. Doch zijn actievrijheid wordt beperkt door anti-misbruikregelen, hetzij in zijn besluit tegenover de andere aandeelhouders, hetzij in zijn relaties tot de dochtervennootschappen, in wezen met hun schuldeisers. Het groepsrecht komt hierbij te voorschijn als anti-misbruikrecht.

14. De afwijkingen van het “gemeen recht” van de vennootschappen ligt op het stuk van de meer beperkte zelfstandigheid van de dochtervennootschap: de vrijheid van het bestuur van deze laatste is dikwijls beperkt tot de dagelijkse handelingen, binnen de krijtlijnen van het groepsbeleid. Maar ook hier vallen talloze nuanceringen vast te stellen die zich zeer moeilijk in een rechtsregel laten vatten. Het Belgische groepsrecht laat derhalve toe op meer verfijnde wijze rekening te houden met de onderscheiden relaties die er kunnen bestaan tussen een moedervernootschap en elk van haar dochter- of kleindochtervennootschappen: ook binnen de groep zijn deze relaties immers van geval tot geval verschillend.

²⁶ In het Assubel arrest wordt ook gewag gemaakt van “*un même groupe de sociétés étroitement intégrés*”. Brussel, 29 juni 1999, *J.D.S.C.* 2002, 370, noot E. Pottier en A. Coinion.

²⁷ Cass, 2 april 1970, *Pas.*, 1970, I, 658; zie ook Cass., 28 januari 1985, *RPS*, 1987, 6430,117, nt Mougenot.

15. Het groepsrecht is afwijkend vennootschapsrecht. In feite is het groepsrecht een techniek van organisatie van de ondernemingen nu deze, om uiteenlopende regelen, gesplitst moet worden over verschillende rechtspersonen. Hierbij wordt uitgegaan van de toepassing van het vennootschapsrecht en in dit laatste worden correcties aangebracht teneinde rekening te houden met de bijzondere gezagsband die bestaat tussen de groepsvennootschappen. In die zin is het groepsrecht “afwijkend” vennootschapsrecht, of juist “afwijkende” toepassing van de rechtsregelen teneinde rekening te houden met de meer beperkte zelfstandigheid van de dochtervennootschappen.

16. Tussen zelfstandige ondernemingen wordt uitgegaan van de veronderstelling dat hun onderlinge relaties gesteund zijn op normale marktverhoudingen, die op een objectieve manier zijn ontstaan (“arms’ length hypothese”). Daarom worden de voorwaarden en bedingen die hun onderlinge verhoudingen beheersen niet afzonderlijk onderzocht: behoudens dwaling of bedrog komt de rechtsorde niet tussen in het evenwicht van de wederzijdse prestaties. Bij groepsvennootschappen dient men rekening te houden met een andere hypothese, met name dat de verrichtingen of handelingen niet op objectieve wijze zijn totstandgekomen, doch het resultaat zijn van de groepsleiding, die het belang nastreeft van de moedervennootschap, of ruimer gesteld, van de groep in zijn geheel. Hier dient het “correctief” voor de groepsvennootschappen in werking te treden. Derhalve bestaat het gevaar dat bepaalde verrichtingen niet beantwoorden aan de objectieve behoeften van de dochtervennootschap, of plaatst grijpen tegen voorwaarden die niet marktconform zijn. Men zal beroep dienen te doen op de regelingen van de belangenconflicten, die preventieve (art. 524) en corrigerende (art. 529, lid 2) werking hebben. Maar deze redenering houdt ook in dat wanneer de relaties marktconform worden gerealiseerd en uitgevoerd, het zal volstaan de preventieve procedure ter vermijding van belangenconflicten toe te passen, en de regelen van het groepsrecht geen corrigerende werking zullen hebben. Dit zal bij voorbeeld het geval zijn wanneer – zoals de goede praktijk heden te dage vereist – de deposito’s binnen een financiële groep herplaatst worden, niet noodzakelijkerwijze bij de moederbank, maar bij de partij die de beste voorwaarden op de markt aanbiedt²⁸. De regel van “best execution” ingevoerd door de MiFid richtlijn, beantwoordt aan eenzelfde gedachtegang, zij het vanuit een beleggerbeschermend standpunt²⁹. De bank moet bij de uitvoering van beursorders voor haar klant de beste voorwaarden van uitvoering opsporen, ongeacht of dit bij de moederbank dan bij een derde gebeurt. Deze regel is evenwel geen regel meer van vennootschapsrecht, maar van financiële ordening, wat belangrijk is voor de toepasselijke sanctieregeling.

17. De onderlinge verbondenheid van de onderscheiden vennootschappen verklaren waarom van het “arm’s length” criterium mag worden afgeweken: aldus wordt ruim aanvaard dat de dochtervennootschap met de groepsbelangen rekening kan houden³⁰. In de meeste groepen zal het geen probleem zijn om aan dit criterium te voldoen, gelet op de hechte groepsorganisatie. Maar in gemengde conglomeraten, waar het verband tussen de onderscheiden vennootschappen soms erg beperkt is, zal men dikwijls vaststellen dat aan de test van de onderlinge verbondenheid niet wordt voldaan. Het verschil tussen de Belgische en de Franse opvatting zal hier duidelijk blijken.

²⁸ Zegt al IAS/IFRS norm 24 betreffende de “related party transactions”

²⁹ Art. 21 van Richtlijn 2004/39/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende markten voor financiële instrumenten, tot wijziging van de Richtlijnen 85/611/EEG en 93/6/EEG van de Raad en van Richtlijn 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad en houdende intrekking van Richtlijn 93/22/EEG van de Raad, *PB L* 145 van 30 april 2004, 1-44.

³⁰ Dit wordt uitvoerig onderzocht door A. François, *Het vennootschapsbelang in het Belgische vennootschapsrecht. Inhoud en grondslagen* 1999.

Naar Belgisch recht zullen deze handelingen voor geoorloofd worden verklaard nu zij werden tot stand gebracht tussen een houdstervennootschap en een andere vennootschap die vanuit wettelijk oogpunt – met name het wettelijke vermoeden van de controle - als dochtervennootschap moet worden gekwalificeerd.

Naar Franse opvatting zou daarentegen dezelfde verhouding niet kwalificeren voor de voordelige behandeling op grond van de regelen van het groepsrecht en derhalve getoetst moeten worden aan de regelen die de verhoudingen beheersen tussen de zelfstandige vennootschappen, in de praktijk bij voorbeeld de regelen van misbruik van vennootschapsgoederen.

18. De toetsing van groepsinterne verrichtingen geschiedt aan de hand van twee criteria die in de Belgische rechtspraak worden teruggevonden en beantwoorden aan de dubbele toets die door het Franse Hof van Cassatie werd geformuleerd in het Rozenblum arrest. Overigens is het treffend dat dezelfde elementen, wellicht niet zo duidelijk samen verenigd, wordt teruggevonden in de Nederlandse rechtspraak.

De geoorloofdheid van groepsinterne verrichtingen dient luidens de rechtspraak te worden afgemeten aan

Naar Frans recht:

- (a) Het bestaan van een groep, waarin een gezamenlijke strategie ten dienste staat van een gemeenschappelijk belang(zie hoger nr. 10)
- (b) er moet een tegenprestatie voor de financiële bijstand geleverd worden en het evenwicht tussen de onderscheiden verbintenissen mag niet worden verbroken
- (c) de bijstand mag de financiële draagkracht van de vennootschap die haar levert niet te boven gaan

Voor België:

- (a) De hulp die de ene groepsvennootschap geeft aan een andere vennootschap is geoorloofd voor zover de bijstand niet buiten verhouding staat tot de haar reële draagkracht
- (b) De bijstand die de helpende vennootschap verleent haar voortbestaan niet in gevaar brengen³¹

Dit dubbele criterium beantwoordt aan wat het Franse hof van Cassatie herhaaldelijk heeft beslist. Men treft het ook aan in de Belgische rechtspraak en bij nader toezien komt het ook voor in de Nederlandse rechtspraak en doctrine. Het werd vooropgesteld als geldig toetsingscriterium door de High Level Group of Company Law Experts, ingesteld door de

³¹ Brussel, 29 juni 1999, *J.D.S.C.* 2002, 370, noot E. Pottier en A. Coinion, bevestigd in Cass. 3 mei 2000, *Arr. Cass.* 2000, 829-840, nr. 268 (Assubel). Zie in dezelfde zin: Brussel, 15 september 1992, *JT* 1993, 312, *TRV* 1994, 275, noot A. François, (Wiskeman); Brussel, 31 mei 1990, *JT* 1991, 45; Luik, 25 april 1988, *JL*, 1989, 1312; Brussel, 10 september 2004, *Bank Fin. R.*, 2006, 25. Voor de vroegere rechtspraak, zie E. Wymeersch, “The Groups of Companies in Belgian Law” in *Groups of Companies in the EEC*, Berlijn, de Gruyter, 1993, 15 september 1992, *JT* 1993, 312, *TRV* 1994, 275, noot A. François



Europese Commissie en die de krachtlijnen voor het lange termijn vennootschapsbeleid heeft aanbevolen³². Eigenlijk vormen beide criteria vormen van een zelfde basisgedachte, dat is: de dochter maakt deel uit van de groep en dankt haar bestaan en welvaart aan de groep. Daarom kan zij verplicht worden bij te dragen tot het groepsbelang. Doch anderzijds heeft zij haar eigen belangenkringen (schuldeisers, leveranciers, werknemers, enz) en verantwoordelijkheden en deze belangen mogen niet opgeofferd worden aan de groepsbelangen. Het bestuur zal moeten oordelen of zij door gevolg te geven aan de groepsbelangen de vennootschap niet naar de insolventie voert en aldus de aanspraken van de schuldeisers met de voeten treedt. Ook op langere termijn zal de leefbaarheid van de vennootschap als toetsteen worden gebruikt, en mogen de bestuurders niet toestaan dat zij, op grond van groepsbevelen, naar de ondergang wordt gevoerd. Daarom moet dus een zekere tegenprestatie worden nagestreefd, zij het dat deze niet de precieze tegenwaarde moet uitmaken en niet gelijktijdig geleverd moet worden.

19. Gebruikelijk maakt men onderscheid tussen intern en extern groepsrecht. Het eerste betreft de afwijkingen van de normale relaties tussen vennootschappen, het tweede hoofdzakelijk de toerekening van handelingen met derden gesteld door de ene groepsvennootschap aan een andere, eventueel aan de gehele groep. Dit laatste manifesteert zich met de meeste aandrag bij insolventie, doch ook andere gevallen van toerekening – bij voorbeeld van de “goede trouw”, of van kennis, bij bepaalde rechtshandelingen - behoren evenzeer tot deze categorie.

§ 1 Het interne groepsrecht

20. Onder de hoofding “intern” groepsrecht situeert men de vragen die betrekking hebben op de verhouding tussen de groepsvennootschappen, hoofdzakelijk de verhouding tussen de moeder- en de dochtervennootschappen. Naar Belgische opvatting wordt deze verhouding gezien als deze tussen een aandeelhouder en de vennootschap waarin hij de aandelen houdt

Volgens de Belgische definitie van controle steunt de invloed van de moeder op haar dochter op haar recht de benoeming van de leden van de raad van bestuur van de dochter in de algemene vergadering van deze laatste te laten goedkeuren. Deze zijn de vertrouwenspersonen van de moeder en vermits zij ad nutum kunnen worden afgezet, zullen zij normaliter geneigd zijn zich te schikken naar de belangen van de moeder. Daarnaast gebruikt de moeder frequent een hele reeks instrumenten die haar toelaten invloed uit te oefenen op de wijze waarop de dochtervennootschap bestuurd wordt: geïntegreerde budgetten, rapportering en boekhouding, toewijzing of weigering van bepaalde activiteiten, bevoorrading, rotatie van personeel op groepsbasis, inbedding in de groepspolitiek inzake aankoop, verkoop, merken, enz.

Deze vormen van groepsbeïnvloeding worden in de regel niet in formele overeenkomsten vastgelegd. Men kan de vraag stellen of zij aan de bepalingen van art. 524 onderworpen zijn, ongeacht of zij formeel of niet werden vastgesteld. Art. 524 bevat uitzonderingen voor verrichtingen tegen gewoonlijke voorwaarden en zekerheden, verwijzend naar de marktvoorwaarden. Ook kwantitatief worden verrichtingen die staan voor minder dan 1% van het balanstotaal niet aan de regeling onderworpen. Overigens moet het gaan om verrichtingen beslissingen of verrichtingen, in meer beperkte voorwaarden, het opleggen van wezenlijke beperkingen of lasten³³.

³² HLCEG, zie nt. 13.

³³ Art. 524, §1, en § 7 voor de “corporate opportunities”.



De uiteindelijke doelstelling van de controle bestaat er in het bestuur van de dochter te bepalen: dit element treft men als alternatief criterium aan in de wet voor de omschrijving van de controle, met name de oriëntatie van het beleid. Dit is meer een ultieme doelstelling, terwijl de benoeming van de bestuurders het instrument is om deze doelstellingen te bereiken.

Op grond van deze inleidende situering kan men enkele bijzondere vraagpunten behandelen.

1° het injunctierecht van de moeder

21. De controle van de moedervereniging berust naar Belgische opvatting op haar controlerend aandeelhouderschap, tot uitdrukking gebracht in het stemrecht op de algemene vergadering. Hieruit ontstaat de moeder - dochterverhouding. Hierbij kan de vraag rijzen of de moeder de dochtervereniging formele bevelen kan geven, het zogenaamde “injunctierecht”.

Een formeel injunctierecht is naar Belgisch recht ongebruikelijk, en niet conform de organisatie van de vereniging. Dit steunt op de opvatting dat de organen van de dochtervereniging hun bevoegdheden moeten kunnen uitoefenen, en deze niet mogen overdragen aan een andere entiteit, het weze de moeder, of een derde vereniging. Deze opvatting die ruim wordt aanvaard, hoeft er niet aan in de weg te staan, dat enerzijds de dochter bepaalde bevoegdheden wel kan delegeren, voor zover hiermede de beslissingbevoegdheid van het bestuur van de dochter niet wordt uitgehold³⁴, anderzijds dat deze benadering geen antwoord biedt op de vraag in welke mate de bestuurders van de dochter in feite wel rekening kunnen houden met de wensen van de moeder³⁵. Er bestaat ruimer overeenstemming dat het bestuur van de dochter rekening mag houden – ja zelfs naar omstandigheden moeten houden – met het groepsbelang.

22. Aanvullend kan de vraag gesteld worden of - zoals onder meer de Nederlandse wet nu toelaat³⁶ - de statuten een clausule kunnen bevatten waarbij bepaalde handelingen van de dochter aan de goedkeuring van de moeder moeten onderworpen worden, of ook nog: of een statutaire clausule de voorlegging van de handeling aan de algemene vergadering (lees: aan de moeder) mag opleggen. Op deze laatste vraag is het antwoord bevestigend: de bevoegdheden van de raad van bestuur kunnen door de statuten beperkt worden teneinde bepaalde materies voor te behouden aan de algemene vergadering. Wel dienen de materies die aldus worden voorbehouden, geen afbreuk te doen aan de wettelijke bevoegdheden van het bestuursorgaan, en beperkt te zijn: het is niet geoorloofd het gehele bestuur van de dochter aan de moeder op te dragen³⁷. Indien dit toch zou gebeuren, zou dit kunnen leiden tot toerekening van de handelingen van de dochter aan de moeder, en in geval van haar

³⁴ Zie J. Van Ryn, *Principes de droit commercial*, D.I, 385, nr. 583; L. Simont, “La loi du 6 mars 1973 modifiant la législation relative aux sociétés commerciales”, *R.P.S.* 1974, 39, nr. 37; Fredericq, S. en Wymeersch, La prise de contrôle dans la société anonyme, Rapports belges au XIIe Congrès de l’Académie internationale de droit comparé, Brussel, 1986, n°.3, p. 260; met verwijzing naar Van Ryn, J., Les méthodes des groupements des sociétés en droit belge, Rapports belges au VIe Congrès de l’Académie internationale de droit comparé, 1966, 158 e.v.

³⁵ Zie nr. 18.

³⁶ Art 2.129/239, lid 4 BW dat bepaalt “De statuten kunnen bepalen dat het bestuur zich dient te gedragen naar de aanwijzingen van een ander orgaan van de vereniging. Het bestuur is gehouden de aanwijzingen op te volgen, tenzij deze in strijd zijn met het belang van de vereniging en de met haar verbonden onderneming.”

³⁷ H. De Wulf, *Taak en loyaleitplicht van het bestuur in de naamloze vereniging*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 339.



insolventie, tot toerekening van het faillissement aan de moeder. Voor zoveel als nodig wordt er aan herinnerd dat deze bevoegdheidsbeperkingen door de vennootschap niet aan derden kunnen worden tegengeworpen³⁸.

De statuten zouden bepaalde bestuurhandelingen kunnen onderwerpen aan de goedkeuring van de moedervernootschap, doch haar deze niet kunnen opdragen: art. 522, §1 bepaalt immers dat de statuten de bevoegdheden van de raad van bestuur kunnen beperken, niet dat zij deze kunnen overdragen. De moeder kan met andere woorden niet optreden voor de dochter. Deze kan enkel door haar wettelijke organen in het rechtsverkeer handelen. Indien zij toch handelingen zou stellen voor de dochter, zal dit naar omstandigheden haar verbinden, en niet de dochter.

2° Intragroepsverrichtingen en de belangenconflictenregeling

23. Verrichtingen binnen de groep komen uiteraard frequent voor en zijn daarom nog niet als onregelmatig aan te merken. Zij kunnen evenwel leiden tot vermogensverschuiving tussen groepsleden, en hierbij de rechten raken van de schuldeisers van de ene vennootschap, ten nadele van de andere, of nadeel toebrengen aan de externe aandeelhouders van de dochtervennootschap. Laatstgenoemde hypothese doet zich vooral voor wanneer de dochtervennootschap beursgenoteerd is, wat in de Belgische context met geconcentreerd aandelenbezit frequent voorkomt. Op deze hypothese zijn de artt. 523- 524 en 528-529 W. Venn. van toepassing. Zij bevatten enerzijds procedureregelen inzake belangenconflicten, anderzijds substantiële normen van aansprakelijkheid. De eersten zijn preventief, de laatsten correctief.

Groepsverrichtingen die plaatsgrijpen tegen objectieve voorwaarden, zijn niet voor kritiek vatbaar: het bewijs kan best geleverd worden aan de hand van vergelijkende prijsoffertes, die de objectieve aard van de voorwaarden illustreren. Tegen gelijke voorwaarden roept een groepspreferentie geen bezwaren op.

In bepaalde omstandigheden zullen procedurele garanties moeten nageleefd worden: art. 523 W. Venn. op de belangenconflicten geldt enkel indien een bestuurder een belangenconflict heeft. Gezien dit conflict ook onrechtreeks kan zijn, zal de grootaandeelhouder van de moeder die tevens bestuurder is van de dochtervennootschap de wettelijke regeling moeten naleven indien hij een belang heeft van vermogenrechtelijke aard. Zo mogelijk zullen deze aandeelhouders verkiezen geen bestuursmandaten op te nemen bij dochtervennootschappen. Aldus wordt ook vermeden dat de aansprakelijkheidsregeling toegepast kan worden. Immers deze bestuurders zijn aansprakelijk, niet enkel bij schending van art. 523³⁹, doch zelfs bij naleving van de procedure van art. 523, voor het “onrechtmatige financiële nadeel” dat zij de vennootschap hebben aangericht ten voordele van henzelf⁴⁰: gezien deze bestuurder belangrijke aandeelhouder is van de moedervernootschap, zal men kunnen voorhouden dat hij een onrechtstreeks persoonlijk voordeel heeft bekomen.

24. Indien men te maken heeft met een beursgenoteerde vennootschap is de regeling strenger. Enerzijds geldt dezelfde materiële maatstaf voor handelingen die een “onrechtmatig financieel nadeel” hebben veroorzaakt zij het dat hier geen persoonlijk voordeel doch een voordeel voor

³⁸ Art.522, §1, lid 2.W. Venn.

³⁹ Zie art. 523 § 2 W. Venn. voor de nietigheidssanctie; art. 528 W. Venn. voor de aansprakelijkheid.

⁴⁰ Art 529, lid 1, W. Venn.

een andere groepsvennootschap vereist is. De naleving van de procedure van art. 524 doet geen afbreuk aan deze aansprakelijkheid (art. 529).

Op het procedurevlak dient men de regeling van art. 524 na te leven. Deze bestaat er, in het kort, in dat de materie waarin een belangenconflict tussen de beursgenoteerde vennootschap en een andere groepsvennootschap dreigt te ontstaan, voorafgaandelijk aan een comité van drie onafhankelijke bestuurders dient voorgelegd te worden, die een advies voor de raad van bestuur opstellen, ondersteund door een onafhankelijk expert. De betrouwbaarheid van de boekhoudkundige gegevens wordt beoordeeld door de commissaris, een bedrijfsrevisor. Het comité van onafhankelijken moet beoordelen of er een “kennelijk onrechtmatig nadeel” wordt toegebracht aan de dochtervennootschap. Belangrijk is dat de besluiten van deze verslagen worden afgedrukt in het jaarverslag, waardoor de markt het bestuur kan beoordelen.

De sancties zijn ook hier nietigheid op verzoek van de dochtervennootschap die het nadeel heeft geleden bij niet naleving van de procedure, en aansprakelijkheid van de bestuurders van de dochtervennootschap voor het “onrechtmatig financieel nadeel”. Dit laatste verwijst, naar men aanneemt, naar een zeer aanzienlijk onevenwicht van de wederzijdse verbintenissen van moeder- en dochter, verwant met het leegroven van de dochter.

3° Het bestuur van de dochtervennootschap

25. De diverse instrumenten waarmee de moeder de dochter beïnvloedt, leiden in feite dikwijls tot een vergaande integratie van de dochter in het groepsbeleid, zodat in sommige gevallen de vraag rijst of er nog verschil bestaat met een bijkantoor. Deze vraag van een eventuele herkwalificatie is zonder belang op het stuk van de interne verhoudingen binnen de groep. Zij kan verder onderzocht te worden vanuit de invalshoek van het externe groepswezen.

Ongeacht de invloed van de moeder, welke zijn de eigen bevoegdheden van het bestuursorgaan van de dochter? Moet dit zich geheel onderschikken aan de wil van de moeder, of zijn er grenzen vanaf waar zij de bevelen van de moeder naast zich neer moet leggen? En hiermee samenhangend rijst de vraag van de aansprakelijkheid van de bestuurders van de dochter, vooral wanneer zij de bevelen van de moeder opvolgen.

Zowel in de rechtspraak als in de literatuur wordt de mening verdedigd dat de dochtervennootschap gevolg mag geven aan het groepsbeleid, tenzij:

- (a) de inspanning die van de dochter gevraagd wordt haar voorbestaan ernstig in gevaar dreigt te brengen.
- (b) de inspanningen die van de dochter worden gevraagd eenzijdig zijn, en er geen tegenprestatie van de moeder, of van de groep naar de dochter toevloeit; dit is het “quid pro quo”

Dit is het dubbele criterium dat in het Franse Rozenblum arrest wordt geformuleerd en sindsdien in verschillende rechtsorden, uitdrukkelijke of verspreid over verschillende beslissingen navolging heeft gevonden⁴¹.

26. Deze mooie beginselen zijn evenwel van aard nogal wat praktische problemen te stellen. Deze criteria zijn immers erg breed geformuleerd en laat een zeer ruime beoordelingsmarge toe.

Het eerste criterium is verwant met de beoordeling die wordt uitgevoerd in de rechtspraak betreffende de aansprakelijkheid van de bankier voor onverantwoorde kredietverlening. Ook van de bank wordt verlangd dat zij zou beoordelen of de schuldenaar nog voldoende overlevingskansen heeft en mag zij, als professioneel van de kredietverlening, de derden niet misleiden betreffende het al dan niet reddeloos verloren zijn van de schuldenaar. In groepsverband zal de raad van bestuur van de dochtervennootschap, die door de moeder wordt aangespoord om haar fondsen aan de moeder af te staan, moeten oordelen of de verrichting – trouwens dikwijls ook kredietverlening – haar voortbestaan niet in gevaar dreigt te brengen, nu de toestand van de moeder-debiteur zo ongunstig is, dat de terugbetaling weinig waarschijnlijk is⁴². Op het stuk van de groepsinterne relaties kan een bevestigend antwoord betekenen dat de dochter moet weigeren haar kasmiddelen over te dragen, en dat de bestuurders aansprakelijk zullen kunnen zijn indien zij de bevelen van de moeder opvolgen. De vraag zal dus hoofdzakelijk zijn of de moeder een redelijke overlevingskans heeft en de voorschotten op hun vervaldag zullen worden terugbetaald: hiertoe zullen de bestuurders van de dochter, in voorkomend geval, een ernstig onderzoek dienen in te stellen, bij voorkeur met extern advies, teneinde vast te stellen dat de moeder redelijke overlevingskansen heeft. Over welke termijn deze beoordeling zich dient uit te strekken zal sterk afhangen van de kenmerken van de verrichting: bij voorschotten op korte termijn moet solvabiliteit op de overeenstemmende termijn worden vastgesteld. Indien de risico's van wanbetaling aanzienlijk zijn, zal het bestuur de vermogensverminderende handeling moeten weigeren. Laat het bestuur de verrichting toch plaats grijpen, dan ontstaan een gevaar van aansprakelijkheid wegens bestuursfout, in geval van faillissement eventueel te versterken tot de "kennelijk grove fout" die heeft "bijgedragen" tot het faillissement (art. 530, W. Venn.). In dit laatste geval kan de aansprakelijkheid, naar het oordeel van de rechtbank worden uitgebreid tot het geheel of een deel van de schulden van de vennootschap. Deze fout is diegene die geen redelijk handelend bestuurder, in het licht van de omstandigheden, zou hebben begaan. In de groepscontext waar de bestuurders van de dochtervennootschap geen kennis hebben van de financiële toestand van de moedervernootschap, zal men rekening dienen te houden met hun redelijke inschatting van de toekomst van de groep: indien deze een redelijke kans op herstel heeft, ten gevolge waarvan de voorschotten van de dochter terug betaald zullen kunnen worden aan het einde van de termijn, zal geen fout verweten kunnen worden.

Voormelde beoordeling situeert zich enkel op het vlak van de interne werking van de groep, en doet niet af aan de eventuele aansprakelijkheid van de bestuurders tegenover enerzijds de schuldeisers van de dochter, op grond van bestuursfouten, anderzijds de schuldeisers van de moeder, wegens het toekennen van de voorschotten waardoor het bestaan van de moeder kunstmatig voortbestaan werd verlengd.

⁴¹ Zie o.m. in het Voorstel van Forum Europeum, Rev. Sociétés, 1999, 285, ZGR, 1998, 672-772; voor verdere bijzonderheden: zie Hopt, nt. 1 203 e.v.

⁴² Zie betreffende dit thema in het algemeen: J.W. Winter, Concernfinanciering, Kluwer, 1992



27. De tweede Rozenblum voorwaarde zal in de regel een meer vrije beoordeling toelaten. In groepsverband kunnen de tegenprestaties die door de groep worden geleverd immers van zeer uiteenlopende aard zijn en niet altijd goed bepaalbaar, noch begrootbaar. Het gebruik van merk en uithangbord, distributielicenties, cliënteelbescherming zijn voordelen van aanzienlijke economische waarde die evenwel moeilijk te evalueren zijn. Ook de termijn binnen dewelke de tegenprestaties moeten worden toegekend, wordt opengelaten: het is een redelijke termijn⁴³, afhankelijk van de aard en omvang van de relaties tussen beide vennootschappen. Anders dan in bepaalde rechtsorden⁴⁴ vergt het groepsrecht in België niet dat de bestuurders een tabel opstellen met de voor – en nadelen die zij bekomen hebben op grond van hun groepslidmaatschap. Een algemene evaluatie is aangewezen, niet punt per punt. Het criterium vergt immers niet dat een evenwicht wordt vastgesteld tussen lasten en baten, enkel dat er geen al te sterk onevenwicht zou zijn. Overigens dienen de bestuurders van de andere groepsvennootschap in beginsel een zelfde beoordeling te maken. Wanneer de verrichting kennelijk de dochter verarmt en er geen waarde tegenoverstaat, ook niet op termijn, dan offeren de bestuurders het voortbestaan van de dochter op aan de groep, wat strijdig is met het wezen van hun opdracht. Men zou dit ook kunnen verbinden aan het winstooigmerk, aangezien deze bestuurders niet meer de winst van de dochter maar die van de moeder nastreven. Deze weg leidt evenwel niet tot bruikbare juridisch resultaten⁴⁵.

28. Indien de vennootschap geen minderheidsaandeelhouders heeft zal het volstaan dat zij haar opgegeven minimumkapitaal in stand houdt, onverminderd natuurlijk de verplichting een wettelijke reserve aan te leggen. Alle winsten die het opgegeven kapitaal te boven gaan, mogen uitgekeerd worden aan de aandeelhouders op welke wijze ook⁴⁶. In functie van de groei van de onderneming kan het evenwel aangewezen zijn de eigen vermogensbasis van de dochter te verruimen. Het is een beleidsbeslissing van de moeder te bepalen over hoeveel eigen vermogen de dochter moet beschikken en op welke wijze dit wordt gefinancierd. Men kan een tekortkoming op dit vlak niet te laste leggen van de bestuurders van de dochter. Of hieruit moet worden afgeleid dat de moeder gehouden zijn de dochter van een voldoende eigen vermogen te voorzien – een soort “kapitaalbehoudplicht” – zal op grond van het beginsel van aansprakelijkheidbeperking moeten worden ontkend⁴⁷. Sommigen menen dat op grond van onrechtmatige daad de moeder tot aansprakelijkheid kan worden gehouden: dit lijkt betwistbaar indien het rechtsverkeer, zoals in België het geval is, inzage heeft in de jaarrekeningen van alle vennootschappen en derhalve de omvang van het eigen vermogen kan beoordelen. Anderzijds zou men kunnen aanvaarden dat het niet aangewezen is dat de moeder het eigen vermogen van de dochter desbewust zou verminderen – bij voorbeeld door uitkeren van reserves - indien daardoor de rechtspositie van de schuldeisers kennelijk in gevaar wordt gebracht. Van een eigenlijke “kapitaalbehoudplicht” kan evenwel geen sprake zijn: de vennootschapswet regelt de kapitaalvermindering en bijkomende verplichtingen vinden geen steun in de wet.

⁴³ Sommigen hebben hier een termijn van vijf jaar vooropgesteld, maar alles hangt af van de omstandigheden

⁴⁴ Hoofdzakelijk in Duitsland § 317 AktG; dit ligt ook aan de basis van art. 2497, Italiaanse C.Civ.

⁴⁵ De sanctie van de schending van het winstooigmerk is, gelet op art.454, niet de nietigheid.

⁴⁶ Dividenden, inkoop eigen aandeelhouders. Maar onrechtstreekse verrichtingen bv. op grond van vermogensverrichtingen vergen bijkomende waarborgen van doorzichtigheid op het gebied van de waardering en de economische verantwoording van de verrichting.

⁴⁷ Anders werd geoordeeld door Ronse, J. E.a., J. RONSE, J. M. NELISSEN GRADE, K. VAN HULLE, J. LIEVENS & H. LAGA, “Overzicht van rechtspraak (1978-1985). die kennelijke onderkapitalisatie ook tijdens het bestaan van de vennootschap aanvaardden. Van een gehele andere orde, en verband houdend met regelen van openbare orde, is de verplichting voor financiële instellingen om hun eigen vermogen te verhogen op bevel van de toezichthouder, in het kader van de Basel II, Pijler 2 voorschriften.



29. Beide criteria zijn nauw aan elkaar verbonden wat kan leiden tot fouten in hoofde van het bestuur van zowel moeder- als dochtervennootschap. Wanneer de groep, of een van haar geledingen afglijdt naar insolventie, en dit kan worden toegeschreven aan intragroepsverrichtingen, is het de taak van de raad van bestuur de verrichtingen te weigeren die tot insolventie kunnen leiden. Indien de groepsleiding het hiermee niet eens is, kan zij het bestuur van de dochter ontslaan, waarmee ook hun risico van aansprakelijkheid wordt afgewend. De groepsleiding zal evenmin vrijuit gaan wanneer zij lasten oplegt aan de dochter die op redelijke voorzienbare wijze haar solvabiliteit in gevaar moeten brengen. Hier zou de moedervernootschap rechtstreeks tegenover de dochtervennootschap gehouden zijn, onverminderd haar aansprakelijkheid tegenover de schuldeisers van de dochter⁴⁸.

30. Een klassiek geval is dat van de dochter die door de moeder wordt verplicht haar liquiditeit af te staan aan de moeder. Aldus werd aanvaard dat de dochter mocht weigeren in te gaan op een verzoek voor “central cash management”⁴⁹ nu de financiële positie van de moeder zo slecht was dat gevreesd moet worden dat deze liquiditeiten niet kunnen worden terugbetaald en er evenmin een normale rente wordt op vergoed, zodat door de naleving van de instructie de directie van de dochter genoopt zou worden mede te werken aan het leegzuigen van de onderneming waarvoor zij verantwoordelijk is. Slagter⁵⁰ geeft ter overweging dat het resultaat niet anders zou zijn geweest indien het toekenning van liquiditeiten onder de vorm van dividenden zou zijn gebeurd.

4° Andere vormen van groepsinterne normering

31. Aan de interne relaties binnen vennootschapsgroepen wordt veel aandacht besteed door de prudentiële toezichthouders. Verschillende Europese richtlijnen werden op dit stuk uitgevaardigd, waarin de groepsrelaties worden gestructureerd, of gespecificeerd.

De richtlijn op de kapitaalvereisten verplicht tot het aanleggen van eigen vermogen op solo basis. Evenwel kunnen in bepaalde omstandigheden de vereisten op geconsolideerde basis worden omschreven, zodat in feite kapitaal gevormd op het niveau van de dochtervennootschap in aanmerking komt voor de berekening op groepsbasis, mits aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Een van deze vereisten bestaat er in dat de beide vennootschappen –moeder en dochter- aan dezelfde rechtsorde onderworpen zijn en dat er geen juridische of praktische hinderpalen zijn die de overdracht van de eigen vermogensbestanddelen of de terugbetaling van de schulden binnen korte termijn zou verhinderen⁵¹.

In bijzondere wetten worden soms ook voorschriften aangetroffen betreffende de interne groepsleiding. Aldus bevatten de wetten op de energievoorziening bijzondere voorschriften die tot doel hebben de overheersende invloed van de aandeelhouder te neutraliseren nu deze zich in een toestand van belangenconflict bevindt ten aanzien van de dochtervennootschap. De specifieke aard van de bedrijvigheid van deze dochtervennootschap verklaart de wil van de wetgever om het bestuur niet geheel in handen van de moedervernootschap te laten.

32. Op grond van aanbevelingen van het Basel Comité heeft de CBFA de regelen vastgesteld die de “internal governance” van financiële groepen beheersen. De complexiteit binnen de

⁴⁸ Dit laatste geval zie het Nederlandse Osby-arrest, HR 25 september 1981, NJ, 1982, 443.

⁴⁹ Zie hierover in het algemeen, J. Winter, Concernfinanciering, nt. 41 Groningen, 1992.

⁵⁰ W.J. Slagter, RSV 1, TVVS, 198, 92-94.

⁵¹ Art 69, Richtlijn 2006/48 van 1 juni 2006, zie voor een commentaar Wymeersch, nt. 15.

bankverzekeringsgroepen en de uiteenlopende belangen tussen de diverse bedrijfsactiviteiten vereisen dat duidelijke afspraken worden gemaakt betreffende de interne structurering van de groep. Deze afspraken worden vastgelegd met elke groep individueel, in het licht van de governance instructies, waarbij de groep van de voorschriften kan afwijken mits dit naar behoren tegenover de CBFA te motiveren (“comply and explain”). De interne structuur van de groep wordt evenwel niet aangesproken: veeleer richt deze circulaire aanbevelingen tot de groepsleiding deze dan moet waarmaken in de afzonderlijke groepsvennootschappen. Aldus geldt de regel “know your structure”, die de groepsleiding verplicht om zich vertrouwd te maken met de structuur van de groep en de interactie tussen de onderscheiden groepsgeledingen. Ook de regelen van interne controle (audit, compliance, risico opvolging) gelden voor de groepsleiding in haar geheel, doch zet de groepsleiding aan om deze technieken te realiseren in elk van groepsgeledingen, in functie van de specifieke behoeften van elk van deze dochtervennootschappen.

§ 2. Het externe groepsrecht⁵²

32. Onder deze hoofding komen de relaties van de groep, en van de groepsvennootschappen met derden aan de orde. Deze vragen zijn toerekeningvragen: het beginsel luidt immers dat de handelingen van de groepsvennootschappen, gesteld worden door hun organen, worden toegerekend aan de vennootschap die zij vertegenwoordigen, op wiens naam en voor wiens rekening zij handelen. Hierop maakt het groepsrecht een aantal uitzonderingen, die grotendeels toepassingen zijn van gemeenrechtelijke voorschriften of beginselen. De wetgeving komt op dit gebied weinig ter sprake: de wetgevers nemen klaarblijkelijk genoegen met de jurisprudentiële ontwikkelingen

Een eerste reeks van afwijkende regelingen zijn zonder meer toepassingen van het vertegenwoordigingsrecht: wanneer een groepsvennootschap optreedt voor zichzelf, en voor een andere groepsvennootschap zijn beiden verbonden. Aanvullend geldt hier het correctief van de vertrouwensleer: wanneer derden redelijkerwijze mochten vertrouwen dat de handeling van een groepsvennootschap ook voor een andere groepsvennootschap werd gesteld, zullen zij beiden voor verbonden kunnen worden gehouden.

In de rechtspraktijk werden een hele reeks andere technieken ontworpen om verbintenis binnen groepsverband ruimer toe te rekenen. Deze technieken werden hoofdzakelijk ontworpen om het faillissement van een dochter uit te breiden tot de moeder, of tot andere groepsvennootschappen. Ofschoon de meeste procedure werden gevoerd door curatoren, betreft het hier uiteindelijk de aansprakelijkheid tegenover de schuldeisers, derhalve tegenover derden. De vragen worden niet altijd in termen van toerekening gesteld, maar ook van schadevergoeding, op grond van quasi-delictuele aansprakelijkheid, van achterstelling van groepsvorderingen, en meer algemeen, technieken van rechtspersonenrecht waarbij eenheid van vermogens en van procedures wordt vastgesteld.

Het Belgische vennootschapsrecht kent daarenboven een aantal wettelijke instrumenten die in deze context kunnen worden toegepast.

1. Vertegenwoordiging

⁵² Zie voor een rechtsvergelijkende studie M.L. Lennarts, *Concernaansprakelijkheid*, Deventer, Kluwer, 1999 en L. G. H. J. Houwen, A.P. Schoonbrood-Wessels en J. A. W. Schreurs, *Aansprakelijkheid in concernverhoudingen*, Kluwer, Deventer, 1993.



33. De vraag van de toerekening leidt vooral tot toepassingen in de faillissementsmaterie: meestal handelt het om de uitbreiding van het faillissement van een dochter naar de moeder, meer uitzonderlijk naar andere groepsvennootschappen, of de groep in zijn geheel. Maar ook minder dramatische gevallen kunnen zich voordoen: kan een contract aangegaan door een dochter ook op de moeder verhaald worden? Wanneer kan men morele eigenschappen – bij voorbeeld de goede trouw, of kennis – bestaande in hoofde van een enkele groepsvennootschap toerekenen aan de groep? Men denke aan de verhandeling van een wisselbrief door de dochter aan de moeder: zuivert deze overdracht de excepties die aan de onderliggende verhoudingen kleven? De aanwezigheid van gemeenschappelijke bestuurder, voor zover deze met het operationele bestuur zijn belast, zou tot toerekening moeten leiden.

34. In het algemeen aanvaardt het recht niet dat de groep als een geheel moet worden behandeld. Elk van de groepsvennootschappen treedt op als een afzonderlijke entiteit in het rechtsverkeer. Vandaar dat er geen sprake kan zijn van rechtspersoonlijkheid van de groep⁵³, of van groepsaansprakelijkheid, waarbij de gehele groep als een verhaalsobject wordt beschouwd, tenzij daartoe speciale rechtsgronden voorliggen. In die zin werd ook geweigerd dat de moedervenootschap in rechte zou optreden voor de uitvoering van overeenkomsten, of voor het verweer tegen eisen, waarbij niet zij, maar de dochtervennootschap betrokken is. De moeder kan vanzelfsprekend wel optreden voor handelingen waarbij zij zelf, als medecontractpartij, of als medeschuldenaar betrokken is: dit is de hypothese dat uitdrukkelijk op naam en voor rekening van de andere vennootschap is gehandeld.

2. Schijnvertegenwoordiging

34. De schuldeisers pogen soms een andere groepsvennootschap, speciaal de meer solvabele moeder te treffen door te beweren dat zij van de overtuiging waren dat zij met de moeder zijn opgetreden, en zijn haar dus als schuldenaar kunnen behandelen. Dit doet zich voor wanneer bij onderhandelingen de onderhandelaars zich niet duidelijk geïdentificeerd hebben, of nog wanneer de uitvoering van een overeenkomst door een vennootschap aangegaan, in feite door een andere vennootschap op zich werd genomen. Verwarring in hoofde van de wederpartij moet worden vermeden.

De vertrouwensleer beschermt het redelijk vertrouwen, niet het lichtzinnige: wie derhalve een publiciteit ziet “groep Wauters” moet niet onmiddellijk denken dat elk van de groepsvennootschappen - overigens niet geïdentificeerd - de verbintenissen namens een van hen aangegaan, op zich moet nemen. Hetzelfde geldt voor het gebruik van de groepsnaam in de naam van de onderscheiden vennootschappen: op voorwaarde dat een voldoende onderscheidende bijvoeging wordt gebruikt kan men aanvaarden dat “Fortis Insurance” mag verwijzen naar zijn groepsorigine, zonder dat daardoor de gehele groep instaat voor de verbintenissen van die ene vennootschap. Wordt de bijvoeging “insurance” weggelaten, zo ontstaat verwarring waarop de derde redelijkerwijze zou kunnen vertrouwen. De feitelijke elementen, waarop het vertrouwen wordt gesteund, dienen wel terug te gaan op verklaringen of handelingen van de schijnvertegenwoordigde.

Vanaf welk ogenblik deze schijn ontstaat is een feitenkwestie. Gezamenlijke adressen, gezamenlijke maatschappelijke zetel, gezamenlijke bestuurders, enz. werden in de rechtspraak wel als relevant ervaren, zij het niet steeds op grond van de vertrouwensleer, maar van de

⁵³ Zie Fr. Cass., 2 april 1996, JCP, 1997, II, 22803, nt. Chazal; Bull. Joly, 1996, 501, nt. Le Cannu. Vaststaande rechtspraak. Ook kan een dochtervennootschap niet veroordeeld worden op grond van een dagvaarding betekend aan de moeder: Cass. Com, 4 november 1987, Rev. Sociétés, 393, nt. Le Cannu.



verwante leer van de toerekening van het faillissement. Veeleer de opstapeling van de onderscheiden elementen, dan een element op zich blijken in de rechtspraak beslissend te zijn geweest. Aldus aanvaardt de Franse rechtspraak reeds geruime tijd dat de handelingen van de ene vennootschap tegenwerpgelijk zijn aan de andere, zo beide nagenoeg dezelfde naam, zetel, telefoonnummer en handtekening gebruikten⁵⁴.

Indien verwarring wordt gecreëerd wie de contractspartij is kan eveneens een dergelijke risico ontstaan. In de vroegere rechtspraak rond de toerekening van het faillissement aan de achterman vallen gevallen te vermelden waarin de enige eigenaar van de vennootschap nu eens op naam van de vennootschap handelde, dan weer op zijn eigen naam, waaruit de rechtspraak afleidde dat de vennootschap als feitelijk vertegenwoordiger van de achterman handelde, en deze laatste samen met de vennootschap failliet verklaarde⁵⁵. Deze rechtspraak blijft nog geldig want steunend op de algemene begrippen van vertegenwoordigingsrecht.

35. In de Zwitserse rechtspraak komt een bekend geval voor van aansprakelijkheid op grond van de schijnleer. Het betrof een geval waar in de publiciteit voor beleggingen in een golfclub melding werd gemaakt van de inbedding van de golfclub in de Swissair groep. Aldus werd de indruk gewekt van financiële draagkracht, betrouwbaarheid en fairness. De brochures bevatten het Swisair logo, en de verwijzing "deel van de Swissair Groep". De verklaringen gingen terug op handelingen van de Swissair groep, minstens wees zij deze niet van de hand, en zijn ze haar aldus toerekenbaar. Hieruit werden verwachtingen in het leven geroepen en kon de eiser afleiden dat deze groep deze dochter met voldoende eigen vermogen zou uitrusten en verder zou instaan voor haar verbintenissen⁵⁶. Ofschoon de vertrouwensleer in andere gevallen van groepsaansprakelijkheid is aangewend geworden⁵⁷, lijkt de Zwitserse benadering zeer vergaand: het kan niet aanvaard worden dat het loutere bestaan van een groepsverband tot collectieve aansprakelijkheid leidt.

3. Faillissementstoerekening

36. De Belgische rechtspraak gaande van de jaren 50 tot en met 80 heeft een belangrijke ontwikkeling gekend waarbij het faillissement van een vennootschap – veelal een pvba – werd toegerekend aan de fysieke persoon die dikwijls de ene echte eigenaar was van de vennootschap. Gedeeltelijk werd deze rechtspraak ontwikkeld als antwoord op wat toen als een "misbruik van vennootschap" werd gezien: enige vennoot, geen effectieve organen in feite, vermogensvermenging tussen de vennootschap en de eigenaar, enz. Nadat de vennootschap failliet werd verklaard, vorderde de curator het faillissement van de eigenaar die in feite handel had gedreven achter het scherm van de vennootschap. De vennootschap werd als naamlener aangeduid, achter wie de werkelijke handelaar, de achterman, zich verborgen hield

⁵⁴ Cass. Req., 19 juni 1929, S. 1930, I, 176.

⁵⁵ Kh. Bergen, 12 november 1979, *RPS* 1980, 292, waar zeven vennootschappen bij de uitbreiding van het faillissement waren betrokken. Een volledig gelijkaardig "imbrication"-geval, maar met slechts drie vennootschappen: Gent, 14 maart 1978, *RPS* 1979, 269.

⁵⁶ BGH 15 november 1994, BGE 120 II 331, zie Druey en Vogel, *Das Schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte*, Zürich, Schulthess 1999, 119

⁵⁷ Zie in de Franse rechtspraak: zie bv. Cass.com, 4 maart 1997, Bull. Joly, 1997, 557, nt. J.J. Daigre.



Deze rechtspraak is door het Hof van Cassatie nogal abrupt tot een einde gebracht met een aantal arresten uit 1979 tot en met 1981,⁵⁸ toen het hof eiste dat de achterliggende partij – hier een moedervenootschap – op zelfstandige wijze aan de voorwaarden moet voldoen om als handelaar gekwalificeerd te worden. In groepsverband zijn de vennootschappen evenwel allen handelaar: indien vaststaat dat ook de moedervenootschap insolvent is, zal de vroegere redenering waarin de achterman gehouden kan worden tot de schulden van de vennootschap nog verder toegepast kunnen worden.

Sindsdien zijn er nagenoeg geen beslissingen meer gepubliceerd in die zin. Men zal hierbij niet uit het oog verliezen dat deze rechtspraak ontstaan is in de tijd dat de vennootschappen nog meerhoofdig dienden te zijn⁵⁹, en dat niet goed werd aanvaard dat een persoon in verschillende vennootschappen de feitelijke leiding waarnam. Dergelijke werkwijze werd toen als “bedrieglijk” minstens als “wetsontduiking” aangeduid. De rechtspraak nam ook aanstoot aan vennoten, die de vennootschap hadden leeggehaald, om haar in minder goede tijden te laten vallen.

Het komt voor dat de achterliggende redenering ook vandaag nog van waarde is⁶⁰: immers, de naamgeving, als onderdeel van de veinzing, laat toe voorgewende juridische verhoudingen te ontmaskeren, zeker als dit gebeurt met benadeling van de rechten van de schuldeisers, ten gevolge waarvan de voorgewende toestand onrechtmatig wordt. Het argument dat naamgeving een overeenkomst veronderstelt, is civielrechtelijk juist, in het licht van de omzeiling van regelen van openbare orde niet dienstig.

4. Vermogensvermenging

37. Wanneer het vermogen van de dochtervennootschap vermengd is met dat van de moeder, en het onmogelijk is toe te wijzen wat aan wie toebehoort, kan men de vraag stellen of het faillissement van de ene vennootschap geen aanleiding dient te geven tot het faillissement van de andere vennootschap. Verschillende redeneringen werden hierbij ontwikkeld, zoals de gedachte dat beide vennootschappen een geheel vormen, waarbij het onmogelijk was ze afzonderlijk failliet te verklaren gelet op de verwevenheid van hun vermogens, of nog: dat men te doen had met samen handeldrijvende vennoten, die voor de wetwijziging van 1974 als een onregelmatige VOF werden aanzien. Soms werd zelfs gesteld dat men hier met verwerking van het voorrecht van de aansprakelijkheidsbeperking te maken had. Het Hof stelde de puntjes op de i: zelfs indien de vermogens feitelijk vermengd zijn, zullen de betrokken vennootschappen toch een afzonderlijk vermogen bezitten, zij het in dat geval een onverdeeld deel in de gezamenlijk boedel. De loutere vermenging van vermogens is derhalve niet voldoende om de betrokkene vennootschappen failliet te verklaren⁶¹.

Belangrijk is evenwel dat de Franse rechtspraak de vermogensvermenging wel aanvaardt als een belangrijke grond van groepsaansprakelijkheid. Vermogensvermenging wordt vastgesteld

⁵⁸ Cass., 12 februari 1981, *RPS* 1981, nr. 6131, 106-110, noot P. Coppens; zie voor verdere ontleding: H. Braeckmans, “Toerekening van het vennootschapsfaillissement aan de achterman of uitbreiding van het faillissement tot de meester van de zaak”, *RW* 1978-79, 850 e.v.

⁵⁹ Deze rechtspraak is grotendeels verdwenen eens de eenpersoonsvennootschap werd ingevoerd.

⁶⁰ Zo ook J. Ronse, in *De doorbraakproblematiek*, in *Rechten en Plichten van moeder- en dochtervennootschappen*.

⁶¹ Cass., 1 juni 1979, *RCJB*, 1981, 49; *RW*, 1979-80, 696.; Cass., 12 februari 1981, *RPS*, 1981, nr. 6131, 107, waar de regel als regel van “openbare orde” werd aangeduid.



bij sterke verwevenheid van de onderscheiden vennootschappen (“imbrication”⁶²) wat kan blijken uit eenheid van adres, uithangbord, verwevenheid van boekhouding, van de bankrekeningen, terwijl de dochtervennootschap als een scherm dient waarachter de moeder handel drijft. Ook tussen vennootschappen met afzonderlijke activiteit kan vermogensvermenging worden vastgesteld⁶³.

Er blijkt zich evenwel een evolutie in de Franse rechtspraak voor te doen waarbij meer de nadruk wordt gelegd op de abnormale verrichtingen (“relations financières anormales”) die toelaten te besluiten tot de uitbreiding van de collectieve procedure.⁶⁴ Verrichtingen zonder tegenprestatie, zoals de afstand van vorderingen, het niet-incasseren van facturen, het leveren van niet gefactureerde prestaties, verschuiving van lasten, toekennen van niet rentende kasvoorschotten, herhaalde verdaging van de betaaltermijn, worden tot deze abnormale verrichtingen gerekend.

In een geval, bekend als “Metaleurop” werd geoordeeld dat de voortzetting van de activiteit enkel te wijten was aan de steun van de moedervernootschap, die op zichzelf geen overlevingskansen⁶⁵. Immers in deze gevallen kan het voorkomen dat er geen “vermenging” is omdat de bedrijfsleiders alle verrichtingen precies hebben geboekt, of omdat er geen patrimoniale verrichtingen zijn (uitlenen van arbeidskrachten bv.). Volgens sommige auteurs⁶⁶ worden aldus verrichtingen als “abnormaal” bekritiseerd wanneer zij afwijken van het gebruikelijke schema van een ordentelijke georganiseerde vennootschapsgroep zoals deze voortvloeit uit de overeenkomsten binnen de groep. Men zou kunnen besluiten dat de Franse benadering van de vermogensvermenging eerder lijkt op de aanduidingen die in België gehanteerd worden met het oog op de uitbreiding van het faillissement, vermits ook daar de dominerende van de moeder vennootschap – of van de achterman – als sleutelbegrip wordt gehanteerd.

5. Onrechtmatige daad

38. In enkele gevallen werd aanvaard dat de moedervernootschap aansprakelijk was tegenover de schuldeisers van de dochter voor de schade die zij had aangericht op grond van gedragingen van de moedervernootschap die als onrechtmatig werden gekwalificeerd. In het bekende Nederlandse Osby arrest⁶⁷ had de Zweedse moedermaatschappij, die zelf solvabel was, haar verlieslatende dochter met voordurende geldleningen recht gehouden. Als zekerheid eiste zij dat de dochter alle bestaande en toekomstige bedrijfsvoorraden evenals de inventaris aan haar tot zekerheid zou overdragen. Het hof en de Hoge raad aanvaardden dat de moeder zich onrechtmatig had gedragen door zich alle activa van de dochter in een niet bekendgemaakte overdracht toe te eigenen. Deze schuldeisers waren door de door de moeder gewekte kredietwaardigheid misleid. Deze problematiek vertoont wat gelijkenis met die van

⁶² Of nog “un enchevêtrement d’éléments d’actifs et de passifs” van de betrokken vennootschappen: Parijs 18 mei 2001, Bull. Joly, 2001, 224.

⁶³ Parijs, 25 september 1990, Bull. Joly, 1990, 963.

⁶⁴ Zie Grelon, en Dessus-Larrivé, C, “La confusion des patrimoines au sein d’un groupe, Rev Sociétés”, 2006, 281-301.

⁶⁵ Douai, 16 december 2004, D. 2005, 216, waar uitwisseling van personeel, leningen op lange termijn met herhaald uitstel van de betaaltermijnen, wat alles wees op de volledige afhankelijkheid van de dochter van de wil van de moeder om nog verder krediet te verschaffen.

⁶⁶ Grelon, en Dessus-Larrivé, C, nt. 41 r. 21. Deze benadering brengt evenwel weinig klaarheid gelet op de uiteenlopende groepsschema’s en de ontwikkeling ervan in de tijd.

⁶⁷ Zie hoger Osby arrest, nt. 35.

de aansprakelijkheid van de bank voor kredietverlening aan een onderneming zonder overlevingskansen.

Men kan nochtans de vraag stellen of deze benadering in groepsverband wel de juiste is: de moedermaatschappij is immers geen professioneel kredietverlener waarvan men kan verwachten dat zij geen zeer risicovolle projecten zal ondersteunen. Zoniet komt de mogelijkheid om nieuwe ondernemingen op te starten in het gedrang. Daarom lijkt het juist te stellen dat de moedermaatschappij, die plots haar dochtervennootschap laat vallen en de ondersteuning afsnijdt, moet zorgen ofwel voor een ordentelijke vereffening, zoniet zich minstens de activa van de dochter niet mag toeëigenen om zich aldus een voorrang te verschaffen. Ook andere gevallen van onrechtmatig handelen van de moeder zijn denkbaar en kunnen aanleiding geven tot rechtstreekse aansprakelijkheid tegenover de schuldeisers van de dochter.

6. Doorbraak en misbruik van rechtspersoon

39. In een deel van de rechtsleer en in een obiter dictum in een cassatiearrest wordt voorgehouden dat de failliete dochtervennootschap kan worden “doorbroken” zodat het faillissement te laste kan worden gelegd van de moedervennootschap⁶⁸. Deze uitdrukking is dubbelzinnig en verdient vermeden te worden. Immers, men zou naast doorbraak van de rechtspersoon ook van doorbraak van aansprakelijkheid kunnen spreken: dit laatste begrip betekent dat naast de vennootschap op wiens naam werd gehandeld ook een andere persoon aansprakelijk wordt gesteld, doch zonder dat geraakt worden aan de rechtspersoonstechniek, die immers ook de schuldeisers beschermt. Deze toestand is dan best vergelijkbaar met die van de vennoten in de VOF. In de regel – bij voorbeeld in de faillissementszaken – handelt het om “doorbraak” van aansprakelijkheid, waarbij men handelingen die gesteld werden door een partij, aan een andere partij toerekent. Het wegvallen van de “doorbroken” rechtspersoon zegt immers weinig over de rechtsgevolgen die hieruit voortvloeien. Daarbij zou deze benadering, die geacht wordt schuldeiserbeschermend te werken, in vele gevallen het omgekeerde effect kunnen hebben, vermits de schuldeiser van de dochter dan in samenloop komen met die van de moeder.

Doorbraak – in het Duits “Durchgriff” – wijst op een rechtsgevolg, niet op de motivering voor dit gevolg. Uit de rechtspraak van andere rechtssystemen blijkt dat doorbraak aangewend wordt wanneer een zeer enge relatie bestaat tussen de rechtspersoon en de persoon naar wie wordt doorgebroken, en dat deze betrekking wordt misbruikt. Het loutere feit dat deze rechtsbetrekking bestaat is derhalve niet voldoende. Er is ook vereist dat de rechtsregelen van hun normale bestemming worden afgeleid. De recente Duitse rechtspraak heeft voor de “feitelijke groepen” die overmatig sterk door een aandeelhouder worden gedomineerd de weg gekozen van de Durchgriff, onder meer omdat aldus de ene vennootschap met instaan voor alle verbintenissen van de andere.⁶⁹ Het Nederlandse recht kent ook de doorbraak, het Franse gebruikt als meest gelijkaardige begrip, dat van de “société fictive”, begrip dat in de Belgische rechtsorde niet meer bruikbaar is⁷⁰.

⁶⁸ Zie o.m.; J. Rose, et J. Lievens, De doorbraakproblematiek, in *Rechten en Plichten van moeder- en dochtervennootschappen*, 167, waar de rechtsverwerking als rechtsgrond wordt ontwikkeld, en J. Ronse, *Waarheid en leugen omtrent de onderneming met beperkte aansprakelijkheid*, Mededelingen van de Koninklijke Academie Klasse der Letteren, 1978.

⁶⁹ Voor bijzonderheden, zie M. Lutter en N.R. Banerjea, *Haftung wegen Existenzvernichtung*, ZGR 2003, 402-440.

⁷⁰ Met name opgeheven door de wet van 6 maart 1973 (invoering van de eerste EG vennootschapsrichtlijn).

Dit zal bv. het geval zijn wanneer iemand om zich aan zijn schuldeisers te onttrekken, een vennootschap opricht om aldaar onroerende goed weg te bergen, zich zelf het woonrecht toekent, enz⁷¹. Maar het loutere feit dat er een moeder dochter verhouding bestaat, is niet voldoende om tot doorbraak te besluiten.

De gevallen van doorbraak zijn in de rechtspraak in België zelden, en in de regel is dit niet de enige verklaring

40. Nauw verwant met de doorbraak is de verklaring dat wanneer een aandeelhouder, of eventueel zelfs een derde een vennootschap gebruikt om er doelstellingen mee te bereiken, die rechtstreeks niet te bereiken waren spreekt men soms van misbruik van rechtspersoon. In de regel gaat het om een schuldenaar die zich achter een vennootschap verbergt om aldus aan zijn schuldeisers te verbergen. Deze casus werd opgelost aan de hand van diverse technieken, waaronder de doorbraak.

Het begrip dat misbruik wordt gemaakt van een juridisch instituut moge enigszins verwonderlijk lijken. Misbruik van een subjectief recht is bekend, en wordt in de rechtspraak gesanctioneerd. Overigens is misbruik van rechtspersoon in de regel misbruik van de aansprakelijkheidbeperking, die dan terzijde wordt geschoven. De vraag rijst of het recht, teneinde het ongewenste rechtsgevolg te verwijderen, tot de opheffing van de gehele structuur van de rechtspersoonlijkheid moet overgaan, dan wel enkel de ontdoken voorschrift terug in ere moet stellen. Aldus zal diegene die zijn risico wil beperken door een vennootschap op te richten om aldus systematisch aan zijn schuldeisers te ontkomen, gesanctioneerd moeten worden, niet door de rechtspersoon in zijn geheel ter zijde te schuiven, maar door de aansprakelijkheid wel aan hen toe te rekenen. Bij nader toezien geeft men aldus rechtgevolg aan de werkelijke rechtsverhouding, boven de voorgewende.

7. Bijzondere wettelijke instrumenten

41. De vennootschapswet bevat nog enkele instrumenten die in deze context van belang kunnen zijn, omdat zij leiden tot aansprakelijkheid aan de moedervernootschap. De oprichtersaansprakelijkheid, vooral wegens ontoereikend aanvangskapitaal en de bestuurdersaansprakelijkheid wegens kennelijk grove fout, op voorwaarde dat de andere vennootschap, in rechte of in feite bestuurder is van de failliete vennootschap, zijn twee bekende instrumenten. In het geval van de bestuursaansprakelijkheid dient wel overgegaan tot toerekening aan de moedervernootschap, nu de aansprakelijkheid alleen de bestuurder treft. Dit zal het geval kunnen zijn wanneer de moedermaatschappij als rechtspersoon deel uitmaakt van het bestuur van de dochter, of wat meer waarschijnlijk is, wanneer de moedermaatschappij als feitelijk bestuurder zal worden aanzien. Dit laatste zal hoofdzakelijk in feite geanalyseerd moeten worden en het gevolg zijn van de diepe inmenging van de moeder in het bestuursproces van de dochter. Indien de dochter zich in financiële moeilijkheden bevindt is deze hypothese niet denkbeeldig.

3. Besluit

42. In dit kort overzicht van de regelen van groepsrecht werd stilgestaan bij twee van de kernproblemen van het groepsrecht: de interne organisatie en de aansprakelijkheid tegen over

⁷¹ Zie Druey en Vogel, nt. , 35, 63 (Port Pregny , B. Cornfeld); ook: Parijs, 16 november 1993, Bull. Joly, 1994, 73, nt. Diener.



derden. Hiermee is slechts een deel van de materie behandeld. Het groepsrecht heeft belangrijke vertakkingen in het strafrecht, in het concurrentierecht vooral Europees, in het boekhoudrecht, in het individueel en collectief arbeidsrecht, in het financieel toezichtrecht om slechts enkele gebieden te vermelden.

Het groepsrecht heeft zich over de laatste veertig jaar met grote soepelheid ontwikkeld. Ook in de andere Europese landen ontstaat stilaan een toenemend duidelijk beeld van de basisregelen van het groepswezen en de bijhorende rechtsregeling. De creatieve rol van de rechtspraak heeft zich hier ten volle ontplooid. Of over enige tijd kan worden overwogen bepaalde materies aan Europese harmoniseringwerkzaamheden te onderwerpen, werd door sommige auteurs bepleit⁷² Grote omzichtigheid is geboden: het gevaar is niet denkbeeldig dat wetgeving de creatieve jurisprudentiële ontwikkelingen zou komen te verlammen. In afwachting dat het rechtssystemen voldoende in dezelfde richting zijn geëvolueerd, zou een Europese aanbeveling waarin “high level principles” zouden worden vooropgesteld die in de nationale rechtsorden moeten worden nageleefd het weze in de wet of in de rechtspraak, valt wellicht te overwegen.

⁷² Zie K.J. Hopt, nt.1.

Financial Law Institute

The **Financial Law Institute** is a research and teaching unit within the Law School of the University of Ghent, Belgium. The research activities undertaken within the Institute focus on various issues of company and financial law, including private and public law of banking, capital markets regulation, company law and corporate governance.

The **Working Paper Series**, launched in 1999, aims at promoting the dissemination of the research output of the Financial Law Institute's researchers to the broader academic community. The use and further distribution of the Working Papers is allowed for scientific purposes only. Working papers are published in their original language (Dutch, French, English or German) and are provisional.