

PROACTIEF ONDERNEMINGSRECHT

PROACTIEF ONDERNEMINGSRECHT

Joeri VANANROYE
John-John ACKAERT
VLAAMS PLEITGENOOTSCHAP BIJ DE BALIE TE BRUSSEL
(eds.)



Antwerpen – Cambridge

Proactief ondernemingsrecht

Joeri Vananroye, John-John Ackaert en Vlaams Pleitgenootschap bij de balie te Brussel (eds.)

© 2013 Intersentia
Antwerpen – Cambridge
www.intersentia.be

ISBN 978-94-000-0412-2

D/2013/7849/48

NUR 822

Alle rechten voorbehouden. Behoudens uitdrukkelijk bij wet bepaalde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt, op welke wijze ook, zonder de uitdrukkelijke voorafgaande toestemming van de uitgever.

VOORWOORD

Over hypochondrie, bijziendheid en klevrige regels

1. Traditioneel besteedt de doctrine vooral aandacht aan de regels van dwingend recht (wat moet of mag net niet?) en de regels van aanvullend recht (wat geldt indien er niets afwijkends werd bepaald?).

Dit is niet de insteek van dit boek.

Tien *iuris prudentes* (afgeleid van *providere*, vooruitzien) onderzoeken hoe in het ondernemingsrecht de vrije ruimte binnen de grenzen van het dwingend recht proactief en creatief kan worden ingekleurd.

De auteurs – een mix, vaak in dezelfde persoon, van jonge honden en gevestigde waarden, academici en praktizijnen – geven daarbij concrete tips om in commerciële en vennootschapsrechtelijke verhoudingen op problemen te anticiperen en ze, waar mogelijk, te voorkomen.

Naast praktische richtlijnen en enkele concrete clausules voor factuurvoorwaarden (BALLON en VANDORMAEL), wordt gekeken hoe een partij in een commerciële overeenkomst kan anticiperen op een overname (GOOSSENS en HOUBEN) of het faillissement, de reorganisatie en de vereffening van haar tegenpartij (DELWICHE en STORME).

In de vennootschapssfeer wordt onder meer onderzocht hoe de regels in het W.Venn. of standaardstatuten kunnen worden gewijzigd en/of aangevuld voor het gebruik van een vennootschap als samenwerkingsvorm tussen enkele partijen (FRANÇOIS en VAN RIE).

Daarbij worden in het bijzonder ook concrete suggesties gedaan om tegemoet te komen aan de hiaten in en problemen met de wettelijke regels inzake de vennootschappelijke geschillenregeling (Tas) en de samenhang tussen stemkracht en economische inbreng in de NV (CLOTTENS).

2. In dit boek zijn er dan ook geen verblindende rechtsgeleerde pirouettes, waarbij een onbevredigende regel of precedent wordt beantwoord door een nóg fijnere interpretatie of een nieuwe theorie op de bestaande hoop te smijten; waardoor de rechtsonzekerheid, en dus de onbevredigdheid, enkel maar groter wordt.

Professor Herman Cousy, de voorzitter van de studiedag waaraan dit boek ontsproten is, sprak in dit verband in 2011 van “een zichzelf mateloos kopiërende

juridische doctrine”¹ In hetzelfde werk wordt Professor Jan Ronse in herinnering gebracht, die tot het besef gekomen was dat moeilijke juridische problemen soms eenvoudiger kunnen worden opgelost door een relatief kort wetsartikel dan door jaren noeste arbeid als auteur.²

De auteurs van dit boek trekken dit inzicht door naar private rechtsvorming door contracten, statuten of factuurvoorwaarden.

Ze beantwoorden daarmee aan een nobele roeping van de jurist. De Nederlands magistraat en hoogleraar J.B.M. Vranken drukt het zo uit: “[K]enmerkend voor juristen vind ik dat ze tot het slag mensen behoren dat talent heeft om van toekomstige gebeurtenissen onmiddellijk de meest desastreuze afloop voor de geest te halen, liefst meer dan levensecht. Een jurist die een contract opstelt of iets moet regelen voor de toekomst dient te denken in rampenscenario’s: wat kan er verkeerd gaan en voor wiens risico komt dat? In het dagelijks leven kan men met deze eigenschap al snel in het psychisch hulpverleningscircuit belanden, maar in het juridische houdt de mate van hypochondrie gelijke tred met de deskundigheid als jurist: hoe erger, hoe beter.”³

De functionele hypochondrie van de auteurs van dit boek maakt dat wie als adviseur in aanraking komt met de ondernemingspraktijk (zoals advocaten, notarissen, bedrijfsjuristen of cijferberoepen) lichter door het leven kan stappen.

De kwaliteit van deze bijdragen toont daarbij aan dat een welbegrepen pragmatische aanpak hand in hand kan (nee: moet) gaan met academische diepgravendheid. De auteurs weerleggen hierdoor al doende één van de meest hardnekkige en schadelijke gemeenplaatsen in het Frans/Belgische rechtsdenken, dat van de vermeende tegenstelling tussen een academische en een pragmatische benadering. Net als een academische benadering vereist een pragmatische aanpak *out of the box* denken en een hardnekkige weigering om te blijven stilstaan bij de grenzen van een bestaande oplossing in het handboek (of de afwezigheid daarvan). De problemen in de praktijk stoppen immers evenmin bij die grenzen.

3. Een proactieve benadering behoedt de, van nature uit casusgerichte, jurist daarmee voor bijziendheid omtrent de werking van (wettelijke of private) regels. De *ex post* casusgerichte benadering van problemen – hoe relevant en interessant ook – leidt tot excessieve benadrukking van de pathologie van regels, die gevallen waar het misloopt en partijen een geschil voor de rechter brengen.

Hoe regels *ex ante* het gedrag van hun adressaten en anderen beïnvloeden, blijft hierdoor onderbelicht. Goede regels, die het gewenste resultaat verkrijgen en door hun duidelijkheid zelden leiden tot geschillen, krijgen daardoor ook niet de aandacht die ze verdienen of worden zelfs als irrelevant afgedaan. Opnieuw

¹ H. COUSY, “Een korte hommage aan Jean-Marie Nelissen Grade ter gelegenheid van zijn emeritaat” in *Quid leges sine cogitatione*, Kalmthout, Biblo, 2011, 125.

² J.-M. NELISSEN GRADE, “Repliek” in *Quid leges sine cogitatione*, 115.

³ J.B.M. VRANKEN, *Algemeen deel: een repliek*, in *Asser-Serie*, Kluwer, Deventer, 2005, p. 7, nr. 8.

Vranken: “Pas als er iets is misgegaan, vinden juristen het interessant.” Kommer en kwel voorkomen wordt ondergewaardeerd.

Eén voorbeeld uit het vennootschapsrecht om dit te illustreren.

Bij een bespreking van de Europese harmonisatie wordt soms makkelijk smalend gedaan over de verwezenlijkingen van de Eerste Richtlijn. Openbaarmaking en hoe derden daar kunnen op vertrouwen; het beperken van de middelen van aanvechtbaarheid van vertegenwoordigingshandelingen of, godbetert, de beperking van de gevallen en de effecten van nietigheid, is dàt waar Europa zich heeft mee bezig gehouden, luidt het dan al snel. Het hoofdbewijs van het mineur belang van deze regels? Nietigheid van vennootschappen of niet-tegenwerpelijke van vertegenwoordigingshandelingen komt toch bijna nooit voor in rechterlijke uitspraken!

De jurist die al eens een *legal opinion* heeft moeten afleveren – of de cliënt die hiervoor de ereloonnota heeft gekregen – over de afdwingbaarheid van een verrichting namens een vennootschap die niét valt onder het regime van de Eerste Richtlijn (bv. een maatschap), zal echter de weldaden van deze regels appreciëren. Een waslijst assumpties, uitzonderingen en caveats wordt door de zekerheid waarmee het vennootschapsrechtelijk publiciteitssysteem is omgeven, gereduceerd tot een beperkt aantal en eenvoudig te beantwoorden vragen. Dat deze regels zelden of nooit tot uitspraken leiden, bewijst net dat ze trefzeker en goedkoop hun doel bereiken.

Regels omtrent de niet-tegenwerpelijke van beperkingen en nietigheidsgronden worden door de bijziende jurist misbegrepen als louter ter bescherming van derden die met de vennootschap handelen. Daarnaast, en misschien zelfs in de eerste plaats, zijn deze regels ook in het belang van de vennootschap zelf. Zij faciliteren het optreden van een rechtspersoon in het rechtsverkeer. Derden zullen hierdoor immers minder snel de bevoegdheid van de vertegenwoordiger in vraag stellen en kunnen makkelijker een legitimatie krijgen.

Die bijziendheid is niet onschuldig. Wie deze regels vooral ziet als derdenbescherming, zal ook makkelijk uitzonderingen aanvaarden als die derde minder beschermingswaardig lijkt, bv. bij kennis of vermoede kennis van bevoegdheidsbeperkingen. Hierdoor sluipt de onzekerheid echter weer binnen en riskeert de, veel belangrijker, faciliterende functie van deze regels te worden onderuitgehaald.

4. Een andere verdienste van de auteurs is dat ze erin slagen om de rechtsgebruikers los te weken uit de inertie van standaardregels onder de vorm van regels van aanvullend recht of gebruikelijke modellen.

Moderne literatuur spreekt van ‘kleverige’ (*sticky*) regels: de menselijke psychologie, sociale normen en de dynamiek van onderhandelingen (waar ongebruikelijke voorstellen argwaan en tegeneisen oproepen) brengen met zich mee dat partijen vaak blijven plakken bij de standaardregels, zelfs waar een andere regel in het voordeel van beide partijen zou zijn en zonder veel bijkomende kosten kan

worden opgesteld.⁴ De auteurs Omri Ben-Shahar (University of Chicago) en John Fottow (University of Michigan) zeggen het zo: “*It is sometimes cheap and desirable to offer terms that differ from the default rules or the standard terms used in the market. But the proposal of new and otherwise unfamiliar terms may also raise suspicions and scare away potential counterparties. Default rules and the standard boilerplate terms may stick more than we think, and more than they should.*”⁵

Een creatieve doctrine die alternatieve regels helder uitlegt, kan daarbij partijen faciliteren om het gewicht van een ongewenst regulatorisch *status quo* te overwinnen.

In de aanhef van een boek uitgegeven onder de auspiciën van het Vlaams Pleitgenootschap bij de balie te Brussel zal het daarbij vergeven worden dat wij durven te stellen dat de advocaat, door de partijdige en adversaire aard van zijn taak, daarbij een onmisbare rol te vervullen heeft.

Joeri VANANROYE

⁴ Zie bv. O. BEN-SHAHAR en J.A.E. FOTTOW, “On the stickiness of default rules”, *Florida State University Law Review*, 2006, 651

⁵ *Ibid.*, 682.

INHOUD

<i>Voorwoord</i>	v
Creatief met factuurvoorwaarden	1
Gabriël Luc BALLON en Karel-Jan VANDORMAEL	
1. De zin en onzin van factuurvoorwaarden	1
2. Praktische tips bij het opstellen van factuurvoorwaarden.....	6
2.1. Leesbaarheid en ondubbelzinnigheid	6
2.2. Onderscheiden algemene voorwaarden voor consumenten en andere economische actoren	9
2.3. De taal van de factuurvoorwaarden	16
2.3.1. De taal van de factuurvoorwaarden bij nationale transacties	16
2.3.2. De taal van de factuurvoorwaarden bij internationale transacties.....	21
3. Enkele nuttige clauses in factuurvoorwaarden	23
3.1. Bewijsclauses	23
3.1.1. Algemeen	23
3.1.2. Specifieke clauses	26
3.1.2.1. Kennisname- en/of aanvaardingsbeding	26
3.1.2.2. Vierhoekenbeding.....	29
3.1.2.3. “No oral modification”-beding	33
3.1.2.4. Boekenbeding.....	37
3.1.2.5. Uitsluitingsclause.....	38
3.1.2.6. Andere bewijsclauses	40
3.2. Clause houdende toepasbaarheid van de summiere rechtsplegingsprocedure.....	42
3.3. Schuldvergelijkingbeding (contractuele schuldvergelijking)	45
3.4. Afscheidingsclause	48
3.5. Wijzigingsclauses	49
3.6. Clause houdende de plaats en het tijdstip van betaling	50
3.7. Klachtenclause.....	52

Hoe op het faillissement, de reorganisatie of de vereffening van de tegenpartij anticiperen in commerciële overeenkomsten? 55

Tom DELWICHE en Matthias E. STORME

1.	Inleiding.	55
2.	Anticipatie door informatie- en controlerechten	57
2.1.	Anticipatie op de samenloop bij distributiecontracten, i.h.b. franchising	57
2.2.	Situatie van de pandhouder	60
2.2.1.	Huidige situatie	60
2.2.2.	Toekomstig recht na inwerkingtreding van de wet tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de zakelijke zekerheden op roerende goederen betreft en tot opheffing van diverse bepalingen ter zake	61
2.3.	Andere “bewarende maatregelen” om onder controle te houden . .	63
3.	Anticipatie door modalisering.	64
3.1.	Algemene beginselen bij samenloopsituaties	64
3.1.1.	Fixatiebeginsel.	64
3.1.2.	<i>Paritas creditorum</i> en executieverbod bij samenloop (als relatieve principes)	64
3.1.3.	Beschikkingsonbevoegdheid	66
3.2.	Frequent gebruik van allerhande samenloopvermijdende clausules in de praktijk	66
3.3.	Argumenten voor de toelaatbaarheid van samenloopvermijdende clausules.	69
3.4.	Ontbindende voorwaarde in geval van faillissement, gerechtelijke reorganisatie of vereffening van de vennootschap . .	72
3.4.1.	Omschrijving	72
3.4.2.	Rechtsgeldigheid en zakelijke werking	72
3.4.2.1.	Verbintenisrechtelijke geldigheid	72
3.4.2.2.	Zakenrechtelijke werking	74
3.4.2.2.1.	Algemeen.	74
3.4.2.2.2.	Publiciteit	76
3.4.3.	Toepassingen	79
3.4.3.1.	Algemeen.	79
3.4.3.2.	Wet Financiële Zekerheden	80
3.4.3.3.	Een mogelijke oplossing voor het samenlooprisico van de cloudprovider?	80
3.4.3.4.	Samenlooprisico bij middellijke vertegenwoordiging	82
4.	Conclusie	82

Anticiperen op overnames in commerciële overeenkomsten 85
Capita selecta van relevante clausules

Nico GOOSSENS en Robby HOUBEN

1.	Inleiding en afbakening	85
2.	Controlewijzigingsclausule	87
2.1.	Omschrijving	87
2.2.	Ratio	88
2.3.	Werking	89
2.3.1.	De controlewijzigingsclausule geconcipieerd als beschermingsconstructie	89
2.3.2.	Commercieel controlewijzigingsbeding	90
2.4.	Geldigheid en tegenwerpelijkeit	91
2.4.1.	Artikel 556 W.Venn.	91
2.4.2.	Toepassingsgebied <i>ratione personae</i>	92
2.4.3.	Toepassingsgebied <i>ratione materiae</i>	92
2.4.3.1.	Eerste twistpunt: draagwijdte verplichte goedkeuring door de algemene vergadering	93
2.4.3.2.	Neerlegging en publicatie	96
2.4.4.	Bijzonder vraagstuk: controlewijziging op het niveau van de moeder	97
2.4.5.	De materiële voorwaarden voor de geldigheid van een controlewijzigingsbeding	97
2.4.5.1.	De goedkeuring door de algemene vergadering	97
2.4.5.2.	Neerlegging en publicatie	98
2.4.6.	Sanctie bij overtreding van artikel 556 W.Venn.	98
2.5.	Sanctie bij overtreding van een controlewijzigingsbeding	99
3.	Overdrachtsbeperkingen en contractuele volgrechten en -plichten	100
3.1.	Omschrijving	100
3.1.1.	Onoverdraagbaarheidsclausule	101
3.1.2.	Goedkeuringsclausules	103
3.1.3.	Voorkoopclausule	104
3.1.4.	Volgrechten en volgplichten	105
3.2.	Ratio	106
3.2.1.	Onoverdraagbaarheidsbeding	106
3.2.2.	Goedkeurings- en voorkoopclausules	107
3.2.3.	Volgrechten en -plichten	107
3.3.	Werking	108
3.4.	Geldigheid en tegenwerpelijkeit	108
3.4.1.	Inleiding	108
3.4.2.	Vennootschapsrechtelijke geldigheid van onoverdraag- baarheids-, goedkeurings- en voorkoopclausules	109

3.4.2.1. Toepassingsgebied van artikel 510 W.Venn.....	109
3.4.2.2. Geldigheidsvereisten voor onoverdraag- baarheidsbedingen	110
3.4.2.3. Vereisten voor goedkeurings- en voorkoop- clausules	111
3.4.2.4. Bijzondere regeling in het raam van een openbaar bod	112
3.4.2.5. Sanctie: nietigheid	112
3.4.3. Tegenwerpelijkheid van onoverdraagbaarheids-, goedkeurings- en voorkoopclausules	113
3.5. Sanctie bij overtreding	115
3.5.1. Overdrachtsbeperkingen	115
3.5.2. Volgrechten en -plichten	115
4. Anti-verwateringsclausules	116
4.1. Omschrijving	116
4.2. Ratio	118
4.3. Werking	118
4.4. Geldigheid en tegenwerpelijkheid	118
4.5. Sanctie bij overtreding	119
Bijlage: voorbeelden van contractclausules	120
Pro-actief vennootschapsrecht: creatief met statuten	133
Alain FRANÇOIS en Ward VAN RIE	
Inleiding	133
1. Wilsautonomie in het vennootschapsrecht? Wel willen, maar niet kunnen?	135
1.1. Wat is wilsautonomie?	135
1.2. (Relatieve) ruimte voor wilsautonomie in het vennoot- schapsrecht?	137
2. Statutaire creativiteit in de naamloze vennootschap: binnen welke perken?	151
3. Creativiteit geïllustreerd: minderheidsinspraak in de “niet-publieke” naamloze vennootschap	156
3.1. Inleiding	156
3.2. Statutaire ingrepen in de wettelijke bestuursbevoegdheden	158
3.2.1. Wettelijke bevoegdheidsverdeling tussen de algemene vergadering en de raad van bestuur	158
3.2.2. Statutaire inperking van de residuaire bevoegdheid van de raad van bestuur	159
3.2.2.1. De statutaire toewijzing van bestuursbevoegd- heden aan de algemene vergadering	159

3.2.2.2. De verstrenging van de aanwezigheids- en meerderheidsquora in de AV	161
3.2.2.2.1. Wettelijke regeling	161
3.2.2.2.2. Statutaire afwijking van de aanwezigheids- en meerderheidsquora van de AV	163
3.2.2.2.3. Voorbeeldclausule	165
3.3. Statutaire ingrepen in de wijze waarop bestuurders worden benoemd	166
3.3.1. Benoeming van de raad van bestuur	166
3.3.1.1. Statutaire afwijkingen op het vrije voordrachtrecht	167
3.3.1.1.1. Algemeen	167
3.3.1.1.2. Bekwaamheidsvereisten	167
3.3.1.1.3. Het bindende voordrachtrecht	168
3.3.1.2. Afwijking op de stemming per mandaat – het cumulatief stemrecht	173
3.3.1.3. Afwijking van de benoeming van bestuurders bij meerderheid	174
3.3.2. Ontslag van de bestuurders	175
3.4. Statutaire modulering van de besluitvorming in de raad van bestuur	176
3.4.1. Algemene werking van de raad van bestuur	176
3.4.2. Statutaire afwijkingen	177
3.4.2.1. Wijzigingen aan het aanwezigheids- en meerderheidsquorum	177
3.4.2.2. Het meervoudige stemrecht	179

Conventionele mechanismen voor de beslechting van conflicten tussen aandeelhouders. Hoe anticiperen op de toepassing van de wettelijke geschillenregeling (uitsluiting en uittreding) in statuten of aandeelhoudersovereenkomsten?

Robbie TAS

1. Probleemstelling	181
2. Geldigheid van voorafgaande afspraken in het licht van het dwingend karakter van de geschillenregeling?	183
3. Verplichte naleving van een alternatief conflictbeslechttings-mechanisme resp. van een voorafgaande bemiddelingsprocedure	185
4. Clausules m.b.t. de prijsbepaling	187
4.1. Algemene prijsbepalingsclausules	187
4.2. Clausules specifiek geschreven met het oog op de geschillenregeling	189

4.2.1. Mogelijke elementen die kunnen worden geregeld	189
4.2.2. De peildatum: recente jurisprudentiële evolutie	190
4.2.3. Mogelijke opties voor de prijsbepaling	194
4.2.4. Is een conventionele prijsbepaling bij toepassing van de geschillenregeling bindend voor de rechter?	195
5. Statutaire invulling gegronde redenen/“good leaver–bad leaver” clausules	198
6. Clausules over de gevolgen van de geschillenregeling	202
6.1. Bevrijding van zekerheden	203
6.2. Aanzuivering van de rekening-courant van de overlater (of andere vorderingen/schulden) t.a.v. de vennootschap	203
6.3. Bepalingen over niet-concurrentie door de overlater	203
7. Voorbeeldclausule	204
Hoe stemkracht en economische inbreng ontkoppelen in de NV?	211
Carl CLOTTENS	
Inleiding	211
1. Afwijkende statutaire toemeting van stemrecht	216
1.1. Proportionaliteit van stemrecht en inbreng	216
1.2. Uitzonderingen	216
1.2.1. Aandelen met ongelijke waarde en/of volstortingsgraad	217
1.2.2. Aandelen zonder stemrecht	220
1.2.3. Winstbewijzen	222
1.2.3.1. Algemeen	222
1.2.3.2. Stemrecht	224
1.2.3.3. Andere lidmaatschapsrechten	226
1.2.3.4. Conversie van winstbewijzen in kapitaalaandelen	227
1.2.4. Uitgiftepremie	228
1.2.5. Stemkrachtbeperking	231
2. Afwijkende regelingen met betrekking tot de uitoefening van stemrecht	235
2.1. Verbod van autonome overdracht van stemrecht	235
2.2. Afwijkingen	237
2.2.1. Stemvolmachten	237
2.2.1.1. Algemeen	237
2.2.1.2. Handelingsbekwaamheid van de lastgever bij onherroepelijke stemvolmacht	239
2.2.1.3. Voorwerp en duur van de stemvolmacht	240
2.2.1.4. Eigen belang van de lasthebber bij onherroepelijke stemvolmacht	240
2.2.1.5. Beperkingen van stemvolmachten in publieke vennootschappen	241

2.2.2.	Stemovereenkomsten.....	242
2.2.2.1.	Algemeen.....	242
2.2.2.2.	Duur van de stemovereenkomst.....	243
2.2.2.3.	Voorwerp van de stemovereenkomst.....	244
2.2.2.4.	Hoedanigheid van de tegenpartij.....	244
2.2.2.5.	Aard van de tegenprestatie.....	245
2.2.3.	Verzaking aan stemrecht.....	247
2.2.4.	Andere overeenkomsten.....	248
2.2.4.1.	Vruchtgebruik.....	248
2.2.4.2.	Inpandgeving.....	249
2.2.4.3.	Andere benoemde overeenkomsten.....	250
2.2.4.4.	Tijdelijke of voorwaardelijke eigendomsoverdracht.....	250
3.	Afwijkende regelingen met betrekking tot economisch risico.....	251
3.1.	Verbod van autonome overdracht van economisch risico?.....	251
3.2.	Toepassingsgebied van artikel 32, lid 2 W.Venn.	254
3.2.1.	Artikel 32, lid 2 W.Venn. verbiedt slechts volledige verliesvrijstelling van een vennoot.....	254
3.2.2.	Toepassing van artikel 32, lid 2 W.Venn. <i>ratione temporis</i> .	257
3.2.3.	Toepassing van artikel 32, lid 2 W.Venn. <i>ratione loci</i>	259
3.2.4.	Toepassing van artikel 32, lid 2 W.Venn. <i>ratione personae</i> .	259
4.	Institutionele ontkoppeling van stemrecht en economisch risico.....	261
4.1.	Holding.....	261
4.2.	Commanditaire vennootschap op aandelen.....	264
4.3.	Certificering.....	266
	Besluit.....	268

