

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

REDACTIE: RIDDER RENÉ VICTOR, HOOFDREDACTEUR

E. BOONEN, C. CAENEPEEL

REDACTIEADRES: PROF. MR. RIDDER RENÉ VICTOR, BRITSELEI 40, 2000 ANTWERPEN

DE WETSONTDUIKING IN HET FISCAAL RECHT VERGELIJKEND BENADERD

1. De moderne belastingwetgeving wijzigt zich voortdurend. Jaarlijks doen zich in deze branche van het recht aanzienlijke, belangrijke wijzigingen voor. Meer dan welke tak ook, is de belastingwetgeving genoodzaakt zich aan te passen.

Oorzaak van dit gewenste aanpassingsritme is gedeeltelijk het feit, dat het belastingrecht steunt op de conceptie van de sociale rechtsstaat, wat zich openbaart in een streven naar evenwichtige synthese tussen rechtvaardigheid en doelmatigheid¹. Deels is het te wijten aan het groot belang van budgettaire overwegingen, alsook aan louter economische en sociale motieven. Tenslotte – en dit belangt ons ter zake aan – is het aanpassingsritme het gevolg van een reactie van de wetgever ten opzichte van de belastingmentaliteit van de rechtsonderhorigen, die met allerlei middelen het door hem ontwikkelde en vooropgestelde "patroon van belastingheffing" trachten te ontwijken.

De belastingmentaliteit der contribuabelen in de diverse landen werd onder meer onlangs uitvoerig behandeld door A. Margairaz in zijn werk *La fraude fiscale et ses succédanés – Comment on échappe à l'impôt*². Specifiek wat België betreft, vertel ik geen groot nieuws, wanneer ik beweer, dat het ontduiken van belasting een onzer nationale sporten is! De desbetreffende uitslagen werden trouwens recent weergegeven door M. Frank³. De belastingontduiking en de fiscale onderschatting zouden in 1966 ten minste 29,6 miljard,

in 1970 ten minste 50,6 miljard bedragen (een verlies aan ontvangsten van 19 %).

Diverse verklaringen betreffende deze belastingmentaliteit werden naar voren gebracht.

J. Van Houtte ziet het o.m. als volgt: "Wanneer men de fiscale mentaliteit der Belgen wil kenmerken, dan is men het onder fiscalisten eens, dat zij antifiscaal zijn en dat zij de fiscale fraude in het bloed hebben.

In België zou fiscale oprechtheid gelijkgesteld worden met naïviteit: 'elles ne nuisent aucunement à la réputation de ceux qui les commettent'. De Belgen die gedurende eeuwen een vreemde bezetting gekend hebben, zouden bijzonder vijandig staan tegenover de overheid en haar fiscaliteit"⁴.

Deze verklaring is m.i. slechts gedeeltelijk juist. Andere landen, zoals bijvoorbeeld Frankrijk, dat geen noemenswaardige bezettingen kende, kan zich evenmin op een gezondere belastingmentaliteit beroepen.

Volgens C. Scailteur openbaarde deze fiscale mentaliteit zich in essentie in de loop van de negentiende eeuw, een periode van liberalisme en individualisme.

De overheidsuitgaven dienden in deze optiek tot een minimum gereduceerd. De belastingen zouden een nutteloze uitgave betreffen, een soort verzekeringspremie voor veiligheid en openbare rust. Ze moeten dan ook zo gering mogelijk zijn daar ze altijd een inbreuk vormen op het eigendomsrecht. "Voler l'Etat, ce n'est pas voler"⁵.

R. Henrion meent, dat deze belastingmentaliteit zelfs de Belgische administratie van belastingen besmet: "L'administration partage – plus au moins in-

¹ CH.P.A. GEPPAART, "De wetsontduiking in het belastingrecht", in *Speculum Langemeijer*, Tjeenk Willink, Zwolle, blz. 105-124.

² A. MARGAIRAZ, *La fraude fiscale et ses succédanés – Comment on échappe à l'impôt*, Collection de la nouvelle école de Lausanne, 1972. Zie ook C. CARDYN, "Le concept de fraude fiscale dans divers pays et les techniques utilisées pour le combattre", *R.F.*, 1969, 319 v.

³ M. FRANK, "Sous-estimation et fraude fiscale en Belgique – Evaluation pour 1970", Conférence donnée le 23 novembre 1971 à l'Institut belge de finances publiques.

⁴ J. VAN HOUTTE, *Aanvaarding van de rechtsnorm (elementen voor sociologie van de fiksaliiteit)* 1973, blz. 43, met verwijzing naar C. SCAILTEUR, *Le contribuable et l'Etat*, Brussel, 1961, blz. 91.

⁵ C. SCAILTEUR, werk met dezelfde titel als het in voetnoot 4 geciteerde maar van 1946, blz. 44 en 46.

consciemment – l'opinion générale qui ne veut à aucun prix assimiler les idées de fraude fiscale et de faute à punir"⁶.

Ofschoon deze zienswijze wellicht onjuist en onbevozen is, is het nochtans een feit – dit moet worden toegegeven – dat de belastingontduiker in de ogen van de publieke opinie een vrij sympathiek personage belichaamt⁷.

2. Vervolgens moet worden opgemerkt, dat er geen duidelijk verband blijkt te bestaan tussen omvang van belastingontduiking enerzijds en hoegrootheid van belastingdruk anderzijds. Daarover zegt J. Van Houtte: "In Nederland bedroeg in 1969 het percentage van de belastingen op de inkomsten en het vermogen 56.0. In dalende volgorde vinden wij Luxemburg 51.3, België 44.1, Duitsland 42.7 en Italië 34.0. Rekening houdend met de globale belastingheffing en het type van belasting, zou de belastingdruk in Nederland bijzonder zwaar worden ervaren en aanleiding geven tot bijzonder veel belastingontduiking. Gunstiger zou de toestand in Frankrijk en Italië zijn. Tussenin zouden Luxemburg, België en Duitsland liggen. Dit wordt echter tegengesproken door de omvang van de belastingontduiking en de fiscale onderschatting in deze respectievelijke landen"⁸.

3. Het lijkt geen twijfel, dat zich op het fiscaal terrein meer dan op welk ander gebied ook een krachterspel ontwikkelt, waarbij de persoonlijke belangen van het individu in botsing komen met doelstellingen van de overheid. Terecht volgens J. Matthijs: "Eeuwig antagonisme tussen algemeen welzijn en menselijk egoïsme"⁹. De doelstellingen van de overheid zijn er in se op gericht, de fiscale last zo billijk mogelijk onder alle belastingplichtigen te verdelen.

Actie brengt echter reactie met zich. In dit krachterspel vormt zich veelal de wil van de belastingplichtige om zijn te dragen last zo licht mogelijk te maken. Dit is de basis, de kracht die aanleiding geeft tot een ontwijkend gedragspatroon, inherent aan fiscale fraude.

Alle bevolkingslagen en -groepen wagen hier hun kans; de arbeiders (hun bijverdiensten), de landbouwers en middenstanders (voor de zogenaamde franjevoordelen), de grote zakenlui voor wat veilig in sommige buitenlandse belastingparadijzen werd ondergebracht en noem maar op...¹⁰

⁶ R. HENRION, *Le droit fiscal et les pénalités*, Congrès de criminologie, U.L.B., Brussel 1972, blz. 7 (geciteerd door Van Houtte; zie voetnoot 4).

⁷ E. LIBOIS, "Psychologie fiscale", *Rec. Gén.*, 18969.

⁸ VAN HOUTTE, *op. cit.*

⁹ J. MATTHIJS, "Wetsontduiking", openingsrede voor het Hof van Beroep te Gent op 15 september 1955, *R.W.*, 1955-56, 105-136.

¹⁰ Schrijver dezes verwijst naar zijn deel in het preadvies van 27 mei 1972 voor het XXVe Wetenschappelijk Vlaams Rechtscongres over "Het fiscaal regime der V.Z.W.", *R.W.*, 1971-72, 1713-1729, meer bepaald de inzake directe belastingen geciteerde "cases" (*ib.*, 1720-1724).

Daarbij komt dat de vindingrijkheid van de belastingplichtige meestal niet te onderschatten is.

4. Wanneer men nu de omvang van de fiscale fraude poogt te ramen en desbetreffend de navorsingswerken consulteert, vallen de aanzienlijke verschillen in deze ramingen onmiddellijk op.

Het spreekt vanzelf, dat het kwantitatief aspect sterk beïnvloed wordt door de wijze waarop de fiscale fraude wordt omschreven.

De literatuur is in dat opzicht niet steeds duidelijk¹¹.

Terecht stelt M.A. Kakebeeke de vraag¹² of een grotere vastheid in de terminologie niet zou kunnen bereikt worden, wanneer de begrippen "ontgaan" en "ontduiken" voor het fiscaal recht een zelfde inhoud zouden krijgen als die welke er in het civiele recht aan zouden toegekend. Een poging daartoe brengt haar tot het volgende onderscheid:

– Ongeoorloofde wijzen van belastingbesparing zijn:

(a) falsificaties, zoals onjuiste opgaven, verzwijgingen e.d.;

(b) ontduiking: de handeling wordt op kunstmatige wijze in een zodanige vorm gegoten dat ogenschijnlijk de belastingschuld niet bestaat. De vorm wijkt echter op zo ondergeschikte wijze af van de in de wet bedoelde handeling of toestand, de betrokkene bereikt zozeer het maatschappelijk gelijke effect als dat waarop het voorschrift van toepassing is, dat doel en strekking van dat voorschrift zouden worden verijdeld indien het voorschrift niet op de verrichte handeling of op de in het leven geroepen toestand toepasselijk zou zijn.

– Geoorloofde vormen zijn:

(a) vermijding: de betrokkene brengt een offer door bv. een zekere behoeftebevrediging achterwege te laten;

(b) ontgaan: het kiezen van een andere, goedkopere weg. Het gekunstelde van deze weg heeft in dit laatste geval niet te leiden tot de kwalificatie "ontduiking". Alleen dan wanneer de handeling in combinatie met het resultaat de betrokkene brengt in een praktisch gelijke toestand als die waarop het fiscale voorschrift betrekking heeft, is er sprake van ontduiking.

Precies omdat de meeste auteurs desbetreffend niet duidelijk omlijnen, – wat zij (M.A. Kakebeeke) wel doet –, eveneens omdat zij zelf terloops opmerkt, dat het niet onmogelijk is dat voor het fiscale recht, deze regels voor "verfijning vatbaar zijn", sluit ik mij voorlopig, doch onder alle voorbehoud bij haar stellingname aan.

¹¹ Vgl. H. SCHUTTEVÅER, "Belastingbesparing", voordracht in 1959 voor de belastingconsulentendag in Nederland, gepubliceerd in *F.E.D.*, 1959. Deze auteur constateert, dat er in Nederland weinig vastheid is in de terminologie wat de verschillende verschijningsvormen van belastingbesparing betreft.

¹² M.A. KAKEBEEKE, *Wetsontduiking*, diss. Leiden 1961, blz. 154.

Sommige schrijvers daarentegen zijn immers geneigd, iedere rechtshandeling die mede door fiscaal-rechtelijke overwegingen is beïnvloed als frauduleus te kenmerken.

Het kan dan ook, volgens Ch.P.A. Geppaart¹³, geen verwondering wekken dat het beeld der fiscale fraude aldus getekend, veelal verontrustend is. Een dergelijke al te ruime, te vage omschrijving, ziet meestal een zeer belangrijke regel over het hoofd, nl. de "belastingbesparing".

Deze regel houdt in, dat de belastingplichtigen in een vrije samenleving de rechtsnormen zo mogen kiezen, dat het aan belasting te betalen bedrag zo gering mogelijk is. De keuze van de "minst belaste weg" werd en wordt algemeen aanvaard.

De opvatting dat het "ontgaan" (ik verkies deze term boven "vermijden") van belasting rehtens geoorloofd is, steunt op een eeuwenoude traditie, definitief gevestigd onder het regime der feodale heffingen in Frankrijk, bestendigd door de Wet van 22 frimaire jaar VII (12 december 1798; *Bulletin des Lois*, nr. 248)¹⁴⁻¹⁵.

De belastingplichtige mag dus vrij op zulke wijze handelen, dat de belastingsschuld niet ontstaat. Zodra er van wettelijk geoorloofde methoden gebruik wordt gemaakt om tot belastingbesparing over te gaan, dient

¹³ GEPPAART, *op. cit.*, blz. 107.

¹⁴ H. SCHUTTEVÅER, "Bijdrage tot een theorie der wetsontduiking in het belastingrecht", inaugurale rede Utrecht 1956, *Fiscale monografieën*, geschrift nr. 7, blz. 34 v.

"Uitspraken als die van DUMOULIN (1500-1566) in zijn 'Coutume de Paris' en van zijn tijdgenoot D'ARGENTRÉ (1519-1566), volgens welke het de belanghebbenden vrij staat, uit verschillende mogelijkheden tot contracteren die te kiezen, welke zo min mogelijk tot feodale heffingen leidt, vinden steun in hetgeen blijktens het werk 'De retractu gentilitio' van TIRAQUEAU (1480-1558) als geldende opvatting werd aanvaard (...)

"En dezelfde leer klinkt door bij de Franse juristen der 17e en 18e eeuw als G. GUYOT (1694-1750) en A. BASNAGE (1616-1695) in zijn in 1678 verschenen verhandeling over de 'Coutume du pays et duché de Normandie'.

"Deze leer wordt ook bekrachtigd voor het regime na 1789 bij befaamde juristen als P. HENRION, DE PANSEY (1742-1829) en P. MERLIN (1754-1838). Deze leer werd voorgedragen door CHAMPIONNIÈRE en RIGAUD in hun ook hier te lande tot ver in de 19e eeuw gebruikte 'Traité des Droits d'Enregistrement', en wordt bevestigd door het 'Cour de Cassation' bij diverse 19e-eeuwse arresten."

Op zekere dag maakte Napoleon, die in een bepaald rechtsgeeding graag een beslissing verlangde "favorable aux intérêts du fisc mais contraire à la justice" aan Henrion (lid van het Cour de Cassation) zijn wens kenbaar door tussenkomst van de procureur-generaal Merlin. Henrions antwoord luidde: "Répondez à sa Majesté qu'il vaut mieux perdre un million que de voir la considération dont jouit la Cour de Cassation diminuer par une injustice."

Zie DUMOULIN, *Coutume de Paris*, art. 33, glosse 1, nr. 104, glosse 2, nr. 19; D'ARGENTRÉ, *Coutume de Bretagne*, art. 73; POTHIER, *Traité des fiefs*, 2e deel, hfst. 1, sect. II, art. 1.

¹⁵ Minst belaste weg; zie o.m. Hof Luik, 28 november 1961, *Rec. Gén.*, 20.494; Hof Luik, 21 december 1961, *Rec. Gén.*, 20.484; Cass., 6 juni 1961, *Pas.*, 1961, I, 1082.

men, om begripsverwarring en suggestieve gevolgtrekkingen te voorkomen, niet te spreken van fiscale fraude¹⁶.

5. Ook met het begrip "wetsontduiking of fraus legis" en wat daaronder moet worden verstaan, dient zeer voorzichtig gehandeld.

In tegenstelling met hetgeen men op het eerste gezicht zou verwachten, is het begrip zeer eng.

Het woord "fraus" kan immers uitgelegd worden als "bedrog", nl. bedrog tegenover de wet. Maar dit bedrog kan op diverse wijzen gepleegd worden en deze ruime betekenis dient gedistilleerd.

In de meest ruime zin kan men daaronder samenvatten "alle rechtshandelingen die erop gericht zijn resultaten te bereiken welke de wet niet wil". De belastingplichtige die een dergelijk doel tracht te bereiken kan hetzij min, hetzij meer geraffineerd te werk gaan. Hij kan rehtens ontoelaatbare middelen gebruiken zoals verzwiigen, valse verklaringen. Hij kan het echter ook proberen met in se geoorloofde middelen, waarbij hij evenwel door kunstmatige voorstellingen, conclusies, ongebruikelijke omzettingen of verdraaiingen, zodoende de "wettelijke bepalingen tracht te omzeilen".

Het ligt voor de hand, dat het dit laatste beperkte begrip is, dat als "uitgangspunt" dient genomen¹⁷.

6. De wetsontduiking moet echter wel onderscheiden worden van de simulatie.

E. Meijers¹⁸ schreef: "De wetsontduiking moet onderscheiden worden van de gesimuleerde handeling. Bij simulatie is een geestelijk voorbehoud aanwezig; partijen willen niet hetgeen zij voorwenden te willen; bij wetsontduiking wensen partijen volkomen hetgeen zij verklaren; het effect der verklaringen is echter, dat het door een wetsvoorschrift verboden gevolg wordt bereikt of benaderd¹⁹."

¹⁶ GEPPAART, *op. cit.*, blz. 107.

¹⁷ Vgl. KAKEBEEKE, *op. cit.*, blz. 93 en 94.

¹⁸ E. MEIJERS, "Misbruik van recht en wetsontduiking", in *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen*, I, blz. 65-66.

¹⁹ Vgl. KAKEBEEKE, *op. cit.*, blz. 93. Zij wijst op de grote verdienste van O. BÄHR, *Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen*, Leipzig 1883, die reeds in de vorige eeuw, toen men ter aanduiding van simulatie nog niet een zuiver psychologische maatstaf aanlegde, het verschil tussen gesimuleerde handelingen en ontduikingshandelingen zuiver formuleerde en de aandacht erop vestigde, dat ontduikingshandelingen in tegenstelling tot gesimuleerde handelingen werkelijk en ernstig gewild zijn.

Het onderscheid werd eveneens nauwgezet behandeld door J. MATTHIJS, "Wetsontduiking": "Simulatie vereist dus dat, door een afwijking tussen wil en verklaring, de schijn wordt gewekt alsof partijen een bepaalde overeenkomst hebben verricht - de schijnhandeling - terwijl zij in het geheim hun rechtsverhouding anders hebben geregeld dan uit deze schijnhandeling kan worden opgemaakt. Bij simulatie willen partijen de rechtsgevolgen van hun rechtshandelingen niet doen ontstaan; zij maken slechts openbaar wat zij niet willen; het werkelijk gewilde pogen zij aan het oog van de buitenwereld te onttrekken" (*R.W.*, 1955-56, 110-111, nr. 11).

G. Römer²⁰: "Gesetzesumgehung und Scheingeschäft oder Simulation sind klar voneinander zu scheiden. Simulation bedeutet, dass jemand im Einverständnis mit seinem Erklärungsgegner etwas erklärt, was er im Ernst nicht will... Anders die Gesetzesumgehung. Sie ist keine Verhüllung fehlenden Geschäftswillens.

Wer ein Umgehungsgeschäft vornimmt, will im Ernst das was er erklärt..."

M. Renauld²¹: "La fraude à la loi suppose la réalité de l'acte incriminé. Ne constitue pas une fraude à la loi, au sens strict du terme, le recours à des actes simulés en vue de cacher sous une apparence licite, une opération prohibée."

Bij wetsontduiking gaat het derhalve niet – anders dan men wellicht zou denken, aldus Ch.P.A. Gepaart – om het bestrijden van schijnhandelingen. Daarvan is sprake wanneer de gekozen rechtsvorm steunt op een voorgewende economische werkelijkheid. Bij wetsontduiking daarentegen gaat het om gevallen waarin de gekozen vorm met het werkelijk economisch gebeuren geheel in overeenstemming is, zodat niet wordt getracht de economische werkelijkheid door rechtsnormen te versluieren. De bestrijding van schijnhandelingen in het fiscaal recht kan trouwens plaatsvinden langs de weg van de fiscaalrechtelijke kwalifikatie van de werkelijke – feitelijke – grondslag^{22, 23}.

7. Een andere rechtsfiguur, verwant aan, doch te onderscheiden van wetsontduiking is "misbruik van recht".

E. Meijers beschrijft beide leerstukken naast elkaar als volgt: "Bij rechtsmisbruik wordt een door de wet verleend *subjectief recht* of *subjectieve bevoegdheid* ingeroepen, doch wordt de handeling als onrechtmatig beschouwd wegens het nadeel dat men andere personen in de uitoefening van hun *subjectieve rechten* of bevoegdheden toebrengt.

Bij wetsontduiking geschiedt hetzelfde ten aanzien van het *objectieve recht, de wet*: enerzijds wordt beweerd dat men niets anders doet dan het *objectieve recht, de wet* toepassen; anderzijds wordt de handeling als onrechtmatig beschouwd wegens de uitwerking dezer toepassing *ten opzichte van andere wettelijke voorschriften*, wier doel verijdeld wordt²⁴."

Ten einde de grenzen van deze studie niet te overschrijden besluit ik desbetreffend met M.A. Kakebeeke, verwijzende naar F.G. Scheltema²⁵, die overigens

het bestaansrecht van het begrip "misbruik van recht" ontkent. Hij stelt bij zijn onderzoek naar dit bestaansrecht voorop, dat in de term "misbruik van recht" het woord "recht" de betekenis heeft van subjectief, niet van objectief recht²⁶.

8. Tenslotte is het evident, dat wetsontduiking een totaal ander gebied bestrijkt dan wetsschennis. Terwijl onder wetsschennis een "directe" aantasting van de wet dient te worden verstaan, vormt wetsontduiking een "zijdelingse" aantasting.

Reeds heel vroeg werd dit verschil tussen rechtshandelingen "in fraudem legis" en "contra legem" duidelijk geformuleerd²⁷.

Volgens M.A. Kakebeeke bevindt zich de waarde der erkenning van het begrip wetsontduiking echter hierin, "dat in die gevallen waar een handeling vrijuit zou moeten gaan, omdat haar niet verweten kan worden dat zij is verricht in strijd met een wettelijke bepaling gelezen naar tekst en strekking, de mogelijkheid tot ingrijpen nochtans geboden wordt wanneer blijkt dat door deze handeling de toepasselijkheid dier bepaling op niet toelaatbare wijze werd ontdoken en daardoor het doel van de regel werd gefrusteerd..."

"De ontduikingshandelingen lopen minder gevaar getroffen te worden door hun naar buiten tredend rechtmatig karakter. Het ongeoorloofde treedt pas naar voor wanneer we ons geplaagd zien voor resultaten die als het ware een hoon vormen voor het gezag van de wetgever. Daarom is het een noodzakelijkheid dat aan de rechter de mogelijkheid geboden wordt dergelijke handelingen te refuteren"²⁸.

9. Hierboven is onder de nrs. 6, 7 en 8 het begrip wetsontduiking voornamelijk negatief begrensd en van andere nevenstaande begrippen losgemaakt²⁹.

Volgens de aanhangers van de "leer der wetsontduiking" ("fraus legis"-leer) nu, is het kenmerkende voor de ontduikingshandeling, dat zij met eerbied-

²⁶ Zie ook D. MADAY, *Die sogenannte Gesetzesumgehung, insbesondere im Schweizerischen Obligationenrecht*, diss. Bern 1941, blz. 34:

"Eine genaue Abgrenzung zwischen Umgehung und Rechtsmissbrauch ist zwar nicht möglich, weil sich die beiden Begriffe vielfach überschneiden, aber gleichwohl muss man sich bewusst sein, dass es um verschiedenen Rechtsfiguren handelt, welche sich durchaus nicht immer decken (...)

"Der richtigste Unterschied besteht wohl darin dass beim Rechtsmissbrauch die Ausübung eines bestimmten Rechtes gegen Treu und Glauben verstösst, wogegen beim "agere in fraudem legis" die genaue Art und Weise der Anwendmachung einer Norm (an Stelle der normalerweise geltenden Vorschrift) zu Beurteilung gelangt."

²⁷ Vgl. PAULUS (D. 1.3.29): "Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet; in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit." Zie ook MATTHIJS, *op. cit.*, R.W., 1955-56, 112, nr. 13, met verwijzingen naar ULPIANUS, PAULUS, e.a.

²⁸ KAKEBEEKE, *op. cit.*, blz. 107.

²⁹ Zie ook B.M. TELDELS, "Wetsontduiking", *W.P.N.R.*, 3360-3363.

²⁰ KAKEBEEKE, *op. cit.*; G. RÖMER, *Gesetzesumgehung im Deutschen Internationalen Privatrecht*, Heft 2, Berlin 1955.

²¹ M. RENAULD, "Considérations sur la théorie de fraude à la loi", *Ann. Dr. Sc. Pol.*, 1955, 221.

²² GEPPAART, *op. cit.*, blz. 122.

²³ Vgl. Cass., 10 juni 1958, *Pas.*, 1958, I, 1124; Cass., 17 december 1968, *Bull. Dir. Belast.*, 1969, 1894.

²⁴ MEIJERS, *op. cit.*, blz. 67.

²⁵ F. SCHELTEMA, "Misbruik van recht", *W.P.N.R.*, 3417-3420.

ging van de wettekst, het "wettelijk gestelde doel" tracht te frustreren.

Enerzijds staat men voor een objectief element, waaronder verstaan worden de feiten welke tot het verlangde resultaat geleid hebben, (de constructie), anderzijds het subjectieve element, namelijk de ontduikingsbedoeling (het willen ontgaan van de belastingheffing)³⁰.

De handeling, legaal correct, wordt dienstbaar gemaakt aan het bereiken van een niet door de wet gewild resultaat. De aaneensluiting van deze twee schakels in de keten geschiedt door een verbindingsstuk gevormd door het individu volgens een psychisch proces, nl. de wil om door een aldus gestelde handeling een bepaald doel te bereiken, dat, naar het dit individu zeer goed bekend is, op normale wijze niet te bereiken is³¹.

10. "Moet de belastingheffing wijken voor een ontwijkend gedragspatroon van de belastingplichtige waarbij de feitelijke grondslag die bij de wettoepassing tot uitgangspunt moet worden genomen, aldus wordt gewijzigd dat de toepassing van de wet wordt vrijgesteld?"³²

Geppaart gaat terecht uit van het standpunt, dat bij de feitelijke grondslag die in de discussie over wetsontduiking als uitgangspunt moet worden genomen, het onderzoek naar schijnhandelingen moet zijn afgesloten. De feitelijke grondslag moet helder zijn alvorens er over wetsontduiking kan worden gesproken (vgl. supra nr. 6). Het betreft immers niet het bestrijden van schijnhandelingen. Het gaat er niet om iedere vorm van belastingbesparing te treffen, doch slechts een ontwijkend gedragspatroon dat doel en strekking van de wet zou miskennen.

Hij ontleedt eveneens het ontwijkend gedragspatroon in een subjectief en een objectief element (vgl. supra nrs. 7 en 9).

Het doel is, vervolgt hij, abnormale of gekunstelde constructies ter vrijdeling van de werking van de belastingwet – waarvan men doel en strekking nadert – met een beroep op de wetsontduiking onder de wettelijke norm te brengen.

De leer van de wetsontduiking kan slechts worden betrokken op uitzonderlijke figuren: "Zij is er niet op gericht een inbreuk te maken op de vrijheid van de belastingplichtigen, hun rechtsvormen zo te kiezen dat het aan belasting te betalen bedrag zo gering mogelijk is. Voor ernstig gewilde rechtsconstructies waarbij de belastingplichtige een ander belang heeft dan het uitsluitend ontgaan van belastingen, behoort de fiscus te-

rug te treden. Wanneer daarentegen de belastingplichtige een ongebruikelijke constructie kiest uitsluitend om daardoor doel en strekking van de belastingwet te vrijdelen, dan vordert het beginsel van rechtsgelijkheid, dat hij de fiscus op zijn weg vindt."

"De wetsontduiking – aldus besluit Geppaart – bevindt zich aan de uiterste grens van het gebied waar de kracht van de wet nog voelbaar is.

De Nederlandse rechtspraak hanteert de figuur – met grote behoedzaamheid – in gevallen waarin met het oogmerk de belasting te ontgaan, gebruik wordt gemaakt van een constructie waaraan reële praktische betekenis moet worden ontzegd (...).

Aldus opgevat kan de leer van de wetsontduiking niet anders dan in haar werking beperkt zijn. Haar methodologische betekenis rechtvaardigt evenwel een ruime aandacht."

Met P. Scholten³³ is hij van mening, "dat het een smalle grenstrook betreft die niet moet worden prijsgegeven".

11. Zeer belangrijk en aansluitend met de hier behandelde problematiek, is de in Nederland bestaande wettelijke regeling der "richtige heffing".

De artikelen 31 tot en met 36 der Algemene Wet op de Rijksbelasting van 2 juli 1959³⁴ komen materieel overeen met de regeling neergelegd in de Wet van 29 april 1925 tot bevordering van de richtige heffing der directe belastingen³⁵.

Artikel 31 luidt: "Voor de heffing van de directe belastingen wordt geen rekening gehouden met rechtshandelingen waarvan op grond van de omstandigheid dat zij geen wezenlijke verandering van feitelijke verhoudingen hebben ten doel gehad, of op grond van andere bepaalde feiten en omstandigheden moet worden aangenomen, dat zij zouden achterwege gebleven zijn indien daarmede niet de heffing van de belasting voor het vervolg geheel of ten dele zou worden onmogelijk gemaakt."

Wat de fiscale procedure betreft, moet het besluit van de inspecteur om tot aanslag over te gaan met toepassing van art. 31 A.W.R. (m.a.w. belastingheffing alsof de betrokken rechtshandeling niet heeft plaatsgevonden), worden genomen in een gemotiveerde uitspraak en met toestemming van de Minister van Financiën (voorkomen van fiscale machtsoverschrijding).

De inspecteur dient een afschrift van deze uitspraak aangetekend aan de belastingplichtige te laten geworden. Zowel tegen het besluit van de inspecteur om bij het vaststellen van belastingaanslag geen rekening te

³⁰ Op te merken valt, dat de rechtsleer zich desbetreffend verdeelde in subjectivisten en objectivisten. De eersten bestempelen de ontduikingsbedoeling als een essentieel element van de ontduikingshandeling, de laatsten niet.

³¹ Aldus KAKEBEEKE, *op. cit.*, met verwijzing naar J. BREJON, "Fraus legis", *Travaux juridiques et économiques de l'Université de Rennes*, 1941, 28-149, en 1954, 1-94.

³² GEPPAART, *op. cit.*, blz. 108.

³³ P. SCHOLTEN, noot onder Hoge Raad, 1 februari 1939, *N.J.*, 1939, 841.

³⁴ Nederlands *Staatsblad*, 1959, 391; o.m. gepubliceerd in *Nederlandse belastingwetten*, verzameld door W.E. DE GROOT, band I, Samsom.

³⁵ Nederlands *Staatsblad*, 1925, 171. De tekst van de in Duitsland reeds in 1919 ingevoerde Reichsabgabenordnung zou als voorbeeld gediend hebben (zie voetnoot 61).

houden met een tot stand gekomen rechtshandeling, als tegen de uitspraak die met betrekking tot een beënde rechtshandeling is verleend, kan beroep worden aangetekend bij de administratieve rechter.

De ratio legis berust op het feit, dat zich in het snel ontwikkelende belastingrecht, steeds weer constructies voordoen die naar de letter van de wet buiten de belasting blijven, maar in zich het doel en de strekking van fiscale bepalingen schenden³⁶.

De bepalingen "tot bevordering van de richtige heffing" zijn dus gericht tegen die rechtshandelingen die op zichzelf geoorloofd zijn en civielrechtelijke gevolgen hebben, maar waarvan moet worden aangenomen, dat de belastingplichtige ze niet zou gesteld hebben indien daarmee niet de heffing van de belasting hetzij geheel, hetzij partieel zou worden onmogelijk gemaakt.

Het essentiële ligt hierin, dat de fiscus bepaalde feiten moet bewijzen waaruit kan worden afgeleid en geconcludeerd, dat de belastingplichtige tot doel had de belasting te ontgaan.

Belangrijk lijkt mij, dat deze wet in een zogenaamde "proefprocedure" voorziet, nl. dat door art. 33 A.W.R. de belastingplichtige de mogelijkheid wordt verleend, vóór het tot stand komen van de rechtshandeling aan de inspecteur diens oordeel te vragen!

Ook hier komen schijnhandelingen niet ter sprake. Met dergelijke handelingen die ook civielrechtelijk genegeerd worden, wordt voor de toepassing van de belastingwet geen rekening gehouden. Slechts op de werkelijke feiten komt het aan (cfr. supra nr. 6).

Hoewel de richtige heffingsregel en de leer der wetsontduiking aldus duidelijk verwant zijn en gedeeltelijk hetzelfde terrein bestrijken, zijn er toch belangrijke verschillen³⁷.

In de eerste plaats is de richtige-heffingsregel ruimer enerzijds, daar hij niet alleen betrekking heeft op rechtshandelingen "waarvan op grond van de omstandigheid dat zij geen wezenlijke veranderingen van feitelijke verhoudingen ten doel hebben gehad", maar ook op "rechtshandelingen waarvan op grond van andere bepaalde feiten en omstandigheden moet worden aangenomen dat zij achterwege zouden zijn gebleven indien daardoor niet de belastingheffing of geheel of voor een deel onmogelijk zou worden gemaakt". De "richtige-heffingsleer" is beperkter anderzijds, daar zij alleen als fiscale regel wordt gehanteerd voor de directe belastingen, waar de leer van de wetsontduiking het gehele rechtsverkeer bestrijkt.

³⁶ Vgl. C. SEGERS, "Enkele opmerkingen naar aanleiding der wet dd. 29.4.1925 tot bevordering van de richtige heffing der directe belastingen", *Themis*, 1925, 429: "Wat de Regering wilde verhinderen, was, dat men door misbruik van rechtsvorm verhindert, dat de rechtstoestand welke tot belastingheffing aanleiding zou kunnen geven, ontstaat, doordat men te voorschijn doet treden een andere rechtstoestand, die juridisch een ander karakter dragende toch feitelijk met de eerste slechts zeer weinig verschilt."

³⁷ Vgl. *Fiscale Encyclopedie De Vakstudie*, algemeen deel, overzicht 45, Kluwer.

Voor de toepasselijkheid van de "richtige-heffingsregel" is het ontgaan van belasting het doorslaggevend motief, voor de "leer van de wetsontduiking" ("fraus legis"-leer) is het ontgaan van belasting het uitsluitend motief.

Vervolgens wordt bij de toepassing van de "richtige-heffingsregel" de belasting geheven alsof de betreffende rechtshandeling in het geheel niet had plaatsgevonden, terwijl, bij toepassing van de "fraus legis"-leer de rechtshandeling wordt erkend, doch de wet anders wordt toegepast, namelijk naar de strekking, anders dan de belastingplichtige beoogde.

Tenslotte wordt de richtige-heffingsprocedure gevoerd vóór de aanslag, terwijl de "fraus legis"-leer eerst nadat de aanslag heeft plaatsgehad door de rechter kan worden toegepast.

12. De "richtige-heffingsregel" stond nog voor zijn geboorte en tot vandaag de dag aan een enorme kritiek bloot. Dit dient ons geenszins te verwonderen.

E. Meijers schreef anno 1924 een artikel in het *W.P.N.R.*³⁸ met de titel: "Een bedenkelijk wetsontwerp", waarin hij de voorziene regeling een "plomp wapen" noemt:

"Wat de fiscus thans wil is dit: wanneer iemand meerdere rechtsvormen ten dienste staan om zijn vermogensbetrekkingen te regelen, dan mag hij niet zijn keuze bepalen op grond, wat hem fiscaal voordeligst is. Doet hij dit toch, dan moet de fiscus het recht hebben hem te belasten als had hij de voor hem nadeligste vorm gekozen. Onbegrijpelijk is daarbij waarom deze bevoegdheid tot enkele belastingen beperkt blijft. Want is de stelling van de fiscus juist, dat de belastingbetaler die op de voorgeschreven wijze handelt, iets onbehoorlijks doet, waarom dan niet eens en voor al bij alle belastingen – ook dus bv. bij de successiebelasting en het registratierecht – tegengegaan?"³⁹

"Tegen de fiscale opvatting die in het ontwerp tot uiting komt dient echter met nadruk geconstateerd, dat een burger, die een bepaalde geoorloofde rechtsvorm kiest, waaraan voor hem minder fiscale verplichtingen verbonden zijn dan een andere vorm oplevert, niets onrechtmatigs en niets onbehoorlijks doet..."

"Reeds thans kan gezegd worden, hoe door personen met een uitsluitende fiscale horizon op deze opmerkingen zal worden gereageerd. Men zal zeggen: niet alle gevallen kunnen over één kam geschoren worden. De burger mag zeker de voor hem minst

³⁸ E. MEIJERS, "Een bedenkelijk wetsontwerp", *W.P.N.R.*, 2853; *id.*, "Richtige belastingheffing en richtige wetsredactie", *W.P.N.R.*, 2883.

³⁹ M.i. is het verklaarbaar, dat alleen de toepasselijkheid inzake directe belastingen werd beoogd. Immers, bij de indirecte belastingen als registratie- en successierechten worden in de wet tal van fictiebepalingen opgenomen die specifiek aan bepaalde rechtshandelingen een speciale bestemming geven. De behoefte aan een dergelijke regeling doet zich in dit gebied niet voelen. Vgl. de opmerkingen in de in voetnoot 37 geciteerde *Fiscale Encyclopedie*, blz. 589.

kostbare weg kiezen waar de belastingwet deze opzettelijk voor hem opengesteld heeft, niet echter daar, waar door de handeling het doel, dat de wet zich stelt, zou verijdeld worden. Juist echter in het uitgaan van een zodanige tegenstelling zit het grote gevaar van het ontwerp⁴⁰."

In zijn inaugurale rede zei H. Schuttevâer hierover⁴¹: "Toetst men de wet aan de boven geschetste drieledige eis, dat een wettelijke regeling op dit gebied rechtsongelijkheid moet tegengaan bij behoud van rechtszekerheid en van een in redelijkheid te verstande vrijheid voor het individu, zijn handelingen naar eigen welmenen in te richten, dan blijft zij onder de maat, al kan men ook volledig begrip hebben voor het feit dat de wetgever in deze materie voor een uitermate moeilijke taak en een onontgonnen terrein stond. Er is hier, zo kan men zeggen, een wapen, dat slechts voor een gedeelte van 's Konings jachtterrein is gereedgemaakt; een wapen van zodanige werking, dat bij hantering niet slechts "stropers" maar ook ondernemende, doch nog geen "faux pas makende toeristen", daardoor getroffen kunnen worden, terwijl anderzijds bepaalde overtreders het toch aldus kunnen aanleggen, dat het wapen zich niet tegen hen kan keren."

In 1970 werd een rapport over de "richtige-heffingsregeling" uitgebracht door de Commissie-HOFSTRA⁴², waarbij deze commissie o.m. opmerkt: "Pogingen om belastingen te ontgaan komen in elk systeem van belastingheffing voor. De neiging daartoe groeit naarmate de belastingdruk stijgt.

Bij deze poging kan worden onderscheiden:

a. De belastingontduiking; waaronder de commissie verstaat de door een strafsancie bestreken handelingen van een belastingplichtige om de heffing van belasting geheel of ten dele te verijdelen.

⁴⁰ Meijers in W.P.N.R., 2883 (zie voetnoot 38):

"Men kent het sophisme: de Cretensers zijn leugenaars; ik ben een Cretenser; dus ik lieg; dus de Cretensers zijn geen leugenaars; dus ik sprak de waarheid, toen ik zegde, dat de Cretensers leugenaars zijn enz..."

"Dit sophisme kan men thans meer modern weergeven: Met een handeling wordt door de fiscus geen rekening gehouden, indien zij achterwege gebleven ware, indien daarmee niet de belastingheffing onmogelijk zou gemaakt worden. Dus maakt deze handeling de belastingheffing niet onmogelijk. En daar, niettegenstaande de handeling de belastingheffing niet onmogelijk maakt, de handeling niet achterwege is gebleven, wordt zij niet door het artikel beheerst, is dus een fiscaal geldige handeling en maakt de belastingheffing onmogelijk, zodat de handeling wel door het artikel beheerst wordt, enz..."

"De fout in de redactie is, dat het niet van belang is of de handeling achterwege zou gebleven zijn indien de belastingheffing niet onmogelijk zou gemaakt zijn, maar of de handeling achterwege zou gebleven zijn, indien partijen 'geweten hadden' dat de belastingheffing niet onmogelijk gemaakt werd."

⁴¹ SCHUTTEVÂER, *op. cit.* (zie voetnoot 14), blz. 43.

⁴² COMMISSIE-HOFSTRA, adviescommissie voor een aantal fiscale vraagstukken, *Richtige heffing en proefprocedure*, Staatsuitgeverij 's-Gravenhage 1970.

b. De belastingvlucht; waaronder de commissie verstaat het feitelijk vertrek van natuurlijke of rechtspersonen of het verplaatsen van activiteiten naar het buitenland, ten einde de Nederlandse belastingheffing geheel of ten dele te ontgaan.

c. Het niet strafbare streven naar vermindering van belastingschuld door gebruik te maken van juridische constructies, welk streven als "belastingbesparing" pleegt te worden aangeduid."

Bij haar beschouwingen omtrent dit laatste onderwerp wijst de Commissie op de in het belastingrecht erkende vrijheid van de belastingplichtigen hun zaken zo voordelig mogelijk te ordenen. Zij refereert aan enkele arresten van de Hoge Raad, nl. de arresten van 12 oktober 1955⁴³, 8 maart 1961 en 27 december 1967⁴⁴. In beide laatste arresten komt naar voren, dat de belastingplichtigen op normale wijze gebruik mogen maken van toelaatbare middelen om belasting te ontgaan. Zij erkennen nl. de vrijheid van de belastingplichtigen om op "normale wijze" gebruik te maken van "toelaatbare middelen" om belasting te besparen. Dit houdt in (aldus de commissie), dat de bedoelde vrijheid niet behoort te worden erkend indien met ontoelaatbare middelen, of op abnormale wijze getracht wordt een besparing van belasting te bereiken. De rechtsgelijkheid tussen de belastingplichtigen eist, dat de verschuldigdheid van bedragen, die volgens doel en strekking der wet zouden moeten geheven, niet moet kunnen worden opgeheven doordat belastingplichtigen de hun in beginsel toekomende vrijheid op zodanige wijze hanteren, dat zekere nader te omschrijven grenzen worden overschreden.

Rekening houdend met het feit, dat uit de structuur van een sterk gedifferentieerde belastingwetgeving, tal van mogelijkheden voortvloeien om de belastingheffing met juridische middelen te ontgaan, signaleert de commissie een fundamentele remedie van herstructurering (zij verwijst naar het voorstel van de Canadese "Royal Commission on Taxation" ook "Commissie-CARTER" genaamd)⁴⁵.

Wat de andere remedies betreft, en specifiek betreffende de "richtige heffing en de fraus legis", verklaart de commissie dat deze rechtsinstituten momenteel gescheiden zijn, doch dat de samenhang zeer groot is. De regeling der richtige heffing is in de wet neergelegd terwijl de fraus legis door de rechter dient tot stand gebracht.

⁴³ Hoge Raad, 12 oktober 1955, *B.N.B.*, 1955, 360.

⁴⁴ Hoge Raad, 8 maart 1961, *B.N.B.*, 1961, 134; 27 december 1967, *B.N.B.*, 1968, 80.

⁴⁵ Het bevat een totaal andere opbouw van het belastingstelsel, met name ten aanzien van inkomsten- en vennootschapsbelasting, successie- en schenkingsrecht. Volgens de commissie komt het in hoofdzaak hierop neer: a) een volledig geïntegreerde vennootschapsbelasting tegen hetzelfde tarief als het maximale percentage van de inkomstenbelasting; b) een zeer ruim inkomensbegrip in de inkomstenbelasting; c) één tarief voor de inkomstenbelasting, dat niet al te hoog eindigt. Dit voorstel der Commissie-Carter onderzond enorme tegenkanting.

Voorts bleek, dat de Commissie eenstemmig van oordeel was, dat de bestaande situatie niet moest worden gehandhaafd.

In de eerste plaats werd daartoe aangevoerd dat de thans geldende formule van art. 31 van de Algemene Wet inzake Rijksbelastingen niet deugt. De formule zou te vaag zijn en te onduidelijk en slechts in beperkte mate bruikbaar voor het beoogde doel⁴⁶. Vervolgens was men het er algemeen over eens, dat indien er een speciale formule in de plaats van die van art. 31 A.W.R. moest komen, deze dan in beginsel voor het gehele belastingrecht zou kunnen gelden en niet alleen voor de directe belastingen. De commissie achtte het ook onbevredigend dat het bijvoorbeeld denkbaar is, dat de fiscus op een daartoe strekkend verzoek verklaart de richtige heffing niet te zullen toepassen en dat daarna in een procedure de rechter, eventueel ambtshalve, *fraus legis* zou hanteren.

De rechtswaARBorgen van de belastingplichtigen (zoals de proefprocedure voor de richtige heffing) hebben daardoor een belangrijk deel van hun betekenis verloren.

De handhaving van de bestaande toestand werd unaniem verworpen. Vier standpunten, die evenwel tot twee hoofdstromingen kunnen worden teruggebracht, werden verdedigd.

Twee standpunten (minderheid van de commissie) leidden tot de conclusie dat de bestaande bepalingen ter bevordering van de richtige heffing kunnen worden afgeschaft. Gemeenschappelijk aan beide standpunten was het betoog dat het de taak van de wetgever is de wet goed te formuleren en dat, bij zodoende zorgvuldigheid van de wetgever, de rechter door middel van interpretatie – in het bijzonder de teleologische interpretatie – thans voldoende armslag heeft om tot bevredigende beslissingen te komen. Enkele van de leden waren ook van oordeel dat de door de rechter gehanteerde "*fraus legis*"-leer overbodig is. De andere tot deze eerste groep behorende leden, zagen in het bestaan van de "*fraus legis*"-leer als normale interpretatiemethode en de mogelijkheid van de verdere ontwikkeling van deze leer door de rechter, naast de combinatie van zorgvuldig geredigeerde wetteksten en teleologische interpretatie, een additioneel argument om de richtige-heffingsbepalingen overbodig te achten.

De meerderheid der commissie daarentegen was voorstander van een handhaving van de richtige-heffingsbepalingen, zij het dan in een verbeterde vorm.

⁴⁶ Ook MEIJERS had destijds reeds kritiek uitgebracht op de formulering van art. 1, lid 1, van de Wet van 1925 (het huidige art. 31 A.W.R.). Hij stelde zelf een formulering voor: "Voor de heffing van de rijks- en plaatselijke directe en indirecte belastingen behoeft geen rekening te worden gehouden met bepalingen in rechtshandelingen, waarvan op grond van bepaalde feiten en omstandigheden moet worden aangenomen dat het hoofddoel was belastingheffing te voorkomen of verminderen" (*W.P.N.R.*, 2883, 227). SCHUTTEVÅER zegt: "De opmerkingen van E. MEIJERS zijn na 32 jaar nog actueel" (zie de in voetnoot 14 geciteerde *Bijdrage*, blz. 43).

Ook hier deden zich twee strekkingen voor. De ene opvatting was dat – uiteraard naast een zorgvuldige redactie van de heffingswetten – de nieuwe richtige-heffingsbepalingen nauwer op de "*fraus legis*"-leer zouden moeten worden afgestemd.

De andere opvatting hield in, dat er tussen "*fraus legis*"-leer en richtige heffing een verschil bestaat in die zin, dat een wettelijke regeling van de richtige heffing verder dient te gaan dan de "*fraus legis*"-leer. Ook deze leden waren intussen van oordeel, dat indien moest worden gekozen tussen de techniek van de "*fraus legis*"-leer – het zoeken naar de naastbij liggende rechtsvorm – en die van de huidige richtige heffingsbepalingen – negeren van een bepaalde rechtshandeling – de voorkeur aan de eerstgenoemde techniek moet worden gegeven.

De volgende nieuwe formulering van art. 31 A.W.R. werd voorgesteld:

"Indien een belastingplichtige uitsluitend of hoofdzakelijk met het oogmerk belasting te besparen een situatie in het leven heeft geroepen die praktisch gelijk is aan een waaraan de belastingwet heffing van belasting verbindt, wordt, zo door het niet heffen doel en strekking van de wet zouden worden miskend, de belasting te zijnen aanzien geheven op grondslag van laatstbedoelde situatie."

Terecht merkt Geppaart⁴⁷ op dat deze laatste formulering in talrijke opzichten was afgestemd op de leer van de wetsontduiking zoals die in de Nederlandse rechtspraak werd ontwikkeld⁴⁸.

13. In 1926 werd de rechtsfiguur der wetsontduiking (*fraus legis*) een eerste maal toegepast door de Hoge Raad. Het betrof (het intussen vermaarde) "driedagen-arrest"⁴⁹.

Een belastingplichtige had een geldsom overgedragen tegen een lijfrente voorbehouden tot drie dagen

⁴⁷ GEPPAART, op. cit. (zie voetnoot 1), blz. 117. Zijn kritiek nopens de voorstellen van de Commissie-Hofstra vindt men in *F.E.D.*, Algemeen, 139-142 (1358).

⁴⁸ Zie betreffende de richtige-heffingsregel: H. DUBOIS, *Wet tot bevordering van de richtige heffing der directe belastingen*, S. Gouda Quint, 1925; C. SEGERS, "Enkele opmerkingen naar aanleiding der Wet dd. 29 april 1925 tot bevordering van de richtige heffing der directe belastingen", *Themis*, 1925, 429; J. VAN DER POEL, "Wet tot bevordering van de richtige heffing der directe belastingen", *Leon's Rechtspraak*, deel III, aflevering 7, 1931; G. VAN DIJK, "De wet tot bevordering van de richtige heffing der directe belastingen en haar praktische toepassing", *Naamloze Venootschap*, 4e jaargang, blz. 236; J. VAN HELLENBERG HUBAR, "Richtige heffing en verwante vraagstukken", *W.P.N.R.*, 2949-2954; A. DE JONG, "Over toepassing van de wet tot bevordering van de richtige heffing der directe belastingen", *Naamloze Venootschap*, 16e jaargang, nrs. 4 en 5; H. SCHUTTEVÅER, "Belastingbesparing", en J. VAN DIJK, "De Wet richtige heffing 1925", voordrachten gehouden op de belastingconsulentendag 1959, uitgave *F.E.D.*, Reeks Belastingconsulentendagen, nr. 4; S. STUTVOET, "Schijnhandeling en tingconsulentendag 1959, uitgave *F.E.D.*, Reeks Belasting tot het Nederlands belastingrecht, 1970, blz. 208 v.

⁴⁹ Hoge Raad, 26 mei 1926, *N.J.*, 1926, 723.

vóór zijn overlijden. De bedoeling was de werking van art. 11 der Successiewet van 1859 te vrijdelen. Dit artikel bevatte de fictie, dat tot het actief van de nalatenschap moesten gerekend worden bepaalde zaken die de overledene vóór zijn overlijden reeds had afgestaan onder voorbehoud van vruchtgenot of onder beding van een periodieke uitkering tot aan de dood bedongen. In casu was er dus geen uitkering tot aan de dood, maar tot "drie dagen vóór het overlijden" bedongen. De Hoge Raad overwoog echter "dat hier een periodieke uitkering tot stand is gekomen die praktisch op één lijn is te stellen met één, die tot aan het overlijden van de gerechtigde voortduurt en dan ook de door partijen geschapen rechtstoestand zozeer aan de door de wet aan belasting onderworpen toestand nabijkomt, dat doel en strekking der wet zouden worden miskend, indien de in fraudem legis gepleegde handeling der partijen niet evenzeer als de in de wet voorziene verrichting door de belasting werd getroffen"⁵⁰.

Dat met deze formule de grenzen van de wettoepassing niet al te zeer konden worden verschoven bleek uit latere arresten. De Hoge Raad oordeelde in het latere "zes-dagen-arrest" van 1939 dat een schenking zes dagen vóór het huwelijk niet mocht worden gelijkgesteld met een schenking aan gehuwde personen⁵¹.

Een verdere toepassing van de "fraus legis"-leer werd in 1959 gemaakt in het navolgend geval⁵²: de belanghebbende had een aantal kinderen, waaronder twee zoons, die echter geen inkomen hadden en niet kapitaalkrachtig waren. Toch sloten zij eind 1955 albeei een kapitaalverzekering af met lijfrenteclausule. De premie bedroeg f. 2.000 per polis.

Als motief voor het afsluiten van deze verzekeringen werd aangevoerd, dat belanghebbende wilde voorzien in een voor de jongelui dreigend inkomstentekort in de eerste jaren na beëindiging van hun studie.

Het geschil betrof nu de vraag, of belanghebbende die zelf ook f. 3.600 aan lijfrentepremies betaalde, een bedrag van f. 7.600 aan lijfrentepremies mocht aftrekken?

De Hoge Raad was van oordeel, dat belanghebbende deze rechtstoestand niet om de reële praktische betekenis ervan had in het leven geroepen, maar en-

kel om via die toestand een hogere aftrek van lijfrentepremiën te bereiken dan wettelijk is toegestaan. Daarom zou, aldus de Hoge Raad, doel en strekking der wet worden miskend, indien de met het oogmerk tot verijdeling van de werking van bedoelde wetsbepaling door belanghebbende geschapen rechtstoestand, niet voor de toepassing van die bepaling op dezelfde wijze zou worden beoordeeld, als de situatie waarin belanghebbende zelf als debiteur van de betrokken premies van f. 4.000 zou zijn opgetreden.

Hier wordt dus rekening gehouden met het subjectief en het objectief element (vgl. supra, nr. 9).

Analoog met voorgaande "case" was de volgende zaak, beslecht in het jaar 1963⁵³.

Door de werkgeefster van belanghebbende was voor een aantal vooraanstaande werknemers (waaronder belanghebbende) een regeling inzake verhoging van aanvullende kinderbijslag met f. 300 per jaar per kind getroffen. Zij had tot doel door middel van een aanvullende kapitaalverzekering met lijfrenteclausule de kinderen bij het bereiken van de 27-jarige leeftijd een kapitaal ter beschikking te stellen.

Belanghebbende had in het kader van deze regeling door zijn drie oudste kinderen dergelijke overeenkomsten laten aangaan. In de voor twee andere minderjarige kinderen afgesloten levensverzekeringen trad belanghebbende zelf als verzekeringsnemer op. De premie per overeenkomst bedroeg f. 300 per jaar. De kinderen bezaten geen vermogen.

De Hoge Raad oordeelde andermaal, dat belanghebbende onderhavige rechtstoestand niet om zijn reëel praktische betekenis had in het leven geroepen, maar alleen omdat die toestand de premies voor de verzekeringen (m.b.t. de oudste drie kinderen) buiten het bereik der wettelijke limiet voor aftrek zou brengen. Voorts, dat doel en strekking der wet zouden worden miskend (vgl. supra nr. 9 in fine). Belanghebbende had gesteld, dat hij twee polissen als verzekeringsnemer had afgesloten, omdat er, gelet op de eerder afgesloten verzekeringen en het maximum van de aftrek voor lijfrentepremies, nog de mogelijkheid bestond een verdere aftrek van zijn inkomen uit te voeren, en, dat de drie oudste kinderen zelf als verzekeringsnemers optraden, omdat het alleen op die wijze voor hen mogelijk was een hogere aanslag in de inkomstenbelasting te voorkomen.

Belangrijk in de voormelde zaak is wel het feit, dat de belastingplichtige de gekozen constructie verdedigde als "belastingbesparing", nl., dat de andere weg hem een financieel offer onder de vorm van belasting zou hebben gekost. De Hoge Raad weerde deze zienswijze met de beschouwing, dat indien de reële praktische betekenis van een rechtstoestand zou kunnen worden gegrond op basis van belastingbesparing als-

⁵⁰ Volgens TELDERS, *op. cit.* (zie voetnoot 29), blz. 228, betreft het hier nochtans een zuiver geval van analogische wettoepassing. Met de "fraus legis"-leer heeft dit volgens de auteur niets te maken. "Dat de Hoge Raad het woord noemt, is slechts in psychologisch opzicht interessant: de bedoeling om de wet te ontduiken, die hier al bijzonder duidelijk aan de dag trad, heeft de Hoge Raad waarschijnlijk de moed gegeven de analogische wettoepassing aan te durven, een juridisch element van de beslissing vormt zij echter geenszins."

⁵¹ Ontleend aan GEPPAART, *op. cit.* (zie voetnoot 1), blz. 118, nl. Hoge Raad, 1 februari 1939, *N.J.*, 1939, 841.

⁵² Hoge Raad, 2 december 1959, *B.N.B.*, 1968, 18; zie het commentaar van W. SCHOLTEN, "Levensverzekering en fisco", *W.P.N.R.*, 4484.

⁵³ Hoge Raad, 27 maart 1963, *B.N.B.*, 1963, 163. Hof Amsterdam, 12 september 1963, *B.N.B.*, 1964, 75, besliste in een soortgelijke zaak in dezelfde zin (zie *Fiscale Encyclopedie De Vakstudie*, blz. 608b en 608c).

dan nimmer een ongeoorloofd ontgaan der belasting zou kunnen aangenomen worden⁵⁴.

Wetsontduiking werd eveneens aanwezig geacht in een schenking van vruchtgebruik van aandelen vóór dividendvaststelling. De schenking van het vruchtgebruik vond plaats, juist vóór de algemene vergadering der aandeelhouders waarin het dividend dezer aandelen zou worden vast- en betaalbaar gesteld, gevolgd door opzegging van het vruchtgebruik daarna. De Hoge Raad besliste in zijn arrest van 22 april 1964⁵⁵, dat het enige oogmerk was te verijdelten dat het schenkingsrecht zou worden geheven over het totale bedrag van het bij wijze van schenking ontvangen dividend. Hij besliste dat de strekking van de Successiewet van 1956 en haar uitvoeringsbesluit zouden worden miskend, indien de door de belanghebbende vooropgestelde rechtstoestand voor de toepassing van die bepalingen niet zou worden beoordeeld op dezelfde wijze, als de situatie waarin de op de aandelen uit te keren of uitgekeerde dividenden zouden zijn geschonken.

Marginaal om zich op de "fraus legis"-leer te beroepen lijkt wel het volgende⁵⁶: een Nederlandse handelaar koopt goederen bij een Nederlandse fabrikant en verkoopt ze door aan een Nederlandse afnemer. Ter uitvoering van deze transactie gelast hij een vervoerondernemer de goederen bij de fabrikant af te halen en over België – (met aangifte uitvoer uit Nederland, aangifte doorvoer in België en vervolgens aangifte invoer in Nederland) – naar de afnemer te vervoeren. Bij uitvoer Nederland kon 9% omzetbelasting worden teruggevraagd, terwijl bij invoer slechts 5% omzetbelasting was verschuldigd.

De Tariefcommissie deed een beroep op de "fraus legis"-leer. De kritiek op deze beslissing en nl. dat hetzelfde resultaat beter had kunnen bereikt worden door een juiste interpretatie van het begrip "uitvoer" te geven, lijkt mij gegrond⁵⁷.

Het Hof te 's Gravenhage deed eveneens een beroep op doel en strekking der wetbepalingen in het hiernavolgend geval⁵⁸: een vrouw vestigde het zakelijk recht van bewoning ten behoeve van een derde voor een duur van drie jaar op een haar toebehorend huis tegen betaling van f. 17.000. De derde bewoner verkreeg daardoor niet meer rechten dan hij aan een huurcontract had kunnen ontleen. Belanghebbende

holde derhalve haar eigendomsrecht niet uit door het toekennen van dit gebruiksrecht. Zij maakte haar huis alleen maar op een bijzondere wijze renderend. Het doel en de strekking der artt. 29 en 30 van het Besluit I.B. van 1941, zou worden miskend, (aldus het Hof) indien geoordeeld zou worden, dat het door belanghebbende genoten bedrag van f. 17.000 geen inkomst zou betekenen, doch de tegenprestatie van een afgestaan vermogensbestanddeel, te weten het zakelijk recht van bewoning dat in volle eigendom besloten lag.

Een dergelijke situatie kon nochtans makkelijk ondervangen worden door de toepassing der leer der werkelijkheid. De richtige-heffingsregel bood hier geen uitkomst omdat, zo de rechtshandeling zou worden weggedacht, er geen belasting meer kon worden geheven.

Verdere rechtspraak waarbij nu eens de "fraus legis"-leer werd toegepast, dan weer niet, wordt in voetnoot aangehaald⁵⁹.

14. Het is opmerkelijk, aldus Geppaart⁶⁰, dat de formulering van de Hoge Raad in het eerste arrest waarin de figuur van de wetsontduiking uitdrukkelijk naar voren kwam – het drie-dagen-arrest van 1926 – tot op heden vrijwel onaangetast is gebleven.

De latere rechtspraak geeft inderdaad slechts variaties op het aldaar ontwikkelde en bekende thema. Hij besluit: "Vooralsnog schijnt het, n'en déplaise de richtige heffing, tot afstand van de leer van de wetsontduiking weinig bereid te zijn."

15. Vergeleken met Nederland, ook met Duitsland en Zwitserland⁶¹, heeft de "leer der wetsontduiking" in België weinig of geen school gemaakt.

Centraal werd en wordt terecht gesteld, dat de belastingplichtige steeds het recht heeft zijn zaken op de voor hem voordeligste manier te beheren, dat hij of zij, de "minst belaste weg" mag bewandelen, dit uiteraard onder voorwaarde dat geen enkele wettelijke verplichting wordt verkracht.

⁵⁹ Wetsontduiking: Hof Arnhem, 30 juni 1970, *B.N.B.*, 1971, 123; Hof Leeuwarden, 20 juli 1970, *B.N.B.*, 1971, 190; Hoge Raad, 19 april 1972, *B.N.B.*, 1972, 132 (uitvoering besproken door GEPPAART, *op. cit.* (zie voetnoot 1), blz. 119).

Geen wetsontduiking: Hoge Raad, 17 februari 1954, *B.N.B.*, 1954, 140; Hoge Raad, 3 april 1957, *B.N.B.*, 1957, 164; Hof 's-Gravenhage, 20 januari 1961, *B.N.B.*, 1961, 321; Hof Amsterdam, 18 juni 1962, *B.N.B.*, 1962, 310; Hof 's-Hertogenbosch, 23 november 1962, *B.N.B.*, 1963, 149; Hof 's-Gravenhage, 2 januari 1963, *B.N.B.*, 1963, 222; Hoge Raad, 24 juni 1964, *B.N.B.*, 1964, 207; Hof Amsterdam, 14 mei 1964, *B.N.B.*, 1964, 63; Hof Leeuwarden, 7 augustus 1968, *B.N.B.*, 1969, 151.

⁶⁰ Zie GEPPAART, *op. cit.* (zie voetnoot 1), blz. 117 en 124.

⁶¹ Vgl. de Duitse Reichsabgabenordnung van 13 december 1919 met art. 6 van het Steuerungsanpassungsgesetz. Zie C. SCAILTEUR, "La fraude légale", *Rec. Gén.*, 19535, blz. 303: "La 'Steuerungsanpassungsgesetz' les remplace par une formule générale qui confère à l'administration d'abord, et au juge ensuite, un pouvoir quasi discrétionnaire".

⁵⁴ Vgl. GEPPAART, *op. cit.* (zie voetnoot 1), blz. 119.

⁵⁵ Hoge Raad, 22 april 1964, *B.N.B.*, 1964, 180. In *Vakstudie-Nieuws*, 3 juni 1964, nr. 12, wordt opgemerkt, dat dit arrest het eerste arrest is na het drie-dagen-arrest van 26 mei 1926, waarin m.b.t. de Successiewet een beroep op de fraus legis wordt aangenomen. Als voorbeelden van gevallen waarin een zodanig beroep faalde, wordt aldaar verwezen naar: Hoge Raad, 1 februari 1939, *N.J.*, 1939, 841 (schenkingsrecht); Hoge Raad, 17 februari 1954, *B.N.B.*, 1954, 140 (zie *Fiscale Encyclopedie De Vakstudie*, blz. 608c; vgl. voetnoot 89).

⁵⁶ Tariefcommissie, 24 juni 1968, *B.N.B.*, 1968, 244.

⁵⁷ Vgl. Scheltens, *B.N.B.*, april 1969.

⁵⁸ Zie *Fiscale Encyclopedie De Vakstudie*, blz. 608f.

A contrario, bedoel ik nu niet, dat men bv. in Nederland deze essentiële regel "dat het belastingplichtigen in een democratisch rechtsbestel toegelaten is de rechtsvormen zo te hanteren dat de belastingschuld niet ontstaat" niet erkent, neen, mijn conclusie is alleen, dat men daar meer dan hier, onder meer door aanwending van de "fraus legis"-leer (zoeken naar de naastbij liggende rechtsvorm) het grondwettelijk beginsel, "dat belastingschuld ontstaat uit de wet", de rug toekeert⁶².

Ik bewonder de aanpak van zaken door Geppaart, die zich welbewust van deze problematiek, schrijft⁶³: "Ook de rechtspraak in Nederland hanteert het legaliteitsbeginsel, onder meer door het buiten werking stellen van ongeoorloofde vormen van delegatie. Deze erkenning en handhaving van het legaliteitsbeginsel betekent geenszins dat aldus geen methodologische vragen blijven. Integendeel, zij zijn niet minder talrijk dan elders in het recht. Stellig is belastingrecht niet te herleiden tot het toepassen van syllogismen."

Laatstgenoemde is trouwens naar mijn mening de enige Nederlandse auteur die de "leer der wetsontduiking" in het fiscaal recht, recent, nauwgezet en zeer bekwaam distilleert, om zodoende tot de conclusie te komen, met Scholten: "dat het een smalle grensstrook betreft die niet moet worden prijsgegeven⁶³".

Deze zienswijze lijkt mij, gegeven de Nederlandse evolutie van de belastingwetenschap enigszins aanvaardbaar. Zij lijkt mij alleszins beter te begrijpen dan de "richtige heffingsregel". Geppaart aarzelt trouwens niet te schrijven: "Men kan bepaald niet zeggen dat deze wettelijke regeling (art. 31 A.R.W.) een sieraad in onze belastingwetgeving bleek te zijn"⁶⁴. Terecht!

16. In de eerste plaats is het evident, dat wetsontduiking en beroep op de "leer der wetsontduiking" slechts zou kunnen gehanteerd worden, zodra de positieve rechtsvorm niet de zuivere en integrale formulering vormt van de wil van de wetgever. Bij een "sluitende" fiscale wetgeving zou deze leer automatisch elke waarde ontberen.

Wij ondervinden echter dat deze wetgeving vaak leemten vertoont. Hier rijzen dan ook een aantal vragen:

a. mag de belastingplichtige deze leemten gebruiken om de minst belaste weg in te slaan?

b. mogen partijen, belastingplichtigen, geen akten opmaken, overeenkomsten sluiten waarvan ze alle gevolgen aanvaarden en die aanleiding geven tot minder- of niet-belasting?

c. zou de rechter, geconfronteerd met dergelijke rechtshandelingen, op basis van het feit "dat zij het doel van een wetsregel frustreren door de feitelijke grondslag die de basis vormt tot wetstoepassing te wij-

zigen", deze rechtshandelingen via de "fraus legis"-leer als belastbaar mogen bestempelen mits keuze gedaan wordt van de naastbij liggende rechtsvorm?

17. Deze vraagstellingen zijn nauw verwant met de problematiek der "leemten in de fiscale wetgeving", destijds uitvoerig behandeld door E. Krings⁶⁵.

Deze auteur onderscheidt externe naast interne leemten:

"Les lacunes externes sont celles qui se situent en dehors du système légal et qui, s'il faut les combler, nécessitent l'extension du système à des cas que la loi n'a pas expressément prévus.

Les lacunes internes en revanche, se présentent dans les limites déterminées par la loi: elles sont internes au système légal".

Wat betreft de externe leemten is het evident, dat noch de uitvoerende, noch de rechterlijke macht deze leemten mogen aanvullen. Anders zou men rechtshandelingen kunnen belasten die niet expliciet voorzien zijn door de wet (vgl. art. 110 G.W.).

Het is de belastingplichtige dus toegelaten gebruik te maken van deze leemten om zodoende de minst belaste weg te kiezen. De belastingplichtige mag zich zo organiseren dat hij zich niet in de voorwaarden plaatst die belastingheffing toelaten. Het "zich in een bepaalde situatie plaatsen en alle juridische gevolgen aanvaarden" is geen fraude, op voorwaarde uiteraard dat men geen wettelijke verplichting negeert.

Indien de rechter zulke rechtshandeling of akte, met het etiket "belastbaar" zou tooien wegens het feit dat deze rechtshandeling een gelijkaardig economisch gevolg beoogde als een andere door de wet belastbaar gestelde rechtshandeling, dan overschrijdt hij zijn bevoegdheid. Zodoende zou men trouwens de belastbare basis oneindig kunnen uitbreiden, met alle gevaren van dien.

Bovendien staat de rechter in zulk geval voor een door de belastingplichtige gekozen vorm, bv. een akte die volkomen met het werkelijk economisch gebeuren overeenstemt. De rechter zou hier dus zelf door aanwending van de "fraus legis"-leer de akte moeten transformeren en een vormgeving verlenen die uit fiscaal oogpunt (naastbij liggende rechtsvorm) belastbaar is.

Zodoende overschrijdt men de gestelde limiet die alleen de interne-leemte-interpretatie toelaat⁶⁶.

E. Krings zegt:

"La méthode ne consisterait donc pas à combler la lacune, pour autant que l'on puisse considérer qu'il y ait lacune, mais à transformer l'acte pour lui donner la forme, qui du point de vue de la loi fiscale, est la plus appropriée.

"Je ne puis me rallier à cette théorie, d'abord parce qu'elle part de l'idée erronée que le fait de se placer

⁶⁵ E. KRINGS, "Les lacunes en droit fiscal", in *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, Brussel 1968, blz. 463-488.

⁶⁶ Zie in detail KRINGS, *op. cit.*, blz. 481 v.

⁶² Dit legaliteitsbeginsel in belastingrecht is vervat in art. 110 der Belgische Grondwet en art. 188 der Nederlandse Grondwet.

⁶³ Zie supra, nr. 10 en voetnoot 33.

⁶⁴ GEPPAART, *op. cit.* (zie voetnoot 1), blz. 115.

dans une situation différente de celle que prévoit la loi, en acceptant toutes les conséquences juridiques de l'acte, constitue une fraude ou un abus de droit⁶⁷."

Terecht is de auteur van oordeel, dat deze opvatting vals is aan de basis, in die zin, dat er slechts fiscale ontduiking is wanneer men bewijst dat de belasting verschuldigd is. Men mag dus niet concluderen dat de belasting verschuldigd is omdat de handeling frauduleus lijkt, omdat de gestelde rechtshandeling zozeer het maatschappelijk effect sorteert als die waarop het wettelijk voorschrift van toepassing is, omdat de reële praktische betekenis de wet frustreert of een hoon vormt voor de wetgever. Andersom redeneren betekent omgekeerd te werk gaan.

"C'est cette décision prise à priori et sans aucun fondement juridique qui permet d'annuler l'acte et ensuite de construire une situation considérée à priori comme régulière et pour laquelle un impôt serait dû." (E. Krings, zie voetnoot 66).

Citeer ik nog C. Scaileur :

"La loi soumet aux droits des actes déterminés et non point tous les actes qui produisent les mêmes effets économiques. Il faut en conclure que les opérations qui ne rentrent pas dans les termes de la loi ne sont pas assujetties à l'impôt, quelle que soit la similitude qu'elles présentent avec celles qui sont imposées⁶⁸."

18. Evenmin in de Belgische rechtspraak wordt de "fraus legis"-leer aanvaard.

In het jaar 1961 werd het Hof van Cassatie geconfronteerd met een cassatieberoep tegen een arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 25 maart 1959⁶⁹.

Gelden werden verschaft door een hoofdmaatschappij aan haar dochtermatschappij. Volgens partijen ter uitvoering van een leningscontract, volgens de belastingadministratie betrof het een inbreng en dienden de door de dochter- aan haar moedermaatschappij betaalde interesten als dividenden beschouwd. Bijgevolg waren deze bedragen, aldus de fiscus, niet aftrekbaar in hoofde van het filiaal.

Het hof van beroep gaf de fiscus gelijk, maar de conclusie bevatte een tegenstrijdigheid: enerzijds stelde het hof vast dat partijen alle juridische gevolgen hadden aanvaard van het contract van lening, anderzijds dat deze handelwijze "in fraudem legis" gebeurde.

Het Hof van Cassatie vernietigde het arrest: "Il n'y a ni simulation prohibée à l'égard du fisc, ni partant, fraude fiscale, lorsque, en vue de bénéficier d'un régime fiscal plus favorable, les parties usant de la liberté des conventions, sans violer aucune obligation légale, établissent des actes dont elles acceptent toutes les conséquences, même si la forme qu'elles leur donnent n'est pas la plus normale.

"Est entachée de contradiction l'arrêt qui fonde sa

⁶⁷ KRINGS, *op. cit.*, blz. 472.

⁶⁸ SCAILEUR, *op. cit.* (zie voetnoot 61), blz. 294.

⁶⁹ Cass., 6 juni 1961, *Pas.*, 1961, I, 1082, *Rec. Gén.*, 20419.

décision à la fois sur ce que des actes sont simulés et sur ce que qu'ils ont été faits en fraude de la loi avec la volonté d'en déduire toutes les conséquences juridiques."

C. Scaileur schreef desbetreffend in zijn annotatie: "La cour d'appel avait voulu déterminer les effets juridiques de la fraude à la loi... L'acte est objectivement irréprochable, mais il a été accompli dans le dessein frauduleux de soustraire à l'impôt une opération qui aurait dû y être assujettie"⁷⁰.

Stellen dat de strekking van de wet zou worden miskend, indien de door de belastingplichtige vooropgestelde werkelijkheidsgetrouwe rechtstoestand niet op dezelfde wijze zou worden beoordeeld en belast als een andere rechtshandeling, belastbaar gesteld door die wet, is in België evenmin als in Frankrijk haalbaar. Deze en de in voetnoot aangehaalde rechtspraak dient ons te verheugen, ook al vormt ze, wat mijn studie betreft, het rode licht waarvoor de "leer van de wetsontduiking" blijft stilstaan (71-72-73).

Jan BEIRENS

Assistent aan de V.U.B.

⁷⁰ C. SCAILEUR, noot onder Cass., 6 juni 1961, *Rec. Gén.*, 29419; zie ook van SCAILEUR "La fraude à la loi en droit fiscal" *Rec. Gén.*, 20079.

⁷¹ Zie voor verdere rechtspraak in België:

- Cass., 18 juni 1908, *Pas.*, 1908, I, 257, met advies van E. JANSSENS: "Il n'est jamais permis de frauder, tandis qu'il est loisible aux parties intéressées d'éviter la perception du droit en ne se plaçant pas dans les conditions qui en justifient l'application. Mais ce qui n'est pas admissible, c'est qu'on se procure ou qu'on recueille les avantages d'une situation déterminée sans en supporter les charges". SCAILEUR, *op. cit.*, (zie voetnoot 61), blz. 293, voegt daaraan toe: "Cela revient à dire que, comme l'ont proclamé à plusieurs reprises les tribunaux belges, le désir d'échapper à l'impôt est légitime, du moment qu'il se réalise sans violation de la loi".

- Cass., 17 januari 1924, *Pas.*, 1924, I, 127;

- Cass., 9 juni 1947, *Pas.*, 1947, I, 254 (besproken door KRINGS, *op. cit.*, blz. 466).

Voor de rechtspraak in Frankrijk:

- Cass. fr., 2 mei 1849, *D.P.*, 1849, I, 132: "L'on ne saurait voir une fraude dans l'exercice régulier d'une faculté légale";

- Cass., fr., 24 april 1854, *D.P.*, 1854, I, 157;

- Rb. Nantes, 26 april 1879, *D.P.*, 1879, 3, 71;

- Cass., fr., 19 april 1932, *D.P.*, 1932, I, 125, gecommuniceerd door SCAILEUR, *op. cit.* (zie voetnoot 61), blz. 296.

⁷² Zie ook: E. KRINGS, "L'interprétation des lois fiscales d'après la forme ou le fond", rapport voor het 19e congres van de I.F.A. (International Fiscal Association) te Londen, 1965, o.m. in *R.F.*, 1965, 213-227; K. ANTAL, "Enkele beschouwingen over het interpreteren door de belastingrechter", *Fiscale Monografieën*, geschrift nr. 7, Kluwer; Acta van het colloquium door het Belgische Instituut voor Openbare Financiën, onder leiding van J. VAN HOUTTE, teksten bijeengebracht door M. FRANK (Bruylant 1973).

⁷³ SCHUTTEVÄER, *op. cit.* (zie voetnoot 14), besloot zijn inaugurale rede met de volgende verzen van FLAVIUS CORRIPPUS (± 550 n.C.):

"Nec patimur quemquam sacratum laedere fiscum"

"Nec laedi quemquam sinimus sub nomine fisci"

(FLAVIUS CRESCONIUS CORRIPPUS, *In laudem Iustini Augusti*, liber II, verzen 272 en 273).

ENKELE BESCHOUWINGEN BIJ HET ARREST VARIOLA VAN HET HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN*

1. Dat de Italiaanse Republiek vaak op moeilijkheden stuit bij de toepassing van het gemeenschapsrecht moge blijken uit de recente rechtspraak van het Hof van Justitie. Alleen al in 1973 werd de Italiaanse Republiek driemaal in een rechtstreekse procedure voor het Hof van Justitie veroordeeld¹. Ook langs de prejudiciële procedure om werd de praktijk van de Italiaanse autoriteiten ter discussie gesteld. Het arrest *Fratelli Variola t/ Italiaanse Belastingdienst*² is hiervan een duidelijk voorbeeld.

De moeilijkheden die de Italiaanse Republiek ondervindt bij de toepassing van het gemeenschapsrecht kunnen enigszins worden verklaard. In Italië vindt de dualistische benadering van de "verhouding" tussen de internationale en de interne rechtsorde nog steeds grote aanhang. Volgens deze zienswijze gelden beide rechtsorden naast elkaar, derwijze dat de internationale norm eerst moet worden omgevormd tot een interne norm alvorens toepassing te vinden in de interne rechtssfeer. Dat zulke opvatting de directe werking van communautaire voorschriften bemoeilijkt hoeft geen betoog. Bovendien kunnen ook bepaalde constitutionele voorschriften³ en de politieke instabiliteit de correcte toepassing van het gemeenschapsrecht soms in het gedrang te brengen.

Anderzijds moet vermeld worden dat het Italiaanse Constitutionele Hof eind 1973 een uiterst belangrijk standpunt heeft ingenomen aangaande de verhouding tussen de communautaire en interne rechtsorde, en meer bepaald de draagwijdte van de communautaire verordening⁴. De gedachtengang van het Constitutio-

nele Hof kan als volgt worden samengevat. Uit de definitie van de verordening in artikel 189 van het E.E.G.-Verdrag mag worden afgeleid dat zij "onmiddellijk bindend is voor de Staten en voor hun ingezetenen, zonder dat interne aanpassings- of receptie-normen noodzakelijk zijn"⁵. Verordeningen behoren tot de eigen rechtsorde van de Gemeenschap; en het gemeenschapsrecht en het recht van de Lid-Staten kunnen gedefinieerd worden als zijnde autonoom en gescheiden, wat niet belet dat er toch coördinatie tussen beide moet bestaan en dit volgens de bevoegdheidsverdeling zoals die in het Verdrag is geregeld. Fundamentele eisen van gelijkheid en rechtszekerheid houden in, aldus het Constitutionele Hof, dat de communautaire norm – die niet als een bron van intern recht, noch van vreemd recht, noch van intern recht van de Lid-Staten kan worden beschouwd – volledig verplichtend effect ("piena efficacia obligatoria") en directe toepassing moet hebben in elke Lid-Staat: verordeningen zijn derhalve een "onmiddellijke bron van rechten en verplichtingen voor de Lid-Staten en hun ingezetenen". In dit arrest wordt dan ook uitdrukkelijk gesteld, dat de verordeningen niet het voorwerp mogen uitmaken van nationale maatregelen tot reproductie, aanvulling of uitvoering die zo zijn dat ze de inwerkingtreding van de verordening wijzigen of van bepaalde voorwaarden afhankelijk stellen⁶.

Hiermede komt de gedachtengang van het Constitutionele Hof zeer dicht te staan bij die van het Hof van Justitie. In de door dit laatste Hof gewezen arresten inzake toepassing van verordeningen in Italië, neemt het arrest *Variola* een bijzondere plaats in.

2. Het feitenrelaas van het geschil *Variola* is vrij eenvoudig en reeds eerder had een ongeveer analoog optreden van de Italiaanse autoriteiten tot uitspraken van het Hof van Justitie geleid⁷. In onderhavig geschil

* Onze dank gaat naar Professor Mr. R.H. LAUWAARS, Vrije Universiteit Amsterdam, voor zijn waardevolle opmerkingen.

¹ Zie arrest *Commissie t/ Italiaanse Republiek*, 39/72, 7 februari 1973, *Jur. XIX*, 101, arrest 30/72, 3 februari 1973, *Jur. XIX*, 161; en arrest 79/72, 21 juni 1973, *Jur. XIX*, 667. Zie ook het beroep door de Commissie ingesteld tegen de Italiaanse Republiek, waarin zij beweert dat niet minder dan 20 voorschriften van verordeningen werden geschonden door verder los- en laadgeld te blijven heffen, *PB C 99/4*, 20 november 1973.

² *Jur.*, XIX, 981; verder aangeduid *Variola*.

³ Zie b.v. art. 81, laatste lid van de Grondwet dat bepaalt dat elke wet welke tot nieuwe uitgaven leidt, de middelen ter dekking hiervan dient aan te wijzen. Voor de moeilijkheden die hieruit kunnen voortvloeien op communautair vlak, zie H.v.J., 17 mei 1972, *Leonesto t/ Ministerie van Land- en Bosbouw van de Italiaanse Republiek*, 93/71, *Jur. XVIII*, 287.

⁴ Zie Italiaans Constitutioneel Hof, 18 december 1973, arrest nr. 183, *Rivista di diritto europeo*, 1974, 13, met noot TOMMASI DI VIGNANO; inmiddels is een Nederlandse vertaling verschenen in *S.E.W.*, 1974, 260. Voor een grondige en uitvoerige bespreking van dit arrest, zie J.V. LOUIS, *J.T.*,

1974, 412 e.v. Vermelden we nog dat ook het Italiaanse Hof van Cassatie in 1972 over een communautaire verordening en haar draagwijdte uitspraak heeft gedaan. In dit arrest werd zelfs uitdrukkelijk naar het arrest "le Ski" van het Belgische Hof van Cassatie verwezen, *Cass.*, 6 oktober 1972, *Rivista di diritto europeo*, 1973, 42; voor een noot op dit arrest zie J.-V. LOUIS, *Cah. dr. eur.*, 1973, 595 e.v.

⁵ De Italiaanse versie luidt: "immediatamente vincolanti per gli Stati e per i loro cittadini senza la necessità di norme interne di adattamento o recezione".

⁶ Dit houdt in dat het Constitutionele Hof zijn oorspronkelijk standpunt herzielt. In het *Costa-Enel* arrest van 7 maart 1964 had dit Hof, zich beroepend op de dualistische zienswijze, het "lex posterior derogat priori"-beginsel aangenomen, *Foro Italiano*, 1964, I, 465.

⁷ Zie b.v. H.v.J., 14 december 1971, *Politi t/ Ministerie van Financiën van de Italiaanse Republiek*, 43/71, *Jur. XVII*, 1039.

werden door de Italiaanse autoriteiten 400.000 Lire gevorderd van de Firma Variola wegens "administratieve-, statistiek- en lossingsrechten" voor de invoer van graan uit niet-E.E.G.-landen gedurende de jaren 1965 en 1967. Begin januari 1973 maakte de betrokken firma voor de President van de rechtbank te Triëste een dwangbevelprocedure aanhangig waarin de terugbetaling werd geëist van genoemd bedrag. Verzoekster riep de strijdigheid in van de nationale regeling, op grond waarvan de heffing was doorgevoerd, met communautaire voorschriften, in het bijzonder de verordeningen betreffende de gemeenschappelijke ordening in de sector granen (nrs. 19/62 en 120/67). Volgens deze verordeningen is "de toepassing van enig douanerecht of enige heffing van gelijke werking" onverenigbaar met de toepassing van het stelsel van communautaire heffing⁸.

De nationale rechter schorste het geding en stelde het Hof te Luxemburg enkele prejudiciële vragen. Hij wenste te weten of de in de verordeningen gebezigde uitdrukking "heffingen van gelijke werking" hetzelfde betekende als in artikel 9 e.v. van het E.E.G.-Verdrag. Hierbij aansluitend werd gevraagd of lossingsrechten op ingevoerde waren, geheven op grond van het enkele feit dat goederen gelost worden in Italiaanse havens, met zulke "heffingen van gelijke werking" moesten worden gelijkgesteld. De President van de rechtbank stelde geen vragen m.b.t. het recht voor administratieve diensten en het zg. statistiekrecht. Zoals bekend heeft het Hof reeds eerder het heffen van dergelijke rechten in strijd geacht met communautaire bepalingen⁹. De volgende reeks vragen (vragen 3 tot 6) hadden betrekking op de rechtstreekse toepasselijkheid van verordeningen en op de weerslag van de nationale uitvoering van verordeningen op deze rechtstreekse toepasselijkheid. Onder meer werd gevraagd of de invoering van verordeningvoorschriften in de interne rechtsorde geacht werd te zijn bewerkstelligd door afzonderlijke nationale bepalingen, welke de inhoud van de gemeenschapsbepalingen overnemen (vraag 4). Het belang van deze vraag mag niet worden onderschat, want ingeval zij positief wordt beantwoord, zou onmiddellijk het probleem rijzen of de bevoegdheid van het Hof uitspraak te doen ex artikel 177 hierdoor niet verminderd wordt, aangezien om uitleg zou worden verzocht van een interne regeling (vraag 5). Tenslotte werd nog om een interpretatie verzocht omtrent het tijdstip van inwerkingtreding van de verordeningen.

3. De ontvankelijkheid van het verzoek werd dit keer door de Italiaanse Republiek niet meer betwist.

⁸ Zie art. 18, lid 1, en art. 20, lid 1, van verordening 19/62, alsmede art. 21, lid 1, en art. 18, lid 2, van verordening 120/67.

⁹ Voor statistiekrechten, zie o.a. H.v.J., 1 juli 1969, *Commissie t/ Italiaanse Republiek*, 24/68, *Jur.*, XV, 193 e.v.; voor administratieve rechten, zie H.v.J., 18 november 1970, *Commissie t/ Italiaanse Republiek*, 8/70, *Jur.*, 1970, 961 e.v.

In een vroegere gelijkaardige dwangbevelprocedure had zij betoogd, dat het dossier zonder beantwoording terug naar de nationale rechter moest gestuurd worden omdat een eventueel dwangbevel alleen op grond van de posita van de verzoekster en zonder voorafgaand partijdebat wordt gegeven. Volgens de Italiaanse procedureregeling is er dan pas een geding aanhangig vanaf het tijdstip waarop het "decreto" (beschikking) van de rechter, houdende toewijzing van het verzoek, aan de andere partij wordt betekend¹⁰. Het Hof, zijn klassieke opvatting getrouw omtrent de plaats van de nationale rechter in de prejudiciële procedure, verwerpt deze redenering. Volgens het Hof is het voldoende dat de nationale rechter de uitlegging van het gemeenschapsrecht noodzakelijk acht voor het geven van zijn beslissing. Bovendien behoeft het Hof geen overwegingen te wijden aan de stand van de procedure waarin de vraag is gesteld¹¹. Het is dus, zoals advocaat-generaal Mayras het opmerkt, "niet vereist dat de uitlegging van het gemeenschapsrecht onderwerp is van geschil tussen partijen in een geding voor de nationale rechter: voldoende is dat een vraag van dien aard voor de nationale rechter aan de orde komt"¹².

Met betrekking tot de vraag of de uitdrukking "heffing van gelijke werking" (als douanerechten), gebezigd in de betrokken verordeningen, dezelfde is als in de artikelen 9 e.v. van het E.E.G.-Verdrag¹³ is het Hof vrij bondig. Over de draagwijdte van het begrip "heffingen van gelijke rechten als douanerechten" bestaat immers een uitgebreide rechtspraak, waarop thans niet kan worden ingegaan. Volstaan kan worden met de vaststelling dat in deze rechtspraak een

¹⁰ Zie opmerking van de Italiaanse Regering in het geschil *Politi, Jur.*, XVII, 1044; eveneens *Leonesio, Jur.*, XVIII, p. 292; zie ook rapport van L. FERRARI-BRAVO voor het VIe FIDE Congres (1973) met als thema: "Jurisprudence sur les problèmes généraux de l'intégration", p. 7-8.

¹¹ *Politi, Jur.* XVII, 1048. Het Hof heeft onlangs nog uitdrukkelijk de zienswijze van de Italiaanse Regering verworpen, H.v.J., 21 februari 1974, *Birra Dreher t/ Amministrazione delle finanze dello Stato*, 162/73, nog niet gepubliceerd.

¹² Conclusie in de zaak *Variola*.

¹³ Het E.E.G.-Verdrag voorzag in een afzonderlijke behandeling van "heffingen van gelijke werking" naar gelang het in- of uitvoerrechten betrof. Uitvoerrecht en "heffingen van gelijke werking" waren sedert de inwerkingtreding van het Verdrag verboden. Daarentegen moesten "heffingen van gelijke werking" als invoerrechten tegen het einde van de overgangperiode worden afgeschaft (artikel 13). Vanaf het einde van deze periode (31 december 1969) heeft artikel 13, lid 2, juncto artikel 9 directe werking (H.v.J., 17 december 1970, *Sace t/ Ministerie van Financien van Italië*, 33/70, *Jur.* XVI, 1223). De draagwijdte van het begrip "heffingen van gelijke werking" is evenwel niet steeds duidelijk. Soms vallen rechten die op het eerste gezicht als "heffingen van gelijke werking" kunnen worden beschouwd, onder het stelsel van andere Verdragsbepalingen (b.v. artikel 92); zie hierover P. KAPTEYN en P. VERLOREN VAN THEMAAT, *Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen*, Deventer, 1970, p. 206.

zekere evolutie heeft plaatsgegrepen. In 's Hofs eerste rechtspraak omtrent "heffing van gelijke werking" lag de klemtoon op het al dan niet discriminerend optreden tegenover ingevoerde produkten¹⁴. Het Hof zou echter in het arrest *Sociaal Fonds voor Diamantarbeiders* het begrip verruimen. Luidens dit arrest is een eenzijdig opgelegde geldelijke last – ook al moge hij gering zijn – die wegens grensoverschrijding op de nationale of buitenlandse goederen wordt gelegd en geen douanerecht is in de eigenlijke zin, een heffing van gelijke werking in de zin van de artt. 9 en 12 van het Verdrag, "zelfs wanneer deze last niet ten behoeve van de Staat wordt geheven, geen enkel discriminerende of beschermende werking heeft en al concurreert het belaste produkt niet met enige nationale produkten"¹⁵. Om tot deze conclusie te komen had het Hof een teleologische interpretatie gehuldigd¹⁶. Dit heeft als resultaat dat het principe van het vrij verkeer van goederen fundamenteel is dan dat van non-discriminatie¹⁷.

In het arrest *Variola* volgt het Hof ook een teleologische interpretatie. Het begrip "heffingen van gelijke werking" gebezigd in de betrokken verordeningen met betrekking tot het intracommunautair handelsverkeer beoogt hetzelfde als de artikelen 9 e.v. van het E.E.G.-Verdrag. Dit oogmerk is het vrije verkeer van goederen binnen de Gemeenschap te verzekeren. Het verbod heffingen van gelijke werking als douanerechten toe te passen op ingevoerde goederen uit niet-E.E.G.-landen beoogt een uniforme regeling aan de buitengrenzen te verwezenlijken. Derhalve moet het begrip "heffingen van gelijke werking" in de betrokken verordeningen op dezelfde wijze worden uitgelegd als in de artikelen 9 e.v. van het Verdrag.

Voor de beantwoording van de vraag of de betrokken lossingsrechten als heffingen van gelijke werking als douanerechten moeten worden beschouwd rijzen er geen bijzondere problemen. De betrokken lossingsrechten hebben bovendien nog duidelijk een discriminatoir karakter: ze worden alleen op ingevoerde en

niet op nationale produkten geheven. Deze discriminatoire behandeling heeft derhalve beperkende invloed op het vrije verkeer van goederen. Het feit dat het bedrag van deze lossingsrechten vaak zeer klein is doet aan de onwettelijkheid ervan niets af. De heffing, tezamen met de administratieve formaliteiten, heeft uiteraard reeds een nefaste invloed op het vrij verkeer van goederen.

5. Omtrent de draagwijdte van verordeningen in de interne rechtsorde is vooral in de recente Nederlandse rechtsleer sterk de nadruk gelegd op de noodzakelijkheid van de splitsing van de begrippen "rechtstreekse werking" en "rechtstreekse toepasselijkheid". Naar luid van artikel 189 E.E.G. heeft de verordening een algemene strekking. Zij is verbindend in al haar onderdelen en is "rechtstreeks toepasselijk in elke Lid-Staat". Deze splitsing tussen "rechtstreeks toepasselijk" en "rechtstreekse werking" is ingegeven door de communautaire praktijk in verband met verordeningen¹⁸. Deze praktijk leert ons dat tal van verordeningen zich rechtstreeks tot de Lid-Staat kunnen richten. Deze bepalingen kunnen voor de Lid-Staat een verplichting om iets te doen inhouden¹⁹. Over zulke verordeningvoorschriften zegt Brinkhorst, dat ze het karakter hebben van een raamwet die nadere uitvoering behoeft alvorens ze werking hebben t.a.v. de burgers. Dergelijke bepalingen hebben, volgens hem, dan ook niet automatisch rechtstreekse werking²⁰. "Rechtstreeks toepasselijk" zou enkel betekenen, dat verordeningen als gemeenschapsregelen overal in de Gemeenschap gelden zonder dat de Lid-Staten deze in nationaal recht hoeven om te zetten. In dezelfde zin zeggen Kapteyn en VerLoren van Themaat dat de rechtstreekse toepasselijkheid van de verordening alleen inhoudt dat haar bepalingen "binnen de interne rechtssfeer van de Lid-Staten gelden"²¹. De uitdrukking "rechtstreeks toepasselijk" zou derhalve, aldus J. Winter, alleen slaan op het incorporatievraagstuk. Dat verordeningen rechtstreeks toepasselijk zijn zou enkel betekenen dat zij niet meer moeten worden getransformeerd²². Lauwaars kent echter aan het begrip "rechtstreeks toepasselijk" een ruimere omschrijving toe. Volgens hem heeft de rechtstreekse toepasselijk-

¹⁴ Zie H.v.J., 14 december 1962, *Commissie t/ Koninkrijk België en Groothertogdom Luxemburg*, 2-3/62, Jur. VIII, 867.

¹⁵ H.v.J., 1 juli 1969, *Sociaal Fonds voor diamantarbeiders t/ Brachfeld e.a.*, 2-3/69, Jur. XV, 222, R.W., 1969-70, 181. Voor recente rechtspraak over het begrip "heffingen van gelijke werking" zie bv. *Marimex t/ Italiaanse belastingdienst*, 29/72, 14 december 1972, Jur. XVIII, 1309; *Capolongo t/ Maya*, 77/72, 19 juni 1973, Jur. XIX, 611; *Riseria Luigi Geddo t/ Ente Naz. Risi*, 2/73, 12 juli 1973, Jur. XIX, 865; *Rewe t/ Dir. Landwirtschaftskammer Westfalen-Lippe*, 39/73, 11 oktober 1973, Jur. XIX, 1039.

¹⁶ Zie hieromtrent P. PESCATORE, "Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de Justice", in *Miscellanea Ganshof van de Meersch*, Brussel, 1973, II, p. 333-335 en 340-342; zie ook A. DE VREESE, "Beschouwingen bij enkele recente arresten van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen", R.W., 1969-70, 511-512.

¹⁷ P. PESCATORE, o.c., p. 335.

¹⁸ Over deze praktijk zie J.-V. LOUIS, *Les règlements de la C.E.E.*, Brussel, 1969, p. 186 e.v. en p. 313 e.v.

¹⁹ Over het belang van de aard van de verplichting voor de Lid-Staat bij het bepalen van de directe werking, zie G. SCHRANS, "Heeft het einde van de overgangperiode, ingericht door art. 8 van het E.E.G.-Verdrag, ten gevolge dat sommige verdragsvoorschriften directe werking krijgen?", S.E.W., 1970, 238 e.v.

²⁰ L.-J. BRINKHORST, *Grondlijnen van Europees recht*, Groningen, 1973, p. 89-90; van dezelfde auteur zie ook noot op het arrest *Grad, A.A.*, 1971, 147.

²¹ P. KAPTEYN en P. VERLOREN VAN THEMAAT, o.c., p. 127.

²² Zie J. WINTER, "Direct applicability and direct effect: two distinct and different concepts in Community law", C.M.L.Rev., 1972, 436; eveneens noot op arresten 48/71, 93/71 en 39/72, C.M.L.Rev., 1973, 329-330.

heid van de verordeningen tot gevolg, dat zij steeds "door de nationale rechters moeten worden toegepast ingeval zij voor de oplossing van een voor de rechter aanhangig geding van belang zijn". Aanvankelijk had deze auteur nog aangenomen dat verordeningen niet rechtstreeks hoeven te werken²³. Dit onderscheid tussen "rechtstreeks toepasselijk" en "rechtstreeks werkend" kwam echter niet voort uit het situeren van het begrip "rechtstreeks toepasselijk" op het incorporatievlak, doch wel uit een enge interpretatie van het begrip "rechtstreekse werking", nl. het verlenen van rechten of opleggen van verplichtingen t.a.v. particulieren²⁴. In de recente editie van zijn proefschrift heet het echter, en hiervoor laat hij zich inspireren door 's Hof's rechtspraak, "that all regulations at all times possess *direct effect*, that is to say that – irrespective of whether they explicitly embody rights and/or obligations with regard to individuals – they in any case entitle them to invoke their provisions in the courts"²⁵. Hiermede kent Lauwaars aan het begrip "rechtstreekse werking" thans een ruime draagwijdte toe: nl. de *mogelijkheid* voor de particulier zich op het voorschrift te beroepen²⁶. Deze interpretatie houdt ook in dat de "rechtstreekse toepasselijkheid", benevens de non-transformatie, eveneens de directe werking (in de ruime zin) met zich medebrengt.

Men doet o.i. de definitie van de verordening, zoals die in artikel 189 van het Verdrag wordt gegeven, onrecht aan door in de "rechtstreekse toepasselijkheid" enkel de niet-incorporatie te lezen. Dit betekent immers dat deze voorwaarde slechts enig belang zou

hebben in de landen met een dualistische traditie²⁷, terwijl in andere Lid-Staten het begrip nagenoeg inhoudsloos wordt. In Frankrijk is b.v. de incorporatievereiste voor besluiten van internationale organisaties afgeschaft wanneer deze besluiten in het officiële bulletin van deze organisatie zijn gepubliceerd²⁸.

Ook het Hof van Justitie geeft duidelijk een ruimere betekenis aan het begrip "rechtstreeks toepasselijk". Reeds in het *Costa-Enel* arrest wijst het Hof op het effect van de verordening in de interne rechtsorde. De bepaling (van artikel 189) dat de verordening "verbindend is en rechtstreeks toepasselijk in elk van de Lid-Staten" zou, aldus het Hof, "van iedere betekenis zijn ontbloot indien een Lid-Staat de gevolgen ervan eenzijdig zou kunnen te niet doen door een wettelijk voorschrift uit te vaardigen, dat boven de gemeenschapsbepalingen uit zou gaan"²⁹. Rechtstreekse toepasselijkheid is dus meer dan de loutere niet-transformatie³⁰.

6. In het arrest *Grad* heeft het Hof zich nogmaals omtrent de draagwijdte van de verordening uitgelaten, doch op eerder tegenstrijdige wijze. In het begin van de vijfde overweging van dit arrest zegt het Hof dat "krachtens de voorschriften van artikel 189 verordeningen rechtstreeks toepasselijk zijn en mitsdien naar hun aard tot directe gevolgen *kunnen* leiden"³¹. Dit wekt de indruk dat verordeningen niet rechtstreeks hoeven te werken. Enkele alinea's verder lijkt het Hof echter een ruimere opvatting te huldigen: "dat het uiteindelijke resultaat, te weten het aan de justitiabelen toekomende recht daarop³² in rechte een beroep te doen, hetzelfde kan zijn als dat waartoe een rechtstreeks toepasselijke bepaling ener verordening leidt"³³. Hier gebruikt het Hof niet meer de woorden "kan leiden", maar wel degelijk "leidt", m.a.w. een verordening heeft directe werking (tenminste in de ruime zin).

In de geschillen waarin het Hof rechtstreeks om uitleg wordt verzocht omtrent de draagwijdte van de verordening is het antwoord dienaangaande duidelijker. In elk van deze geschillen gaat het Hof uit van een principiële vaststelling, en het arrest *Variola* vormt

²³ R.H. LAUWAARS, *Rechtmatigheid en rechtskracht van gemeenschapsbesluiten*, proefschrift, Leiden, 1970, p. 14; zie van dezelfde auteur ook nog noot op het arrest *Grad*, S.E.W., 1971, 290-291.

²⁴ Met de woorden directe werking in de enge en in de ruime zin worden respectievelijk het verlenen van subjectieve rechten (of opleggen van verplichtingen) en de mogelijkheid een voorschrift in te roepen bedoeld. Het gebruik van de woorden "eng" en "ruim" vraagt wel enige omzichtigheid: directe werking in de ruime zin hoeft immers niet directe werking in de enge zin te omvatten.

²⁵ R.H. LAUWAARS, *Lawfulness and legal force of Community decisions*, Leiden, 1973, p. 14.

²⁶ Zie hieromtrent ook het basisartikel van J. MERTENS DE WILMARS, "De directe werking van het Europese recht", S.E.W., 1969, 66 e.v.: "de vraag of een bepaling van de Verdragen of van het afgeleid gemeenschapsrecht rechtstreeks bindt, is in de meest algemene zin van het woord, deze te weten of en onder welke voorwaarden rechtssubjecten aan deze of gene normatieve bepaling van het communautaire recht de *mogelijkheid ontleenen om van de rechter te verlangen dat hij dit voorschrift op de aan zijn oordeel onderworpen rechtsbetrekking toepast*". Voor een ruime interpretatie van het begrip rechtstreekse werking zie men ook M. WAELBROECK, "L'application du droit communautaire par le juge national", in *De individuele rechtsbescherming in de Europese Gemeenschappen*, Postdoctorale leerang, 1965-1966, Antwerpen, 1967, p. 185-186; voor een verdere uitwerking zie van dezelfde auteur "Effets internes des obligations imposées à l'Etat", in *Miscellanea Ganshof van der Meersch*, p. 573 e.v.

²⁷ De verordening, luidens de Duitse tekst van artikel 189, "gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat". Deze versie wekt misschien te zeer de indruk dat enkel de niet-incorporatie wordt bedoeld.

²⁸ Decreet van 14 maart 1953, J.O., 15 maart 1953.

²⁹ H.v.J., 15 juli 1964, 6/64, Jur. X, 1219.

³⁰ Wanneer men aanneemt dat het gemeenschapsrecht een "eigen interne rechtsorde" vormt, dan behoeft een verordening geen transformatie, niet wegens haar "rechtstreekse toepasselijkheid", zoals bepaald in artikel 189, maar wegens de aard van het gemeenschapsrecht. "Rechtstreekse toepasselijkheid" is in deze hypothese iets anders dan de non-incorporatie.

³¹ H.v.J., 6 oktober 1970, *Grad t/ Finanzamt Traunstein*, 9/70, Jur. XVI, 838.

³² Bedoeld wordt "beschikking".

³³ Arrest *Grad*, Jur., XVI, 839.

hierop geen uitzondering. Deze luidt als volgt: "Overwegende dat een gemeenschapsverordening naar luid van artikel 189, tweede alinea, van het Verdrag, 'een algemene strekking' heeft en 'rechtstreeks toepasselijk (is) in elke Lid-Staat'; dat de verordening derhalve naar haar aard en functie in het stelsel van de communautaire rechtsbronnen, rechtstreeks werkt en als zodanig aan particulieren rechten kan verlenen, die de nationale rechter verplicht is te beschermen"³⁴.

Met deze zeer algemene overweging bevestigt het Hof in de eerste plaats dat iedere verordening "rechtstreeks werkt". Vraag is echter of het Hof aan het begrip "directe werking" een ruime of beperkte betekenis toekent. Zoals bekend heeft het Hof in zijn rechtspraak over de rechtstreekse werking van Verdragsbepalingen het fenomeen van de directe werking gewoonlijk in verband gebracht met het verlenen van subjectieve rechten. Achtergrond hiervan is ongetwijfeld de formulering geweest van de Tariefcommissie in het *Van Gend en Loos*-geschil. In 1968 sprak het Hof evenwel over de "handhaving van de belangen der onderdanen"³⁵, en in enkele latere arresten wordt gewezen op de "directe gevolgen" van een communautaire bepaling³⁶.

De geciteerde algemene overweging die in het arrest *Variola* voorkomt, evenals in de andere arresten over de rechtstreekse werking van verordeningen, sluit stellig de ruime interpretatie niet uit. Uit de "rechtstreekse werking" van de verordening, leidt het Hof af, dat ze, "als zodanig aan particulieren rechten kan verlenen". Dit kan worden uitgelegd dat, eenmaal vastgelegd dat de particulier zich steeds op de verordening kan beroepen, deze ook subjectieve rechten kan scheppen³⁷. Dergelijke subjectieve rechten dienen echter

niet noodzakelijk te ontstaan bij de inwerkingtreding van de verordening³⁸. Een verordening waarbij een Lid-Staat wordt verzocht *iets te doen* zal slechts subjectieve rechten doen ontstaan wanneer de tijds-limiet die in deze verordening is gesteld, wordt overschreden. Het is in die zin dat de uitspraak in het arrest *Leonesio* moet worden gezien, waar het Hof stelt "dat de onderhavige tegen de Staat geldend te maken vorderingsrechten ontstaan, wanneer de in de verordening genoemde voorwaarden zijn vervuld, zonder dat hun uitoefening, op nationaal niveau, kan worden onderworpen aan andere toepassingsbepalingen dan in de verordening zelf kunnen zijn voorgeschreven"³⁹.

In het geschil *Variola* was het Hof niet geconfronteerd met een uitstel van het ontstaan van subjectieve rechten. De betrokken verordeningen hielden voor de Lid-Staten een verplichting in zich te *onthouden* heffingen van gelijke werking als douanerechten toe te passen. Gevraagd werd of de betrokken bepalingen van de verordeningen moesten worden geacht rechtstreeks toepasselijk te zijn in de Lid-Staten en aldus ten behoeve van particulieren rechten deden ontstaan welke de nationale rechter moet handhaven. Het Hof herhaalt de reeds eerder geciteerde principes over definitie en aard van de verordening. Zonder de betrokken verordening voorschriften aan deze algemene overwegingen te toetsen, concludeert het Hof dat "derhalve de gestelde vraag bevestigend dient te worden beantwoord". Dit besluit wekt de indruk onmiddellijk te zijn afgeleid uit de algemene overweging omtrent aard en draagwijdte van de verordening, waardoor het Hof eigenlijk tot een principiële vaststelling komt: de verordening verleent subjectieve rechten. Toch impliceert de algemene overweging omtrent aard en draagwijdte van de verordening niet steeds, zoals hierboven werd aangetoond, het onmiddellijke bestaan van subjectieve rechten. Men zou van de verordening kunnen zeggen, dat ze een potentiële directe werking heeft in de enge zin. In de brede betekenis is de verordening altijd direct werkend. Ingeval een handeling, die zich als een verordening voordoet, hieraan niet voldoet, dan kan bezwaarlijk nog van een verordening worden gesproken⁴⁰. Volledigheidshalve nog dit: tegen de opvatting dat het Hof ook een principi-

met voorgaande jurisprudentie waarin de mogelijkheid een verordening in te roepen is afgeleid uit artikel 189 E.E.G. Zelfs al had het verordening voorschrift niet aan deze criteria voldaan, dan nog had dit o.i. niet kunnen betekenen dat men als particulier zich niet op het voorschrift had kunnen beroepen.

³⁸ Vgl. ook J.-V. LOUIS, *Les règlements de la C.E.E.*, p. 273.

³⁹ Arrest *Leonesio*, Jur. XVIII, p. 294. Dit houdt in, aldus J.-V. LOUIS, dat "les effets immédiats dans les relations entre Etat et particuliers peuvent être temporairement paralysés", *Cah. dr. eur.*, 1972, 337. De uitdrukking "effets immédiats" in de gedachtengang van deze auteur moet gezien worden in de context van het verlenen van subjectieve rechten.

⁴⁰ Zulke handeling wordt b.v. een richtlijn.

³⁴ Zie arresten *Politi*, Jur. XVII, 1049; H.v.J., 7 maart 1972, *Marimex t/ Ministerie van Financiën van de Italiaanse Republiek*, 84/71, Jur. XVIII, 97; H.v.J., 17 mei 1972, *Leonesio t/ Ministerie van Land- en Bosbouw van de Italiaanse Republiek*, 93/71, Jur., XVIII, 294.

³⁵ H.v.J., 19 december 1968, *Salgoil t/ Min. Buit. Zaken van de Italiaanse Republiek*, 13/68, Jur. XIV, p. 645.

³⁶ Zie het reeds geciteerde arrest *Grad*, p. 841; vgl. ook arrest *Capolongo, o.c.*, p. 622. Zie hieromtrent eveneens P. PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés européennes*, cursus aan Univ. Luik, 1973, p. 212-213.

³⁷ De uitspraak van het Hof in de zaak *Schlüter* wekt enige verwondering. In het kader van het Gatt geconsolideerde rechten werden in de bijlagen van het gemeenschappelijk douanetarief (verordeningen 950/68, gewijzigd bij verordening 1/72) opgenomen. Het Hof oordeelt dat, als deel van een gemeenschapsverordening, de betrokken Gatt-bepaling ten behoeve van justitiabelen rechten medebrengt waarop dezen zich in rechte kunnen beroepen; "dat zij immers duidelijk en bepaald is en aan de met toepassing belaste autoriteiten geen enkele beoordelingsvrijheid laat" (H.v.J., 24 oktober 1973, 9/73, Jur., XIX, 1158). Men kan zich afvragen waarom het Hof, na te hebben vastgesteld dat het betrokken Gatt-voorschrift deel uitmaakt van een verordening, nogmaals de klassieke criteria voor de directe werking hieraan toevoegt. Dit wekt de indruk dat deze criteria ook bepalend zouden zijn voor de "inroepbaarheid" van de verordening. Deze interpretatie is echter in strijd

eel standpunt heeft ingenomen inzake de directe werking van de verordening in de zin van het verlenen van subjectieve rechten kan enigszins worden ingeroepen dat het Hof het begrip "heffingen van gelijke werking", gebezigd in de betrokken verordeningen gelijk had gesteld met dezelfde uitdrukking in de artikelen 9 e.v. van het Verdrag, die luidens de vroegere rechtspraak, direct werkt in de zin van het "verlenen van rechten". Aangezien het Hof bij de beantwoording van de vraag omtrent het bestaan van subjectieve rechten nergens hiernaar verwijst, geloven we dat deze laatste interpretatie niet moet worden gevolgd.

7. Aangaande de vraag omtrent de opnemings door de Italiaanse Republiek bij wege van interne maatregelen van bepalingen van verordeningen is het Hof zeer duidelijk. De rechtstreekse toepasselijkheid van de verordening, aldus het Hof, *vooronderstelt*⁴¹ dat de verordening "in werking treedt en ten gunste of ten laste van rechtssubjecten wordt toegepast zonder dat daartoe enige maatregel tot receptie in het nationale recht vereist is". Gaat de Lid-Staat toch tot receptie over, dan kan deze op generlei wijze de draagkracht van de rechtstreeks toepasselijke verordeningen verminderen.

Dat de verordening geen receptie behoeft lijkt een evidentie op zichzelf. Het Hof herinnert daarom de Italiaanse Republiek eraan, dat de rechtstreekse werking van de verordeningen niets in de weg mag worden gelegd. Men kan zeggen dat dit een onmiddellijk gevolg is van artikel 5 van het Verdrag⁴². Bovendien wordt door de receptie van de verordening in het interne recht gehandeld in strijd met heel de omschrijving van artikel 189, lid 2. Niet alleen wordt inbreuk gepleegd op de "rechtstreekse toepasselijkheid", maar

evenzeer komt de "gelijktijdige en uniforme toepassing van de verordening" in het gedrang⁴³.

Tenslotte heeft de receptie nog tot gevolg dat de nationale rechter de voorkeur kan geven aan de interne regel boven de verordening⁴⁴. Dit betekent dat het belangrijke artikel 177 van zijn draagkracht verliest. In de praktijk komt dit neer op een beperking van 's Hofs bevoegdheid. Het Hof beklemtoonst daarom in het arrest *Variola* dat "in weerwil van elke nationale wettelijke maatregel die een communautair rechtsvoorschrift in nationaal recht beoogt te transformeren, de bevoegdheid van het Hof, met name krachtens artikel 177, onverkort blijft".

Eenmaal de transformatietechniek verworpen vergen de laatste vragen geen uitleg meer. Het is duidelijk dat het tijdstip van inwerkingtreding door de receptie zelf niet kan worden gewijzigd. Met het Hof kan ook besloten worden dat tegen de rechtstreekse werking in rechte geen nationale wettekst kan worden ingeroepen "zonder dat de wezenlijke aard van het gemeenschapsrecht als zodanig en het fundamentele beginsel van de voorrang der communautaire rechtsorde in gevaar wordt gebracht".

Marc MARESCAU
Aspirant N.F.W.O.

⁴³ Zie ook H.v.J., 7 februari 1973, *Commissie t/ Italiaanse Republiek*, 39/72, *Jur.* XIX, 114.

⁴⁴ Een prototype voorbeeld hiervan is de uitspraak van het Trib. Civ. te Rome, 11 november 1971, S.I.C.I.C. t/ Min. Buit. Han., *Il diritto negli scambi internazionali*, 1972, p. 474-480. Volgens deze beslissing zijn de interne voorschriften exclusief toepasselijk en kan derhalve geen prejudiciële vraag gesteld worden aan het Hof van Justitie. Een wet die de inhoud van een verordening overneemt vervangt deze laatste en wordt een directe bron van recht. De receptie, aldus dit vonnis, ontnemt automatisch de bevoegdheid van het Hof van Justitie volgens artikel 177.

⁴¹ De Franse tekst bezigt het woord "exige".

⁴² Zie eveneens arrest *Leonesio*, p. 296.

VERZEKERING VAN ARBEIDSONGEVALLEN RISICO'S BIJ OPDRACHTEN IN HET BUITENLAND

De kwestie, in hoeverre een werknemer die door zijn werkgever met een opdracht in het buitenland belast is, geacht moet worden zich in de uitvoering van de arbeidsovereenkomst te bevinden en diens gevolge bij ongeval met lichamelijk letsel op de arbeidsongevallenvergoeding aanspraak mag maken, heeft reeds tot tegenstrijdige rechtspraak aanleiding gegeven.

Een arrest van het Arbeidshof te Luik van 12 april 1972 (*De Verzekering*, 1972, 763) bevestigt een vonnis van de Arbeidsrechtbank te Luik van 5 november 1971, dat beslist, dat een met een opdracht in het buitenland belaste werknemer niet noodzakelijkerwijze 24 uren per etmaal onder het gezag, de leiding en het

toezicht van zijn werkgever staat, en dat bijgevolg, wanneer zich een ongeval heeft voorgedaan onder omstandigheden van tijd en plaats die aan de uitvoering van de arbeidsovereenkomst of aan de arbeidsweg vreemd zijn, de vordering van het slachtoffer niet gegrond is. In casu was de betrokkene te Barcelona aangereden op het ogenblik dat hij, omstreeks 22.30 uur, komende van een restaurant, de straat overstak naar zijn hotel.

In een vonnis van 27 november 1973 beslist de Arbeidsrechtbank te Hasselt (*R.G.A.R.*, 1974, 9253) dat het ongeval van een Belgische werknemer tijdens een nachtwandeling in Amsterdam wel als een arbeidson-

geval aangemerkt moet worden. Een bediende die in opdracht van zijn werkgever een studiereis van enkele dagen in het buitenland onderneemt, bevindt zich, aldus het vonnis, gedurende de gehele zending onder het gezag, de leiding en het toezicht van zijn patroon.

Zowel het Luikse arrest als het Hasseltse vonnis zijn in de tijdschriften die ze publiceerden, het voorwerp van een goedkeurende, maar zeer summierse noot. Het loont misschien de moeite er wat dieper op in te gaan.

Mag men, zoals de Arbeidsrechtbank te Hasselt, beweren dat de werknemer tijdens zijn zending bestendig onder toezicht, gezag en leiding van de patroon staat? Kan de werkgever zijn gezag laten gelden wanneer de werknemer tijdens zijn verblijf in het buitenland naar de bioscoop gaat, een dancing bezoekt of gewoon een nachtwandeling maakt? Dat zou, dunkt ons, een uiting zijn van een onduldbaar paternalisme, waartegen de werknemer zich terecht zou verzetten, en het lijkt wel ondenkbaar dat de patroon zijn ondergeschikte voor die activiteiten ter verantwoording zou roepen. De uitspraak van de rechtbank te Hasselt is o.i. te absoluut.

Maar wij kunnen ook moeilijk de thesis van het Luikse hof onderschrijven, volgens welke de werknemer het bewijs moet leveren, dat het ongeval waarvan hij het slachtoffer werd, wel degelijk tijdens de uitvoering van de arbeidsovereenkomst gebeurd is.

In de eerste plaats geloven wij, dat een tijdelijke zending naar het buitenland bepaalde activiteiten, ook van privé-aard, impliceert, die *noodzakelijkerwijze* aan de zending zelf verbonden zijn en als zodanig risico's behelzen, die van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst deel uitmaken.

Noodzakelijk met de zending verbonden lijkt ons de bevrediging van de natuurlijke behoeften van rust en voeding, alsmede de verplaatsingen die de bevrediging van die behoeften meebrengt. Handelingen in dat verband worden niet louter vrijwillig door de werknemer verricht. Hij stelt ze op die bepaalde plaats om-

dat hij met een opdracht belast is, en niet uit eigen keuze, zelfs indien hij m.b.t. de modaliteiten een zekere vrijheid heeft. Daarom ook worden de kosten van die behoeften door de patroon ten laste genomen.

Daarenboven geloven wij, dat de werknemer tijdens de gehele duur van de opdracht zijn gezag kan uitoefenen, en die mogelijkheid is voldoende om het geheel als de uitvoering van de arbeidsovereenkomst te kunnen beschouwen. Zo mag de patroon eisen, dat de werknemer in een bepaalde plaats zijn intrek neemt en dat verplaatsingen tot een bepaalde straal beperkt blijven; hij mag eisen, dat de werknemer laat weten waar en wanneer hij bereikt kan worden om instructies in ontvangst te nemen. De patroon zal ook de onkostenrekening nazien en zo achteraf controle op bepaalde handelingen uitoefenen.

Omdat de werkgever zijn gezag in principe tijdens de hele duur van de opdracht kan laten gelden over alles wat noodzakelijkerwijze met de opdracht verband houdt, menen wij, dat er een vermoeden bestaat dat de werknemer zich tijdens de hele duur van de zending in de uitvoering van de arbeidsovereenkomst bevindt.

Wij menen echter ook, dat dit vermoeden vervalt wanneer blijkt, dat het ongeval geen gevolg van een aan de opdracht verbonden risico is, aldus wanneer de werknemer op eigen initiatief en voor zijn persoonlijk genoegen een louter privé handeling verricht.

Het wil ons dan ook voorkomen, dat het Arbeidshof te Luik aan het ongeval op de weg van het restaurant waar de werknemer zijn avondmaal gebruikt had, naar zijn hotel waar hij ging overnachten, het karakter van arbeidsongeval had moeten toekennen.

Maar wij kunnen evenmin het vonnis van de Arbeidsrechtbank te Hasselt goedkeuren. Een nachtwandeling kan bezwaarlijk een noodzakelijk bestanddeel van een opdracht genoemd worden: het gezag van de werkgever of de mogelijkheid het uit te oefenen houdt dan op.

P. GILOT

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

1^e KAMER – 6 JUNI 1974

Voorzitter: de h. Perrichon

Raadsheer-verslaggever: Baron Vinçotte

Advocaat-generaal: de h. Charles

Advocaten: mrs. P. Ansiaux en J. Fally

Overeenkomst—Gevolgen die door de wet aan de verbintenissen worden toegekend—Levering van een oplegger door een constructeur—Strafrechtelijk bepaalde technische eisen—Met strafwet strijdige levering—Algemene koopvoorwaarden—Factuur.

Een buitenlandse constructeur, erkend als bevoegde constructeur van aanhangwagens, zoals bedoeld bij de artikelen 4 en 5 van het K.B. van 15 maart 1968 houdende algemeen reglement op de technische eisen waaraan de motorvoertuigen en hun aanhangwagens moeten voldoen, had de contractuele verplichting op zich genomen een oplegger, bestemd om in België op de openbare weg te worden gebruikt, te bouwen en te leveren.

Uit de van strafsancities voorziene bepalingen van het K.B. van 15 maart 1968 volgt dat alleen de verkoper de door dat besluit opgelegde verplichtingen kon vervullen, dat bij ontstentenis van naleving ervan de oplegger niet kon gebruikt worden tot de doeleinden waartoe hij krach-

tens de overeenkomst bestemd was, en dat de partijen niet, zonder de strafwet te schenden, hadden kunnen overeenkomen, dat de oplegger zonder voorafgaande goedkeuring van het type en attest van gelijkvormigheid zou geleverd worden.

Overeenkomsten verbinden niet alleen tot hetgeen daarin uitdrukkelijk bepaald is, maar ook tot alle gevolgen die, onder meer, door de wet aan de verbintenis worden toegekend.

De verplichting om een zaak te leveren strekt zich tot haar toebehoren uit.

De algemene koopvoorwaarden van de verkoper konden geen geldige toepassing vinden voor zover ze met de voorschriften van de strafwet in strijd waren, en de koper kon evenmin rechtsgeldig een met deze strafwet strijdige levering aanvaarden.

De rechter heeft derhalve kunnen beslissen, dat noch het feit dat de koper de facturen niet tijdig heeft geprotesteerd, noch de algemene koopvoorwaarden van belang zijn, daar ze niet beletten dat de verkoper door verplichtingen van openbare orde niet uit te voeren aan zijn leveringsplicht te kort gekomen is.

N.V. Hulo – Gebroeders van Huet's Laad- en Lossystemen t/ Coulier

Gelet op het bestreden arrest, op 29 maart 1973 door het Hof van beroep te Gent gewezen ;

Over de middelen, afgeleid, het eerste, uit de schending van de artikelen 1319, 1320, 1322 van het Burgerlijk Wetboek en 97 van de Grondwet,

doordat het arrest beslist dat de hoofdeis ongegrond is en de tegeneis gegrond, op de volgende motieven : "de appellat (hier verweerder) roept terecht de voorschriften van het koninklijk besluit van 15 maart 1968 in, waarin onder meer bepaald wordt dat elk type dat in België ingevoerd wordt, vooraf moet goedgekeurd worden en de aanvraag tot goedkeuring moet gedaan worden door de constructeur, welke een gelijkvormigheidsattest moet bezorgen om ter schouwing afgegeven te worden. Uit de overgelegde stukken blijkt dat de geïntimeerde aan deze voorschriften niet heeft voldaan. De kwestie van het niet tijdig protesteren van de facturen heeft geen belang : de voornoemde voorschriften zijn van openbare orde en hier-tegenover gelden de stipulaties van het contract en de algemene voorwaarden niet. Gezien de geïntimeerde tekort gekomen is aan haar leveringsplicht, is de tegeneis tot ontbinding van het contract gegrond",

terwijl, eerste onderdeel, eiseres in conclusie voorhiel dat bewuste "spoorloper wel terdege werd goedgekeurd alleen met een beperking. De assen speciaal besteld door de heer Coulier en door de naamloze vennootschap Kolo gemonteerd, waren toen in België nog niet opgenomen in hun dossier zodat het Ministerie de tonnage reduceerde tot 16.950 kilogram volgens bericht d.d. 8 augustus 1969 van het Ministerie van Verkeerswezen aan de heer Brugmans te Veldwezelt, vertegenwoordiger van de naamloze vennootschap Kolo in België",

en terwijl door eenvoudig te zeggen dat uit de neergelegde stukken blijkt dat eiseres niet aan de voorschriften van het bedoeld koninklijk besluit heeft voldaan, het arrest de bewijskracht miskent én van de conclusie door eiseres genomen én van het bericht d.d. 8 augustus 1969 van het Ministerie van Verkeerswezen, wijl uit beide do-

cumenten voortspruit dat eiseres de goedkeuring heeft aangevraagd en bekomen mits beperking van de tonnage, overeenkomstig de voorschriften van bedoeld koninklijk besluit (schending van de artikelen 1319, 1320 en 1322 van het Burgerlijk Wetboek), of, minstens, niet voldoende naar recht gemotiveerd is daar het deze conclusie van eiseres niet beantwoordt (schending van artikel 97 van de Grondwet) ;

tweede onderdeel, zo het juist is dat het koninklijk besluit van 15 maart 1968 bij bepalingen van openbare orde voorschrijft, zoals het arrest het aanhaalt, dat elk type dat in België ingevoerd wordt, vooraf moet goedgekeurd worden en de aanvraag tot goedkeuring moet gedaan worden door de constructeur, welke een gelijkvormigheidsattest moet bezorgen om ter schouwing afgegeven te worden, bedoeld koninklijk besluit nochtans geenszins bepaalt noch oplegt dat het risico voortspruitend uit de weigering van goedkeuring door de overheid of een goedkeuring slechts voor een lager tonnage op de constructeur zal wege, het de partijen aldus vrijstaat te bedingen dat dit risico van weigering van goedkeuring of van goedkeuring voor een lager tonnage zal rusten op de koper, en voormeld besluit evenmin bepaalt of oplegt dat de koper een niet goedgekeurde of slechts voor een minder tonnage goedgekeurde wagen bij gebrek aan protest niet als conform mag aanvaarden, overeenkomstig het gemeen recht,

terwijl eiseres in regelmatige conclusie voorhiel enerzijds dat verweerder zonder het minste protest de facturen heeft aanvaard en anderzijds dat verweerder ook "zonder enig voorbehoud de verkoopbevestiging heeft aanvaard met de voorwaarden zoals gestipuleerd in de algemene leveringsvoorwaarden voor de metaalindustrie. Hij hoeft aldus niet uit te pakken met bezwaren van overheidswegen" hiermede verwijzend naar artikel X, paragraaf 3, van de algemene leveringsvoorwaarden van de metaalindustrie,

terwijl, inderdaad, bewuste algemene leveringsvoorwaarden van de metaalindustrie regelmatig aan het Hof overgelegd en in het beroepen vonnis van 28 juni 1971 volledig opgenomen onder artikel X, paragraaf 3,... bepalen : "Ten aanzien van gebreken die geheel of ten dele het gevolg zijn van enig overheidsvoorschrift inzake de aard of de kwaliteit der toegepaste materialen wordt geen garantie gegeven" ..., terwijl aldus het bestreden arrest, door te beslissen dat de stipulaties van het contract en de algemene voorwaarden, en meer bepaald deze voorwaarden die eiseres van iedere aansprakelijkheid ontslaan in geval van gebrek die het gevolg zijn van een overheidsvoorschrift, niet gelden tegenover de voorschriften van het koninklijk besluit en hieruit af te leiden dat eiseres te kort gekomen is aan haar leveringsplicht, aan de bepalingen van het koninklijk besluit een betekenis heeft gegeven die ze niet hebben (schending van de artikelen 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 van het koninklijk besluit van 15 maart 1968) en meteen de werkelijke draagwijdte van de wettig tussen partijen aangegane overeenkomst miskent (schending van de artikelen 6, 1134 en 1135 van het Burgerlijk Wetboek) en bovendien niet voldoende naar recht gemotiveerd is, nu het niet antwoordt op het middel door eiseres opgeworpen als zou verweerder de spoorloper hebben aanvaard door er gebruik van te maken ;

derde onderdeel, eiseres in conclusie voorhiel dat verweerder de bewuste spoorloper had aanvaard zoals dit

blijkt uit het feit dat verweerder zonder het minste protest de facturen heeft aanvaard en uit het feit dat verweerder erkent de oplegger te hebben gebruikt althans de banden die hij op de eerste oplegger zou aangebracht hebben ;

het tweede, uit de schending van de artikelen 6, 1134, 1135, 1582, 1583, 1603, 1604, 1614, 1615, 1641, 1642, 1643 van het Burgerlijk Wetboek, 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 van het koninklijk besluit van 15 maart 1968 houdende algemeen reglement op de technische eisen waaraan de motorvoertuigen en hun aanhangwagens moeten voldoen, en 97 van de Grondwet,

doordat op de middelen door eiseres in conclusie ontwikkeld, waar zij voorhield enerzijds dat verweerder "ook zonder enig voorbehoud de verkoopsovereenkomst heeft aanvaard met de voorwaarden zoals gestipuleerd in de algemene leveringsvoorwaarden van de metaalindustrie. Hij heeft aldus niet uit te pakken met bezwaren van overheidswege", hiermede verwijzend naar artikel X, paragraaf 3, van de algemene leveringsvoorwaarden van de metaal- en elektronische industrie in het beroepen vonnis op 28 juni 1971 hernomen en dat luidt : "Ten aanzien van gebreken die geheel of ten dele het gevolg zijn van enig overheidsvoorschrift inzake de aard of de kwaliteit der toegepaste materialen, wordt geen garantie gegeven" en anderzijds dat verweerder de bewuste spoorloper had aanvaard zoals blijkt uit het feit dat hij de facturen zonder het minste protest had aanvaard en uit het feit dat hij zelf erkent de oplegger te hebben gebruikt, althans de banden die hij op de eerste oplegger zou aangebracht hebben, het arrest beslist dat de hoofdeis ongegrond is, de tegeneis gegrond op de volgende motieven : "de appellant (hier verweerder) roept terecht de voorschriften van het koninklijk besluit van 15 maart 1968 in, waarin onder meer bepaald wordt dat elk type dat in België ingevoerd wordt vooraf moet goedgekeurd worden en de aanvraag tot goedkeuring moet gedaan worden door de constructeur, die een gelijkvormigheidsattest moet bezorgen om ter schouwing afgegeven te worden. Uit de overgelegde stukken blijkt dat de geïntimeerde aan deze voorschriften niet heeft voldaan. De kwestie van het niet tijdig protesteren van de facturen heeft geen belang : de voornoemde voorschriften zijn van openbaar orde en hiertegenover gelden de stipulaties van het contract en de algemene voorwaarden niet. Gezien de geïntimeerde tekort gekomen is aan haar leveringsplicht, is de tegeneis tot ontbinding van het contract gegrond",

terwijl, eerste onderdeel, door te beslissen dat het niet tijdig protest van de facturen zonder belang is om de reden dat de stipulaties van het contract niet gelden tegenover het koninklijk besluit van 15 maart 1968 het arrest niet logisch gemotiveerd is, nu inderdaad de conformiteit van het geleverde en het vermoeden van aanvaarding bij gebrek aan tijdig protest van de facturen niet voortspuit uit de voorwaarden en stipulaties van het contract maar uit het gemeen recht zodat het arrest dit middel niet beantwoordt (schending van artikel 97 van de Grondwet) ;

tweede onderdeel, het arrest geen enkel antwoord geeft op het middel door eiseres ontwikkeld als zou het gebruik van de spoorloper de aanvaarding ervan door verweerder medebrengen (schending van artikel 97 van de Grondwet) ;

derde onderdeel, zo het juist is dat het koninklijk besluit van 15 maart 1968 bij bepalingen van openbare orde

voorschrijft, zoals het arrest het aanhaalt, dat elk type dat in België ingevoerd wordt vooraf moet goedgekeurd worden en de aanvraag tot goedkeuring moet gedaan worden door de constructeur, welke een gelijkvormigheidsattest moet bezorgen om ter schouwing afgegeven te worden, bedoeld koninklijk besluit nochtans geenszins bepaalt noch oplegt dat tussen partijen het risico voortspruitend uit een weigering van goedkeuring door de overheid of een goedkeuring slechts voor een lager tonnage, op de constructeur-verkoper zal wegen en het de partijen aldus vrijstaat te bedingen dat dit risico zal rusten op de koper, en bedoeld koninklijk besluit evenmin bepaalt dat een niet goedgekeurde of slechts voor een minder tonnage goedgekeurde wagen, bij gebrek aan tijdig protest of door gebruik niet als conform kan worden aanvaard overeenkomstig het gemeen recht,

terwijl aldus het arrest, door te beslissen dat het niet tijdig protesteren van de facturen geen belang heeft en dat de stipulaties van het contract en de algemene voorwaarden, en meer bepaald deze voorwaarden die eiseres van iedere garantie ontstaan in geval van gebreken die het gevolg zijn van een overheidsvoorschrift, niet gelden tegenover de voorschriften van openbare orde van het koninklijk besluit en hieruit afleidt dat eiseres tekort gekomen is aan haar leveringsplicht, aan de bepalingen van het koninklijk besluit een draagwijdte heeft gegeven die ze niet hebben (schending van de artikelen 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 en 12 van het koninklijk besluit van 15 maart 1968), meteen de wettelijke draagwijdte van een wettig tussen partijen aangegane overeenkomst miskent (schending van de artikelen 6, 1134, 1135 van het Burgerlijk Wetboek) en eveneens de regelen eigen aan de levering en de aanvaarding in de koop-verkoop overeenkomst schendt (schending van de artikelen 1582, 1583, 1603, 1604, 1614, 1615, 1641, 1642, 1643 van het Burgerlijk Wetboek) ;

Wat het eerste onderdeel van het eerste middel betreft :

Overwegende dat uit de regelmatig aan het Hof overgelegde stukken blijkt dat eiseres, erkend als bevoegde constructeur van aanhangwagens, zoals bedoeld bij de artikelen 4 en 5 van het koninklijk besluit van 15 maart 1968 houdende algemeen reglement op de technische eisen waaraan de motorvoertuigen en hun aanhangwagens moeten voldoen, de contractuele verplichting op zich had genomen een oplegger, bestemd om in België op de openbare weg te worden gebruikt, voertuig waarop de voorschriften van dit koninklijk besluit van toepassing zijn, te bouwen en aan verweerder te leveren ; dat de oplegger werd geleverd en op 4 april 1969 over de Nederlandse grens gebracht ; dat de koop tot een factuur van 1 april 1969 aanleiding gegeven heeft ; dat een bericht "typekeuring van aanhangwagenchassis" van 8 augustus 1969, toegezonden door het Ministerie van Verkeerswezen aan de vertegenwoordiger van eiseres luidt : "Uw aanvraag wordt in beraad gehouden tot U zich met het departement in verbinding zult gesteld hebben en aan de opmerkingen op de keerzijde het vereiste gevolg verleend werd", en dat bedoelde opmerkingen met name hierop betrekking hadden dat de beschrijving van het chassis niet met het bijgevoegde chassisplan overeenstemde en dat het voorwerp van de aanvraag met de geldende veiligheids- en weerstandscriteria onverenigbaar was, en in verband daarmee preciseerden dat de capaciteit onder de tandemas tot 16.950 kilogram diende beperkt te worden ;

Overwegende dat eiseres in haar conclusie aanvoerde dat de oplegger wel degelijk door het departement van Verkeerswezen werd goedgekeurd met de enige beperking dat het toegelaten gewicht tot 16.950 kilogram werd teruggebracht, en zulks uit het bericht van 8 augustus 1969 afleidde ;

Dat het arrest, door eraan te herinneren dat in het koninklijk besluit van 15 maart 1968 wordt bepaald dat elk type dat in België wordt ingevoerd vooraf moet goedgekeurd worden en de aanvraag tot goedkeuring moet gedaan worden door de constructeur, die een gelijkvormigheidsattest moet bezorgen, en door vast te stellen dat uit de aan het hof van beroep overgelegde stukken blijkt dat eiseres niet aan deze voorschriften heeft voldaan, onduidelijk verklaart dat de vereiste goedkeuring niet verleend werd en dat eiseres het gelijkvormigheidsattest niet had afgegeven ; dat de rechter aldus bovenvermelde conclusie beantwoordt door ze tegen te spreken en dat hij zodoende de bewijskracht ervan niet heeft kunnen miskennen ;

Overwegende dat krachtens artikel 10 van het koninklijk besluit van 15 maart 1968 de goedkeuring van een type van chassis of zelfdragende voertuigen wordt bekrachtigd met een proces-verbaal van goedkeuring, dat het hoogste toegelaten gewicht van het voertuig, alsook het hoogste gewicht op de grond onder de as of assen, en, wanneer het een oplegger betreft, het hoogste gewicht onder het steunpunt bepaalt, en dat bedoeld proces-verbaal geen terugwerkende kracht heeft ; dat het hof van beroep, door te stellen dat eiseres niet aan de hierboven aangeduide voorschriften van het koninklijk besluit heeft voldaan, en derhalve door impliciet aan te nemen dat het bericht van 8 augustus 1969 niet met een proces-verbaal van goedkeuring kan worden gelijkgesteld, geen uitlegging van bedoeld bericht geeft die met de bewoordingen ervan onverenigbaar is, zodat het de bewijskracht van het bericht niet miskent ;

Wat het tweede en derde onderdeel van het eerste middel en het tweede middel samen betreft :

Overwegende dat, luidens het bepaalde in het koninklijk besluit van 15 maart 1968, de voertuigen waarop de voorschriften van dit besluit van toepassing zijn niet in België mogen worden ingevoerd onder dekking van een aangifte ten verbruik, en de levering alsook de ingebruikneming ervan op de openbare weg verboden zijn, wanneer die voertuigen niet geheel met een goedgekeurd type overeenstemmen ; dat de constructeur of zijn mandataris voor elk voertuig een getuigschrift van gelijkvormigheid met het goedgekeurde type moet uitreiken ; dat artikel 4, paragraaf 1, van het besluit bepaalt dat de goedkeuring van een type slechts kan bekomen worden door de personen die vooraf door de minister van Verkeerswezen of zijn gemachtigde als bevoegde constructeurs zijn erkend ; dat de overtredingen van de voorschriften van het besluit met de door artikel 81 gestelde straffen worden gesanctioneerd ;

Dat hieruit volgt, enerzijds, dat alleen eiseres, met uitsluiting van verweerder, de voormelde door het koninklijk besluit van 15 maart 1968 opgelegde verplichtingen kon vervullen en dat, bij ontstentenis van naleving van deze verplichtingen, de oplegger niet kon gebruikt worden tot de doeleinden waartoe hij, krachtens de overeenkomst, bestemd was, en anderzijds dat de partijen niet hadden kunnen overeenkomen, zonder de strafwet te schenden, dat de

litigieuze oplegger zonder voorafgaande goedkeuring van het type en attest van gelijkvormigheid zou geleverd worden ;

Dat overeenkomsten niet alleen verbinden tot hetgeen daarin uitdrukkelijk bepaald is, maar ook tot alle gevolgen die, onder meer, door de wet aan de verbintenis worden toegekend ; dat de verplichting om een zaak te leveren zich tot haar toebehoren uitstrekt ; dat, ten andere, de algemene koopvoorwaarden van eiseres geen geldige toepassing ten deze konden vinden waar zij in strijd waren met de voorschriften van de strafwet en dat verweerder evenmin rechtsgeldig een met deze strafwet strijdige levering kon aanvaarden ;

Dat de rechter derhalve heeft kunnen beslissen dat noch het feit dat verweerder de facturen niet tijdig geprotesteerd heeft, noch de algemene koopvoorwaarden van belang zijn, daar zij niet beletten dat eiseres, door bovenvermelde verplichtingen van openbare orde niet uit te voeren, aan haar leveringsplicht tekort gekomen is ;

Dat deze beslissing niet tegen de logica indruist ; dat het arrest hierdoor een passend antwoord geeft op het middel van de conclusie van eiseres luidens welke verweerder haar algemene koopvoorwaarden heeft aanvaard ; dat het evenmin aan de bepalingen van het koninklijk besluit van 15 maart 1968 een draagwijdte geeft welke zij niet hebben ; dat de rechter aldus noch de draagwijdte van de litigieuze overeenkomst miskent, noch de wettelijke bepalingen betreffende de levering en aanvaarding inzake koop schendt ;

Dat, wegens die beschouwingen van het arrest, het middel, waarbij eiseres voor het hof van beroep betoogde dat verweerder de oplegger heeft aanvaard door ervan gebruik te maken, niet meer dienend was, weshalve de rechter niet verplicht was daarop nader antwoord te verstrekken ;

Dat het arrest geen enkel van de in de middelen ingeroepen wettelijke bepalingen schendt ;

Om die redenen,

Verwerpt de voorziening ;

Veroordeelt eiseres in de kosten.

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

8e KAMER – 30 JUNI 1972

Voorzitter : de h. Verwilghen

Raadsheren : de hh. Pire en Dieudonné

Advocaten : mrs. Deldycke, Dierickx en Libouton

Onrechtmatige daad—Tijdelijke arbeidsongeschiktheid van een werknemer ten gevolge van een door een derde veroorzaakt ongeval—Door de werkgever betaalde bijdragen voor sociale zekerheid—Schade—Oorzakelijk verband.

Een schade wordt ontegenzeggelijk ondergaan door de werkgever die bij tijdelijke arbeidsongeschiktheid van zijn werknemer ten gevolge van een door een derde veroorzaakt ongeval, wettelijk verplicht is indirect loon (patronale bijdragen) te betalen voor personeel dat hem geen diensten meer presteert.

Die schade is veroorzaakt door de schuld van de derde

en de werkgever mag tegen hem op grond van art. 1382 B.W. de vergoeding ervan vorderen.

Van Branteghem en N.V. Société Carbochimique
t/ Swaelens

Overwegende dat de beroepen door de burgerlijke partijen ingesteld, regelmatig naar vorm en tijd, ontvankelijk zijn ;

Dat het incidenteel beroep door Swaelens Petrus bij besluiten ingesteld ook ontvankelijk is ;

Overwegende dat de eerste rechter in het bestreden vonnis van 30 juni 1971 (Correctionele Rechtbank te Brussel) de beklaagde Swaelens veroordeeld heeft de som van 1.197.491 frank met de gerechtelijke interesten te betalen aan Van Branteghem ;

Dat hij nagelaten heeft rekening te houden met de provisionele vergoedingen van 100.000 + 500.000 fr. respectievelijk uitbetaald op 26 januari 1967 en 15 oktober 1970 ;

Overwegende dat de te betalen som, waarover geen betwisting bestaat, dient herleid op 597.497 fr. ;

Overwegende dat de burgerlijke partijen Van Branteghem-Vermeiren voor het Hof geen andere wijzigingen aan het bestreden vonnis vorderen ;

Over het beroep van N.V. Carbochimique :

Overwegende dat de eerste rechter de eis van deze burgerlijke partij afwees omdat de gevorderde schade niet uit het misdrijf, maar wel uit de niet-uitvoering van het werkcontract, afgesloten met Van Branteghem, voortvloeit, en bij afwezigheid van oorzakelijk verband tussen het misdrijf en de schade de eis dient afgewezen ;

Overwegende dat de N.V. Carbochimique staande houdt dat al de uitgegeven bedragen, in haar conclusie uiteengezet, uitbetaald zijn geweest in volledig verlies ten gevolge van arbeidsongeschiktheid van de burgerlijke partij Van Branteghem ;

Overwegende dat de uitvoering van het arbeidscontract gestoord werd door de arbeidsongeschiktheid van het slachtoffer Van Branteghem, derwijze dat de erin bedongen werkprestaties niet konden uitgevoerd worden ;

Overwegende dat dient nagegaan of deze storing veroorzaakt door de fout van Swaelens een schade heeft verwekt waarvoor de N.V. Carbochimique in eigen naam vergoeding kan opvorderen ;

Overwegende dat het gerecht dat over de grond oordeelt in feite soeverein kan vaststellen of er al dan niet een noodzakelijk causaal verband bestaat tussen de fout en de beweerde en gevorderde schade (zie Cass., 17 maart 1969, R.G.A.R., 1969, 8332) ;

Overwegende dat in hoofde van een handelsmaatschappij, die tot doel heeft winsten te verwezenlijken, elke uitgave gedaan met het oog deze winsten te verwezenlijken of te behouden een beroepsuitgave uitmaakt ;

Dat het betalen van wedden en lonen, hierin begrepen de patronale lasten, beroepsuitgaven zijn ;

Overwegende dat de vakantiegelden, de patronale bijdragen aan R.M.Z., gezondheidszorgen, kindertoelagen, pensioenen, enz... als bedrijfslasten worden beschouwd ;

Overwegende derhalve dat een handelsmaatschappij die door de fout van een derde beroofd wordt van een deel of van geheel haar personeel (arbeiders of bedienden) een ontgensprekelijke schade ondergaat daar zij wettelijk ge-

houden is onrechtstreekse wedden of lonen (patronale bijdragen) te blijven betalen voor personeel dat haar geen diensten meer presteert en daardoor verplicht is het tijdelijk door anderen te vervangen aan wie zij ook wedden, lonen en patronale bijdragen zal moeten betalen hetgeen een dubbele uitgave veroorzaakt voor één nuttige werkprestatie ;

Overwegende dat hieruit blijkt dat er werkelijk een schade werd veroorzaakt door de fout van Swaelens, waardoor de N.V. Carbochimique uitgaven heeft moeten doen zonder enige tegenprestaties van de arbeidsongeschikt geworden bediende ;

Overwegende dat zij krachtens artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek vergoeding mag vorderen van die schade lastens degene door wiens fout de schade werd veroorzaakt ;

Overwegende dat er geen betwisting bestaat over het bedrag der gevorderde vergoedingen ;

Ontvangt de hoofd- en incidenteel beroepen zoals ze beperkt zijn ;

Verklaart ze in hierna bepaalde mate gegrond ;

Doet het bestreden vonnis te niet in zover het uitspraak deed over de eisen van Van Branteghem Paul en de N.V. Carbochimique ;

Wijzigende :

Veroordeelt Swaelens Petrus om te betalen :

1° aan de burgerlijke partij Van Branteghem Paul, de som van 1.197.491 fr. - (100.000 + 500.000) = vijfhonderd zeven en negentig duizend vier honderd een en negentig frank, vermeerderd met de gerechtelijke interesten sedert de datum van het vonnis a quo ;

2° aan de N.V. Carbochimique, de som van tweeëntigduizend zeven en zeventig frank, vermeerderd met de gerechtelijke interesten ;

Veroordeelt Swaelens tot de kosten van beide aanleggen verbonden aan de eis van de N.V. Carbochimique,

Laat de andere kosten van beroep ten laste van de echtgenoten Van Branteghem-Vermeiren ;

Bevestigt het bestreden vonnis voor het overige.

NOOT—Artikel 1382 B.W. en de terugvordering van betaalde patronale bijdragen

1. Een arbeider werd, door toedoen van een derde, in een verkeersongeval gewond, wat tijdelijke arbeidsongeschiktheid tot gevolg had.

De werkgever betaalde het gewaarborgd loon en bleef verder de patronale bijdragen betalen, die hij ingevolge het voortduren van de arbeidsovereenkomst, krachtens de Wet van 27 juni 1969 tot herziening van de Besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders, aan de R.M.Z. verschuldigd bleef (P. HORION, *Suspension du travail et salaire garanti*, 1963, blz. 37, nr. 25).

In het geding ingesteld door de werknemer tegen de dader van het ongeval, kwam de werkgever tussen en stelde hij zich burgerlijke partij om terugbetaling te bekomen zowel van het aan het slachtoffer uitbetaalde gewaarborgd loon als van de patronale bijdragen aan de R.M.Z.

In eerste aanleg afgewezen, werd de eis in hoger beroep volledig toegekend. De rechtbank had de eis afgewezen omdat de schade niet uit het misdrijf maar wel uit de niet-uitvoering van het werkcontract voortvloeide, en er dus geen oorzakelijk verband tussen het misdrijf en de schade bestond. Het hof, integendeel, onderzoekt of er wel schade door de werkgever werd geleden en stelt dan vast dat deze schade — het dragen van bedrijfslasten, zonder tegenprestatie, meer bepaald het loon en de patronale bijdragen, met winstderving als gevolg — veroorzaakt

werd door de schuld van de dader van het ongeval. Op die gronden wordt de eis toegekend.

2. Twee geschilpunten zijn te onderscheiden in het besproken arrest: de terugvordering door de werkgever van het betaalde gewaarborgd loon en de terugvordering van de patronale bijdragen.

3. Voor de terugvordering van het betaald gewaarborgd loon is de betwisting die hierover vroeger in rechtsleer en rechtspraak bestond, nu van de baan (zie hierover o.m. DALCO, *Novelles*, V-2, nrs. 3303-3326; S. DAVID, *Responsabilité civile et risque professionnel*, blz. 292-303; J. RONSE, *A.P.R., Schade en schadeloosstelling*, nrs. 552 e.v.).

De werkgever vindt in artikel 1382 B.W. geen rechtsgrond, geen oorzaak van een persoonlijke vordering tot schadevergoeding tegen de dader van een ongeval waarbij zijn werknemer arbeidsongeschikt werd. Tijdens deze arbeidsongeschiktheid is het gewaarborgd loon niet verschuldigd op grond van de uitvoering van arbeid maar op grond van de aan de arbeider verschuldigde bestaanszekerheid (Wet van 20 juli 1960, memorie van toelichting, *Pasin.*, 1960, blz. 930; verslag aan de senaat, *ibid.*, blz. 1001). De financiële last hiervan wordt wettelijk op de werkgevers gelegd, zowel wanneer de arbeidsonderbreking door beroepsziekte of arbeidsongeval, als door toedoen van een derde is veroorzaakt. Daar de betaling niet afhankelijk is van de schuld van een derde, is een beroep door de werkgever op artikel 1382 B.W. om er terugbetaling van te krijgen, uitgesloten.

4. Om de last, die op de werkgevers drukt, enigszins te verzachten wanneer de onrechtmatige daad van een derde de aanleiding is voor deze uitgaven zonder tegenprestatie en omdat het slachtoffer niet tweemaal vergoed mag worden voor dezelfde schade of een zelfde deel van de schade (Cass., 13 juni 1972, *Arr. Cass.*, 1972, 954) bepaalt de wet dat de rechtsoverdracht tegen derden die aansprakelijk zijn voor het ongeval door de werkgever in de plaats van het slachtoffer of van de rechtverkrijgenden kan worden ingesteld (art. 29, vierde lid, in de Wet op de arbeidsovereenkomsten ingevoegd bij artikel 17 van de Wet van 10 december 1962). Zo zal hij de rechtsoverdracht van gemeen recht van het slachtoffer om van de dader vergoeding te bekomen voor het loonverlies geleden ten gevolge van dezes onrechtmatige daad uitoefenen (Cass., 24 oktober 1972, *Arr. Cass.*, 1973, 189). Het recht op schadevergoeding ontstaat immers op het ogenblik zelf van de onrechtmatige daad (DE PAGE, I, 1962, nr. 231bis, blz. 333, en nr. 232, blz. 344). Op dat ogenblik is het loonverlies veroorzaakt en het recht op schadevergoeding ervoor verdwijnt niet door de uitkeringen uit milddadigheid (*A.P.R., Schade*, nr. 571) of verschuldigd op grond van de wettelijke verplichting een bestaanszekerheid aan de arbeider te verschaffen (Cass., 28 januari 1963, *Par.*, 1963, I, 604; Hof Brussel, 12 november 1964, *T.S.R.*, 1965, 210; *A.P.R., Schade*, nr. 602). In de memorie van toelichting en in het verslag aan de Senaat bij de Wet van 10 december 1962 wordt beklemtoond dat het hier om een wettelijke subrogatie gaat van de werkgever in de rechten van de werknemer (*Parl. Besch., Kamer*, 1961-62, nr. 369-1, blz. 8; *Senaat*, 1961-62, nr. 426, blz. 21). In zijn antwoord op een parlementaire vraag is de minister van Arbeid nochtans van oordeel dat artikel 29, vierde lid, van de Wet op de arbeidsovereenkomsten een "recht van rechtstreekse vordering tegen de aansprakelijke voor het ongeval" aan de werkgever verleent (*Vragen en Antwoorden, Senaat*, 26 oktober 1965, nr. 15, blz. 291). Deze mening steunt op een verwarring tussen de wettelijke subrogatie van het Burgerlijk Wetboek (hier inderdaad uitgesloten omdat de werkgever niet in de plaats van de dader, doch een eigen schuld betaalt) en de door bijzondere teksten verleende terugvorderingsacties op grond van verrichte betalingen. Subrogatie sui generis wordt dit soms genoemd (DE PAGE, III, 1e uitg., nr. 537, 4^e, blz. 519; DALCO, *Novelles*, V-2, nr. 3345 en 3377). De betaling van het gewaarborgd loon geschiedt niet ingevolge subrogatie, maar ingevolge deze betaling staat de wet toe dat de werkgever de vordering van de werknemer-schuld-

eiser tegen de schuldenaar-dader overneemt binnen de perken van zijn betaling, waar hij anders zelf geen rechtstreekse vordering heeft.

Maar deze bijzondere subrogatie reikt niet verder dan de werkelijk door het slachtoffer geleden schade (Cass., 17 maart 1971, *Arr. Cass.*, 1971, 689). De werkelijk geleden schade is het bruto-loonverlies dat dus de maat is van de aanspraak van de werkgever, wiens betaling van het gewaarborgd loon gebeurde in afwachting van de door de dader verschuldigde schadevergoeding.

Het bruto-loonverlies nu, van de arbeider, is niet noodzakelijk gelijk aan de corresponderende bedrijfslast die de werkgever draagt in de uitvoering van de arbeidsovereenkomst: zo kunnen de patronale bijdragen niet op grond van deze subrogatie teruggevorderd worden. De arbeider kan ze immers zelf niet vorderen van de dader (Corr. Luik, 29 jan. 1968, *J.T.*, 1968, 457; anders, op grond van de vermelde verwarring, het hoger aangehaalde antwoord van de minister van Arbeid).

Maar kunnen zij het niet op grond van artikel 1382 B.W.?

5. De rechtspraak en de rechtsleer is verdeeld over de oplossing van dit tweede geschilpunt: kan de werkgever, op grond van artikel 1382 B.W. van de dader de *patronale bijdragen* terugvorderen, die hij tijdens de periode waarin het gewaarborgd loon wordt uitbetaald, bleef afdragen?

Het hier besproken arrest beantwoordt de vraag bevestigend (in die zin ook: Hof Gent, 22 maart 1967, *R.G.A.R.*, 1967, 7858; J. FONTEYNE, noot onder Hof Brussel, 26 december 1967, *R.G.A.R.*, 1968, 8037, en onder Vred. Leuze, 7 augustus 1972, *R.G.A.R.*, 1972, 8902).

De meerderheid van de rechtspraak, evenwel, beantwoordt de vraag ontkennend (Hof Brussel, 23 november 1967, *R.G.A.R.*, 1968, 8081, *Bull. Ass.*, 1968, 1052, met goedkeurende noot R.B.; Hof Brussel, 26 december 1967, *R.G.A.R.*, 1968, 8037; Hof Luik, 2 april 1968, *R.G.A.R.*, 1969, 8242, *Bull. Ass.*, 1968, 785, met noot R.B.; Vred., Leuze, 7 augustus 1972, *R.G.A.R.*, 1972, 8902; Pol. Luik, 19 december 1972, *Bull. Ass.*, 1973, 365, met noot R.B.). Deze voorstanders van het ontkennend antwoord roepen het gezag in van een arrest van het Hof van Cassatie (Cass., 17 maart 1969, *Par.*, 1969, I, 637, *Arr. Cass.*, 1969, 669, *R.G.A.R.*, 1969, 8332, *Bull. Ass.*, 1969, 451, met noot R.B.). Dit arrest neemt eigenlijk geen stelling in het debat, want het beperkt er zich toe te verklaren dat het aangevochten arrest "door een soevereine feitelijke beoordeling heeft kunnen overwegen dat er geen oorzakelijk verband bestond tussen de fout van de verweerder en de door eisers aangehaalde schade (nl. het betalen van patronale bijdragen zonder tegenprestatie van de werknemer ten gevolge van de onrechtmatige daad van de verweerder). Zo komt het dat het in deze noot besproken arrest ook het gezag kan invoeren van dit zelfde cassatiearrest.

6. Men zal, bij het lezen van het hierboven afgedrukte arrest en van het hervormde vonnis, opgemerkt hebben dat er in beide redeneringen een accentverschuiving ligt: het vonnis ontkent het oorzakelijk verband tussen de door de werkgever geleden schade en de betalingen, zonder deze schade zelf verder te omschrijven; het arrest daarentegen, legt de nadruk op een omschrijving van de schade terwijl het oorzakelijk verband geen aanleiding geeft tot lange opmerkingen.

Dit verschijnsel is terug te vinden in de zopas geciteerde rechtspraak: de "voorstanders" van de eigen rechtsoverdracht van de werkgever tot terugbetaling van de patronale bijdragen op grond van artikel 1382 B.W., nemen het oorzakelijkheidsverband tussen de onrechtmatige daad van de derde en de "kosteloze" betalingen van de bijdragen als het ware vanzelfsprekend aan en beijveren zich om aan te tonen dat de werkgever door de betalingen te verrichten wel degelijk een schade ondergaat. Hun tegenstanders, zonder veel woorden aan de omschrijving van de schade te verspillen, argumenteren dat - bijaldien er schade is - deze toch niet veroorzaakt werd door de onrechtmatige daad.

7. Zoals RONSE opmerkt, lopen de vraagstukken betreffende het oorzakelijk verband en die betreffende de zekerheid van de

schade vaak door elkaar wegens het causale en hypothetische karakter van het schadebegrip zelf (*A.P.R., Schade en schade-loosstelling*, nr. 2). "Schade is de nadelige uitkomst van een vergelijking tussen de toestand op het ogenblik van de waardering en degene waarin de benadeelde op hetzelfde ogenblik ware gebleven, als het schadegeval zich niet zou hebben voorgedaan" (*ibid.*, nr. 22).

Men kan van oordeel zijn dat er een band van oorzaak tot gevolg bestaat tussen de onrechtmatige daad en de toestand van de werkgever die nu betalingen moet doen voor een werknemer die niet meer presteert. Maar dan stelt men, ten onrechte, dat zonder de onrechtmatige daad die betalingen niet zouden gebeurd zijn, zoals ze gebeurden en dat hierin het nadelige van de nieuwe toestand van de werkgever ligt.

Men kan ook van oordeel zijn dat de werkgever, welke ook de oorzaak van de arbeidsongeschiktheid is, in elk geval de door hem gevorderde bedragen – de patronale bijdragen – diende te betalen, zodat er geen band van oorzaak tot gevolg is tussen de onrechtmatige daad en deze beweerde nadelige toestand.

Men stelt in beide redeneringen de zekerheid van de schade die door de werkgever geleden werd: de betalingen zijn de tegenprestatie van de door de werknemer geleverde arbeid, de dader verhinderde de arbeid, bijgevolg komt de werkgever na het ongeval in een nadelige toestand, vergeleken bij die vóór het ongeval. In de eerste redenering is dit de schuld van de dader; in de tweede niet.

In het besproken arrest omschrijft het hof de schade inderdaad als het verlies van het (rechtmatig) belang dat een werkgever – handelaar met winstoogmerk – heeft bij het behoud van zijn winst, die door betalingen zonder tegenprestatie vermindert. Ook in het hervormde vonnis werd overwogen dat de schade ontstond doordat de uitvoering van het arbeidscontract gestoord werd door de arbeidsongeschiktheid van het slachtoffer. De arbeidsprestatie heeft in deze stelling een waarde gelijk aan de som van de uitgaven die de werkgever moet dragen om haar te bekomen (J. FONTEYNE, noot in *R.G.A.R.*, 1972, 8902).

Men verliest hierbij uit het oog wat genoemd werd "de afbrokkeling van de vroegere stelling dat, contractueel gezien, het loon de tegenhanger is van de arbeidsprestatie" (J. STEYAERT, *A.P.R., Arbeidsovereenkomst*, 1973, nr. 519). Noch arbeid, noch arbeider zijn koopwaar (P. HORION, *Nouveau précis de droit social*, 1969, nr. 391). Een verwarring tussen het juridisch en het economisch begrip "loon" komt tot uiting in deze opvatting (R. GEYSEN, "La notion de rémunération en droit belge", *T.S.R.*, 1973, 356).

De arbeider presteert ingevolge een beroep op medewerking vanwege een werkgever. Om deze medewerking te kunnen bekomen en aldus meer winst na te streven, moet de werkgever een aantal bedrijfslasten dragen, onder meer de patronale bijdragen. De betalingen van de werkgever liggen buiten de verhouding betaling-werkprestatie om zich te situeren in de verhouding arbeid-bestaan (J. STEYAERT, *t.a.p.*; memorie van toelichting bij de Wet van 20 juli 1960 op het gewaarborgd loon, *Pas.*, 1960, 930).

8. Juridisch behoren de patronale bijdragen niet tot het loon van de arbeider (R. GEYSEN, *o.c.*, blz. 558; M. TAQUET, "La notion de rémunération dans la loi du 12 avril 1965", *T.S.R.*, 1968, 347; R. ELST, "La notion de salaire dans la législation, la jurisprudence et la doctrine concernant la Sécurité Sociale", *Rev. b. sec. soc.*, 1967, 264, meer bepaald blz. 283; P. HORION, *Nouveau précis*, nr. 466). Zij zijn er geen bestanddeel van (Cass., 13 februari 1959, *Pas.*, 1959, I, 601).

De patronale bijdragen zijn buiten en boven de bezoldiging door de werkgever aan de R.M.Z. verschuldigd. (Er kan hier natuurlijk niet verder ingegaan worden op het moeilijk onderscheid tussen bezoldiging en loon: zie de hiervoor aangehaalde auteurs; *adde.*: W. LEËN, "Loon en Sociale Zekerheid", *R.W.*, 1973-74, 2415. Onder loon wordt hier verstaan de ingevolge de arbeidsovereenkomst of de wet uitbetaalde voordelen in munt of in natura in ruil voor geleverde arbeid: Arbeidsh. Brussel, 28 juni 1972, *J.T.T.*, 1973, 23). Ze houden geen verband met

het uitvoeren van arbeid. De arbeidsovereenkomst houdt krachtens de wet voor de werkgever de verbintenis in deze bijdragen te betalen. Men heeft terecht opgemerkt dat het recht dat aan de arbeider verleend is ingevolge de betaling van de R.M.Z.-bijdragen, geen recht is op de vruchten van zijn arbeid, doch wel een aanspraak op voordelen verschaft door een openbare dienst. De arbeider kan de betaling ervan door de werkgever niet vorderen (Arbeidsh. Brussel, 17 mei 1972, *J.T.T.*, 1973, 29). De patronale bijdragen zijn, volgens deze auteur, "(...) une recette parafiscale (qui) peut se qualifier juridiquement: taxe rémunératoire de service public." (S. DAVID, "La nature juridique des cotisations à la sécurité sociale", *T.S.R.*, 1952, 175; P. HORION, *Nouveau précis*, 1969, nr. 672; *Id.*, "Examen de jurisprudence, 1960-1963, Droit social", nr. 176, *R.C.J.B.*, 1964, 207; *id.*, noot in *T.S.R.*, 1955, 180; R.B., noot in *Bull. Ass.*, 1968, 790; F. HEBETTE, "La nature des droits et des obligations en matière de sécurité sociale", *Rev. Trav.*, 1954, 351; Hof Brussel, 23 november 1967, *Bull. Ass.*, 1968, 1052; Hof Luik, 2 april 1968, *R.G.A.R.*, 1969, 8242; Corr. Luik, 29 januari 1968, *J.T.*, 1968, 457; Vred. Leuze, 7 augustus 1972, *R.G.A.R.*, 1972, 8902).

9. Met dit inzicht in de aard van de patronale R.M.Z.-bijdragen kan nu onderzocht worden of de werkgever een persoonlijke schade ondergaat in de betekenis hieraan gegeven in artikel 1382 B.W., wanneer hij de patronale bijdragen blijft betalen tijdens de arbeidsongeschiktheid van de werknemer.

Nu aangetoond is dat deze patronale bijdragen geen tegenprestatie zijn voor de uitvoering van arbeid is het ook duidelijk dat iedere redenering die hier toch op steunt, uit een valse premisse vertrekt en noodzakelijk moet uitmonden op een verwarrend gebruik van het begrip oorzaak, nu eens verstaan als de rechtsgrond, "het waarom" van de betaling, dan weer als de band tussen een feit en zijn gevolgen.

Wanneer de enen de terugvordering van de patronale bijdragen weigeren omdat de onrechtmatige daad niet "de oorzaak" is van de betalingen zonder tegenprestatie, dan stellen zij, terecht, dat de rechtsgrond van die betalingen in de wet ligt en niet in de schuld van de dader; dit bewijst evenwel nog niet dat zulke door de wet opgelegde betalingen nooit vergoedbare schade kunnen zijn (noot R.B. onder Hof Brussel, 23 november 1967, *Bull. Ass.*, 1968, 1056; men denke ook aan de schadevergoeding die de B.T.W. omvat: H. PARREIN, "De belasting over de toegevoegde waarde als bestanddeel van schadevergoeding in geval van civielrechtelijke aansprakelijkheid", *R.W.*, 1973-74, 1533). Zij spreken zich aldus niet uit nopens de conclusie van de eiser dat hij schade geleden heeft doordat hij zich in een nadeliger toestand bevindt, veroorzaakt door de onrechtmatige daad.

Wanneer anderen, integendeel, de terugvordering toelaten omdat de betalingen nu zonder tegenprestatie gebeuren ten gevolge van de onrechtmatige daad, dan bevestigen zij, ten onrechte, de tegenprestatie, eerder dan de Wet van 27 juni 1969 betreffende de maatschappelijke zekerheid, als de rechtsgrond voor de betalingen. Deze vergissing kan dan niet bewijzen dat de werkgever zich in een nadeliger toestand bevindt en de conclusie van de verweerder, die de schade ontkent, wordt niet beantwoord.

Op het vlak van de causaliteit is dus aan het dilemma niet te ontkomen (DALCO, *Novelles*, V-2, nr. 2526).

Ongetwijfeld brengt de arbeidsongeschiktheid van de werknemer de werkgever, die de patronale bijdragen moet blijven betalen, in een gewijzigde toestand veroorzaakt door de onrechtmatige daad. Voor de toepassing van artikel 1382 B.W. moet nochtans vooraf de vraag beantwoord zijn of deze gewijzigde toestand nadeliger is dan de vorige. Pas dan is er schade en pas dan moet naar de oorzaak van de schade gezocht worden.

Hoe ziet nu de toestand van de werkgever eruit vóór en na de onrechtmatige daad?

Wanneer een werknemer een beroep doet op de medewerking van een arbeider, dan aanvaardt hij niet alléén zijn arbeids-

prestaties, maar hij aanvaardt hem met heel zijn persoon, met zijn behoeften, zijn werkkraft, zijn noden en zijn gezondheid, maar ook met het risico dat hij, zoals de werkgever zelf trouwens, door ziekte of ongeval — zelfs door een derde veroorzaakt — arbeidsongeschikt kan worden. Deze medewerking van twee personen wordt vastgesteld in de arbeidsovereenkomst, die, zoals elke overeenkomst, niet alléén de door partijen uitdrukkelijk overeengekomen bedingen bevat en zonder dat hierbij vereist is dat beider verbintenissen evenwaardig moeten zijn (Hof Brussel, 7 mei 1971, *Par.*, 1971, II, 255), doch ook de door de wet aan de partijen opgelegde verplichtingen. Deze gaan meteen behoren tot hun contractuele verbintenissen (art. 1135 B.W.).

Zo zijn door de wet, naast de wederkerige verplichtingen die beantwoorden aan het aanvaarden van medewerking, aan de werkgever ook eenzijdige verplichtingen opgelegd (zoals aan de werknemer ook: geheimhouding) op grond van die zelfde medewerkingsidee, naast die bijzondere verplichtingen die meer bepaald beantwoorden aan de verbintenis van de werknemer om arbeid te leveren. In het raam van de medewerking verschaft de werkgever o.m. de bestaanszekerheid: het gewaarborgd loon en zijn bijdragen tot de maatschappelijke zekerheid, welke instelling na de periode waarin gewaarborgd loon wordt betaald, de bestaanszekerheid verder zal verschaffen. In ruil voor de arbeid betaalt de werkgever het loon.

10. Hoe zou de toestand van de werkgever nadeliger kunnen geworden zijn wanneer het latente risico, dat bij iedere overeenkomst aanwezig is, zich plots openbaart (DE PAGE, II, 2e uitg., nr. 467, C, blz. 437)? De werkgever aanvaardde het risico, dat geen abnormaal risico is, zoals vereist bij benadering door onvoorzienbare omstandigheden (DE PAGE, *o.c.*, nr. 575, 5°, blz. 538). Hij aanvaardde het risico met de gekende economische lasten om, economisch, meer winsten te kunnen nastreven. Waarom zou hij nu niet langer deze lasten moeten dragen? Waarom zou een derde ze hem moeten terugbetalen? Het arbeidscontract hoeft daarom nog geen kanscontract of een "semi-kanscontract" te zijn, zoals men het heeft gezegd (P. HORION, *Nouveau précis*, nr. 396).

In de verhouding tussen werkgever en arbeider raakt de onrechtmatige daad van een derde niet het vlak van de medewerking en de hieruit verschuldigde wederkerige en eenzijdige verplichtingen, die immers verschuldigd blijven: de arbeidsovereenkomst blijft bestaan (P. HORION, *Suspension de travail et salaire garanti*, blz. 29, nr. 18; E. VOGEL-POLSKY, "Considérations sur l'égalité en droit social", *J.T.T.*, 1973, 113, meer bepaald blz. 116). De onrechtmatige daad raakt enkel het vlak van de arbeidsuitvoering, waarvan het betalen van het loon de tegenprestatie is. Ze veroorzaakt een schorsing van deze welbepaalde wederkerige verbintenissen. De toestand van de werkgever is gewijzigd, maar niet in nadelige zin, aangezien hij geen loon meer moet betalen zolang er geen arbeidsuitvoering is. Alleen de arbeider lijdt schade door het verlies van zijn inkomen. Hij alleen beschikt over een vordering tegen de dader op grond van artikel 1382 B.W. Daarom de subrogatie van de werkgever tot beloop van het betaalde gewaarborgd loon, dat hij immers niet door een persoonlijke rechtstreekse vordering zou kunnen terugvorderen omdat dit gewaarborgd loon, evenmin als de patronale bijdragen, een tegenprestatie uitmaakt voor de arbeid. Voor de patronale bijdragen is er zelfs geen reden om ook hiervoor een subrogatoire vordering aan de werkgever te verlenen: de arbeider zelf heeft hiervoor geen vordering tegen de derde.

11. — *Besluit*. De uitkomst van de vergelijking tussen de toestand van de werkgever, die patronale bijdragen bleef betalen op het ogenblik van de waardering van zijn vordering en de toestand waarin hij gebleven zou zijn, had de onrechtmatige daad zich niet hebben voorgedaan, toont geen nadelig verschil aan: hij lijdt geen schade.

De vordering tot terugbetaling van de afgedragen patronale bijdragen moet derhalve ongegrond verklaard worden.

Lode de Wilde

ARBEIDSHOF TE BRUSSEL AFDELING ANTWERPEN

11e KAMER—7 JUNI 1974

Voorzitter: de h. Geysen

Raadsheer: de h. Van de Velden

Substituut-generaal: de h. Keereman

Advocaten: Mrs. Smets en Bervoets loco Stiers

Pensioen zelfstandigen—Loopbaan—Gelijkgestelde periode—Stopzetting van bedrijvigheid—Voortgezette verzekering—Voorwaarden.

Opdat de zaakvoerder van een p.v.b.a. ten aanzien van zijn pensioenloopbaan als zelfstandige zou kunnen aanspraak maken op voortgezette verzekering, is het niet voldoende dat de rechtspersoon zijn bedrijvigheid ter verwezenlijking van zijn maatschappelijk doel gestaakt heeft. Ook de zaakvoerder zelf moet zijn activiteit als orgaan van de rechtspersoon door overmacht gestaakt hebben.

Rijksinstituut voor de sociale verzekeringen der zelfstandigen t/ Beckers

Het hoger beroep strekt tot hervorming van het bestreden vonnis, waarbij de administratieve beslissing van 29 september 1972 van appellant vernietigd werd, ingevolge welke geïntimeerde afgewezen werd van zijn aanvraag van 19 april 1972 welke tot voorwerp had te kunnen genieten van de voortgezette verzekering bij toepassing van artikel 38 van het Koninklijk Besluit van 22 december 1967 houdende algemeen reglement betreffende het rust- en overlevingspensioen der zelfstandigen; deze administratieve beslissing steunde op het feit dat geïntimeerde in zijn hoedanigheid van zaakvoerder van de P.V.B.A. Bouwwerken Beckers, zijn beroepsactiviteit nog niet gestaakt had, waardoor niet voldaan was aan een der grondvoorwaarden gesteld voor het beoogde voordeel, zoals voorzien bij artikel 28, § 3, van hetzelfde koninklijk besluit.

De eerste rechter aanvaardde dat geïntimeerde het gevorderde voordeel kon genieten om reden dat de bouw-firma in feite haar bedrijvigheid gestaakt had vanaf 3 maart 1970, en dat anderzijds deze staking van activiteit veroorzaakt werd door overmacht.

In zijn huidige beroep betwist appellant dat de P.V.B.A. Bouwwerken Beckers haar bedrijvigheid zou gestaakt hebben.

Uit de gegevens der zaak en het onderzoek ter zitting is gebleken dat:

1) er inderdaad sedert 3 maart 1970 geen aannemingswerken meer werden uitgevoerd: er was ook geen personeel meer in dienst;

2) bepaalde inkomsten komen echter nog nadien voor op het boekhoudkundig actief.

Ofschoon deze weliswaar vatbaar zijn voor fiscale aanslag zijn zij echter als dusdanig voor de toepassing van de artikelen 38 en 28, § 3, van gezegd koninklijk besluit nog geen bewijs dat de rechtspersoon een beroepsbedrijvigheid uitoefende tijdens dat boekhoudkundig jaar.

In dit verband dient onderlijnd te worden dat er een onderscheid bestaat voor wat betreft de notie "beroepsbedrijvigheid" gebruikt in artikel 3 van het Koninklijk Besluit nr. 38 en die welke bedoeld is in de artikelen 28,

§ 3, en 38 van het Koninklijk Besluit van 22 december 1967.

Appellant blijkt in zijn conclusie uit het gebruik van deze notie in voormelde artikelen verkeerde gevolgen te trekken.

De in artikel 3 van het organiek Koninklijk Besluit nr. 38 bedoelde notie "beroepsactiviteit" strekt tot onderwerping van de zelfstandige aan het sociaal statuut, terwijl de notie "stopzetting van beroepsactiviteit" gebruikt in voormelde artikelen 28, § 3, en 38 een feitelijke toestand bedoelt die *met behoud van het onderworpen zijn* aan het sociaal statuut, een voordeel toekent nl. een voortgezette verzekering tegen betaling van een verminderde bijdrage gedurende een bepaalde tijd.

Hoewel de feitelijke stopzetting van bedrijvigheid het einde van het onderworpen zijn aan het sociaal statuut tot gevolg kan hebben, is dit nochtans een niet noodzakelijk gevolg; stopzetting van bedrijvigheid kan samengaan met behoud van het onderworpen zijn aan het sociaal statuut; ten deze dient de toestand van betrokkene onderzocht te worden in het licht van de voorschriften van artikel 3 van het Koninklijk Besluit nr. 38.

Omgekeerd, beweren dat er geen stopzetting van beroepsactiviteit is in de zin van artikel 28, § 3, voormeld voor de toepassing van artikel 38 van hetzelfde algemeen reglement, omdat de belanghebbende nog steeds onderworpen blijft aan het sociaal statuut, zou kunnen gegrond zijn, doch niet noodzakelijkerwijze.

Het volstaat ten deze te verwijzen naar het "wettelijke vermoeden iuris tantum" van artikel 3 van het Koninklijk Besluit nr. 38 waar voor de onderwerping voldoende is dat de activiteit "in se" vatbaar is voor fiscale aanslag in de zin van artikel 20, 1°, 2°, of 3° van het Wetboek van Inkomstenbelasting, zelfs zo er geen plaatsgevonden had.

Bij onderzoek van de bestanddelen der zaak blijken nu de inkomsten, die op het boekhoudkundig actief van de P.V.B.A. voorkomen na voormelde datum van stopzetting in feite betrekking te hebben op de likwidatie van het materieel of nog invorderingen te zijn van achterstallige betalingen slaande op activiteiten daterend van vóór de stopzetting, hetzij realisatie van posten voorkomend op het passief, nl. bedrijfsuitrusting en achterstallige schuldinvorderingen zodat zoals de eerste rechter terecht concludeerde, ofschoon het op fiscaal gebied belastbare inkomsten zijn, deze elementen geen bewijs uitmaken van een beroepsbedrijvigheid uitgeoefend na de stopzetting.

Nochtans dient het Hof anderzijds vast te stellen dat het orgaan zelf van de P.V.B.A. Bouwwerken Beckers, geïntimeerde in zijn hoedanigheid van zaakvoerder, wel beroepsbedrijvig gebleven is na de stopzetting der bedrijvigheid van de P.V.B.A.

Inderdaad, in afwachting van de juridische vereffening van de P.V.B.A. in kwestie, is geïntimeerde bepaalde activiteiten blijven uitoefenen inzake het vermogenbeheer van de rechtspersoon zoals de aankoop van twee afbraakwoningen en hun verkoop, het benaastigen der lopende vorderingen, het contracteren met een onderaannemer om de bouw te Hoboken te laten afwerken, hetgeen de aansprakelijkheid van de P.V.B.A. engageert en deze doet aanhouden tot na vereffening der rekeningen, de likwidatie van de stock materieel; voor deze activiteiten werd hij trouwens op regelmatige wijze bezoldigd.

Aangezien voor de toepassing van gezegd artikel 38

vereist is dat de stopzetting niet alleen slaat op de bedrijvigheid van de onderneming in haar streven naar de verwezenlijking van haar maatschappelijk doel, doch ook dat het orgaan van de rechtspersoon alle beroepsbedrijvigheid dient gestaakt te hebben wegens overmacht, en aangezien dit in casu niet het geval is, is het hoger beroep dan ook gegrond.

Om die redenen,

Het Hof,

Na beraadslaging, velt het volgende arrest;

Gelet op artikel 24 der Wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken;

Gehoord de heer Keereman, substituut-generaal, in zijn eensluidend advies;

Rechtsprekend op tegenspraak, ontvangt het hoger beroep en verklaart het gegrond; vernietigt het bestreden vonnis en opnieuw wijzende, bekrachtigt de aangevochten administratieve beslissing dd. 29 september 1972.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE ANTWERPEN

4e KAMER—27 JUNI 1974

Voorzitter: mevr. M.M. Deloof

Rechters: de hh. M. Langohr en P. Michielsens

Advocaten: mrs. L. De Keyser loco L. Schoups en J. Stappers

Verjaring—Civielrechtelijke vordering uit misdrijf—Termijn—Stuiting—Dagvaarding voor onbevoegde rechter—Dagvaarding van ouders q.q. van meerderjarige geworden minderjarige.

In 1962 veroorzaakt een minderjarige een verkeersongeval. De verzekeraar die de slachtoffers vergoed heeft, dagvaardt in 1965 de vader als vertegenwoordiger van de dader voor de rechtbank van koophandel, die zich in 1967 onbevoegd verklaart. In 1970 dagvaardt de verzekeraar de ouders als vertegenwoordigers van hun zoon, die intussen meerderjarig geworden is, voor de rechtbank van eerste aanleg. In 1972 dagvaardt hij de zoon.

In 1970 kon de meerderjarige zoon alleen nog zelf aangesproken en in rechten gedagvaard worden.

Daar de vordering tegen de zoon op een verkeersrechtelijk misdrijf gebaseerd is, verjaart ze door verloop van vijf jaren te rekenen vanaf de dag waarop het misdrijf gepleegd werd.

Die verjaring werd geldig gestuit door de dagvaarding van de vader q.q. voor de rechtbank van koophandel, maar de stuitende werking bielt op vanaf het vonnis van onbevoegdverklaring in 1967, en van dan af begon een nieuwe termijn te lopen.

De dagvaarding tegen de ouders van de meerderjarige zoon heeft geen nuttig gevolg als stuiting van de verjaring van de vordering tegen de zoon.

N.V. Securitas t/ Oosters e.a.

Overwegende dat beide vorderingen een zelfde verkeersongeval en zijn schadevergoeding betreffen, en als verknocht samen dienen behandeld te worden;

A. *Retroacten*

Overwegende *in feite* dat, op 26 mei 1962 te Antwerpen op de Jan Van Rijswijcklaan in de omgeving van het huis nr. 270, een meervoudige aanrijding zich voerde vanwege de auto De Soto van de genaamde Van Mechelen Reginald, vergezeld door zijn alsdan minderjarige neef, de op 21 juni 1946 geboren Oosters Emiel (toen bijna 16 jaar), inwonende zoon van verweerders in de vordering sub I, en zelf verweerder in de vordering sub II;

Dat Van Mechelen even zijn auto verlaten had voor een bezoek in voormeld huis, en zijn neef in de auto had achtergelaten;

Dat deze, in niet helemaal duidelijke omstandigheden, het stuur nam en de wagen startte; deze schoot eerst achteruit en daarna vooruit, waardoor een aantal gestationeerde auto's aangereden en nogal ernstig beschadigd werden;

Dat een en ander blijkt uit het strafdossier Z.G. van het Parket Antwerpen;

Dat de N.V. Securitas als verzekeraar burgerlijke aansprakelijkheid van Van Mechelen vier schadelijders vergoedde voor een bedrag van 61.827 fr. op niet nader bepaalde data;

Overwegende dat de *rechtspleging* als volgt verliep:

Op 15 oktober 1965 laat eiseres voor de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen, dagvaarding geven aan verweerder Oosters Adrien (vader), zowel qualitate qua voor zijn minderjarige zoon als persoonlijk op basis van art. 1384 B.W. als vader, op grond van de aansprakelijkheid en van de grove fout van de minderjarige, tot terugbetaling van voormelde uitgaven;

Bij contradictoir *vonnis* van 17 februari 1967 verklaarde die rechtbank zich onbevoegd, omdat de verbintenis waarop de vordering steunde, in hoofde van Oosters Adrien vader, al was deze handelaar, geen handelskarakter bezat;

Op 3 april 1970 laat eiseres voor deze rechtbank dagvaarding geven aan verweerders in de *vordering sub I*, ouders van hun zagezegd minderjarige zoon Emiel (die toen echter reeds sedert 21 juni 1967 meerderjarig geworden was!), om zich qualitate qua als ouders en wettige beheerders over de goederen van hun minderjarige zoon tot dezelfde terugbetaling te horen veroordelen, uitgaande van de eigen verbintenissen van die zoon;

In deze vordering strekt de enige conclusie van verweerders tot niet-ontvankelijkheid, omdat de ouders hun ten tijde van de dagvaarding meerderjarig geworden kind niet meer wettelijk konden vertegenwoordigen en dus ook niet meer q.q. voor hun kind konden worden aangesproken;

Op 18 april 1972 laat eiseres een derde maal, voor deze rechtbank, dagvaarding geven aan de meerderjarige Oosters Emiel in de *vordering sub II* om zich tot dezelfde terugbetaling te horen veroordelen, op grond van haar eigen subrogatie in de rechten der door haar vergoede schadelijders, en van de aansprakelijkheid van verweerder volgens art. 1382 vv. B.W.; eiseres stelt in dagvaarding dat zij hiermede "het geding hervat tegen hiernagedaagde, dat voorheen werd ingeleid lastens de ouders";

Verweerder werpt in zijn drie conclusies op:

– de niet-ontvankelijkheid, als hervatting van een niet-ontvankelijk geding (de vordering sub I);

– de niet-ontvankelijkheid wegens verjaring door verloop meer dan van vijf jaar na de feiten die een misdrijf uitmaakten, de verjaring niet meer gestuit zijnde sinds het vonnis der rechtbank van koophandel van 17 februari 1967 (d.i. meer dan 5 jaar vóór de huidige dagvaarding sub II), en ook door de dagvaarding voor deze rechtbank van 3 april 1970 (geding sub I) niet opnieuw geldig gestuit zijnde;

Eiseres in haar twee conclusies houdt voor:

– dat haar vordering ook gegrond is op de zware fout van verweerder in het wettelijk contractueel kader der verzekering auto: dit middel wordt echter in haar tweede conclusie uitdrukkelijk terzijde gelaten om te ontsnappen aan de driejarige verjaring inzake vorderingen voortvloeiend uit een verzekeringspolis;

– dat haar vordering niet steunt op een misdrijf, maar een louter burgerlijke grond heeft, met subrogatie in de rechten van de schadelijders, "en dus vergelijkbaar is met de "actio judicati", zodat zij slechts na 30 jaar verjaart;

– dat de eventuele verjaring van de vordering "ex delicto" met vijfjarige termijn, gestuit werd, eerst door de oorspronkelijke vordering voor de rechtbank van koophandel vanaf haar beëindiging bij vonnis van 17 februari 1967, en daarna opnieuw door de dagvaarding voor deze rechtbank dd. 3 april 1970;

B. *Huidige vorderingen*

I. *Vordering tegen ouders Oosters:*

(A.R. nr. 6.343—dagvaarding 3.4.1970)

Overwegende dat vooraf de door verweerders betwiste ontvankelijkheid dient onderzocht;

Dat klaarblijkelijk de ouders q.q. voor hun zoon gedagvaard, die kwaliteit ten tijde der dagvaarding op 3 april 1970 niet meer hadden, en q.q. voor hem niet meer konden worden aangesproken, vermits hun zoon, reeds reeds sinds 21 juni 1967 meerderjarig geworden zijnde, vanaf deze datum alleen nog zelf kon aangesproken en in rechte gedagvaard worden;

Dat de tegen de ouders q.q. ingestelde vordering dus "ab initio" onontvankelijk was, en thans door de rechtbank ten gronde niet meer kan onderzocht worden;

Dat het dus behoort de vordering niet-ontvankelijk te verklaren;

II. *Vordering tegen de zoon Oosters Emiel:*

(A.R. nr. 15.230—dagvaarding 18.4.1972)

1. Overwegende dat eerst het middel van niet-ontvankelijkheid van de vordering, als *gedinghervatting van een niet-ontvankelijke vordering*, te onderzoeken valt;

Dat onmiddellijk kan vastgesteld worden dat, hoewel eiseres in de overwegingen van haar dagvaarding aanhaalt dat zij "thans het geding hervat tegen hiernagedaagde, dat voorheen werd ingeleid lastens de ouders", zij luidens het beschikkend gedeelte der dagvaarding uitdrukkelijk en alleen de veroordeling tot betaling lastens de zoon nastreeft;

Dat bovendien eiseres terecht verwijst naar art. 815 Ger.W., dat als aanhef van het hoofdstuk over de "Hervatting van geding", deze blijkbaar beoogt voor de gevallen van verandering van staat van een partij of van wijziging van de hoedanigheid waarin zij is opgetreden; dat er in casu sinds de dagvaarding tegen de ouders van

3 april 1970 (vordering sub I) klaarblijkelijk geen dergelijke verandering of wijziging van die aard bij de ouders als verweerders gebeurde ;

Dat derhalve de vordering sub II een zelfstandig geding en geen gedinghervatting van de vordering sub I is ;

Dat het middel van niet-ontvankelijkheid tegen de vordering sub II, wegens gedinghervatting van de niet-ontvankelijke vordering sub I, dan ook niet kan aangenomen worden ;

2. Overwegende wat betreft het middel van niet-ontvankelijkheid wegens *verjaring* :

Dat zeer klaarblijkelijk noch de verjaring met driejarige termijn op stuk van verzekering, noch die met dertigjarige termijn in regel geldend voor gewone burgerlijke vorderingen, in aanmerking komen ; de eerste omdat eiseres tenslotte geen vordering op grond van grove fout inzake verzekering meer handhaaft ; de tweede omdat de vordering wezenlijk gebaseerd is op evidente verkeersrechtelijk strafbare misdrijven van verweerder ;

Dat de hoofdvraag dan blijft of, op de dag van dagvaarding, 18 april 1972, de huidige vordering met verloop van de vijfjarige *termijn verjaard* was vanaf de feiten van 26 mei 1962, meer bepaald of de verjaring *nuttig gestuit werd* ;

a. Dat die stuiting door dagvaarding van 15 oktober 1965 geldig is en ook niet betwist wordt, maar dat haar werking ophield vanaf de uitspraak van het vonnis van onbevoegdheid van dezelfde rechtbank van 17 februari 1967, bij toepassing van het algemeen beginsel besloten in de bepalingen van art. 2247 B.W. (zie rechtspraak op dit punt : Arbitrage, 8 juni 1959 (*J.T.*, 1959, 569), met aanhaling der overheersende rechtsleer en rechtspraak aldaar, die sindsdien — ook na de Wet van 30 mei 1961, die art. 27 van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering wijzigt — niet gewijzigd blijkt te zijn) ;

Dat derhalve vanaf 17 februari 1967 een nieuw verjaringstermijn is begonnen te lopen ;

b. Dat eiseres inroept dat de *dagvaarding van 3 april 1970* opnieuw stuitend was ;

Dat dit echter niet kan aanvaard worden, vooreerst omdat die dagvaarding zoals reeds gezegd onontvankelijk was, en bovendien omdat zij gericht was tegen de ouders Oosters en derhalve geen nuttig gevolg kon hebben als stuiting der verjaring van een vordering tegen de zoon ;

Overwegende derhalve dat de huidige vordering niet onvankelijk is ingevolge verloop van meer dan vijf jaar na 17 februari 1967 op het ogenblik der huidige dagvaarding 18 april 1972 ;

NOOT—Het vonnis van 17 februari 1967, waarbij de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen zich onbevoegd verklaart, werd gepubliceerd in *R.W.*, 1967-68, 1049.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (3e Kamer), 6 februari 1974

Werkloosheid—Recht op uitkeringen—Voorwaarden van tewerkstelling—Dienstbetrekking met verkorte werktijd—Begrip.

Na verklaard te hebben, dat verweerder voor de periode waarnaar verwezen wordt, het vereiste aantal halve arbeids-

dagen rechtvaardigt, beslist het bestreden arrest (Arbh. Gent, 3 januari 1972) dat haar dienstbetrekking een betrekking met verkorte werktijd uit eigen wil uitmaakte overeenkomstig de wettelijke zin van deze uitdrukking, daar zij, door vijf dagen per week te werken, naar rato van zes uren gedurende drie dagen en van drie uren gedurende twee dagen, een totaal van meer dan twintig arbeidsuren per week opleverde. Op grond daarvan zegt het arrest "dat zij vanaf 17 november 1970 aanspraak kan maken op werkloosheidsuitkering voor de maandagen, donderdagen en vrijdagen waarop zij minstens vier uur presteerde".

Die beslissing wordt om de volgende redenen vernietigd : "Overwegende dat luidens artikel 130, § 2bis, lid 2, van het koninklijk besluit van 20 december 1963, aangevuld bij artikel 2 van het koninklijk besluit van 24 oktober 1967, 'een dienstbetrekking wordt geacht uit eigen wil met verkorte werktijd te zijn', wanneer zij onder meer 'arbeidsdagen van ten minste vier uren omvat, met een totaal van ten minste twintig arbeidsuren' ;

"Dat voor de toepassing van deze bepaling alleen de uren in aanmerking komen gedurende welke arbeid wordt verricht tijdens arbeidsdagen van ten minste vier uren ; dat voor het berekenen van het totaal van twintig uren per week geen rekening mag gehouden worden met arbeid verricht tijdens een arbeidsdag van minder dan vier uren."

(Voorzitter : de h. Delahaye—Raadsheer-verslaggever : de h. Janssens—Advocaat-generaal : de h. Lenaerts—Advocaat : mr. Simont—In de zaak : R.V.A. t/ De Mul).

Hof van Cassatie (1e Kamer), 25 september 1974

Verzekering—Motorrijtuigen—Beding van exclusief sturen door de verzekeringnemer—Ongeval veroorzaakt door een bestuurder die niet de verzekeringnemer is—Regresvordering tegen die bestuurder door de verzekeraar die de benadeelde vergoed heeft—Eis tot vrijwaring door de bestuurder ingesteld tegen zijn eigen verzekeraar op grond van art. 4 van de polis—Suppletief karakter van art. 4.

A.G. verzekerde de auto van De Beer, met bijzondere clause van sturen door hemzelf. Met dat rijtuig werd evenwel een ongeval veroorzaakt door Souffriau, die voor zijn eigen wagen verzekerd was bij de Luikse Verzekering. A.G., die de benadeelden vergoedde, nam regres op Souffriau, die de Luikse Verzekering in vrijwaring riep.

Tegen het bestreden arrest (Hof Gent, 14 mei 1973), dat Souffriau veroordeelde en de eis tot vrijwaring inwilligde, voorzag de Luikse Verzekering zich in cassatie.

Met betrekking tot de ten gunste van A.G. tegen Souffriau uitgesproken veroordeling werpt zij o.m. op, dat de artikelen 1 en 3 van de Wet van 1 juli 1956, die in de polis van A.G. letterlijk overgenomen waren, aan Souffriau als bestuurder van de auto van De Beer de hoedanigheid van verzekerde voor zijn uit het besturen van dat rijtuig voortvloeiende aansprakelijkheid toekenden, en dat de bijzondere voorwaarde van exclusief sturen door De Beer, gesanctioneerd door het in art. 24 van de polis bedoelde verval, Souffriau niet persoonlijk de vrijwaring in zijn hoedanigheid van verzekerde deed derven, zodat A.G. niet wegens haar betaling in de rechten van de benadeelden trad.

Het middel wordt als volgt verworpen :

"Overwegende dat het arrest beslist, enerzijds, dat om reden van het bestaan van een verzekeringscontract en op grond van de bepalingen van de wet, verweerder (A.G.) verplicht was de slachtoffers van het ongeval, door verweerder Souffriau bij het besturen van het aan De Beer toebehorende voertuig veroorzaakt, schadeloos te stellen en, anderzijds, dat overeenkomstig de bepalingen van bedoeld verzekerings-

contract het recht op dekking door verweerster (A.G.) wegviel, omdat het voertuig van De Beer door een derde, verweerder Souffriau, bestuurd werd, zodat verweerster, gesubrogeerd zijnde in de rechten van de slachtoffers, ertoe gerechtigd was vanwege verweerder Souffriau de terugbetaling te eisen van de sommen welke zij aan de slachtoffers uitbetaald had;

"Dat het arrest, door aldus te beslissen, de in het onderdeel ingeroepen wetsbepalingen geenszins schendt".

Souffriau had zijn tegen de Luikse Verzekering ingestelde eis tot vrijwaring gebaseerd op art. 4 van de polis, dat de dekking uitbreidt tot het geval waarin de verzekeringnemer occasioneel een aan een derde toebehorend rijtuig bestuurt, zelfs terwijl het rijtuig van de verzekeringnemer in gebruik is.

Maar dat zelfde artikel bepaalt, dat die dekking 'geen uitwerking heeft in de mate dat de persoon, die schade heeft geleden, daarvan werkelijk vergoeding kan bekomen op grond van een lopend verzekeringscontract dat de burgerlijke aansprakelijkheid dekt waartoe het gelijkgestelde motorrijtuig aanleiding geeft'.

Het bestreden arrest, dat desbetreffend een onderscheid maakt, wordt vernietigd met de overweging:

"Dat, door te beschouwen dat bovenvermelde uitsluiting van dekking enkel toepassing vindt indien de slachtoffers werden vergoed op grond van de contractuele verplichtingen van de A.G. en niet indien ze werden vergoed op grond alleen van de wettelijke verplichtingen van de A.G., het arrest aan de toepasselijkheid van die clausule een voorwaarde toevoegt en zodoende de verbindende kracht ervan miskent."

(Voorzitter: de h. de Vreese—Raadsheer-verslaggever: Baron Vinçotte—Eerste advocaat-generaal: de h. Dumon—Advocaten: mrs. J. Dasse en J. Faurès—In de zaak van: De Luikse Verzekering t/ Souffriau en A.G. van 1830).

Arbrb. Brussel, afd. Antwerpen (7e Kamer), 8 november 1973

Beroepsziekten—Arbeidsongeschiktheid—Overlijden—Vergoedingen—Administratieve aanvraag—Verplichtingen van het Fonds voor Beroepsziekten—Hoger beroep—Misbruik van recht.

Na de dood van een slachtoffer van asbestose, die voor de vrederechter een vordering had ingesteld tot het bekomen van vergoedingen wegens arbeidsongeschiktheid van het Fonds voor Beroepsziekten, nemen zijn vrouw en zoon de vordering over. Bij vonnis van 6 januari 1972 wordt het Fonds veroordeeld tot betaling van de wettelijke vergoedingen aan beide partijen, zowel in hun hoedanigheid van erfgenamen, als in hun eigen naam wegens het overlijden. Het Fonds vraagt nu vernietiging van dit vonnis omdat het nooit een beslissing in deze zaak had genomen en er dus geen voorziening in rechte bij de vrederechter mogelijk was. Voorts wordt opgeworpen dat het oorzakelijk verband tussen het overlijden en de beroepsziekte onvoldoende werd nagegaan. Het arbeidshof bekrachtigt nochtans het bestreden vonnis op volgende gronden:

"Ten aanzien van het eerste middel dat appellant inroep, m.n. dat de Vrederechter, bij gebreke van een beslissing van het Fonds voor de Beroepsziekten, geen uitspraak kon doen over de eigen rechten van eerste en tweede geïntimeerde, dient vastgesteld te worden:

"dat beide geïntimeerden in de verklaring tot hervatting van het geding dd. 12 maart 1969 reeds stelden dat de heer Petrus Van Alphen op 25 augustus 1966 overleden was ten gevolge van de asbestose waaraan hij leed,

"dat dezelfde stelling herhaald werd in de conclusies welke door beide geïntimeerden genomen werden op 12 juni 1969; dat de derde geïntimeerde deze stelling bijtrad,

"dat eerste en tweede geïntimeerde bij dezelfde conclusies voor zichzelf de wettelijke vergoedingen verschuldigd wegens het overlijden van hun echtgenoot en vader opeisten,

"dat uit niets blijkt dat appellant de bedoelde aanspraken van eerste en tweede geïntimeerde ooit betwist heeft,

"dat trouwens moet onderstreept worden dat appellant, in het thans meer dan 10 jaar hangende geding, nooit enige schriftelijke conclusie genomen heeft,

"dat de reglementering inzake de beroepsziekten het Fonds voor de Beroepsziekten oplegt, wanneer het kennis krijgt van het overlijden van een door een beroepsziekte getroffen, de bekende rechthebbenden uit te nodigen hun rechten te laten gelden (art. 4, K.B. 15 juni 1971; voorheen art. 4, K.B. 23 juli 1969),

"dat niets aantoonde dat appellant zich ten opzichte van eerste en tweede geïntimeerde van die verplichting gekweten heeft,

"In de mate dat het hoger beroep van appellant erop gericht is het bestreden vonnis te zien vernietigen omdat, bij gebreke van een aanvraag hunnerzijds bij het Fonds voor de Beroepsziekten, eerste en tweede geïntimeerde de eis nopens hun eigen rechten niet rechtstreeks voor de rechter konden brengen, en laatstbedoelde derhalve zijn bevoegdheid overschreed door die eis in te willigen, is het Hof van oordeel:

"dat de recente rechtsleer behoort bijgetreden te worden die zegt dat de bevoegdheid tot aanwending van een rechtsmiddel tegen een gerechtelijke beslissing een doelgebonden bevoegdheid is,

"dat gelet op de hierboven vermelde vaststellingen, feiten en consideransen, in hoofde van appellant tot bevoegdheidsafwending dient besloten te worden,

"dat met betrekking tot het betwiste punt er van geen redelijke en aanvaardbare aanwending van het rechtsmiddel van hoger beroep sprake is, vermits appellant nooit de geïntimeerden heeft uitgenodigd de vereiste administratieve aanvraag te doen — hoewel hij daartoe wettelijk verplicht was — en hij bovendien in eerste aanleg nagelaten heeft op het ontbreken van die aanvraag te wijzen,

"dat het hoger beroep derhalve ten aanzien van het eerste door appellant aangevoerde middel, wegens misbruik van recht niet-ontvankelijk dient verklaard te worden (zie VAN GERVEN, *Beginnelen van Belgisch privaatrecht*, I, nrs. 67, 70 en 72).

"Als tweede middel voert appellant aan dat de eerste rechter het oorzakelijk verband tussen het overlijden en de erkende beroepsziekte niet heeft onderzocht.

"Zoals hierboven reeds werd onderstreept blijkt niet dat het Fonds voor de Beroepsziekten de stelling van de geïntimeerden dienaangaande ooit heeft aangevochten.

"Uit het deskundig verslag van professor Bastenier dd. 20 november 1967, blijkt dat de gezondheidstoestand van wijlen Petrus Van Alphen reeds in 1960 niet zeer goed en de longfunctie zeer verslecht was; dat in 1965 zijn algemene toestand nog verslechterd was ingevolge de toenemende asbestose en dat de getroffen ongetwijfeld reeds sedert 21 april 1961 definitief blijvend geheel werkongeschikt was.

"In hoger beroep heeft appellant niet geconcludeerd of enig medisch document overgelegd ter staving van zijn stelling van niet bewezen causaliteit.

"Gelet op de stukken van het rechtsplegingsdossier, inzonderheid op het deskundig verslag van professor Bastenier, komt het oorzakelijk verband tussen de erkende beroepsziekte, asbestose, en het overlijden van wijlen de heer Petrus Van Alphen, als voldoende bewezen voor".

(Voorzitter: de h. Rauws—Advocaat-generaal: de h. De Leye—Advocaten: mrs. Wostyn en Clymans loco Deprez—In de zaak: Fonds voor de Beroepsziekten t/ Van Alphen en Nationaal Verbond van Socialistische Mutualiteiten).

Arbrb. Antwerpen (7e Kamer), 29 januari 1974

Ziekte- en invaliditeitsverzekering—Werknemers—Tussenkomst voor medische prestaties—Betwisting—Geding—Vergoedende en gerechtelijke interessen.

Na de gerechtigde het recht op tussenkomst van de verzekering met betrekking tot betwiste in het buitenland verleende geneeskundige verstrekkingen te hebben toegekend, weigert de rechtbank nochtans de toekenning van vergoedende en gerechtelijke interessen op de toegewezen bedragen :

"Overwegende dat eiseres op voormelde bedragen de vergoedende en, vanaf 30 december 1971, de gerechtelijke interessen vordert ;

"Overwegende dat, alvorens over dit deel der vordering te statuëren, dient onderzocht welke de aard is van de door eiseres gevorderde en door de rechtbank, in de hierboven bepaalde mate, toe te kennen rechten ;

"Overwegende dat het hier ontegensprekelijk geen burgerlijke maar politieke rechten betreft ;

"Overwegende dat het recht op de toe te kennen verstrekkingen zijn oorzaak niet vindt in een verbintenis, doch in een administratieve wet, te weten de Wet van 9 augustus 1963 en haar uitvoeringsbesluiten ;

"Overwegende dat daaruit voortvloeit dat eiseres, behoudens voor wat hierna besproken wordt, haar vordering dient te doen steunen op de voormelde wet en niet op het verbintenisrecht ;

"Overwegende dat deze wet, ten voordele van wat zij de 'rechthebbende' noemt, een recht schept op uitkeringen en tegemoetkomingen in de kosten van geneeskundige verzorging ; dat zij geen recht schept op interessen op de te laat verleende verstrekkingen (zie in dezelfde zin HORION, *Nouveau précis de droit social belge*, nrs. 673 en 675 ; zie ook Arbrb. Luik, 27 juni 1973, *J. Liège*, 1973-74, 3) ;

"Overwegende dat de vordering tot betaling van interessen, van welkanige aard ook, derhalve nog enkel kan beschouwd worden als een vordering tot schadevergoeding, gebaseerd op artikel 1382 B.W., zulks bij gebreke aan enige andere rechtsgrond ;

"Overwegende dat opdat de vordering, gebaseerd op voormeld artikel, zou kunnen toegekend worden eiseres onder meer, doch vooreerst, zou dienen te bewijzen dat verweerder een fout begaan heeft door de verschuldigde sommen niet tijdig uit te betalen ;

"Overwegende dat, opdat er een fout zou wezen, vereist is dat er een recht geschonden wordt op een schuldige wijze, te weten door een gebrek aan voorzichtigheid in zijn houding of handeling (zie DE PAGE, II, nr. 940bis) ;

"Overwegende dat in casu aan verweerder, geplaatst voor een probleem dat niet uitdrukkelijk in de toe te passen teksten voorzien is, en daarenboven gebonden zijnde door administratieve onderrichtingen uitgaande van het Rijksinstituut voor ziekte- en invaliditeitsverzekering, niet kan verweten worden dat hij een betaling van de in betwisting zijnde sommen heeft uitgesteld tot op het ogenblik waarop door een vonnis vastgesteld wordt welke bedragen er juist verschuldigd zijn ;

Overwegende dat de vordering, in zoverre zij steunt op voormeld artikel 1382 B.W., dan ook elke grond mist ;

Overwegende dat er tenslotte de aandacht dient op gevestigd — en zulks geldt niet alleen voor de interessen maar ook voor de hoofdsom — dat zelfs daar waar door verweerder zekere posten niet uitdrukkelijk zouden betwist worden, de rechter in het domein van het sociaal recht, *sensu stricto*, er dient op te waken, enerzijds dat de particulier bekomt datgene waarop hij krachtens de wet recht heeft, maar anderzijds ook dat de administratie geen zwaardere verplichtingen op zich neemt dan die waartoe zij ingevolgd de wet gehouden is (zie LENAERTS, *Sociaal procesrecht*, nr. 43) ;

"Overwegende dat de fout van verweerder, alsmede de

schade en het verband tussen beide, slechts zou vaststaan wanneer verweerder, in kennis gesteld van het vonnis dat hem de verplichting tot betaling oplegt, deze verplichting niet zou nakomen ;

"Overwegende dat de vordering tot betaling van interessen derhalve enkel kan toegekend worden vanaf de dag van de betekening van het te vellen vonnis".

(Voorzitter : mevr. Th. Schulze—Openbaar ministerie : de h. K. Girardin—Advocaten : mrs. K. De Grootd loco A. Le Paige en L. Rotty—In de zaak : Debra t/ Landsbond der Christelijke Mutualiteiten).

Arbrb. Hasselt (2e Kamer), 5 april 1974

Pensioen zelfstandigen—Overlevingspensioen—Onderzoek naar de bestaansmiddelen—Persoonlijke schulden.

Wegens te hoge bestaansmiddelen weigert het Rijksinstituut voor de Sociale Verzekeringen het overlevingspensioen aan een weduwe. Deze heeft tegen die beslissing beroep aangekend op grond dat heel haar bezit door haar zoon is opgebruikt. Ze doet gelden dat haar verarming gedurende de laatste tien jaar te wijten is aan persoonlijke schulden in de zin van art. 82 van het K.B. van 22 december 1967 houdende algemeen reglement betreffende het rust- en overlevingspensioen der zelfstandigen. Die persoonlijke schulden zouden hierin bestaan, dat zij de schulden van haar enige zoon heeft betaald en zij voor het levensonderhoud van zijn gezin gezorgd heeft.

"De rechtbank aanvaardt dat met persoonlijke schulden gelijk gesteld worden de betaling van de schulden die voortvloeien uit de bij de wet opgelegde steunplicht (art. 207 B.W.) en de betaling van de sommen die berusten op een natuurlijke verbintenis doch als dusdanig omgezet zijn in een burgerlijke verbintenis.

"De bewering van aanlegster dat het levensonderhoud van haar zoon en zijn gezin mede oorzaak zijn dat haar vermogen verminderde komt neer op de toepassing van art. 207 B.W. waardoor zij aan haar steunplicht zou hebben voldaan.

"De wettelijke steunplicht berust op de familiale solidariteit (R. DEKKERS, *Handboek van burgerlijk recht*, I, 1956, nr. 169 e.v.) en is verschuldigd indien de noodzaak tot levensonderhoud reëel is en onvrijwillig tot stand is gekomen (DE PAGE, I, pag. 694).

"Aanlegster dient aan te tonen dat de afvloeiing van haar vermogen gemotiveerd was op voormelde gronden.

"Indien aan de gestelde voorwaarden is voldaan oordeelt de rechtbank omtrent de hoegrootheid van de alimentatieverplichting rekening houdend met de sociale status van de zoon van aanlegster en de personen ten laste (DE PAGE, o.c. I, nr. 551).

"In de mate dat de door aanlegster ten behoeve van haar zoon en de personen ten laste de betaalde sommen het noodzakelijke levensonderhoud overtreffen kan zij inroepen (en dit deed zij), dat zij een natuurlijke verbintenis heeft uitgevoerd.

"Volgens de aangehouden rechtsleer heeft een natuurlijke verbintenis geen rechtsgevolgen (DEKKERS, o.c., nr. 491 e.v. ; DE PAGE, III, pag. 72).

"Het aanvaarden ervan door de 'debiteur' door een precieze en positieve handeling, o.m. de betaling, zet de natuurlijke verbintenis om in een burgerlijke verbintenis (DE PAGE, III, pag. 72 ; ook Arbrb. Brussel, afdeling Antwerpen, 3 maart 1973, A.R. 521).

"Aldus zou, voor het geval dat de door aanlegster betaalde schulden van haar zoon het noodzakelijke levensonderhoud overtreffen, door haar betaling van die schulden, die een akte van erkenning en uitvoering is, een burgerlijke verbintenis

ontstaan zijn, die het karakter draagt van een persoonlijke schuld zoals bedoeld in art. 82 van het K.B. van 22 december 1967).

"Aanlegster dient ten deze de feitelijke gegevens bij te brengen waarop zij steunt.

"Uit het voorgaande blijkt dat een heropening van het debat noodzakelijk is".

(Voorzitter : de h. P. Schroé—Openbaar ministerie : de h. R. L'Homme—Advocaat : mr. Warnants—In de zaak : H.L. t/ R.I.S.V.Z.).

EUROPEES RECHT

Weekoverzicht van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
(Week 28-31 oktober 1974)

Zaak 190/73 Haaster
Prejudiciële zaak, 30 oktober 1974

Verbod van kwantitatieve beperkingen

Artikel 10 van verordening nr. 234/68, uitgelegd in het kader van het geheel der bepalingen houdende de totstandbrenging van een gemeenschappelijke ordening der markten in de sector levende planten en produkten van bloementeel, sluit het bestaan uit van elke nationale regeling, bestemd om de teelt van een produkt dat onder de gemeenschappelijke marktordening valt kwantitatief te beperken. Aldus beantwoordde het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen een door de economische politierechter te Haarlem aan het Hof voorgelegde vraag. De vraag kwam bij deze rechter aan de orde in een strafgeding tegen een Nederlandse bloembollenteler die werd vervolgd wegens overtreding van de Nederlandse wetgeving dienaangaande die – in strijd met de gemeenschapsregeling – ten doel heeft beperkingen te stellen aan de oppervlakte, bestemd voor de teelt van hyacinten.

Zaken 15/74 en 16/74 Centrafarm
Prejudiciële zaak, 30 oktober 1974

Octrooi—Merk—Bescherming—Onverenigbaar met de voorschriften inzake het vrije verkeer van goederen—Toepassing van artikel 85

De uitoefening door de octrooihouder van het hem bij de wetgeving van een Lid-Staat verleende recht om het in deze Staat in het verkeer brengen van een geoctrooieerd produkt dat in een andere Lid-Staat door deze octrooihouder of met diens toestemming in de handel is gebracht, te verbieden, zou onverenigbaar zijn met de regels van het E.E.G.-Verdrag inzake het vrije verkeer van goederen binnen de gemeenschappelijke markt. Een soortgelijke onverenigbaarheid is uitgesproken op het gebied van het merkenrecht.

Het is ten deze niet van belang dat er tussen de Lid-Staat van uitvoer en de Lid-Staat van invoer prijsverschillen bestaan, welke worden veroorzaakt door in de Staat van uitvoer genomen overheidsmaatregelen ter beheersing van de prijs van het produkt.

Het staat de houder van een octrooi of een merk betreffende een farmaceutisch produkt niet vrij zich aan de communautaire voorschriften inzake het vrije verkeer van goederen te onttrekken om de verspreiding van het produkt te controleren ter bescherming van het publiek tegen gebrekige produkten.

Artikel 85 van het Verdrag ziet niet op overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen ondernemingen die als moedermaatschappij en dochteronderneming tot één en hetzelfde concern behoren, indien de onder-

nemingen een economische eenheid vormen, waarin de dochteronderneming haar optreden op de markt niet werkelijk zelfstandig kan bepalen, en indien die overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen een interne taakverdeling tussen de ondernemingen ten doel hebben. Op artikel 42 van de akte betreffende de toetredingsvoorwaarden en de aanpassing der verdragen kan geen beroep worden gedaan ter verhindering van de invoer in Nederland, ook vóór 1 januari 1975, van goederen die door de octrooihouder of de merkhouder of met hun toestemming in het Verenigd Koninkrijk op de markt zijn gebracht.

MEDEDELINGEN EN BERICHTEN

Afscheidscollege prof. mr. A. Pitlo

Op 15 november jl. heeft prof. mr. A. Pitlo zijn afscheidscollege gegeven ter gelegenheid van het emeritaat uit het ambt van hoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam.

Van dit college, dat een betoog was van de rol van de docent tegenover de student, werd een bandopname gemaakt, waarvan een grammofoonplaat zal worden geperst.

Toespraken werden gehouden door mr. I. Samkalden, burgemeester van Amsterdam, prof. mr. P.A. Stein, decaan van de Universiteit, mr. J. Honnebier, de heer J.W. Hanraath en mr. E.C.M. Jurgens, deze laatste drie namens de staf, de studenten en de oud-leerlingen.

Naast de eerste uitgave van de speciaal voor deze gelegenheid samengestelde bundel uit opstellen van zijn hand *Gespreide Keuze*, en andere geschenken ontving prof. Pitlo de zilveren medaille van de stad Amsterdam 'om alles wat hij meer is dan de optelsom van zijn functies'.

Juristen werkloos in Nederland

Volgens een in het *Nederlands Juristenblad* (74/38, blz. 1239) verschenen bericht nemen onder de werkloze academici in Nederland de juristen nog steeds verreweg de grootste plaats in. Per 26 juli 1974 waren er 439 juristen als werkloos ingeschreven, en waren er bovendien nog 49 ingeschreven als werkzoekend.

TIJDSCHRIFTEN

Der Staat.—jg 1974

nr 3

Bernard Willms, Ist wetpolitische Sicherheit institutionalisierbar? Zum Problem des neuen Leviathan.—Wolfgang Hoffman-Riem, Beharrung oder Innovation—Zur Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen.—Adolf Laufs, Eduard Lasker und der Rechtsstaat.—Berichte und Kritik.—Buchbesprechungen.—Buchanzeigen.

De Verzekeringswereld.—jg 1974

nr. 10

J. Van de Ryck, Hoe de bedragen voor een persoonlijke verzekering vaststellen?—J. Van de Ryck, Lacunes in het prospectiewerk.—R. van de Moortele, Fiscale rubriek.—H. Thijs, Snelheidsbeperking en verkeersveiligheid.—De Federale Verzekeringen.—I. Sollic, C.M.R. Verzekering.—P. Fierens, Patrimonium-beheer.—H. De Graef, Erfrecht.—A.B.B.—Aktueel magazine.—Nieuwe polissen.—Verzekeringsbedrijven in binnen- en buitenland.—I. Sollic, De zeeverzekeringsspolis van Antwerpen in de 16e eeuw.