

# RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

REDACTIE : RIDDER RENE VICTOR, HOOFDREDACTEUR

E. BOONEN, C. CAENEPEEL

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

## BEVOEGDHEID VAN DE VOORZITTER VAN DE RECHTBANK VAN KOOPHANDEL RECHTDOENDE OP GROND VAN ARTIKEL 55 WHP\*

1. De reglementering van de economische activiteiten volgt in België een stijgende trend. De vrij gedetailleerde reglementering vervat in de WHP is een symptoom ervan.

Economische reglementering weerspiegelt de fundamentele economische opvattingen van de regering. Deze opvattingen waren in 1971 bij de goedkeuring van de WHP — en nu nog — in belangrijke mate geïnspireerd door een duidelijk neoliberalisme waar de persoonlijke initiatieven aangemoedigd worden in de mate dat zij ordentelijk worden genomen en er niet toe leiden dat bepaalde categorieën rechtssubjecten worden benadeeld. Dergelijke opvattingen leidden tot de WHP waar enerzijds de regels van het spel tussen ondernemingen worden gepreciseerd en anderzijds de zwakkere partij — de consument — wordt beschermd. Men kan aannemen daarenboven dat geen antinomie bestaat tussen bescherming van de consument en voorschriften van eerlijkheid in de handelsrelaties : de consument scheen het best beschermd te kunnen worden indien de handelaars de eerlijke gebruiken naleefden. Een enkele wettekst voor de bescherming van de consument en voor de rechtmatige handelspraktijken was dus gewenst.

De WHP heeft echter nog een bijkomende dimensie : de verwijzing naar de eerlijke handelsgebruiken heeft er ook toe geleid dat via deze wet de ondernemingen verplicht worden niet alleen eerlijk te zijn tegenover elkaar en tegenover de bij hypothese zwakkere consument, doch zich ook te moeten aanpassen aan reglementeringen van openbaar nut (bv. prijzen, sociale

reglementeringen) die een effect hebben op de mededinging.

De belangen die op het spel staan stijgen dus ver boven de klassieke categorieën van het handelsrecht uit. De wet getuigt van de steeds toenemende vervaging van de versterkte categorieën van handelsrecht, civiel recht, strafrecht, administratief recht.

Dit heeft uiteraard implicaties ook wat de bevoegdheid betreft van degenen die de wet moeten toepassen.

De voorzitter van de rechtbank van koophandel zal minder geneigd zijn te verwijzen naar klassieke begrippen van het handelsrecht wanneer deze beginselen hem beletten een redelijke toepassing te maken van de wet.

De behoeften van een rationele toepassing van de wet zijn vaak sterker gebleken dan de invloed die uitging van de klassieke rechterlijke organisatie met haar archaïsche onderverdeling in drie nagenoeg autonome zuilen. De wettekst zelf had reeds een nieuw geluid laten horen door af te zien van de systematische voorrang van het strafrecht op het civiel recht zodat reeds door de wet zelf aan een van de dogma's van ons rechtssysteem werd geraakt. De rechtspraak heeft ook — zoals verder zal gezien worden — bepaalde dogma's laten varen.

De bevoegdheid van de voorzitter van de rechtbank van koophandel vertoont aldus een paar nieuwe aspecten die het ontleden waard zijn.

### 1. De volstrekte bevoegdheid

#### A. Algemeen—processuele gevolgen

2. Bevoegdheid is, volgens het Gerechtelijk Wetboek, de macht van de rechter om kennis te nemen van een vordering die voor hem is gebracht (art. 8 Ger.

\* Verslag uitgebracht op de op 8 juni 1978 gehouden studiedag door de Belgische groep van de Internationale Vereniging ter bestudering van de mededingingsproblemen.

W.)<sup>1</sup>. Volstrekte bevoegdheid is, steeds volgens het Gerechtelijk Wetboek, de rechtsmacht bepaald naar het onderwerp, de waarde en in voorkomend geval het spoedeisend karakter van de vordering of de hoedanigheid van partijen (art. 9 Ger. W.).

3. Bevoegdheid en niet-toelaatbaarheid zijn twee verschillende begrippen. Van Reepinghen definieert de ontvankelijkheid of toelaatbaarheid als «het geheel van de voorwaarden die vereist zijn opdat het *bevoegde* gerecht uitspraak kan doen over de grond van de zaak» (Verslag, p. 49, voetnoot 29).

Men denkt hier vooral aan vormvereisten en vereisten van belang in hoofde van de eiser.

In één geval zijn bevoegdheid en toelaatbaarheid nauw verwant: het geval waarin een rechter een uitsluitende bevoegdheid heeft (en derhalve geen andere rechter bevoegd kan zijn) en om de een of andere reden de geadieerde rechter niet mag beslissen. Dit blijft een geval van onbevoegdheid zoals kan afgeleid worden uit art. 660 Ger.W. (zie over dit probleem ook in andere zin in v.m. de Franse wet Solus en Perrot, *op. cit.*, p. 680). Dat dit geen louter woordenspel is kan worden bewezen door de verschillende regels die de rechter bij onbevoegdheid moet toepassen en bij niet-toelaatbaarheid *niet* moet toepassen (bv. artt. 774, 639 en 640 Ger. W.).

4. Toegepast op de materie van de handelspraktijken zal vooral rekening worden gehouden met het «onderwerp» van de vordering. In beginsel is de voorzitter slechts bevoegd om een aantal handelingen te verbieden. De aard van de verboden praktijk evenals hetgeen men vraagt aan de rechter ermede te doen zijn hier determinerend.

5. In een aantal gevallen zal ook de hoedanigheid van degene die de handeling stelt relevant zijn. Artikel 55 WHP zegt immers dat de voorzitter het bestaan vaststelt en de staking beveelt van tekortkomingen aan de bepalingen die in dit artikel zijn opgesomd; welnu, die bepalingen verwijzen soms naar de hoedanigheid van degene die de handelingen stelde. De hoedanigheid van degene die de daad stelt is nochtans slechts van ondergeschikt belang.

In de WHP zijn er nochtans een aantal gevallen waarin de hoedanigheid van degene die de daad stelt, schijnbaar wel van belang is voor de toepassing van de wet en de bevoegdheidsregeling. Om onder toepassing te vallen van de wet moeten diensten beroepsprestaties zijn die het voorwerp maken van een daad van koophandel of een door de wet als ambachtsbedrijvigheid beschouwde bedrijvigheid (art. 1, 2°). In andere gevallen is de wet eerder restrictief (zie bv. art. 2, 1°), soms ook zeer ruim (art. 4: ook de occasionele ver-

koop; artt. 6, 7, 9, 10, 13-18, 35, 51, 52). Wat reclame betreft, geldt het verbod van bepaalde vormen van reclame ook voor niet-handelaars (alleen het verbod van verwarringstichtende reclame schijnt slechts van toepassing op handelaars).

Voor verkoop met verlies wordt gewag gemaakt van «iedere handelaar» (art. 22), maar uit de tekst kan gemakkelijk afgeleid worden dat met dit begrip de detaillisten bedoeld worden en niet de producent, zodat het begrip hier weer in een andere betekenis wordt genomen dan in het Wetboek van Koophandel.

Een open vraag blijft of artikel 54 WHP met het woord handelaar wel hetzelfde bedoelt als het woord koopman gedefinieerd in artikel 1 van het Wetboek van Koophandel. Deze vraag is betwist. Velen menen dat dit niet het geval is en dat in artikel 54 het woord handelaar de ruime betekenis heeft van degene die beroepsmatig diensten levert of goederen verkoopt<sup>2</sup>.

Het is aldus in elk geval uitzonderlijk voor de toepassing van de WHP dat de hoedanigheid van degene die de daad stelde relevant is. Dit leidde het Brussels Hof van Beroep tot de algemene conclusie dat «het bevel tot staken niet beperkt is *ratione personae* tussen handelaars maar geen onderscheid maakt naar de persoon van de dader en uitsluitend objectief aanleunt bij bepaalde tekortkomingen zelfs wanneer de daders buiten de omschrijving van artikel 1 van het Wetboek van Koophandel vallen» (Hof Brussel, 12 november 1974, B.R.H., 1976, 180).

Nu zouden wij dit standpunt wat willen nuanceren. In de weinige gevallen waarin de hoedanigheid van de dader wel een rol speelt, speelt deze hoedanigheid volgens mij de rol van een bevoegdheids criterium en is geen probleem dat verband houdt met de grond van de zaak: de bijzonder ruime omschrijving van het bevoegdheidsbegrip in het Gerechtelijk Wetboek wettigt een dergelijke oplossing.

6. De hoedanigheid van eiser wordt in de rechtsleer meestal voorgesteld als een probleem van toelaatbaarheid dan wel van bevoegdheid.

Wij zullen de problemen gesteld door de hoedanigheid van de eiser (o.m. de lijst opgesomd in artikel 57) overlaten aan de andere rapporteurs, daar dit geen specifiek probleem is van bevoegdheid.

<sup>2</sup> Hierover kan wel geredetwist worden. Het is zelden opportuun dat een zelfde woord twee betekenissen zou krijgen in twee afzonderlijke wetteksten.

De gapende leemte die door een meer klassieke uitleg van het begrip kan ontstaan, is oorzaak van het feit dat bepaalde rechters ertoe verleid werden een autonoom begrip te definiëren. Zie in de zin van deze autonome uitlegging: Voorz. Kh. Brussel, 6 juni 1977, J.T., 1977, 640; anders: Hof Brussel, 27 mei 1968, J.T., 1968, 646.

O.i. moeten in elk geval als handelaar in de zin van art. 1 Wetboek van Koophandel, alsmede de bedrijven die, volgens het bekend criterium van Van Ryn, een organisatie hebben, gericht op een rentabele exploitatie (VAN RYN, I, p. 21) of nog de groeperingen van ondernemingen die bestemd zijn om de marktverhoudingen te beïnvloeden.

<sup>1</sup> In dezelfde zin: H. SOLUS en R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, II, p. 6.

7. De bevoegdheid van de voorzitter is m.i. een *uitsluitende* bevoegdheid. Slechts de voorzitter kan een stakingsbevel wijzen met de zeer specifieke gevolgen van een dergelijk bevel.

Dit belet niet dat een andere rechter wel verbod zou mogen opleggen aan verweerders bepaalde daden te stellen of ook publikatie zou mogen bevelen (zie hierover de noot van R. DEBACKER, *B.R.H.*, 1972, 479), maar dergelijke maatregelen zouden het typisch gezag van het vonnis van de voorzitter rechtsprekend op grond van artikel 55 missen.

Er is dus staking en staking. De eigenlijke staking — die van de WHP, met haar quasi-penale aard — kan slechts door de voorzitter bevolen worden.

Een gewoon bevel tot ophouden kan gegeven worden door een rechtbank of hof of de voorzitter in kort geding, en heeft nooit de typische gevolgen zoals bedoeld in de WHP.

Het belang van het uitsluitend karakter van deze bevoegdheid zal blijken uit hetgeen hierna zal worden gezegd.

8. Indien de voorzitter ambtshalve meent een middel geput uit zijn onbevoegdheid te moeten opwerpen, zou hij in beginsel de zaak moeten verwijzen naar de arrondissementsrechtbank (artt. 639 en 640 Ger. W.).

Hierop zijn er nochtans twee uitzonderingen. In de eerste plaats zal de voorzitter niet moeten verwijzen voor alle gevallen van onbevoegdheid. Indien staking wordt gevraagd in de zin van artikel 55 (en eventueel publikatie) op gronden die niet beantwoorden aan de lijst van artikel 55, zal de vordering gewoon afgewezen worden, omdat er toch geen enkele rechter bevoegd zou zijn; indien echter een andere maatregel wordt gevraagd dan staking (bv. schadevergoeding) spelen de gewone bevoegdheidsregelen. Een tweede uitzondering kan aangestipt worden indien de verwijzing in een zelfde rechtbank kan gebeuren: de voorzitter mag dan louter intern de zaak verwijzen naar de bevoegde kamer van zijn rechtbank (eventueel per bevelschrift, vermelding op het zittingsblad) of naar hemzelf rechtdoende in kort geding (zie Kh. Leuven, 30 mei 1972, *B.R.H.*, 1972, 721; 18 januari 1972, *B.R.H.*, 1972, 141).

9. *Mutatis mutandis* spelen dezelfde regelen in verband met de verwijzing wegens onbevoegdheid naar de bevoegde rechtbank. Dit principieel gebod heeft slechts zin indien een andere rechtbank kan bevoegd zijn.

10. Gelet op de uitsluitende bevoegdheid van de voorzitter van de rechtbank van koophandel spelen de normale regels van de samenhang niet (zie bv. Voorz. Kh. Brussel, 29 mei 1972, *B.R.H.*, 1972, 586). De voeging wegens samenhang volgens de rangregeling van de artt. 565 en 566 Ger. W. is aldus uitgesloten. Wie daarenboven gebruik wil maken van artikel 701 Ger. W. en verscheidene samenhangende vorderingen

voor de voorzitter inleidt, loopt het risico dat zijn vordering voor het geheel niet toelaatbaar wordt verklaard. Indien het geding nochtans splitsbaar is, zou de voorzitter het geding pro parte mogen verwijzen naar de bevoegde rechtbank en het deel aanhouden dat tot zijn uitsluitende bevoegdheid behoort.

#### *B. De beperkende opsomming van artikel 55 WHP*

11. Om binnen de bevoegdheid van de voorzitter te vallen moet de vordering stoelen op een aantal tekortkomingen omschreven door de wet. Aan wie deze tekortkomingen moeten worden toegeschreven is zoals gezegd doorgaans bijkomstig.

Artikel 55 WHP bepaalt dat de voorzitter het bestaan vaststelt en de staking beveelt van een zelfs strafrechtelijk betoegelde tekortkoming aan een aantal bepalingen van de WHP die worden opgesomd.

Onmiddellijk rijst de vraag of deze lijst beperkend is. Hetgeen inderdaad opvalt is dat in de lijst een aantal inbreuken op de WHP niet worden opgenomen. Aldus vindt men geen verwijzing naar de artt. 2 en 4 (prijsaanduiding), 5 tot 11 (benaming en samenstelling van de produkten), 40 (uitgifte van titels) en 52 (kettingverkoop).

De historische reden van deze weglating schijnt wel te liggen in het feit dat deze inbreuken strafrechtelijk worden betoegeld en dat in een eerste versie van het ontwerp WHP de auteurs van de wet er nog niet aan hadden gedacht de dubbele rechtsweg toe te laten (enerzijds strafrechtelijk, anderzijds privaatrechtelijk). De aanhef van artikel 55 laat thans geen twijfel over het feit dat de dubbele rechtsweg uiteindelijk werd gekozen (zie in dit verband de samenvatting van de parlementaire voorbereiding in de Caluwé, Delcorde en Leurquin, p. 841 e.v.).

Slordige wetgevingstechniek ligt dus aan de basis van bepaalde lacunes in deze lijst.

Wat ook de historische wil moge geweest zijn van de wetgever, de rechtbanken zijn gehouden wetteksten uit te leggen en toe te passen zoals ze geschreven zijn en niet zoals ze hadden moeten worden geschreven<sup>3</sup>. Bij deze uitlegging zal men zich echter niet houden aan een volkomen letterlijke interpretatie van het artikel.

12. Een oppervlakkige lezing van artikel 55 WHP geeft de indruk dat de opsomming beperkend is. Waarom zou er anders een lijst zijn neergeschreven? Deze stelling werd schijnbaar vooropgesteld door het Belgisch Hof van Cassatie in een arrest van 4 juni 1976 (Makro; *R.W.*, 1976-77, 167).

Het Hof overwoog dat artikel 55 een opsomming van artikelen biedt waarvan de bepalingen, in geval

<sup>3</sup> Zoals gezegd door FRANKFURTER R. « While Courts are no longer confined to the language, they are still confined by it » (The reading of statutes, Col. L.R. 1963, 59-60).

van tekortkoming eraan, tot een bevel tot staking van de voorzitter aanleiding kunnen geven ; dat de artikelen 2, §§ 1 en 3, en 4, § 1, in die opsomming niet begrepen zijn. Het Hof sloot zich aldus aan bij een minderheidsopvatting in de rechtsleer (Van Ryn, I, 2e druk, p. 200).

Daarmede was de zaak echter ver van opgelost omdat een zelfde praktijk een tekortkoming kan uitmaken op verscheidene artikelen van de wet waarvan de ene wel en de andere niet zijn opgenomen in het lijstje van artikel 55.

Een typisch geval is dat van de artikelen 2 tot 4 en artikel 20 WHP. In de reeds genoemde Makrozaak had de tegenstrever van Makro o.m. opgeworpen dat Makro zich schuldig had gemaakt door *in de publiciteit* of op iedere andere wijze prijzen op te geven waarin de B.T.W. niet was begrepen of onvoldoende aangegeven. Het Hof van Beroep te Brussel had deze bezwaren droogweg uit de weg geruimd door te zeggen dat deze feiten inbreuken zijn op de artikelen 2 tot 4 WHP en dat de voorzitter onbevoegd was om te oordelen over deze tekortkomingen.

In cassatie had de eiser tot cassatie als middel aangehaald dat Makro niet alleen de artikelen 2 tot 4 had miskend doch *tevens* artikel 20 WHP en dat het hof van beroep dit middel, opgeworpen voor dit hof, onvoldoende had weerlegd. Het Hof van Cassatie ging hierop in en vernietigde het arrest wegens onvoldoende motivering. Het Hof schijnt dus te aanvaarden dat het a priori niet uitgesloten zou zijn dat een zelfde feit én onder de artikelen 2 tot 4 zou vallen én onder artikel 20.

13. Voortgaande op dezelfde redenering had men *mutatis mutandis* ook de stelling kunnen verdedigen dat inbreuken op de WHP die niet in de opsomming zijn opgenomen wel hadden kunnen worden opgevangen dank zij een voldoende ruime omschrijving van artikel 54 WHP, de «catch all»-bepaling van de WHP die elke met de handelspraktijken strijdige daad verbiedt waarbij een handelaar of ambachtsman de beroepsbelangen van een of meer andere handelaars of ambachtslui schaadt of tracht te schaden. De redenering zou zijn dat een prijsaanduiding strijdig met de artikelen 2 tot 4 ook strijdig is met de eerlijke handelsgebruiken, en dat, gelet op het feit dat staking van een met de eerlijke gebruiken strijdige daad bevolen mag worden, staking van onrechtmatige prijsaanduiding ook mag worden bevolen. Schijnbaar heeft het Hof van Cassatie die stap niet willen zetten in de Makrozaak. Het Hof beperkt de draagwijdte van artikel 54 door te zeggen «dat onder de verbodsbepalingen van vermeld artikel 54 niet begrepen zijn de daden die, ofschoon zij aan de criteria van dit artikel beantwoorden, reeds door een andere bepaling van de WHP verboden zijn.»

Het Hof wijst aldus de stelling af dat inbreuken die niet uitdrukkelijk luidens artikel 55 met de vordering

tot staking gehandhaafd worden toch *als zodanig* met deze vordering kunnen worden beteugeld, omdat er artikel 54 is dat wel in artikel 55 wordt vermeld. M.a.w. de gewraakte handeling zal moeten omschreven worden op een wijze die ze onderscheidt van de per se verboden die reeds in de WHP zijn opgenomen en niet in de lijst van art. 55 voorkomen.

Het is dubieus of het Hof van Cassatie thans nog dezelfde stelling aankleeft. In een arrest van 27 mei 1977 (R. W., 1977-78, 668) heeft het Hof van Cassatie zonder meer geponereerd dat de «bepaling van artikel 54 een algemene draagwijdte heeft en derhalve toepasselijk is op daden die al dan niet door andere bepalingen van voormelde wet verboden zijn».

De leer van Cassatie is niet volkomen duidelijk. Het Hof maakt allereerst een beperking: de bovengenoemde regel geldt slechts, zegt het Hof, «ten opzichte van de rechtsoverdracht tot aansprakelijkheid wegens daden strijdig met de handelsgebruiken». Op het eerste gezicht doet die beperking wel wat vreemd aan: een bepaling van materieel recht kan bezwaarlijk een andere betekenis hebben naar gelang van de aard van de vordering die men instelt.

Met dit *caveat* wordt nochtans duidelijk gesteld dat het Hof zomaar niet zijn rechtspraak van 1976 radicaal over boord wil gooien.

De voorzitter zal in elk geval slechts een daad strijdig met een van de bijzondere bepalingen van de WHP mogen verbieden indien deze wetsovertreding de beroepsbelangen van een andere handelaar aantast<sup>4</sup>. Dit zal voor deze bijzondere overtredingen niet steeds het geval zijn, ver van daar: de prijsaanduidingsvoorschriften bv. zijn dikwijls totaal neutraal wat betreft het concurrentie-effect. Of er enige andere beperking is aan de bevoegdheid van de voorzitter dan deze is onzeker.

Ten slotte moet opgemerkt worden dat het Hof in het arrest van 27 mei 1977 moest oordelen over een inbreuk die tegelijkertijd art. 20, 2°, en artikel 54 WHP schond. Daar in de lijst van artikel 55 wél de voorschriften over de reclame voorkomen is dit een reden te meer om grote voorzichtigheid aan de dag te leggen in de uitlegging van het arrest.

15. *De lege ferenda* kan worden opgemerkt dat het voorontwerp WHP, dat het voorwerp maakt van een consultatie door de Raad voor het Verbruik, alleen de lijst aanvult met nieuwe tekortkomingen. Veel eenvoudiger zou zijn in artikel 55 alleen te vermelden dat de voorzitter het bestaan vaststelt en de staking beveelt van zelfs strafrechtelijk beteugelde tekortkomingen aan de wet handelspraktijken. Dit zou elke onzekerheid uit de weg ruimen. Er bestaat trouwens geen enkele objectieve noodzaak de lijst beperkend op te stellen: ook al is er geen beperkende lijst dan zou de voorzitter die moet beslissen over een vordering op

<sup>4</sup> In deze zin: VAN RYN, p. I, (2e uitg.), blz. 199.

grond van de WHP geen bevoegdheidsprobleem hebben enerzijds wat de specifieke verbodsbepalingen betreft en anderzijds wat de inbreuken op de residuaire bepalingen (art. 54 en het nieuw art. 54bis betreft) en deze laatste vorderingen slechts behandelen in de mate dat de inbreuken een effect hebben op mededinging of op belangen van consumenten.

*C. Art. 54 van de WHP :  
de residuaire bepaling*

16. Het werd reeds vermeld dat via artikel 54 de bevoegdheid van de voorzitter aanzienlijk kan worden uitgebreid. Het onderzoek van de bevoegdheid verplicht dan ook de draagwijdte van dit artikel verder te bespreken.

P. De Vroede heeft de daden strijdig met de eerlijke handelsgebruiken gerangschikt in drie categorieën :

- a. handelingen die als zodanig aangemerkt kunnen worden zonder dat zij onder de een of ander uitdrukkelijke verbods- of reglementeringsbepaling vallen ;
- b. de niet-naleving van wetten die de gevolgen van artikel 54 meeslept ;
- c. de handelingen die op grond van specifieke bepalingen van de WHP reeds verboden werden<sup>5</sup>.

De eerste categorie schept geen bijzondere bevoegdheidsproblemen. De derde categorie werd reeds besproken sub nrs. 11-13. De tweede categorie vergt wel enige nadere uitleg.

17. Er zij aan herinnerd dat volgens het Hof van Cassatie artikel 54 een algemene draagwijdte heeft en derhalve toepasselijk is op daden die *al dan niet* door andere bepalingen van de WHP verboden zijn. Dit lees ik als een aanduiding dat alle daden die een wetsovertreding kunnen uitmaken kunnen vallen onder artikel 54 op voorwaarde natuurlijk dat de specifieke gevolgen van deze miskennis aanwezig zijn.

Het naleven van wetten is inderdaad in België iets dat *beantwoordt aan de eerlijke gebruiken* (zie Viaene, *Bull. H. Regl.*, 13-14, nr. 10). Dat dit ook beantwoordt aan de eerlijke *handelsgebruiken* is m.i. evident indien de wet betrekking heeft op materies die het economisch leven raken, anders zou er per definitie geen handelsgebruik kunnen zijn. Het zou echter onjuist zijn het toepassingsveld van artikel 54 te verenigen tot inbreuken op wetten met economisch karakter (zoals voorgesteld door Stuyck, *R.W.*, 1975-76, 936) : voldoende is dat de wet toegepast wordt op handelaars ter gelegenheid van het handelsleven<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> P. DE VROEDE, «Over de praktijken strekkend tot het verdraaien van de normale voorwaarden der concurrentie», *B.R.H.*, 1978, nr. 5/6.

<sup>6</sup> Een voorbeeld : een handelaar parkeert systematisch zijn vrachtwagen op een verboden parkeerplaats juist vóór het uitstapraam van een andere handelaar derwijze dat de reclame van deze laatste handelaar alle efficiëntie verliest.

Voorts wordt vereist dat de beroepsbelangen van een handelaar of ambachtsman worden aangetast of kunnen worden aangetast. De wet heeft schijnbaar hierdoor een einde gemaakt aan het vereiste van een concurrentieverhouding tussen degene die de daad stelde en het slachtoffer ervan (zie in dit verband : Schricker e.a., nr. 99 ; De Caluwé e.a., nr. 625).

Dit heeft zekere rechtspraak overigens niet belet i.v.m. wetsovertredingen het concurrentievereiste opnieuw in te lassen door te zeggen dat alleen de niet-naleving van wetten die een concurrentievoordeel oplevert aan degene die de wet overtreedt, onder artikel 54 valt (over een kritiek van deze opvatting, zie Swennen en Verougstraete, *S.E.W.*, 1977, 688).

Anderen zien in dit vereiste meer een variante van de Schutznormtheorie : slechts overtreding van een wet die de belangen van de schadelijgende beschermt, geeft aanleiding tot herstelverplichting (zie noot van L. Van Bunnin, *J.T.*, 1972, 450). Wij menen dat dit het toepassingsveld van artikel 54 opnieuw nutteloos verengt.

De voorzitter is in feite bevoegd, zoals de rechter van het schadeherstel, het bestaan van wetsovertreding vast te stellen volgens de in zijn procedure geldende bewijsmiddelen. Hij beoordeelt de handeling die de wetsovertreding vormt, doch hij doet er slechts wat aan voor zover die handeling schade kan berokkenen aan de beroepsbelangen van anderen.

Niet het beteugelen van wetsovertredingen is zijn bevoegdheid maar het ~~verhinderen~~ van schade of verdere schade als gevolg van die overtredingen. Niet de wetsovertreding zelf maar de overtreedende handeling voor zover die schade kan toebrengen aan een handelaar, is het voorwerp van het bevel tot staken.

18. Consequent met zijn stellingen huldigt Van Ryn, I, 2e druk, p. 200, de opvatting dat een overtreding van een wetsbepaling per definitie niet strijdig kan zijn met de eerlijke handelsgebruiken. Waar er een specifiek wettelijk verbod bestaat, komt dat wettelijk verbod in de plaats van het residuaire verbod van artikel 54 WHP.

Hetgeen wij gezegd hebben supra onder nr. 17 poogt deze stelling te weerleggen.

19. Voorbeelden uit de rechtspraktijk van wetsinbreuken die schade toebrechten aan een handelaar zijn vrij talrijk.

In de bijzonder keurige kroniek van J.J. Evrard en T. van Innis (*J.T.*, 1978, 41) worden enkele gevallen aangehaald die wij gedeeltelijk hebben aangevuld :

— wetgeving op edele metalen : Voorz. Kh. Antwerpen, 9 januari 1973, *B.R.H.*, 1973, 108 ;

— wet op de margarine (verkoop in kubusvorm) : Hof Gent, 10 mei 1974, *R.W.*, 1975-76, 1092-1099, met noot van De Vroede ;

— zie ook over de verpakking van margarine : Voorz. Kh. Brussel, 12 oktober 1973, niet uitg. ;

— de wet op de verplichte avondsluiting (W. 24 juli 1973) : Voorz. Kh. Brussel, 30 april 1974, *Bull. H.R.*, 9-10, 24 ;

— art. 85 van het EEG-Verdrag : talrijke beslissingen, o.m. voorz. Kh. Nijvel, 1 maart 1973, *J.T.*, 1973, 712 ; Voorz. Kh. Brussel, 13 maart 1978, niet uitg. ;

— K.B. van 12 december 1955 op het vlees : voorz. Kh. Antwerpen, 21 maart 1973, niet uitg. ;

— wet van 24 december 1966 op de teledistributie : voorz. Kh. Brussel, 26 juli 1976, *B.R.H.*, 1977, nr. 9/10 ;

— wet op de ambulante handel : o.m. Hof Gent 27 juni 1975, *B.R.H.*, 1975, 609 ; voorz. Kh. Antwerpen, 4 februari 1977, *B.R.H.*, 1977, 720 ;

— fiscale verplichtingen van restauratiehouders : voorz. Kh. Brussel, 15 april 1977, niet uitg. ;

— loterijwetgeving : Voorz. Kh. Brussel, 10 januari 1978, niet uitg. ;

— prijsreglementering : Voorz. Kh. Brussel, 13 maart 1978, niet uitg.

Deze lijst is uiteraard niet volledig. Hetgeen echter eruit kan worden afgeleid, is dat de voorzitters zonder aarzelen vaststellen dat wetsmiskenningen van alle aard feiten opleveren waarvan de staking kan worden bevolen.

20. Dat wetsmiskenningen door de voorzitter kunnen worden vastgesteld, lijdt slechts dan uitzondering wanneer dat vaststellen uitdrukkelijk aan een andere overheid wordt voorbehouden. Men weet dat zulks in het algemeen niet het geval is voor de inbreuken op de strafwet. Wel is dat bv. het geval voor de misbruiken van machtspositie zoals omschreven in de wet van 27 mei 1960.

Het misbruik kan luidens die wet zelf alleen door de Koning vastgesteld worden (overigens is ook het treffen van maatregelen om aan het misbruik een einde te maken voorbehouden aan de Koning). Slechts in zulke gevallen zal de voorzitter zoals de rechter van het schadeherstel het gedrag niet onrechtmatig mogen noemen omdat het met de wet strijdig is. Dan blijft echter de mogelijkheid om dat gedrag te toetsen hetzij aan artikel 86 EEG-Verdrag hetzij aan de zorgvuldigheidsnorm van artikel 54. De bewering dat b.v. een vanuit artikel 54 onrechtmatig te achten boycot ook misbruik maakt van economische machtspositie, maakt de voorzitter aldus niet onbevoegd (Swennen en Verougstraete, *Kroniek* 1976, *S.E.W.*, 1977, 688).

21. Nu vastgesteld werd in welke gevallen artikel 54 toepassing kan vinden (de drie categorieën opgesomd in nr. 16), moet nog nagegaan worden welke de gevolgen zijn van het feit dat de criteria van dit artikel niet verenigd zijn. Wordt hierdoor de voorzitter onbevoegd of is hiermede de vordering als ongegrond te beschouwen ?

Het probleem is niet zo eenvoudig omdat de aard van de inbreuk determinerend is voor de bevoegdheid en deze inbreuk omschreven wordt in termen die verwijzen naar de hoedanigheid van partijen.

De vraag of de daad strijdig is met de eerlijke handelsgebruiken is m.i. louter een vraag die de grond betreft. De vraag of door deze daad de beroepsbelangen van een handelaar of ambachtsman kunnen worden aangetast is m.i. meer een bevoegdheidsvraagstuk. De voorzitter doet iets aan de inbreuk indien daardoor schade ontstaat voor een handelaar. Indien men echter dit vereiste construeert als een soort *Schutznorm* zou het meer de grond van de zaak betreffen.

De vraag door wie de inbreuk wordt gepleegd, is louter een vraag van bevoegdheid. Indien degene die de daad gesteld heeft en die in feite verweerder zal zijn in de vordering tot staking geen handelaar is in de ruime zin van het woord, zal de voorzitter onbevoegd zijn en in beginsel — gelet op zijn uitsluitende bevoegdheid — de vordering moeten afwijzen zonder verwijzing.

22. *De lege ferenda* kan de vraag gesteld worden of de tekst wel zou kunnen worden verbeterd. Het enig hinderlijk punt in artikel 54 was de verwijzing naar het begrip handelaar die eventueel eng kon uitgelegd worden. Nu de rechtspraak en de meerderheidsrechtsleer hieraan een redelijke uitleg heeft gegeven, blijkt het minder noodzakelijk «handelaar» te vervangen door «onderneming» of een gelijkaardig begrip.

Het initiatief van regeringszijde om in de voorontwerpen WHP een meer neutrale term te gebruiken dan handelaar is nochtans een wenselijke oplossing, al was het maar om de betwistingen definitief uit de weg te ruimen.

Wellicht kan de vraag gesteld worden of de door het voorontwerp gekozen weg wel de beste weg is. Het voorontwerp gebruikt de algemene term «verkoper» zonder trouwens de term te definiëren.

«Verkoper» suggereert een contract van verkoop : het is zeker niet in die betekenis dat het voorontwerp het begrip verkoper opvat.

De moeilijk te vertalen (en plechtig aandoende) begrippen «opérateur économique» of «agent économique» waren een mogelijkheid om het toepassingsgebied van de wet te omschrijven.

Onderneming is te eng.

Een andere mogelijkheid zou zijn het begrip handelaar te laten, doch een definitie te geven van het begrip handelaar dat alles omvat wat nodig is : de VZW's die economisch actief zijn, de kooplieden in de beperkte zin van het woord, de tussenpersonen in het handelsverkeer die geen kooplieden zouden zijn, landbouwers die eigen produkten verkopen, beoefenaars van bepaalde vrije beroepen enz., kortom al wie beroepshalve goederen verkoopt of diensten levert ongeacht zijn motivering of doel.

#### D. De uitsluiting van contractuele tekortkomingen

23. Traditioneel luidt het dat de voorzitter op grond van artikel 55 WHP geen bevel tot ophouden mag geven van contractuele tekortkomingen.

Volkomen radicaal de contractuele materie buiten het toepassingsgebied stellen van de onrechtmatige mededinging is klaarblijkelijk nonsens. De contactpunten tussen contractuele tekortkomingen en onrechtmatige mededinging zijn bijzonder talrijk, zoals trouwens in het privaatrecht in het algemeen de contactpunten tussen vorderingen ex contractu en ex delicto.

Schricker en Francq halen in hun werk drie categorieën aan van mogelijke contactsituaties :

a) een contractuele tekortkoming gaat gepaard met verscheidene daden die naar hun aard (m.a.w. ook indien er geen contract zou zijn) onrechtmatig zouden zijn ;

b) een contractuele tekortkoming die ook in se een onrechtmatige daad zou zijn ;

c) een contractuele tekortkoming die hinderlijk is op het vlak van de mededinging doch die als zodanig niet onrechtmatig zou zijn, indien er geen contract was. (*op. cit.*, nr. 52 e.v.).

Op het eerste gezicht blijkt het vreemd dat elk anticoncurrentieel gedrag — welke ook de basis ervan zij — niet zou mogen worden verboden. Een gedeeltelijke en genuanceerde beperking van de bevoegdheid van de voorzitter is nochtans o.i. niet volledig onverantwoord en steunt op een stevige historische grondslag.

24. Het Hof van Cassatie heeft in een arrest van 25 november 1943 (*Pas.*, 1944, I, 70) uitdrukkelijk gesteld dat de vordering tot ophouden slechts mag worden gericht tegen daden strijdig met de eerlijke handelsgebruiken, wat meteen daden zou uitsluiten die zelf niet strijdig zijn met deze gebruiken en slechts verboden zouden zijn op grond van een overeenkomst.

De argumentatie van het Hof is niet steeds overtuigend. Het Hof verwijst naar het Unieverdrag van Parijs dat het model zou geweest zijn van het K.B. van 23 december 1934 (art. 10bis : «Constitue un acte de concurrence déloyale tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle et commerciale»). Het Hof zegt dat «in de geest» van het Unieverdrag alleen quasi-delicten omvat worden in de inbreuken op de eerlijke handelsgebruiken<sup>7</sup>. Verder haalt het Hof nog aan dat de wet (het K.B. van 1934) fundamenteel een politiewet is die geen verband heeft met de privaatieve rechten die een contracterende partij uit een overeenkomst kan putten. Vooral de laatste redenering kan niet bijgevalen worden. Doel van de

wetgeving is een ordentelijke concurrentie in de hand te werken, die zowel de handelaars als de consumenten ten goede moet komen. Het naleven van contractuele verbintenissen is een belangrijk deel van de instandhouding van een gezonde mededinging.

Uit een arrest van dezelfde datum van het Hof van Cassatie kan de volgende conclusie getrokken worden : 1) daden die slechts uit het bijzonder oogpunt der contractuele verbintenissen laakbaar zijn, kunnen niet verboden worden door de voorzitter rechtdoend op grond van het K.B. van 23 december 1934 ; 2) wat in se onrechtmatig is, kan wel verboden worden, ook al is het reeds contractueel verboden ; 3) bedrieglijke handelingen die met een contractuele miskenning gepaard gaan, kunnen ertoe leiden dat een bepaalde handeling, ook al is ze contractueel verboden, door de voorzitter verboden zou mogen worden<sup>8</sup>.

Dit tweede cassatiearrest van 25 november 1943 is bijzonder ophelderend. Een vennoot had een concurrerende firma opgericht. Dit had hij *de facto* kunnen doen dank zij de contacten die hij had in de eerste vennootschap. Zijn medevennoot vroeg dat deze oneerlijke handelaar zijn concurrerende handelsactiviteiten zou staken. Het Hof van Cassatie aanvaardt dat, nu in het inleidend exploit gewag wordt gemaakt van de bedrieglijke praktijken van verweerder, de voorzitter wel bevoegd kon zijn om een dergelijke uitoefening van activiteiten te verbieden ook al waren deze activiteiten (ook) contractueel verboden.

Het quasi-delictuele palmt dus het contractuele in. Bij de goedkeuring van de WHP werd uitdrukkelijk in het parlement vermeld dat de rechtspraak van het Hof beantwoordde aan de wil van de wetgever.

25. Deze leer herinnert onmiddellijk aan analoge oplossingen in verband met samenloop of optie tussen vorderingen ex contractu en ex delicto (zie hierover Cass., 4 juni 1971, *Pas.*, 1971, I, 940 ; 7 december 1973, *R.W.*, 1973-74, 1597 ; Dalcq, noot in *R.C.J.B.*, 1976, 12 e.v. ; Cass., 3 december 1976, *R.W.*, 1977-78, 1303).

Iemand kan slechts extracontractueel aansprakelijk gesteld worden indien de hem verweten fout de schending uitmaakt niet van de contractueel aangegane verbintenissen doch van een aan iedereen opgelegde verplichting en indien de fout een andere dan de louter uit de gebrekkige uitvoering van het contract ontstane schade heeft veroorzaakt (Cass., 7 december 1973, *gec.*, stuwadoorarrest).

Getransponeerd op de materie van de WHP zou dit luiden dat aan een verweerder slechts onrechtmatige praktijken kunnen worden verweten indien de hem verweten fout de schending uitmaakt van een gekwalificeerde wets- of reglementaire overtreding of van de

<sup>7</sup> Dit is ongetwijfeld juist zoals gebleken is uit de voorbereidende werken van het Unieverdrag. Zie hierover M. GOTZEN, *Vrijheid van beroep en bedrijf*, II, nr. 769.

<sup>8</sup> Men kan hier wel de vraag stellen of het Hof hier niet, gelet op de *dolus*, de aard *ex delicto* deed primeren (zie in die zin : Hof Luik, 22 november 1949, *Pas.*, 1950, II, 50).

algemene zorgvuldigheidsnorm en indien die fout een andere schade heeft veroorzaakt dan die, ontstaan uit de gebrekkige uitvoering van het contract.

26. Verder redenerend volgens het door het Hof van Cassatie ontwikkelde stelsel, kan men thans ook enkele beperkingen aanwijzen m.b.t. de splitsing van contractuele en quasi-delictuele inbreuken.

De voorzitter blijft in elk geval bevoegd om overeenkomsten te onderzoeken die worden opgeworpen als *verweermiddel* tegen vorderingen tot staking.

De voorzitter van Kh. Brussel besliste op 8 mei 1968 (B.R.H., 1968, 579) terecht dat «indien buiten de bevoegdheid valt van de voorzitter uitspraak te doen over de draagwijdte van de overeenkomst, dit alleen moet worden verstaan in deze zin dat de interpretatie van een overeenkomst onmogelijk zelf het voorwerp kan uitmaken van een vordering tot ophouden en van de beslissing hierop met dit gevolg dat deze beslissing kracht van gewijsde zou hebben kunnen verkrijgen, doch niet in deze zin dat aan de rechter de plicht en de macht zou worden onttrokken welke aan iedere rechter is toegekend om *incidenteel* alle vraagstukken te beantwoorden waarvan de oplossing onontbeerlijk is tot het beslechten van het geschil». (zie in zelfde zin : voorz. Kh. Brussel, 30 juni 1977, niet uitg.).

Dezelfde redenering geldt indien de vraag van de inhoud en geldigheid van de overeenkomst wordt opgeworpen in een geding ingesteld tegen de derde medeplichtige van een contractbreuk. Zie echter op dit punt Schricker en Francq, *op. cit.*, nr. 60 e.v. Zoals blijkt uit de ontleding gedaan door deze auteurs is of was de rechtspraak op dat punt verdeeld.

Een andere hypothese waarin de voorzitter ook incidenteel het contract zal onderzoeken is die waar aan de verweerder een onrechtmatig gedrag verweten wordt dat erin bestaat een contract te hebben miskend en daden te hebben gesteld die, in het daglicht van de contractbreuk gezien, een onrechtmatig aspect krijgen al waren ze aanvankelijk neutraal t.o.v. de onrechtmatige mededinging.

Als voorbeeld mag ik het volgende vermelden. A en B sluiten een specialisatieovereenkomst waarbij A zich ontzegt een bepaald produkt X te fabriceren. Na zekere tijd miskent A zijn contractuele verbintenis en produceert het produkt X. A blijft echter niet bij de contractuele inbreuk doch maakt ook een onevenredig belangrijke reclame voor het produkt en verkoopt systematisch onder de prijzen van B (zonder echter met verlies te verkopen). B, die zijn produktie op dit produkt had afgestemd, gaat ten onder.

Een verdere beperking tot uitsluiting van de contractuele materie kan ook afgeleid worden uit een arrest van het Hof van Cassatie van 26 november 1976 (B.R.H., 1977, 730, R. W., 1977-78, 226). Hieruit kan afgeleid worden dat de voorzitter bevoegd is een partij te verbieden contracten te sluiten met derden indien de verweerder deze contracten sluit door gebruik te ma-

ken van de verwarring tussen zijn persoonlijke handelsbedrijvigheid en die van de eiseres. Het hof zegt dat de voorzitter in feite de wettigheid van de door verder gesloten overeenkomsten niet moet beoordelen, doch alleen de culpa in contrahendo moet vaststellen, waarvoor hij wel bevoegd is.

Samenvattend kan gezegd worden dat in het traditioneel stelsel de voorzitter niet de macht heeft in te gaan op een vordering die uitsluitend ten doel heeft de gevolgen van een contractuele inbreuk te doen ophouden, en aldus onrechtstreeks de dwanguitvoering van deze overeenkomst op te leggen. Het overige zou hij wel mogen doen, ook al moet hij daarvoor incidenteel contracten onderzoeken, zonder nochtans de nietigheid ervan uit te spreken.

27. Het is wellicht niet overbodig hier te vermelden in welke gevallen in de praktijk het probleem hoofdzakelijk gerezen is. Hoofdzakelijk zijn de moeilijkheden gerezen in verband met gevallen waar quasi-delictuele en contractuele inbreuken verstrengeld waren.

Praktisch bekeken doet het probleem zich meestal voor in de volgende gevallen :

— bij verkoopweigeren roept de koper in enerzijds dat de leverancier een discriminatie pleegt in zijn verkopen en arbitrair handelt (schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm) en anderzijds dat de leverancier gebonden was door een erkennings- of concessieovereenkomst die hij verbroken heeft door te weigeren te leveren ;

— bij oprichting van een nieuw bedrijf roept een reeds gevestigde mededinger in dat de verantwoordelijke van het nieuw bedrijf zich had verbonden noch rechtstreeks, noch onrechtstreeks, een analoog bedrijf te openen, en hij haalt daarenboven aan dat het nieuw bedrijf verwarring sticht of parasitair ageert.

In het eerste geval zou de voorzitter mogen bevelen dat de leverancier zijn discriminatiepolitiek moet staken (en aldus de leveringen hervatten), doch zou hij geen compensatoire vergoeding mogen toekennen ; de voorzitter zal nochtans onvermijdelijk de draagwijdte van de ingeroepen concessieovereenkomst mogen onderzoeken om een zinnig stakingsverbod te kunnen opleggen dat verzoenbaar zou zijn met elke latere beslissing van een voltallige rechtbank over het lot van de concessie.

In het tweede geval kan evenmin abstractie gemaakt worden van het contract tussen partijen. De bedrieglijke praktijken zullen er trouwens vaak in bestaan dat de letter van het contract wordt geëerbiedigd, maar dat de schuldige partij aan het contract poogt te ontsnappen door bedrieglijke procédés. Dit was in feite de toestand die het voorwerp uitmaakte van het reeds genoemde cassatiearrest van 25 november 1943.

28. Opnieuw moet hier de vraag gesteld worden of de vordering die gebaseerd is op een contractuele te-

kortkoming, afgewezen moet worden wegens ongegrondheid of onbevoegdheid.

Het cassatiearrest van 25 november 1943 heeft het over onbevoegdheid (zie ook voorz. Kh. Brussel, 8 mei 1968, gec. ; Hof Brussel, 9 mei 1967, *Pas.*, 1967, II, 280 ; Hof Luik, 29 februari 1968, *B.R.H.*, 1968, 480). Een beschikking van de Brusselse voorzitter van 10 mei 1976 (*B.R.H.*, 1976, 474) verklaart de vordering ongegrond.

Als men verwijst naar de cassatierechtspraak i.v.m. de samenloop van contractuele en extra-contractuele aansprakelijkheid had men kunnen denken dat het hier meer gaat om een probleem van gegrondheid dan wel van bevoegdheid.

Nochtans meen ik mij te mogen aansluiten bij de stelling dat het gaat om een reden van onbevoegdheid. De voorzitter heeft de macht niet om de naleving van de contractuele verbintenissen op te leggen (anders gezegd : om de staking van de niet-naleving ervan op te leggen). Dit is een geval van onbevoegdheid.

Het gevolg van die onbevoegdheid is — gelet opnieuw op de uitsluitende rechtsmacht van de voorzitter wat staking betreft — een onbevoegdverklaring zonder verwijzing.

29. De hierboven geschetste structuur heeft als na-deel dat zij ontzettend ingewikkeld is en voor de doorsnee justitiabele volkomen onbegrijpelijk. Dit is een voldoende reden om te pogen er iets aan te doen, vooral nu deze structuur gegroeid is uit de rechtspraak en niet uit een formele wettekst.

Er zijn naar mijn gevoelens drie argumenten om de structuur te handhaven :

1) aan de voorzitter toestaan contractuele tekortkomingen te verbieden komt erop neer onrechtstreeks de niet-nakoming van contracten strafrechtelijk te doen beteugelen (indien het verbod niet wordt nageleefd) ;

2) art. 54 WHP is een spiegelbeeld van art. 1382 B.W. ; om redenen van parallellisme is het opportuun het systeem toegepast voor de samenloop quasi-delict/contract ook aan te wenden op de samenloop inbreuk art. 54 contractuele inbreuk ;

3) de bevoegdheid van de voorzitter mag niet uitgebreid worden ten nadele van de gewone rechtbanken.

Ik stel een vraagteken achter al deze argumenten. A priori is er geen enkele reden om het slachtoffer van een quasi-delict beter te beschermen dan het slachtoffer van een contractuele tekortkoming. Eventuele strafmaatregelen worden daarenboven slechts toegepast indien een rechterlijk bevel niet wordt geëerbiedigd : niet de contractuele tekortkoming wordt strafrechtelijk beteugeld doch wel de overtreding van een bevel van de rechter.

Daarenboven is het wel een *petitio principii* te stellen dat art. 54 WHP maar een spiegelbeeld is van art. 1382 B.W. (een specifieke zorgvuldigheidsnorm als het ware). Historisch gezien is dit ongetwijfeld juist. Of

deze historische rechtspraak wel te handhaven is, kan betwist worden.

Art. 54 verwijst naar eerlijke gebruiken in de handel. Deze gebruiken niet naleven is onwettelijk. Het is m.i. overbodig een omweg te maken door te zeggen dat het een fout is deze eerlijke gebruiken niet na te leven. In de mate dat het begrip fout in de zin van artikel 1382 B.W. niet meer wordt aangewend is de noodzaak van het parallellisme waarvan sprake hierboven minder evident.

30. Het ontwerp nieuwe WHP wekt in zijn huidige versie de indruk dat het klassieke onderscheid quasi-delictueel/contractueel wordt weggeruimd.

De burgerlijke vordering die gegeven wordt aan de consument in artikel 59 *quinquies* behandelt drie gevallen. Het eerste betreft een vordering tot schadevergoeding, het tweede een vordering tot vermindering van de prijs, het derde een vordering tot nietigheid van bezwarende bedingen.

Van de eerste twee gevallen kan men denken dat zij alleen slaan op quasi-delictuele gevallen ; het derde slaat patent op een contractueel verhaal. Het contractueel verhaal dat de consument kan hebben in de twee eerste gevallen wordt m.i. niet uitgeschakeld en het ontwerp aanvaardt samenloop.

Daar in het ontwerp gewag wordt gemaakt van de mogelijkheid dat een vordering tot staking ingeleid wordt over dezelfde feiten (vordering die dan een schorsend effect heeft op de civiele vordering), kan de mening verdedigd worden dat de vordering tot staking nu ook gebaseerd kan worden op een contractuele grondslag. Dat deze uitlegging niet volkomen uit de lucht gegrepen is kan verder blijken uit het feit dat consumenten ook een vordering tot staking krijgen op grond van artikel 54 *bis* en dat een dergelijke vordering grotendeels dode letter zou blijven indien de vorderingen tot staking op contractuele grond zouden worden uitgesloten.

Ook al kan men kritisch zijn tegenover de wat onhandig geformuleerde burgerlijke vordering, dan kan toch hieruit worden afgeleid dat minstens *de lege ferenda* een sterke stroming bestaat om deze reden van onbevoegdheid uit de weg te ruimen.

#### E. Uitsluiting van daden van namaking

31. Naar artikel 56 «vindt artikel 55 geen toepassing op daden van namaking die onder toepassing vallen van de wetten betreffende de uitvindingsoctrooien, de fabrieks- of handelsmerken, de nijverheidstekeningen of modellen en de auteursrechten». Dit artikel vertolkt een leer die was vervat in een arrest van het Hof van Cassatie van 16 maart 1939 (*Pas.*, 1939, I, 150).

Een rationaliseren van deze regel is mogelijk op grond van de afgrenzing van de algemene zorgvuldigheidsnorm t.a.v. de bijzondere beschermingsstatuten van intellectuele eigendom.

«Intellectuele eigendomsrechten zijn verbodsrchten krachtens dewelke de titularis omwille van een hem bij de wet toegekend uitsluitend recht aan anderen handelingen kan verbieden die zij (de anderen) normaal op grond van hun algemene vrijheid, o.m. hun vrijheid handel te drijven en mededinging aan te doen, zouden mogen verrichten. Uit deze bijzondere aard van de intellectuele eigendomsrechten volgt hun principiële beperktheid» (Van Gerven, *Ondernemingsrecht*, p. 267)

M.a.w. wie de bescherming van een intellectueel eigendomsrecht inroept, kan zich per definitie niet baseren op de algemene zorgvuldigheidsnorm, doch moet steun zoeken in de specifieke bepalingen van het eigendomsrecht.

Artikel 56 WHP zou dan het doortrekken zijn op procesrechtelijk vlak van dit onderscheid.

32. Deze redenering was in grote trekken ook die van het Hof van Cassatie in 1939.

In deze zaak had de vordering, ingeleid op grond van K.B. nr. 55, tot voorwerp de namaking van een merk te doen verbieden (namaking in de enge zin van het woord). Het hof stelt dat daden van namaking *per definitionem* geen daden van onrechtmatige mededinging kunnen zijn en dat de voorzitter onbevoegd is wanneer hem gevraagd wordt namaak te verbieden.

De redenering van het Hof was de volgende :

— Een merk is hetzij gedeponeerd hetzij niet gedeponeerd. In het positief geval is er een specifieke vordering ; in het negatief geval kan niemand de bescherming ervan inroepen.

— Daden die de namaking begeleiden kunnen wel het voorwerp uitmaken van een bevel tot staken, doch niet de namaak *sensu stricto*.

— De definitie van de onrechtmatige daad is ontleend aan het Unieverdrag dat duidelijk onderscheid maakt tussen namaak en onrechtmatige mededinging.

— De opsomming van artikel 2 van het K.B. wijst uit dat «ce que les auteurs du texte ont eu en vue, ce sont les actes incorrects autres que les contrefaçons, le fait par exemple d'user de marques de fabrique dont on serait propriétaire mais qui induirait en erreur sur l'origine de la marchandise».

— Indien de voorzitter de staking van de namaking van merken zou mogen bevelen, zou hij ook hetzelfde mogen beslissen voor octrooien terwijl deze materie behoort tot de bevoegdheid van de civiele rechtbank.

Dat deze argumenten niet alle even overtuigend waren hoeft geen betoog. De rechtsleer heeft zich trouwens bijzonder kritisch opgesteld tegen de redenering van het Hof<sup>9</sup>.

Een later arrest van 16 oktober 1941 (*Ing. Cons.*, 1941, 46) heeft de scheidingslijn merkenrecht/onrechtmatige mededinging verder gepreciseerd door de geldigheid te erkennen van een vordering tot ophouden

gericht tegen het misbruiken van andermans merken in publicitaire teksten.

33. Men moet er zich voor hoeden twee elementen te vermengen. In de eerste plaats het noodzakelijk onderscheid tussen intellectuele eigendomsrechten en onrechtmatige mededinging, vervolgens de procesrechtelijke gevolgtrekkingen van dat onderscheid.

Wie zegt dat niemand zonder de daartoe voorgescreven formaliteiten te hebben vervuld de bescherming van een octrooi of merk kan vragen op grond van onrechtmatige mededinging, heeft natuurlijk gelijk. Hieruit valt echter niets af te leiden wat de procesrechtelijke gevolgen betreft. Het is een opportuïteitsvraag te weten wie juist de bevoegde rechter zal zijn om daden van namaking te verbieden. Dit is een keuze die door de wetgever werd gedaan in artikel 56 in het voordeel van de gewone rechtbanken.

Deze keuze, zoals hierna zal blijken, is niet al te gelukkig althans wat merken (en zelfs tekeningen en modellen) betreft<sup>10</sup>.

34. De rechtspraak heeft, zowel wat merken als wat octrooien, tekeningen, modellen en auteursrechten betreft, doorgaans gezegd dat wat geen namaking was doch ermee verwant was, wel het voorwerp kan zijn van een vordering tot staking. De grens tussen namaking en verwante daden bleek in feite soms moeilijk te trekken.

Het begrip namaking moet uitgelegd worden volgens de gewone interpretatieregels. Ik zou hier willen poneren dat namaking niet noodzakelijkerwijze extensief moet worden uitgelegd om de reden dat de bevoegdheid van de voorzitter restrictief zou moeten worden opgevat. Hier begaat men m.i. een denkfout. De voorzitter heeft in het Gerechtelijk Wetboek een specifieke taak gekregen : oordelen over inbreuken op de WHP. Hij is geen vreemd fenomeen in de rechterlijke organisatie (niet vreemder in elk geval dan een arbeidsrechtbank of een vrederechter). Hij moet de hem toegekende taken volledig uitoefenen.

Namaking moet uitgelegd worden in de zin die het best beantwoordt aan object, doel en strekking van de regeling (over deze begrippen, zie F. Dumon, med. I. Verougstraete, *De Jurisprudentie van het Hof van Justitie — Kritische bespreking der uitleggingsmethodes*, Luxemburg 1976, 130).

De uitlegging van het woord namaking stelt in artikel 56 daarenboven een bijzonder probleem. Sedert het in werking treden van de WHP zijn er grondige wijzigingen gekomen in de materie van de intellectuele eigendom en werd een nieuwe omschrijving van de exclusieve rechten van de houder van merken, octrooien, tekeningen en modellen gegeven. De nieuwe

<sup>9</sup> Zie o.m. GOTZEN, *op. cit.*, 110.89.

<sup>10</sup> Zie de kritische benadering van FRANCO, noot in *B.R.H.*, 1977, 746.

wetten negeren en gewoon verwijzen naar het oude begrip heeft duidelijk geen zin.

Ergens zal een synthese moeten worden gezocht tussen de oorspronkelijke wil van de wetgever en de noodzakelijk nieuwe inhoud van sommige van de begrippen van artikel 56.

35. Ten aanzien van merken is de in art. 56 WHP opgenomen procesrechtelijke uitsluiting bijzonder hinderlijk. Merken liggen zo dicht bij de gewone materie van de onrechtmatige mededinging dat het nageen onvermijdelijk wordt dat er contactpunten ontstaan tussen beide materies.

De B.M.W. alludeert trouwens op dit hecht verband in de aanhef van art. 13 A, waarin de rechten van de merkenhouder of van zijn merk worden omschreven («Onverminderd de toepassing van het gemene recht betreffende de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, kan de merkhouder zich verzetten...»)

Deze inleidende woorden leggen er de nadruk op dat handelingen die niet als een inbreuk op het merk te beschouwen zijn, daarom nog niet rechtmatig zijn. Of nog : feiten of handelingen blijven onrechtmatig onder de omstandigheden genoemd in de gemeenrechtelijke bepalingen inzake onrechtmatige daad, ongeacht of zij ook nog als een inbreuk op een wettelijk beschermd intellectueel eigendomsrecht kunnen worden vervolgd, in welk geval zij *daarenboven* wegens laatstgenoemde inbreuk kunnen worden vervolgd (Van Gerven, *op. cit.*, p. 266).

Als grond voor een vordering tot staking moet dus iets anders ingeroepen worden dan een loutere namaking van merk. Als object van de vordering moet iets anders gevraagd worden dan een staking van namaking. Thans moet het toepassingsgebied van de uitzondering van art. 56 i.v.m. merkenrecht wat nader onderzocht worden.

36. Wat zijn daden van namaking die onder toepassing vallen van de wetten betreffende fabrieks- en handelsmerken ?

Namaken betekent letterlijk een voorwerp maken naar een ander als model ; afgeleid betekent het : bedrieglijk nabootsen.

De Belgische wet gebruikt het begrip in de wet van 1 april 1879 betreffende de fabrieks- en handelsmerken, wet die bepaalde straffen oplegt aan hen «die een merk hebben nagemaakt of met een bedrieglijk geplaats merk hebben verkocht, te koop gesteld of in de handel gebracht».

De wet maakt aldus duidelijk het onderscheid tussen namaking *sensu stricto* en andere daden zoals het bedrieglijk op de produkten van zijn nijverheid of op de voorwerpen van zijn handel een aan een ander toebehorend merk plaatsen of doen voorkomen door bijvoeging, wegneming of onverschillig welke verandering. Namaking wordt dus zeer eng gedefinieerd.

Deze wet is wat het deel van de namaking betreft nog steeds van kracht zodat hier een eventueel bruikbaar interpretatie-element kan gevonden worden.

De Benelux-merkenwet gaat uit, niet van de inbreuk van namaking, maar van de exclusieve rechten van de merkhouder.

In 13 A 1 wordt verwezen naar hetgeen men in de Beneluxlanden namaking noemde vóór de BMW. In 13 A 2 wordt het toepassingsgebied van de exclusieve rechten nog maar eens extra verruimd<sup>11</sup>.

Heeft het zin de uitzondering van artikel 56 uit te breiden van de echte daden van namaking tot daden van misbruik van een merk ? Wij zien hiervoor geen enkele reden. De uitzondering van artikel 56 WHP is reeds hinderlijk voor het beteugelen van daden van onrechtmatige mededinging : als men nu hier nog daden wil onderbrengen die naar hun aard meer aansluiten bij de behoorlijkheid in het handelsverkeer dan bij de specifieke intellectuele inbreuk, wordt de beteugeling van de onrechtmatige mededinging weinig efficiënt.

De rechtspraak is verdeeld nopens de uitlegging van artikel 56 in verband met merken. In de zin van een ruime uitlegging van het begrip namaking kan verwezen worden naar een alleenstaand vonnis van de Voorz. Kh. Brussel van 10 juli 1972, *B.R.H.*, 1972, 582 ; in meer restrictieve zin volgt de meerderheid van de recente beslissingen (zie de lijst ervan opgesomd in de kroniek van J.J. Evrard en T. van Innis, *J.T.*, 1978, 48) ; in een zeer restrictieve zin kan verwezen worden naar een vonnis van de Voorz. Kh. Brussel van 13 februari 1978 (niet uitg.), die namaking definieert in de zin van de wet van 1879 en aldus de stelling van Gotzen volgt zoals ze werd verdedigd in *R.W.*, 1967-68, 326.

Wat fabrieks- of handelsmerken zijn is opnieuw niet volledig duidelijk. De BMW heeft het begrip «warenmerken» ingevoerd en de dienstmerken buiten toepassing gelaten van de wet. In artikel 56 moet uitsluitend rekening gehouden worden met warenmerken, de enige die een specifieke bescherming genieten van de merkenwet.

Andere tekenen die geen merk zijn kunnen wel beschermd worden. Dit is o.m. het geval met de handelsnaam, ook al is de handelsnaam gebruikt als merk. De bescherming van de handelsnaam valt immers duidelijk onder de algemene bevoegdheid van de voorzitter inzake onrechtmatige mededinging (zie Voorz. Kh. Brussel, 20 april 1972, bev. door Hof Brussel, 15 mei 1973, *B.R.H.*, 1975, 52).

<sup>11</sup> 13 A (Onverminderd de toepassing van het gemene recht betreffende de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad kan de merkhouder zich op grond van de wet verzetten tegen

1) elk gebruik dat van een merk of van een overeenstemmend teken wordt gemaakt voor de waren waarvoor het merk is ingeschreven of voor soortgelijke waren

2) elk ander gebruik dat zonder geldige reden in het economisch verkeer van het merk of van een overeenstemmend teken wordt gemaakt en hem schade toebrengt).

Hierbij moet opgemerkt worden dat de voorzitter zal moeten beslissen of een teken waarop iemand aanspraak maakt wel als een merk kan beschouwd worden. Dit wordt per definitie vereist om het hem mogelijk te maken te appreciëren of hij wel bevoegd is.

37. Namaking die onder toepassing valt van de octrooiwetgeving valt ook buiten het toepassingsgebied van artikel 55.

Het spreekt vanzelf dat hier eveneens «octrooien» moet gelezen worden zoals ze worden begrepen in de Belgische nationale wetgeving en in de Europese verdragen (5 oktober 1973 ; 15 december 1975).

Er zij aan herinnerd dat inbreuk op een gemeenschapsoctrooi onderworpen wordt aan het nationaal recht inzake inbreuken op nationale octrooien van de verdragsluitende staat waar de rechterlijke instantie waarbij de zaak aanhangig is, gevestigd is. Dit toepasselijk recht bepaalt ook de procedureregels (met inbegrip van de interne bevoegdheidsregeling) (artt. 36 en 74, Verdrag 15 december 1975).

De voorzitter is niet onbevoegd indien een daad, beteugeld door de speciale octrooiwet, ook strijdig is met de oneerlijke gebruiken als men het exclusief recht wegdenkt (Hof Gent, 4 juni 1959, 636, en Cass., 17 juni 1960, R. W., 1960-61, 171 ; zie ook Rb. Leuven, 27 januari 1967, R. W., 67-68, 51).

Het feit dat de rechtbanken van eerste aanleg (zie art. 569 Ger. W.) een principiële bevoegdheid gekregen hebben voor vorderingen betreffende uitvindingsoctrooien legt uit waarom dergelijke geschillen slechts zelden voor de voorzitter in staking aan bod komen.

De uitsluiting van bevoegdheid betreft natuurlijk slechts vorderingen betreffende uitvindingsoctrooien en niet vorderingen gesteund op de know how of fabrieksgeheimen, ook al zijn zij octrooieerbaar (zie in dit verband Evrard en van Innis, *op. cit.*, *loc. cit.*).

38. Artikel 14 van de eenvormige wet tekeningen en modellen heeft het onderscheid van artikel 56 WHP vertolkt in volgende termen : (W. 1 december 1973, *Stbl.*, 29 december 1973) : «Voor feiten die alleen inbreuk op een tekening of model inhouden kan geen vordering worden ingesteld op grond van de wettelijke bepalingen inzake de bestrijding van de onrechtmatige mededinging.»

De wet omschrijft wat namaking is (art. 14, 1<sup>o</sup>) zodat er hier minder onzekerheid heerst.

De memorie van toelichting preciseert bijzonder duidelijk dat handelingen van onrechtmatige mededinging die gepaard gaan met namaking (zoals zwartmaken van concurrent) wel het voorwerp kunnen uitmaken van een vordering gebaseerd op het recht van de onrechtmatige mededinging. Maar voor zuivere daden van namaking komen alleen de wettelijke voorzieningen in aanmerking.

39. Voor auteursrechten zijn er weinig specifieke problemen.

Een bijzonder interessante ontwikkeling is echter de beperkende uitleg die gegeven werd aan het begrip van de auteursrechten in de rechtspraak. Eensluidend met de meeste buitenlandse wetgevingen (m.n. de Duitse) heeft de rechtspraak duidelijk vastgesteld dat nevenrechten niet als auteursrechten kunnen worden beschouwd in de zin van artikel 56 WHP. Dit geldt o.m. voor de rechten van de uitvoerende kunstenaar, het recht van de producent van fonogrammen en de rechten van radiozendorganismen. Als voorbeelden van rechtspraak kunnen hier genoemd worden : Voorz. Kh. Brussel, 11 augustus 1977, niet uitg. ; Voorz. Kh. Kortrijk, 22 september 1977, *B.R.H.*, 1978, nr. 5/6.

Deze tendens moet worden goedgekeurd.

Auteursrechten hebben een specifieke betekenis die bezwaarlijk kan worden uitgebreid tot de nevenrechten ; daarenboven vermijdt deze interpretatie bepaalde nadelige gevolgen van een volkomen verouderde traditie die de auteursrechten nog ziet buiten het economisch leven (en buiten de sfeer van het handelsrecht) waar auteursrechten meer een economisch actief zijn met morele aspecten dan wel morele rechten met economische nevenaspecten.

40. De wet bepaalt niet welk het gevolg is van het feit dat artikel 55 geen toepassing vindt op vorderingen gebaseerd op namaking.

Een belangrijk deel van de rechtspraak verklaart de vordering niet toelaatbaar of niet ontvankelijk. Wij menen dat het juister is te zeggen dat de voorzitter niet bevoegd is, waarbij opnieuw, gelet op zijn uitsluitende bevoegdheid, de voorzitter niet moet verwijzen overeenkomstig art. 660 Ger. W. maar het debat moet heropenen indien hij ambtshalve afwijst (art. 774 Ger. W.).

41. Het voorontwerp nieuwe WHP heeft artikel 56 niet gewijzigd.

Enkele jaren ervaring met de WHP van 1971 hebben nochtans uitgewezen dat de toepassing van dat artikel bijzonder hinderlijk is wanneer merkenaspecten in betwisting zijn. Er zijn geen bijzondere logische redenen die de regeling van artikel 56 wettigen, zeker niet wanneer het gaat om merken die toch in de regel in de bevoegdheidssfeer blijven van de rechtbanken van koophandel. De huidige toestand is des te minder houdbaar nu partijen voor de rechter in kort geding *de facto* merkenprocessen voeren ; deze discriminatie ten opzichte van de rechter die zitting houdt als in kort geding doet zeer artificieel aan.

Aansluitend bij een reeds in 1967 gedaan voorstel door M. Gotzen zou ik eenvoudig de woorden «handels- of fabrieksmerken» schrappen uit de opsomming. Dit zou als praktisch gevolg hebben dat indien een merkinbreuk de beroepsbelangen van een handelaar schaaft, het slachtoffer zou mogen verlangen dat deze

inbreuk gestaakt wordt. De voorzitter zou bevoegd zijn om al hetgeen incidenteel met deze staking gepaard gaat vast te stellen ; b.v. nietigheid van een merk, verval van recht. Deze bevoegdheid zou uiteraard niets wijzigen aan de sanctie die de BMW hecht aan het feit dat een merk niet behoorlijk werd gedeponeerd.

Ook voor tekeningen en modellen zonder kunstzinnig karakter zou de bevoegdheid van de voorzitter kunnen worden uitgebreid.

Om hiertoe echter te kunnen overgaan zou moeten geoordeeld worden dat waar artikel 16 van de Beneluxwet spreekt van civiele rechtbanken dit eveneens de Belgische rechtbanken van koophandel of hun voorzitter omvat (in strijd met hetgeen uitdrukkelijk wordt gezegd in de memorie van toelichting over art. 16).

#### *F. De beëindigde inbreuk*

42. Artikel 55 heeft een duidelijke werking *ad futurum*. De rechtspraak aarzelt derhalve niet te erkennen dat de voorzitter slechts een bevel tot ophouden mag geven in de mate dat een dergelijk bevel nog enige betekenis heeft.

Om te appreciëren of een bevel nog zin heeft moet de voorzitter zich plaatsen — fictief — op het ogenblik van de dagvaarding.

De fictie wordt echter niet volledig doorgetrokken in de praktijk : om te oordelen of een *publikatie* nog zinvol is, plaatsen de voorzitters doch vooral de hoven van beroep zich op het ogenblik van het vonnis of arrest. Een overigens begrijpelijke «Schönheitsfehler», die erop neerkomt dat de partij tegen wie publikatie bevolen wordt alle voordeel heeft om in hoger beroep te gaan tegen een vonnis dat op dat punt niet uitvoerbaar kan zijn.

De voorzitters oordelen niet al te vlug dat een bevel tot staking geen nut meer heeft. Impliciet speelt zeker de neiging bij de rechter een onrechtmatigheid vast te stellen waar hij ze ziet, ook al kan hij er niets meer tegen doen ; maar om dit vast te stellen zal hij wel een bevel tot staking moeten geven.

De voorzitter zal geen bevel tot staking kunnen geven indien de inbreuk definitief beëindigd is (Cass., 4 september 1969, *Pas.*, 1970, I, 6). De vraag is nu wanneer de inbreuk beëindigd is. Hetgeen door de wet verboden is, is een praktijk en niet een wel bepaalde daad (Voorz. Kh. Brussel, 12 december 1977, *J.T.*, 1978, 260). Het zal b.v. een verkoopspolitiek zijn die men zal verbieden of liever een beleidsbeslissing die verschillende materiële vormen kan aannemen.

Als een concrete daad beëindigd is betekent dit nog niet dat de schuldige handelaar zijn beleidsbeslissing

heeft gewijzigd. Heeft hij dit niet gedaan, dan is er gevaar voor herhaling en blijft een bevel nuttig. Of er gevaar bestaat voor herhaling is een feitenkwestie. De ontleding van de rechtspraak bewijst dat de rechters soms wat gemakkelijk menen dat er geen gevaar bestaat voor herhalen (zie in dit verband de soms verrassende beslissingen aangehaald door Evrard en van Innis, *op. cit.*, p. 43).

#### § 2. Bevoegdheid *ratione loci*

43. De bevoegdheid *ratione loci* wordt bepaald door de woonplaats van de verweerder of door de plaats waar de verbintenissen waarover het geschil loopt, of een ervan zijn ontstaan (art. 624 Ger. W.). Deze laatste plaats is die waar de handeling in strijd met de wet werd gesteld, aangezien het op die plaats is dat de verbintenis zich te onthouden van dergelijke praktijken is ontstaan (zie b.v. Voorz. Kh. Brussel 11 december 1973, *B.R.H.*, 1974, 92) of nog de plaats waar de nadelige gevolgen zijn ingetreden (Cass. fr., 6 december 1939, *D.H.*, 1940.40).

Nu is het zo dat een daad gesteld op een plaats A nadelige effecten kan sorteren over andere arrondissementen of nog over heel het grondgebied. De verbintenis zich te onthouden van onrechtmatige daden werd miskend in dit laatste geval over heel het grondgebied zodat de eiser dan een ruime keuze van bevoegde rechtbanken heeft (b.v. het geval van een catalogus verspreid over heel België).

44. Bij grensoverschrijdende praktijken moet rekening gehouden worden met de EEG-Conventie van 27 september 1968. De onrechtmatige mededinging kan gezien worden als een onrechtmatige daad in de zin van artikel 5, 3°. Dit laat toe de verweerder te dagvaarden voor de rechter van het land waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan, d.i. hetzij naar keuze van de eiser op de plaats waar de schade is ingetreden hetzij op de plaats van de veroorzakende gebeurtenis die aan de schade ten grondslag ligt (Hof van Justitie, E.G., 30 november 1976, *R.W.*, 1976-77, 2047).

45. Ten slotte kan hier verwezen worden naar de bijzondere cascaderегeling van artikel 21 in het geval dat de auteur van de reclame niet in België woont of geen verantwoordelijke heeft aangewezen met woonplaats in België.

Artikel 21bis van het nieuw ontwerp verandert weinig aan het systeem.

I. VEROUGSTRAETE

# RECHTSPRAAK

## HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 31 MEI 1978

Voorzitter : ridder de Schaetzen

Raadsheer-rapporteur : de h. Châtel

Advocaat-generaal : de h. Ballet

Advocaten : mrs. De Baeck en De Gryse

**Geesteszieken—Collocatie—Decollocatie met verwijzing naar open dienst—Bevoegdheid van de algemene voorlopige bewindvoerder.**

*De bevoegdheid van de, door de vrederechter op grond van de artt. 29 en 30 Geestesziekenwet aangewezen of benoemde, bijzondere of algemene voorlopige bewindvoerder houdt krachtens art. 33 van rechtswege op zodra de in een krankzinnigengesticht geplaatste persoon er niet meer «gehouden» wordt. De woorden «gehouden worden» dienen, zoals de termen «afzondering van de krankzinnige in zijn woning», m.a.w. sequestratie aldaar, te worden geïnterpreteerd in de zin van gedwongen verblijf, d.i. vrijheidsbeneming. Zodanige toestand is een feitelijke toestand, die een einde kan nemen om verscheidene redenen die niet noodzakelijk iets met de genezing van de patiënt te maken hebben.*

D'H. t/ D.

Gelet op het bestreden vonnis op 10 maart 1976 in hoger beroep gewezen door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brugge ;

Over het *middel* afgeleid uit de schending van de artikelen 1319, 1320, 1322 van het Burgerlijk Wetboek, 13, 29, 30, 31, 33 en 34 van de wet van 18 juni 1850 op de behandeling van de krankzinnigen, gewijzigd door de wetten van 7 april 1964 en 7 mei 1973,

*doordat* het vonnis de redenering van eiseres verwerpt volgens welke aan de collocatie een einde gemaakt werd door de beschikking van 13 december 1973, waarbij zij «gedecollocceerd» werd en verplaatst naar de open dienst en waaruit eiseres afleidde dat hierdoor van rechtswege aan de ver-tegenwoordigingsbevoegdheid van de algemene voorlopige bewindvoerder een einde gemaakt werd, en doordat het vonnis oordeelt dat, luidens artikel 33 van de wet van 18 juni 1850, zoals dit gewijzigd werd, de bevoegdheid van de bewindvoerder onder meer van rechtswege ophoudt zodra de in een krankzinnigengesticht geplaatste persoon er niet meer gehouden wordt of wanneer een termijn van drie jaren verstreken is, zonder dat de benoeming van een voorlopige bewindvoerder vernieuwd werd, dat in casu niet wordt aangevoerd dat de laatste eventualiteit van toepassing zou zijn, dat de draagwijdte van de eerste eventualiteit nader dient te worden bepaald in het kader van de artikelen 13 en volgende van de wet van 18 juni 1850 en de daaropvolgende wijzigingswetten, die het ontslag uit de krankzinnigengestichten behandelen, dat van definitief ontslag slechts sprake kan zijn, wanneer de belanghebbende genezen is of niet krankzinnig werd verklaard, met de daaropvolgende invrijheidstelling, dat eiseres niet aantoonde dat zij zich in een van deze gevallen

bevindt, dat de wet geen onderscheid maakt tussen mogelijke fasen van het genezingsproces of tussen de opname in een zogenaamde gesloten dienst, en de plaatsing in een open dienst, dat in dit laatste geval van genezing geen sprake is, aangezien de belanghebbende onder medisch toezicht gehouden wordt, dat het enig criterium voor het ontslag van de krankzinnige in het geval van artikel 13 de algehele genezing is en dat aan de termen «decollocatie met verwijzing naar een open dienst» geen enkele betekenis toekomt in verband met het beheer van de goederen en de bekwaamheid van de krankzinnige,

*terwijl, eerste onderdeel,* de bepalingen van de wet van 18 juni 1850, zoals nadien gewijzigd, niet van toepassing zijn op de krankzinnigen die «gedecollocceerd» werden en in de open afdeling van een krankzinnigengesticht verblijven, zodat bij toepassing van artikel 33 van deze wet de bevoegdheid van de voorlopige bewindvoerder vanaf de «decollocatie» van rechtswege een einde neemt, aangezien de «gedecollocceerde» er «niet meer gehouden wordt», hetgeen een gedwongen verblijf onderstelt, wat bij een open afdeling niet het geval is ; het vonnis, door de draagwijdte van artikel 33 betreffende de beëindiging van de bevoegdheid van de voorlopige bewindvoerder, nader te bepalen in het kader van artikel 13 betreffende het ontslag uit het krankzinnigengesticht en te oordelen dat aan de termen «decollocatie met verwijzing naar een open dienst» geen enkele betekenis toekomt in verband met het beheer van de goederen en de bekwaamheid van de krankzinnige, de in het middel aangewezen bepalingen van de wet van 18 juni 1850 schendt (schending van de artikelen 13, 29, 30, 31, 33 en 34 van de wet van 18 juni 1850) ;

*tweede onderdeel,* luidens de verklaring van J. B., directeur van het Psychiatrisch Instituut, eiseres op 13 december 1973 «gedecollocceerd» werd en sindsdien verpleegd wordt in de open afdeling van het gesticht, en het vonnis, door te oordelen dat van definitief ontslag slechts sprake kan zijn, wanneer de belanghebbende genezen is of niet krankzinnig werd verklaard, met de daaropvolgende invrijheidstelling, en dat aan de termen «decollocatie met verwijzing naar een open dienst» geen enkele betekenis toekomt in verband met het beheer van de goederen en de bekwaamheid van de krankzinnige, van voormeld geschrift een uitlegging geeft die onverenigbaar is met de termen ervan, waardoor de bewijskracht van dit document miskend wordt (schending van de artikelen 1319, 1320 en 1322 van het Burgerlijk Wetboek) ;

*derde onderdeel,* eiseres in haar conclusie had staande gehouden en nog staande houdt dat de «decollocatie» een zuiver administratieve maatregel is, die genomen wordt door de geneesheer van het gesticht, overeenkomstig artikel 13 van de wet van 18 juni 1850 ; de rechtbank, zonder zich schuldig te maken aan machtsoverschrijding, hierover niet mag noch kan oordelen en, zodra de «decollocatie» bewezen is, zoals ten deze het geval is, de rechtbank niet meer het optreden van de algemene voorlopige bewindvoerder kan eisen (schending van de artikelen 13, 29, 30, 31, 33 en 34 van de wet van 18 juni 1850) ;

Overwegende dat de bevoegdheid van de, door de vrederechter op grond van de artikelen 29 en 30 van de wet van 18 juni 1850 aangewezen of benoemde, bijzondere of algemene

voorlopige bewindvoerder, krachtens artikel 33 van dezelfde wet, van rechtswege ophoudt zodra de in een krankzinnigen-gesticht geplaatste persoon er niet meer «gehouden» wordt ; dat de woorden «gehouden worden» zoals de termen «af-zondering van de krankzinnige in zijn woning», met andere woorden sequestratie aldaar, geïnterpreteerd dienen te wor-den in de zin van gedwongen verblijf, dit is vrijheidsbene-ming ;

Overwegende dat zodanige toestand een feitelijke toestand is die een einde kan nemen om verscheidene redenen die niet noodzakelijk iets uit te staan hebben met de genezing van de patiënt ;

Overwegende dat het vonnis niet ontkent dat, ten aanzien van eiseres, een maatregel van «decollocatie» werd genomen en dat zij sedertdien verpleegd wordt in een open afdeling ;

Overwegende dat de verpleging in een open afdeling echter noodzakelijk onderstelt dat de patiënt erin vrijwillig werd opgenomen en deze eveneens naar goedgevonden kan verla-ten ; dat hieruit volgt dat eiseres niet meer in een krankzinni-gengesticht, in de zin van artikel 33 van de wet van 18 juni 1850, was «gehouden» en dat aan de bevoegdheid van de voorlopige bewindvoerder dientengevolge een einde was ge-komen ;

Dat, door er anders over te oordelen en de vordering van eiseres, omdat ze niet ingesteld was door de voorlopige be-windvoerder, niet ontvankelijk te verklaren, het vonnis voormeld artikel 33 schendt ;

Dat het eerste onderdeel op dit stuk gegrond is ;

*Om die redenen,*

en zonder dat ertoe aanleiding bestaat de overige onderde-len van het middel, die niet kunnen leiden tot ruimere cas-satie, te onderzoeken,

Vernietigt de bestreden beslissing behalve in zoverre ze het hoger beroep van eiseres en het incidenteel beroep van ver-weerder ontvankelijk verklaart ;

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van de gedeeltelijk vernietigde beslissing ;

Houdt de kosten aan en zegt dat erover door de feiten-rechter zal worden beslist ;

Verwijst de aldus beperkte zaak naar de Rechtbank van Eerste Aanleg te Kortrijk, zitting houdende in hoger beroep.

#### NOOT—Voorlopig bewind na decollocatie

Het Hof van Cassatie heeft dus geweigerd de thesis te bevestigen, die de patrimoniale bescherming van bepaalde geesteszieken tot doel had, volgens welke de decollocatie geen einde maakt aan de taak van de algemene bewindvoerder, als ze niet gepaard gaat met het ef-fectieve ontslag van de zieke uit de inrichting.

Aan de letter van de wet werd de hand gehouden ; of de geest ervan gerespecteerd werd is een andere vraag, als men weet dat de decol-locatie volledig in handen is van de medicij, die om welke reden ook de maatregel kunnen nemen. Een van de gevolgen van dit systeem is dat ze willekeurig zieken aan de bescherming van de algemene be-windvoerder kunnen onttrekken. Of zulks verzoekenbaar is met de wil van de wetgever, die in 1973 de onafhankelijkheid van de algemene bewindvoerder t.o.v. de inrichting heeft willen benadrukken, laat ik in het midden.

Over de interpretatie van art. 33 Geestesziekenwet leze men de noot van P. VAN NUFFEL bij Vred. Leuven, 2e kanton, 6 mei 1976, R.W., 1977-78, 2804.

Noch de rechters die, geconfronteerd met een hopeloos ver-ouderde wet, een elementaire bescherming van de geesteszieken wil-len realiseren, noch het Hof van Cassatie, dat de eerbied voor de wet behoort te garanderen, treft een verwijt. Het wachten is op het

Parlement, dat alleen een oplossing kan brengen door de hervorming door te voeren die door het ontwerp Vranckx in 1969 op gang werd gebracht. Er is hoop dat de wil om de hervorming eindelijk te verwezenlijken aanwezig is. Langer getalm past niet.

De hervorming zou het hier te berde gebracht probleem oplossen, niet alleen door de nieuwe definiëring van de bevoegdheid van de algemene voorlopige bewindvoerder, maar vooral door de mogelijk-heid te scheppen een *bijzondere* voorlopige bewindvoerder toe te voegen aan al wie die nodig heeft wegens een psychische en fysieke handicap.

Prof. J.M. Pauwels

#### HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 26 MEI 1978

Voorzitter-rapporteur : de h. de Vreese

Advocaat-generaal : de h. Ballet

Advocaten : mrs. De Baeck en Simont

**Faillissement—Faillietverklaring van bestuurder van failliete vennootschap—1. Bepaling van het tijdstip waarop opgehouden werd te betalen—Openbare orde—2. Gronden tot faillietverklaring—Naamlening.**

1. *De vermenging van het vermogen van de gefailleerde met dat van een eerder failliet verklaarde P.V.B.A. of met dat van zijn eerder failliet verklaarde echtgenote is geen wettelijke reden die het mogelijk zou maken af te wijken van de regel van art. 442, lid 3, Fw. — die de openbare orde raakt — betreffende de bepaling van het tijdstip waarop opge-houden werd te betalen.*

2. *Om de feitelijke bestuurder van een reeds failliet ver-klarde P.V.B.A. eveneens failliet te kunnen verklaren wegens het niet afzonderlijk houden van de onderscheiden vermo-gens is niet vereist dat de nietigverklaring van de P.V.B.A. wordt uitgesproken. Het niet afzonderlijk houden van hun onderscheiden vermogens sluit niet noodzakelijk in dat de vennootschap fictief is ; het kan ook betekenen dat de onder-scheiden handelsdaden op simulatie berusten doordat de vennootschap, die juridisch bestaat, de zaakvoerder telkens tot naamlener dient.*

S. t/ mr. Vanhoyland q.q.

Gelet op het bestreden arrest, op 6 oktober 1976 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen ;

Over het *eerste middel*, afgeleid uit de schending van de artikelen 437, 440, 442, 613 van de wet van 18 april 1851 op het faillissement, welke boek III van het Wetboek van Koop-handel vormt, en 97 van de Grondwet,

*doordat* het arrest het faillissement bevestigt, dat ambts-halve door de Rechtbank van Koophandel te Hasselt op 19 februari 1976 ten laste van eiser werd uitgesproken, dat op verzet van eiser bij vonnis van 6 mei 1976 van dezelfde rechtbank werd gehandhaafd, en waarbij de datum van op-houden van betalen werd bepaald op 18 juni 1975, op grond dat de onderscheidene vermogens van de gefailleerde per-sonenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid A., van eiser en van zijn echtgenote Domenica C. niet afzonderlijk werden gehouden,

*terwijl, eerste onderdeel*, het arrest het tijdstip waarop eiser geacht wordt te hebben opgehouden met betalen, niet kan hebben vastgesteld op een datum vroeger dan zes maanden

vóór het vonnis van faillissementsverklaring, op 19 februari 1976 gewezen door de Rechtbank van Koophandel te Hasselt; het arrest derhalve het tijdstip van ophouden van betalen niet kan hebben vastgesteld op 18 juni 1975, dan met schending van de artikelen 437, 440, 442 en 613 van de wet van 18 april 1851 op het faillissement, welke boek III van het Wetboek van Koophandel vormt,

*tweede onderdeel*, de motieven van het arrest, met name de vermenging van de vermogens van de personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid A., van eiser en van zijn echtgenote Domenica C., geen afdoende noch beslissende redenen kunnen vormen om het tijdstip van ophouden van betalen te bepalen op een datum die het vonnis van faillietverklaring méér dan zes maanden voorafgaat, zonder gewag te maken van de in artikel 613 van de wet van 18 april 1851 op het faillissement vervatte uitzondering, welke ten deze inderdaad niet toepasselijk is (schending van alle in het middel aangehaalde wetsbepalingen):

Over de grond van niet-ontvankelijkheid van het middel, door verweerder opgeworpen en hieruit afgeleid dat door eiser enkel verzet en hoger beroep werd aangetekend tegen het vonnis van faillietverklaring doch niet tegen de beslissing of het deel van de beslissing waarbij het tijdstip van het ophouden van betaling werd bepaald, zodat deze laatste beslissing kracht van gewijsde heeft verkregen en het middel vreemd is aan de aangevochten beslissing:

Overwegende dat, op verzoekschrift van verweerder in zijn hoedanigheid van curator van de faillissementen van de personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid A. en van Domenica C., de Rechtbank van Koophandel te Hasselt, bij verstekvonnis van 19 februari 1976, eiser ambtshalve, wegens vermogensvermenging tussen eiser en de vennootschap A. en zijn echtgenote, Domenica C., in staat van faillissement verklaarde, dit faillissement samenvoegde met het faillissement van de vennootschap A. en van Domenica C. en het tijdstip van ophouden van betalen bepaalde op 18 juni 1975;

Overwegende dat eiser, bij akte van 27 februari 1976, zonder nadere specificatie of beperking, verzet aantekende «tegen het vonnis van faillietverklaring» dat op 19 februari 1976 te zijnen laste was uitgesproken, en bij verzoekschrift van 18 mei 1976 hoger beroep instelde «tegen het eindvonnis» van 6 mei 1976 van dezelfde rechtbank, waarbij eisers verzet ongegrond was verklaard en «het vonnis van 19 februari 1976 was bevestigd»; dat dit hoger beroep strekte tot het teniet doen van «de bestreden beschikking» en «tot opheffing van het vonnis van faillietverklaring van 19 februari 1976»;

Dat het bestreden arrest voormeld vonnis van 6 mei 1976 bevestigt met een enkele wijziging betreffende een provisionele schadevergoeding van één frank;

Overwegende dat de rechtbank vermocht eisers verzet in deze zin te interpreteren — en aan te nemen is dat de rechtbank dit verzet inderdaad in deze zin interpreteerde — dat het verzet tegen geheel het vonnis van 19 februari 1976 was gericht, daarin begrepen de beslissing waarbij het tijdstip van ophouden van betalen werd bepaald; dat het vonnis van 6 mei 1976 dient te worden geacht het vonnis van 19 februari 1976 in zijn geheel te hebben bevestigd;

Overwegende dat het hof van beroep vermocht eisers hoger beroep in deze zin te interpreteren — en aan te nemen is

dat het hof van beroep dit hoger beroep inderdaad in deze zin interpreteerde — dat het tegen alle door het vonnis van 6 mei 1976 bevestigde beslissingen was gericht;

Dat het bestreden arrest moet worden geacht, behoudens voormelde wijziging, het vonnis van 6 mei 1976 in al zijn beslissingen te hebben willen bevestigen, daarin begrepen de vaststelling van het tijdstip van ophouden van betalen;

Dat het middel geenszins vreemd is aan de bestreden beslissing en de grond van niet-ontvankelijkheid niet kan worden aangenomen;

Over het middel:

Overwegende dat, luidens artikel 442, lid 3, van de wet van 18 april 1851 op het faillissement, het tijdstip waarop opgehouden werd te betalen, behoudens de in artikel 613 vervatte en ten deze niet toepasselijke uitzondering, niet mag worden bepaald op een datum die het vonnis van faillietverklaring méér dan zes maanden voorafgaat;

Dat de vermenging van het vermogen van de gefailleerde met dat van een eerder failliet verklaarde personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid of met dat van zijn eerder failliet verklaarde echtgenote, geen wettelijke reden is die het mogelijk zou maken om van deze regel, die de openbare orde raakt, af te wijken;

Dat het arrest, bij bevestiging van het vonnis van 6 mei 1976 van de Rechtbank van Koophandel te Hasselt, het tijdstip waarop eiser ophield te betalen bepaalt op 18 juni 1975, dit is op een datum die het vonnis van 19 februari 1976, waarbij eiser failliet werd verklaard, meer dan zes maanden voorafgaat; dat het zodoende voormelde wetsbepaling schendt;

Dat het middel gegrond is;

Over het *tweede middel*, afgeleid uit de schending van de artikelen 1165, 1166, 1167 van het Burgerlijk Wetboek, 7, 8 van de wet van 16 december 1851 houdende herziening van de wet op de hypotheek, 13ter, 13quater en 13quinquies van de wet van 18 mei 1873 op de handelsvennootschappen, gecoördineerd bij koninklijk besluit van 30 november 1935, hetwelk titel IX van Boek I van het Wetboek van Koophandel vormt, zoals deze bepalingen door de wet van 6 maart 1973 werden ingevoegd, en van het algemeen rechtsbeginsel dat alleen personen een vermogen hebben, dat elke persoon een vermogen heeft en dat een persoon slechts één vermogen heeft,

*doordat* het arrest het faillissement bevestigt, dat ambtshalve door de Rechtbank van Koophandel te Hasselt op 19 februari 1976 ten laste van eiser werd uitgesproken en dat op verzet van eiser bij vonnis van 6 mei 1976 van dezelfde rechtbank werd gehandhaafd, zulks op grond van de beschouwingen dat eiser de feitelijke zaakvoerder van de gefailleerde personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid A. was, dat de onderscheidene vermogens van de gefailleerde personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid A. en van eiser niet afzonderlijk werden gehouden, dat bijgevolg voldoende bewezen is dat eiser daden van koophandel heeft gesteld en daarvan zijn beroep heeft gemaakt, dat hij bijgevolg als handelaar dient te worden aangemerkt, dat eveneens vaststaat dat eiser zijn betalingen heeft gestaakt en dat zijn krediet aan het wankelen is gebracht,

*terwijl* de uitbreiding van het faillissement van een failliete handelsvennootschap tot de feitelijke beheerder van deze vennootschap wegens beweerde vermogensvermenging, zonder dat de nietigverklaring van deze vennootschap werd

gevorderd, niet alleen strijdig is met het beginsel dat iedere schuldenaar gehouden is zijn verbintenissen na te komen met al zijn goederen die immers tot gemeenschappelijke waarborg strekken voor zijn schuldeisers, maar tevens de samenvoeging van twee juridische personen tot één zou impliceren (schending van alle in het middel aangehaalde wetsbepalingen en van voormeld algemeen rechtsbeginsel) :

Over de grond van niet-ontvankelijkheid van het middel, door verweerder opgeworpen en afgeleid, enerzijds, uit het gebrek aan belang, doordat het arrest, zonder op dit punt te worden aangevochten en onafhankelijk van de in het middel aangevochten grondslag van de «uitbreiding» van het faillissement, met name de vermenging van vermogens, vaststelt dat de voorwaarden van het faillissement (handelaar zijn, staking van betalingen en wankelen van het krediet) bij eiser zijn vervuld, anderzijds afgeleid hieruit dat het middel feiten en recht vermenst aangezien het Hof, om na te gaan of ten deze naamlening aanwezig is, de feitelijke gegevens van de zaak zou dienen na te gaan ;

Overwegende dat het arrest zijn beslissing dat eiser daden van koophandel stelde en daarvan zijn beroep maakte «en bijgevolg als handelaar moet worden aangemerkt», precies afleidt, onder meer, uit de omstandigheid dat de onderscheiden vermogens niet afzonderlijk werden gehouden ;

Dat de vaststelling dat de voorwaarden van het faillissement bij eiser vervuld zijn dus niet onafhankelijk staat van de vermenging van vermogens ;

Overwegende dat het middel stelt dat de uitbreiding van het faillissement van een gefailleerde handelsvennootschap tot de feitelijke beheerder van deze vennootschap wegens vermogensvermenging, zonder dat de nietigheid van deze vennootschap werd gevorderd, strijdig zou zijn met het beginsel dat iedere schuldenaar gehouden is zijn verbintenissen na te komen met waarborg van al zijn goederen, en de samenvoeging van twee juridische personen tot één zou impliceren ;

Overwegende dat, tot onderzoek van dit middel, het Hof enkel dient na te gaan of voormelde uitbreiding «wegens vermogensvermenging» juridisch mogelijk is ook zonder dat de nietigheid van de vennootschap wordt gevorderd, doch het Hof niet verplicht de feitelijke gegevens van de zaak na te gaan ;

Dat de grond van niet-ontvankelijkheid niet kan worden aangenomen ;

Over het middel :

Overwegende dat het arrest, nadat eerder, bij vonnis van 18 december 1975 van de Rechtbank van Koophandel te Hasselt, het faillissement van de personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid A. was uitgesproken, bij bevestiging van het vonnis van 6 mei 1976 van dezelfde rechtbank, eiser op zijn beurt failliet verklaart ;

Dat het hof van beroep zijn beslissing hierop doet steunen dat de onderscheiden vermogens van eiser en van voormelde personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid, die in feite door eiser werd geleid, niet afzonderlijk werden gehouden, het «bijgevolg» voldoende bewezen is dat eiser, die daden van koophandel stelde en er zijn beroep van maakte, als handelaar dient te worden beschouwd en dat eveneens vaststaat dat hij zijn betalingen heeft gestaakt terwijl zijn krediet aan het wankelen is gebracht ;

Overwegende dat het op zijn beurt failliet verklaren van de zaakvoerder van een reeds eerder failliet verklaarde per-

sonenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid, omdat hun onderscheiden vermogens niet afzonderlijk werden gehouden, strijdig is noch met het beginsel luidens hetwelk elkeen die persoonlijk gebonden is, gehouden is zijn verbintenissen na te komen en de goederen van de schuldenaar tot gemeenschappelijke waarborg strekken voor zijn schuldeisers, noch met het in het middel aangehaalde algemeen rechtsbeginsel ;

Dat het middel niet aanduidt waardoor het arrest de artikelen 1165, 1166 en 1167 van het Burgerlijk Wetboek zou hebben geschonden ;

Overwegende dat, opdat de feitelijke zaakvoerder van een reeds failliet verklaarde personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid op zijn beurt failliet kan worden verklaard, wegens het niet afzonderlijk houden van hun onderscheiden vermogens, niet is vereist dat de nietigverklaring van de personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid wordt gevorderd en uitgesproken ;

Dat immers het niet afzonderlijk houden van hun onderscheiden vermogens, niet noodzakelijk insluit dat de vennootschap fictief is, doch ook kan betekenen dat de onderscheiden handelsdaden op simulatie berusten, doordat de vennootschap, die juridisch bestaat, de zaakvoerder telkens tot naamleener dient ;

Dat het middel niet kan worden aangenomen ;

*Om die redenen,*

Vernietigt het bestreden arrest doch alleen in zoverre, bij bevestiging van het beroepen vonnis, het tijdstip waarop eiser ophield te betalen op 18 juni 1975 wordt bepaald en in zoverre het arrest uitspraak doet over de kosten ;

Beveelt dat van onderhavig arrest melding zal worden gemaakt op de kant van de gedeeltelijk vernietigde beslissing ;

Houdt de kosten aan en zegt dat de feitenrechter erover zal beslissen ;

Verwijst de aldus beperkte zaak naar het Hof van Beroep te Brussel.

NOOT—Toerekening van het vennootschapsfaillissement aan de achterman of de uitbreiding van het faillissement tot de meester van de zaak

«La faillite est un acte par lequel un homme donne son veston à un créancier après avoir mis son portefeuille dans la poche de son pantalon».

1. Om zichzelf bepaalde voordelen te verschaffen zonder het eigen vermogen aan eventuele tegenslagen bloot te stellen, doen sommige behendige zakenlui een beroep op zeer adequate middelen : zij richten een vennootschap op, kennen zichzelf soms fikse bedragen toe, pompen de vennootschap stelselmatig leeg of vereenzelvigen hun eigen activiteiten met die van de vennootschap op zodanige wijze dat een totale vermenging tussen beide patrimonien mogelijk is.

De N.V. en de P.V.B.A. gelden als uitgekozen vennootschapsvormen om dit opzet te verwezenlijken : de beperkte aansprakelijkheid waarbij alleen de rechtspersoon gehouden is tot de verbintenissen, door de bestuurders aangegaan, vormt hiertoe een uitgelezen kader.

2. Een van de middelen om de misbruiken bij een beroep op de rechtspersoonstechniek tegen te gaan is de toerekening van het vennootschapsfaillissement aan de achterman. Dit middel is ontstaan in landen als Frankrijk en België, waar principieel werd aangenomen dat alleen handelaars failliet kunnen worden verklaard. De toerekening van het vennootschapsfaillissement tot de achterman is evenwel slechts een beperkt onderdeel van een algemene leer waarbij op uitzonderlijke of op zijn minst, ongewone wijze rechtsgevolgen wor-

den verbonden aan de nauwe band, die kan bestaan tussen een rechtspersoon en andere (natuurlijke en rechts-) personen. In het Anglo-Amerikaanse recht werd deze leer opgebouwd en ontwikkeld onder de zeer expressieve benaming «lifting or piercing the corporate veil» (voor de oorsprong van de term : cf. I.M. WORMSER, «Piercing the veil of corporate entity», *Col.L.R.*, 1912, 496 e.v. ; zie ook L.S. SEALY, *Cases and materials in company law*, Cambridge, 1971, p. 57 e.v., volgens welke deze leer zelfs tot een casus van 1668 zou teruggaan ; R.R. PENNINGTON, *Company Law*, Londen, 1973, p. 45, e.v. ; H.G. HENN, *Handbook of the Law of Corporations*, St. Paul, 1970, p. 250 ; L.C.B. GOWER, *The Principles of modern company Law*, Londen, 1969, p. 189 e.v. ; E.J. COHN, «Lifting the veil in the company laws of the European Continent», *I.C.L.Q.*, 1963, 189 e.v.)

In de ons naburige landen heeft zij reeds ingang gevonden : cf. in Nederland o.m. de twee grondige preadviezen uitgebracht in 1977 voor de Nederlandse Juristenvereniging door J.G.C. RAAIJMAKERS, «Over verschuivingen in het toerekeningspatroon bij rechtspersonen», en H.L.J. ROELVINK, «Door rechtspersonen heen kijken», *Handelingen N.J.V.* 1977, I, 1, 5 e.v. en 83 e.v. ; cf. tevens P. VAN SCHILFGAARDE, *Doorbraak van aansprakelijkheid in het N.V.-recht*, Groningen, 1970 ; U. VENEMA, «Concernrecht» in *Op de grenzen van komend recht*, Feestbundel J.H. Beekhuis, Deventer, 1976, p. 265 e.v. ; J.C.G. RAAIJMAKERS, *Joint ventures*, Deventer, 1976, p. 235 e.v. ; cf. tevens in het Duitse (concern)recht : H. ROWEDDER en H. HABERLANDT, *Die Aktiengesellschaft und ihre Satzung*, Berlin, p. 300 e.v. ; H. LEHMAN en R. DIETZ, *Gesellschaftsrecht*, Berlin 1970, p. 416 ; V. DROBNIG, *Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften*, Frankfurt, 1959 ; E. VON CAEMMERER, «Unterkapitalisierung und Gesellschaftsdarlehen», in *Quo vadis ius societatum*, Feestbundel P. Sanders 24 e.v. ; cf. tevens J. RONSE, «Waarheid en leugen omtrent de onderneming met beperkte aansprakelijkheid», *Med. Kon. Ac. Wtsch. Lett. Schone Kunsten België*, 1978, nr. 2, 9).

In België werd aan de algemene leer van doorbraak van aansprakelijkheid nogal weinig aandacht besteed. Een reden hiervoor kan o.m. gevonden worden in het feit dat de toerekening van het faillissement aan de achterman eerder vanuit het faillissementsrecht dan vanuit het rechtspersonenrecht werd benaderd (cf. de onder nr. 10 aangehaalde rechtsleer). Des te groter is de verdienste van prof. J. Ronse die in de geciteerde mededeling de aandacht op deze leer trok. De hele problematiek blijft trouwens zeer actueel en een aantal beschouwingen op het colloquium over «verantwoordelijk ondernemerschap» (Leuven, 27 oktober 1978) werden hieraan gewijd.

3. Drie vormen van doorbraak van beperkte aansprakelijkheid kunnen worden onderscheiden : de wettelijke, de vrijwillige en de gerechtelijke doorbraak (J. RONSE, *a.w.*, *Med. Kon. Ac.* 1978, nr. 2 ; H.L.J. ROELVINK, *a.w.*, *Hand. N.J.V.*, 1977, I, 1, 86 e.v.).

De wet bevat een aantal sancties voor oprichters, beheerders of zaakvoerders ingeval bepaalde essentiële regels ter bescherming van de belangen van derden niet werden nageleefd. Zelfs bij vennootschappen als de N.V. en de P.V.B.A. bestaat de wettelijke doorbraak van beperkte aansprakelijkheid. Oprichtersaansprakelijkheid of, bij kapitaalsverhoging, aansprakelijkheid van beheerders voor de geldigheid van de inschrijving van het minimumkapitaal (artt. 35 en 123 Venn. Wet) zijn hiervan een voorbeeld. Ook het nieuwe artikel 63ter, ingevoegd bij de wet van 4 augustus 1978 (*Staatsblad*, 17 augustus 1978) tot economische heroriëntering zou kunnen worden aangestipt.

De vrijwillige doorbraak van de beperkte aansprakelijkheid werd door beheerders of zaakvoerders zelf toegestaan. Vaak op aansturen van kredietinstellingen stellen beheerders of zaakvoerders zich met hun persoonlijk vermogen (hoofdelijk) borg ten einde een krediet te krijgen. Ook in concernverhoudingen tussen moeder- en dochtermaatschappij kunnen vormen van vrijwillige doorbraak aanwezig zijn (cf. H.L.J. ROELVINK, *a.w.*, *Hand. N.J.V.*, 1977, I, 1, 86).

De gerechtelijke doorbraak van aansprakelijkheid is de derde vorm. Wanneer bij faillissement van een vennootschap blijkt dat deze slechts het mom is waarachter een fysieke persoon zelf handel drijft, zal de rechter de schulden van de vennootschap aan hem toerekenen en hem eventueel failliet verklaren. Het is slechts aan dit deelaspect dat deze noot is gewijd.

4. Hij die persoonlijk handelt onder het mom van de vennootschap, zou kunnen worden aangewezen als de achterman. Deze term is ontleend o.m. aan het vertegenwoordigingsrecht waarbij de persoon namens wie, ten behoeve van wie of voor wiens rekening, de tussenpersoon handelt, wordt aangeduid als de achterman (Cf. o.m.

P. VAN SCHILFGAARDE, *Toerekening van rechtshandelingen*, Deventer, 1969, p. 24 e.v.).

De term wordt hier gebruikt omdat hij op expressieve wijze de persoon aanduidt die achter het opgehangen vennootschapsscherm handelt, omdat achter de rechtspersoon wordt gekeken om degene te treffen die achter deze rechtspersoon optreedt.

5. In Frankrijk heeft de theorie van de toerekening van het vennootschapsfaillissement aan de achterman al sedert geruime tijd ingang gevonden. Reeds in 1908 oordeelde het hoogste gerechtshof dat de persoon, die handel drijft onder het mom van een vennootschap failliet moet worden verklaard (Cass. req., 29 juni 1908, D., 1910, I, 233, met noot van J. PERCEROU). De sedert dat arrest ontstane rechtspraak werd gekristalliseerd in het wetsbesluit van 8 augustus 1935 (D., 1935, IV, 219 ; J.O., 9 augustus 1935) dat aan artikel 437 van het Franse Wetboek van Koophandel de tekst toevoegde : «En cas de faillite d'une société, la faillite pourra être déclarée commune à toute personne qui, sous le couvert de cette société marquant ses agissements, a fait dans son intérêt personnel des actes de commerce et disposé en fait des capitaux comme des siens propres». Uit de formulering van deze tekst blijkt dat de rechter soeverein oordeelt, rekening houdend met de feitelijke omstandigheden, of het faillissement van de vennootschap aan de achterman moet worden toegerekend ; het type van vennootschap of de hoedanigheid (vennoot, zaakvoerder, derde ...) is van geen belang. Aangaande de toepassing van dit artikel ging het Hof van Cassatie (Cass., 21 juli 1952, D., 1952, 773) wel over tot de vernietiging van een arrest dat de toerekening van het faillissement had uitgesproken zonder de feiten nauwkeurig aan te duiden die tot de getroffen beslissing hadden geleid. De faillissementswet van 13 juli 1967 (art. 99 e.v., J.O., 14 juli 1967, p. 7059) heeft samen met het decreet van 22 december 1967, (J.O., 24 december 1967, p. 12595) de voorwaarden voor toepassing van de toerekening van het faillissement aan de achterman in aanzienlijke mate verruimd (cf. o.m. R. HOUIN, «Règlement judiciaire, liquidation des biens, faillite personnelle et plan de redressement», *R.T.D. Comm.*, 1970, vnl. nr. 12 e.v., 505 en de verwijzingen aldaar).

6. In België wordt de toerekening van het faillissement aan de achterman niet beheerst door enige wettelijke bepaling. De creatie en uitwerking van deze theorie is een vrucht van de rechtspraak die ontstaan is in 1951 (Kh. Kortrijk, 8 september 1951, R.W., 1951-52, 1563 ; Kh. Kortrijk, 13 oktober 1951, R.W., 1951-52, 1566) en die zich sedertdien heeft ontwikkeld (cf. nochtans Kh. Antwerpen, 26 oktober 1972, R.W., 1972-73, 1488 : de rechtbank verwierp de eis tot toerekening en nam hierbij o.m. in overweging dat «de Belgische wetgever die toch in grote mate een met de Franse wet gelijklopende tekst, minstens in de geest, opgesteld heeft, juist die eis niet heeft willen voorzien»).

Uit het onderzoek en de overweging van de feiten moet blijken of de vennootschap niets anders was dan de persoonlijke onderneming van de achterman.

7. Uit de over deze problematiek reeds gepubliceerde rechtspraak kunnen de volgende indicatoren worden afgeleid :

— De achterman heeft vóór de oprichting van de vennootschap een gelijkaardige, zo niet dezelfde handelszaak gedreven (Hof Gent, 22 december 1954, J.T., 1957, 40 ; Kh. Luik, 21 december 1967, *Jur. Liège*, 1957-1958, 115 ; Hof Brussel, 20 februari 1963, R.P.S., 1963, 214 ; Hof Brussel, 26 juni 1963, J.T., 1964, 77, *Rec. Gén.*, 1964, 150 ; Hof Bergen, 30 december 1975, R.P.S., 1977, 261). De klanten en de leveranciers van de persoonlijke zaak en van de vennootschap zijn dezelfde (Kh. Brussel, 30 oktober 1970, R.P.S., 1971, 140). Het adres van de persoonlijke zaak wordt behouden als zetel van de vennootschap of als adres voor correspondentie (Kh. Brussel, 21 januari 1957, R.P.S., 1958, 259 ; Hof Gent, 7 maart 1962, R.P.S., 1964, 108 ; Hof Brussel, 20 februari 1963, R.P.S., 1963, 214 ; Kh. Brussel, 26 februari 1968, R.P.S., 1968, 176 ; Kh. Luik, 21 december 1957, *Jur. Liège*, 1957-58, 115.)

— De naam van de achterman en de naam van de vennootschap worden naar buiten door elkaar gebruikt (Kh. Dinant, 29 september 1965, R.P.S., 1967, 210 ; Kh. Luik, 21 december 1957, *Jur. Liège*, 1957-58, 115 ; Kh. Brussel, 26 februari 1968, R.P.S., 1968, 176 ; Kh. Sint-Niklaas, 9 april 1968, R.P.S., 1968, 177 ; Kh. Brussel, 12 december 1957, *Jur. Liège*, 1957-58, 115).

— De vennootschap wordt noch intern, noch extern in haar wezen gerespecteerd : de organen van de vennootschap functioneren niet of slechts pro forma ; de algemene vergadering van aandeelhouders komt niet of heel sporadisch samen (Kh. Dinant, 29 sep-

tember 1965, R.P.S., 1967, 210; Hof Luik, 26 juni 1967, R.P.S., 1967, 207; Kh. Leuven, 13 juni 1965, R.W., 1966-67, 157; Kh. Dinant, 29 september 1965, R.P.S., 1967, 210; Kh. Luik, 14 november 1967, R.P.S., 1968, 23; Hof Brussel, 2 februari 1968, R.P.S., 1970, 228; Kh. Sint-Niklaas, 9 april 1968, R.P.S., 68, 177; Kh. Charleroi, 29 april 1974, R.P.S., 1974, 181; Kh. Brussel, 11 februari 1975, R.P.S., 1975, 36; Kh. Brugge, 7 december 1976, R.P.S., 1977, 221; Kh. Brussel, 12 december 1977, R.P.S., 78).

— De achterman bestuurt de vennootschap volledig alleen en treedt op als in zijn eigen zaken; hij is alleen zaakvoerder en aangesteld met de meest ruime bevoegdheden en voor de hele duur van de vennootschap (Kh. Luik, 21 december 1957, *Jur. Liège*, 1957-58, 115; Kh. Kortrijk, 8 september 1951 en 13 oktober 1951, *Rev. Faill.*, 1952, 221 en 225; Hof Gent, 22 december 1954, *J.T.*, 1957, 40; Hof Brussel, 17 april 1957, R.W., 1956-1957, 2042; Hof Brussel, 20 februari 1963, R.P.S., 1963, 214; Hof Brussel, 26 juni 1963, *J.T.*, 1964, 77; Kh. Sint-Niklaas, 18 februari 1964, R.P.S., 1968, 21; Kh. Sint-Niklaas, 9 april 1968, R.P.S., 1968, 177; Rb. Dinant, 4 september 1968, *Jur. Liège*, 1968-69, 22; Kh. Charleroi, 29 april 1974, R.P.S., 1974, 181; Kh. Brussel, 25 oktober 1965, R.P.S., 1969, 195; Kh. Brussel, 11 februari 1975, R.P.S., 1975, 36; Kh. Brugge, 7 december 1976, R.P.S., 1977, 221). De winsten van de vennootschap worden integraal aan hem toegekend (Kh. Dinant, 23 mei 1972, *Jur. Liège*, 1972-73, 69).

— De deelbewijzen of aandelen zijn nagenoeg volledig in handen van de achterman; de medeoprichters zijn slechts stromannen, die generlei interesse hebben voor de vennootschap (Kh. Kortrijk, 8 september en 13 oktober 1951, *Rev. Faill.*, 1952, 221 en 225; Kh. Sint-Niklaas, 18 februari 1964, R.P.S., 1968, 21; Kh. Brussel, 9 maart 1964, B.R.H., 1965, 81; Kh. Dinant, 29 september 1965, R.P.S., 1967, 210; Kh. Brussel, 26 februari 1968, R.P.S., 1968, 176; Kh. Charleroi, 29 april 1974, R.P.S., 1974, 181; Kh. Brugge, 7 december 1976, R.P.S., 1977, 221). Belangrijk is hierbij te verwijzen naar het arrest van het Hof van Cassatie van 17 november 1959, waarin geoordeeld werd dat uit de vaststelling dat een vennoot eigenaar is van 990 van de 1000 deelbewijzen niet kan worden afgeleid dat deze vennoot eigenaar is van de onderneming (Cass., 17 november 1959, *Pas.*, 1960, I, 329).

— De boekhouding van de vennootschap wordt niet gehouden of slechts op zeer rudimentaire wijze: Kh. Dinant, 29 september 1965, R.P.S., 1967, 210; Hof Luik, 26 juni 1967, R.P.S., 1967, 207; Hof Gent, 22 december 1954, *J.T.*, 1957, 40; Kh. Luik, 21 december 1957, *Jur. Liège*, 1957-58, 115; Kh. Brussel, 9 maart 1964, B.R.H., 1965, 81; Hof Luik, 28 februari 1967, R.P.S., 1968, 18; Kh. Luik, 14 november 1967, R.P.S., 1968, 23; Kh. Antwerpen, 28 november 1974, R.W., 1974-75, 1776; Kh. Brussel, 11 februari 1975, R.P.S., 1975, 36; Hof Bergen, 8 maart 1976, R.P.S., 1978, 222).

— Het vermogen van de vennootschap wordt vermengd met dat van de achterman; de rekeningen op zijn naam en op naam van de vennootschap worden met elkaar versmolten; facturen worden opgesteld op zijn naam en/of geadresseerd aan hem; hij incasseert persoonlijk de facturen van de vennootschap; de schulden van hem worden door de vennootschap betaald; hij beheert de vennootschapskas alsof ze hem persoonlijk toebehoort; de vennootschap heeft geen eigen bankrekening, wel wordt een rekening geopend op zijn naam (Kh. Kortrijk, 8 september en 13 oktober 1951, *Rev. Faill.*, 1952, 221 en 225; Hof Gent, 9 maart 1954, R.W., 1954-55, 421; Hof Gent, 22 december 1954, *J.T.*, 1957, 40; Kh. Luik, 21 december 1957, *Jur. Liège*, 1957-58, 115; Hof Gent, 7 maart 1962, R.P.S., 1964, 108; Hof Brussel, 20 februari 1963, R.P.S., 1963, 214; Kh. Sint-Niklaas, 18 februari 1964, R.P.S., 1968, 21; Kh. Brussel, 9 maart 1964, B.R.H., 1965, 81; Kh. Leuven, 13 juni 1965, R.W., 1966-67, 157; Hof Brussel, 28 februari 1967, R.P.S., 1968, 18; Kh. Luik, 14 november 1967, R.P.S., 1968, 23; Kh. Sint-Niklaas, 9 april 1968, R.P.S., 1968, 177; Kh. Dinant, 23 mei 1972, *Jur. Liège*, 1972-73, 69; Kh. Charleroi, 29 april 1974, R.P.S., 1974, 181; Kh. Antwerpen, 28 november 1974, R.W., 1974-75, 1776; Kh. Brussel, 23 april 1975, R.P.S., 1975, 237; Kh. Brussel, 11 februari 1975, R.P.S., 1975, 36; Kh. Brussel, 12 december 1977, R.P.S., 1978, 78).

— Het eigendom van de achterman (gebouwen, machines e.d.) wordt ter beschikking gesteld van de vennootschap. In de meeste gevallen wordt hiervan geen geschrift opgesteld; de vennootschap moet vaak een hoge huurprijs betalen (Hof Luik, 26 juni 1967, R.P.S., 1967, 207; Kh. Dinant, 29 september 1965, R.P.S., 1967, 210; Hof Brussel, 20 februari 1963, R.P.S., 1963, 214; Hof Bergen, 30 december 1975, R.P.S., 1977, 261; Kh. Brugge, 7 december 1976, R.P.S., 1977, 221). De vennootschap bouwt op terreinen van de achterman zonder dat dienaangaande iets wordt bedongen (Kh. Luik, 14 november 1967, R.P.S., 1968, 23).

— Het feit dat de achterman zich borg stelt of bepaalde eigen goederen als pand geeft, wordt noch als relevant, noch als decisief beschouwd (Kh. Brussel, 24 februari 1971, R.P.S., 1972, nr. 5702; Hof Luik, 28 februari 1967, R.P.S., 1968, 18; Hof Gent, 9 februari 1971, R.P.S., 1972, 303; Kh. Brussel, 29 maart 1977, R.P.S., 1977, 143; zie ook L. DE WILDE, a.w. T.P.R., 1974, 802; J. VAN RYN en P. VAN OMMEFLAGHE, a.w., R.C.J.B., 1973, 359). In bepaalde gevallen werd dit feit echter, naast andere, aangeduid om de toerekening van het faillissement uit te spreken (Kh. Sint-Niklaas, 18 februari 1964, R.P.S., 1968, 21; Kh. Charleroi, 29 april 1974, R.P.S., 1974, 181).

8. Geen van de aangehaalde feiten, hoe zwaarwichtig ook, is op zichzelf determinerend; de vereniging van meerdere feiten die op dezelfde toestand wijzen kan de rechter ertoe brengen het vennootschapsfaillissement toe te rekenen aan de achterman. Het is trouwens eigen aan de meeste uitspraken dat zij enumeratief een aantal feiten weergeven (cf. het boven afgedrukte arrest met de overweging dat «het bestreden arrest zijn beslissing dat eiser daden van koophandel stelde ... precies afleidt, *onder meer* (eigen cursivering) uit de omstandigheid dat de onderscheiden vermogens niet afzonderlijk werden gehouden»).

9. De juridische grond waarop de toerekening van het faillissement aan de achterman wordt gesteund, is verscheiden.

Wanneer de achterman kennelijk en persoonlijk daden van koophandel heeft gesteld, is hij handelaar en kan hij als dusdanig failliet worden verklaard (W. VAN GERVEN, a.w., p. 173).

10. In de rechtsleer en rechtspraak vóór 1973 wordt het fictief karakter van de vennootschap veelvuldig als grond aangehaald. Bedoeld wordt dat de vennootschap, wegens haar geveinsd karakter bij de oprichting nietig kan worden verklaard. Ten gevolge van de nietigverklaring, die terugwerkende kracht had, konden geen verbintenissen ontstaan zijn in hoofde van de vennootschap maar alleen in hoofde van de persoon die zelf de verbintenissen in het leven had geroepen (J. T. KINT, «Personnes faisant le commerce par prête-nom ou sous les apparences d'une société», *Rev. Faill.*, 1954, 12 e.v.; L. FREDERICQ, *Handboek van Belgisch Handelsrecht*, Brussel, 1963, II, nr. 1502, p. 434; P. COPPENS, «L'extension de la faillite au maître de la société», in *Idées nouvelles dans le droit de la faillite*, Journée d'études juridiques J. Dabin, Brussel, 1969, p. 185 e.v.; A. CLOQUET, *Les Nouvelles, La faillite et les concordats* 1975, vnl. nr. 168 e.v.; Y. DUMON, en F. MAUSSON, «Propos sur la notion d'extension de faillite et sur les mesures analogues en droit belge et en droit comparé», B.R.H., 1974, 180 e.v., vnl. 194 e.v.; F. GLANSDORFF, noot bij Kh. Brussel, 20 februari 1975, *J.T.*, 1975, 401; J. VAN RIJN en P. VAN OMMEFLAGHE, «Examen de jurisprudence (Les sociétés)», R.C.J.B., 1954, 203; 1958, 61, 1962, 361, en voornamelijk 1973, 357; P. COPPENS, «Examen de jurisprudence (Les faillites)», R.C.J.B., 1974, 375; J. RONSE, «Overzicht van rechtspraak (Vennootschappen)», T.P.R., 1964, 96; L. DE WILDE, «Overzicht van rechtspraak (Faillissement)», T.P.R., 1974, 801; G. HORMANS en F. T. KINT, «La société anonyme 1970-1972», *J.T.*, 1973, 435. Voor de rechtspraak: zie o.m. Hof Gent, 9 maart 1954, R.W., 1954-55, 421; Hof Brussel, 26 juni 1963, *J.T.*, 1964, 77; Hof Gent, 7 maart 1962, R.P.S., 1964, 108; Kh. Sint-Niklaas, 18 februari 1964, R.P.S., 1968, 21; Kh. Dinant, 20 september 1965, R.P.S., 1967, 210).

11. De vraag is of deze grond nog behouden kan worden na de wijziging van de vennootschapswetgeving door de wet van 6 maart 1973 (cf. J. RONSE, *Vennootschapswetgeving*, Leuven, 1973, nr. 208 e.v., p. 105 e.v. en nr. 200, p. 101; L. SIMONT, *La loi du 6 mars 1973 modifiant la législation relative aux sociétés commerciales*, Brussel, 1975, vnl. p. 79 e.v.; G. HORMANS en F. T. KINT, «La S.A. et la S.P.R.L. 1973-1976», *J.T.*, 1977, 426).

Volgens artikel 13<sup>quater</sup> heeft de nietigheid van de N.V. en de P.V.B.A. pas uitwerking te rekenen van de dag waarop ze is uitgesproken. Artikel 13<sup>quinqüies</sup> bepaalt dat de door de rechter uitgesproken nietigheid slechts de vereffening van de vennootschap meebrengt zoals zulks bij ontbinding plaatsvindt. De vennootschap blijft dus voortbestaan, met het oog op haar vereffening. Laatstgenoemd artikel bepaalt tevens dat de nietigheid op zichzelf geen afbreuk doet aan de rechtsgeldigheid van de verbintenissen van de vennootschap of van die welke jegens haar zijn aangegaan. Een beroep op het fictief karakter van de vennootschap als grond om het bestaan van de rechtspersoon te doorbreken is niet verenigbaar met bovengenoemde regels: ook na de nietigverklaring van de vennootschap blijven de gevolgen van de rechtspersoonlijkheid bestaan. De sanctie heeft alleen gevolgen voor de toekomst. In de recente rechtspraak wordt het fictief karakter zoals het werd omschreven, nog steeds als grond

voor uitbreiding aangehaald : Hof Bergen, 8 maart 1976, R.P.S., 1978, 222 ; Kh. Brugge, 7 december 1976, R.P.S., 1977, 221 ; Kh. Brussel 12 december 1977, R.P.S., 1978, 78. Dit kan in de huidige stand van de wetgeving niet meer worden aanvaard.

12. De naamgeving wordt eveneens als juridische grond voor toerekening van faillissement aangewend. Naamgeving is voorhanden wanneer een persoon een andere persoon ermee belast om voor zijn rekening te handelen of om een zelfde juridisch gedragspatroon aan te matigen, zonder dat van deze relatie naar buiten, voor derden, blijkt wordt gegeven (voor een omschrijving van de naamgeving : zie H. DE PAGE, V, nr. 477, p. 463 ; R. RODIÈRE, *Encycl. Dalloz*, «Mandat», nrs. 403 e.v. ; zie ook de onder nr. 10 aangehaalde rechtsleer). De vennootschap leent slechts haar naam aan de achterman, voor wiens rekening wordt gehandeld, doch die achter het vennootschapsscherm verborgen blijft (cf. o.m. Kh. Brussel, 20 februari 1975, J.T., 1975, 401 ; Kh. Luik, 21 december 1957, *Jur. Liège*, 1957-58, 115 ; Kh. Dinant, 29 september 1965, R.P.S., 1967, 210 ; Kh. Luik, 14 november 1967, R.P.S., 1968, 23 ; Kh. Brussel, 25 oktober 1965, R.P.S., 1969, 195 ; Kh. Dinant, 23 mei 1972, *Jur. Liège*, 1972-73, 69).

De veyning bij naamgeving ligt niet in het vlak van de creatie van de vennootschap, wel in dat van de door de vennootschap verrichte handelingen ; de vennootschap, waarvan de naam geleend wordt, heeft een werkelijk bestaan. De veyning die hier voorhanden is, moet duidelijk onderscheiden worden van de boven besproken veyning bij oprichting. Zelfs de nietige vennootschap blijft als rechtspersoon voor het verleden en met het oog op haar vereffening bestaan. Om die reden is de naamgeving ook thans nog als grond voor de toerekening van het faillissement dienstig. De interpretatie van de naamgeving en de toepassing ervan motiveert de keuze voor de uitdrukking «toerekening van het faillissement» veeleer dan de term «uitbreiding» van een rechtssubject naar een ander.

13. In de rechtsleer wordt aangenomen dat verbergen toegelaten is, bedriegen niet (cf. H. DE PAGE, II, vnl. nr. 622 ; cf. over de veyning bij naamgeving : H. DE PAGE, V, vnl. nr. 478). Veyningen, ook door naamgeving, is toegelaten, tenzij zulks geschiedt met bedrieglijk opzet of om een wet te ontduiken (cf. R. RODIÈRE, a.w. nr. 404).

Door een vennootschap op te richten ten einde zijn vermogen af te zonderen en alzo de rest van zijn vermogen te beschermen tegen mogelijke aanspraken van zijn schuldeisers, kan de achterman dezen bedriegen en zou hij in strijd handelen met de artt. 7 en 8 Hypotheekwet : de goederen van de schuldenaar strekken tot gemeenschapelijke waarborg van de schuldeisers. Dit artikel is van openbare orde, voor zover de belangen van de schuldeisers moeten worden beschermd (W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, p. 268 ; zie ook H. DE PAGE, II, p. 641, en W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, p. 246).

Zou men zelfs niet zover kunnen gaan door in dit verband van wetsontduiking te spreken ? De toepasselijkheid van een wettelijk voorschrift wordt ontgaan door handig gebruik te maken van een andere wettekst waarvan de uitwerking uitsluitend gewenst wordt omdat men, dank zij die uitwerking, buiten de letter van het ontduiken voorschrift valt (cf. M. KAKEBEEKE-VAN DER PUT, *Wetsontduiking*, Deventer, 1961 vnl. p. 136 ; J. MATTHIJS, «Wetsontduiking», R.W., 1955-56, 105 e.v. ; W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, p. 202). De voorwaarden voor wetsontduiking kunnen voorhanden zijn : het ontduiken voorschrift is van dwingend recht, de ontduiken wettekst heeft een bepaald resultaat (nl. het afzonderen van een deel van het vermogen) willen verbieden en de wetsontduiker heeft zich door zijn handeling in een toestand trachten te wringen die de door het ontduiken voorschrift verboden toestand zeer nabij komt ; hij heeft getracht dit te doen door handelingen die op zichzelf geoorloofd zijn nl. door een beroep te doen op een ander wetsvoorschrift dat hem ogenschijnlijk veroorlooft te doen wat hij doet.

14. Tevens ligt ter discussie of de achterman, door de creatie van een rechtspersoon, met als enig doel zichzelf zoveel mogelijk voorzeden toe te kennen, misbruik maakt van de rechtspersoonstechniek : hij gebruikt deze techniek niet op de wijze zoals de wet of het maatschappelijk verkeer zulks vereisen, integendeel : hij miskent vaak de elementaire regelen van het rechtspersoonrecht en tast, door zijn handelwijze, de rechtspersoon in zijn wezen zelf aan.

Hierin ligt de kern voor de grondslag van de toerekening van het faillissement besloten : hoe kan de achterman, die zelf de rechtspersoonstechniek op permanente wijze met voeten treedt, plots, wanneer de rechtspersoon over de kop gaat, een van de voordelen van de rechtspersoonstechniek nl. de beperkte aansprakelijkheid

inroepen ? Hij die zelf de spelregels heeft miskend, kan niet vragen dat deze worden toegepast wanneer zij hem tot voordeel strekken (cf. J. RONSE, a.w., *Med. Kon.Ac.*, 1978, 2, 15).

15. Het karakter van fictieve, niet-bestaande vennootschap kan als grond voor toerekening niet meer worden aanvaard na de wetswijziging van 6 maart 1973.

De naamgeving was, is, en blijft de meest aanvaardbare grond om de toerekening van faillissement uit te spreken. Het boven afgedrukt cassatiearrest kan dit trouwens alleen maar bevestigen. De vraag is evenwel of, in ieder van de zich voordoende casusposities, een naamgeving voorhanden is. Komt het wel steeds als in rechte aanvaardbaar over om de naamgeving als enige grond van toerekening aan te nemen ? Mogelijk is hierbij plaats te maken voor nog andere valabele overwegingen.

Bij al deze vrij theoretische beschouwingen mag men niet uit het oog verliezen dat de toerekening van het faillissement aan de achterman een uit de rechtspraak gegroeide techniek is, veeleer gesteund op pragmatische overwegingen dan op abstracte beschouwingen. In het zoeken naar valabele gronden tot toerekening van faillissement zou men eventueel gebruik kunnen maken van de methode van combinatie en gradatie, die in het Nederlandse recht werd ontwikkeld m.b.t. misbruik van omstandigheden (P. BORST, R.M.Th., 1961, 187 e.v., vnl. 191 ; J.J. NAGELKERKE, *Contractswijziging in het Franse en Nederlandse recht*, Deventer, 1973, p. 105). Ingeval bepaalde begrippen (of criteria) op zichzelf een erg ruime of vage inhoud dekken, kan een combinatie van deze begrippen precisering brengen. Het door Borst aangehaalde gezegde van Goethe : «Dese Leute sind im einzelnen tüchtig, als Ganzen miserabel», kan worden omgekeerd. Bedoeld wordt niet dat de boven aangehaalde criteria op zichzelf eerder «miserabel» zijn, maar wel dat, in bepaalde gevallen, een combinerend aanwenden van de verschillende boven aangehaalde criteria meer dienstig kan zijn dan een beroep op één enkel.

16. Het tijdstip van staking van betaling in hoofde van de achterman valt meestal samen met dat van de vennootschap. Dit is de algemene regel : voor beide faillissementen geldt dezelfde datum van staking van betaling (W. VAN GERVEN, *Handels- en economisch recht*, I, p. 177 ; G. HORMANS en F. 'T KINT, a.w., J.T. 1973, nr. 6, 426 ; P. COPPENS, a.w., R.P.S., 1967, 204-205 ; Y. DUMON en F. MAUSSON, a.w., B.R.H., 1974, II, 206 ; cf. tevens Kh. Brussel, 12 december 1977, R.P.S., 1978, 78).

17. De mogelijkheid bestaat echter dat de rechter twee verschillende data van staking van betaling zou vaststellen (A. CLOQUET, a.w., nr. 1263). Dit verdient nadere uitleg.

Overeenkomstig artikel 442, lid 3, Faill. W. mag het tijdstip van de staking van de betaling niet vastgesteld worden op een datum, vroeger dan zes maanden vóór het vonnis van faillietverklaring, behoudens de uitzondering bepaald door artikel 613 Faill. W. (cf. tevens art. 437, lid 2, Faill. W.). Algemeen wordt aangenomen dat dit artikel de openbare orde raakt (L. FREDERICQ, a.w., II, p. 460, nr. 1532 ; A. CLOQUET, a.w., nr. 1261 ; J. VAN RIJN en J. HEENEN, a.w., IV, p. 209, nr. 2639 ; W. VAN GERVEN, *Handels- en economisch recht*, I, p. 140 ; zie tevens het geannoteerde cassatiearrest). Uit de samenlezing van artikel 442, lid 3, met artikel 437, lid 2, blijkt dat de handelaar niet meer failliet mag worden verklaard zes maanden nadat hij iedere handelsactiviteit heeft stopgezet. De handelsvennootschap daarentegen bewaart haar handelskarakter tot aan het sluiten van de vereffening, ook al werden gedurende de vereffening geen daden van koophandel gesteld ; zij kunnen dan ook nog failliet verklaard worden zolang geen zes maanden verlopen zijn sedert de sluiting van de vereffening (L. FREDERICQ, a.w., II, nr. 1975 e.v., p. 847 e.v. ; J. VAN RYN en J. HEENEN, a.w., IV, p. 120, nr. 2641 ; A. CLOQUET, a.w., nr. 130 ; L. DE WILDE, a.w., T.P.R., 1974, 798 ; W. VAN GERVEN, *Handels- en economisch recht*, I, p. 138).

De vraag is of de rechtbank, die de faillietverklaring van de vennootschap heeft uitgesproken en de datum van staking van de betaling in hoofde van de vennootschap heeft vastgesteld, meer dan zes maanden nadien het faillissement van de achterman kan uitspreken ; m.a.w., kan de achterman nog failliet worden verklaard wanneer hij meer dan zes maanden geen daden van koophandel meer heeft gesteld.

Een deel van de rechtsleer beantwoordt deze vraag bevestigend : de achterman kan failliet verklaard worden zolang de vennootschap bestaat ; de rechter hoeft niet na te gaan of de achterman daadwerkelijk daden van koophandel heeft gesteld gedurende de zes maanden die het vonnis dat hem failliet verklaart, voorafgaan (J. VAN RIJN

en P. VAN OMMESLAGHE, *a.w.*, R.C.J.B., 1973, 365 ; J. VAN RIJN en J. HEENEN, *a.w.*, IV, p. 209). Een argument zoeken deze auteurs in de regeling die in de vennootschap onder firma zou gelden en die door het Hof van Cassatie werd aangenomen (Cass., 15 december 1938, *Pas.*, 1938, I, 383) : de eigenheid zelf van de v.o.f. houdt in dat de faillietverklaring van de vennootschap met zich brengt de vaststelling van het ophouden van betalen in hoofde van de vennoten ; het Hof leidt hieruit af dat het niet nodig is voor iedere vennoot na te gaan of hij nog handelaar was op het ogenblik van het vonnis dat hem persoonlijk failliet verklaart. De hechte band tussen de vennootschap en de vennoot laat niet toe de regels, die normaal gevolgd worden voor de handelaren-fysieke personen, toe te passen. Zolang de v.o.f. bestaat, behouden de vennoten de hoedanigheid van handelaar. In de rechtspraak werd dezelfde zienswijze aangenomen : de achterman kan nog failliet worden verklaard meer dan zes maanden na het vonnis van faillietverklaring van de vennootschap (Kh. Oostende, 11 december 1969, R.P.S., 1970, 137 ; Hof Bergen, 8 maart 1976, R.P.S., 1978, 222).

Een andere mening wordt in de rechtsleer eveneens ontwikkeld : de achterman, meester van de vennootschap, verkrijgt en behoudt niet de hoedanigheid van koopman door zijn lidmaatschap in de vennootschap, zoals een vennoot onder firma, maar integendeel door in werkelijkheid persoonlijk handel te drijven onder het mom van de vennootschap waarvan hij zich, zoals een stroman heeft bediend. Wanneer de handelsbedrijvigheid van de vennootschap wordt gestaakt, houdt de achterman meteen ook op koopman te zijn, indien hij niet verder zijn beroep ervan maakt daden van koophandel te verrichten. De achterman kan dan niet meer failliet worden verklaard indien hij meer dan zes maanden geen handel meer drijft. J. RONSE, *a.w.* Med. Kon. Ac. 1978, nr. 2, 16 ; G. HORMANS en F. T KINT, *a.w.*, J.T. 1977, 426). Volkomen terecht werd in de rechtspraak artikel 442 lid 3 op strikte wijze toegepast (Hof Luik, 26 juni 1967, R.P.S., 1967, 207).

18. Het Hof van Cassatie heeft in het boven afgedrukte arrest niet de gelegenheid gehad over deze kwestie te oordelen ; de aan het Hof onderworpen problematiek lag anders.

De Rechtbank van Koophandel te Hasselt had de vennootschap en de echtgenote failliet verklaard in een vonnis van 18 december 1975. De datum van staking van betaling werd vastgesteld op 18 juni 1975. Nadien richtte de curator van beide faillissementen zich tot dezelfde rechter met het verzoekschrift om de zogenaamde «meester van de zaak» eveneens failliet te verklaren. De rechtbank was van oordeel dat het verzoek ontvankelijk en gegrond was en, in een vonnis van 19 februari 1976, verklaart zij de achterman eveneens failliet. De datum van staking van betaling wordt eveneens vastgesteld op 18 juni 1975. De rechtbank overweegt daarbij «uitdrukkelijk» dat de voorschriften van de artt. 437, 440, 442 e.a. werden nageleefd.

Het Hof van Beroep te Antwerpen bevestigde het vonnis van de rechtbank van koophandel zonder nader op de problematiek omtrent de toepassing van de artt. 437, lid 2, en 442, lid 3, in te gaan. Het Hof van Cassatie heeft het arrest van het hof van beroep op dat punt vernietigd : het tijdstip waarop opgehouden werd te betalen in hoofde van de achterman mag, behoudens de in artikel 613 Faill. W. bepaalde uitzondering, niet bepaald worden op een datum die het vonnis van faillietverklaring méér dan zes maanden voorafgaat. De vermenging van de vermogens van de gefailleerde met de eerder failliet verklaarde vennootschap is geen wettelijke reden om van artikel 442, lid 3, dat de openbare orde raakt, af te wijken. Deze stellingname is terecht : artikel 442, lid 3, is van toepassing op de achterman. Ook ingeval hij wordt failliet verklaard moet de termijn van zes maanden (niet ongeveer acht maanden zoals in het bestreden arrest) worden gerespecteerd. Alzo werd een al te verre gaande rechtspraak op wettelijke gronden een halte toegeroepen.

19. In de heersende mening wordt als algemene regel aangenomen dat bij zogenaamde «uitbreiding» van faillissement twee verschillende boedels worden gevormd : een boedel bestaande uit de activa, belast met de passiva van de vennootschap en een boedel gevormd door de activa van de achterman, belast met de passiva van de vennootschap en met de eigen schulden van de achterman (W. VAN GERVEN, *Handels- en economisch recht*, I, 177 ; zie ook P. COPPENS, *a.w.*, Journée d'études juridiques J. Dabin, p. 198 ; A. CLOQUET, *a.w.*, nr. 165 ; Y. DUMON en F. MAUSSON, *a.w.*, B.R.H., 1974, 204 ; P. COPPENS, *a.w.*, R.C.J.B., 1974, 375 ; J. VAN RIJN en P. VAN OMMESLAGHE, *a.w.*, R.C.J.B., 1973, 357 ; cf. artikel 13<sup>quies</sup>, dat blijkbaar de samenloop van schuldeisers van de vennootschap met de persoonlijke schuldeisers van de vennoot wil uit-

sluiten : J. RONSE, *Vennootschapswetgeving*, nr. 212, p. 107 ; G. HORMANS en F. T KINT, *a.w.*, J.T., 1977, 426.

In de rechtspraak werd deze regel toegepast (cf. o.m. Kh. Luik, 14 november 1967, R.P.S., 1968, 23 ; Kh. Sint-Niklaas 9 april 1968, R.P.S., 1968, 177 ; Kh. Oostende, 11 december 1969, R.P.S., 1970, 137 ; Kh. Dinant, 23 mei 1972, *jur. Liège*, 1972-73, 69).

20. In vele gevallen wordt een enkele boedel gevormd. De patrimonium van vennootschap en achterman zijn dermate met elkaar vermengd dat slechts één failliete boedel kan worden gevormd (cf. de onder nr. 19 aangehaalde rechtsleer en o.m. Kh. Leuven, 28 februari 1965, R.W., 1966-67, 157). Deze regel wordt ook in de recente rechtspraak nog aangewend (Kh. Brugge, 7 december 1976, R.P.S., 1977, 221 ; Kh. Brussel, 12 december 1977, R.P.S., 1978, 78). Wanneer de vennootschap een louter fictief karakter vertoonde werd evident slechts één boedel samengesteld (cf. de onder nr. 10 aangehaalde rechtsleer en rechtspraak).

21. Het geannoteerde arrest is het eerste arrest dat het Hof van Cassatie over de toerekening van het faillissement aan de achterman heeft gewezen.

Het Hof neemt op duidelijke wijze een standpunt in aangaande de toepasselijkheid van artikel 442, lid 3, Faill. W. Tevens kristalliseert het Hof de vroegere rechtspraak die de naamgeving als grond voor toerekening van faillissement had aanvaard. Om die redenen vormt dit arrest een belangrijke schakel in de rechtspraak die zich sedert 1951 omtrent de toerekening van het faillissement aan de achterman heeft ontwikkeld. Het rijpingsproces van deze techniek om misbruiken bij de aanwending van de rechtspersoonstechniek tegen te gaan is verder voltooid.

De woorden van de Amerikaanse rechter J. SANBORN, in het begin van deze eeuw uitgesproken, hebben a.h.w. ook in de Belgische rechtspraak, zij het op een andere manier, hun plaats gevonden : «A corporation will be looked upon as a legal entity, as a general rule ... But when the notion of legal entity is used to defeat public convenience, justify wrong, protect fraud, or defend crime, the law will regard the corporation as an association of persons» (United States v. Milwaukee Refrigerator Transit Co (1905) 142 Fed 247 ; R.R. PENNINGTON, *Company Law*, Londen, 1973, p. 51).

Herman Braeckmans  
Assistent U.I.A.

## HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 17 APRIL 1978

Voorzitter : de h. Gerniers

Raadsheer-rapporteur : de h. Sury

Advocaat-generaal : de h. Lenaerts

Advocaten : mrs. Dassel en Van Hecke

Arbeidsovereenkomst bedienden — Opzegging — Impliciete vermelding van de duur van de opzeggingstermijn — Vereisten — Gebruikte bewoordingen zonder invloed op de gevolgen van de schorsing van de opzeggingstermijn — Vermelding van einddatum van opzeggingstermijn in opzeggingsbrief — Bedoeling van partij die opzegt — Beoordeling door feitenrechter.

Het bepaalde bij art. 14, derde lid, der gec. bedienden-wetten sluit niet uit dat de vermelding van de duur van de opzeggingstermijn impliciet kan voortvloeden uit de nauwkeurige vermelding van de data waarop de termijn aanvangt en verstrijkt. Zodanige vermelding voldoet aan het vereiste van de wet voor zover ze duidelijk en ondubbelzinnig doet blijken van de juiste duur van de opzegging welke de partij die de arbeidsovereenkomst beëindigt, wil geven.

De in de opzeggingsbrief gebruikte bewoordingen om de duur van de opzeggingstermijn aan te duiden hebben geen

*invloed op de gevolgen die de schorsing van de opzeggingstermijn op de datum van de werkelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst heeft. De schorsing heeft wettelijk tot gevolg dat de overeenkomst eindigt op een latere datum dan die welke in het geschrift is vermeld of welke voortvloeit uit de vaststelling van het begin en de duur van de termijn. De feitenrechter oordeelt niettemin onaanastbaar of de partij die opzegging geeft de bedoeling heeft gehad de arbeidsovereenkomst werkelijk te doen eindigen op de in de opzeggingsbrief vermelde datum zonder rekening te houden met de schorsing van de termijn.*

Van A. t/ N.V.M.

Gelet op het bestreden arrest, op 25 oktober 1976 door het Arbeidshof te Antwerpen gewezen ;

Over het *eerste middel*, afgeleid uit de schending van de artikelen 1103, 1134, 1185, 1186, 1187, 1319, 1320, 1322 van het Burgerlijk Wetboek, 12 *quinquies*, 14, 15, 20 van de wetten betreffende het bediendencontract, gecoördineerd op 20 juli 1955, zoals gewijzigd door de wetten van 5 juli 1963 en 21 november 1969, en 97 van de Grondwet,

*doordat*, na in feite te hebben vastgesteld : «Van A. in dienst van M. sedert 15 juni 1960, werd op 27 maart 1973 opgezegd met een termijn lopende van 1 april 1973 tot 31 december 1973 ; het is niet betwist dat appellant (thans eiser) in de loop van de opzeggingsperiode 37 dagen wettelijke en conventionele vakantie nam ; bij brief van 13 december 1973 deelde Van A. M. mede dat hij niet instemde met de duur van de gegeven opzegging zonder dat dit, naar zijn mening, iets veranderde aan het feit dat de dienstbetrekking een einde zou nemen op 31 december 1973 ; op 21 december 1973 repliceerde M. dat het einde van de dienstbetrekking, met toepassing van artikel 12 *quinquies* van de gecoördineerde wetten, pas op 6 februari 1974 viel, omdat appellant van 6 tot 26 augustus en van 14 tot 31 december 1973 zijn jaarlijkse vakantie had genomen ; het staat vast dat Van A. na 31 december 1973 niet meer op het werk is verschenen, reden waarom door M. bij brief van 3 januari 1974 tegen hem contractbreuk werd ingeroepen», het arrest beslist dat «hoewel artikel 14 van de gecoördineerde wetten voorschrijft dat het opzeggingsgeschrift, op straffe van nietigheid, het begin en de duur van de opzeggingsperiode moet vermelden en voormelde brief, in plaats van expliciet de duur ervan aan te geven, het begin en einde van de opzeggingsperiode vermeldt, hij toch voldoet aan het bepaalde in artikel 14» en eiser afwijst van zijn vordering tot betaling van een aanvullende opzeggingsvergoeding, om de volgende redenen : «in strijd met wat Van A. voorhoudt, brengt de opzeggingsbrief van 27 maart 1973 niet de wil tot uitdrukking de dienstbetrekking in ieder geval en onherroepelijk op 31 december 1973 te beëindigen, ongeacht de oorzaken waardoor de loop van de gegeven opzegging krachtens de wet zou kunnen geschorst worden ; dat zodanige bedoeling bij M. niet voorziet, wordt onder meer bewezen door haar brief van 21 december 1973 waarin zij constateert dat de loop van de door haar gegeven opzegging geschorst werd door de jaarlijkse vakantie die appellant nam ; de stelling van appellant dat ten deze de definitieve verbreking van de dienstbetrekking door de opzegging van M. onherroepelijk op 31 december 1973 werd vastgesteld en dat de arbeidsovereenkomst dienvolgens in elk geval op die datum een einde nam, faalt dus feitelijk en in rechte» en uit deze motieven afleidt dat het «dienvolgens in

onderhavige zaak vaststaat» dat Van A. door te weigeren na 31 december 1973 verder te arbeiden, zelf de bestaande arbeidsovereenkomst heeft verbroken, vermits de door M. gegeven opzegging, krachtens artikel 12 *quinquies* van de gecoördineerde wetten, ten deze pas op 6 februari 1974 afliep»,

*terwijl, eerste onderdeel*, vermits de opzegging de voorafgaande bekendmaking is van het ogenblik waarop de overeenkomst een einde moet nemen, de betekening van de opzegging dient te gebeuren door overmaking aan de andere partij van een geschrift met vermelding van het begin en de duur van de opzeggingstermijn (artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de arbeidsovereenkomst voor bedienden), het verloop van de opzeggingstermijn, gegeven door de werkgever vóór de schorsing van de uitvoering van het contract gedurende de jaarlijkse vakantie genomen door de bediende, gedurende deze periode eveneens geschorst wordt (artikel 12 *quinquies* van de gecoördineerde wetten) ; derhalve de datum waarop de overeenkomst een einde moet nemen in principe bepaald wordt in functie van het begin en de duur van de opzeggingstermijn zoals door de werkgever in de opzeggingsbrief bepaald, en in functie van de duur van de schorsing indien, tijdens het verloop van de termijn, door de werknemer jaarlijkse vakantie genomen werd en vermits daarentegen het recht van eenzijdige beëindiging van een arbeidsovereenkomst voor bedienden van onbepaalde duur ook kan uitgeoefend worden door de overmaking aan de andere partij van een geschrift vermeldende het begin en het einde van de opzeggingstermijn, dit wil zeggen door de betekening van een opzegging met zekere uitdovende tijdsbepaling, en in dat geval de schorsing van de uitvoering van het contract tijdens de jaarlijkse vakantie door de bediende genomen vóór het verstrijken van die termijn niet de wijziging tot gevolg heeft van die definitief vaststaande datum waarop de overeenkomst tussen partijen een einde neemt, doch daarentegen de appreciatie beïnvloedt van de duur van de opzeggingstermijn welke op die vaste datum effectief gelopen heeft en verstreken is en bijgevolg van de hoegrootheid van de aanvullende opzeggingsvergoeding welke eventueel verschuldigd is (artikel 20 van de gecoördineerde wetten) ; het arrest, nu uit de vaststellingen van de rechters voortvloeit dat verweerster, in de uitoefening van haar recht van eenzijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst van onbepaalde duur aangegaan met eiser, aan deze laatste een opzeggingsbrief betekende op 27 maart 1973, die bepaalt dat de opzeggingstermijn een aanvang nam op 1 april om te eindigen op 31 december 1973, niet kon beslissen dat de opzeggingstermijn van negen maanden door verweerster betekend, geschorst werd wegens de vakantie door eiser genomen met het gevolg dat de opzegging een einde nam op 4 februari 1974 en dat eiser de arbeidsovereenkomst verbroken had door zich na 31 december 1973 niet meer op zijn werk aan te bieden, zonder de artikelen 14, 15, tweede lid, 20, 12 *quinquies* van de wetten betreffende het bediendencontract, gecoördineerd op 20 juli 1955, zoals gewijzigd door de wetten van 5 juli 1963 en 21 november 1969, 1103, 1134, 1185, 1186, 1187 van het Burgerlijk Wetboek en 97 van de Grondwet te schenden,

*tweede onderdeel*, door te beslissen dat «de opzeggingsbrief van 27 maart 1973 niet de wil tot uitdrukking brengt de dienstbetrekking in ieder geval en onherroepelijk op 31 december 1973 te beëindigen, ongeacht de oorzaken waardoor de loop van de gegeven opzegging krachtens de wet zou kunnen geschorst worden» het arrest van het geschrift

van 27 maart 1973 uitgaande van verweerster, een interpretatie geeft welke onverenigbaar is met de termen ervan (schending van de artikelen 1319, 1320 en 1322 van het Burgerlijk Wetboek) en de organieke regels miskent van de eenzijdige akten met zekere tijdsbepaling die de zin van dit geschrift beheersen (schending van de artikelen 1103, 1185, 1186, 1187 van het Burgerlijk Wetboek en 14 van de wetten betreffende het bediendencontract, gecoördineerd op 20 juli 1955, zoals gewijzigd door de wetten van 5 juli 1963 en 21 november 1969) :

Overwegende dat, hoewel artikel 14, derde lid, van de wetten betreffende het bediendencontract uitdrukkelijk, op straffe van nietigheid, vereist dat in het geschrift waarbij opzegging wordt gegeven, het begin en de duur van de opzeggingstermijn worden vermeld, deze bepaling niet uitsluit dat de vermelding van de duur van de opzeggingstermijn impliciet kan voortvloeien uit de nauwkeurige vermelding van de data waarop de termijn aanvangt en verstrijkt ;

Overwegende dat zodanige vermelding aan het vereiste van de wet voldoet voor zover ze duidelijk en ondubbelzinnig doet blijken van de juiste duur van de opzegging welke de partij die de arbeidsovereenkomst beëindigt, wil geven ;

Overwegende dat het arrest, na te hebben vastgesteld dat verweerster bij brief van 27 maart 1973 opzegging gaf «ingegaande op 1 april en lopende tot 31 december 1973», oordeelt dat het geen twijfel laat dat verweerster «een opzegging met een duur van negen maanden ingaande op 1 april 1973 heeft willen geven en gegeven heeft» ; dat het aldus artikel 14, derde lid, van de genoemde wetten niet schendt ;

Overwegende dat de in de opzeggingsbrief gebruikte bevoordingen om de duur van de opzeggingstermijn aan te duiden, geen invloed hebben op de gevolgen die de schorsing van de opzeggingstermijn op de datum van de werkelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst heeft ; dat de schorsing wettelijk tot gevolg heeft dat de overeenkomst eindigt op een latere datum dan die welke in het geschrift is vermeld of welke voortvloeit uit de vaststelling van het begin en de duur van de termijn ;

Overwegende dat de feitenrechter niettemin onaantastbaar oordeelt of de partij die opzegging geeft, de bedoeling heeft gehad de arbeidsovereenkomst werkelijk te doen eindigen op de in de opzeggingsbrief vermelde datum zonder rekening te houden met de schorsing van de termijn ; dat hij bij deze beoordeling uiteraard de bewijskracht van die brief niet mag miskennen ;

Overwegende dat het arrest beslist dat de opzeggingsbrief van 27 maart 1973 niet de wil tot uitdrukking brengt «de dienstbetrekking in ieder geval en onherroepelijk op 31 december 1973 te beëindigen, ongeacht de oorzaken waardoor de loop van de gegeven opzegging krachtens de wet zou kunnen geschorst worden» ; dat deze uitlegging van de brief niet onverenigbaar is met de bevoordingen ervan ;

Dat, gelet op wat voorafgaat, het arbeidshof zijn beslissing dat de arbeidsovereenkomst niet op 31 december 1973 beëindigd was, wettig verantwoordt ;

Dat het middel niet kan worden aangenomen ;

Over het *tweede middel*, afgeleid uit de schending van de artikelen 1315 van het Burgerlijk Wetboek, 870 van het Gerechtelijk Wetboek, 20 van de wetten betreffende het bediendencontract, gecoördineerd op 20 juli 1955, zoals gewij-

zigd door de wet van 21 november 1969, en 97 van de Grondwet,

*doordat*, na te hebben geoordeeld : «in het perspectief dat de opzeggingstermijn welke door M. betekend werd, te kort was — en dat was hij — is het recht van Van A. op vergoeding ontstaan op het ogenblik dat de onvoldoende opzegging gegeven werd, met name op 27 maart 1973», het arrest eiser afwijst van zijn vordering strekkende tot betaling van een aanvullende opzeggingsvergoeding om de volgende reden : «in onderhavige zaak is het recht op een volledige opzeggingstermijn van appellant tenietgegaan op het ogenblik dat hij eenzijdig en onregelmatig de lopende overeenkomst verbrak, met name op 2 januari 1974»,

*terwijl* de bevestiging, door het arrest, dat eiser eenzijdig en onregelmatig met name op 2 januari 1974 de arbeidsovereenkomst voor bedienden verbroken had, niet voldoet aan de regels inzake het bewijs dat de werkgever diende te leveren, te weten dat de afwezigheid van eiser op 2 januari 1974 bij hem de uitdrukking uitmaakte van zijn wil eenzijdig het contract te verbreken, eerder dan, zoals eiser voorhield, zijn overtuiging dat alle contractuele verhoudingen beëindigd waren op 31 december 1973, aangeduid in de opzeggingsbrief (schending van de artikelen 1315 van het Burgerlijk Wetboek en 870 van het Gerechtelijk Wetboek), en het arrest in ieder geval onbeantwoord laat de conclusie van eiser waarin opgeworpen werd «dat de 1ste januari geen werkdag is, dat dus, toen de brief geschreven werd, appellant één gehele dag afwezig was, dat dit niet als een ernstige fout kan beschouwd worden» (schending van artikel 97 van de Grondwet) :

Overwegende dat het middel ervan uitgaat dat het arrest oordeelt dat eiser zelf op 2 januari 1974 de arbeidsovereenkomst heeft beëindigd, omdat hij op die dag afwezig was ;

Dat het arbeidshof de reden van beëindiging niet ziet in die ene dag afwezigheid, maar in de weigering van eiser na 31 december 1973 verder te arbeiden ;

Dat het middel uitgaat van een verkeerde lezing van het arrest en derhalve feitelijke grondslag mist ;

*Om die redenen,*

Verwerpt de voorziening.

NOOT—Het bestreden arrest van 25 oktober 1976 van het Arbeidshof te Antwerpen is gepubliceerd in R.W., 1977-78, 111, met noot van O. Vanachter.

## HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 7 MAART 1978

Voorzitter : baron Richard

Raadsheer-rapporteur : de h. Soetaert

Eerste advocaat-generaal : de h. Dumon

Advocaten : mrs. Somers en Van Schoubroeck

**Verdovende middelen—Aangifte—Volledige oprechtheid van de aangever.**

*Art. 6, vierde lid, van de wet van 24 februari 1921, ingevoerd bij de wet van 9 juli 1975, bepaalt dat de in de artt. 2bis*

en 3 gestelde straffen worden verminderd in de mate bepaald in art. 414, vierde lid, Sw. ten aanzien van de schuldigen die na het begin van de vervolging de identiteit van onbekend gebleven daders aan de overheid hebben onthuld.

Door vast te stellen dat de verklaring van de verdachte niet onthullend was, daar noch op grond van deze verklaring, noch op grond van het volgens de gegevens dezer verklaring gevoerd onderzoek, de openbare overheid in staat werd gesteld vervolgingen in te stellen, wordt wettelijk verantwoord dat de strafvermindingsgrond bepaald in het voormelde wetsartikel niet aanwezig was.

Zowel uit de tekst en het doel van art. 6 van de genoemde wet als uit de memorie van toelichting bij de wet van 9 juli 1975 blijkt dat de schuldige slechts dan straffeloosheid of strafvermindering wordt toegestaan, wanneer hij volledig oprecht is geweest.

D. e.a.

Gelet op het bestreden arrest, op 2 december 1977 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen :

A. Op de voorziening van D. :

Over het middel afgeleid uit de schending van artikel 6, vierde lid, van de wet van 24 februari 1921, ingevoerd bij de wet van 9 juli 1975, betreffende het verhandelen van verdovende middelen,

doordat het arrest eiser veroordeelt wegens het onbevoegd vervaardigen, bezitten, verkopen, te koop stellen, afleveren of aanschaffen van verdovende middelen,

terwijl eiser op 10 september 1976, bij de behandeling van de zaak voor de Correctionele Rechtbank te Antwerpen, de naam van een medeplichtige heeft genoemd, zodat alle voorwaarden aanwezig waren voor strafvermindering als bij het voormelde wetsartikel bepaald en het hof van beroep niet vermocht die strafvermindering te ontzeggen :

Overwegende dat artikel 6, vierde lid, van de wet van 24 februari 1921, ingevoerd bij de wet van 9 juli 1975, bepaalt dat de in de artikelen 2bis en 3 gestelde straffen worden verminderd in de mate bepaald in artikel 414, vierde lid, van het Strafwetboek, ten aanzien van de schuldigen die na het begin van de vervolging de identiteit van onbekend gebleven daders aan de overheid hebben onthuld ;

Overwegende dat het arrest niet alleen vaststelt dat eiser de in het middel vermelde verklaring heeft gedaan, maar ook dat het onderzoek, dat op grond van de gegevens daarvan gevoerd werd, de openbare overheid niet in staat stelde vervolgingen in te stellen, de verklaring derhalve niet onthullend was en het doel, gesteld door de wetgever, niet bereikt werd ; dat het arrest door die vaststellingen de beslissing, dat de strafvermindingsgrond bepaald in het voormelde wetsartikel niet aanwezig was, wettelijk verantwoordt ;

Dat het middel faalt naar recht ;

(...)

C. Op de voorziening van T. en Van den T. :

Over het eerste middel, afgeleid uit de schending van artikel 6, tweede lid, van de wet van 24 februari 1921, ingevoerd bij de wet van 9 juli 1975,

doordat het arrest de eisers de straffeloosheid, welke aan Ben M. werd toegekend, ontzegt, op grond dat hun onthullingen niet volledig waren ten aanzien van hun eigen wetenschap omtrent identiteiten en misdrijven wat betreft de feiten van de telastlegging, gepleegd te Antwerpen,

terwijl in de tekst van de wet nergens wordt bepaald dat voor straffeloosheid of verschoonbaarheid vereist is dat werkelijk alle onbekend gebleven daders worden aangeduid aan de overheid ; de Nederlandse tekst, hoewel in het meervoud gesteld, zeker niet van alle onbekend gebleven daders spreekt ; een dergelijke uitbreiding van de strafwet een ontoelaatbare verzwaring ten nadele van de beklaagde betekent ; overigens nooit achterhaald kan worden of iemand alle onbekend gebleven daders heeft megedeeld en ter zake zeker niet is geweten of bijvoorbeeld de vrijgesproken Ben M. niet bepaalde gegevens heeft achtergehouden ; overigens uit het beroepen vonnis blijkt dat, in feite, de eisers door het rechtstreeks aangeven van Ben M. ook tot de aanhouding van B. aanleiding hebben gegeven ; zeker niet is aangetoond dat, bij een verdere en meer nauwkeurige ondervraging van de eisers, wanneer daarover precieze vragen werden gesteld, ook niet over de identiteit van B. zou zijn gesproken ; en artikel 6 van de genoemde wet zeker niet meer bedoelt dan dat men van de beklaagde oprechtheid verwacht, die in dit geval zeker over geheel de lijn bij de eisers aanwezig was :

Overwegende dat het arrest vaststelt dat de eisers vóór het begin van de vervolging gegevens hebben verstrekt die, wat eiser betreft mogelijk, wat eiseres betreft zeker, van die aard waren dat zij de identiteit van Ben M. aan de politie kenbaar maakten, maar eveneens vaststelt dat geen van beiden gewag maakte van B. noch van het te zijnen laste gelegde misdrijf, ofschoon naderhand is gebleken dat zij B. reeds geruime tijd kenden en wisten dat de leveringen van verdovende middelen van hem afkomstig waren ; dat hun onthullingen derhalve niet volledig waren ten aanzien van hun wetenschap omtrent identiteiten en misdrijven ;

Overwegende dat zowel uit de tekst en het doel van artikel 6 van de genoemde wet als uit de memorie van toelichting bij de wet van 9 juli 1975 blijkt dat aan de schuldige slechts dan straffeloosheid of strafvermindering wordt toegestaan, wanneer hij volledig oprecht is geweest ; dat het arrest derhalve door de aangehaalde vaststellingen de beslissing dat de eisers niet gerechtigd waren zich op de bedoelde verschoningsgrond te beroepen, wettelijk verantwoordt ; dat het middel voor het overige opkomt tegen de feitelijke beoordeling van de rechte ;

Dat het middel niet kan worden aangenomen.

(...)

NOOT—De aangifte als verschoningsgrond

1. Artikel 6 van de wet van 9 juli 1975, die de wet van 24 februari 1921 betreffende het verhandelen van gifstoffen, slaapmiddelen en verdovende middelen wijzigt, bepaalt dat er, volgens de gemaakte onderscheidingen, strafuitsluiting of strafvermindering is voor de schuldigen, die hetzij de identiteit van andere daders, hetzij het bestaan van misdrijven aan de overheid onthullen.

De grond van verschoning wegens aangifte aan de overheid is in onze wetgeving geen nieuwigheid. Hij werd ingevoerd voor de personen die deelnemen aan samenzwering tegen de veiligheid van de staat (art. 136 Sw) ; vervalsing van munt, openbare effecten ... (art. 192 Sw) ; verspreiding van geschriften zonder vermelding van naam en woonplaats van de schrijver of van de drukker (art. 300 Sw) ; niet wettelijk toegelaten loterijen (art. 304 Sw) ; vereniging van misdadigers (art. 326 Sw) ; misdrijven die afbreuk doen aan de internationale betrekkingen (art. 5 van de wet van 12 maart 1858) ; onwettige opslagplaats (art. 177 van de wet van 26 augustus 1822 inzake douanen en accijnzen) ; onregelmatigheden in de verklaringen aan de douane (artikel 7, § 3, 2°, van de wet van 7 juni 1967).

In zijn *Algemene theorie van de verschoning in het strafrecht*, schrijft H. BEKAERT dat de verschoning wegens aangifte gegrondvest is op het openbaar nut en niet alleen een premie voor de aangifte is,

doch dat ze een moreel aspect heeft : ze streeft ernaar een breuk te doen ontstaan onder de daders van zware misdrijven en de minst schuldigen ertoe te bewegen zich van de anderen af te scheiden, door terug te keren tot een houding die niet meer anti-sociaal is (blz. 22).

2. Tijdens de parlementaire voorbereiding van de wet van 9 juli 1975 verklaarde de minister van Justitie dat gedeeltelijk of volledig ontslag van rechtsvervolging wegens aangifte aan de overheid ongetwijfeld een middel is om aan de ontworpen wet een grotere doeltreffendheid te verlenen, welke ruimschoots gerechtvaardigd is ingeval het hoger sociaal belang dat gemeoid is met de strijd tegen de sluikhandel in verdovende middelen<sup>1</sup>.

3. De voorwaarden en de gevolgen van de verschoning bepaald in artikel 6 van de wet van 9 juli 1975 zijn verschillend naar gelang van de gevallen.

De verschoningsgrond is alleen strafuitsluitend indien de aangifte vóór de vervolging uitgaat van een persoon die zelf maar schuldig is aan een door de wet met correctionele straffen bepaald feit.

Dezelfde aangifte vóór de vervolging leidt daarentegen slechts tot strafvermindering in de mate bepaald bij artikel 414 Sw., indien ze uitgaat van een persoon schuldig aan een door de wet bepaalde misdaad.

Een gelijkaardige strafvermindering geldt voor de personen die na het begin van de vervolging aan de overheid aangifte doen, voor zover ze zelf maar schuldig zijn aan een door de wet bepaald wanbedrijf.

In de twee eerste gevallen, moet de aangever aan de overheid de identiteit van de daders van de bij de artikelen 2bis en 3 van de wet omschreven misdrijven of, indien de daders niet bekend zijn, het bestaan van de misdrijven onthullen.

In het derde geval, geldt de verschoningsgrond enkel voor zover de aangever de identiteit van de onbekend gebleven daders aan de overheid heeft onthuld.

4. Het is niet zonder belang de bepaling van artikel 6 van de wet van 9 juli 1975 te vergelijken met de andere verschoningsgronden wegens aangifte.

Artikel 136 Sw. bepaalt dat degenen onder de samenspanners tegen het staatshoofd, de vermoedelijke troonopvolger en de leden van de koninklijke familie, die vóór enige aanslag en vóór enig begin van vervolging die samenspanningen en hun daders of medeplichtigen aan de overheid kenbaar maken, vrij blijven van straf<sup>2</sup>.

R. DE RIJCKERE omschrijft de bestaansreden van die bepaling als volgt : « On comprend la raison qui a fait introduire l'exemption de peine en faveur des révélateurs. Cette exception aux règles ordinaires de la théorie pénale repose sur l'intérêt considérable qu'a la société à prévenir les crimes attentatoires à la sûreté de l'Etat... »<sup>3</sup>.

5. Artikel 192 Sw. bepaalt een grond van strafuitsluitende verschoning voor het geval dat : a) de personen, die schuldig zijn aan de misdrijven omschreven in de artikelen 160 tot 168, 169, tweede lid, 171 tot 176, 177, tweede lid, 180, laatste en voorlaatste lid, 185bis, 186 tweede tot vierde lid, 187bis, 497, tweede lid en 497bis, eerste lid S.W.<sup>4</sup>, b) die misdrijven en hun daders aan de overheid

kenbaar maken, c) vóór enige uitgifte van de nagemaakte of geschonden munten of van het nagemaakt of vervalst waardepapier, d) en vóór enige vervolging.

6. De straffeloosheid die artikel 300 Sw. bij aangifte waarborgt ten voordele van de verspreiders van een drukwerk waarop de naam van de schrijver of de drukker niet is vermeld, moet gezien worden als een logisch gevolg van het principe vervat in artikel 18 Grondwet dat een trapsgewijze verantwoordelijkheid bepaalt voor de schrijver, de uitgever, de drukker en de verspreider van drukwerken<sup>5</sup>.

De aangifte bepaald in artikel 300 Sw. heeft twee vormen :

— de eerste vorm betreft de dader van het misdrijf bedoeld in artikel 299 Sw. die de uitgever doet kennen ;

— de tweede vorm is toepasselijk op de omroepers, aanplakkers, verkopers of verspreiders. Van hen wordt niet vereist dat ze geheel de uitgiftekten van de drukwerken kenbaar maken. Het is voldoende dat ze de persoon doen kennen, van wie ze het gedrukt stuk gekregen hebben. Doch de verschoningsgrond geldt niet voor de drukker, die de schrijver zou doen kennen<sup>6</sup>. De uitsluiting van de drukker uit de groep personen, die de strafuitsluiting kunnen genieten, houdt verband met het specifiek beroepskarakter van het misdrijf bepaald in artikel 299 Sw. De memorie van toelichting laat desbetreffend geen twijfel bestaan : « Le coupable de l'infraction est non pas l'auteur de l'imprimé, mais bien l'imprimeur lui-même, l'écrivain y est étranger : il n'a pas à s'occuper de la partie matérielle de son oeuvre ; l'omission punie est un délit professionnel. On comprend parfaitement que l'imprimeur se décharge de la responsabilité d'un écrit en désignant l'auteur parce que celui-ci doit assumer la responsabilité de son oeuvre ; mais il n'y a aucune raison de ne pas porter plainte contre l'imprimeur quand celui-ci est coupable. Dès l'instant où l'imprimé a paru sans nom d'auteur ou d'imprimeur, l'infraction est consommée, parce que la recherche de l'origine de cet imprimé est plus difficile ; ce serait détruire toute utilité de la disposition que de permettre encore à l'imprimeur d'échapper à toute pénalité, alors peut-être qu'une longue instruction a déjà été nécessaire pour le découvrir »<sup>8</sup>.

De uitgever kan zich eveneens niet beroepen op artikel 300 Sw., zelfs indien hij tegelijk verspreider is<sup>9</sup>.

De wetgever heeft in artikel 300 Sw. twee vormen van aangifte onderscheiden. Hij heeft verondersteld dat de omroepers, aanplakkers, verkopers of verspreiders de werkelijke oorsprong van het drukwerk misschien niet kennen, doch enkel de persoon van wie ze het gedrukt stuk gekregen heeft. Daarom wordt in hun geval niet vereist dat ze de drukker doen kennen<sup>10</sup>.

7. Artikel 304 Sw. bepaalt een strafuitsluitende grond van verschoning ten voordele van de omroepers en de aanplakkers die de persoon doen kennen van wie ze de briefjes of geschriften van niet wettelijk toegelaten loterijen gekregen hebben<sup>11</sup>.

De memorie van toelichting van het Strafwetboek rechtvaardigt deze vrijstelling van straf en haar beperking tot de omroepers en de aanplakkers : « Le but de cette excuse péremptoire est de parvenir à la découverte des vrais coupables dont les individus désignés ne sont que des instruments. Mais nous ne croyons pas devoir étendre cette excuse aux vendeurs, colporteurs et distributeurs qui, le plus souvent, retirent un tantième du placement des billets de loterie et que, par ce motif, on peut considérer, en quelque sorte, comme des associés de l'entrepreneur »<sup>12</sup>.

8. Volgens artikel 326 Sw., blijven vrij van straffen de schuldigen die, vóór enige poging tot misdaden of wanbedrijven welke het doel

<sup>1</sup> Parl. Besch., Kamer, 1974-75, nr. 608/2, blz. 3.

<sup>2</sup> J. GILISSEN, P. CASSIERS en F. DEBROUX, « Crimes et délits contre la sûreté de l'Etat », in *Les Nouvelles, Droit pénal*, d. II, nr. 87 ; R.P.D.B., « Crimes et délits contre la sûreté de l'Etat », d. III, nrs. 272-274 en 389 ; NIJPELS en SERVAIS, *Code pénal interprété*, 1896, d. I, blz. 422-426 ; J. CONSTANT, *Manuel de droit pénal*, d. II, v. I, 1949, blz. 99, nr. 168 ; M. RIGAUX en P.E. TROUSSE, *Crimes et délits du code pénal*, d. I, blz. 79-83 ; P.B., Tw. *Crimes et délits contre la sûreté de l'Etat*, nrs. 57-67.

<sup>3</sup> R. DE RIJCKERE, « L'impunité du dénonciateur », R.D.P., 1921, 23.

<sup>4</sup> R. DECLERCQ, « Crimes et délits contre la foi publique » in *Les Nouvelles, Droit pénal*, d. II, nrs. 1443-1444 ; J. CONSTANT, o.c., blz. 158, nr. 275 ; M. RIGAUX en P.E. TROUSSE, o.c., d. II, blz. 306-308 en 352 ; NIJPELS en SERVAIS, o.c., blz. 544-545 ; P.B., Tw. « Contrefaçon de sceau », d. XXV, nr. 52 en Tw. « Fausse monnaie », d. XLIII, nr. 24.

<sup>5</sup> Dus niet de schuldigen aan de misdrijven bepaald bij de eerste leden van de artikelen 169 en 177 Sw. die het in omloop brengen van valse munt en de uitgifte van nagemaakt of vervalst waardepapier veronderstellen omdat de grond van verschoning beoogt de uitgifte te beletten.

<sup>6</sup> A. MARCHAL en J.P. JASPAR, *Traité théorique et pratique de droit criminel*, 1976, d. II, nr. 2012 e.v.

<sup>7</sup> Cass., 7 juli 1924, *Pas.*, 1924, I, 452.

<sup>8</sup> J. NIJPELS, *Législation criminelle*, d. II, blz. 531.

<sup>9</sup> Corr. Brussel, 1 juni 1872, *Pas.*, 1872, III, 220.

<sup>10</sup> E. DUBOIS, « Crimes et délits contre l'ordre public commis par des particuliers » in *Les Nouvelles, Droit pénal*, d. III, nr. 5341 ; NIJPELS en SERVAIS, o.c., d. II, blz. 281-284 ; J. CONSTANT, o.c., blz. 292, nr. 534 ; M. RIGAUX en P.E. TROUSSE, o.c., d. IV, blz. 549 en 550 ; P.B., Tw. « Colportage, colporteur », nr. 89 en Tw. « Délit de presse », nr. 238.

<sup>11</sup> J. NIJPELS en SERVAIS, o.c., d. II, blz. 297 ; J. CONSTANT, o.c., blz. 298, nr. 544 ; M. RIGAUX en P.E. TROUSSE, o.c., d. IV, blz. 567 ; E. DUBOIS, o.c., in *Les Nouvelles, Droit pénal*, d. II, nrs. 5403-5404, A. MARCHAL en J.P. JASPAR, o.c., d. II, nrs. 2113-2116 ; P.B., Tw. « Loterie », nrs. 162-163.

<sup>12</sup> J. NIJPELS, *Législation criminelle*, d. II, blz. 532 en 550.

van de vereniging van misdadigers zijn, en vóór enig begin van vervolging, het bestaan van die benden en de namen van hun hoofd-bevelvoerders of ondergeschikte bevelvoerders aan de overheid kenbaar maken.

Opdat de grond van verschoning geldt, moet de aangifte aan de overheid geschieden vóór enige poging tot misdaad of wanbedrijf waarvoor de bende gesticht is en vóór enig begin van vervolging<sup>13</sup>.

Volgens de wetgever, kunnen de oogmerken van een vereniging van misdadigers gemakkelijk mislukken, wanneer de straffeloosheid beloofd wordt aan de personen die van de vereniging deel uitmaken en die het bestaan van de bende en haar organisatie aan de overheid kenbaar maken<sup>14</sup>.

9. Ook in bijzondere wetten zijn er gronden van verschoning wegens aangifte terug te vinden.

Aldus bepaalt artikel 5 van de wet van 12 maart 1858 betreffende de misdaden en de wanbedrijven die afbreuk doen aan de internationale betrekkingen dat van straf wordt vrijgesteld de schuldige die aan de overheid kennis geeft van een inbreuk op deze wet, indien de feiten waaraan de aangever deelnam, beperkt bleven tot samenspanning en voorbereidende daden<sup>15</sup>.

De gronden van verschoning, opgenomen in artikel 177 van de wet van 22 augustus 1822 op de douanen en accijnzen en artikel 7, § 3, 2°, van de wet van 7 juni 1967 inzake douanen en accijnzen, streven specifieke fiscale doeleinden na: de spontane aangifte van een onregelmatig depot en het begunstigen van de vereffening van de verschuldigde rechten.

10. Het Frans Strafwetboek bevat eveneens strafuitsluitende gronden van verschoning ten voordele van de mededader van een misdaad of een wanbedrijf tegen de veiligheid van de staat (art. 101, lid 1), van valsmunterij (art. 138), van namaking van 's Lands zegel, stempels of bankbiljetten (art. 139, laatste lid), van poging tot ontvluchting van gevangenen (art. 247, lid 2) of van het opslaan van ontploffingstuigen langs de openbare weg (art. 435, lid 3), die deze misdrijven aan de overheid kenbaar maken vóór hun uitvoering.

De strafuitsluitende grond van verschoning blijft bestaan voor de personen die van een vereniging van misdadigers deel uitmaken en het bestaan van zulke bende kenbaar maken aan de overheid zelfs na de uitvoering van het misdrijf, doch vóór enige vervolging (art. 266, lid 2). Bij het misdrijf van opslaan van ontploffingstuigen langs de openbare weg, bestaat het voordeel van de vrijstelling van straf ook wanneer de onthulling plaatsheeft na de voltooiing van het misdrijf en zelfs na het begin van de vervolging, indien ze de aanhouding van andere daders mogelijk maakt (art. 435, lid 3)<sup>16</sup>.

De ordonnantie van 4 juni 1960 heeft artikel 101 F. Sw. aangevuld met een strafverminderende verschoning ten voordele van de schuldige die de aangifte doet na de uitvoering van een aanslag tegen de veiligheid van de staat, maar alvorens de vervolging wordt ingesteld, of na het begin van de vervolging, indien de aangifte de aanhouding mogelijk maakt van andere daders van hetzelfde feit of van andere feiten van dezelfde aard of van even grote zwaarwichtigheid<sup>17</sup>.

11. Vergeleken met de hierboven vermelde traditionele gronden van verschoning wegens aangifte, zijn de bepalingen van artikel 6 van de wet van 9 juli 1975 in enkele opzichten verschillend:

a. De artikelen 136, 192 en 326 Sw. stellen van straf vrij hen die deelgenomen hebben aan een samenspanning tegen de veiligheid van de Staat, aan het opzet om valse munt of vals waardepapier uit te geven, aan een vereniging met het oogmerk om een aanslag te plegen op personen of eigendommen. De aangifte moet geschieden voordat de misdrijven die de wetgever wou verhinderen gepleegd werden. De preventieve waarde van de verschoning is niet meer aanwezig wan-

neer het misdrijf, dat de wetgever tijdig wenst op te sporen, reeds gepleegd werd<sup>18</sup>.

Daarentegen slaan de gronden van verschoning van de wet van 9 juli 1975 op voltrokken misdrijven, net zoals de straffeloosheid bepaald bij artikel 300 Sw.<sup>19</sup>.

b. In de gevallen omschreven in de artikelen 136, 192 en 326 Sw. dient de aangifte te gebeuren vóór elke vervolging om dienend te zijn. Wanneer inderdaad reeds een vervolging ingesteld werd, vervalt de ratio legis die ten grondslag ligt aan de verschoning<sup>20</sup>. De onthulling moet geschieden alvorens de procureur des Konings gevorderd heeft een onderzoek in te stellen, of, ingeval er geen onderzoek gevorderd werd, alvorens de procureur des Konings de verdachte vóór het vonnisgerecht heeft gedagvaard.

Dit geldt eveneens voor de onthulling bepaald bij de leden 2 en 3 van artikel 6 van de wet van 9 juli 1975. Daarentegen bepaalt artikel 6, lid 4, van voornoemde wet een grond van verschoning in geval van aangifte na het begin van de vervolgingen. De wetgever heeft deze verschoningsgrond ingevoerd ten gunste van de minder schuldigen, zelfs al komen hun onthullingen in de loop van de vervolging, omdat hij in die maatregel een doeltreffend middel ziet om in de zaken van sluikhandel in verdovende middelen alle schuldigen te ontdekken. In dit geval kan de aangifte geschieden tot de uitspraak over de zaak<sup>21</sup>, net zoals bij artikel 300 Sw.<sup>22</sup>.

c. De onthulling gedaan vóór de vervolging bepaald in de leden 2 en 3 van artikel 6 van de wet van 9 juli 1975 hoeft geen betrekking te hebben op de identiteit van de daders van de misdrijven bedoeld in de artikelen 2bis en 3, indien ze aan de onthuller niet bekend zijn. De aangifte dient enkel te slaan op het bestaan van die misdrijven. De memorie van toelichting zegt in verband met de aangifte die gebeurt vóór de vervolging dat «het kenbaar maken van het bestaan van die misdrijven eveneens als mogelijke verschoningsgrond dient te worden beschouwd, maar alleen in het geval dat de daders niet bekend zijn. Bij sluikhandel in verdovende middelen komt het immers vaak voor dat de identiteit van de daders of van al de daders van de misdrijven niet bekend is, omdat zij naamloze schakels zijn van een vereniging van misdadigers en omdat de naamloosheid van die laatsten een onontbeerlijke waarborg is voor hun ongestraft blijven»<sup>23</sup>.

Daarentegen is het volgens de traditionele verschoningsgronden gebaseerd op de onthulling bepaald in het Strafwetboek, onvoldoende het bestaan van de misdrijven kenbaar te maken. Hoewel niet vereist is dat de aangever de dader van de misdrijven van vermelding van zijn naam noemt, moet hij elementen kenbaar maken om de identificatie van de dader mogelijk te maken<sup>24</sup>.

In het geval van aangifte na het begin van de vervolgingen, bepaalt lid 4 van artikel 6 van de wet van 9 juli 1975 dat de verschoningsgrond enkel geldt voor zover de aangever de identiteit van de onbekend gebleven daders aan de overheid heeft onthuld.

d. De gronden van verschoning bepaald in de artikelen 136, 192, 300, 304 en 326 van het Strafwetboek sluiten elke straf uit.

De gevolgen van de onthulling bepaald in artikel 6 van de wet van 9 juli 1975 zijn niet altijd de vrijstelling van elke straf. De verschoning is enkel strafuitsluitend wanneer de aangevers misdrijven, strafbaar gesteld met correctionele straffen, gepleegd hebben en de aangifte vóór de vervolgingen gedaan wordt. Pleegde de aangever echter misdrijven strafbaar gesteld met criminele straffen, dan is zijn straffeloosheid niet meer verzekerd, zelfs wanneer de onthulling vóór de vervolgingen geschiedt. Met inachtneming van de ernst van de door hen gepleegde misdrijven, staat de wet slechts een strafvermindering toe. Dezelfde strafvermindering geldt ten aanzien van de schuldige, die na het begin van de vervolging, de identiteit van de onbekend gebleven daders aan de overheid heeft onthuld, op voorwaarde dat hij enkel misdrijven strafbaar gesteld met correctionele straffen heeft gepleegd.

12. Hoewel de verschoningsgronden bepaald in artikel 6 van de wet van 9 juli 1975 zich onderscheiden van de traditionele verschoningsgronden wegens aangifte, beantwoorden ze toch aan gemeenschappelijke kenmerken.

<sup>18</sup> C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *Belgisch strafrecht*, d. II, nr. 920.

<sup>19</sup> E. DUBOIS, o.c., in *Les Nouvelles, Droit pénal*, d. III, nr. 5347.

<sup>20</sup> C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, o.c., d. II, nr. 919.

<sup>21</sup> *Parl. Besch., Senaat*, 1970-71, nr. 290, blz. 13.

<sup>22</sup> Zie noot 19.

<sup>23</sup> *Parl. Besch., Senaat*, 1970-71, nr. 290, blz. 11 en 12.

<sup>24</sup> A. MARCHAL en J.P. JASPAR, o.c., d. II, nrs. 2012 en 2013.

<sup>13</sup> J. NIJPELS en SERVAIS, o.c., d. II, blz. 537-538; J. CONSTANT, o.c., d. II, blz. 353, nr. 644; M. RIGAUX en P.E. TROUSSE, o.c. d. V, blz. 20; J.R. VERVOLET, «Crimes et délits contre la sûreté publique», in *Les Nouvelles, Droit pénal*, d. III, nr. 5613; P.B., Tw. «Association de malfaiteurs», nrs. 30 en 32; J.Y. DAUTRICOURT, Tw. «Association de malfaiteurs» in *R.P.D.B.*, Compl. I, nr. 13.

<sup>14</sup> J. NIJPELS, *Législation criminelle*, d. II, blz. 769.

<sup>15</sup> J. GILISSEN, P. CASSIERS en F. DEBROUX, o.c., in *Les Nouvelles, Droit pénal*, d. II, nr. 144; P.B., «Crimes et délits contre la sûreté de l'Etat», d. XXVII, nrs. 137-143.

<sup>16</sup> G. LEVASSEUR, «L'absolution en droit pénal français», in *Liber Amicorum H. BEKAERT*, Gent, 1977, blz. 199.

<sup>17</sup> Zie ook art. 138 F. Sw.

Deze gemeenschappelijke kenmerken zijn dat de aangever om de verschoningsgrond te kunnen genieten, een onthulling aan de overheid moet hebben gedaan en dat ze oprecht en volledig moet zijn.

1) *Een onthulling.* De verdachte kan enkel de verschoningsgrond inroepen op voorwaarde dat zijn aangifte betrekking heeft op elementen die de overheid nog niet bekend waren.

Deze voorwaarde werd door de rechtspraak met betrekking op artikel 300 Sw. niet altijd gesteld.

In een arrest van 13 maart 1877 gewezen op niet eensluitende conclusie van het O.M., stelde het Hof van Cassatie dat, wanneer vereist wordt dat de verdachte doet kennen wat tot dan niet geweten was door het gerecht, een bijkomende voorwaarde aan artikel 300 Sw. wordt toegevoegd<sup>25</sup>. Dit cassatiearrest sloot zich aan bij een bepaalde rechtspraak, die meende dat al werd de drukker van de geschriften uitgegeven of verspreid zonder vermelding van de naam en woonplaats van de schrijver of van de drukker al vereenzelvigd, de aangever zich nog steeds kon beroepen op de vrijstelling van straf. Deze rechtspraak<sup>26</sup> nam als argumenten aan :

— de belofte van vrijstelling van straf vervat in het wetstelsel om tot de kennis van de ware schuldige (de drukker) te komen, zou haar doel totaal missen, vermits de verspreider nooit de zekerheid zou hebben met zijn onthullingen aan de straf te ontsnappen ;

— elke andere opvatting zou tot grove onrechtvaardigheden leiden, aangezien anders het toeval alleen te beslissen zou hebben welke van de menigvuldige personen door artikel 300 Sw. bedoeld het voordeel van de vrijstelling van straf zou kunnen genieten ;

— de bewoording van artikel 300 Sw. is in algemene termen opgevat en zodoende bezit elke verdachte het recht die wetsbepaling in te roepen, wanneer hij de onthulling aflegt hem door de wet opgelegd zonder dat rekening dient of mag worden gehouden met het feit dat de bijzonderste schuldigen reeds bekend zijn ;

— uit de voorbereidende werkzaamheden van het Strafwetboek van 1867 en m.i.b. uit de verslagen van PIRMEZ en D'ANETHAN zou blijken dat zodra de drukker bekend is, er geen reden meer bestaat de andere daders, die slechts zijn instrumenten zijn geweest, te bestraffen ;

— de wetgever van 1867 heeft in tegenstelling met die van 1810<sup>27</sup> een vrijstelling van straf en niet enkel een vermindering van straf ingevoerd voor het geval dat de verspreider de drukker aan de overheid aangeeft, en heeft aldus getoond dat de repressie niet meer nodig is, wanneer dank zij de verspreider de drukker werd vereenzelvigd ;

— in het ontwerp van Strafwetboek bepaalde een later van de hand gewezen artikel 335, betreffende de geschriften die aanzetten tot een misdaad of wanbedrijf, dat de onthulling gedaan door de verspreiders gelijkgesteld moest worden met de op enig andere wijze door de overheid verkregen kennis, indien de aanzetting geen gevolg heeft gehad. De gelijkstelling geldt volgens een gedeelte van de rechtspraak, a fortiori voor het minder belangrijk misdrijf van uitgifte of verspreiding van geschriften zonder vermelding van de naam en woonplaats van de schrijver of van de drukker.

Het arrest van het Hof van Cassatie van 13 maart 1877 kwam terug op een uitspraak van 27 maart 1871<sup>28</sup>, gewezen op eensluitende conclusie van de procureur-generaal FAIDER, die meende dat de wetgever in 1867 niet afgeweken was van het vereiste gesteld door het artikel 283 van het Frans wetboek van 1810, dat de aangever de drukker moet kenbaar maken. De meerderheid van de rechtspraak sloot zich aan bij de stelling dat hij die een inlichting bevestigt, die de overheid reeds bezit, niets aangeeft<sup>29</sup>. De gelijkstelling vervat in het artikel 335 van het ontwerp van Strafwetboek tussen de onthulling en de tardieve bevestiging werd ter zake niet dienend geacht, omdat het in die bepaling omschreven misdrijf van

een andere aard is dan dat van artikel 299 Sw., en een persmisdrijf inhoudt.

De meest recente rechtspraak over dit punt schijnt het arrest van het Hof van Cassatie van 31 januari 1949 te zijn<sup>30</sup>, dat stelde dat de verdachte zich niet op artikel 300 Sw. kon beroepen, wanneer vastgesteld wordt dat vóór alle ondervraging van verdachte, de drukker van de vlugschriften al vereenzelvigd was.

Benevens deze rechtspraak dient een studie van de advocaat-generaal R. DE RIJCKERE over de toepassingsvoorwaarden van artikel 136 Sw. vermeld te worden<sup>31</sup>. Hij onderstreept dat het Strafwetboek van 1867 niet meer uitdrukkelijk vergt, zoals het wetboek van 1810, dat de aangever «als eerste» de feiten aan de overheid kenbaar maakt. Daarenboven meent hij uit de memorie van toelichting van HAUS met betrekking tot artikel 136 Sw. te mogen afleiden dat, zolang er geen vervolgingen zijn, de aangever een onthulling maakt, al kende de overheid de bekendgemaakte feiten.

Doch deze stelling dat het enkel feit van de aangifte voldoende zou zijn en dat niet vereist is dat ze betrekking heeft op andere dan aan de overheid reeds bekende daders of feiten, wordt thans verworpen, zoals gemeld, door de meest recente cassatierechtspraak en door de meerderheid van de hoven en rechtbanken met betrekking tot artikel 300 Sw.

Deze interpretatie wordt in de wet van 9 juli 1975 bekrachtigd. De wettekst bevat niet de woorden «aangifte» of «kenbaar maken», maar wel «heeft onthuld»<sup>32</sup>.

De in dit nummer afgedrukte arresten van het Hof van Cassatie van 7 maart 1978, en van het Hof van Beroep te Antwerpen van 2 december 1977 stellen dan ook duidelijk vast dat de persoon volgens artikel 6 van de wet van 9 juli 1975 slechts van straf vrij blijft, voor zover de overheid de door hem gegeven inlichting niet kende.

Een onuitgegeven arrest van 13 maart 1978 van het Hof van Beroep te Brussel heeft deze interpretatie onlangs nog bevestigd :

«Attendu que pour se prévaloir de la cause d'excuse absolutoire ou partielle prévue par l'article 6 de la loi du 9 juillet 1975, il faut une 'révélation' ; que 'révéler' c'est faire connaître ce qui était inconnu et secret et que dans le cadre des conditions précises et strictement délimitées de l'article 6 de la loi, la révélation faite à l'autorité doit se rapporter à des individus ou à des faits dont celle-ci ignorait complètement l'existence»<sup>33</sup>.

2) *Oprechtheid en volledigheid van de onthulling.* De aangever dient om de verschoningsgrond te kunnen inroepen alles kenbaar te maken wat hem zelf bekend is.

De in dit nummer afgedrukte arresten weigerden het voordeel van de verschoningsgrond te verlenen ingeval de onthulling niet volledig is ten aanzien van de wetenschap van de verdachten<sup>34</sup>.

Niet vereist is dat de aangever alles kenbaar maakt, op voorwaarde dat hij niets opzettelijk verzwijgt of vervormt. Onvolledige, zelfs verkeerde gegevens verhinderen de verschoningsgrond niet, wanneer de aangever te goeder trouw handelde. Naar de bedoeling van de wet dient de aangifte vervolgingen mogelijk te maken. Het niet-aangeven van bijkomstige elementen verhindert de verschoningsgrond niet, wanneer de essentiële elementen wel aangegeven worden<sup>35</sup>.

De strafbaarheid van de aangegeven persoon moet bewezen zijn. Het is niet voldoende dat de aangever vermoedt dat de aangegeven persoon een misdrijf gepleegd heeft of zal plegen. De aangever moet op voldoende wijze het bewijs van zijn onthulling leveren<sup>36</sup>. Anders zou de verschoningsgrond een aanmoediging betekenen voor verzonnen aangiften om aan vervolgingen te ontsnappen.

<sup>30</sup> Cass., 31 januari 1949, *Pas.*, 1949, I, 86.

<sup>31</sup> R. DE RIJCKERE, o.c., *R.D.P.*, 1921, 22 en 32. Zie ook NIJPELS en SERVAIS, o.c., d. I, blz. 424.

<sup>32</sup> W. BROSENS, *De wet en de drugs*, rede uitgesproken op de plechtige openingszitting van het Hof van Beroep te Antwerpen, op 1 september 1976, *R.W.*, 1976-77, 1025-1112, m.i.b. 1103.

<sup>33</sup> Hof Brussel, 13 maart 1978, 7de kamer, in zake C-F Carlos en consorten.

<sup>34</sup> Zie het arrest vermeld in noot 33 : «Attendu que la révélation constitutive de cause d'excuse ne vaut l'impunité à son auteur que pour autant que celui-ci fait connaître à l'autorité tout ce qu'il savait...»

<sup>35</sup> P.E. TROUSSE, «Droit pénal positif», *Les Nouvelles, Dr. pen.*, I, 1, nr. 2949 ; R. DE RIJCKERE, o.c., *R.D.P.*, 1921, blz. 27-30 ; C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, o.c., d. II, nr. 922.

<sup>36</sup> Corr. Luik 18 januari 1911, *R.D.P.*, 1911, 626, met noot.

<sup>25</sup> Cass., 13 maart 1877, *Pas.*, 1877, I, 156.

<sup>26</sup> Hof Luik 10 maart 1869, *Pas.*, 1869, II, 341 ; 11 februari 1871, *Pas.*, 1871, II, 179 ; 12 mei 1883, *Pas.*, 1883, II, 231 ; Corr. Antwerpen, 4 november 1932, *R.W.*, 1932-33, 77, met noot van R. VAN LENNEP.

<sup>27</sup> Onder de gelding van artikel 283 van het wetboek van 1810 gold de strafvermindering niet in geval van laattijdige aangifte van misdrijven door de overheid reeds gekend. Zie Hof Brussel, 8 november 1855, *Pas.*, 1855, II, 418.

<sup>28</sup> Cass., 27 maart 1871, *Pas.*, 1871, I, 179.

<sup>29</sup> Hof Brussel, 9 juni 1871, *Pas.*, 1872, II, 324 ; 3 december 1875, *Pas.*, 1876, II, 213 ; 13 januari 1877, *Pas.*, 1877, II, 70 ; 29 maart 1934, *R.W.*, 1933-34, 767 ; Hof Luik, 8 januari 1876, *Pas.*, 1876, II, 212 ; 8 augustus 1879, *Pas.*, 1879, II, 342.

Al moet de strafbaarheid van de aangegeven persoon bewezen zijn, het is echter niet vereist dat deze persoon veroordeeld wordt. Aldus blijft de verschoning gelden al ontsnapt de aangegeven persoon aan de vervolging, bv. omdat hij overleden is<sup>37</sup>.

3) *De onthulling moet aan de overheid gedaan worden.* De overheid die hier bedoeld is, is zowel de administratieve als de gerechtelijke overheid. De aangifte is zelfs dienend als zij aan de lagere overheid of aan een onbevoegde overheid werd gedaan. Door de rechtsleer<sup>38</sup> wordt aanvaard dat deze voorwaarde een feitelijke vraag uitmaakt die beoordeeld dient te worden vanuit de vraag of de aangever de bedoeling had door deze aangifte vervolgingen uit te lokken.

De aangifte kan rechtstreeks door de betrokkene gedaan worden. Ze kan eveneens door bemiddeling van een derde geschieden. Maar de aangever die de onrechtstreekse weg verkiest, loopt het risico dat de derde zijn opdracht niet of laattijdig uitvoert. In een dergelijk geval, zal de schuldige zich niet kunnen beroepen op de grond van verschoning.

13. Het motief van de aangever mag niet in aanmerking genomen worden. Zodra het door de wetgever voor ogen gehouden doel kan worden verwezenlijkt, dient de verschoning toegepast te worden, ook wanneer de aangever daarbij niet bedoelde de overheid te helpen, maar wel zich te wreken bv., onder de voorwaarde nochtans dat de aangifte niet opzettelijk onvolledig of onoprecht was betreffende de essentiële elementen<sup>39</sup>.

14. De onthulling is aan geen enkel vormvereiste gebonden. Het is voldoende dat de schuldige op de een of andere manier, mondeling of schriftelijk, rechtstreeks of door bemiddeling, zijn onthulling aan de overheid gedaan heeft<sup>40</sup>.

De onthulling moet niet noodzakelijk spontaan zijn. Al is ze een antwoord op vragen gesteld door politie of rijkswacht, toch maakt ze een verschoningsgrond uit, voor zover ze oprecht en volledig is.

15. De verschoningsgrond komt slechts ten goede van de dader van de aangifte. Aldus werd gevonnis dat de mededader van de aangever, die zelf geen feiten aan de overheid kenbaar maakt, geen verschoningsgrond geniet<sup>41</sup>.

16. De bepaling van artikel 6 van de wet van 9 juli 1975 houdt meer in dan de hier behandelde toepassingsvoorwaarden. De strafuitsluitende of strafverminderende verschoning doet morele vragen rijzen. De advocaat-generaal BROSENS wees in zijn opmerkelijke openingsrede erop dat het niet uitgesloten is dat een schuldige aan één van de misdrijven bepaald bij de artikelen 2bis en 3 van de wet daders verklikt of feiten onthult, die minder schuldig zijn of minder zwaarwichtig zijn in vergelijking met de feiten die hij zelf pleegde, en verschoning geniet<sup>42</sup>. Anderzijds ontstaan er procedureproblemen i.v.m. de verschoning, zoals bv. de beoordeling van de aangifte door de onderzoeksgerechten en de mogelijkheid rechtstreeks te dagvaarden voor misdaden, die tengevolge de verschoning wanbedrijven werden. Deze procedurele aspecten werden opzettelijk buiten beschouwing gelaten<sup>43</sup>.

A. De Nauw

<sup>37</sup> Cass., 13 maart 1877, *Pas.*, 1877, I, 156, dat Hof Brussel, 13 januari 1877, *Pas.*, 1877, II, 70, bevestigt.

<sup>38</sup> R. DE RIJCKERE, o.c., *R.D.P.*, 1921, blz. 24 tot 27; C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, o.c., d. II, nr. 921.

<sup>39</sup> C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, o.c., d. II, nr. 922.

<sup>40</sup> R. DE RIJCKERE, o.c., *R.D.P.*, 1921, blz. 32 en 33.

<sup>41</sup> Corr. Doornik, 23 oktober 1908, *R.D.P.*, 1909, 640.

<sup>42</sup> R. W., 1976-77, 1101 en 1102.

<sup>43</sup> Zie R. DECLERCQ, «Procedurale aspecten van de strafverminderende verschoning», in *Liber Amicorum H. BEKAERT*, Gent; 1977, blz. 54-74.

## HOF VAN BEROEP TE GENT

5e KAMER — 14 MAART 1978

Voorzitter : de h. de Clercq

Raadsheren : de hh. De Buck en Colle

Advocaat-generaal : de h. Cauwe

Advocaten : mrs. Crabbe, Dael, Vandenbulcke en Beele.

**Faillissement—Feitelijke vermenging van drie vennootschappen—Faillietverklaring van alle drie—Naamlening.**

*Wanneer de vermogens en de activiteiten van twee vennootschappen op zulke wijze met die van een faillietverklarde derde vennootschap werden vermengd dat deze twee vennootschappen in werkelijkheid slechts naamleners waren, moeten deze twee vennootschappen eveneens failliet worden verklaard.*

P.V.B.A. L. en P.V.B.A. F. t/  
mrs. Vandenbulcke en Beele q.q.

Het hoger beroep tegen het vonnis van 14 juli 1977 van de Rechtbank van Koophandel te Kortrijk, tweede kamer, werd tijdig en regelmatig ingesteld.

In hun hoedanigheid van curatoren van het faillissement van de pvba Firma Gebroeders C. hebben de geïntimeerden bij verzoekschriften van 10 en 11 mei 1977 eveneens de faillietverklaring gevorderd van de beide appellanten. De eerste rechter heeft oordeelkundig de beide zaken wegens samenhang samengevoegd.

De eisen van de geïntimeerden zijn gebaseerd op de feitelijke vermenging en de verwarring van de activiteiten en de vermogens van de appellanten met die van de pvba C. De curatoren leggen tot staving van hun standpunt een reeks overtuigingsstukken over waaruit de volgende gegevens zijn gebleken :

De pvba F. werd op 29 december 1953 blijkbaar om fiscale redenen gesticht met dezelfde vennoten en leiding, en met een gelijkaardig maatschappelijk doel als de pvba C.

Op 1 juli 1974 werd de pvba F. op non-activiteit gesteld en haar maatschappelijke zetel werd naar die van de pvba C. overgebracht. Sindsdien gebruiken de beide vennootschappen dezelfde bedrijfsgebouwen en lopen hun beider inboedels in feite volledig door elkaar (zie inventaris curatoren).

Het gedeponseed merk Typhon van F. werd sedertdien door de pvba C. gebruikt; zulks gebeurde zonder enige tegenprestatie of compensatie ten voordele van de pvba F. De cliënteel werd eveneens aan de pvba C. overgedragen en werd daaromtrent verwittigd met verzoek voortaan aan deze vennootschap te betalen. Het personeel van F. werd overgeheveld naar de pvba C. met behoud van rechten en anciënniteit, met als gevolg een verzwarende van het sociaal passief van de pvba C. Ook het verder administratief werk en de briefwisseling werden zonder vergoeding verzorgd door de pvba C. Voorts werd de overname van de deelbewijzen van de uittreedende vennoot Remi C. uit de pvba F. — en uit de pvba L. — geregeld door de pvba C.

In januari 1977 wordt 250.000 fr. bij de pvba F. opgenomen om bepaalde dringende RMZ-schulden van de pvba C. te vereffenen. Dit wordt blijkbaar beschouwd als een normale operatie door de zaakvoerders van de twee vennootschappen.

Dat de pvba F. geen reden van bestaan meer had wordt trouwens niet betwist. De pvba C. schreef aan de Bank van Roesselare dat F. in feite één en dezelfde zaak was geworden met de hare en dit zonder wettelijke fusie wegens besparing van kosten (brief pvba C. 22 augustus 1974). Op 13 mei 1973 was de algemene vergadering van de drie vennootschappen gezamenlijk gebeurd.

De pvba L. werd op 26 mei 1954 gesticht, hoofdzakelijk als verkoopbureau van de pvba C. met dezelfde vennoten en dagelijkse leiding. De maatschappelijke zetel is op hetzelfde adres gevestigd.

Reeds vóór 1 januari 1971 werd het gedeponeerde merk L'Avenir (wasmachines), eigendom van de pvba C., door de beide vennootschappen gezamenlijk geëxploiteerd. Ook de reclame van de pvba's C., L. en F. loopt door elkaar.

Sedert 1 januari 1971 werd de pvba L. op non-activiteit gebracht. Zoals de briefwisseling van de pvba C. met de Bank van Roeselare het aantoonde, viel door de invoering van de BTW de activiteit van de pvba L. als klant en leverancier van de pvba C. zeer nadelig uit.

De inboedel van L. is nadien volledig opgenomen geworden in de gebouwen van de pvba C. en er is thans geen onderscheid te maken tussen hun respectieve bezittingen (zie inventaris curatoren 15 juli 1977). Dit ging evenmin met enige tegenprestatie vanwege de pvba C. gepaard.

Hier ook werd het personeel van de pvba L. op dezelfde wijze als dat van de pvba F. overgeheveld naar de pvba C., terwijl het verder administratief werk en de sporadische activiteiten verzekerd worden door de pvba C.

De brieven van de pvba C. aan de Bank van Roeselare van 30 april 1971 en 15 september 1971 tonen aan dat «ingevolgde de overheveling van de activiteiten van L. naar C.» zowel het kaskrediet als het discontokrediet voor cedentwissels toegestaan door de Bank aan de pvba L., op verzoek van de pvba C. ingetrokken en ter beschikking van laatstgenoemde worden gesteld.

De voorgaande gegevens wijzen duidelijk op de bedoeling van vermenging en de feitelijke fusie van de drie vennootschappen, waarvan de pvba C. onbetwistbaar de werkelijke leider was geworden en de andere twee, ongeacht het schijnbaar behoud van hun rechtspersoonlijkheid, sedert de laatste jaren in werkelijkheid slechts naamleners waren geworden.

Nu de pvba C. in staat van faillissement werd verklaard bij vonnis van 12 april 1977, dienen eveneens de pvba F. en de pvba L. als naamleners van de werkelijke leider hetzelfde lot te volgen. De eerste rechter heeft met reden het verzoek van de curatoren dienaangaande ingewilligd.

(...)

NOOT—Minder courante gevallen van toerekening van faillissement aan de achterman

1. Het merendeel van de in de rechtspraak gevonden uitspraken inzake toerekening van faillissement handelen over de toerekening van het faillissement van een vennootschap aan een fysieke persoon, de achterman (zie in dit nummer de noot bij Cass., 26 mei 1978). Met betrekking tot de gebruikte terminologie kan naar deze noot worden verwezen.

2. Ook andere gevallen van toerekening van faillissement kunnen zich voordoen.

De telastelegging van het passief of de toerekening van het faillissement van een fysieke persoon aan een andere fysieke persoon is meer dan eens aanvaard. Voornamelijk doet deze hypothese zich voor tussen echtgenoten: de man, soms reeds failliet verklaard, drijft verder handel onder het mom van de handel van zijn echtgenote (Kh. Brussel, 17 februari 1951, *B.R.H.*, 1951, 159; Hof Gent, 16 mei 1961, *R.W.*, 1961-62, 1291; Kh. Verviers 19 november 1966, *Jur. Liège*, 1966-67, 167; Kh. Verviers, 13 april 1967, *Jur. Liège*, 1966-67, 13; Kh. Luik, 28 september 1968, *Jur. Liège*, 1968-69, 111; Kh. Brussel, 20 februari 1972, *R.P.S.*, 1972, 249). Ook zet een gefailleerde soms zijn handel voort onder het mom van deze van een derde, die in werkelijkheid slechts een aangestelde is (Kh. Brussel 21 januari 1957, *R.P.S.*, 1958, 259).

3. Tevens wordt onderkend dat het faillissement van een fysieke persoon kan worden toegerekend aan een vennootschap (Y. DUMON en F. MAUSSON, «Propos sur la notion d'extension de la faillite et sur les mesures analogues en droit belge et en droit comparé», *B.R.H.*, 1974, 180 e.v.; A. CLOQUET, *Les Nouvelles, La faillite et les concordats*, nr. 165; P. COPPENS, «Examen de Jurisprudence (les faillites)», *R.C.J.B.*, 1974, 377; J. VAN RYN en P. VAN OMMESLAGHE, «Examen de jurisprudence (les sociétés)», *R.C.J.B.*, 1973, 363; L. DE WILDE, «Overzicht van rechtspraak (faillissement)», *T.P.R.*, 1974, 806; W. VAN GERVEN, *Handels- en economisch recht*, I, p. 175; Cf. tevens Rb. Brussel, 30 oktober 1970, *R.P.S.*, 1971, 140, waar de eis tot toerekening van faillissement werd afgewezen.

4. De rechtspraak inzake toerekening van het faillissement van een vennootschap aan een andere is tot nu toe vrij schaars (Kh. Oostende, 19 juni 1969, *R.P.S.*, 1970, 137; Kh. Brussel, 29 december 1972, onuitgegeven, besproken in Y. DUMON en F. MAUSSON, *a.w.*, *B.R.H.*, 1974, 202; Kh. Brussel, 20 februari 1975, *J.T.*, 1975, 401, waar de uitbreiding werd afgewezen en de noot van F. GLANS-DORFF). Het boven afgedrukte arrest is om die reden o.m. van belang. Uit het overvloedig feitenmateriaal blijkt dat de twee vennootschappen in kwestie naamleners waren voor de eerder failliet verklaarde derde vennootschap.

De rechter kan dan ook de geveinsde toestand voor werkelijkheid nemen en het faillissement toerekenen aan de vennootschappen-naamleners (aangaande de naamlening als grond tot toerekening van het faillissement: zie de noot bij Cass., 26 mei 1978, nr. 12).

5. Meer en meer stemmen gaan op om de theorie inzake relativering van de rechtspersoonlijkheid of de eerder beperkte techniek van toerekening van faillissement aan te wenden in concernverhoudingen. Bepaalde misbruiken in de concernverhouding kunnen langs deze weg worden bestreden. Al te voordelige transacties voor de geaffilieerde vennootschappen ten koste van de (bij hypothese) gefailleerde vennootschap, het weinig daadwerkelijke functioneren van de eigen raad van beheer of algemene vergadering, nagenoeg absolute bevoegdheden in rechte en in feite van de moeder, de vermenging van kredietwaardigheid, vooral als er in de dochter maar een ontoereikende kapitalisatie aanwezig is (W. VAN GERVEN, *Handels- en economisch recht*, I, p. 176).

Deze theorie, tot nu toe (al te) weinig aangewend door de Belgische rechtbanken, zal in haar gevolgen vaak over de nationale grenzen heenreiken (cf. A. PUELINCKX, «De controle op de jaarrekeningen van dochtermaatschappijen van vreemde vennootschappen», *Rev. Banque*, 1968, 604 e.v.; G. KEUTGEN, *Le droit des groupes de sociétés dans la C.E.E.*, Brussel, 1973, p. 102; W. VAN GERVEN, *a.w.*, I, p. 176).

De concernverhouding vormt in bepaalde gevallen een ernstige bedreiging van de schuldeisers. Door een aangepaste relativering van de rechtspersoonlijkheid kunnen bepaalde misbruiken worden tegengegaan (J.G.C. RAAIJMAKERS, *Joint ventures*, Deventer 1976, p. 234 e.v.; cf. tevens van dezelfde auteur: «Over verschuivingen in het toerekeningspatroon bij rechtspersonen», *Hand. N.J.V.* 1977, I, 1).

De woorden van Venema zijn in het kader van deze tendensen van grote waarde: «Wat betreft het wezen van de rechtspersoonlijkheid is reeds veel dogmatiek verdwenen. Gebleven is echter tot dusverre in te sterke mate de vrij dogmatische gedachtegang dat aan de rechtspersoonlijkheid in beginsel bepaald absolute gevolgen zijn verbonden. Minder dan op andere gebieden van het recht is het besef van de relativiteit van de rechtsconstructie op het terrein van de rechtspersoonlijkheid doorgedrongen. Het komt mij voor dat ook ten aanzien van het verschijnsel van de rechtspersoonlijkheid, onder invloed van de bestudering van de concernproblematiek en andere verhoudingen van afhankelijkheid, het besef van de relativiteit zal toenemen. De rechtspersoonlijkheid zal m.i. slechts dienen te 'gelden' voor zover dit niet leidt tot resultaten, die onredelijk en maatschappelijk onaanvaardbaar worden geacht in de rechtsorde die zich van de constructie van de rechtspersoonlijkheid bedient; tegenover bepaalde personen of voor bepaalde doeleinden zal de rechtspersoonlijkheid soms niet gelden, zonder dat voor het overige de rechtspersoonlijkheid daarmee wordt ontkend. De door middel van logische redenering uit de rechtspersoonlijkheid afgeleide conclusies zullen meer dan thans pleegt te geschieden, tevens getoetst dienen te worden op hun redelijkheid en billijkheid, op dezelfde wijze als dit volgens de huidige opvattingen met zoveler rechtsbegrippen en rechtsregels het geval is.» (U. VENEMA, «Concernrecht» in *Op de grenzen van komend recht*, Feestbundel J.H. Beekhuis, Deventer, 1969, 288).

Herman Braeckmans  
Assistent U.I.A.

## HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

7e KAMER — 2 DECEMBER 1977

Voorzitter : de h. Weyens

Raadsheren : de hh. De Peuter (rapporteur) en Lebeer

Advocaat-generaal : de h. Vervliet

### Verdovende middelen—Verschoningsgronden—Aangifte.

*Uit de parlementaire voorbereiding van de wet van 9 juli 1975 blijkt dat de wetgever met het introduceren van verschoningsgronden, het voeren van een doelmatige politiek inzake verdovingsmiddelen op het oog had. Hij hoopte hiermede ergere misdrijven op dit gebied te kunnen beteugelen en zo mogelijk verkoopsnetten op te rollen. De aangifte moet derhalve van nut zijn en van die aard dat de vervolging van de aangegeven feiten mogelijk gemaakt wordt.*

*Om de verschoningsgrond te kunnen invoeren moet de aangever oprecht zijn en binnen zijn eigen wetenschap omtrent de feiten een volledige aangifte doen. De aangifte moet daarenboven onthullend zijn, d.w.z. dat de aangegeven feiten slechts dan een schonende werking meebrengen als ze tevoren nog niet aan de overheid bekend waren hetzij door eigen opsporingen hetzij door vorige aangiften.*

B. e.a.

(...)

A. Overwegende dat door de verdedigers van T., Van den T. en D. gepleit werd dat voornoemde beklaagden vrijgesproken dienden te worden omdat de door hen gepleegde feiten het gevolg waren van provocatie uitgaande van de politie ;

Overwegende dat uit het dossier blijkt dat, op het ogenblik dat de drie voornoemde beklaagden aangehouden werden, en de koper kon ontsnappen, er ter plaatse een sterke groep leden van de gerechtelijke politie aanwezig was ;

dat hieruit blijkt dat de overheid vooraf in kennis scheen te zijn van de transactie die zou gebeuren en dus geïnformeerd was ;

Overwegende dat hieruit echter in geen dele afgeleid kan worden dat de politie op haar initiatief beklaagden ertoe bracht misdrijven te plegen om deze daarna vast te stellen ; dat de provocatie dan ook niet bewezen is ;

B. Overwegende dat verschillende beklaagden zich beroepen op het gewijzigde art. 6 van de wet van 24 februari 1921 ; dat het hof deze verschoningsgronden van ambtswege onderzoekt, aangezien ze van openbare orde zijn ;

Overwegende dat uit de geschiedenis van de wet van 9 juli 1975 blijkt dat de wetgever met het introduceren in deze materie van verschoningsgronden, het voeren van een doelmatige politiek inzake verdovingsmiddelen op het oog had ; dat hij hiermee hoopte ergere misdrijven op dit gebied te kunnen beteugelen en zo mogelijk verkoopsnetten op te rollen ; dat de aangifte van nut moet zijn en van aard om de vervolgingen mogelijk te maken ;

Overwegende dat om de verschoningsgrond te kunnen invoeren, de aangever oprecht moet zijn en binnen zijn eigen wetenschap omtrent de feiten een volledige aangifte dient te doen ; dat de wetgever overigens de woorden «daders» en «misdrijven» in het meervoud gebruikt ;

Overwegende dat de aangifte daarenboven onthullend moet wezen ; dat de aangegeven feiten slechts dan een ver-

schonende werking meebrengen als ze tevoren nog niet aan de overheid bekend waren hetzij uit eigen opsporingen hetzij uit vorige aangiften ;

Overwegende dat Ben M. op 26 mei 1975 bij zijn verhoor dat afgenomen werd te 08.10 uur, aan de gerechtelijke politie de identiteit bekendmaakte van B., met daarbij een reeks persoonlijke gegevens die van aard waren deze tot dan toe onbekende dader, te identificeren, zodat B. vervolgd kon worden ; dat niet gebleken is dat Ben M. de identiteit van andere daders of andere misdrijven die hij kende, verzwegen ;

dat deze onthulling geschiedde voordat de vervolgingen begonnen aangezien het stuk waarin dit verhoor werd vastgelegd geklasseerd is vóór de vordering tot het instellen van een gerechtelijk onderzoek, vordering die op haar beurt dezelfde datum draagt maar geen uur van opstelling vermeldt ;

dat bijgevolg het feit ten laste van Ben M. gelegd bewezen is maar van strafbaarheid verschoond blijft wegens voornoemde onthulling ;

Overwegende dat T. en Van de T. voor het begin van de vervolging afzonderlijk op hetzelfde ogenblik door verschillende leden van de gerechtelijke politie verhoord werden zodat niet blijkt dat ze elkaars verklaringen, aanvankelijk althans, kenden ; dat ze beiden hierbij gegevens verstrekten die wat T. betreft mogelijk, wat Van den T. betreft zeker van aard waren de identiteit van Ben M. aan de politie kenbaar te maken ;

dat beiden echter in geen dele gewag maakten van B. noch van het misdrijf dat aan deze laatste ten laste gelegd wordt ;

dat beiden nochtans, zoals gebleken is uit de naderhand gehouden confrontatie, tussen hen en Ben M., B. geruime tijd van in het café L. kenden en wisten dat de leveringen van hem afkomstig waren ;

dat hun onthullingen bijgevolg niet volledig waren ten aanzien van hun eigen kennissen omtrent identiteiten en de misdrijven zodat zij niet gerechtigd zijn verschoningsgronden in te roepen ;

Overwegende dat D. ter terechtzitting van de Correctionele Rechtbank te Turnhout op 10 september 1976 naam, voornaam en adres opgaf van een man die volgens zijn zeggen, tussenpersoon tussen hem en de uiteindelijke afnemers van de verdovende middelen geweest zou zijn ;

dat het onderzoek dat met deze gegevens gevoerd werd, de openbare overheid niet in staat stelde vervolgingen in te stellen en het doel, gesteld door de wetgever, niet bereikte, zodat D. evenmin een grond van verschoning kan invoeren ; dat de aangeduide persoon de feiten ontkende en geen verdere bewijzen voorgelegd werden ;

(...)

NOOT—Zie in dit nummer Cass. 7 maart 1978 met noot van A. De Nauw.

## HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

4e KAMER — 4 MEI 1977

Voorzitter : de h. Blockx

Raadsheren : de hh. Boon en Van Nuffel

Advocaten : mrs. Lievesoens en Geukens

**Overeenkomst — Overheidsopdrachten — Overeenkomst onderworpen aan goedkeuring door administratieve overheid — Weerslag op de contractuele rechtsverhoudingen.**

*De goedkeuring door de administratieve overheid speelt geen rol in de contractuele verhoudingen tussen partijen en is vreemd aan de uitvoering van de overeenkomst (van aanneming), welke beheerst wordt door de termen van het bestek ; de goedkeuring werkt retroactief.*

Gemeente Leopoldsborg t/ N.V. Van B.

### *Ontvankelijkheid van de oorspronkelijke eis*

Overwegende dat de eerste rechter terecht de oorspronkelijke eis van geïntimeerde, strekkende tot betaling van 191.756 fr. wegens verwijsinteressen voor te late betaling van door hem in opdracht van appellante uitgevoerde werken, ontvankelijk heeft verklaard ;

dat inderdaad alleen artikel 15 D van het ministerieel besluit van 14 oktober 1964 ter zake toepasselijk is, aangezien het hier gaat om interesten voor achterstallige betalingen, uitdrukkelijk bedoeld in voormeld artikel, dat voorschrijft dat om de interest te kunnen krijgen, de aannemer ten laatste op de dertigste kalenderdag na de dag waarop het saldo van de overeenkomst wordt betaald, een schriftelijke aanvraag moet indienen, die als schuldvordering geldt ;

dat het saldo der uitgevoerde werken betaald werd op 21 oktober 1971 en het aangetekend verzoek tot betaling van het debetsaldo dagtekt van 27 oktober 1971 ; dat geïntimeerde dus binnen de termijn van door artikel 15 D van het ministerieel besluit bepaald ;

dat appellante ten onrechte staande houdt dat de artikelen 16 en 18 van hetzelfde besluit toepasselijk zijn ; dat deze artikelen gevallen van schadevergoeding betreffen die geen verband houden met te late betalingen en de daarmee verbonden interesten ; dat het bepalen van een termijn van verjaring, die begint te lopen na de voorlopige oplevering duidelijk aantoonde dat het onderhavig geval niet bedoeld wordt, aangezien artikel 15 D een andere termijn bepaalt, met een ander aanvangspunt ;

### *Gegrondeheid van de eis*

Overwegende dat het hier gaat om de uitvoering van wegniswerken die het voorwerp uitmaken van een bijzonder bestek ;

dat bij brief van 2 september 1969 door appellante verzocht werd de werken die hem toevertrouwd werden aan te vangen op 15 september 1969 en deze te voltooien binnen 120 werkdagen ; dat de betalingen, volgens artikel 15 van het bestek, moeten worden gedaan door de betrokken gemeente na aflevering van de vorderingsstaten op te maken door de aannemer, in maandelijkse termijnen en naar gelang van de vordering der werken ; dat deze vorderingsstaten regelmatig opgesteld werden ;

dat appellante ten onrechte laat gelden dat pas op 4 maart 1971 de bestendige deputatie de aanbesteding der werken goedkeurde ;

dat deze goedkeuring in de contractuele verhoudingen tussen partijen geen rol speelt, en vreemd is aan de uitvoering van de overeenkomst, welke beheerst wordt door de termen van het bestek, de goedkeuring retroactief werkend ;

dat aan geïntimeerde niet kan worden verweten gevolg te hebben gegeven aan het bevel van aanvang der werken ; dat zij door dit bevel gebonden was en bij niet navolging zich blootstelde aan de bedongen boeten ;

dat de eerste rechter derhalve terecht de eis, waarvan de wijze van berekening niet betwist wordt, heeft toegewezen ;  
(...)

### *NOOT—Overeenkomsten onderworpen aan goedkeuring van de overheid*

1. Ingevolge het door de wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, in de Gemeentewet ingevoegde artikel 82bis, zijn haast alle beslissingen van de gemeenteraad in verband met opdrachten voor aanneming van werken onderworpen aan de goedkeuring van de toeziende overheid, met name van de Koning wanneer het een gemeente betreft die deel uit maakt van een agglomeratie of van de provinciegouverneur wanneer het een andere gemeente betreft. Vóór de inwerkingtreding van de wet van 14 juli 1976 diende deze goedkeuring verleend te worden door de bestendige deputatie (oude artt. 77, 7<sup>o</sup>, en 81 Gem. W.).

2. De goedkeuring als vorm van administratief toezicht wordt gedefinieerd als een rechtshandeling waarbij de toeziende overheid verklaart dat de beslissing van de lagere overheid uitwerking mag hebben omdat zij niet in strijd is met de wet, noch het algemeen belang miskent (A. MAST, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, 1977, p. 76, nr. 84 ; J. DEMBOUR, *Les actes de la tutelle administrative en droit belge*, 1955, nr. 58 ; F. DE VISSCHERE, *Algemene theorie der rechtshandelingen van het openbaar bestuur*, 1966, p. 57).

De door de lagere overheid genomen beslissing is echter principieel geldig, enkel haar ten uitvoerlegging wordt geschorst zolang geen goedkeuring is verleend. Dit dan in tegenstelling tot de *machtiging* die steeds vooraf dient te worden gegeven en zonder welke de rechtshandeling nietig is (F. DE VISSCHERE, o.c., 59, nr. 71).

De vraag rijst dan welke de waarde is op het civielrechtelijk vlak van de overeenkomst die gesloten wordt ter uitvoering van een administratieve beslissing waaraan nog geen goedkeuring is verleend. In de rechtsleer wordt algemeen aanvaard dat de overeenkomst die onderworpen is aan een overheidsgoedkeuring een overeenkomst *onder opschortende voorwaarde uitmaakt* (DE PAGE, *Traité*, II, p. 536, nr. 548 ; C. RENARD, E. VIEUJEAN en Y. HANNEQUART, «Théorie générale des obligations», in *Les Nouvelles, Droit Civil*, IV, 105, nr. 245 ; M.-A. FLAMME, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, I, 1969, p. 651, nr. 453 ; A.R. BLOEMBERGEN, «Verboden overeenkomsten», *S.E.W.*, 1958, 245 ; E. DROOGLEEVER-FORTUYN, «Dient de wetgever regelen te geven met betrekking tot overeenkomsten met de overheid ?» (preadvies), *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging*, 1965, 166 ; P. DEROUIN, «Pour une analyse fonctionnelle de la condition», *R.T. Dr. Civ.*, 1978, 4, nr. 7, die er nochtans op wijst dat deze kwalificatie niet steeds kan worden gehanteerd, en zulks onder meer het geval is indien de goedkeuring een geldigheidsvereiste van de overeenkomst uitmaakt). Nu wordt de voorwaarde in ons Burgerlijk Wetboek enkel behandeld als modaliteit van verbintenissen (artt. 1168 tot 1184). Bovendien is een voorwaardelijke overeenkomst in de betekenis dat die overeenkomst pas tot stand zal komen wanneer de voorwaarde in vervulling gaat een onding (DE PAGE, *Traité*, I, p. 226, nr. 153bis). Wat hieronder echter wel dient te worden verstaan is een overeenkomst waarvan alle verbintenissen onder opschortende voorwaarde zijn aangegaan. M.a.w. de overeenkomst bestaat, alleen haar uitvoering (d.w.z. de daaruit voortvloeiende verbintenissen) is opgeschort.

In concreto betekent dit dat beide partijen gebonden zijn en zulks afgezien van het verlenen van de goedkeuring (M.-A. FLAMME, o.c., p. 651, nr. 543 ; R.P.D.B., Tw. «Commune», nr. 112 ; *Pand. belges*, Tw. «Approbation Administrative», nr. 94). De gemeente zal zich derhalve niet kunnen baseren op het gemis aan goedkeuring van de door haar genomen beslissing om aan deze gebondenheid te ontsnappen (Cass., 14 februari 1935, *Pas.*, 1935, I, 155, *met noot* van P.L.). Bovendien zal eventueel de contractuele aansprakelijkheid van de gemeente in het gedrang kunnen komen ingeval haar enige nalatigheid ten laste kan worden gelegd m.b.t. het verkrijgen van de goedkeuring. Anderzijds kan de aannemer niet verplicht worden een aanvang te nemen met de werkzaamheden. Gaat hij toch tot de uitvoering over alvorens de goedkeuring is verleend, dan doet hij zulks op eigen risico (M.-A. FLAMME, o.c., p. 652, nr. 454).

Indien de goedkeuring uiteindelijk wordt geweigerd, dan vervalt de overeenkomst en bevinden de partijen zich in dezelfde situatie als wanneer zij niet hadden gecontracteerd. De aannemer die inmiddels

reeds bepaalde werken had uitgevoerd kan enkel nog zijn toevlucht nemen tot de actio de in rem verso (G. BAYLE, *L'enrichissement sans cause en droit administratif*, Parijs, 1973, 66, nr. 63 e.v.). Hebben de partijen geen termijn vastgesteld waarbinnen de goedkeuring moest worden verkregen, dan blijven zij gebonden zolang de mogelijkheid blijft bestaan dat de toeziende overheid haar toestemming verleent. (art. 1176 B.W. ; Hof Brussel, 18 juni 1962, *Pas.*, 1964, II, 30).

3. Eenmaal vervuld, werkt de voorwaarde terug tot op de dag waarop de overeenkomst werd gesloten. Alles wat in tussentijd gebeurd zou zijn, wordt als het ware geratificeerd (Hof Luik, 12 februari 1957, *Pas.*, 1958, II, 40, *Jur. Liège*, 1957-58, 42). Het besproken arrest is dan ook terecht van oordeel dat de termijnen voor de uitvoering der werken en de betalingen beheerst blijven door de termen van de overeenkomst en dat de goedkeuring hier geen afbreuk aan kan doen (zie ook Hof Luik, 12 februari 1957, *gecit.*).

De administratie heeft echter steeds uitdrukkelijk uitzondering gemaakt voor de moratoire interessen die aan de aannemer verschuldigd zouden zijn wegens te late betalingen, om de reden dat de aannemer die de werken aanvat alvorens de goedkeuring is verleend, op eigen risico handelt, te meer daar hij de wettelijke bepalingen inzake de goedkeuring van inschrijvingen wordt geacht te kennen (*Vragen en Antwoorden, Kamer*, 1972-73, nr. 47, 2439). Het is inderdaad zo dat om billijkheidsredenen diverse uitzonderingen worden toegestaan op de retroactieve werking van de vervulde voorwaarde, dat dit beginsel beperkend dient te worden gehanteerd en het bovendien mogelijk is hiervan contractueel af te wijken (DE PAGE, *Traité*, I, nrs. 167 en 168). Hiervan kan echter geen sprake zijn wanneer, zoals in het onderhavig geval, de overeenkomst aan de aannemer een bepaalde aanvangsdatum en een strikt tijdschema oplegt op straffe van vertragsboeten.

4. De constructie van de goedkeuring als een opschortende voorwaarde schenkt m.i. in het onderhavig geval toch geen algehele bevestiging. Hoe kan immers verklaard worden dat een der partijen contractueel gerechtigd is de andere tot uitvoering van diens verbintenissen te dwingen, alvorens de (opschortende) voorwaarde in vervulling is gegaan? De werkelijkheid wordt minder gewild aangedaan indien deze goedkeuring of beter het niet-verlenen van de goedkeuring als een *ontbindende voorwaarde* wordt beschouwd. Aangezien een dergelijke voorwaarde de uitvoering der verbintenissen niet opschort, krijgt de overeenkomst van meet af aan haar volle uitwerking. Deze zienswijze stemt trouwens overeen met de bewoordingen van het geannoteerde arrest dat van oordeel is dat de goedkeuring «in de contractuele verhoudingen tussen partijen geen rol speelt, en vreemd is aan de uitvoering van de overeenkomst, welke beheerst wordt door de termen van het bestek».

Evenmin wordt hierdoor afbreuk gedaan aan de doeltreffendheid van het administratief toezicht. Wordt immers de goedkeuring niet verleend, dan gaat de overeenkomst te niet en bevinden de partijen zich in dezelfde situatie als voorheen. Hadden de werkzaamheden inmiddels een aanvang genomen, dan kan de aannemer het reeds gepresteerde terugvorderen (art. 1183 B.W.). Bovendien zal hij de gemeente nog kunnen aanspreken op quasi-delictuele grondslag (culpa in contrahendo) wanneer deze niet de nodige zorgen heeft besteed om de goedkeuring te verkrijgen.

5. Een overeenkomst onderworpen aan een overheids-goedkeuring is dus een voorwaardelijke overeenkomst. Deze goedkeuring kan echter zowel een opschortende als een ontbindende voorwaarde uitmaken, dit naar gelang hetgeen tussen de contractanten is overeengekomen.

Eric Dirix  
Assistent U.I.A.

## BERICHTEN

### BINNENLANDSE FRANQUI-LEERSTOEL AAN DE V.U.B.

#### Binnenlandse Francqui-leerstool aan de V.U.B.

Op woensdag 13 december 1978 te 10 uur houdt professor dr. R. DILLEMANS, decaan van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Katholieke Universiteit Leuven zijn inaugurale rede over: «Het gezinsvermogensrecht op nieuwe banen» in gebouw G. lokaal 110, Pleinlaan 2 - 1050 Brussel.

## TIJDSCHRIFTEN

### Nederlands Juristenblad

vg. 53. 22 juli 1978, nr. 27.

C.J.M. Schuyt, Reflex of Reflectie : antwoord aan Buikhuisen en van Dijk—W. Buikhuisen, De regressies van Schuyt—C.J. Dessaur, Golven van fascisme—Rubriek O & M, 104e jaarvergadering van de Nederlandse Juristenvereniging : Rede voorzitter, notulen en verslag.

vg. 53. 19 augustus 1978, nr. 28.

C.A. de Kam en W.A. Vermeend, Een nieuw ontwerp van Wet op de vermogensaanwasdeling—J. Beijl, Schets van een psychofysiologische theorie over risiconemend gedrag en criminaliteit—E.W.J.H. de Liagre Böhl, De omrekeningskoers van goudfranken in guldens : Het einde van het monetaire goud—O & M.

vg. 53. 2 september 1978, nr. 29.

R.C. Gisolf, Alimentatienormen—E. de Vries Robbé-van Tricht, Alimentatie na echtscheiding, een emancipatieprobleem?—R.A.V. van Haersolte, Politieke verdediging... in rechte—Replik van : T. Prakken en H. Janse de Jonge—Dupliek—O. & M.

vg. 53. 9 september 1978, nr. 30.

H.M. Voetelink, Verdienen terroristen de doodstraf?—A. Heijder, Tegen de doodstraf—H.G.M. van der Voort, Het ontwerp van wet beleggingsinstellingen—O. & M.

vg. 53. 16 september 1978, nr. 31.

E.M.J. Minderop, De Raden van Beroep en de toepassing van art. 111, lid 4, van de Beroepswet—N.F. van Manen, Beroepsgeheim, beroepswet en raden van beroep—W. Schuurmans Stekhoven «Geprivilegieerde» patiëntenbescheiden in recht en rechtspraak—L. H. Th. S. Kortbeek, Patiëntengegevens en discretie : geen privilege, maar recht—O. & M.

vg. 53. 23 september 1978, nr. 32.

H.A.H. Audretsch, Europees budgetrecht in ontwikkeling—J.W. Ellis, Eén rechts, één averchts—R.J. Schimmelpenninck, Opheffing van faillissementen—O. & M.

### Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

vg. 109. 15-22.29 juli/5 aug. 1978, nr. 5439.

J.M. Polak, De stichting - Enige inleidende opmerkingen—A.G. Lubbers, Stichting en notariële praktijk—A.L. Mohr, Het ledenverbod—H. Winkel, Slapende fondsen—G.W. van der Woerd, Lijfrentestichtingen—W. Heuff, J.H. Linders en J.J.M. de Vries, Modellen van stichtingen—A.L.G.A. Stille, De stichting rechtsvergelijkend beschouwd.

vg. 109. 26 augustus/ 2 september 1978, nr. 5441.

H.C.F. Schoordijk : Notaris, echtscheiding en echtelijke woning—H.C.F. Schoordijk : Een nieuw engelsrechtelijk woongenot-perikel na beëindiging van de huwelijkse samenleving—A.L.G.A. Stille, Vereniging van eigenaars nu al inschrijven?

vg. 109. 9 september 1978, nr. 5442.

H.C.F. Schoordijk, Notaris, echtscheiding en echtelijke woning C.A. Kraan, De waarde van een verzorgingsrecht—M.J.A. van Mourik, Naschrift bij de reactie van C.A. Kraan—J.J. Korndörffer : Belastingrechtspraak aan de leiband : een koekoeksjong in ons rechtsbestel?—H.A.W. Friederichs : Een aanvulling.

vg. 109. 16 september 1978, nr. 5443.

C.A. Kraan, Het wettelijk deelgenootschap als alternatief (ook) voor het nieuwe Amsterdamse verrekenbeding—P. Zonderland : Boekbespreking (Asserkamphuisen, deel III, 4e druk bewerkt door P.J.M.G. Coehorst, L.J.M. de Leede en H.O. Thunnissen)—A.L.G.A. Stille, Recente rechtspraak.

vg. 109. 23 september 1978, nr. 5444.

N.J. Polak, Een niet geannoteerd arrest over de Pauliana—A.J.W.M. van Hengstum, Verenigingsleden zonder stemrecht?—J.D.A. den Tonkelaer, Enkele opmerkingen n.a.v. het artikel van de heer M. den Ouden in WPNR 5434—J.R.A. Wikaart : Een reactie n.a.v. de bijdrage van de heer M. den Ouden in WPNR 5434—M. den Ouden, Kanttekeningen bij de reacties—A.G. Lubbers, Boekbespreking—A.L.G.A. Stille, Recente rechtspraak.