

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

REDACTIEADRES: ALBERTSTRAAT 25, 2018 ANTWERPEN

DE EENPERSOONSONDERNEMING MET BEPERKTE AANSPRAKELIJKHEID

*Openingsrede uitgesproken door mr. B. VAN BRUYSTEGEM
voor de Conferentie van de Jonge Balie
te Leuven op 4 oktober 1985*

A. INLEIDING

De fundamentele reden waarom een *de lege ferenda* onderwerp werd gekozen, is enerzijds dat ik de mening ben toegedaan dat het ontwerp over de eenmansonderneming met beperkte aansprakelijkheid naar alle waarschijnlijkheid zal uitmonden in een wet en anderzijds dat al te vaak moet worden vastgesteld dat kritiek op wetteksten slechts wordt uitgebracht als het te laat is om nog op een aangepaste manier verbeteringen aan te brengen.

Deze bijdrage is dan ook vooral bedoeld om reacties te ontlokken.

I. Algemeen

Het kan worden gesteld dat middenstandsorganisaties al geruime tijd de opmerking naar voren hebben gebracht dat de thans bestaande wettelijk geregelde ondernemingsstructuren niet meer aangepast zijn aan de behoeften van kleine en middelgrote ondernemingen (Verhaegen, G., *Een aangepaste rechtsvorm voor de evoluerende distributiedrijven*, Cepass documenten 1962, nr. 5, p. 58; Otten, G., «De bescherming van het privé-vermogen via het vennootschapsrecht en via de individuele onderneming met beperkte aansprakelijkheid», *De Middenstandsgids*, 1978, 26e jaargang, nr. 3, p. 19).

Die gedachte wordt in de eerste plaats gegrond op het gegeven dat de bestaande ondernemingsvormen die een beperking van de aansprakelijkheid van hun aandeelhouders, respectievelijk vennoten bieden, vereisen dat men voor de oprichting ervan met meerdere personen moet zijn.

Voor de geldige oprichting van een naamloze vennootschap of van een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid moeten er ten minste twee geldig verbonden oprichters zijn (art. 29 resp. 120 Venn. W.) en voor de oprichting van een coöperatieve vennootschap zijn drie vennoten vereist (art. 143 Venn. W.).

Voor al de kleine ondernemingen hebben vaak, zo niet meestal, geen behoefte aan een tweede man of vrouw om hun onderneming uit te bouwen terwijl zij er wel behoefte aan hebben dat hun privé- of familiaal vermogen gescheiden blijft van hun ondernemingsvermogen dat onderworpen is aan de commerciële risico's. Het wordt niet meer aanvaardbaar geacht dat een faillissement het verlies van het gehele vermogen van de ondernemer meebrengt, aangezien daardoor het economisch initiatief wordt geremd terwijl dat juist moet worden bevorderd (Speth, F., *La divisibilité du patrimoine et l'entreprise d'une personne*, Parijs-Luik, 1956; Zondervan, «Réflexions sur la division du patrimoine», *Rev. Banque*, 1967, 127; Baugniet, «La société d'une personne», *Rep. Prat. Not.*, 1966, 205; Puelinckx, «La limitation du risque commercial en droit belge et la société d'une personne», *Rev. Prat. Soc.*, 1968, 1; Van Gerven, *Beginnelsen van het Belgisch Privaatrecht, Algemeen Deel*, nrs. 89 e.v., p. 245 e.v.; Ganshof, «Vers une société d'une personne en droit belge», *R.C.J.B.*, 1979, 44). De thans bestaande wettelijke vereisten inzake pluraliteit nopen de ondernemer er haast toe een beroep te doen op stromannen bij de oprichting van een vennootschap. Niet alleen is dit ongezonder voor de maatschappelijke ordening, maar bovendien wordt daarmee het risico gecreëerd dat, bij faillissement van de vennootschap, dat faillissement wordt uitgebreid tot de individuele ondernemer die achter de vennootschap schuilgaat.

Het moet hierbij wel onderstreept worden dat het feit dat men het overgrote overwicht van de aandelen heeft en de enige zaakvoerder is, op zichzelf niet volstaat voor een uitbreiding van het faillissement. Daarvoor is naast een vermogensvermenging ook een miskenning van de vennootschapsstructuren vereist ('t Kint, F., «L'extension de la faillite», *R.C.J.B.*, 1980, 52; Braeckmans, H., «Toerekening van het vennootschapsfaillissement aan de achterman of uitbreiding van het faillissement tot de meester van de zaak», *R.W.*, 1978-79, 850; Coppens en 't Kint, «Examen de jurisprudence, faillites et concordats», *R.C.J.B.*, 1984,

424, nrs. 6 e.v.). Dit neemt niet weg dat met een beroep op stromannen het gevaar dat aan die vereisten wordt beantwoord toeneemt.

Naast de idee om voor een individuele handelaar een vermogensplitsing toe te staan, is eveneens de mening geopperd dat de huidige wettelijke bepalingen onvoldoende rekening houden met de economische entiteit die de onderneming, ook die van een individuele handelaar, vormt. De wetgever zou er derhalve toe dienen bij te dragen dat het recht de autonomie van de onderneming als een blijvende organisatie met een eigen doel beschermt en haar continuïteitsstreven realiseert (*Opties over het Plan 1976-1980*, Document C.R.B. nr. 1974/311, p. 32).

Ten einde een en ander te verwerklijken werden talrijke wetsvoorstellen ingediend:

- wetsvoorstel houdende invoering van de persoonlijke onderneming met beperkte aansprakelijkheid, De Clercq, Damseaux en Mundeleeu, *Gedr. St. Kamer*, 1978-79, nr. 509/1, en *Gedr. St. Kamer*, 1979, nr. 260/1.;

- wetsvoorstel tot invoeging in titel IX van het eerste boek van het Wetboek van Koophandel van een afdeling 7bis getiteld: Eenmansvennootschap met beperkte aansprakelijkheid, Delhay, *Gedr. St. Kamer*, 1980-81, nr. 649/1 en *Gedr. St. Kamer*, 1981-82, nr. 131/1;

- wetsvoorstel tot invoeging in titel IX van het eerste boek van het Wetboek van Koophandel van een afdeling 7bis onder het opschrift: Eenmansonderneming met beperkte aansprakelijkheid, Cudell, *Gedr. St. Senaat*, 1980-81, nr. 633/1;

- wetsvoorstel betreffende de eenmansonderneming met beperkte aansprakelijkheid, Demarets, *Gedr. St. Kamer*, 1981-82, nr. 202/1;

- wetsvoorstel tot vrijwaring van de persoonlijke goederen van de gefailleerde en tot invoering van de eenmansvennootschap, Verhaegen, *Gedr. St. Kamer*, 1981-82, nr. 178/1.

Uiteindelijk werd door de Regering zelf een lang beloofd (verslag d'Alcantara, Begroting Middenstand 1978, *Gedr. St. Kamer*, 1977-78, 4-XIII-2, p. 34; verslag Verhaegen, *Gedr. St. Kamer*, 1981-82, nr. 9, p. 74) wetsontwerp op 30 november 1984 ingediend bij de Kamer van Volksvertegenwoordigers (*Gedr. St. Kamer*, 1984-85, nr. 1049/1; voor een bespreking van het voorontwerp: François, P., «L'entreprise personnelle à responsabilité», *J.T.*, 1983, 306; een eerste bespreking van het ontwerp: Van Rijn, «L'entreprise d'une personne à responsabilité limitée (c.p.r.l.)», *J.T.*, 1985, 277).

De Regering is in haar ontwerp nog verder gegaan dan de hierboven geschetste ideeën. Het is inderdaad tevens haar bedoeling om de formaliteiten en voorwaarden tot een minimum te beperken (M.v.T., *Gedr. St. Kamer*, 1984-85, nr. 1049/1, p. 1).

II. De fundamentele keuze: een nieuw rechtssubject of een eenhoofdige opgerichte vennootschap

In het hier besproken wetsontwerp wordt ter realisatie van de beoogde doelstellingen geopteerd voor de creatie van een nieuw rechtssubject.

De Raad van State had evenwel in zijn advies op het voorontwerp gesuggereerd dat zou worden onderzocht of het niet meer opportuun zou zijn de oprichting van een

eenhoofdige N.V. of B.V.B.A. toe te laten (R.v.St., advies, *Gedr. St. Kamer*, 1984-85, nr. 1049/1, p. 47 e.v.).

Het hoofdargument dat de Raad van State voor zijn suggestie aanhaalt is dat zeker een tekstbesparing zou kunnen worden gerealiseerd door die bepalingen van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen die een pluraliteit van aandeelhouders of van vennoten onderstellen, niet van toepassing te verklaren.

Dit hoofdargument is vanzelfsprekend zuiver formeel, maar moet gezien worden tegen de achtergrond van het feit dat niet alleen het Belgisch recht reeds toelaat dat één rechtssubject alleen een naamloze vennootschap kan oprichten, met name de Nationale Investeringsmaatschappij en de Gewestelijke Investeringsmaatschappijen en ook de Belgische Naamloze Vennootschap tot Exploitatie van het Luchtverkeer (Sabena) (art. 3sexies, § 1, N.I.M.-wet 2 april 1962, art. 49, § 1, G.I.M.V.-statuten: art. 2 K.B. nr. 177 van 30 december 1982, *Stbl.*, 18 januari 1983), maar ook dat in buitenlandse rechtsstelsels hetzelfde wordt toegelaten (voor Duitsland G.m.b.H.-Gesetz, 4 juli 1980: «Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung kann durch eine oder mehrere Personen errichtet werden.»).

De memorie van toelichting stelt dat van een tekstbesparing in werkelijkheid geen sprake kan zijn omdat ofwel nieuwe bepalingen zouden moeten worden toegevoegd ofwel verwijzingsbepalingen zouden moeten worden opgenomen. Het eerste maakt hoe dan ook de teksten langer, het tweede vergroot de kans op vergissingen (M.v.T., *Gedr. St. Kamer*, 1984-85, nr. 1049/1, p. 3).

De weerlegging in de memorie van toelichting is op zichzelf even futiel als de opmerking van de Raad van State. Deze weerlegging moet echter eveneens in perspectief worden gezien. De achterliggende idee is dat de eenhoofdige opgerichte vennootschap een contradictio in terminis betekent. De vennootschapsovereenkomst onderstelt immers een pluraliteit van personen en hij die als vennootschap benoemt wat het in essentie niet is, doet aan begripsverwarring (in dezelfde zin: Van Rijn, «L'entreprise d'une personne à responsabilité limitée», *J.T.*, 1984, 277, nr. 2; de Solacanzares, «L'entreprise individuelle à responsabilité limitée», *Rev. Trim. D. Comm.*, 1984, 476. Van Rijn, *l.c.*, betreurt het m.i. terecht dat niet meer inspiratie gezocht werd bij de Instelling van Openbaar nut zoals die geregeld is in art. 27 e.v. V.Z.W.-wet).

Het dient te worden vermeld dat de Raad van State zijn suggestie niet erg gelukkig heeft geargumenteed. Waar het op aan komt, is niet zozeer een bepaling van de veelheid of de uitgebreidheid van de wetteksten, maar wel op een beperking van het begrippenarsenaal om het structuur-denken te vergemakkelijken. Een proliferatie van ondernemingsvormen waarbij nieuwe begrippen worden ingevoerd, leidt daarentegen tot een complicatie van het rechtsbestel. De eenhoofdige oprichting van een N.V. of B.V.B.A. biedt nu inderdaad niet onbelangrijke voordelen.

Alsdan hoeft niet voorzien te worden in specifieke regelingen wat het huwelijksvermogensrecht (zeker niet wanneer het ontwerp tot aanvulling van art. 1401 B.W. dat reeds door de Kamer van Volksvertegenwoordigers is goedgekeurd, dat ook zal worden door de Senaat (*Gedr. St. Kamer*, 1981-82, nr. 368/1 en 2; *Gedr. St. Senaat*, 1982-83, nr. 442/1); krachtens dit ontwerp zijn de lidmaatschapsrechten verbonden aan gemeenschappelijke aandelen

in vennootschappen waarin alle aandelen op naam zijn, eigen goederen indien die aandelen toebedeeld zijn aan of ingeschreven zijn op naam van één echtgenoot alleen; deze gedachte die een splitsing inhoudt tussen het bestuur en de vermogenswaarde van goederen werd overigens ook in het voorliggend ontwerp overgenomen (art. 74) — en het erfrecht betreft. Evenmin zijn specifieke fiscale bepalingen vereist.

Een eenhoofdige oprichting maakt het zowel natuurlijke personen als rechtspersonen mogelijk een risicobeperking door te voeren.

Bovendien wordt hierdoor de mogelijkheid opengelaten dat de vennootschap een burgerlijk doel heeft met toepassing van art. 212 van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen. Concreet betekent dit dat ook zgn. vrije beroepen van deze structuur gebruik zouden kunnen maken.

Belangrijk lijkt ook dat, bij expansie van een vennootschappelijk gevoerde onderneming, wanneer de kapitaalbehoeften toenemen een geïnteresseerde als aandeelhouder of vennoot kan worden opgenomen zonder dat het noodzakelijk is van rechtsvorm te veranderen, en men zich kan houden aan de naleving van de gekende basisregels.

De memorie van toelichting gaat hierop niet in, maar wijst erop dat voor een aparte rechtsvorm werd gekozen om een aantal vormvoorwaarden die van toepassing zijn bij de naamloze vennootschap en de personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid terzijde te stellen. Gedacht wordt onder meer aan het ontbreken van een financieel plan, de controle bij de inbreng in natura door een bedrijfsrevisor en een regeling aangaande quasi-inbreng (M.v.T., *Gedr. St., Kamer*, 1984-85, nr. 1049/1, p. 4).

De vraag dient toch te worden gesteld of het wel verantwoord is een nieuwe structuur te creëren enkel en alleen om een aantal bepalingen waarvan de meeste zijn ingevoerd ter uitvoering van Europese Richtlijnen, niet te moeten naleven.

Met name kan gedacht worden aan: de verplichting tot coördinatie van de statuten (art. 2, 1, c Eerste Richtlijn); het Proevra-Systeem inzake vertegenwoordiging (art. 9, 2 Eerste Richtlijn); de regeling voor doeloverschrijdende handelingen (art. 9, 1 Eerste Richtlijn); controle van de inbreng in natura (art. 10 Tweede Richtlijn); controle bij quasi-inbreng (art. 11 Tweede Richtlijn).

Er is dan ook een amendement ingediend dat ertoe strekt de N.V. en de P.V.B.A. eenhoofdig te laten oprichten (amendement Delahaye, T., *Gedr. St., Kamer*, 1984-85, nr. 1049/4).

Naar verluidt werd dit amendement niet aangenomen omdat men voor elke ondernemingsdimensie een eigen «aangepaste» structuur in het leven wenst te roepen; voor de kleine onderneming de eenpersoonsonderneming met beperkte aansprakelijkheid, voor de middelgrote onderneming de personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid en voor de grote onderneming de naamloze vennootschap.

De redenering die ertoe geleid heeft de mogelijkheid van een eenhoofdige vennootschap te verwerpen, gaat er ten onrechte van uit dat een middelgrote of zelfs een grote onderneming noodzakelijk behoefte heeft aan een tweede vennoot of aandeelhouder. Bij de omzetting van een E.B.A. in een B.V.B.A. of N.V. is immers een tweede persoon ver-

eist. De huidige wet zelf ontkent dit aangezien er bij vereniging van alle aandelen in één hand geen ontbinding van rechtswege meer plaatsheeft, zodat de vennootschap ook dan volwaardig blijft bestaan, zij het voor een beperkte duur van één jaar. Maar ook nadien treedt geen ontbinding in, maar wel een aansprakelijkheid van de enige aandeelhouder of vennoot voor de verbintenissen van de vennootschap (artt. 104bis en 140bis Venn. W.).

Er kan hier overigens aan herinnerd worden dat bij de bespreking in de Kamer van Volksvertegenwoordigers van deze artikelen het formidabele amendement werd ingediend dat slechts vier woorden bevatte en ertoe strekte elke sanctie bij een vereniging van alle aandelen in één hand achterwege te laten (amendement Verhaegen en Le Hardy Debeaulieu, *Gedr. St. Kamer*, 1979-80, nr. 388/12). Hiermee zou een vennootschap, inzonderheid de B.V.B.A., weliswaar nog met zijn tweeën moeten worden opgericht en zou de formele structuur van deze vennootschapsvorm moeten worden nageleefd, maar toch zou het beginsel van de vermogensplitsing op wetgevend technisch vlak eenvoudig gerealiseerd zijn.

Het te bespreken ontwerp telt nu evenwel 153 artikelen en het moge voor zich spreken dat er hier slechts in vogelvucht een eerste verkenning van zal worden gemaakt.

B. DE MATERIËLE ONDERNEMINGSBEPALINGEN

I. Benaming

In het wetsontwerp wordt de nieuwe structuur de eenmansonderneming met beperkte aansprakelijkheid genoemd.

Mogelijk naar aanleiding van een krantenartikel van prof. A. Tiberghien («Zestig fiscale artikelen voor de Eba», *De Standaard*, 13 december 1984), die zich kantte tegen de optie voor een nieuwe structuur, waarbij hij zijn vrees uitdrukte dat er na de eenmansonderneming met beperkte aansprakelijkheid ook wel een eenvrouws onderneming met beperkte aansprakelijkheid zou worden gedeconstrueerd, werd een amendement ingediend om de benaming te wijzigen in eenpersoonsonderneming met beperkte aansprakelijkheid (amendement L. Van den Bossche, *Gedr. St. Kamer*, 1984-85, nr. 1049/5; in dezelfde zin amendement Steverlynck, *Gedr. St. Kamer*, 1984-85, nr. 1049/2). Verder wordt ook die laatste terminologie gevolgd (afgekort E.B.A.).

II. Algemeen

1. De omschrijving

De E.B.A. is een rechtspersoon waarbij de eigenaar ervan zich slechts verbindt tot nakoming van zijn inbreng (art. 1, § 1, eerste lid, en art. 1, § 2).

Hiermee is dan tot uitdrukking gebracht dat het toegelaten wordt dat een individu een vermogensplitsing doorvoert door een deel van zijn vermogen af te zonderen in een E.B.A.

De vermogensscheiding is ook in beginsel volledig. Men staat voor een volkomen rechtspersoon waarin de eigenaar slechts gehouden is om de inbreng die hij aan de E.B.A. heeft toegezegd na te komen. De zgn. beperkte aansprake-

lijkheid van de eigenaar kent slechts uitzondering bij de aansprakelijkheid van de eigenaar als oprichter (art. 17) of als bestuurder (art. 27).

De eigenaar is derhalve niet aansprakelijk voor de schulden van de E.B.A. jegens schuldeisers en omgekeerd kunnen de privé-schuldeisers van de eigenaar in beginsel (zie verder) hun schuldvordering niet verhalen op het vermogen van de E.B.A.

Het is duidelijk dat buiten dit wettelijk kader ook de economische realiteit leeft. Het is op grond van dit laatste dat de eigenaar van de E.B.A. en/of zijn gezinsleden «verzocht» wordt zich borg te stellen voor de verbintenissen van de rechtspersoon en dan voornamelijk jegens belangrijke schuldeisers, te weten voornamelijk de kredietinstellingen.

Er wordt gesteld dat hiermee de zgn. beperkte aansprakelijkheid voor de ondernemer een leugen is geworden (Ronse, J., «Waarheid en leugen omtrent de onderneming met beperkte aansprakelijkheid», Mededelingen Academie voor Wijsbegeerte, Letteren en Schone Kunsten, 1978, nr. 2, p. 23).

Zeker is dat door die borgstelling de ondernemer «vrijwillig» afstand doet van zijn voorrecht van vermogenssplitting, maar dan wel alleen jegens één of meer bepaalde contractspartijen. Ten minste theoretisch is het aldus opgenomen risico voor de ondernemer gekend en beperkt tot die contractspartij, hetgeen toch een voordeel inhoudt in vergelijking met de individuele handelaar wiens volledig vermogen altijd het onderpand vormt voor al zijn schuldeisers.

Het bestaan van de E.B.A. als volkomen rechtspersoon heeft ook als gevolg dat de E.B.A. niet ontbonden wordt door het overlijden van de eigenaar of dat de eigenaar geen handelaar wordt wegens het feit dat zijn E.B.A. een commercieel karakter heeft.

2. Enkel een natuurlijke persoon

Een E.B.A. kan slechts opgericht worden door één natuurlijk persoon (art. 1, § 3). Dit heeft verschillende consequenties.

Rechtspersonen kunnen derhalve geen E.B.A. oprichten, zodat de E.B.A. niet in aanmerking komt voor de vormgeving van concerns. Voor de organisatie van groepen van vennootschappen is overigens een Europese Richtlijn in voorbereiding (ontwerp Negende Richtlijn). Mocht een rechtspersoon toch een E.B.A. oprichten, dan kan deze nietig verklaard worden (art. 13, 4°) en is die rechtspersoon oprichter aansprakelijk voor de schade die daarvan het gevolg is (art. 17, 3°).

Terloops zij aangestipt dat er voor vennootschappen en inzonderheid de N.V., de C.V. en recentelijk ook de B.V.B.A. (W. 15 juli 1985, *Stbl.*, 14 augustus 1985) geen verbod van deelneming van rechtspersonen is.

Een E.B.A. mag ook slechts worden opgericht door een enkel natuurlijk persoon. Dit wil zeggen dat in de oprichtingsakte (of akte van overname) van de E.B.A. slechts de naam mag voorkomen van één enkel persoon als eigenaar.

Oprichting van een E.B.A. is dan ook niet mogelijk wanneer ze zou geschieden door onverdeelde medeëigenaars door middel van inbreng van hun onverdeelde medeïgendom of door een vruchtgebruiker en een blote eigenaar (art. 1, § 3, tweede lid).

Bij inbreng van goederen die tot de huwelijksgemeen-

schap behoren, zou het recht op de E.B.A. toebehoren aan de huwelijksgemeenschap en zouden dus zowel de man als de vrouw de rechten verbonden aan het recht op de E.B.A. kunnen uitoefenen (1416 B.W.; zie uitvoerig Weyts, L., *Vennootschappen met echtgenoten*, Antwerpen 1980, nr. 160 e.v., p. 145 e.v.). Hierdoor zouden er dus meerdere personen betrokken kunnen worden bij de werking van de E.B.A., hetgeen men niet gewenst achtte.

Ten einde in de E.B.A. dit te voorkomen wordt bepaald dat alleen de persoon die in de oprichtingsakte (of akte van overname) wordt vermeld, als eigenaar mag beschouwd worden (art. 1, § 1, tweede lid).

Hierbij wordt dus een onderscheid gemaakt tussen het recht op de E.B.A. en de vermogenswaarde van dat recht. Het recht op de E.B.A. behoort steeds persoonlijk toe aan één van de echtgenoten terwijl de vermogenswaarde ervan bij inbreng van gemeenschappelijke goederen tot de huwelijksgemeenschap behoort.

Te dien einde is dan ook een wijziging voorgesteld aan art. 1401 B.W. dat aangevuld wordt met een 6° om te bepalen dat het recht van de eigenaar van een E.B.A. op die onderneming een eigen goed is (art. 74).

In de oprichtingsakte moet overigens duidelijk worden aangegeven welke van de ingebrachte goederen eigen goederen of gemeenschappelijke goederen zijn (art. 6, § 2, 6°). Dit is zeer belangrijk bij de ontbinding van de huwelijksgemeenschap hetzij door overlijden van een echtgenoot, hetzij door echtscheiding. De verhouding tussen de gemeenschappelijke goederen en de eigen goederen die ingebracht zijn bij de oprichting van de E.B.A., zal in aanmerking genomen worden om de rechten te bepalen van de echtgenoten in geval van vereffening van de E.B.A.

Wanneer de E.B.A. niet door een enkele natuurlijke persoon wordt opgericht, kan zij nietig verklaard worden (art. 13, 4°) en zijn de oprichters gehouden tot vergoeding van de schade die daarvan het gevolg is (art. 17, 3°).

Een natuurlijk persoon mag slechts eigenaar zijn van één enkele E.B.A. (art. 1, § 3, derde lid). De bedoeling van het ontwerp is een bescherming van het privé- of familiaal vermogen. Dit wordt gerealiseerd door toe te laten dat de risicovolle activiteit wordt ondergebracht in een E.B.A. Wanneer men evenwel zou toelaten dat meerdere E.B.A.'s door één persoon zouden kunnen worden opgericht, dan zou dit het vermogen te veel versnipperen en daarmee het evenwicht tussen de belangen van de eigenaar en die van derden verstoren (M.v.T., *Gedr. St. Kamer*, 1984-85, nr. 1049/7, p. 7).

Hierbij moet opgemerkt worden dat het mogelijk zou zijn dat slechts een deel van de risicovolle activiteiten — en wel de meest risicovolle — wordt ondergebracht in een E.B.A., terwijl de andere activiteiten op persoonlijke titel zouden worden uitgeoefend, zodat er dan toch een groter gevaar om niet betaald te worden ontstaat voor de schuldeisers die met de E.B.A. verbonden zijn.

Er werd dan ook een amendement ingediend om voor te schrijven dat de E.B.A. de totaliteit van de beroepsmatige activiteit dient te omvatten (amendement Vandenbossche, *Gedr. St. Kamer*, 1984-85, nr. 1049/5).

Voor de realisatie van de beoogde doelstelling ware het allicht verkieslijker te bepalen dat de eigenaar geen activiteit mag uitoefenen buiten de E.B.A. die de E.B.A. krachtens de wet als doelstelling mag hebben.

Het gevaar voor vermogensversnippering blijft er echter niet minder om. Eén gezin kan immers, ongeacht het huwelijksstelsel, al twee E.B.A.'s oprichten: één op naam van de echtgenoot en één op naam van de echtgenote. Bovendien kan elk van hen nog een gemachtigd-zaakvoerder zijn in andere E.B.A.'s. Daarnaast is het ook mogelijk dat het resterende vermogen wordt ondergebracht in verschillende B.V.B.A.'s.

Het hoeft dan ook niet te verbazen dat op het verbod tot oprichting van meerdere E.B.A.'s door één persoon een amendement tot opheffing ervan werd ingediend (Amendement Le Hardy de Beaulieu, *Gedr. St. Kamer*, 1984-85, nr. 1049/3).

Het verbod eigenaar te zijn van verschillende E.B.A.'s houdt dan ook in dat een E.B.A. niet kan worden overgedragen aan een persoon die reeds eigenaar is van een E.B.A. (art. 36).

Wanneer toch een E.B.A. wordt opgericht door iemand die reeds eigenaar was van een andere E.B.A., dan kan die laatst opgerichte E.B.A. nietig verklaard worden (art. 13, 5°)

3. Doel van de E.B.A.

Het ontwerp laat slechts toe dat de E.B.A. een handels- of ambachtsactiviteit tot doel heeft (art. 1, § 1, derde lid). De doelstelling van de E.B.A. als rechtsfiguur is immers gelegen in een bescherming van het privé- of familiaal vermogen tegen commerciële risico's. De memorie van toelichting suggereert dat deze risico's zich ook voornamelijk voordoen op het vlak van handel en ambacht (*Gedr. St. Kamer*, 1984-85, nr. 1049/1, p. 7).

Hierbij dient opgemerkt te worden dat de E.B.A. dus niet noodzakelijk een handelskarakter heeft. Een E.B.A. met ambachtsactiviteiten tot doel is burgerrechtelijk van aard.

Ingevolge artikel 212 van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen kunnen alle handelsvennootschappen echter onverschillig welke, en dus ook een burgerrechtelijke, activiteit tot doel hebben. Aldus zijn zij in beginsel ook toegankelijk voor de organisatie van vrije beroepen (intussen is op 25 juni de bespreking in de kamercommissie van Justitie beëindigd van het wetsontwerp betreffende de professionele en interprofessionele burgerlijke vennootschap en de burgerlijke vennootschap van middenen, *Gedr. St. Kamer*, 1984-85, nr. 1108/7, verslag Verhaegen; hierdoor worden verplichte structuren voorzien voor de organisatie van zogenaamde vrije beroepen).

Om dit onderscheid weg te werken is een amendement ingediend om de E.B.A. open te stellen voor onverschillig welke burgerrechtelijke activiteit. Voor de uitoefening van een zgn. vrij beroep wordt de toegankelijkheid van de E.B.A. dan overgelaten aan de bevoegde deontologische instanties (amendement Vandenbossche, *Gedr. St. Kamer*, 1984-85, nr. 1049/5).

Het valt te betwijfelen of dit amendement het zal kunnen halen gelet op de aanzienlijke maatschappelijke repercussies die het zou teweegbrengen.

Meer kans op succes heeft het amendement dat de E.B.A. als rechtsvorm ter beschikking wil stellen voor activiteiten in het gebied van de land-, tuin- en bosbouw, alsook de ontginningsnijverheid (amendement van de Rege-

ring, *Gedr. St. Kamer*, 1984-85, nr. 1049/8). Ook deze activiteiten worden risicovol geacht of kunnen het zijn en laten zich derhalve beter passen in de algemene doelstelling.

4. De aard van het recht van de eigenaar op de E.B.A.

Met de oprichting van een E.B.A. brengt de eigenaar een deel van zijn vermogen in de E.B.A. in. Hij wordt daarmee ook gerechtigd op het gehele vermogen van de E.B.A. Het recht van de eigenaar van de E.B.A. op de onderneming is een onlichamelijk roerend recht dat deel uitmaakt van het privé- of familiaal vermogen van de eigenaar.

Volgens de beginselen van het recht zouden de privé-schuldeisers van de eigenaar op dat recht van de eigenaar beslag kunnen leggen en een gedwongen verkoop van de E.B.A. kunnen uitlokken. Hierdoor zou volgens de memorie van toelichting, één van de belangrijke doelstellingen van het ontwerp ondergraven worden; met name zou afbreuk gedaan worden aan de doelstelling om de onderneming als autonome entiteit zoveel mogelijk in stand te houden, omdat de E.B.A. dan los zou komen te staan van de persoonlijke kwaliteiten van haar eigenaar (M.v.T., *Gedr. St. Kamer*, 1984-85, nr. 1049/1, p. 7).

Hierbij dient toch te worden opgemerkt dat het ontwerp zelf de overdracht van de E.B.A. regelt en dus de wijziging van de persoon van de eigenaar niet essentieel acht. Overigens brengt ook het overlijden van de eigenaar op zichzelf geen ontbinding van de E.B.A. mee.

Belangrijker lijkt wel dat voor de beoogde doelstelling moet worden vermeden dat de schuldeisers van de E.B.A. voortdurend zouden moeten vrezen voor een waardevermindering van hun waarborg ten gevolge van executiemaatregelen ter voldoening van privé-schuldeisers van de eigenaar.

In het oorspronkelijk ontwerp was bepaald dat het recht van de eigenaar niet in beslag kon worden genomen of in pand kon worden gegeven (art. 1, § 3, tweede lid).

De Regering heeft later evenwel een amendement ingediend om beslag en pand wel toe te laten. Maar hier is aan toegevoegd dat de schuldeisers van de eigenaar geen maatregelen van gedwongen tenuitvoerlegging kunnen nemen zolang de vermogenswaarde van het recht van de eigenaar op de E.B.A. niet te gelde is gemaakt in de vorm van een tegenprestatie die door een verkrijger is verschuldigd (amendement Regering, *Gedr. St. Kamer*, 1984-85, nr. 1049/8).

Dit amendement werd ingegeven door het feit dat het voor de eigenaar van een E.B.A. zo goed als onmogelijk zou zijn om krediet te krijgen voor persoonlijke doeleinden, die dus geen betrekking hebben op de bedrijvigheid van zijn onderneming, wanneer het grootste gedeelte van zijn vermogen ingebracht was in de E.B.A. en dus buiten het bereik van zijn persoonlijke schuldeisers valt.

In de voorziene regeling kan dus door een privé-schuldeiser geen enkele vordering worden ingesteld zolang het recht op de E.B.A. door de eigenaar niet te gelde is gemaakt door een rechtshandeling waaruit de vermogenswaarde blijkt en dus opeisbaar wordt.

Het dient vermeld te worden dat de voorziene regeling vrij hybride is. Mogelijk kan de toestand het best geïllustreerd worden door een vergelijking met beslag op aandelen in een B.V.B.A. en in de C.V. Een schuldeiser van een

vennoot in een B.V.B.A. kan beslag leggen op de aandelen van een vennoot. Dit is een beslag onder derden bij de vennootschap en heeft in de eerste plaats bewarende werking. Het belet dat de schuldenaar zijn aandelen zou overdragen. Verder heeft dat bewarend beslag betrekking op de dividenden die betaalbaar gesteld worden. Ten slotte slaat het beslag ook op het aandeel van de vennoot in het liquidatiesaldo na ontbinding. Op de twee laatste vermogensbestanddelen kan het bewarend beslag dan omgezet worden in een uitvoerend beslag. Verder kan een uitvoerend beslag gelegd worden op de aandelen. Zij kunnen dus openbaar te koop worden aangeboden. De toewijzing kan evenwel slechts gebeuren aan iemand die zonder instemming vennoot kan worden of die als vennoot aangenomen wordt met toepassing van art. 126 van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen of de strengere statutaire bepalingen aangaande de overdracht. Wordt de instemming geweigerd, dan kan in beginsel, voor zover de statuten dat niet uitsluiten, een beroep op de rechtbank worden gedaan om te oordelen of de weigering van de instemming al dan niet willekeurig was. Is een beroep op de rechtbank uitgesloten, dan blijft er voor de schuldeiser niets anders over dan te wachten op de ontbinding en zich intussen tevreden stellen met de jaarlijks betaalbaar gestelde dividenden. Hetzelfde geldt wanneer een beroep op de rechtbank wordt toegelaten maar deze de weigering van de instemming niet willekeurig acht. Slechts wanneer de rechtbank de geweigerde instemming wel willekeurig acht, kunnen de weigerende vennoten verplicht worden om zelf een koper te vinden en bij gebreke daarvan kan de ontbinding van de vennootschap gevorderd worden (art. 127 Venn. W.; Ronse, J., *Algemeen Deel*, p. 295; Van Rijn-Heenen, *Principes*, II, eerste druk, nr. 913, p. 22).

Artikel 157 van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschap bepaalt dat schuldeisers van een vennoot in een C.V. alleen op de interesten en dividenden beslag kunnen leggen alsmede op het aandeel van hun schuldenaar in het liquidatiesaldo na ontbinding van de vennootschap. Hoewel de aandelen van een C.V. niet vatbaar zijn voor overdracht aan derden (art. 141, tweede lid, Venn. W.), toch heeft een beslag ook hier een bewarende werking omdat zij de overdracht aan andere vennoten verhindert. Ook hier is een gedwongen verkoop mogelijk, maar de toewijzing kan slechts gebeuren aan andere vennoten. Wanneer echter het faillissement of het kennelijk onvermogen van de vennoot is vastgesteld, wanneer het dus onmogelijk is gebleken voor de schuldeisers om voldoening te krijgen op de goederen van de schuldenaar-vennoot, dan heeft de schuldeiser het recht om het scheidingsaandeel van de schuldenaar te ontvangen (art. 154 Venn. W.). Dit scheidingsaandeel wordt door de statuten vastgelegd en kan beperkt zijn tot de nominale waarde van de inbreng ('t Kint, *Les sociétés cooperatives*, nr. 241, p. 85).

Onlangs de praktische problemen waartoe een uitvoerend beslag op aandelen kan leiden, en de concrete betekenis ervan, moet toch vastgesteld worden dat zij theoretisch mogelijk is in de B.V.B.A. en de C.V.

Dit is evenwel niet zo in de E.B.A. De schuldeiser van de eigenaar heeft bij beslag slechts recht op de inkomsten die de eigenaar uit de E.B.A. verkrijgt (art. 29). Voor het overige wordt door het beslag de overdracht van het recht van

de eigenaar niet verhinderd maar wel kan beslag gelegd worden op de voor de overdracht verkregen prijs.

Hierbij is wel bepaald dat de betaling door de overnemer die gebeurt met benadeling van de rechten van de schuldeiser van de overdrager, in geval van beslag of pand van het recht op de E.B.A., aan hem niet tegengeworpen kan worden (art. 36), (amendement van de Regering, *Gedr. St. Kamer*, 1984-85, nr. 1049/8).

Tevens werd in een publiciteit voorzien die bestaat in de neerlegging op de griffie van de rechtbank van koophandel van een expeditie of een afschrift van de akte van inpandgeving of van een afschrift van het bericht van beslag dat is opgemaakt overeenkomstig art. 1390 Ger. W. (art. 7, § 1, tweede lid, amendement van de Regering, *Gedr. St. Kamer*, 1984-85, nr. 1049/8).

De uitgewerkte regeling sluit weliswaar, maar lijkt moeilijk te verantwoorden aangezien het lang niet zeker is dat een vrijwillige overdracht door de eigenaar de continuïteit van de E.B.A. meer zal bevorderen dan de gedwongen overdracht van het (ondeelbaar en volledig) recht op de E.B.A. door de privé-schuldeisers van de eigenaar en hoe dan ook bij een vrijwillige overdracht de E.B.A. ook losgekoppeld wordt van de persoon van de oorspronkelijke eigenaar.

III. Wijze van oprichting

De oprichting van de E.B.A. is op twee wijzen mogelijk: de rechtstreekse oprichting of de oprichting door omzetting van een vennootschap waarvan een natuurlijk persoon de enige aandeelhouder of vennoot is geworden.

1. Regels die gelden voor de totstandkoming van een E.B.A.

Wanneer de E.B.A. rechtstreeks wordt opgericht, moet zij aan de volgende regels voldoen:

- het kapitaal moet ten minste 250.000 frank bedragen;
- het kapitaal moet volledig geplaatst zijn;
- het kapitaal moet in geld gestort zijn tot een bedrag van 250.000 frank; op het gedeelte van het kapitaal dat 250.000 frank overschrijdt moet ten minste een vijfde gestort zijn (artikel 3);
- de oprichtingsakte moet een authentieke akte zijn (artikel 6);
- de oprichtingsakte wordt openbaar gemaakt door neerlegging ter griffie van de rechtbank van koophandel (artikel 7) en door bekendmaking in de Bijlagen tot het Belgisch Staatsblad (artikel 8), naar het voorbeeld van de in de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen voorgeschreven openbaarmaking;
- de gevallen van nietigheid van de onderneming worden limitatief opgesomd in artikel 13, op analoge wijze als bij de handelsvennootschappen.

Wanneer de E.B.A. ontstaat uit de omzetting van een handelsvennootschap of van een vennootschap die de rechtsvorm van een handelsvennootschap heeft aangenomen, zijn sommige bepalingen van toepassing:

- het netto-actief van de vennootschap moet ten minste 250.000 frank bedragen, welk bedrag het kapitaal van de E.B.A. zal vormen (artikel 18, 1°);
- de omzetting van een vennootschap in een E.B.A. doet

- geen nieuwe rechtspersoon ontstaan: de E.B.A. behoudt de rechtspersoonlijkheid van de omgezette vennootschap (artikel 19);
- c) de akte van omzetting moet een authentieke akte zijn (artikel 20, § 1);
 - d) de akte van omzetting wordt openbaar gemaakt door neerlegging ter griffie van de rechtbank van koophandel en door bekendmaking in de Bijlagen tot het Belgisch Staatsblad (artikel 20);
 - e) de gevallen van nietigheid zijn die welke limitatief zijn opgesomd in artikel 13 (artikel 21).

2. Beknopte commentaar

a) Rechtstreekse oprichting

- *Kapitaal.* Opgemerkt dient te worden dat door een recente wetwijziging het minimumkapitaal van de B.V.B.A. is opgetrokken tot 750.000 frank voor nieuw op te richten vennootschappen. De bestaande vennootschappen moeten eerst na vijf jaar (1990) hun kapitaal verhogen tenzij intussen hun duur wordt verlengd of hun kapitaal wordt gewijzigd. Overigens moet dat verhoogd minimumkapitaal niet volgestort zijn van bij de oprichting, maar mag men zich beperken tot een storting van 250.000 frank (W. 15 juli 1985, *Stbl.*, 14 augustus 1985). Men was immers van oordeel dat het oorspronkelijk bepaalde bedrag sedert 1969 door munterosie van zijn betekenis ontdaan was.

Dat men het bij de E.B.A. toch houdt bij 250.000 frank, is allicht bedoeld om deze rechtsvorm vooral voor de kleine ondernemingen toegankelijk te maken. Wel wordt in de E.B.A., in tegenstelling tot de B.V.B.A., vereist dat het minimumkapitaal in geld wordt ingebracht. Dit vereiste is een soort losprijs voor de verminderde formaliteiten die aan een E.B.A. verbonden zijn.

Aldus wordt bij de inbreng in natura, die voor de kapitaalvorming in aanmerking kan worden genomen boven het bedrag van het minimumkapitaal, geen optreden van een bedrijfsrevisor vereist. Aangezien door de wet van 5 december 1984 een bijzondere procedure met revisorale tussenkomst werd ingevoerd bij quasi-inbreng, dit is een vermogensoverdracht tussen onder meer de oprichter en de vennootschap, ten einde een ontduiking van de revisorale controle bij inbreng in natura te beletten, wordt deze procedure niet ingevoerd in de E.B.A. omdat hier niets te ontduiken valt gelet op de afwezigheid van een verplichte revisorale controle bij inbreng in natura. De eigenaar blijft evenwel aansprakelijk voor de vergoeding van de schade die het onmiddellijk en rechtstreeks gevolg is van een kennelijke overwaarding van de inbreng in natura (art. 17, 3°).

Evenmin werd het vereiste ingevoerd een financieel plan op te maken ter verantwoording van het bedrag van het kapitaal in verhouding tot de behoeften van exploitatie zoals dat wel geldt voor de N.V. en de B.V.B.A. (artt. 29^{ter} en 120 Venn. W.). Toch kan de eigenaar geheel of gedeeltelijk aansprakelijk worden gesteld voor de verbintenissen van de E.B.A. indien het maatschappelijk kapitaal van de onderneming kennelijk ontoereikend was voor de normale uitoefening van de voorgenomen activiteit gedurende een periode van ten minste twee jaar, wanneer de E.B.A. binnen drie jaar na haar oprichting failliet wordt verklaard (art. 17, 4°).

Het is dan ook opvallend vast te stellen dat de elementen die een bescherming zouden kunnen inhouden tegen een mogelijke aansprakelijkheidsvordering jegens de eigenaar, niet wettelijk verplicht worden opgelegd, terwijl wel sancties, die ook in de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen voorkomen, overgenomen worden.

Ten einde zijn aansprakelijkheid te beperken doet de eigenaar van een E.B.A. er dan ook goed aan zeer voorzichtig te zijn en bij twijfel een beroep te doen op een bedrijfsrevisor bij inbreng in natura en toch een financieel plan op te stellen met medewerking van deskundigen ten einde later zijn goede trouw te kunnen aantonen.

Deze verminderde formaliteiten lijken dan ook meer schijn dan werkelijkheid.

- *Vormvereisten.* De E.B.A. dient opgericht te worden bij authentieke akte (art. 6). Dit vereiste werd ingevoerd voornamelijk omdat de notaris geacht wordt een goed raadsman te zijn voor de aspirante oprichter. Zijn optreden wordt bijzonder nuttig geacht om duidelijk te maken welke van de ingebrachte goederen eigen goederen dan wel gemeenschappelijke goederen zijn, wat belangrijk is om bij ontbinding van de gemeenschap de waarden te berekenen die aan elke echtgenoot toekomen.

- *Naamkeuze.* Wat de naam van de E.B.A. betreft die in de oprichtingsakte opgenomen moet worden, vermeldt de memorie van toelichting dat de eigenaar in ieder geval zijn eigen naam mag geven aan de onderneming (M.v.T., *Gedr. St. Kamer*, 1984-85, nr. 1049/1, p. 9). Deze stelling kan in haar absolute niet gevolgd worden. Ook hier geldt immers de wet op de handelspraktijken met haar verbod op oneerlijke mededinging (art. 20, 1° - 3°, W.H.P.). Derhalve moet ook bij een E.B.A. het stichten van verwarring vermeden worden met de bestaande rechten van derden (De Caluwé, *Les pratiques du commerce*, II, p. 269; Cass., 20 febr. 1980, *Arr. Cass.*, 1980, 742).

Voor de oprichtingsakte (en de wijziging ervan) wordt een openbaarmaking en bekendmaking voorgeschreven die analoog is aan die van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen.

Terloops zij aangestipt dat in de oorspronkelijke tekst vereist werd dat de oprichtingsakte de vermelding van de woonplaats van de eigenaar zou bevatten. Dit bracht dan mee dat een wijziging van woonplaats een wijziging van de oprichtingsakte inhield en dus een notariële tussenkomst vereiste. Het spreekt voor zich dat een dergelijk formalisme overbodig is. Ten gevolge van een amendement is dan ook een regeringsamendement ingediend dat enkel de vermelding van de woonplaats op datum van de oprichtingsakte vereist (amendement Steverlynck, amendement Regering, *Gedr. St. Kamer*, 1984-85, nr. 1049/9 en 10).

- *Niet-tegenwerpelijheid van de E.B.A. aan privé-schuldeisers van vóór de bekendmaking van de oprichtingsakte.* In beginsel kan de oprichting van de E.B.A. en de daarmee tot stand gekomen vermogensscheiding worden tegengeworpen aan derden vanaf de bekendmaking van de oprichtingsakte in de Bijlagen tot het Belgisch Staatsblad (art. 10). Niettemin zijn zowel de E.B.A. als de eigenaar elk voor het geheel, hoofdelijk aansprakelijk voor de privé-schulden van de eigenaar die zijn ontstaan vóór de bekendmaking van de oprichtingsakte van de E.B.A. in de Bijlagen tot het Belgisch Staatsblad. Het vermogen van de E.B.A. kan evenwel niet aangesproken worden dan nadat

de schuldeiser de eigenaar tevergeefs in gebreke heeft gesteld (art. 10).

Deze regel wordt ingegeven door de overweging dat met de oprichting van een E.B.A. de privé-schuldeisers een deel van hun onderpand zien verdwijnen. Terwijl de uitwerking van een beslag op het recht van de eigenaar, zoals hierboven gezegd, veeleer beperkt is.

Bij deze regeling kunnen toch enkele vragen gesteld worden.

In de eerste plaats is de mogelijkheid voor de hier bedoelde privé-schuldeisers om hun vordering te verhalen op het vermogen van de E.B.A. duidelijk in het nadeel van de schuldeisers van de E.B.A. Deze laatsten kunnen immers plots moeten vaststellen dat hun vordering in samenloop komt met privé-schuldeisers van de eigenaar. Het ware dan ook wellicht nuttiger om het vermogen van de E.B.A. op subsidiaire wijze als onderpand van de privé-schuldeisers ter beschikking te stellen nadat het privé-vermogen van de eigenaar is uitgewonnen zoals trouwens de Raad van State heeft gesuggereerd (R.v.St., advies, *Gedr. St. Kamer*, 1984-85, 1049/1, p. 55).

Bovendien kan de vraag gesteld worden of het nu echt wel nodig was een bijzondere regeling voor te schrijven. Het gemene recht kent toch de pauliaanse vordering (art. 1167 B.W.) die toelaat dat rechtshandelingen nietig worden verklaard die verricht zijn met een bedrieglijke benadeling van de schuldeisers (in dezelfde zin Van Rijn, *o.c.*, nr. 8, p. 279).

Een benadeling lijkt hier ipso facto aanwezig gelet op de reeds aangehaalde beperkte draagwijdte van een beslag. Het vereiste van bedrog vergt vanzelfsprekend een toetsing in feite. Maar is dat niet te verkiezen boven het automatisch verlenen van een vorderingsrecht?

Een amendement werd ingediend om de eigenaar ertoe te verplichten het bedrag aan te geven van zijn privé-schulden bij de oprichtingsakte (amendement Le Hardy de Beaulieu, *Gedr. St. Kamer*, 1984-85, nr. 1049/3). De bedoeling ervan is duidelijk nl. de toekomstige schuldeisers van de E.B.A. te informeren over de risico's inzake de verhaalbaarheid van hun vorderingen. De vraag is wel of dat nodig is gelet op de boekhoudkundige verplichtingen van de E.B.A. In een extensieve interpretatie zou men wel kunnen zeggen dat de toelichting op de jaarrekening de schulden van vóór de oprichting moet opnemen. Het K.B. van 8 oktober 1976 vereist immers de vermelding van door de onderneming gestelde of toegestane zekerheden (toelichting bij de Jaarrekening XVII; XIX (volledig schema); VII, X (beknopt schema) K.B. 8 oktober 1976). Uit de bewoordingen van dat K.B. zelf valt niet op te maken dat dit zowel de contractuele zekerheden betreft als die welke door wet worden opgelegd. Ter zake gaat het om een wettelijke zekerheid die de E.B.A. dient toe te staan aan de privé-schuldeiser. Ruim begrepen zou men er dan ook toe kunnen besluiten dat die wettelijke zekerheden moeten worden vermeld in de toelichting op de jaarrekening zodat de E.B.A.-schuldeisers geïnformeerd zijn. Wanneer deze informatie achterwege gelaten wordt, zou kunnen gezegd worden dat de eigenaar een onrechtmatige daad heeft begaan jegens de E.B.A.-schuldeisers en tot schadeloosstelling verplicht kunnen worden. Bij dit alles moet men toch de vaststelling maken dat in een B.V.B.A. bijvoorbeeld een dergelijke regeling volledig ontbreekt zonder dat dit tot noemenswaardige proble-

men heeft geleid. Het is dan ook de E.B.A. die formalistischer is dan de B.V.B.A., hoewel dit net niet de bedoeling is.

b) Oprichting door omzetting

Een E.B.A. kan ook ontstaan door de omzetting van een handelsvennootschap of een vennootschap met handelsvorm wanneer alle aandelen in handen van één aandeelhouder of vennoot verenigd zijn en deze een natuurlijk persoon is die niet reeds eigenaar is van een E.B.A. Deze mogelijkheid tot omzetting in een E.B.A. biedt derhalve in de N.V. en de B.V.B.A. waarvan alle aandelen in één hand verenigd zijn de gelegenheid om te ontkomen aan de aansprakelijkheidssanctie die voorgeschreven is bij de vereniging van alle aandelen in één hand wanneer deze toestand langer dan een jaar duurt, naast de ontbinding van de vennootschap of de opname van een tweede aandeelhouder of vennoot door overdracht van een of meer aandelen of een kapitaalverhoging waarop een nieuwe aandeelhouder of vennoot inschrijft (artt. 104bis en 140bis Venn. W.).

Door het ontwerp wordt de regeling die geldt voor de N.V. en de B.V.B.A. bij vereniging van alle aandelen in één hand veralgemeend en eveneens toepasselijk verklaard op de vennootschap onder firma (V.O.F.), de gewone commanditaire vennootschap en de coöperatieve vennootschap (artt. 77, 78, 80 en 81).

Opgemerkt dient te worden dat deze transponering niet erg gelukkig is. De sanctie die in de N.V. en de B.V.B.A. wordt ingevoerd, bestaat immers, zoals gezegd, in een aansprakelijkheidssanctie voor de resterende vennoot. Welnu, in de vennootschap onder firma zijn de vennoten reeds onbeperkt aansprakelijk voor de schulden van de vennootschap zodat de sanctie die men wenst toe te passen, niets toevoegt aan de regel. Hetzelfde geldt ook voor de werken- de vennoten in een commanditaire vennootschap en in een coöperatieve vennootschap waarvan de vennoten onbeperkt aansprakelijk zijn.

Bij de omzetting dient de om te zetten vennootschap te beschikken over een netto-actief van 250.000 frank. Ontbreekt dat netto-actief, dan is de eigenaar aansprakelijk voor de schade die hieruit voortvloeit (art. 21, tweede lid).

De basisregel werd ongelukkigerwijze overgenomen uit de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen. Het ongelukkige ervan is gelegen in het feit dat een vennootschap die verliezen heeft geleden, zodat het netto-actief lager is dan 250.000 frank, zich niet veilig kan omzetten. Die regel gaat voorbij aan de betekenis van het maatschappelijk kapitaal, dat uitsluitend de uitdrukking is van de inbrengverbintenissen van de aandeelhouders of vennoten en geen verplichting voor hen inhoudt om het vermogen van de vennootschap op het peil van het kapitaal te handhaven wanneer het door economische omstandigheden is aangetast.

De sanctie lijkt overigens niet erg effectief. Welke schade kan immers het onmiddellijk en rechtstreeks gevolg zijn van een omzetting in een E.B.A. wanneer er een kleiner netto-actief is dan 250.000 frank?

Als men nu de basisregel wil handhaven en sanctioneren lijkt het redelijker de eigenaar aansprakelijk te stellen voor het verschil tussen het netto-actief na omzetting en het bedrag van 250.000 frank (vgl. art. 172, 1°, Venn. W.).

Volgens de memorie van toelichting is het niet mogelijk

dat het tekort aan netto-actief bijgepast wordt bij de omzetting (M.v.T., *Gedr. St. Kamer*, 1984-85, nr. 1049/1, p. 15). Dit is juist aangezien de rechtspersoonlijkheid blijft, maar toch blijft het mogelijk om het netto-actief door een kapitaalverhoging (eventueel voorafgegaan door een kapitaalvermindering) hetzij in de vennootschap, hetzij in de E.B.A. te laten toenemen volgens de toepasselijke voorschriften.

Overigens kan vastgesteld worden dat bij omzetting niet vereist wordt dat er 250.000 frank in geld aanwezig is. Tevens is het eigenaardig dat bij omzetting wel een bedrijfsrevisor nodig is. In beginsel is de situatie immers niet verschillend van die van een rechtstreekse oprichting waarbij geen bedrijfsrevisor wordt vereist. Er werd trouwens een amendement ingediend ten einde de keuze te laten tussen een beroep te doen op een bedrijfsrevisor of een accountant en dit teneinde kostenbesparend te kunnen werken (amendement Le Hardy de Beaulieu, *Gedr. St. Kamer*, 1984-85, nr. 1049/3).

IV. Werking en bestuur

Samengevat komt de regeling hierop neer: de eigenaar van de E.B.A. is er de zaakvoerder van, maar hij kan zijn bevoegdheden delegeren; hij kan slechts vergoed worden uit de nettowinst en de E.B.A. mag hem geen geldlening toestaan. Bijzondere aansprakelijkheidsregels werden bepaald ter sanctivering van een gebrekkig bestuur van de E.B.A.

1. Bestuur en vertegenwoordiging

De eigenaar van de E.B.A. is vergelijkbaar met de zaakvoerder van een B.V.B.A. en is dus het bestuurs- en vertegenwoordigingsorgaan van de E.B.A. Het wordt evenwel toegelaten dat de eigenaar het bestuur delegeert aan een derde. Hiermee wordt dus niet alleen bedoeld dat bijzondere mandaten voor specifieke opdrachten kunnen worden verleend door de eigenaar, maar ook dat het bestuur over de E.B.A. in zijn algemeenheid kan worden overgedragen aan een derde. Daaraan is evenwel toegevoegd dat, ook bij een dergelijke algemene delegatie, de eigenaar de volledige bestuurs- en vertegenwoordigingsbevoegdheid behoudt (amendement Regering, *Gedr. St. Kamer*, 1984-85, nr. 1049/15). Deze toestand komt niet neer op een scheiding tussen eigendom en bestuur van de E.B.A., maar veeleer op de toevoeging van een bestuurder in de persoon van een gemachtigd zaakvoerder. Ten aanzien van de eigenaar is deze laatste te beschouwen als een lasthebber terwijl hij voor derden als een orgaan naast de eigenaar dient te worden behandeld.

Wanneer een gemachtigd zaakvoerder is aangesteld, kan geldig bepaald worden dat deze de E.B.A. slechts kan verbinden samen met de eigenaar. Een dergelijke vertegenwoordigingsbeperking kan aan derden worden tegengeworpen (amendement Regering, *Gedr. St. Kamer*, 1984-85, nr. 1049/15).

Andere beperkingen aan de bevoegdheid van de gemachtigde zaakvoerder kunnen echter niet worden tegengeworpen aan derden. Dit lijkt althans a contrario afgeleid te kunnen worden uit het hierboven bedoelde regeringsamendement, dat enkel spreekt over de tegenwerpelijheid van

een meerhandtekeningsclausule maar over de rest zwijgt.

Hierop is evenwel nog de uitzondering wat te goeder trouw aangegane doelloverschrijdende handelingen betreft, die wel aan derden kunnen worden tegengeworpen. Een dergelijke bepaling is nefast voor de derden die met de E.B.A. contracteren. Aan deze laatsten zou dan een doelloverschrijdende handeling kunnen worden tegengeworpen zodat de E.B.A. niet gebonden is. Bovendien beschikken deze derden slechts over een aansprakelijkheidsvordering tegenover de onbevoegde vertegenwoordiger van de E.B.A. op grond van het gemene recht (art. 1997 B.W.). Een amendement werd dan ook ingediend om deze regeling te vervangen door die welke o.m. geldt in de B.V.B.A. waar doelloverschrijdende handelingen de rechtspersoon in beginsel wel verbinden (amendement D'Hose en Collignon, *Gedr. St. Kamer*, 1984-85, nr. 1049/14).

2. Aansprakelijkheidsregeling

Een van de essentialia van het ontwerp is gelegen in de formulering van het uitgangspunt dat de eigenaar niet persoonlijk verbonden is door de verbintenissen van de onderneming (art. 27, eerste lid). Dit sluit overigens aan bij het beginsel van de volkomen rechtspersoonlijkheid die aan de E.B.A. wordt toegekend (zie hierboven). De eigenaar zaakvoerder treedt ter zake dan op als vertegenwoordiger van de E.B.A. en, zoals bij elke vertegenwoordiging, verbindt de vertegenwoordiger niet zichzelf maar de vertegenwoordigde.

De vertegenwoordiger die als zodanig optreedt, dus meldt dat hij in naam en voor rekening van een derde optreedt en binnen zijn bevoegdheid is gebleven, verbindt wel de vertegenwoordigde. De contractuele fouten in de rechtsverhouding met derden zijn volgens de beginselen inzake vertegenwoordiging slechts toe te rekenen aan de vertegenwoordigde en niet aan de vertegenwoordiger. Volgens het gemene recht is een lasthebber tegenover zijn lastgever wel aansprakelijk voor de fouten die hij begaat in de uitoefening van zijn lastgeving (bestuursfouten). Deze aansprakelijkheid bestaat slechts jegens de lastgever en in beginsel niet tegenover derden. Volgens de memorie van toelichting is dat voor de eigenaar van een E.B.A. echter niet het geval, hoewel dit niet in de tekst is terug te vinden. Bestuursfouten worden voldoende gesanctioneerd door een vermindering van de winst en de daarmee gepaard gaande beperking van de vergoeding van de eigenaar (zie verder).

Zoals opgemerkt staat die afwijking van het gemene recht niet in de wettekst en wordt in de wettekst evenmin gerept over de gemachtigde-zaakvoerder die dus, volgens het gemene recht, wel aansprakelijk blijft jegens de E.B.A. voor bestuursfouten. Deze regeling kan dan ook niet erg logisch genoemd worden, voor zover het de curator na faillissement, toegelaten zou zijn dat hij als vertegenwoordiger van de E.B.A., een aansprakelijkheidsvordering instelt tegen de gemachtigde-zaakvoerder, terwijl dit niet mogelijk is tegen de eigenaar. Toch is dit wel gesuggereerd in de memorie van toelichting (M.v.T., *Gedr. St. Kamer*, 1984-85, nr. 1049/1, 17). Het voorgaande moet evenwel sterk gerelativeerd worden door de toepassing van de leer van de onrechtmatige daad. De meeste of zeer vele fouten in het bestuur van een rechtspersoon gedaan, maken immers onrechtmatige daden uit, zijn met andere woorden een schen-

ding van de algemene zorgvuldigheidsnorm of houden een schending in van de eerbiediging van andermans rechten en belangen.

Wordt een onrechtmatige daad begaan door de eigenaar als het orgaan van de E.B.A., dan staat buiten kijf dat de E.B.A. zelf gehouden is tot vergoeding van de schade die daarvan het gevolg is.

Deze verplichting tot schadeloosstelling in de persoon van de E.B.A. neemt evenwel die van de dader, hier de eigenaar, niet weg, zodat een in solidum aansprakelijkheid voorhanden is. Hetzelfde geldt eveneens voor de gemachtigde-zaakvoerder de t.o.v. derden een orgaan van de E.B.A. is.

De belangrijkste vaststelling blijft dat de eigenaar of de gemachtigde-zaakvoerder in elk geval persoonlijk tot schadeloosstelling verplicht is.

Aangezien mag worden verwacht dat de vraag aangaande aansprakelijkheid van de eigenaar van een E.B.A. of van haar gemachtigde-zaakvoerder, zich vooral zal voordoen na het faillissement van de E.B.A. en aangezien het terrein van de onrechtmatige daad enorm groot is, meen ik dat het nogal moeilijk zal zijn om de betekenis van de E.B.A. over te brengen. Men stelt immers nu al vast in quasi-eenhoofdige B.V.B.A.'s met één zaakvoerder, dat men de mening is toegedaan dat de zgn. beperkte aansprakelijkheid niets betekent omdat na faillissement de zaakvoerder toch aangesproken wordt door de curator voor het delgen van het passief.

Hier wordt een conceptuele vergissing begaan. De zgn. beperkte aansprakelijkheid beschermt immers slechts de vennoten, maar niet haar zaakvoerder, die op zijn eigen vermogen aansprakelijk blijft voor de vergoeding van de door hem begane fouten. In de E.B.A. is de conceptverwarring als het ware ingebakken omdat er in beginsel van wordt uitgegaan dat de «vennoot» en de «zaakvoerder» dezelfde zijn, nl. de eigenaar. Zelfs wanneer de eigenaar het bestuur heeft overgelaten aan een gemachtigd zaakvoerder, dan nog is bepaald dat ook de eigenaar aansprakelijk is voor de overtredingen van de bepalingen van de E.B.A.-wet of de akte van de ondereming. Dus zelfs al zou nog discussie kunnen ontstaan over de aansprakelijkheid van de eigenaar voor onrechtmatige daden andere dan de overtreding van de E.B.A.-wet of de akte van de onderneming begaan door de gemachtigde-zaakvoerder, dan is die toch voorzien voor de onrechtmatige daden die dit wel zijn (vgl. art. 13 V.Z.W.-wet waar de raad van beheer aansprakelijk is voor de daden van de afgevaardigde-beheerder).

Hierbij komt dat de aansprakelijkheid voor een kennelijk grove fout zoals die voorkomt in haar zuiverste vorm bij de N.V. (art. 63^{ter} Venn. W.) ook geldt voor de E.B.A.-bestuurder. Er dient op gewezen te worden dat een kennelijk grove fout ook een bestuursfout kan zijn, waarvoor nochtans in beginsel elk vorderingsrecht ten laste van de eigenaar was afgewezen. Hier wordt ze dus opnieuw ingevoerd wanneer de fout kennelijk grof is.

Opmerkelijk is ook dat die regel ook van toepassing is wanneer het balanstotaal minder dan 15 miljoen bedraagt, en de omzet minder dan 25 miljoen is, terwijl ze in de B.V.B.A. slechts van dan af van toepassing is (art. 133^{bis} Venn. W.). Er dient evenwel aan te worden toegevoegd dat, gezien de matigingsbevoegdheid die aan de rechter is toegekend wanneer een kennelijk grove fout wordt vastgesteld,

het wellicht aangewezen is om ook in de B.V.B.A. de voornoemde drempel te laten vallen.

Een merkwaardige bepaling is die welke de eigenaar jegens derden aansprakelijk stelt voor «alle schade die het gevolg is van handelingen met bedrieglijke benadeling van rechten van schuldeisers of van de handelingen die blijken in feite de eenheid van vermogens te hebben hersteld». Blijkbaar is men ook hier vergeten dat het gemene recht een vordering tot nietigverklaring toelaat aangaande rechtshandelingen die met bedrieglijke benadeling van de rechten van de schuldeiser door hun debiteur werden verricht (art. 1167 B.W.). Een ander aspect is dat men door deze bepaling tot doel heeft de uitbreiding van het faillissement van de achterman aan banden te leggen. Door de bedoelde maatregel is immers slechts een schadevergoeding mogelijk en kan het passief van het faillissement van de E.B.A. niet ten laste gelegd worden van de eigenaar als geen oorzakelijk verband wordt vastgesteld met de vermogensvermenging. Het komt mij evenwel voor dat de gestelde sanctie geen afbreuk zal doen aan de toepassing van de rechtsconstructie van de doorbraak van aansprakelijkheid, maar als een bijkomende sanctie zal worden toegepast.

3. Vergoeding en lening

De eigenaar van de E.B.A. mag slechts vergoed worden uit de netto-winst. Wel wordt toegestaan dat voorschotten opgenomen worden; de winst wordt immers slechts bij het afsluiten van het boekjaar vastgesteld. Indien de opgenomen voorschotten groter blijken dan de winst van het boekjaar plus de gereserveerde of overgedragen winst, vermindert met het overgedragen verlies, dan moet het verschil binnen zes maanden na de afsluiting van de jaarrekening in geld terugbetaald worden. Bij nalaten hiervan is de eigenaar aansprakelijk voor de schade die hij door zijn schending van de E.B.A.-wet heeft veroorzaakt en bovendien is er een penale sanctie (art. 71). De eigenaar wordt hiermee dus op dezelfde voet geplaatst als een zelfstandig koopman.

Nader wordt verboden dat de eigenaar leningen ontvangt van zijn E.B.A. Hierop, zoals ook op de opname van voorschotten die buiten verhouding staan tot de in uitzicht gestelde winst, is een strafsancie gesteld (art. 71).

Deze regeling steekt schril af met hetgeen toegelaten is in de B.V.B.A. Daarin is geen bepaling opgenomen aangaande de vergoeding van de zaakvoerder. Aldus is het mogelijk dat, statutair of door besluit van de algemene vergadering, de vergoeding van de zaakvoerder bepaald wordt op een vast bedrag per maand aan te rekenen op de algemene onkosten met een percentage op de gerealiseerde winst. Voor een noodzakelijke binding tussen de vergoeding van de zaakvoerder en de netto-winst is dus in de B.V.B.A. geen sprake. Evenmin geldt in de B.V.B.A. een verbod van het toestaan van leningen op absolute wijze. Wel kan er hier een miskenning zijn van de regel inzake handelingen met tegenstrijdig belang (art. 133 Venn. W.) of zou er sprake kunnen zijn van een doeloverschrijdende handeling waarvoor telkens een schadevergoedingsverplichting ontstaat ten laste van de zaakvoerder.

4. Rechtshandelingen met tegenstrijdig belang

Opgemerkt dient te worden dat er geen bepaling is opgenomen die betrekking heeft op de rechtshandeling tussen de

E.B.A. en haar eigenaar. Volgens het gemene recht mag een lasthebber geen tegenpartij zijn in een overeenkomst die hij voor rekening van zijn lastgever sluit. Die overeenkomst is dan ook relatief nietig (De Page, V, nr. 411, p. 410). Een dergelijke benadering is vanzelfsprekend onhoudbaar in een E.B.A. waarbij het allicht zal voorkomen dat de eigenaar overeenkomsten sluit met zijn E.B.A. Het lijkt derhalve aangewezen om een aansprakelijkheidssanctie ten laste van de eigenaar te stellen voor die rechtshandelingen tussen de E.B.A. en hemzelf waarvan de eigenaar wist of moest weten dat zij nadelig waren voor de belangen van de onderneming. Een dergelijke benadering lijkt in elk geval te verkiezen boven een verplichting tot publikatie van transacties tussen de E.B.A. en de eigenaar waarvan de waarde 10 pct. van het kapitaal overschrijdt, hetgeen door een ingediend amendement wordt voorgesteld (amendement Van den Bossche, *Gedr. St., Kamer*, 1984-85, nr. 1049/10).

5. Boekhouding en jaarrekening

In het ontwerp is bepaald dat de E.B.A. onder de Boekhoudwet en haar uitvoeringsbesluiten valt (artikel 89). Verder is in de verplichting voorzien om: jaarlijks een inventaris op te maken; een jaarrekening op te maken bestaande uit een balans, een resultatenrekening en een toelichting; die jaarrekening neer te leggen ter griffie binnen zes maanden na balansdatum (artt. 31 en 32).

Deze regeling loopt parallel met die welke toepasselijk is op vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid. Dit houdt ook in dat een E.B.A. de waarderingsregels moet volgen die neergelegd zijn in het K.B. van 8 oktober 1976 en dat de jaarrekening volgens een vast schema moet worden opgesteld. Voor de E.B.A.'s, die dus niet meer dan één van volgende drempels overschrijden: personeel: 50; omzet: 80 miljoen; balanstotaal: 40 miljoen, voor zover er niet meer dan 100 werknemers zijn, kan de jaarrekening dan ook worden opgesteld volgens een verkort schema.

Kleine E.B.A.'s, namelijk met een jaarlijkse omzet exclusief B.T.W. van ten hoogste 20 miljoen frank, wordt toegestaan een vereenvoudigde boekhouding te voeren en in dit opzicht gelijk te stellen met natuurlijke personen die handelaar zijn, vennootschappen onder firma en gewone commanditaire vennootschappen waarvan de jaarlijkse omzet evenmin hoger ligt dan voornoemde grens van 20 miljoen frank (artikel 90). Deze versoepeling die niet geldt voor de kapitaalvennootschappen, is bedoeld om natuurlijke personen die handelaar zijn beter in de mogelijkheid te stellen de rechtsvorm van de E.B.A. aan te nemen.

De vereenvoudigde boekhouding, waarin artikel 5 van de Boekhoudwet nu reeds voorziet, bestaat uit het houden van drie dagboeken, waardoor tegelijkertijd wordt voldaan aan de vereisten inzake de belasting over de toegevoegde waarde, opgelegd door artikel 12 van het K.B. nr. 1 van 23 juli 1969. Daarbij is niet vereist dat de in deze dagboeken ingeschreven verrichtingen op rekeningen worden geboekt. Bijgevolg zijn de volgende verplichtingen niet toepasselijk op de ondernemingen die deze regeling inzake vereenvoudigde boekhouding wensen toe te passen:

— de verplichting om een rekeningenstelsel te gebruiken en a fortiori, een rekeningenstelsel dat overeenstemt met het algemeen rekeningenstelsel bepaald in het koninklijk

besluit van 12 september 1983 (artikel 4, tweede lid, tweede volzin, en vijfde en zesde lid, van de wet van 17 juli 1975);

— de verplichting om de inventaris in te richten overeenkomstig het rekeningenstelsel van de onderneming, de rekeningen in overeenstemming te brengen met de gegevens van de inventaris en deze samen te vatten in de jaarrekening (artikel 7, eerste lid, tweede volzin, en tweede lid, van de Boekhoudwet).

Voor de ondernemingen die de regeling inzake vereenvoudigde boekhouding wensen toe te passen, vloeit de jaarrekening die moet worden opgemaakt met naleving van de schema's en de waarderingsregels opgenomen in het K.B. van 8 oktober 1976, voort uit de jaarrekening van het voorgaande boekjaar — tenzij het gaat om het eerste boekjaar —, uit de boekingen in voornoemde dagboeken, evenals uit de gegevens van de inventaris bij het einde van het boekjaar.

6. Toezicht

In de ontwerptekst wordt met geen woord gerept over toezicht op de E.B.A.

De wet op de hervorming van het bedrijfsrevisoraat heeft op het vlak van controle in vennootschappen inz. N.V. en B.V.B.A. niet onbelangrijke wijzigingen meegebracht (W. 21 februari 1985). Samengevat en voor zover hier van belang komt het nieuwe systeem hierop neer dat elke commissaris een bedrijfsrevisor moet zijn, maar dat er geen commissaris moet zijn wanneer men een kleine of middelgrote N.V. of B.V.B.A. is. Allicht zullen bij de verdere behandeling van het ontwerp deze basisbeginselen worden overgenomen.

Aangestipt kan worden dat er reeds een amendement werd ingediend om elke E.B.A. te verplichten voor haar controle een beroep te doen op een externe accountant (amendement Van den Bossche, *Gedr. St. Kamer*, 1984-85, nr. 1049/16). Hiermee zou zeker in vergelijking tot de N.V. of B.V.B.A. een verzwarende van de structuur opgelegd worden aangezien geen drempel wordt bepaald vanaf wanneer de externe accountant verplicht wordt. Bovendien zou eveneens afbreuk gedaan worden aan de basisidee van de wet op de hervorming van het bedrijfsrevisoraat waardoor de controle op boekhoudkundige stukken met het oog op de certificering exclusief tot het domein van de bedrijfsrevisor behoort.

V. Omzetting

Vermeld kan nog worden dat de E.B.A. zich in een vennootschap kan omzetten met behoud van de rechtspersoonlijkheid. Bij een dergelijke omzetting dienen de vereisten die gelden voor de vennootschap waarin de E.B.A. zich wil omzetten, in acht genomen te worden. Concreter betekent dit dat een tweede persoon als aandeelhouder zal moeten toetreden door een inbreng te doen bij de omzetting.

VI. Ontbinding en vereffening

Wat de ontbinding en vereffening betreft lopen de toepasselijke regels sterk gelijk met die welke gelden voor de B.V.B.A. Ook voor de E.B.A. is aldus bepaald dat zij ge-

rechtelijk ontbonden kan worden wanneer haar eigen vermogen of netto-actief minder is dan 250.000 frank.

C. BEPALINGEN INZAKE DE CONTINUÏTEIT VAN DE ONDERNEMING

I. Overdracht van de E.B.A.

De E.B.A. kan onder levenden worden overgedragen onder bezwarende titel of om niet en eveneens bij overlijden overgaan door vererving of legaat.

1. Overdracht onder levenden

De overdracht van een E.B.A. heeft betrekking op het ondeelbaar recht van de eigenaar op de onderneming. Het is dus niet het vermogen van de E.B.A. dat wordt overgedragen. Vandaar ook dat de overdragende eigenaar geen deel van het vermogen van de E.B.A. voor zich kan voorbehouden. Voor het overige doet de overdracht geen afbreuk aan de rechtspersoonlijkheid van de E.B.A., die dus met haar vorderingen en schulden blijft voortbestaan.

Aangestipt kan worden dat, voor de overdracht van de E.B.A. die tot de huwelijksgemeenschap behoort, in beginsel de toestemming van beide echtgenoten vereist is (art. 1418, lid 1, b, B.W.).

De basisbeginselen voor de oprichting van een E.B.A. dienen eveneens bij een overdracht in acht genomen te worden. De overdracht mag slechts gebeuren ten voordele van één persoon; het verwerven in medeëigendom, zelfs door echtgenoten, is niet geoorloofd. De overnemer moet verder een natuurlijk persoon zijn die niet reeds eigenaar is van een E.B.A.

Wordt aan deze voorwaarden niet voldaan dan is de overdracht nietig maar de gevolgen hiervan kunnen niet ingeroepen worden tegen derden te goeder trouw. De nietigheid van de overdracht zal derhalve de geldigheid van de door de overnemer verrichte handelingen met derden die te goeder trouw hebben gehandeld, niet aantasten.

Wanneer een schenking van het recht op de E.B.A. wordt herroepen wegens niet-ervulling van de gestelde voorwaarden, dan keert het recht op de E.B.A. terug in handen van de oorspronkelijke eigenaar (art. 954 B.W.), terwijl bij herroeping van de schenking wegens ondankbaarheid de begiftigde verplicht is tot teruggave van de waarde van het recht op de E.B.A. (art. 958 B.W.).

De schenking en de verkoop dienen te geschieden bij authentieke akte. Ook wanneer de overdracht onder bezwarende titel een vermomde schenking of een onrechtstreekse schenking uitmaakt moet een authentieke akte opgemaakt worden.

De overdracht wijzigt ten minste één van de essentiële vermeldingen van de oprichtingsakte, nl. de naam van de eigenaar en zal dus gepaard moeten gaan met een wijziging van de oprichtingsakte en als zodanig dient dat openbaar gemaakt te worden.

Het is wel te verstaan dat niet de akte van overdracht moet openbaar gemaakt worden maar wel de wijziging die de E.B.A. betreft. Aldus zal met name de prijs niet moeten openbaar gemaakt worden.

2. Overgang n.a.v. overlijden

Het uitgangspunt is dat het overlijden van de eigenaar niet de ontbinding van de E.B.A. tot gevolg heeft. Nauwgezet is een regeling uitgewerkt die tot doel heeft de E.B.A. als entiteit te handhaven en haar ontbinding te voorkomen. Hierna wordt deze regeling schematisch weergegeven.

— Wanneer er een legataris is aangewezen, verkrijgt deze het recht op de E.B.A.

— Is er geen legataris aangewezen, dan kan de langstlevende echtgenoot een voorkeurrecht tot toebedeling, eventueel tegen betaling van een opleg aan de andere erfgenamen, uitoefenen.

— Wanneer de langstlevende van dit voorkeurrecht afziet dan zijn er drie verschillende mogelijkheden.

1) Er zijn geen erfgenamen of geen enkele erfgenaam heeft belangstelling in de E.B.A. In dat geval moet de E.B.A. ontbonden worden wat door alle belanghebbenden, dus ook een schuldeiser van de nalatenschap, gevorderd kan worden.

2) Er is één geïnteresseerde erfgenaam. Deze erfgenaam heeft het recht het aandeel van de langstlevende in de waarde van de onderneming af te kopen. De langstlevende moet de prijs in ontvangst nemen en kan dus geen uitoefening van vruchtgebruik op het recht op de E.B.A. opeisen (art. 40). Zijn er nog andere erfgeachtigden dan dient hij het aandeel van deze in de nalatenschap af te kopen.

3) Er is onenigheid tussen de erfgenamen m.b.t. de overneming van het recht op de E.B.A. In dit geval zijn er nog vier alternatieven:

— ofwel wordt de E.B.A. verkocht; de prijs wordt dan verdeeld naar evenredigheid van ieders recht in de nalatenschap;

— ofwel wordt het vermogen ingebracht in vennootschap; de verkregen aandelen worden eveneens verdeeld in evenredigheid van ieders recht in de nalatenschap;

— ofwel wordt de E.B.A. omgezet in een vennootschap tussen de geïnteresseerde erfgenamen; wanneer niet alle erfgenamen vennoot willen worden, kunnen deze vergoed worden door betaling van een opleg of door toekenning van een groter aandeel in de andere goederen van de nalatenschap. Het lijkt aangewezen dat dit eveneens zou gelden bij inbreng van de E.B.A. in een bestaande vennootschap;

— ofwel wordt de E.B.A. ontbonden en vereffend. Deze ontbinding kan overigens het gevolg zijn van het verstrijken van de termijn die door de voorzitter van de rechtbank van koophandel wordt toegekend om een regeling te vinden, daartoe uitgenodigd door een van de erfgenamen.

Ook inzake overgang bij overlijden geldt de regel dat de verkrijger niet reeds eigenaar mag zijn van een E.B.A.

a) Voorkeurrecht voor de langstlevende echtgenoot

Zoals opgemerkt wordt aan de langstlevende echtgenoot een voorkeurrecht tot toebedeling op de E.B.A. toegekend. Een soortgelijk voorkeurrecht bestaat reeds voor de gezinswoning met huisraad (art. 745quater B.W.).

In tal van gevallen zal die toebedeling kosteloos zijn voor de langstlevende. Gedacht wordt met name aan een E.B.A. die opgericht werd met gemeenschappelijke goederen en waarbij in het huwelijkscontract bedongen is dat de langstlevende het gemeenschappelijk vermogen toebedeeld krijgt. In andere gevallen heeft de langstlevende toch het vruchtge-

bruik en moet hij slechts de blote eigendom inkopen van de andere erfgenamen tegen de overeengekomen waarde of die bepaald door de voorzitter van de rechtbank van koophandel.

Opmerkelijk is ook dat het voorkeurrecht van de langstlevende vervalt wanneer de E.B.A. het voorwerp was van een legaat of wanneer een algemeen legataris werd aangewezen. Dit kan wel verantwoord zijn wanneer de legataris een andere erfgenaam is, maar minder wanneer het om een derde gaat. Daarbij dient de aandacht erop gevestigd te worden dat de langstlevende echtgenoot als reservataire erfgenaam het vruchtgebruik behoudt op de helft van de nalatenschap. In zoverre de langstlevende zijn vruchtgebruik kan doen gelden op de E.B.A., heeft de blote eigenaar evenwel de verplichting de tegenwaarde van dat vruchtgebruik te betalen, wat de langstlevende niet kan weigeren. Dit laatste staat evenwel niet in de wet, maar volgt uit de basisregel dat het recht op de E.B.A. niet gesplitst kan worden. Gelet op het feit dat het reservataire vruchtgebruik in natura volgens het gemene recht dient te worden uitgeoefend, lijkt het meer dan aangewezen deze regel te expliciteren in een wettekst.

b) Inbreng en inkorting

Het ontwerp stelt als regel voor de inbreng van de schenking of van het legaat door een met de E.B.A. begunstigde erfgenaam ten aanzien van de andere erfgenamen dat deze moet geschieden door minder ontvangst ofwel door inbreng in de massa van de waarde van de E.B.A. ten tijde van de schenking. De begunstigde erfgenaam behoudt dan de meerwaarde die sedert de schenking van de E.B.A. werd gegeven of staat zelf in voor de eventuele minderwaarde.

Hiermee is dan een verruiming gegeven van de uitzondering die in het gemene recht is gesteld voor de inbreng door de langstlevende echtgenoot van roerende goederen (art. 858bis B.W.). Het beginsel is immers dat de inbreng van roerende goederen zoals het recht op de E.B.A. dient te geschieden in natura — wat hier uitgesloten is — of door mindere ontvangst.

Wanneer een gift of legaat met betrekking tot de E.B.A. het over de gehele nalatenschap beschikbaar gedeelte overschrijdt, kan inkorting geschieden door betaling van een geldsom of door toedeling van een groter aandeel in de andere goederen van de nalatenschap aan hen aan wie een gedeelte van hun voorbehouden erfdeel wordt onthouden.

Het gemene recht bepaalt dat inkorting steeds in natura dient te geschieden (art. 920 B.W.). Het spreekt voor zich dat, door het verlaten van deze regel van inkorting in natura, de eenheid en continuïteit op essentiële wijze wordt bevorderd en gerealiseerd. Evenwel moet de vraag gesteld worden of het wel aangewezen is van de inkorting in natura af te stappen wanneer het gaat om een schenking of legaat aan anderen dan erfgenamen. Bovendien moet toch de meer fundamentele opmerking gemaakt worden dat het dringend noodzakelijk is om van de inkorting in natura, in het algemeen af te stappen en haar te vervangen door een inkorting in waarde of door minder ontvangst, zij het met de hiervoor genoemde nuance. Een begunstiging op dit vlak van de E.B.A. alleen komt te fragmentair over, zeker wanneer de vereiste aanpassing aan het Burgerlijk Wetboek in één moeite met de behandeling van dit ontwerp zou kunnen plaatshebben.

II. De E.B.A. bij echtscheiding

De belangrijke hoofdregel die hier werd ingevoerd, stelt dat ontbinding en vereffening van de huwelijksgemeenschap geen ontbinding van de E.B.A. meebrengt (art. 37). Ook hier is de hoofdbekommernis de continuïteit van de E.B.A. zoveel mogelijk te handhaven.

Een tweede belangrijk element is dat het recht op de E.B.A. steeds persoonlijk toebehoort aan een van de echtgenoten. De economische waarde ervan valt echter in de gemeenschap in de mate waarin gemeenschappelijke goederen werden gebruikt om de E.B.A. op te richten of te verwerven.

Een derde punt is dat de oprichtingsakte dient te vermelden welke goederen die ingebracht werden, eigen dan wel gemeenschappelijk zijn. Ook bij de verkrijgingsakte moet bepaald worden of de verwerving geschiedde met eigen of met gemeenschappelijke goederen. Die verhouding geldt als sleutel bij de vereffening en verdeling van de huwelijksgemeenschap voor de verdeling van de waarde van het nettoactief van de E.B.A. tussen het eigen vermogen en het gemeenschappelijk vermogen (art. 1430 B.W.).

Vanzelfsprekend kan discussie ontstaan over de waarde van de E.B.A. Hiervoor is in een beroep voorzien op de voorzitter van de rechtbank van koophandel. Met de Raad van State lijkt dit toch tot de normale bevoegdheid van de burgerlijke rechter te behoren (R.v.St., advies, *Gedr. St. Kamer*, 1984-85, nr. 1049/1, p. 63).

Diegene die als eigenaar geldt en alleen hij beschikt over een recht van terugneming waarbij hij aan de andere echtgenoot een vergoeding verschuldigd is die gelijk is aan de helft van de waarde die toekomt aan de gemeenschap.

Het zou nochtans kunnen overwogen worden in een rechterlijke tussenkomst te voorzien wanneer de E.B.A. volledig werd opgebouwd met inbreng van goederen behorende tot de huwelijksgemeenschap om eventueel de E.B.A. te laten toewijzen aan de echtgenoot niet-eigenaar. Hiermee zou men in dat geval terugvallen op het gemene recht waarin het de rechtbank is die uitmaakt, met inachtneming van de maatschappelijke en gezinsbelangen die erbij betrokken zijn, aan welke echtgenoot bepaalde goederen moeten toekomen (art. 1447 B.W.).

D. DE FISCALE BEPALINGEN

I. Inkomstenbelasting

Het ontwerp gaat uit van een fiscale transparantie van de E.B.A. Op het stuk van de belastingen wordt de E.B.A. geacht geen juridisch bestaan te hebben dat onderscheiden is van haar eigenaar. Aldus wordt inzake inkomstenbelasting bepaald dat de eigenaar belastbaar is in de personenbelasting op de uitgekeerde of niet uitgekeerde winsten van de onderneming.

Het is duidelijk dat het voor een zelfstandig handelaar geen verschil op het vlak van belastingen uitmaakt of hij nu al dan niet een E.B.A. opricht. Met een dergelijk systeem is het voor de hand liggend dat weinig verandering zou worden gebracht aan de fictieve B.V.B.A. waar de vennootschap en de vennoot afzonderlijk worden belast, waar een keuze is tussen de belasting in het stelsel van de personenbelasting of van de vennootschapsbelasting voorhanden is.

Het aangeboden instrument dat de E.B.A. is, zou dan allicht een dood geboren kind zijn. Dit werd door de Regering begrepen en een regeringsamendement werd ingediend (*Gedr. St. Kamer*, 1984-85, nr. 1049/12) om de E.B.A. te onderwerpen aan de vennootschapsbelasting. Hierbij is echter evenwel bepaald dat steeds een eenvormig tarief van 45 pct van toepassing is (art. 126 W.I.B.). Ook is de mogelijkheid gelaten om te opteren voor de belasting van de winst van de E.B.A. in de personenbelasting van de eigenaar.

Al is door dit amendement een substantiële verbetering aan het ontwerp aangebracht, dan blijft toch nog de vaststelling dat inzake tarifiëring de B.V.B.A., onderworpen aan de vennootschapsbelasting, verminderde tarieven van 31,5 pct. op de schijf van 0 tot 1 miljoen en van 40 pct. op de schijf van 1 miljoen tot 3,6 miljoen kan genieten. Slechts op de schijf van 3,6 miljoen tot 14,4 miljoen is het belastingtarief nadeliger in de B.V.B.A. (47,5 pct) dan in de E.B.A. (45 pct). Zal men het dan toch niet houden bij een fictieve B.V.B.A. wanneer het gaat om een beginnende zaak?

II. Registratierecht

1. Oprichtingsakte

De inbrengen die dienen voor de kapitaalvorming, zijn onderworpen aan een registratierecht van 1 pct net zoals vennootschappen. Wel is bepaald dat de eigenaar bij ontbinding de goederen die het vermogen van de onderneming uitmaken kan terugnemen zonder enig evenredig recht te betalen. Voor vennootschappen daarentegen is bij overname door één of meer vennoten van een onroerend goed bij de vereffening een registratierecht van 12,5 pct verschuldigd.

2. Akte van omzetting van een vennootschap in een E.B.A.

Er zal geen enkel evenredig recht worden geïnd op de akte van omzetting van een handelsvennootschap in een E.B.A., behalve wanneer het vermogen van de omgezette vennootschap onroerende goederen bevat. In dat geval zal het op de verkoop gestelde recht (12,5 pct) worden geïnd op de onroerende goederen (art. 120) aangezien, zoals reeds verklaard, de eigenaar op het ogenblik van de ontbinding van de E.B.A. de onroerende goederen zal kunnen terugnemen zonder het recht te betalen. Deze geanticipeerde heffing van het evenredig recht op de onroerende goederen heeft tot doel de ontduiking te ontzenuwen die er voor de vennoten van een vennootschap, waarvan de vereffening overwogen wordt, in zou bestaan fictief over te gaan tot de omvorming in een E.B.A. om te ontsnappen aan de inning van het recht van 12,5 pct op de door de vennoten teruggenomen onroerende goederen van de vennootschap (recht vastgesteld in de artt. 129 en 130 Wetboek der Registratierechten). Dit systeem van geanticipeerde heffing kan wellicht verantwoord worden door het streven naar een efficiënte belastingheffing, maar het recht van 12,5 pct. geïnd op de onroerende goederen zal zeker geen aansporing zijn om vennootschappen om te zetten in E.B.A.'s.

3. Akte van overdracht

De akte van overdracht van de E.B.A. moet verplicht geregistreerd worden, aangezien het gaat om een notariële akte. Maar zij wordt geregistreerd tegen het vast recht, behalve wanneer het vermogen van de overgedragen E.B.A. onroerende goederen bevat. In dat geval zal de akte van overdracht aanleiding geven tot het innen van een evenredig recht van 12,5 pct op de waarde van de onroerende goederen. Door deze bepaling tracht men een andere ontduiking te vermijden. Om aan het recht van 12,5 pct op de mutatie van onroerende goederen te ontsnappen zou een particulier immers wel eens op fictieve wijze een E.B.A. kunnen oprichten (die alleen onderworpen is aan het inbrengrecht van 1 pct op de roerende en onroerende goederen) in die onderneming het onroerend goed inbrengen en daarna de E.B.A. overdragen. De nieuwe eigenaar van de E.B.A. zou deze onderneming dan alleen maar moeten ontbinden om in het bezit te komen van het onroerend goed waarop hij alleen het inbrengrecht van 1 pct heeft betaald.

Hierbij moet toch opgemerkt worden dat bij overdracht van alle aandelen van een B.V.B.A. er geen enkel mutatierecht verschuldigd is op de goederen die het vermogen van de vennootschap vormen. Dat is slechts verschuldigd bij de vereffening van de vennootschap. Ook dit punt maakt een B.V.B.A. fiscaal aantrekkelijker dan de E.B.A.

III. Successierechten

Inzake successierechten blijft het ontwerp het principe van de fiscale transparantie toepassen. Hoewel de E.B.A. door het overlijden van de eigenaar niet wordt ontbonden, worden de activa en passiva van de E.B.A. in rekening genomen voor het bepalen van de erfenismassa net alsof de E.B.A. geen rechtspersoonlijkheid had.

De schulden van de E.B.A. mogen wel afgetrokken worden van de waarde van de nalatenschap maar slechts ten belope van het bedrag van de activa van de E.B.A. De eigenaar staat immers niet in voor de schulden van de E.B.A. wanneer zij de omvang van het vermogen van de E.B.A. overschrijden.

E. BESLUIT

Het ontwerp is de verwoording van het gezegde waarom het gemakkelijk maken als moeilijk ook gaat. Het geciteerde vier-woorden-amendement waarbij elke sanctie achterwege wordt gelaten bij de vereniging van alle aandelen in één hand, zou immers de belangrijkste doelstellingen kunnen realiseren met name de vermogensplitsing en de mogelijkheid van continuïteit van de handelszaak.

Door de keuze te laten vallen op de organisatie van een nieuw rechtssubject, moet ervoor gezorgd worden dat een samenhangend systeem wordt uitgewerkt. Hiervoor was het nodig op verschillende vlakken wetgevend op te treden en dit in het licht van wat Montesquieu heeft gezegd nl.: «Il ne faut changer les lois qu'avec des mains tremblantes».

Globaal genomen moet evenwel erkend worden dat het ontwerp behoorlijk doorwrocht is. De wijze waarop gestreefd wordt naar het behoud van de continuïteit van de onderneming vnl. bij overlijden van de eigenaar moet zelfs

enige bewondering wekken wegens de gedetailleerde regeling en de originaliteit ervan.

Dat niet alles even geslaagd is, moge uit het voorafgaande gebleken zijn. De problematische elementen liggen voornamelijk op het vlak van het bestuur van de E.B.A. en de daarmee verbonden aansprakelijkheidsregeling en op het

vlak van de directe belastingen, dit laatste ondanks de ommezwaai die ter zake werd gemaakt.

Het mag vermoed worden dat de E.B.A. een belangrijk effect kan hebben op de maatschappelijke ordening en dit is ook de reden geweest voor deze bijdrage.

B. VAN BRUYSTEGEM

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 17 JANUARI 1985

Voorzitter: de h. Mahillon

Raadsheer-rapporteur: de h. Poupert

Advocaat-generaal: de h. Ballet

Advocaat: mr. Simont

Echtscheiding — Op grond van bepaalde feiten — Overspel — 1. Omstandigheden die er het beledigend karakter van opheffen — 2. Bewijs van het beledigend karakter — Veroordeling tot schadevergoeding door strafrechter.

1. *De artt. 229 en 231 B.W. worden geschonden door de rechter die, op grond dat het beledigend karakter van het overspel slechts kan worden opgeheven als is aangetoond dat er vanwege de andere echtgenoot verstandhouding, uitlokking of inschikkelijkheid, kuiperij, aanmoediging of duidelijk aangetoonde instemming is geweest, weigert het verweer dat gegrond is op de concrete omstandigheden van de zaak, te onderzoeken.*

2. *Uit de veroordeling van de overspelige echtgenoot door het strafgerecht tot schadevergoeding wegens morele schade volgt niet noodzakelijk dat de begane fout een beledigend of smadelijk karakter had, waarvan de ernst buiten de beoordelingsbevoegdheid valt van de burgerlijke rechter die over de vordering tot echtscheiding uitspraak moet doen.*

L. t/ M.

Gelet op het bestreden arrest, op 31 januari 1984 door het Hof van Beroep te Bergen gewezen;

Overwegende dat het arrest zijn beslissing de echtscheiding toe te staan verantwoordt op grond dat «ten deze het beledigend of smadelijk karakter enkel kon worden afgewezen als er vanwege de andere echtgenoot duidelijk aangetoonde verstandhouding, uitlokking of inschikkelijkheid, kuiperij, aanmoediging of instemming is geweest, wat ten deze niet is aangetoond, maar meer nog omdat de veroordeling door het strafgerecht tot vergoeding op burgerlijk gebied van het strafrechtelijk aangetoonde overspel bewijst dat dit overspel voor (eiser) nog steeds beledigend of smadelijk was»;

Over het eerste en het tweede middel samen, het eerste afgeleid uit de schending van de artikelen 229, 231 B.W. en 97 G.W.,

doordat het arrest de echtscheiding van de partijen ten laste van eiseres toestaat op grond van artikel 229 B.W., na erop te hebben gewezen dat eiseres «aanvoert dat haar overspel is gepleegd verschillende jaren nadat haar man de echtelijke woonplaats had verlaten en derhalve niet beledigend is», op grond dat «de wetgever twee gronden tot echtscheiding heeft ingevoerd, enerzijds, overspel, en anderzijds, geweld daden, mishandelingen of grove beledigingen; dat enkel bij laatstgenoemde gronden tot echtscheiding de houding van de ene echtgenoot ten opzichte van de andere het grof beledigend karakter kan opheffen waardoor de beëindiging van de echtverbintenis is verantwoord»,

terwijl elke tekortkoming aan de huwelijksverplichtingen om een grond tot echtscheiding uit te maken krenkend, dat wil zeggen beledigend, moet zijn voor de getroffen echtgenoot; het enige verschil tussen overspel en geweld daden, mishandelingen of grove beledigingen hierin bestaat dat overspel noodzakelijkerwijze het bij de wet vereiste ernstig karakter vertoont, terwijl de vaststelling van het ernstig karakter van geweld daden, mishandelingen of grove beledigingen aan de beoordeling van de feitenrechter wordt overgelaten; de houding van een echtgenoot, onder dezelfde omstandigheden, de fouten van de andere echtgenoot kan verzachten, ongeacht of de vordering tot echtscheiding op grond van artikel 229 dan wel van artikel 231 B.W. is ingesteld; zodat het arrest, dat het verweermiddel van eiseres afgeleid uit het feit dat haar overspel niet beledigend is, verwerpt op grond dat verweerders houding het overspel, wanneer het als «overspel» is omschreven, niet kan ontdoen van zijn grof beledigend karakter waardoor de beëindiging van de echtverbintenis is verantwoord, niet naar recht is verantwoord;

het tweede, uit de schending van de artikelen 229 B.W. en 97 G.W.,

doordat het arrest de echtscheiding tussen de partijen ten laste van eiseres toestaat op grond van artikel 229 van het Burgerlijk Wetboek, na erop te hebben gewezen dat eiseres «vervolgens betoogt dat haar overspel noch beledigend noch smadelijk is voor haar man» op grond «dat zulks ten deze niet zo kan zijn ... omdat dit beledigend of smadelijk karakter enkel kan worden opgeheven indien was aangetoond dat er vanwege de andere echtgenoot verstandhouding, uitlokking of inschikkelijkheid, kuiperij, aanmoediging of duidelijk aangetoonde instemming is geweest, wat ten deze niet is bewezen»,

terwijl overspel van de vrouw slechts een grond tot echtscheiding uitmaakt als het beledigend en smadelijk is voor de man; de feitenrechter het beledigend karakter van het

overspel moet beoordelen rekening houdend met alle omstandigheden van de zaak, zelfs buiten de gevallen waarin de tekortkoming van de echtgenote aan de plicht tot getrouwheid door de man is veroorzaakt, in de hand gewerkt of geduld; zodat het arrest, dat het verweermiddel van eiseres, hieruit afgeleid dat haar overspel niet beledigend was, afwijst op grond dat niet is aangetoond dat er verstandhouding, uitlokking of inschikkelijkheid was van de andere echtgenoot, zonder rekening te hebben gehouden met alle omstandigheden van de zaak, niet naar recht is verantwoord:

Overwegende dat het arrest, door te beslissen dat het beledigend of smadelijk karakter van het overspel slechts kan worden opgeheven als is aangetoond dat er vanwege de andere echtgenoot verstandhouding, uitlokking of inschikkelijkheid, kuiperij, aanmoediging of duidelijk aangetoonde instemming is geweest, welk bewijs niet is geleverd, oordeelt dat alleen die omstandigheden het beledigend karakter van het door de andere echtgenoot gepleegde overspel kunnen opheffen; dat het arrest derhalve, door het verweer van eiseres, ten betoge «dat haar overspel is gepleegd verschillende jaren nadat haar man de echtelijke woonplaats had verlaten en dus niet beledigend is», niet te willen onderzoeken, de in de twee eerste middelen aangewezen wetsbepalingen schendt:

Dat die middelen gegrond zijn;

Over het derde middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 229, 1350, 1382 B.W., 23 Ger. W., 4 van de wet van 17 april 1878 houdende de voorafgaande titel Sv. en 97 G.W.,

doordat het arrest de echtscheiding tussen de partijen ten laste van eiseres toestaat op grond van artikel 229 B.W., na erop te hebben gewezen dat eiseres betoogde dat haar overspel noch beledigend noch smadelijk was voor haar man, op grond: «dat het op 20 februari 1981 door dit hof uitgesproken arrest niet enkel de echtgenote tot een geldboete van 26 frank wegens herhaald overspel tussen 1 april 1977 en 27 augustus 1978 heeft veroordeeld, maar ook 1 frank heeft toegekend aan de man die zich burgerlijke partij had gesteld; dat de burgerlijke beschikkingen van een strafrechtelijke beschikking weliswaar geen gezag van gewijsde erga omnes hebben, maar toch gelden voor de betrokken partijen indien één van hen die exceptie opwerpt» en op grond: dat het overspel beledigend of smadelijk blijft «omdat de veroordeling door het strafgerecht tot burgerlijke vergoeding van het strafrechtelijk aangetoond overspel, bewijst dat dit overspel nog steeds beledigend of smadelijk bleef (voor verweerder)»,

terwijl de strafvordering wegens overspel en de rechtsvordering tot echtscheiding, nu zij twee totaal onderscheiden voorwerpen hebben, zelfs in geval van burgerlijke-partijstelling, volledig onafhankelijk van elkaar zijn; uit de veroordeling van een overspelige echtgenoot door het strafgerecht om aan de andere echtgenoot schadevergoeding wegens morele schade te betalen, niet noodzakelijk volgt dat het beledigend en smadelijk karakter van het overspel, in de zin van artikel 229 B.W., is aangetoond; zodat het arrest, dat zegt dat het overspel van eiseres beledigend was voor verweerder omdat zij door het strafgerecht was veroordeeld tot vergoeding op burgerlijk gebied van het straf-

rechtelijk vastgestelde overspel, zonder na te gaan of het overspel, gelet op alle omstandigheden van de zaak, beledigend was voor verweerder, artikel 229 B.W. schendt volgens hetwelk overspel slechts dan een grond tot echtscheiding uitmaakt als het beledigend is voor de andere echtgenoot (schending van de in het middel aangewezen bepalingen en inzonderheid van artikel 229 B.W.), de regel miskent volgens welke het gezag van gewijsde in burgerlijke zaken slechts uitwerking heeft als de gevorderde zaak dezelfde is en de vordering op dezelfde oorzaak is gegrond (schending van de in het middel aangewezen bepalingen en inzonderheid van de artikelen 23 Ger. W. en 4 van de wet van 17 april 1878) en de regel miskent volgens welke de vergoeding van de schade uit een misdrijf enkel het bestaan impliceert van een fout, een schade en een oorzakelijk verband tussen de fout en de schade (schending van de in het middel aangewezen bepalingen en inzonderheid van artikel 1382 B.W.):

Overwegende dat uit de veroordeling van de overspelige echtgenoot door het strafgerecht tot schadevergoeding wegens morele schade, niet noodzakelijk volgt dat de begane fout een beledigend of smadelijk karakter had, waarvan de ernst buiten de beoordelingsbevoegdheid valt van de burgerlijke rechter die over de vordering tot echtscheiding uitspraak moet doen;

Dat het arrest, door te beslissen «dat de veroordeling door het strafgerecht tot vergoeding op burgerlijk gebied van het strafrechtelijk bewezen overspel, aantoonde dat dit overspel nog steeds beledigend of smadelijk was (voor verweerder)», zijn beslissing niet naar recht verantwoordt;

Dat het middel in zoverre gegrond is;

(...)

NOOT—Zie, in dezelfde zin, ad 1: Cass., 8 maart 1984, *J.T.*, 1984, 426 en *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1984, 299, waarbij eveneens een arrest van het Hof van Beroep te Bergen vernietigd wordt.

Over het beledigende karakter van het overspel in de zin van het echtscheidingsrecht, zie de grondige studie van J.-L. Renchon, «L'adultère 'outrageant'. A propos d'une résistance tenace de la jurisprudence belge à rechercher les intentions, les émotions et les sentiments constitutifs d'un véritable outrage», *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1984, 213-281.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 24 JANUARI 1985

Voorzitter: de h. Mahillon

Raadsheer-rapporteur: de h. Kreit

Advocaat-generaal: de h. Velu

Advocaten: mrs. De Bruyn en Bützler

Stedebouw — Art. 37 Stedebouwwet — Openbare orde — Vordering tot schadevergoeding — Toelaatbaarheid — Vereiste.

De bepalingen van art. 37 Stedebouwwet zijn van openbare orde.

Overeenkomstig het derde lid van art. 37 kan een op dat artikel gegronde vordering tot schadevergoeding niet worden toegelaten zolang de afgifte van een bouw- of verkavelingsvergunning niet is geweigerd aan de eiser of deze geen negatief stedbouwkundig attest heeft verkregen.

Belgische Staat t/ N.V. C.

Gelet op het bestreden arrest, op 8 november 1983 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

Over het middel, afgeleid uit de schending van artikel 37, inzonderheid derde lid, van de wet van 29 maart 1962 houdende organisatie van de Ruimtelijke Ordening en van de Stedebouw, gewijzigd bij artikel 177, b, van de wet van 22 december 1977,

doordat het arrest, met bevestiging van de beslissing van de eerste rechter, de rechtsvordering van verweerster ontvankelijk verklaart en voor recht zegt dat deze recht had op de schadevergoeding die zij vorderde op grond van artikel 37 van de wet van 29 maart 1962, volgens hetwelk «schadevergoeding door het Rijk verschuldigd is wanneer het bouwverbod volgend uit een plan dat bindende kracht heeft verkregen een einde maakt aan het gebruik waarvoor een goed dient of normaal bestemd is de dag voorafgaand aan de inwerkingtreding»; dat het aldus beslist, hoewel vaststond en niet werd betwist dat verweerster nooit een aanvraag om een bouwvergunning had ingediend,

terwijl het derde lid van artikel 37 van de wet van 29 maart 1962 bepaalt dat «het recht op schadevergoeding ontstaat ofwel bij de overdracht van het goed, ofwel bij de weigering van een bouw- of verkavelingsvergunning of nog bij het afleveren van een negatief stedbouwkundig attest»; met andere woorden de vordering tot schadevergoeding van voormeld artikel 37 toelaatbaar is op voorwaarde dat de bouw- of verkavelingsvergunning is geweigerd of een negatief stedbouwkundig attest is afgeleverd; het meer bepaald niet zegt dat verweerster een bouw- of verkavelingsvergunning heeft aangevraagd, die haar is geweigerd of dat haar een negatief stedbouwkundig attest is afgeleverd; het enkel vaststelt dat het gewestplan «Waver-Geldenaken-Perwez», dat bij koninklijk besluit van 28 maart 1979 is goedgekeurd, het perceel op dat ogenblik normaal voor bebouwing bestemd was; het arrest aldus, nu het niet vaststelt dat, op het ogenblik dat de verweerster haar rechtsvordering instelde of zelfs daarna, de voorwaarden om aanspraak te kunnen maken op schadevergoeding vervuld waren, niet wettig heeft kunnen beslissen dat de op artikel 37 van de wet op de Stedebouw gegronde vordering van verweerster ontvankelijk was en dat verweerster recht had op de schadevergoeding die zij overeenkomstig die bepaling vorderde (schending van artikel 37, inzonderheid derde lid, van de wet van 29 maart 1962):

Over de grond van niet-ontvankelijkheid door verweerster tegen het middel opgeworpen en hieruit afgeleid dat eiser dat middel niet voor de feitenrechter heeft aangevoerd:

Overwegende dat de in het middel aangewezen bepalingen van de wet van 29 maart 1962 houdende organisatie van de Ruimtelijke Ordening en van de Stedebouw de we-

zenlijke belangen van de Staat raken of in het privaatrecht de juridische grondslagen van de economische orde van de maatschappij vaststellen en derhalve van openbare orde zijn;

Dat het middel niet nieuw is, zodat de grond van niet-ontvankelijkheid niet kan worden aangenomen;

(...)

Over het middel:

Overwegende dat, overeenkomstig het derde lid van artikel 37 van de wet van 29 maart 1962 houdende organisatie van de Ruimtelijke Ordening en van de Stedebouw, een op dat artikel gegronde vordering tot schadevergoeding niet kan worden toegelaten, zolang de afgifte van een bouw- of verkavelingsvergunning niet is geweigerd aan de eiser of deze geen negatief stedbouwkundig attest heeft verkregen;

Overwegende dat het arrest enkel vaststelt dat het bij koninklijk besluit van 28 maart 1979 goedgekeurd gewestplan «Waver-Geldenaken-Perwez» het perceel van verweerster, dat op het ogenblik normaal voor bebouwing was bestemd, in groengebied heeft ingedeeld;

Overwegende dat het hof van beroep uit die enkele vaststellingen niet heeft kunnen afleiden dat de vordering van verweerster ontvankelijk was en dat zij recht had op de door haar gevorderde schadevergoeding, zonder ook vast te stellen dat een van de vereisten van het derde lid van voorenvermeld artikel 37 bij de indiening van de vordering vervuld was;

Dat het middel gegrond is;

(...)

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 30 JANUARI 1985

Voorzitter: de h. Screvens

Raadsheer-rapporteur: de h. Ghislain

Advocaat-generaal: de h. Velu

Advocaat: mr. Notermans

Taalgebruik — In gerechtszaken — Door de rechtbank geassumeerde advocaat — Kennis van de taal van de rechtspleging — Examen — Vermoeden.

De advocaten die met toepassing van art. 332 Ger. W. worden opgeroepen om zitting te nemen ten einde een rechtbank voltallig te maken, zijn niet verplicht hun kennis van de taal van de rechtspleging te bewijzen door het slagen voor een examen.

Wanneer een vonnis vaststelt dat het rechtscollege voltallig is gemaakt door toevoeging van een advocaat die voldoet aan de voorwaarden van art. 322 Ger. W., wordt, totdat het tegendeel bewezen wordt, vermoed dat de advocaat moet worden geacht niet belet te zijn wegens zijn gebrek aan kennis van de taal van de rechtspleging.

G.

Gelet op het bestreden vonnis, op 27 juli 1984 in het Duits gewezen door de Correctionele Rechtbank te Ver-

viens, rechtdoende in hoger beroep, en gelet op de in dezelfde taal gestelde voorziening;

Gelet op de door de eerste voorzitter op 11 september 1984 gewezen beschikking volgens welke de rechtspleging voor het hof vanaf de terechtzitting in het Frans zal worden voortgezet;

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 779 van het Gerechtelijk Wetboek, 17, 24 en 60, § 3, van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken,

doordat eiser door de Correctionele Rechtbank te Verviers die was samengesteld uit de hh. S., L. en M., in hoger beroep is veroordeeld tot twee geldboeten van 25 frank en in de kosten is verwezen,

terwijl, eerste onderdeel, de taal van de rechtspleging het Duits was en de h. M. niet bewijst die taal machtig te zijn door te slagen voor een door de wet voorgeschreven examen dat hem in staat zou stellen een rechterlijk ambt uit te oefenen;

tweede onderdeel, de h. M. de taal van de rechtspleging niet voldoende beheerst om de debatten te kunnen volgen en deel te nemen aan het beraad, zodanig dat hij met toepassing van artikel 60, § 3, van de wet op het taalgebruik in gerechtszaken als belet moest worden beschouwd en derhalve noch aan de debatten, noch aan de beraadslaging noch aan de uitspraak van de beslissing mocht deelnemen en, nu volgens artikel 779 van het Gerechtelijk Wetboek het vonnis, op straffe van nietigheid, enkel door het voorgeschreven aantal rechters kan worden gewezen, het bestreden vonnis nietig is;

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat uit de vaststellingen van het vonnis blijkt dat advocaat M. die op het tableau van de orde is ingeschreven en ouder is dan dertig jaar, met toepassing van artikel 322 van het Gerechtelijk Wetboek is opgeroepen om zitting te nemen;

Overwegende dat geen enkele bepaling van de wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken en geen enkele andere wetsbepaling de advocaten die met toepassing van artikel 322 van het Gerechtelijk Wetboek worden opgeroepen om zitting te nemen ten einde een rechtbank voltallig te maken, verplicht hun kennis van de taal van de rechtspleging te bewijzen door te slagen voor een examen;

Dat het eerste onderdeel faalt naar recht;

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat uit de authentieke vaststellingen van het vonnis blijkt dat het is gewezen door het door de wet voorgeschreven aantal rechters;

Overwegende dat, wanneer bij vonnis wordt vastgesteld dat het rechtscollege voltallig is gemaakt, met name, door toevoeging van een advocaat die voldoet aan de voorwaarden van artikel 322 van het Gerechtelijk Wetboek, er tot het tegendeel wordt bewezen vermoed wordt dat de advocaat als niet belet moest worden beschouwd op grond dat hij de taal van de rechtspleging niet kent; dat uit geen enkel stuk waarop het Hof vermag acht te slaan blijkt dat de h. M. op die grond als belet moest worden beschouwd;

Overwegende voor het overige dat, in zoverre eiser in zijn middel aanvoert dat zijn recht van verdediging tijdens de debatten is miskend, uit geen enkel stuk waarop het Hof

vermag acht te slaan, blijkt dat eiser zodanige schending heeft aangevoerd voor de feitenrechter; dat eiser, nu hij zijn verweermiddelen over de zaak zelf zonder voorbehoud heeft voorgedragen, voor het Hof niet meer de schending van dat algemeen rechtsbeginsel mag aanvoeren;

Dat het tweede onderdeel niet kan worden aangenomen; (...)

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 6 FEBRUARI 1985

Voorzitter: de h. Screvens

Raadsheer-rapporteur: de h. Resteau

Advocaat-generaal: mevr. Liekendaal

Advocaten: mrs. Bayart en Simont

Wegverkeer — Waarde van verkeersstekens boven verkeersregels — Toepassingsvereiste — Links afslaan terwijl tegenligger door vast oranjegeel licht rijdt.

De bepaling van art. 6.2 Wegverkeersreglement, dat de verkeersstekens boven de verkeersregels gaan, onderstelt dat er een tegenstrijdigheid bestaat tussen de verkeersstekens — waartoe ook de verkeerslichten behoren (art. 60) — en de verkeersregels.

Art. 61.1, 2°, dat de betekenis van het vast oranjegeel licht bepaalt, heft de in art. 19.3,3°, vervatte verplichting, namelijk dat de bestuurder die naar links afslaat voorrang moet verlenen aan tegenliggers, ongeacht hun rijgedrag, niet op en is er niet strijdig mee.

B. t/ P.

Gelet op het bestreden vonnis, op 18 september 1984 in hoger beroep gewezen door de Correctionele Rechtbank te Namen;

Over het eerste middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 1315 van het Burgerlijk Wetboek, 154, 176 van het Wetboek van Strafvordering, 3, 4 van de wet van 17 april 1878 houdende de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering, 6.2, 6.3, 19.3, inzonderheid 3°, 60.1, 61.1, inzonderheid 2°, van het koninklijk besluit van 1 december 1975 houdende algemeen reglement op de politie van het wegverkeer, en van het algemeen rechtsbeginsel dat de strafgerechten verbiedt een beklaagde strafrechtelijk of burgerrechtelijk te veroordelen als de feiten waarvoor hij wordt vervolgd niet bewezen zijn,

doordat het bestreden vonnis, na te hebben vastgesteld dat eiseres het kruispunt waar het litigieuze ongeval zich heeft voorgedaan, was opgereden terwijl het verkeerslicht op groen stond, dat bovendien eiseres betoogde dat de verweerder P., die uit de tegenovergestelde richting kwam gereden, vóór de botsing met haar voertuig het kruispunt was opgereden en de stopstreep was voorbijgereden, ofschoon het licht reeds op oranjegeel was gesprongen, dat hij derhalve het kruispunt slechts mocht oversteken op voorwaarde dat hij eiseres niet in gevaar bracht, dat nochtans volgens de verweerder P. het licht op groen stond toen hij het voorbijreed, ten laste van eiseres bewezen verklaart dat ze

onopzettelijke slagen en verwondigen heeft toegebracht aan verschillende personen en als bestuurster van een voertuig op de openbare weg, artikel 19.3, inzonderheid 3°, van het Wegverkeersreglement heeft overtreden door geen voorrang te verlenen aan de verweerder P., die uit de tegenovergestelde richting kwam aangereden op de rijbaan die eiseres ging verlaten, eiseres wegens die misdrijven op strafrechtelijk gebied veroordeelt en haar op civielrechtelijk gebied veroordeelt tot betaling van schadevergoeding aan de verweerder N.V. L., en doordat het bestreden vonnis de beslissing grondt op de overweging dat het er niet toe deed welke de kleur van de verkeerslichten was op het ogenblik van het ongeval, aangezien het duidelijk was dat eiseres, bij het naar links afslaan, verzuimd had voorrang te verlenen aan de verweerder P., die uit de tegenovergestelde richting naderde op de rijbaan die zij ging verlaten, dat artikel 6.2 van het Wegverkeersreglement, ook al bepaalt het dat de verkeerstekens boven de verkeersregels gaan, enkel van toepassing is op de verkeerstekens en niet op de verkeerslichten die immers onder de toepassing van artikel 6.3 vallen, dat bovendien artikel 6.2 enkel moet worden toegepast in geval van strijdigheid tussen de verkeerstekens en de verkeersregels zoals die in verband met de richtingverandering, dat buiten dat geval die regels bindend blijven, en dat ten slotte uit geen enkel objectief en vaststaand gegeven van het dossier bleek dat de verweerder P. artikel 61 van het Wegverkeersreglement zou hebben overtreden,

terwijl, enerzijds, luidens artikel 60.1 van voormeld algemeen reglement op de politie van het wegverkeer de verkeerstekens onder meer de verkeerslichten omvatten, de verkeerslichten derhalve, luidens artikel 6.2 van het reglement, boven de verkeersregels gaan, de bepalingen van artikel 61.1, inzonderheid 2°, naar luid waarvan de bestuurder die de stopstreep of het oranjegele verkeerslicht is voorbijgereden, het kruispunt slechts mag oversteken op voorwaarde de andere weggebruikers niet in gevaar te brengen, bijgevolg gaan boven de bepalingen van artikel 19.3, inzonderheid 3°, naar luid waarvan de bestuurder die naar links afslaat, voorrang moet verlenen aan de tegenliggers op de rijbaan die hij gaat verlaten, de bestuurder die de stopstreep voorbijrijdt in de bij artikel 61.1, 2°, bepaalde omstandigheden, aldus de voorrang die hij genoot op grond van artikel 19.3, 3°, verliest en *terwijl*, anderzijds, zo uit de bewoordingen van het bestreden vonnis blijkt dat het volgens de feitenrechters niet bewezen was dat de verweerder P. de stopstreep was voorbijgereden terwijl het licht op oranjegeel stond, nergens uit het vonnis blijkt dat het bewezen was dat de verweerder P. de stopstreep niet in die omstandigheden voorbijgereden was, waaruit volgt dat het bestreden vonnis, nu het de tegen eiseres uitgesproken veroordelingen hierop grondt dat zij de voorrang die de verweerder P. genoot krachtens de bepalingen van voormeld artikel 19.3, 3°, heeft miskend, zonder dat uit de feitelijke vaststellingen van de rechters kan worden opgemaakt dat verweerder die voorrang genoot, de hierboven aangevoerde bepalingen van het algemeen reglement op de politie van het wegverkeer schendt, alsook het algemeen rechtsbeginsel dat is neergelegd in de voormelde artikelen van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Strafvordering en de wet van 17 april 1878, volgens hetwelk niemand door een strafrecht strafrechtelijk of burgerrechtelijk kan worden ver-

oordeeld als de hem ten laste gelegde feiten niet bewezen zijn :

Overwegende dat artikel 6.2 van het Wegverkeersreglement bepaalt dat de verkeerstekens boven de verkeersregels gaan ; dat die wettelijke bepaling onderstelt dat er een tegenstrijdigheid bestaat tussen de verkeerstekens waartoe krachtens artikel 60 van voornoemd reglement de verkeerslichten behoren, en de verkeersregels ;

Overwegende dat artikel 61.1, 2°, van het reglement bepaalt dat vast oranjegeel licht betekent dat het verboden is de stopstreep of, zo er geen stopstreep is, het verkeerslicht zelf voorbij te rijden, tenzij de bestuurder bij het aangaan van het licht, zo dicht genaderd is, dat hij niet meer op voldoende veilige wijze kan stoppen ; dat nochtans, zo dit licht bij een kruispunt geplaatst is, de bestuurder, die de stopstreep of het licht in dergelijke omstandigheden voorbijgereden is, het kruispunt slechts mag oversteken op voorwaarde de andere weggebruikers niet in gevaar te brengen ;

Dat die bepaling de in artikel 19.3, 3°, van het Wegverkeersreglement vervatte verplichting, namelijk dat de bestuurder die naar links afslaat voorrang moet verlenen aan de tegenliggers op de rijbaan die hij gaat verlaten, ongeacht hun rijgedrag, niet opheft en er evenmin strijdig mee is ;

Overwegende dat de feitenrechter derhalve wettig beslist dat het er niet toe deed welke de kleur van de verkeerslichten was op het ogenblik van het ongeval, aangezien de linksafslaande eiseres hoe dan ook voorrang moest verlenen aan de verweerder P. die uit de tegenovergestelde richting naderde op de rijbaan die zij ging verlaten ;

Dat het middel niet kan worden aangenomen ;

(...)

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 10 JUNI 1985

Afdelingsvoorzitter : de h. Soetaert
Raadsheer-rapporteur : de h. Vervloet
Advocaat-generaal : de h. Lenaerts
Advocaat : mrs. Van Hecke

Arbeidsovereenkomst — Beëindiging — Opzegging — Opzeggingstermijn — Schorsing — Inhaalverlofdagen — CAO bouwbedrijf.

In de C.A.O. van 30 juni 1980, gesloten in het N.P.C. voor het bouwbedrijf, zijn de «inhaalverlofdagen» een vorm van arbeidsduurvermindering. Zij zijn dus niet begrepen in de jaarlijkse vakantie en schorsen de door de werkgever gegeven opzegging niet.

P.V.B.A. B. t/ Van B.

Gelet op het bestreden arrest, op 15 september 1983 door het Arbeidshof te Antwerpen gewezen ;

Over het eerste middel, eerste onderdeel, en het tweede middel samen,

het eerste middel afgeleid uit de schending van de bij koninklijk besluit van 2 oktober 1980 algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomst van 30 juni 1980 gesloten in het Paritair Comité voor het bouwbedrijf betreffende de toekenning van inhaalverlofdagen aan de werklieden en werksters van de ondernemingen welke onder dat comité ressorteren, inzonderheid de artikelen 3 en 4 daarvan,

doordat het arrest, om te beslissen dat de opzeggingstermijn diende te worden geschorst tijdens de dagen van 26, 29, 30 en 31 december 1980 en 2 januari 1981, overweegt dat zowel de collectieve arbeidsovereenkomst van 17 april 1980 als het schrijven van eiseres van 29 april 1980 duidelijk en ondubbelzinnig gewag maken van een week verlof en jaarlijks verlof,

terwijl de collectieve arbeidsovereenkomst van 30 juni 1980, die algemeen verbindend werd verklaard, duidelijk handelt over inhaalverlofdagen, en niet over jaarlijkse vakantie, en een schrijven van eiseres niet vermag de aard en de rechtsgevolgen van die beslissing te wijzigen (schending van de algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomst van 30 juni 1980);

het tweede middel afgeleid uit de schending van de artikelen 28, 29, 31 en 38, §§ 1 en 2, van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten,

doordat het arrest beslist dat de aan verweerder gegeven opzeggingstermijn diende te worden geschorst en verlengd met de inhaalverlofdagen,

terwijl de opzegging gegeven door de werkgever niet wordt geschorst wanneer de uitvoering van de arbeidsovereenkomst geschorst wordt om een andere reden dan bedoeld in de artikelen 28, 1° en 2°, 29 en 31 van de Arbeidsovereenkomstenwet; het geval van inhaalverlofdagen in die artikelen niet is opgenomen:

Overwegende dat, krachtens artikel 38 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, bij opzegging gedaan door de werkgever, de opzeggingstermijn slechts ophoudt te lopen tijdens de gevallen van schorsing vermeld in «de artikelen 28, 1°, 2° en 5°, 29 en 31»; dat inhaalverlofdagen derhalve de opzeggingstermijn slechts schorsen indien zij begrepen zijn in de jaarlijkse vakantie bedoeld in artikel 28, 1°;

Overwegende dat de collectieve arbeidsovereenkomst van 30 juni 1980 de toekenning van inhaalverlofdagen in 1980 en 1981 in het bouwbedrijf regelt; dat luidens artikel 1 van die collectieve arbeidsovereenkomst, deze inhaalverlofdagen worden toegekend «ter uitvoering van de titel 'Arbeidsduurvermindering' van de collectieve arbeidsovereenkomst — protocol van akkoord — van 17 april 1980, afgesloten in het paritair comité voor het bouwbedrijf»; dat de inhaalverlofdagen derhalve een vorm van arbeidsduurvermindering zijn en niet worden toegekend om het aantal jaarlijkse vakantiedagen te verhogen; dat die inhaalverlofdagen derhalve niet begrepen zijn in de jaarlijkse vakantie bedoeld in artikel 28, 1°, van de wet van 3 juli 1978;

Dat het arrest, door op grond van de in het eerste middel weergegeven redenen te beslissen dat de door eiseres aan verweerder gegeven opzeggingstermijn was geschorst tijdens de vermelde inhaalverlofdagen, de in de middelen aangewezen wettelijke bepalingen schendt;

Dat de middelen gegrond zijn;

(...)

RAAD VAN STATE

4e KAMER — 29 MEI 1985

Kamervoorzitter: de h. Baeteman

Staatsraden: de hh. Vander Stichele en Borret

Auditeur: de h. Verhulst

Advocaten: mrs. Willaert, Demeester en Peeters

1. Raad van State — Bevoegdheid — a) Examencommissie — Vrije, privaatrechtelijke onderwijsinstelling — b) Eis tot herstelvergoeding — 2. Administratieve beslissing — a) Motieven — b) Betekening — 3. Middelen — Voor het eerst aangevoerd in memorie van wederantwoord of in laatste memorie — Niet ontvankelijk.

1.a) De beslissingen van de organen van een erkende of gesubsidieerde onderwijsinstelling met betrekking tot het uitreiken van bepaalde diploma's waartoe zij wettelijk bevoegd zijn, hebben dwingende rechtsgevolgen voor derden en zijn dan ook onderworpen aan het toezicht van de Raad van State, onverschillig de juridische vorm die de instelling heeft aangenomen, dus ook wanneer het privaatrechtelijke inrichtingen betreft.

b) De Raad van State is, op grond van artikel 11 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, niet bevoegd om uitspraak te doen over een eis tot herstelvergoeding wanneer de aanvraag zich beroept op onregelmatigheden die begaan zouden zijn bij het verrichten van de handeling.

2.a) Het komt de Raad van State niet toe als legaliteitsrechter een onderzoek in te stellen betreffende het zich al dan niet hebben voorgedaan van gebeurtenissen en daarover een oordeel te vellen; het is echter wel de taak van de Raad van State als legaliteitsrechter, na te gaan of de overheid naar recht en redelijkheid tot haar voorstelling van de feiten is gekomen, meer bepaald met inachtneming van de algemene beginselen van de bewijsvoering.

b) De betekening van een administratieve beslissing is geen essentieel element voor haar rechtsgeldigheid.

3. Middelen die reeds in het verzoekschrift hadden kunnen worden opgeworpen, maar die voor het eerst worden aangevoerd in de memorie van wederantwoord of in de laatste memorie, zijn niet ontvankelijk.

D. t/ «Inrichtende Macht» van het technisch instituut H.
Arrest nr. 25.392

Gezien een eerste verzoekschrift dat E.D. en zijn echtgenote L.G. voor hun toen minderjarige dochter Annick, geboren op 14 mei 1962, op 5 augustus 1982 hebben ingediend om de vernietiging te vorderen van de beslissing van de directeur van het technisch instituut H. waarbij Annick D. uitgesloten wordt van het afleggen van verdere examens in de eerste zitting op grond van «beweerd bedrog»;

Gezien een tweede verzoekschrift dat voornoemde verzoekers op 4 november 1982 hebben ingediend om de vernietiging te vorderen van de beslissing van de «directeur van het Technisch Instituut H., inhoudende de weigering van D. Annick tot de leergang 82/83 regentaat plastische kunsten» en om «wederpartij te veroordelen tot een schadevergoeding ex aequo et bono begroot op 100.000 fr.»;

Over de gegevens van de zaken

1. Overwegende dat de wezenlijke gegevens van de zaken kunnen worden samengevat als volgt :

Annick D. is gedurende het schooljaar 1981-1982 leerling van het technisch instituut H. in het pedagogisch hoger onderwijs van het korte type, afdeling plastische kunsten, en legt op 17 juni 1982 examen af.

In een proces-verbaal van 17 juni 1982 schrijft de voorzitter van de examencommissie het volgende : «Annick D. wordt betrapd op oneerlijkheid in de proef Deontologie en Civisme-Godsdienst : zij keek mee in de kopij van medestudente Machteld B. Toezicht : de hr. Ph. A.V., de hr. A en de hr. M. leggen het probleem voor aan de directie, de hr. Q., die beide leerlingen, in bijzijn van voornoemde heren, om uitleg vraagt.

Annick D. bevestigt de feiten, Machteld B. verklaart van heel de zaak niets af te weten, welke verklaring door Annick D. wordt beaamd. Met toepassing van de in gebruik zijnde schoolreglementering voor 2 P.H.O. wordt Annick D. de deelname aan de verdere proeven van de eerste zitting ontzegd, en wordt zij door de directie naar huis gestuurd. Telefonisch worden de ouders, in dit geval de vader, op de hoogte gebracht, onmiddellijk na het vertrek van Annick.»

De examencommissie beslist daarop Annick D. te schorsen «wegens oneerlijkheid in proef deontologie op 17 juni 1982».

Op 21 juni 1982 schrijft de moeder van de leerlinge aan de directeur : «Mijn dochter, Annick D., leerling 2e PHO-PK, zal zich op dinsdag 22 dezer en de volgende dagen aanbieden om haar eindexamenproeven verder af te leggen. Aangezien haar en mijzelf geen enkel officieel stuk betekend is die het tegendeel opponeert, vertrouw ik er dan ook op dat niets haar in de weg zal worden gelegd om onverwijld haar examen verder af te leggen. Indien U meent haar toch de deelname aan de verdere proeven te moeten ontzeggen, vraag ik U om een gemotiveerde en schriftelijke beslissing per omgaande.»

's Anderendaags en wel op 22 juni 1982 deelt zij de directeur mee dat haar dochter «wegens ziekte in de onmogelijkheid verkeert voor de rest van het huidige schooljaar aan de schoolactiviteiten deel te nemen». Bij de brief is een «verklaring van arbeidsonderbreking» wegens ziekte van 23 juni 1982 tot en met 30 juni 1982 gevoegd, uitgaande van dokter L.J., die tevens verklaart dat Annick D. «sinds april 1981 bij hem in psychiatrische behandeling is».

Nog dezelfde dag op 22 juni 1982 schrijft de moeder van de leerlinge in een tweede brief aan de directeur van het instituut het volgende : «Naar aanleiding van het onderhoud dat ik gisteren met U had i.v.m. mijn dochter Annick D. neem ik eerbiedig de vrijheid U in te lichten omtrent het volgende : U zou aan mijn echtgenoot hebben meegedeeld dat U mijn dochter de verdere deelname aan het eindexamen (geaggregeerde plastische kunsten — een eerste zitting juni 1982) diende te ontzeggen op grond van onderrichtingen uitgaande van het Nationaal Secretariaat van het Katholiek Onderwijs. Ik kon vernemen dat de voormelde instantie helemaal geen richtlijnen voorschrijft in de zin zoals U ze toepast. U had na grondig onderzoek mijn dochter voor Deontologie-Godsdienst kunnen verwijzen naar een tweede zitting. Ik meen ook te weten dat U in geval van ziekte een kandidaat na overleg met het Onderwijsministerie, de kans mag geven alleen de niet afgelegde proeven

opnieuw af te leggen in tweede zitting. Mag en kan ik hopen op enige redelijkheid van uwentwege?»

Op 25 juni 1982 schrijft de moeder van de leerling aan de directeur : «Graag werd ik dringend ingelicht omtrent het volgende : ophalen van de werken van mijn dochter Annick D., die zich nog op school bevinden ; gegevens (o.m. leerstof, lesopgaven, enz.) en richtlijnen i.v.m. de tweede examenzitting. Het is mijn bedoeling de werken en de gegevens de komende week op te halen bij U of een afgevaardigde. P.S. Het is overbodig contact op te nemen met de vader van Annick of te antwoorden op elk verzoek dat deze laatste tot U zou richten.»

Op 28 juli 1982 schrijven vader en moeder van de leerling aan de inrichtende macht van het instituut o.m. : «Voormelde D. Annick regelmatig deelnemend aan het eindexamen (juni 1982), werd tijdens deze examenperiode door de directie van de school uitgesloten van verdere deelname aan het eindexamen. De uitsluiting werd nimmer aan de kandidate en/of haar ouders betekend, noch door de directie, noch door de voorzitter van de examencommissie (samengesteld volgens de Ministeriële Onderrichtingen H.O./Z. 12) en dit niettegenstaande aangetekende ingebrekestellingen door ondergetekenden die onbeantwoord zijn gebleven. Een aangetekend verzoek tot directeur Q. i.v.m. de betekenis van de Ministeriële Onderrichtingen TO ZN 99 bleef eveneens onbeantwoord. Bij schrijven van 1 juli 1982 werd door de directie aan betrokkene meegedeeld, dat zij met toepassing van de Ministeriële Onderrichtingen T.O. ZN 99 alle examenproeven diende af te leggen in tweede zitting. Rekening houdende met het feit dat betrokkene in eerste zitting vijftien vakken volledig en twee gedeeltelijk had afgelegd, en rekening houdend met het feit dat hier verwezen wordt naar de vermelde Ministeriële Onderrichtingen, wordt betrokkene behandeld en beschouwd als 'uitgestelde' kandidate. Beleefd verzoeken de ondergetekenden om een antwoord en dit voor 15 augustus e.k.»

Op 20 september 1982 schrijven de ouders aan de directeur o.m. : «Indien hun dochter na een eerste of een tweede zitting niet zou slagen in het eindexamen voor geaggregeerde plastische kunsten, dan is het hun voornemen dat hun dochter het tweede jaar regentat plastische kunsten zou hervatten aan het Technisch Instituut H.»

Op 4 oktober 1982 schrijven zij nog : «In aansluiting met het gesprek dat U had met onze dochter Annick (in het bijzijn van een medestudente) noteren wij, dat U onze dochter het hervatten van de studiën aan het regentat plastische kunsten ontzegt. Graag kenden wij in dit verband per kerende uw motivering.»

Op 12 oktober 1982 schrijven zij dat zij de directeur in gebreke stellen daar hun brieven onbeantwoord zijn gebleven.

Betreffende de ontvankelijkheid van beide beroepen

a) Betreffende het eerste beroep

2. Overwegende dat verzoekster de vernietiging vordert van de beslissing van de directeur van het instituut waarbij zij uitgesloten wordt van het afleggen van verdere examens in de eerste zitting ; dat de verwerende partij aanvoert dat het beroep niet ontvankelijk is «daar de aangevochten beslissing geen bestuurshandeling is behorende tot de materiële bevoegdheid van de Raad van State» ;

Overwegende dat verzoekster hierop antwoordt, met ver-

wijzing naar het arrest van de Raad van State Scheuermann, nr. 19.776 van 27 juli 1979, dat het criterium om uit te maken of de Raad van State bevoegd is, niet is of de handeling verricht is door een instelling die als administratieve overheid is opgericht, maar wel of de beslissing genomen is in het raam van een aan de instelling toegekende administratieve, dit is publiekrechtelijke opdracht;

Overwegende dat de beslissing van de directeur te beschouwen valt als een anticipatieve beslissing die nadien overgenomen en bekrachtigd werd door de examencommissie; dat derhalve het eerste beroep meer bepaald de beslissing van de examencommissie tot voorwerp heeft;

Overwegende dat het diploma van geaggregeerde voor het secundair onderwijs (plastische kunsten) overeenkomstig de wettelijke en reglementaire bepalingen van het technisch hoger onderwijs slechts kan worden afgegeven door de examencommissies ingericht door de afdelingen van de hogere technische scholen die in het kader van de wetten op het technisch onderwijs zijn ingericht, erkend of gesubsidieerd, of door de centrale examencommissie, dat aldus aan bepaalde instellingen — in welke juridische vorm ook opgericht, dus ook wanneer het privaatrechtelijke inrichtingen betreft — in het algemeen belang de uitsluitende bevoegdheid is toegekend om het diploma van geaggregeerde voor het secundair onderwijs te verlenen waaraan bepaalde rechtsgevolgen zijn verbonden zoals o.m. het recht om benoemd te worden aan een rijksinstelling, dat de beslissingen van de organen van een erkende of gesubsidieerde instelling met betrekking tot het uitreiken van bepaalde diploma's waartoe zij wettelijk bevoegd zijn, dwingende rechtsgevolgen voor derden hebben; dat dergelijke beslissingen dan ook onderworpen zijn aan het toezicht van de Raad van State onverschillig de juridische vorm die de instelling heeft aangenomen; dat de exceptie niet gegrond is;

b) Betreffende het tweede beroep

3. Overwegende dat het tweede beroep vooreerst gericht is tegen de beslissing van de directeur waarbij verzoekster «uitgesloten werd van de (verdere) studies regentaat plastische kunsten (schooljaar 1982-1983)»;

Overwegende dat de verwerende partij in dit verband stelt dat, wat deze «beslissing betreft, geen geschriften bestaan en alles gebaseerd is op een gesprek waarin wel sterk werd aangedrongen de studie voort te zetten in een andere instelling, wat betrokkene uiteindelijk zelfs niet blijkt gedaan te hebben»;

Overwegende dat verzoekster staande houdt dat haar mondeling door de directeur toegang tot het instituut werd ontzegd; dat verzoekster hiervan de bevestiging vindt in het feit dat de directeur van het instituut de brief van haar ouders waarbij zij om uitleg vroegen over de uitsluiting, niet heeft beantwoord;

Overwegende dat uit de gegevens van de zaak blijkt dat verzoekster toegelaten werd tot het volgen van de lessen van het daaropvolgende schooljaar; dat het middel in feite faalt;

Overwegende dat verzoekster in haar tweede verzoekschrift ook vraagt de verwerende partij «te veroordelen tot een schadevergoeding ex aequo et bono begroot op 100.000 fr.»;

Overwegende dat de Raad van State, op grond van artikel 11 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, niet bevoegd is om uitspraak te doen over een eis tot her-

stelvergoeding wanneer de aanvraag zich beroept op onregelmatigheden die begaan zouden zijn bij het stellen van de handeling; dat het tweede beroep in zijn tweede onderdeel niet ontvankelijk is;

Ten aanzien van de rechtmatigheid van de bestreden beslissing

4. Overwegende dat verzoekster in het eerste middel aanvoert dat zij nooit enig bedrog heeft toegegeven en dat het «kijken in een richting» niet met bedrog kan worden gelijkgesteld;

Overwegende dat de verwerende partij daartegenover stelt dat verzoekster het bedrog wel degelijk heeft toegegeven in het bijzijn van de directeur, twee docenten en een medeleerlinge, dat deze bevindingen onmiddellijk werden neergeschreven in een proces-verbaal ten gerieve van de overige commissieleden;

Overwegende dat verzoekster hierop antwoordt dat het bedrog niet vermoed wordt, dat zij steeds betwist heeft bedrog te hebben gepleegd, dat de medeleerlinge er niets van af weet en dat het bewijs niet geleverd is; dat zij hieraan toevoegt: «Het is opmerkelijk dat de heer directeur Q. steeds voorhoudt dat de betrokkene zou hebben bekend 'bedrog' te hebben gepleegd. Waarom heeft hij haar alsdan het proces-verbaal van 17 juni 1982 niet voor akkoord laten tekenen?»;

Overwegende dat het aan de Raad van State als legaliteitsrechter niet behoort om een onderzoek in te stellen betreffende het zich al dan niet hebben voorgedaan van gebeurtenissen en daarover een oordeel te vellen; dat de taak van de Raad van State als legaliteitsrechter is, na te gaan of de overheid naar recht en redelijkheid tot haar voorstelling van de feiten is gekomen, meer bepaald met inachtneming van de algemene beginselen van de bewijsvoering;

Overwegende dat, toen verzoekster op 17 juni 1982 naar huis werd gestuurd en de ouders op de hoogte waren gebracht, de enen noch de anderen blijkbaar niets hebben ontkend; dat de moeder van verzoekster op 21 juni 1982 aan de directie meedeelde dat haar dochter zich voornam voor de nog af te leggen vakken verder aan het examen deel te nemen, doch 's anderendaags meldde zij dat haar dochter niet langer aan het examen zal deelnemen ten gevolge van haar ziekte; dat de moeder naar aanleiding van het onderhoud met de directeur op 22 juni 1982 vroeg verzoekster wegens haar ziekte een kans te geven om de niet afgelegde proeven af te leggen in de tweede zitting; dat in al die gevallen het gepleegde bedrog niet betwist werd; dat het middel niet opgaat;

5. Overwegende dat verzoekster in het tweede middel aanvoert dat de uitsluiting door de directie nooit werd betekend aan betrokkene; dat de zaak nooit aan de examencommissie werd voorgelegd; dat de uitsluiting arbitrair en eenzijdig gebeurde «niettegenstaande aangetekende ingebrekestelling, die steeds onbeantwoord bleef»;

Overwegende dat de verwerende partij daartegenover stelt dat onverwijld contact met de voorzitter van de examencommissie is opgenomen en schriftelijk verslag van het gebeurde is opgemaakt, terwijl de ouders onmiddellijk van feiten en sanctie telefonisch op de hoogte zijn gebracht; dat op de deliberatievergadering van de voltallige examencommissie het gebeurde werd besproken en de sanctie werd be-

vestigd, wat trouwens blijkt uit het proces-verbaal van de deliberatie;

Overwegende dat verzoekster repliceert dat de beslissing tot examenschorsing nooit werd betekend aan betrokkene en haar ouders en nietig is «aangezien ze niet werd genomen door de rechtsgeldige instantie, namelijk de examencommissie»;

Overwegende dat de betekening van de bestreden beslissing geen essentieel element is voor de rechtsgeldigheid van de beslissing; dat zowel verzoekster als de ouders meer dan eens in kennis werden gesteld van de beslissing, zij het dan ook mondeling; dat het middel voor het overige faalt aangezien de beslissing formeel door de examencommissie werd genomen; dat het middel niet gegrond is;

6. Overwegende dat verzoekster in het derde middel aanvoert dat het tegenstrijdig is enerzijds uitsluiting wegens examenfraude toe te passen en anderzijds verzoekster als een «uitgestelde» te behandelen, hetgeen blijkt uit het feit dat zij alle vakken opnieuw zou moeten afleggen, ofschoon zij vijftien vakken volledig en twee gedeeltelijk had afgelegd;

Overwegende dat de verwerende partij daartegenover stelt dat principieel in dergelijke gevallen van oneerlijkheid de betrokken kandidaten niet zomaar beschouwd worden als uitgestelde kandidaten maar als kandidaten die door de aard van de sanctie geen eindresultaat behaalden in de eerste zitting, wat tot gevolg heeft dat zij in het gunstigste geval — wanneer de examencommissie van oordeel is dat er een reële kans op slagen is — toegelaten kunnen worden tot de tweede zitting; dat echter de door verzoekster behaalde cijfers van de reeds afgelegde proeven duidelijk maken dat er echt getwijfeld werd aan die kans en dat zij derhalve veeleer mild op de deliberatie werd behandeld;

Overwegende dat verzoekster hierop repliceert dat uit het feit dat zij naar de tweede zitting werd verwezen, blijkt dat zij als een «uitgestelde» kandidate werd beschouwd en behandeld en dan ook vrijstellingen kon genieten zodat zij enkel voor het betrokken vak mocht worden uitgesloten, maar niet voor de nog af te leggen vakken, terwijl de reeds afgelegde vakken zeker niet door de opgelegde maatregel mochten worden getroffen;

Overwegende dat verzoekster niet werd beschouwd als een gewone gezakte kandidate, ook al werd haar toegestaan zich voor de tweede zitting aan te melden; dat overigens verzoekster niet in aanmerking kon komen voor enige vrijstelling aangezien zij geen 60 % van het totaal der punten had behaald zodat haar middel faalt;

7. Overwegende dat verzoekster in haar memorie van wederantwoord aanvoert dat door het uitbreiden van de examenuitsluiting tot alle nog af te leggen examenvakken en het verbeurd verklaren van alle reeds afgelegde proeven, een niet verantwoorde sanctie die niet in redelijke verhouding staat met de begane inbreuk, werd genomen;

Overwegende dat dit middel reeds in het verzoekschrift had kunnen ingeroepen worden zodat het niet ontvankelijk is;

8. Overwegende dat om de voorgaande reden niet ontvankelijk zijn de middelen waarbij verzoekster in haar laatste memorie aanvoert dat enerzijds het toezicht tijdens het examen niet op een wettelijke wijze was georganiseerd, namelijk door twee commissieleden en anderzijds dat de examencommissie onwettig was samengesteld,

(Verwerping)

NOOT—1. Vgl., in dezelfde zin, m.b.t. de bevoegdheid van de Raad van State t.a.v. private rechtspersonen, Raad van State, 16 oktober 1981, nr. 21.467, E. Franssens, *R.W.*, 1981-82, 1139; in Frankrijk: Conseil d'Etat, 23 maart 1983, s.a. Bureau Veritas, *D.A.*, 1983, nr. 185.

2. Zie m.b.t. de eis tot herstelvergoeding: A. Van Oevelen, *Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad in België*, 1984, inzonderheid nrs. 42-46.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

3e KAMER — 10 JANUARI 1984

Voorzitter: mevr. de Man

Raadsheren: de hh. Van Nuffel en Van Coppenolle

Advocaat-generaal: de h. Rigaux

Advocaten: mrs. Marinus en De Winter

Burgerlijke rechtspleging — Echtscheiding op grond van bepaalde feiten — 1. Aanzegging van het hoger beroep aan de griffier — Beroepsfout van de gerechtsdeurwaarder — Overmacht — 2. Ontvankelijkheid van de tegeneis echtscheiding ingesteld in hoger beroep.

1. Een partij kan zich niet beroepen op overmacht, wanneer de door haar advocaat aangezochte gerechtsdeurwaarder nagelaten heeft het hoger beroep tegen een vonnis dat de echtscheiding toestaat, kennis te geven aan de griffier van de rechtbank van eerste aanleg.

2. Het verval van het hoger beroep tegen een vonnis dat de echtscheiding toestaat, wegens verzuim van tijdige kennisgeving van het hoger beroep aan de griffier heeft niet tot gevolg de onontvankelijkheid van de in hoger beroep ingestelde tegeneis tot echtscheiding.

C. t/ C.

Overwegende dat ter zitting van 29 november 1983 partijen akkoord gingen om het debat te beperken tot de vraag of het verval van het hoger beroep bepaald door artikel 1273 van het Gerechtelijk Wetboek dient te worden toegepast en tot het onderzoek van de ontvankelijkheid, en bij bevestigend antwoord, gegrondheid van voormelde tegeneis van appellante;

1. Verval van het hoger beroep

Overwegende dat ingevolge artikel 1273 van het Gerechtelijk Wetboek het onderhavige beroep tegen een vonnis waarbij echtscheiding wordt toegestaan, op straffe van verval binnen acht dagen na de dag waarop het beroep werd ingesteld ter kennis van de griffier diende te worden gebracht, zegge ten laatste op vrijdag 5 augustus 1983; dat, nu bewuste kennisgeving pas op 8 augustus 1983 werd uitgevoerd, deze kennisgeving te laat gebeurde en het hoger beroep vervallen is;

Overwegende dat appellante vraagt van dit verval ontheven te worden op grond van overmacht;

Overwegende dat, bij brief van 28 juli 1983, de vorige

raadsman van appellante de gerechtsdeurwaarder gelastte «z  r dringend met gemotiveerd deurwaardersexploot hoger beroep aan te tekenen» en «conform artikel 1273 Ger. W.» de akte van hoger beroep «binnen acht dagen ter kennis te brengen van de Griffie van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen»; dat de akte van hoger beroep onderaan vermeldt: «Ondergetekende gerechtsdeurwaarder hierbij verklarende dat onderhavig exploit binnen de wettelijke termijn zal worden aangezegd aan de heer Griffier bij de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen, dit om te voldoen aan de bepalingen van art. 1273 van het Gerechtelijk Wetboek»;

Overwegende dat deze vermelding, hoewel zij de advocaat redelijkerwijze mocht doen geloven dat aan het voorschrift van artikel 1273 van het Gerechtelijk Wetboek zou voldaan worden, nochtans hem niet de zekerheid gaf dat eraan voldaan was; dat geen omstandigheid of feit wordt aangetoond van dien aard dat de advocaat op onoverkomelijke wijze verhinderd werd ervoor te waken dat tijdig tot kennisgeving werd overgegaan; dat in dit opzicht geen overmacht aan te houden valt;

Overwegende dat anderdeels ten aanzien van appellante de ter zake door de gerechtsdeurwaarder begane beroepsfout niet kan worden beschouwd als een fout van een derde, soort van vreemde oorzaak gelijk te stellen met overmacht;

Overwegende dat, in tegenstelling tot wat appellante meent, de tussenkoms van de gerechtsdeurwaarder waarop gedwongen een beroep dient te worden gedaan, hier niet te beschouwen is als een dienstverhuring, dat de gerechtsdeurwaarder niet als een «onderaannemer» dan wel als een «uitvoeringsagent» van de advocaat van appellante optrad; dat de ter zake opgetreden — vrijelijk gekozen — gerechtsdeurwaarder, die door de ad litem gemandateerde advocaat van appellante belast werd om voor deze litigerende partij en in haar naam een rechtshandeling te verrichten, optrad als de in de plaats gestelde lasthebber van die advocaat;

Overwegende dat de fouten of nalatigheden van de lasthebber de lastgever binden indien zij zijn begaan binnen de perken van het mandaat en dat zij op zichzelf voor de lastgever geen vreemde oorzaak, toeval of overmacht, uitmaken; dat hetzelfde geldt voor de daden van de in de plaats gestelde lasthebber die voor zoveel de indeplaatsstelling tegenwerpelijk is aan de oorspronkelijke lastgever zoals in het ter zake verwezenlijke geval, deze lastgever binden zoals de daden van de lasthebber zelf;

Overwegende dat ten deze de belaste gerechtsdeurwaarder door te laat het hoger beroep aan te zeggen, niet buiten de perken van zijn mandaat heeft gehandeld maar binnen de perken van zijn mandaat een fout heeft begaan; dat deze fout moet worden beschouwd als die van appellante zelf;

Overwegende dat er derhalve geen grond tot opheffing van het verval is;

2. Ontvankelijkheid tegeneis tot echtscheiding

Overwegende dat het verval van het hoger beroep tegen een vonnis dat echtscheiding toestaat, opgelopen wegens verzuim van tijdige kennisgeving van het hoger beroep aan de griffier niet de onontvankelijkheid met zich brengt van de wedereis tot echtscheiding ingesteld in hoger beroep;

Overwegende dat deze tegeneis vooralsnog niet ten gron-

de gestaaft wordt; dat appellante aanbiedt door alle mid-

delen van recht het bewijs van vier feiten te mogen leveren; Overwegende dat die feiten bepaald en ter zake dienend zijn; dat op het bewijsaanbod dient te worden ingegaan; (...)

NOOT—1. Zie i.v.m. de ontvankelijkheid van de tegeneis: Fettweis, A., Kohl, A. en de Leval, G., *Elements de la procedure civile*, II, 1984, 405, nr. 783; Brussel, 5 juni 1973, *Pas.*, 1974, II, 6; Brussel, 12 november 1974, *Pas.*, 1975, II, 63; anders: Luik, 11 maart 1980, *Jur. Liège*, 1981, 9, noot contra De Leval, G. en Rev. Trim. Dr. Fam., 1981, 423, noot contra Kohl, A.

2. Zie i.v.m. de aansprakelijkheid van advocaten en gerechtsdeurwaarders en overmacht voor hun cliënt: De Puydt, P., *De aansprakelijkheid van advocaten en gerechtsdeurwaarders*, Antwerpen, 1983, 130, nr. 153, en 200, nr. 244; zie tevens Van Oevelen, A., noot onder Gent, 26 februari 1981, *R.W.*, 1982-83, 439.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

4e KAMER — 16 MEI 1984

Voorzitter: de h. Spaas

Raadsheren: mevr. Bertrand en de h. Verschueren

Advocaten mrs. Colson loco Smeets en Thiery

Onrechtmatige daad — Aansprakelijkheid — Werkgever — Bedrieglijke praktijken van werknemer.

De kopers van een personenwagen onverhandigden de ontleende koopsom aan een aangestelde van de verkoper die deze som verduisterde.

De verkoper is krachtens artikel 1384, derde lid, B.W. aansprakelijk voor het bedrog van zijn aangestelde. Dat de persoonlijke lening op afbetaling mogelijk op ongeoorloofde wijze werd verkregen, staat hieraan niet in de weg.

B. t/ N.V. G.

Overwegende dat appellanten zich tot de rechtsvoorganger van geïntimeerde, de P.V.B.A. M., wendden om een personenwagen Renault R8 te kopen en met de aangestelde van de P.V.B.A. M., de genaamde Philippe J., onderhandelden;

Overwegende dat appellanten herstel van de schade wensen te krijgen die zij ten gevolge van het onrechtmatig handelen van de genaamde J. hebben geleden; dat appellanten derhalve niet moeten aantonen dat zij een geldige koopovereenkomst omtrent voornoemde personenwagen met de P.V.B.A. M. hebben gesloten, doch wel dat de genaamde J. de strafbare feiten, waarvoor hij bij een in kracht van gewijsde getreden vonnis van de Correctionele Rechtbank te Tongeren van 2 februari 1979 werd veroordeeld en die aan appellanten schade berokkend, als aangestelde van de P.V.B.A. M. tijdens zijn bediening pleegde, en dat deze strafbare feiten ermee verband houden, ook al is het onrechtstreeks en occasioneel;

Overwegende dat de genaamde J. in dienst van de P.V.B.A. M. werkte als verkoper-bediende en blijkens het

door appellanten overgelegde straf dossier namens de P.V.B.A. M. de koopcontracten mocht opstellen en gelden innen; dat J. tevens over blanco formulieren beschikte om de financieringscontracten met F. Credit in te vullen;

Overwegende dat de door appellanten met de genaamde J. gevoerde onderhandelingen, zijnde het ondertekenen van het koopcontract op 16 maart 1977 met voorziene financiering van de auto ten belope van 140.000 fr., het daaropvolgend door bemiddeling van J. gesloten contract van persoonlijke lening op afbetaling van 18 maart 1977 met de financieringsmaatschappij F. waarop een valse bestemming van de lening werd vermeld «inrichting woning», hoewel de lening in feite bestemd was voor de financiering van de aankoop van de personenwagen en het aan J. betalen van de ontleende som van 140.000 fr. door middel van drie cheques voor de aankoop van de auto, gebeurden in het kader van de aankoop van de personenwagen Renault R8 bij de P.V.B.A. M.; dat appellanten alle verrichtingen omtrent de aankoop en financiering van de auto aan de genaamde J. als aangestelde van de P.V.B.A. M. toevertrouwden en dat J. in verband met zijn bediening het vertrouwen van appellanten misbruikte en de ontvangen som voor eigen doeleinden aanwendde;

Overwegende dat geïntimeerde beweert maar niet aantoonde dat appellanten zelf wisten dat zij op een onregelmatige wijze een persoonlijke lening op afbetaling verkregen, dat appellanten door voornoemd vonnis van de Correctiebank te Tongeren van 2 februari 1979 werden vrijgesproken van de hun ten laste gelegde valsheid in geschrifte in verband met voornoemde persoonlijke lening op afbetaling; dat deze vrijpraak erga omnes geldt;

Overwegende dat het niet-betalen van het voorschot van 37.000 fr. door appellanten aan J. zonder invloed op het geschil is en mogelijkwijze alleen de schade heeft beperkt;

Overwegende dat geïntimeerde in een slechte positie verkeert om appellanten «hun eigen onwetendheid en misplaatste goede trouw» ten kwade te duiden, zodat appellanten zelf hun eigen schade zouden moeten dragen wanneer de rechtsvoorganger van geïntimeerde zelf wegens het aanwerven van en het vertrouwen in haar aangestelde het mogelijk maakte dat de genaamde J. tijdens de bediening over een periode van zes maanden voor meer dan 800.000 fr. gelden van derden verduisterde;

Overwegende dat appellanten in hun rechtmatig vertrouwen zijn verschalkt en op grond van artikel 1384, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek integrale schadevergoeding van geïntimeerde kunnen eisen;

Overwegende dat appellanten het ontleende en aan J. overgemaakte bedrag van 140.000 fr. aan de financieringsmaatschappij moesten terugbetalen in dertig maandelijke aflossingen van ieder 3.856 fr., in totaal 175.681 fr.; dat laatstgenoemd bedrag de reële schade is; dat geïntimeerde tot terugbetaling van de som van 175.680 fr. is gehouden;

Overwegende dat de bijkomende en door appellanten te dragen kosten werden veroorzaakt door de inbreuk van appellanten op hun contractuele verplichtingen ten opzichte van de financieringsmaatschappij, zodat de bedragen boven de som van 175.680 fr. niet ten laste van geïntimeerde kunnen worden gevorderd;

(...)

BURGERLIJKE RECHTBANK TE TURNHOUT

KORT GEDING — 13 OKTOBER 1983

Voorzitter: de h. Boeckx

Advocaten: mrs. Van Damme en Caers

1. Begraafplaats — Opgraving — 2. Lijkschouwing — Uitzonderlijke maatregel.

1. De voorzitter in kort geding is onbevoegd om de opgraving van een lijk te bevelen, daar dit behoort tot de bevoegdheid van de gemeentelijke overheid.

2. De uitzonderlijke maatregel van opgraving en lijkschouwing is slechts te rechtvaardigen in uitzonderlijke omstandigheden, daar de naaste familieleden van de overledene erdoor worden geraakt in hun kwetsbare gevoelens van eerbied voor de afgestorvene.

N.V. D. t/ D. e.a.

Overwegende dat eiseres aanvoert arbeidsongevallenverzekeraar te zijn van de P.V.B.A. M. te G., waarvan de aangestelde Alfons dodelijk slachtoffer werd van een verkeersongeval waarbij hij zich zonder aanwijsbare redenen te pletter reed op een wegmarkeringswagen;

Overwegende dat zij aanvoert dat er geen verklaarbare reden is waarom het slachtoffer deze wagen aanreed; dat zij meent dat er ernstige aanduidingen zijn dat het slachtoffer getroffen werd door hartinfarct;

Overwegende dat eerste verweerster ten onrechte de urgentie betwist;

Overwegende dat de voorzitter der rechtbank inderdaad onbevoegd is om de opgraving te bevelen, daar dit behoort tot de bevoegdheid van de gemeentelijke overheid;

Overwegende dat tot op heden geen enkel ernstig element duidt op het feit dat het slachtoffer getroffen werd door een hartinfarct; dat het ongeval het gevolg geweest kan zijn van andere oorzaken die wellicht zullen blijken uit het strafrechtelijk onderzoek;

Overwegende dat de uitzonderlijke maatregel van opgraving en lijkschouwing slechts te rechtvaardigen is in uitzonderlijke omstandigheden daar de naaste familieleden van de overledene erdoor worden geraakt in hun zeer kwetsbare gevoelens van eerbied voor de afgestorvene;

Overwegende dat de weduwe van de afgestorvene zich met stelligheid verzet tegen ontgraving en lijkschouwing;

Om die redenen,

Zeggen voor recht dat: 1) wij onbevoegd zijn om een ontgraving te bevelen; 2) de vordering tot aanstelling van een deskundige-geneesheer met opdracht een schouwing te verrichten op het lijk van Alfons S. wordt afgewezen als ongegrond. Kosten aan te houden.

VREDEGERECHT TE ZANDHOVEN

11 JUNI 1985

Rechter: de h. Lembrechts

Registratierechten — Openbare verkoping — Controleschatting.

De in art. 189 W. Reg. bedoelde controleschatting kan slechts worden gevorderd om van de door de partijen opgegeven prijs of aangegeven waarde te doen blijken. Ze kan niet worden gevorderd in andere gevallen waarin de prijs of de waarde niet door de partijen zelf naar eigen goedvinden wordt opgegeven, zoals bij een openbare verkoping.

Ontvanger van de Registratie en Domeinen

1. Mevrouw de ontvanger der Registratie en Domeinen vraagt ons «de schatting te bevelen op datum van 22 mei 1984 van twee percelen bouwgrond, elk 400 m² groot, gelegen te Z., en te dien einde één of drie deskundigen te benoemen». Ze kent aan deze goederen op datum van 22 mei 1984 een waarde toe van 840.000 frank en stelt dat de verkrijgers op basis van het verschil tussen dit bedrag en de in de akte vermelde prijs van 713.940 frank vermoedelijk als rechten 15.758 frank verschuldigd zijn en als boete 15.758 frank. Daar met de verkrijgers geen akkoord kon worden bereikt om de waardering door één of drie deskundigen te laten doen, vraagt ze ons op grond van art. 192 W. Reg. de schatting te bevelen en één of drie deskundigen te benoemen.

2. De vrederechter kan op verzoekschrift deskundigen aanwijzen «wanneer dit hem toekomt krachtens overeenkomst tussen partijen of krachtens de wet, of wanneer het voorwerp van het deskundigenonderzoek tot zijn volstrekte bevoegdheid behoort» (art. 594 Ger. W.). Er moet dan ook worden nagegaan of het ons krachtens de door verzoekster ingeroepen wet toekomt deskundigen aan te wijzen.

3. De ontvanger der Registratie heeft volgens art. 189 W. Reg. de bevoegdheid om de schatting te vorderen van in België gelegen onroerende goederen, die het voorwerp van de overeenkomst uitmaken, ten einde van de ontoereikendheid van de uitgedrukte prijs of de aangegeven waarde te doen blijken.

De «uitgedrukte prijs» of «de aangegeven waarde» is het bedrag dat partijen zelf, naar eigen goedvinden, in de akte of verklaring vermelden en dat lager kan zijn dan de werkelijk overeengekomen prijs of waarde.

Dit wordt bevestigd door artt. 200 en 201 W. Reg. waar de term «opgegeven» prijs wordt gebruikt en door de in art. 201 W. Reg. gestelde geldboete ten bedrage van het ontdoken recht.

Partijen hebben dus, om rechten te ontduiken, een lagere prijs opgegeven of een lagere waarde aangegeven dan de werkelijk overeengekomen prijs of waarde. En indien deze opgegeven prijs of aangegeven waarde lager is dan de door de schatting opgeleverde begroting, moet de verkrijger het bijkomend recht betalen met de moratoire interesten en, zo het tekort gelijk is aan of hoger dan 1/8 van de opgegeven prijs of aangegeven waarde, ook de kosten van de procedu-

re en een geldboete ten bedrage van het ontdoken recht (art. 200 W. Reg.).

De verkrijger wordt dus gestraft. Doch straf kan slechts worden opgelegd wanneer een fout of onvoorzichtigheid werd begaan. «Ni des dommages-intérêts, ni une peine, ne peuvent être encourus que par une faute ou tout au moins une imprudence, car sans faute ou imprudence il ne peut y avoir ni délit ni contravention». (Cass., 17 juli 1850, *Pas.*, 1852, I, 21, advies proc.-gen. Leclercq.)

De controleschatting kan dus slechts worden gevorderd om van de ontoereikendheid van de door partijen opgegeven prijs of aangegeven waarde te doen blijken. Niet in andere gevallen waarin de prijs of de waarde niet door partijen zelf naar eigen goedvinden wordt opgegeven.

4. De percelen bouwgrond, waarvan de schatting wordt gevraagd, hoorden in onverdeeldheid toe aan vier eigenaars, waaronder één gesekwestreerde.

Bij vonnis van 29 februari 1984 van de eerste kamer der Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen, werden de bekende medeëigenaars gemachtigd om tot de openbare verkoping van deze gronden te doen overgaan en werd mr. P. Van den H. als notaris aangewezen.

Op de wijze bepaald bij art. 1193 Ger. W. werd de openbare verkoping gehouden ten overstaan van ons, vrederechter, en werden de twee percelen bouwgrond op de tweede zitdag, 22 mei 1984, aan de meestbiedenden toegewezen voor de prijs van 650.000 frank plus de kosten.

5. De controleschatting van deze goederen kan dan ook niet worden gevorderd.

De prijs is immers niet door partijen zelf, naar eigen goedvinden, opgegeven, doch de werkelijke prijs, die in openbare verkoping, gehouden volgens de wettelijke voorschriften, als hoogste bod werd bereikt.

Door het hoogste bod te doen begingen de verkrijgers van deze goederen geen fout of onvoorzichtigheid. Bijkomend recht, moratoire interesten, kosten van de procedure en eventueel boete, als bepaald in art. 200 W. Reg., die het gevolg van een controleschatting kunnen zijn, mogen niet te hunnen laste komen. Zij mogen niet worden gestraft.

Trouwens, de openbare verkoping van goederen waarin onbekwamen gerechtigd zijn, werd door de wet voorgeschreven om de belangen van deze personen te beschermen. De prijs die met naleving van de wettelijke formaliteiten wordt verkregen is volgens het advies van procureur-generaal Leclercq «un prix équivalent à la valeur vénale dans un temps donné» (Cass., 17 juli 1850, *ibidem*).

Het verzoek kan dan ook niet worden ingewilligd (Cass., 17 juli 1850, *Pas.*, 1852, I, 2; Cass., 3 januari 1889, *Pas.*, 1889, I, 78).

(...)

NOOT — Betreffende de herschatting van onroerende goederen

A. Het probleem dat voor de vrederechter rees, is niet nieuw. Wel is het zo dat het probleem der herschattingen bij publieke verkoping zich pas veelvuldig heeft voorgedaan sedert enkele jaren precies wanneer de prijzen resoluut zijn gaan dalen en de registratie zich hier niet bij neerlegt. Het aantal recente parlementaire vragen in verband hiermee ligt er niet om. De openbare opinie reageert blijkbaar erg negatief op de ijver van de registratie en de recht-

zoekende loopt onder meer aan bij de wetgever (zie Coen, *Bul. Senaat*, 11 mei 1982, p. 502; Damseaux, *Bul. Kamer*, 19 oktober 1982, p. 2800; Van den Broeck, *Bul. Senaat*, 25 december 1984, p. 464).

Het is zo dat automatisch een vrederechter, op vraag van de registratie een schatter aanstelt en bijna nooit eens principieel bekijkt of het hem ook na gerechtelijke openbare verkoop toekomt deskundige(n) aan te wijzen. In vorenstaande beschikking besloot de vrederechter de vraagsteller af te wijzen omdat geen herschatting van de prijs bereikt bij een gerechtelijke openbare verkoop mogelijk zou zijn.

Deze op het eerste gezicht originele beschikking die de controleschatting weigert na gerechtelijke verkoop, sluit aan bij reeds oude cassatiearresten (Cass., 17 juli 1851, *Réc. Gén.*, 1278; Cass., 3 januari 1889, *Rec. Gén.*, 11.151; twee arresten van Cass., 18 april 1889; *Rec. Gén.*, 11.227).

De redenering hierin opgebouwd werd door cassatie nooit verlaten maar wel door rechtsleer en heel wat lagere rechtbanken (geciteerd bij Werdefroy, *Registratierechten*, A.P.R., nr. 284, aan te vullen met Gent, 16 juni 1956, *Rec. Gen.*, 19.768).

De vrederechter neemt ze uitdrukkelijk over, zij het anders geformuleerd:

1) De wet heeft de gerechtelijke verkopeningen met zorg georganiseerd precies om de juiste verkoopwaarde te bereiken. Schattingen zijn benaderende pogingen; de gerechtelijke verkopeningen, goed georganiseerd met efficiënte publiciteit, mogelijkheid van tweede zitdag en van hoger bod zijn juist als een godsoordeel. Weet een beschouwende schatter soms beter dan zijne majesteit «de koper» wat de koopprijs is die men op de vrije markt wil bieden?

2) Controleschatting bestaat enkel voor vrijwillige overeenkomsten waar men prijsbewimpeling wil bestrijden (art. 189 Reg. W.). Hoe verklaart men anders de term «opgegeven» prijs in de artt. 200 en 201 Reg. W.?

3) Hoe kan men in alle openheid een boete (art. 201 Reg. W.) rechtvaardigen die automatisch (mogelijk beperkt) speelt bij schatting boven de in de gerechtelijke veiling bekomen prijs. Hoe verklaart men de term «ontdoken» recht bij correcte prijsvorming in een openbare verkoop?

4) Hoe kan men verklaren dat de koper in gerechtelijke veiling (trouwens in alle openbare veilingen) die het hoogste bod doet en «toewijs» krijgt, naast een onbegrijpelijke boete ook nog eventueel de kosten van de procedure te betalen krijgt indien het verschil tussen de «opgegeven» prijs en het resultaat van de schatter gelijk is of groter dan een achtste.

In het standaardwerk van Werdefroy (nr. 284) worden deze argumenten naar hun morele opwerpingen niet weerlegd maar wel weggeschreven — terecht of ten onrechte — op basis van de teksten van het Wetboek der Registratierechten, zoals ook Genin deed (nr. 1872) maar deze laatste zonder één enkel argument. Op basis van de letterlijke woorden van de eminente Werdefroy werd dan ook hoger beroep ingesteld tegen de beschikking van de vrederechter te Zandhoven met de volgende argumenten:

1° Art. 189 maakt controleschatting mogelijk voor alle verkrijgingen bij overeenkomst en een openbare verkoop is dat ook. Zij biedt geen garantie dat voldaan is aan artikel 46 namelijk dat de heffing niet lager mag zijn dan de verkoopwaarde.

2° De taak van de vrederechter bestaat uitsluitend in de aanstelling van een expert zonder de gegrondheid of oppor-

tuniteit van de gevraagde schatting te beoordelen (Werdefroy, *Registratierechten*, A.P.R., nr. 295, en Donnay, nr. 1311).

B. Door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen werd in een merkwaardig vonnis van de 1e Kamer 4 maart 1982 — niet gepubliceerd — ook het probleem der herschatting na *vrijwillige* openbare verkoop hoewel principieel toegelaten, zeer origineel bekeken.

De vrederechter had in het door de registratie gewild automatisme, de schatter aangesteld ter controleschatting na een *vrijwillige* openbare veiling maar de expert heeft zich niet beperkt tot een materiële schatting zoals gebruikelijk en stelde zelf — heel principieel — de diverse problemen op een rij.

Hij meent dat een groot deel der rechtsleer en rechtspraak — het betreft evenwel allemaal lagere rechters in duidelijke tegenspraak met cassatie voormeld — de prijs behaald in een openbare veiling als fiscaal te herschatten aanvaarden en gaat zelf hierop ook in (contra Zandhoven) hoewel hij er dadelijk aan toevoegt dat de normale openbare verkoop de normale verkoopwaarde behaalt.

De deskundige zegt ook waarom: 1. de verantwoordelijkheid en beroepsernst van de notaris die zijn ambt verleent; 2. de prijs in openbare veiling behaald moet als zekerheid kunnen gelden (zie ook Zandhoven); 3. een eigenaar kan slechts de verkoopwaarde op bindende wijze laten vaststellen door veiling veeleer dan door enige vrijblijvende schatting. Mag ik er zelf inderdaad aan toevoegen dat tien schatters, normaal tien diverse prijzen tot «de» verkoopwaarde zullen vastleggen!

Hierop onderzocht de deskundige de feitelijkheden van deze vrijwillige openbare verkoop in al zijn concrete omstandigheden en besloot dat de notaris deze als een goed huisvader had behartigd. In het concreet geval was de veilingprijs 480.000 fr. en had de koper doorverkocht voor 650.000 fr. en herschatte de registratie beide verkopen op 850.000 fr. (sic). Deze cijfers lijken verrassend maar dergelijke herschattingen zijn legio al is het vaak bij dezelfde ontvangers.

De rechtbank volgde de expert in zijn redenering dat de hogere prijs van de tweede verkoop kon resulteren zowel uit objectieve elementen (zoals verbeteringswerken, wijziging huursituatie, beschikbaarheid) als uit subjectieve (gelegenheidswaarde, onderschatten door koper van de restauratiekosten, gebrek aan marktkennis van een geïsoleerde koper).

Ook in haar besluit volgde de rechtbank de deskundige die concludeerde dat, aangezien de verkoping degelijk en goed was georganiseerd en in normale omstandigheden plaatsvond, de verkregen prijs bijgevolg beantwoordde aan de verkoopswaarde.

Daar het registratiewetboek (art. 199) het deskundig verslag niet vatbaar verklaart voor beroep doch slechts voor nietigheid op basis van wetsovertreding, materiële vergissing of niet-naleving van substantiële vormvereisten (Rb. Gent, 25 oktober 1966, *Rec. Gén.*, 21.026) was de vordering van de Registratie voor de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen hierop gebaseerd en werd ze afgewezen omdat de rechtbank van oordeel was dat de expert zijn taak naar behoren volbracht door te handelen zoals hij deed en dat dit als een volwaardige schatting moet worden beschouwd, precies omdat hij tot het besluit kwam dat door

deze openbare veiling de juiste prijswaarde werd bereikt omdat de notaris ze feilloos had georganiseerd.

Deze Antwerpse visie sluit aan bij het standpunt van Donnay (nrs. 1293 en 1332) waar gesteld wordt dat alleen de schatter oordeelt welke methode van vaststelling der verkoopwaarde hij kiest en de rechtbank zich niet in te laten heeft met de beoordeling hiervan.

Hoewel het verslag uiteraard behoorlijk gemotiveerd dient te zijn, kiest de schatter op onaantastbare wijze de steunpunten van zijn verslag en is het voldoende dat hij deze weergeeft (Rb. Brugge, 20 juni 1962, *Rec. Gén.*, 20.704).

De rechtbank mag zich niet inlaten met de beoordeling maar moet enkel vaststellen of het verslag melding maakt van schattingswijze, grondslagen van schatting en opbouw van het resultaat. Indien dit voorhanden is, blijkt de schatting regelmatig.

Zo werd de Registratie ook hier bij een vrijwillige verkoop — zij het op totaal andere gronden dan te Zandhoven waar het over een gerechtelijke verkoop ging — afgewezen.

C. De rechtszekerheid is ongetwijfeld gediend met die rechtspraak vooral als we weten hoe moeilijk de taak van de individuele schatter blijkt te zijn. Hoewel de vrederechter de meest absolute keuzevrijheid heeft, zal zelfs de knapste schatter akkoord gaan dat hij steeds problemen heeft met de documentatie; de zogenaamde vergelijkingspunten.

Alleen de registratie beschikt over *alle* vergelijkingspunten precies omdat alle verkopen, ruilingen, delingen, inbreng in vennootschap noodzakelijkerwijze bij haar terecht komen en zij alleen beschikt zelf over bijhorende kwalificatielementen zoals huurwaarde omdat huurcontracten ook verplicht te registreren zijn.

Dit archief is evenwel voor elke buitenstaander — expert of niet — ontoegankelijk. In elk geval van herschatting legt de registratie een tabel vergelijkingspunten voor. Dat men zich evenwel over de volledigheid hiervan geen illusies make. Ze zijn goed gekozen als argument om de poging tot herschatting te stofferen. Alle andere worden niet vrijgegeven. De registratie toont zich hier vaak duidelijk pleitende partij en geen objectieve bibliothecaris, zodat het marktbeeld vertrokken overkomt. Aangezien de geïsoleerde schatter aangewezen is op dit vaak vertekend beeld en niet gewapend is om het aan te vullen, evenmin als de belastingplichtige zelf, wordt een goede schatting moeilijk.

Er is maar één mogelijke tegenpool die objectief kan zijn, en dat is het notariaat. Bewust van het probleem heeft men — per arrondissement — gewerkt aan een bibliotheek van vergelijkingspunten. Hier op eigen benen, daar in samenwerking met Credoc. Ook de notarissen zijn in staat hetzelfde te doen als de registratie op voorwaarde dat zij allen samenwerken omdat zij *samen* — naast de registratie — kennis hebben van alle akten, zonder uitzondering. Te Antwerpen bijvoorbeeld verzamelen de notarissen per jaar zowat 6.000 vergelijkingspunten.

Als de andere experts geen toegang krijgen tot een van beide archieven — wat het geval is — staan zij als deskundige ongewapend omdat zij niet over deze essentiële bagage kunnen beschikken.

Vele notarissen staan vaak zeer weigerachtig tegenover de taak van expert-schatter, maar zijn verplicht deze houding te herzien omdat de belastingplichtige op hen moet kunnen rekenen voor een gemotiveerde juiste waardering.

Het Antwerps notariaat heeft zich georganiseerd en een bijkomende stap gezet om elke lacune uit te sluiten door zelf een schatter op te leiden die, met de zware bagage waarover hij beschikt, bekwaam is tot elke controleschatting.

Het is inderdaad vrij naïef te beslissen zoals Gent, 26 maart 1960, *Rec. Gén.*, 20.558, dat de schatter vrij en soeverein is in de keuze van zijn vergelijkingspunten en er geen verantwoording over verschuldigd is als men weet — uit de praktijk — dat hij meestal *enkel* inzage krijgt van door de registratie «uitgekozen» vergelijkingspunten. De particulier staat daar met blote handen tegenover.

Enkele jaren later behandelde hetzelfde Hof van Beroep te Gent (arrest van 23 april 1971, *Rec. Gén.*, 21.567) een geval waarin de expert bij schatting van nijverheidsgebouwen ongetwijfeld verkeerde vergelijkingspunten opgeven kreeg vanwege de registratie en alvast geen enkel gebouwd pand ter vergelijking kon opgeven. Het verslag werd nietig verklaard. Het bewijst wel de afhankelijkheid van de expert.

Indien de vrederechters, zoals in Zandhoven, weer zouden aansluiten bij de gevestigde cassatierechtspraak inzake controleschatting na gerechtelijke openbare verkoop en bovendien — inzake vrijwillige openbare verkopen — de rechtbanken van eerste aanleg de toch wel goed opgebouwde stelling zouden volgen van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen, zou de *rechtszekerheid* er duidelijk bij winnen. Het probleem van aanstelling van een expert inzake controleschatting zou minder vaak rijzen en alvast niet meer als de «verkoopwaarde» na een goed georganiseerde verkoop duidelijk is vastgesteld door het koperspubliek.

Richard Celis

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof Gent (9e Kamer), 2 juni 1983

Testament — Interpretatie — Met inachtneming van alle vermeldingen van het testament — Bijzonder legaat aan «de wettelijke erfgenamen van mijn echtgenoot of aan hen die in hun plaats getreden zullen zijn volgens de regelen van de plaatsvervulling» — Verwijzing naar erfregeling ab intestato.

Albert Van G., vooroverleden echtgenoot van Rosalia L., had een broer, Herman Van G. (thans geïntimeerde) en een halfzuster, Godelieve Van G., die overleden is maar een zoon, Luc T., heeft achtergelaten, van wie appellante voogdes is.

Het geschil betreft de wijze van verdeling van een bijzonder legaat dat door Rosalia L. werd vermaakt bij openbaar testament dat verleden werd voor notaris D. en waarin de betwiste beschikking als volgt is gelibelleerd: «Ingeval ik na mijn echtgenoot zou overlijden, vermaak ik bij wijze van bijzonder legaat aan de wettelijke erfgenamen van mijn echtgenoot of aan hen die in hun plaats getreden zullen zijn

volgens de regelen van de plaatsvervulling en de vertegenwoordiging de helft ...»

De eerste rechter (Rb. Gent, 23 september 1980) heeft geoordeeld dat de testatrice de legatarissen heeft willen befigtigen op de wijze waarop ze door de wet tot de nalatenschap van haar man zouden zijn geroepen, d.w.z. drie vierde voor de broer van haar man en een vierde voor de zoon van zijn halfzuster (zie art. 752 B.W.).

In hoger beroep wordt de stelling van de voogdes, die beweert dat het legaat bij helfte moet worden verdeeld, als volgt verworpen:

«Het is duidelijk dat de testatrice, geërfd hebbende van haar vooroverleden echtgenoot, diens erfgenamen wilde bedenken na haar overlijden; het is een plausibele veronderstelling dat ze dat wilde doen in de mate van hun verwantschap met haar echtgenoot, dat ze hen precies wilde geven wat zij, bij afwezigheid van testamentaire beschikking van die echtgenoot, uit diens nalatenschap zouden hebben verkregen;

«Men mag ook veronderstellen dat alle vermeldingen van de legatering — het gaat om een testament vóór notaris — hun betekenis hebben; welnu, om louter aan te duiden wie de legatarissen zijn volstond het te zeggen 'de wettelijke erfgenamen van mijn echtgenoot'; de toevoeging 'of aan hen die in hun plaats zullen getreden zijn volgens de regelen van de plaatsvervulling en de vertegenwoordiging' is ongetwijfeld bedoeld ter verduidelijking van de manier waarop die wettelijke erfgenamen bedacht worden.»

(Voorzitter: de h. De Witte — Raadsheren: de hh. Mertens en Van Avermaet — Advocaten: mrs. Penninckx loco Van de Werf en Heerman loco Van Rooy — In de zaak: S. t/ Van G.)

Hof Antwerpen (8e Kamer), 18 oktober 1985

Strafvordering — Burgerlijke partij — Eis tot tussenkomst — Ingesteld door beklaagde tegen zijn verzekeraar die niet motorrijtuigenverzekeraar is — Niet ontvankelijk.

Beklaagde heeft met een niet verzekerd voertuig een ongeval veroorzaakt waarbij derden lichamelijke letsels opliepen. Na beklaagde strafrechtelijk te hebben veroordeeld behandelt het arrest de vorderingen van de burgerlijke partijen. Ten aanzien van de eis tot tussenkomst die de beklaagde heeft ingesteld tegen zijn verzekeraar, beslist het hof:

«Overwegende dat de dagvaarding tot gedwongen tussenkomst van de N.V. D., niet als aansprakelijkheidsverzekeraar van het motorrijtuig maar als verzekeraar van burgerlijke aansprakelijkheid, niet ontvankelijk is;

«Overwegende dat immers, buiten afwijkende bepalingen uit en bijzondere wet, de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de tussenkomst niet van toepassing zijn op de strafgerechten;

«Overwegende dat beklaagde zich ten onrechte beroept op het derden-verzet om aan te tonen dat een belang voldoende is om derden in het strafproces te kunnen betrekken ook buiten de voorwaarden vereist voor derden-verzet, daar het derden-verzet een uitzonderlijk rechtsmiddel is dat

slechts kan worden aangewend wanneer de wet de strafrechter toestaat een veroordeling, een sanctie of een andere maatregel uit te spreken tegen een derde die niet vooraf in de zaak geroepen is;

«Overwegende dat niet betwist wordt en vaststaat dat het motorvoertuig bestuurd door beklaagde niet verzekerd was; dat dientengevolge het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds in de plaats gesteld wordt van de verplichtingen van voormelde als aansprakelijke dader.»

(Voorzitter-rapporteur: de h. Vanderhoeft — Raadsheren: de h. Vandeplass en mevr. Beeckman — Advocaten: mrs. Ruiters, Gelsen loco Vanagt, Smets, Knapen, Wouters, Timmermans, Pieters loco Driessen en Cox loco Smets — in de zaak: P. e.a. t/H. e.a.).

NOOT—Zie A. De Nauw, *Tussenkomst van derden voor de strafrechter*, A.P.R., nrs. 32-42 en 75.

Arbeidshof te Brussel (7e Kamer), 25 oktober 1984

Ziekte- en invaliditeitsverzekering — 1. Recht op prestaties — Uitsluiting — Deelname aan sportwedstrijd (autocross) — Bezoldiging — Gering bedrag van de vergoeding — Geen bezoldiging — 2. Recht op prestaties — Uitsluiting — Zware fout — Begrip — Verrichten van handelingen met hoger risico — Deelname aan autocrosswedstrijd — Geen zware fout.

«1. Het geschil betreft (...) een strikte of een extensieve interpretatie van het begrip bezoldiging, verleend door de organisatoren van een autocrosswedstrijd aan amateur-deelnemers, niet beroepsdeelnemers.

«Aansluitend bij de rechtsleer samengevat in de oplegingsrede 'Sport en Sociaal Recht' uitgesproken door de eerste advocaat-generaal V. Vandermeersch op de plechtige openingszitting van het Arbeidshof te Gent op 2 september 1975 (R.W., 1975-76, 586), is het hof van oordeel dat, nu het door appellant te verwachten voordeel als prijs door zijn bescheidenheid uitmunt, deze geringe vergoeding eerder een symbolische dan daadwerkelijke bezoldiging uitmaakt die dan ook niet als bezoldiging in de zin van bedoeld artikel 70, § 3, a, te beschouwen valt.

«In de onderhavige zaak wordt in de conclusie van appellant aangetoond, en overigens worden deze cijfers niet betwist, dat de winnaar als prijs een bedrag van maximum 2.800 fr. kon ontvangen, terwijl de laagste toegekende prijs 150 + 200 = 350 fr. bedroeg.

«Appellant, die door het ongeval zwaar gewond de wedstrijd moest onderbreken, kon derhalve slechts bij het eventueel uitrijden van de finale een prijsvoordeel verwachten gaande van 350 tot maximum 2.800 fr.

«In aanmerking genomen de kosten en uitgaven van onderhoud en in gereedheid brengen van de auto voor de wedstrijd volgens de voorgeschreven veiligheidsnormen die de beoefening van deze sport met zich meebrengt, is bedoelde prijs, zelfs wanneer hij nadien aangevuld wordt door het genot van een gedeelte van de speciale «Trofee Fair Play», waarvan het geïndividualiseerd bedrag ook klein is zoals is uiteengezet in de conclusies, een dermate gering bedrag dat deze vergoeding veeleer als aanmoediging tot de beoefening

van deze sport geldt, derwijze dat zij, in weerwil van wat geïntimeerde vertoogt, geen bezoldiging uitmaakt in de zin van bedoelde wetsbepaling (cf. Arbh. Luik, 22 december 1970, *J.T.T.*, 1971, 82).

«2. Ten onrechte doet geïntimeerde nog gelden dat appellant, door deel te nemen aan bedoelde autocrosswedstrijd, met kennis van zaken een buitengewoon risico aanvaardde, wat als zware fout te beschouwen valt, zodat hij hierdoor onder het toepassingsveld valt van de tweede uitsluitingsmaatregel, bepaald bij artikel 70, § 3, b, van dezelfde wet.

«Zware fout in de zin van bedoelde wetsbepaling veronderstelt dat diegene die ze heeft bedreven zich schuldig maakt aan een daad waarvan hij klaarblijkelijk het gevaar kende of moest kennen en hij bovendien nalaat de meest elementaire voorzichtigheidsmaatregelen te nemen welke ieder wijs mens behoort te nemen om het bekende risico teniet te doen of tot normale grootte te beperken.

«Zoals blijkt uit de gegevens van het dossier, is een autocrosswedstrijd een vrij onschuldige sportmanifestatie, die, hoewel zij ongetwijfeld door het verschijnsel van de competitiedrang een bepaald ongevalsrisico inhoudt, niettemin geen groter ongevalsrisico bevat dan het beoefenen van andere sporten, zoals ski, voetbal, atletiek, enz.; bovendien worden strikte veiligheidsnormen opgelegd aan de deelnemers.

«Het louter verrichten van een handeling die een hoger risico inhoudt, is echter niet gelijk te stellen met zware fout in de zin van voornoemde uitsluitingsmaatregel; vereist is bovendien dat het slachtoffer zich schuldig maakt aan een onverschoonbare nalatigheid m.b.t. te treffen veiligheidsmaatregelen.»

(Voorzitter : de h. Geys — Raadsheren in sociale zaken : de hh. Huysegoms en Van Stichel — Advocaat-generaal : de h. Keereman — Advocaten : mrs. André loco Van de Put en De Cuyper — In de zaak : L. t/ Landsbond der Christelijke Mutualiteiten)

Rb. Antwerpen (Raadkamer), 23 september 1985

Bewijs — In burgerlijke zaken — Getuigenverhoor — Katholiek priester — Biechtgeheim.

«Overwegende dat zowel in de rechtspraak als in de rechtsleer het principe aanvaard wordt dat een katholiek priester ertoe gehouden is de geheimen die hem in het kader van het sacrament van de biecht zijn toevertrouwd, te bewaren (zie Cass., 5 februari 1877, *Pas.*, 1877, I, 114);

«Overwegende dat getuige B. derhalve een wettige reden aanvoert om te worden ontslagen van het afleggen van een getuigenis nopens datgene wat hem in het kader van de biecht is toevertrouwd;

«Overwegende dat getuige als priester en buiten de biecht vertrouwelijk geraadpleegd werd en hij op die wijze kennis heeft gekregen van zekere vertrouwelijke inlichtingen;

«Overwegende dat zekere rechtsleer thans aanvaardt dat een bedienaar van een officieel erkende godsdienst gehouden is het stilzwijgen te bewaren over aangelegenheden die hem in het kader van zijn geestelijk ambt zijn toever-

trouwd, en de rechtspraak ook in die zin lijkt te evolueren; (zie Pierre Lambert, *Le secret professionnel*, p. 186 e.v.; Corr. Charleroi, 30 mei 1968, *J.T.*, 1968, 514);

«Overwegende dat derhalve aanvaard dient te worden dat getuige B. ook het stilzwijgen dient te bewaren nopens die aangelegenheden die hem als priester zijn toevertrouwd, zodat hij ontslagen dient te worden daarover een getuigenis af te leggen;

«Overwegende evenwel dat er geen wettige reden bestaat om getuige te ontslaan van het afleggen van een getuigenis nopens die feiten of inlichtingen welke getuige buiten de biecht of zijn priesterambt verkregen heeft.»

(Voorzitter : de h. Vertessen — In de zaak : B. t/ B.)

Arbrb. Oudenaarde (3e Kamer), 18 april 1985

Bestaansminimum — 1. Bestaansmiddelen — Feitelijk gezin — Samenwonen met werkloze — In aanmerking te nemen werkloosheidsuitkeringen — 2. Terugvordering — Verzoek om van de terugvordering af te zien wegens billijkheidsredenen — Toelaatbaarheidsvereisten.

«Overwegende dat niet wordt betwist dat eiseres een feitelijk gezin vormt met de heer M., zodat gelet op artikel 13 van het koninklijk besluit van 30 oktober 1974, het gedeelte van zijn bestaansmiddelen dat het bedrag overschrijdt van het bestaansminimum toegekend aan de derde categorie (jaarbedrag op 1 oktober 1984: 109.151 frank) kan aangerekend worden als bestaansmiddelen;

«Dat het ter zake om een samenwonen van een stabiele aard gaat, zodat er geen enkele reden is om het inkomen van de concubijn vrij te stellen, nu de gezamenlijke bestaansmiddelen van echtgenoten in rekening worden gebracht;

«Overwegende dat eiseres aanvoert dat het inkomen van het feitelijk gezin bijna volledig opgeslorpt wordt door de terugbetaling van vroeger aangegane schulden;

«Dat het leefgeld echter in geen geval bestemd is om vroeger aangegane schulden te dekken maar wel om de onmiddellijke noden te lenigen; dat het ook geen twijfel lijdt dat eiseres het bestaan van het inkomen van haar concubijn kende, aangezien hij dagelijks naar de stempelcontrole moet gaan;

«Dat het zonder belang is of eiseres al dan niet opzettelijk dit gegeven niet bekend maakte aan de verwerende partij;

«Dat de beslissing tot intrekking van de toekenning van het bestaansminimum derhalve terecht getroffen werd;

«Nopens het verzoek 'dat de verwerende partij zou afzien van terugvordering om redenen van billijkheid' en de subsidiaire vraag om met termijnen te mogen afbetalen;

«Overwegende dat de terugvordering zelf geregeld wordt door de artikelen 14 en 14bis van de wet op het bestaansminimum;

«Dat het O.C.M.W. kan afzien van de terugvordering op aanvraag van de gerechtigde, wegens redenen van billijkheid en nadat de beslissing tot terugvordering aan eiseres is medegedeeld;

«Dat de administratieve procedure ter zake nog niet werd

uitgeput zodat de vordering voorbarig en ontoelaatbaar is.»

(Voorzitter : de h. Moreels — Rechters in sociale zaken : de hh. Morelle en Dubois — Arbeidsauditeur . de h. Mertens — Advocaat : mr. Van Melkebeke — In de zaak : De T. t/ O.C.M.W. Brakel)

BOEKEN

D. KOKKINI-IATRIDOU, *Enkele methodologische aspecten van rechtsvergelijking*, Deventer, Kluwer, 1985, 83 p.

Dit boekje bevat het preadvies voor de jaarvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, gehouden in de gezellige Maastrichtse rechtsfaculteit op 20 december 1985. Uitgaande van de vaststelling dat de rechtsvergelijking zich nog steeds in een pre-paradigmatische fase bevindt (d.w.z. dat zich nog geen wijd aanvaarde wetenschappelijke orthodoxie heeft opgedrongen), vraagt de auteur zich af of het niet wenselijk zou zijn de lat wat lager te leggen en te kiezen voor een minder ambitieuze en realistische benadering dan thans het geval is. Zij pleit dan ook voor het opstellen van een bescheidener onderzoeksagenda en voor een beter beroep op team-work. Tot hier kan ik haar goed volgen, ook nog wanneer zij voorstelt een «transnationaal» lexicon van juridische termen en een thesaurus van comparatieve begrippen op te stellen (hoewel ook dit al vrij ambitieus zou kunnen blijken te zijn).

Wanneer mevrouw Kokkini echter toekomt aan de behandeling van de vergelijkende methodologie — en dat is de kern van haar betoog (p. 28-61) — overvalt mij een indruk van «dèjà vu» die schril afsteekt tegen haar pleidooi voor minder ambitie. Afgezien van enkele detailpunten ontgaat mij het verschil tussen hetgeen zij voorstaat en wat Constantinesco reeds in 1974 schreef in het tweede deel (*La méthode comparative*) van zijn monumentale *Traité de droit comparé*. Alleen beschouwt zij de vergelijkbaarheid van termen als het fameuze *tertium comparationis*, terwijl Constantinesco — m.i. terecht — verklaart daaraan geen behoefte te hebben. Ik vind dus niet dat de preadviseur «zich reeds alle vrijheden heeft aangematigd» (p. 64); integendeel, het verhaal klinkt vrij bekend in de oren. Wél is het een niet geringe prestatie op enkele tientallen bladzijden helder een omvangrijke literatuur gepresenteerd te hebben : voor degene die vlot kennis wil maken met deze materie is dit dan ook een nuttige bijdrage.

Men moet toegeven dat de auteur enkele hete hangijzers niet uit de weg gaat. Eén daarvan is het probleem van het waarde-oordeel, dat ook in de discussie over dit preadvies uitvoerig aan bod kwam. Hoewel zij zich kan voorstellen dat er een paar gevallen zijn waarin de waardering niet nodig is, vindt Kokkini het waarde-oordeel een onmisbaar deel van het vergelijkend onderzoek. Naar mijn gevoel zal er echter veel afhangen van hetgeen de onderzoeker nastreeft. Indien het doel bv. is het eigen recht te verbeteren, zal een waardering geboden zijn, precies vanuit die vraagstelling («is het nuttig?»), maar indien het onderzoek bv. algemene kennisopbouw nastreeft, loopt de evaluatie al sneller het risico ethnocentrisch te zijn en dus onwetenschappelijk. Dit probleem wijst ook op de noodzaak telkens het onderscheid te maken tussen micro- en macro-rechtsvergelijking, een onderscheid dat naar mijn smaak zowel in het preadvies als in de bespreking ervan onvoldoende aan bod kwam. Het probleem van het grote gewicht van het privaatrecht in de rechtsvergelijking zou dan immers eveneens in een juist perspectief komen te staan. Immers, slechts in de macro-rechtsvergelijking wegen de privaatrechtelijke instituten zwaar door (aldus wordt de indeling in rechtssystemen nooit bepaald of beïnvloed door de vraag of een regime presidentieel of parlementair is, en zelfs niet door de vraag of het democratisch of autoritair is). In de micro-rechtsvergelijking daarentegen is de methode principieel dezelfde, of men nu regels of instituten uit het privaatrecht dan wel uit het publiekrecht vergelijkt.

Dit zijn «oude» problemen van de rechtsvergelijking : zulks bevestigt de indruk dat wij nog niet helemaal toe zijn aan vastgestelde paradigma's voor de beoefening ervan. «Rechtsvergelijking : methode of wetenschap?» is een vraag die reeds sedert het grote Parijse congres van 1900 weerkeert, en het lijkt er sterk op dat ze nog niet aan beantwoording toe is.

Filip Reyntjens

W. WILMS, *De ingebrekestelling — De kwijttende verjaring*, Swinennen, Brussel, 1985, 129 p.

Deze dubbele monografie verschijnt als achtste deeltje in de prolegomena-reeks van Swinnen (o.l.v. A. Vandeplas en J.P. Spreutels). De eerste behandelt de «ingebrekestelling», de tweede de «kwijttende verjaring» van de artt. 2271-2272 en 2274-2275 van het Burgerlijk Wetboek, die een vermoeden van betaling vormt, en aldus onderscheiden is van de bevrijdende verjaring (middel van onontvankelijkheid). Beide onderwerpen worden functioneel benaderd, met oog voor de praktische kant van de zaak, en met vele verwijzingen naar rechtsleer en rechtspraak. Op het eerste gezicht hebben zij met elkaar niet zoveel te maken — ze zijn ook gescheiden geschreven en apart leesbaar —, doch ze gaan uit van een zelfde belangstelling en inspiratie, zodat de beschouwingen in elk van beide die in de andere kunnen verduidelijken.

De gemeenschappelijke belangstelling betreft onderwerpen die de verwevenheid van materieel recht en procedure kunnen illustreren. Met die gemeenschappelijke inspiratie valt aan te tonen dat het materieel recht maar functioneert via de regels van de procedure.

Dit wordt eerst geïllustreerd voor de ingebrekestelling : de gevolgen daarvan (verschuiving van het prestatierisico, lopen van moratoire interest) worden niet zomaar aan de akte vastgehecht, maar zijn een resultaat van het bewijsrechtelijk functioneren van de ingebrekestelling : de risicoverdeling geschiedt niet rechtstreeks, maar door een verdeling van de bewijslast, waarbij de bewijsgronden in beginsel beperkt worden tot elementen die de ingebrekestelling voorafgaan (zie art. 1302 B.W.); zo ook is het lopen van de moratoire interest functie van de ingebrekestelling als bewijs (vermoeden) van wanprestatie en van het tijdstip der wanprestatie. Naast de gevolgen van de ingebrekestelling wordt ook het vereist zijn ervan begrepen in een (voor-)processueel kader. Insgelijks wordt voor de gevallen van kwijttende verjaring aangetoond dat de belangenafweging die in het recht plaatsvindt, geconditioneerd wordt door en functioneert via de procedure. Procedure is in dit alles ruimer dan het proces ; zij omvat immers voorbereidende handelingen, zoals de ingebrekestelling, maar ook reeds het op schrift stellen der verbintenissen. Dit alles kan een geding voorkomen, soms zelfs vervangen, maar laat eerst recht tot uiting komen dat het recht niet formalistisch hoeft te zijn, maar wel fundamenteel vorm is.

Deze achtergrond herinnert aan de stellingen van N. Luhmann, met name in zijn *Legitimation durch Verfahren*. Zij zet onze gangbare opvattingen over recht op zijn kop, of liever. Opnieuw met de voeten op de grond, namelijk het recht zien vanuit de procedure, vanuit de rechtsoverheid, dit «nieuwe formalisme» is immers ook een «nieuw realisme» : eerst daardoor wordt het opnieuw mogelijk de rechtsverhouding te zien als een gejuridiseerde maatschappelijke verhouding, en niet als een louter rechterlijke constructie. Ook voor dit punt heeft de auteur een bijzondere aandacht : hij legt telkens de nadruk op de aard van de (maatschappelijke) verhouding waarop de behandelde rechtsregels betrekking hebben, precies om die verhouding door de regels heen tot haar recht te laten komen. Hij schetst ook telkens die verhoudingen in de tijd van 1804 en in de huidige tijd. Daarin wordt de *ratio legis* gevonden ; daarop, en niet op begrippenjurisprudentie, worden dan ook praktische stellingnamen gegrond, zoals het verwerpen van de stelling dat een dagvaarding een voorafgaande ingebrekestelling overbodig maakt, of de goedkeuring van de tendens om in geval van schriftelijke overeenkomst de kwijttende verjaring buiten spel te zetten. Processueel denken leidt zo tot een rechtstechnisch verantwoorde wijze van «sociologische» uitlegging.

Ten slotte wijst het ons reeds enigszins op de grenzen van de juridisering die ook grenzen van het recht zijn.

Hierdoor kan het boekje dan ook zowel aan advocaten — wegens het praktisch belang der ingebrekestelling en de heldere uiteenzetting daarover — als aan iedereen die belangstelling heeft voor juridisch denken, aanbevolen worden.

Matthias-Edward Storme

J. STEENBERGEN en R. BARENTS, **Inleiding tot het mededingingsrecht**, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1984, XI + 217 p.

Dit boek stelt teleur. Het lost geenszins de verwachtingen in die de titel en de namen van de auteurs, beiden specialist in het domein van het mededingingsrecht, oproepen. Onze teleurstelling betreft vooral de wijze waarop het boek is samengesteld. Een groot deel van het boek wordt ingenomen door de integrale weergave van verdragsbepalingen en verordeningen (pp. 30-31, 51-52, 54-57, 59-67, 71-88, 93-94, 103-105, 109-110, 115-117, 119, 121, 125-130, 135-137, 153, 159-184, 191-200): alles bij mekaar 73 bladzijden. De door J. Steenbergen bezorgde tekst is grotendeels de letterlijke overname van voordien gepubliceerd werk (Steenbergen, J., «De subsidies» in *Rechtsfactoren in de onderneming* (Veroustraete, I. en Van den Bergh, R., eds), Kluwer Rechtswetenschappen, losbl., III B 2-33-III B 2-12 en III B 3-16-III B 3-17, wat overeenstemt met pp. 135-149 van het gerecenseerde boek, en Steenbergen, J., «Mededinging» in *Rechtsfactoren in de onderneming* (Veroustraete, I. en Van den Bergh, R., red.), Kluwer Rechtswetenschappen, losbl., IX.D, wat overeenstemt met pp. 1-11, 22-94, 109-134 en 207-208 van het gerecenseerde boek): alles bij elkaar goed voor nog eens 76 bladzijden. «Nieuw» zijn ongeveer 20 bladzijden, waarin Steenbergen nader ingaat op de begrippen relevante markt en misbruik (art. 86 E.E.G.-Verdrag), art. 90 E.E.G.-Verdrag (toepasselijkheid van de mededingingsregels op openbare bedrijven) becommentarieert, beknopt aandacht besteedt aan de regelen inzake vrij diensten- en goederenverkeer en tevens een hoofdstuk toevoegt inzake mededingingsregels en internationale handel (o.m. dumping en G.A.T.T.). R. Barents, van zijn kant, schreef een (al te) beknopt overzicht (9 p.) van het Nederlands mededingingsrecht.

Bij het in elkaar knutselen van boeken op de hier beschreven wijze passen grote vraagtekens. Nadat het grootste deel van de tekst reeds was opgediend als «een inleiding voor de zakenman, in heldere taal en wars van ieder vakjargon» (aldus de opzet van *Rechtsfactoren in de onderneming*) wordt het boek nu voorgesteld als «handleiding ten gerieve van praktijkjuristen en studenten» (Voorwoord, p. V). Een zelfde tekst moet dus drie onderscheiden doelgroepen tevreden stellen. Bij die opzet rijzen noodzakelijkerwijze twijfels. In *Rechtsfactoren in de onderneming* vormt de tekst een nuttige inleiding waarin een aantal begrippen verklaard worden en de bedrijfsleiders erop attent gemaakt worden welke regels hen vooral aanbelangen. Van rechtsstudenten mag redelijkerwijze al meer dan de enkele kennis van rechtsbegrippen worden verwacht en praktijkjuristen helpt men weinig vooruit door «het vermelden en systematiseren van probleemgebieden en het schetsen van een status quaestionis». Misschien wordt een «doctrinaire analyse» niet verwacht door één van de categorieën praktijkjuristen waartoe het boek zich richt: diegenen die geen collectie van het EG-publikatieblad bij zich hebben (Voorwoord, p. V). Maar ook de laatsten zullen met een abonnement op het Publikatieblad beter af zijn dan met de aanschaf van het hier gerecenseerde boek. Steenbergen geeft bv. enkel de tekst weer van belangrijke recente verordeningen (bv. Vo. 1983/83 inzake alleenverkoopovereenkomsten en Vo. 1984/83 inzake exclusieve afnameovereenkomsten), zonder één woord begeleidende commentaar. Lezers van het Publikatieblad kunnen alvast kennis nemen van het commentaar van de Commissie bij deze zeker niet voor zichzelf sprekende teksten (PB C 101 van 13 april 1984). Het valt niet in te zien waarom dit commentaar niet in de collage werd opgenomen.

Roger Van den Bergh

B. HESSEL, **Wetgevingsbundel Nederlands economisch recht**, Zwolle, Tjeenk Willink, 1985, X + 732 p.

Deze bundel bevat een verzameling wetten en regelingen op het terrein van het Nederlands economisch recht. De opgenomen teksten zijn onderverdeeld in rubrieken. De bundel vangt aan met belangrijke verdragen (IMF, GATT). De E.E.G.-Verdragen zijn echter niet opgenomen. De samensteller verantwoordt deze weglating ter wille van kostprijzen. Na een rubriek institutionele wetgeving, komen vier centrale onderdelen van het materiële economische recht aan de orde: mededingingswetgeving, vestigingswetgeving, wetgeving inzake ordelijk economisch verkeer (o.m. wet op het afbetalingsstelsel, colportagewet, winkelsluitingswet, warenwet) en de prijzenwetgeving. Aan de mededingingswetgeving is tevens het ontwerp Lubbers (1981) toegevoegd. Bij de wetgeving inzake het ordelijk economisch verkeer zijn ook paralegale normen opgenomen: De Code voor het Reclamewezen en de Voorschriften voor de Nederlandse Etherreclame. Vervolgens maakte de samensteller een keuze uit de wetgeving inzake loon- en inkomensvorming en steunverlening. De opname van de belangrijkste wetten op dit gebied is verantwoord wegens de samenhang met het mededingings- en prijsbeleid. De daaropvolgende teksten (invoer, landbouw, bank- en verzekeringswezen, delfstoffen en energie) zijn primair opgenomen als illustratie van de eigenheid van de sectoriële economische wetgeving. De milieuwetgeving en de wetgeving inzake ruimtelijke ordening blijven buiten beschouwing. Ten slotte vindt men nog de rubrieken wetgeving met betrekking tot het buitenland (fragmentair), noodwetgeving en rechtsbescherming (o.m. op de economische delicten en Wet Arob).

De bundel is in eerste instantie samengesteld ten behoeve van studenten. Dit merkt men op menig vlak: het ontwerp Lubbers dient ter illustratie van de (allicht in colleges uiteengezette) problematiek van de Nederlandse mededingingswetgeving; wanneer de samensteller een keuze diende te maken, gebruikte hij de illustratieve waarde van de wettekst voor het onderwijs als richtsnoer. Voor het onderwijs in het Nederlands economisch publiek recht is de wetgevingsbundel beslist een aanwinst; het nut voor de rechtspraktijk blijft om de zoëven genoemde redenen beperkt.

Roger Van den Bergh

Aangekondigd

J. DE LAT en B. MAES, *Franchising*, Brussel, Swinnen, 1.595 fr.
R.E. DE ROOY, *De betaalcheque*, Deventer, Kluwer, 250 p.
V. DE WOLF, *L'arrestation administrative*, Brussel, Swinnen, 550 fr.

Tussen het echte en het gemaakte: geschriften van prof. mr. A.M. Donner, Zwolle, Tjeenk Willink.

A. HOLLEMAN, *Schadevergoeding bij onrechtmatige bestuurs-handelingen van de overheid*, Deventer, Kluwer.

A.T.J.M. JACOBS, *De rechtstreekse werking van internationale normen in het sociaal recht*, Alphen a/d Rijn, Samsom.

Juridische feestbundels: overzicht van artikelen in 94 institutionele feestbundels, Zwolle, Tjeenk Willink, 110 p.

W.S.M. SCHUT, *Letters of intent*, Zwolle, Tjeenk Willink, ca 125 p.

TIJDSCHRIFTEN

Fiskofoon, 1985
nr. 55

Deblauwe, R., De fiscale implicaties van de wijzigingen in het vennootschapsrecht, eerste bedenkingen; Colaert, P., Fiscale aspecten van uitgiftepremie bij kapitaalverhoging: belastbaarheid in de jaarlijkse vennootschapsbelasting.