

EG-STEUNVERLENING EN TOEZICHT OP NATIONALE STEUNMAATREGELN — METEN MET TWEE MATEN?*

1. Inleiding

Het tot stand brengen van een gemeenschappelijke markt is een van de belangrijkste doelstellingen van de EEG¹. Om te voorkomen dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt vervalst, bestaat er een aantal waarborgen.

Onderdeel hiervan vormen de artikelen 92 tot en met 94 van het EEG-Verdrag². Steunmaatregelen worden in beginsel strijdig geacht met het bereiken van een gemeenschappelijke markt. De genoemde bepalingen en het hierop gebaseerde toezichtbeleid van de Commissie regelen de toelaatbaarheid van deze maatregelen van lid-staten.

De EEG is niet alleen betrokken bij steunmaatregelen van lid-staten, maar verleent ook zelf steun. De in uitgaanniveau belangrijkste fondsen zijn het Europees Oriëntatie- en Garantiefonds voor de Landbouw, het Europees Sociaal Fonds en het Europees Fonds voor Regionale Ontwikkeling.

Steunmaatregelen worden door zowel lid-staten als EEG-Commissie gebruikt om economische activiteiten te sturen of te stimuleren. In verband met mogelijke gevaren voor de mededinging heeft de Commissie op grond van het verdrag de plicht om de steun van de lid-staten te controleren. Er is geen absoluut verbod voor steunmaatregelen.

De steun van de EEG zelf is niet onderworpen aan de controle op basis van de artikelen 92 tot en met 94 ten aanzien van de schadelijke effecten voor de mededinging. De Commissie heeft hierdoor meer rechten om steun te verlenen dan de lid-staten. In wezen kan de EEG-steun door bijvoorbeeld versterking van bepaalde regionale industrieën zelfs effecten bewerkstelligen die strijdig zijn met de vrije mededinging. Deze situatie is het gevolg van het verdrag zelf. Hierin zijn de doelstellingen van de EEG en de daarbij behorende instrumenten opgenomen. De onderling verschillende doelstellingen van de EEG-fondsen hebben met elkaar gemeen, dat ze niet zoals het toezichtbeleid primair gericht zijn op een vrije markt.

Het is de vraag hoe het toezichtbeleid en het steunbeleid zich ten opzichte van elkaar verhouden. Om deze vraag te kunnen beantwoorden volgt eerst een inventarisatie van de criteria voor de toelaatbaarheid van nationale steunmaatregelen en daarna een beschrijving van het steunbeleid van de EG.

2. Criteria voor nationale steunmaatregelen

Overeenkomstig artikel 3f mag de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt niet worden vervalst. Dit beginsel dient als uitgangspunt bij de toepassing van de bepalingen betreffende steunmaatregelen van de lid-staten en is terug te vinden in het eerste lid van artikel 92. In deze bepaling worden evenwel twee belangrijke nuances aangebracht. Allereerst is ook een dreigende vervalsing onvermijdelijk met de interne markt. Op de tweede plaats worden uitzonderingen op de basisregel mogelijk geacht. Hierin moet het verdrag dan wel voorzien. De uitzonderingen staan vermeld in het tweede en derde lid van artikel 92. Het tweede lid groepeerde de steunmaatregelen die verenigbaar zijn met de gemeenschappelijke markt, terwijl het derde lid maatregelen noemt die verenigbaar kunnen zijn.

De Commissie onderwerpt (te samen met de lid-staten) ingevolge het eerste lid van artikel 93 bestaande steunmaatregelen aan een voortdurend onderzoek. Hierdoor is de Commissie in staat vast te stellen of een dergelijke maatregel verenigbaar is met artikel 92 of dat van de maatregel misbruik wordt gemaakt. Deze taak wordt haar toebedeeld in het tweede lid van artikel 93. De tweede alinea van deze bepaling geeft de procedure weer die wordt gevolgd indien de Commissie tot een negatief oordeel komt aangaande de geoorlooftheid van deze steunmaatregelen. Tevens wordt in deze bepaling de mogelijkheid gecreëerd dat de Raad op verzoek van een lid-staat met eenparigheid van stemmen kan beslissen dat genomen of te nemen steunmaatregelen, indien buitengewone omstandigheden³ dit rechtvaardigen, verenigbaar zijn met de gemeenschappelijke markt. Voorgenomen steunmaatregelen (of wijziging van bestaande) zijn eveneens onderworpen aan het toezicht van de Commissie. Zij dienen overeenkomstig het derde lid bij haar te worden aangemeld, waarna wordt bekeken of zij de toets aan artikel 92 kunnen doorstaan.

Op basis van artikel 94 kan de Raad met gekwalificeerde meerderheid van stemmen op voorstel van de Commissie alle verordeningen vaststellen die dienstig zijn voor de toepassing van de artikelen 92 en 93. Deze bepaling maakt het mogelijk om de uitzonderingen van art. 92, lid 3, nader te precisieren, aldus het Hof in het Capolongo-Maya-arrest⁴. Tot op heden is art. 94 echter alleen aangewend om infor-

* Drs. F.A.J. Kalkhoven en mr. drs. T.G.L.M. Meevis zijn verbonden aan de Rijksuniversiteit Limburg te Maastricht: mr. H.M.J.G. Neelis is part-time verbonden aan de Open Universiteit te Heerlen en aan een bestuurlijk-juridisch adviesbureau.

De auteurs danken prof. mr. C. Flinterman voor zijn commentaar op een eerdere versie.

¹ Preambule EEG-Verdrag.

² Tenzij anders aangegeven hebben de in dit artikel genoemde bepalingen betrekking op het EEG-Verdrag.

³ De Raad achtte «buitengewone omstandigheden» aanwezig in de beslissing van 30 mei 1984 (Pb. L 185) om Duitsland het inkomensverlies voor Duitse landbouwers te laten compenseren (voortvloeiende uit de afschaffing van monetaire compenserende bedragen), door een vermindering van 5% van het BTW-tarief op landbouwprodukten. Zie ook P.J.G. KAPTEYN, P. VERLOREN VAN THEMAAT, *Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen*, 1987, p. 326.

⁴ Zaak 77/72, *Jur.*, 1973, 611-625, ov. 5 en 6. Zie ook P.J.G. KAPTEYN, P. VERLOREN VAN THEMAAT, *a.w.*, p. 327.

matieprocedures (afwijkend van art. 93, lid 3) vast te stellen voor bepaalde uitkeringen aan vervoersbedrijven⁵.

Uit de formeelrechtelijke bepalingen van artikel 93 kan worden afgeleid dat in eerste instantie de Commissie is belast met het toezicht op de naleving van het materiële recht vervat in artikel 92. De in het tweede en derde lid van dit artikel gegeven mogelijkheid om uitzonderingen te maken, geeft haar bij de uitoefening van deze taak een ruime discretionaire bevoegdheid⁶. Deze wordt daarnaast veroorzaakt door het in het verdrag ontbreken van een definitie van steunmaatregelen (of steunregelingen). Een vaste omschrijving van het begrip wordt niet wenselijk geacht omdat deze ertoe zou kunnen leiden dat steun (omdat hij niet onder de definitie valt) kan worden verstrekt zonder dat hij verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt. Toch kleeft er een nadeel aan het ontbreken van een definitie. Omdat art. 93, lid 3, bepaalt dat de lid-staten verplicht zijn nieuwe of wijziging van bestaande steunmaatregelen aan de Commissie te melden, treden de lid-staten in feite als eerste beoordelende instantie op. Acht men de te nemen steunmaatregel geen maatregel in de zin van art. 93, lid 3, dan meldt men hem immers niet aan⁷.

De Commissie is verder terughoudend met het uitgeven van beleidsverklaringen. Deze zouden — naar haar mening — haar beleidsvrijheid te veel inperken⁸.

Op het eerste gezicht is er dus weinig houvast omtrent de geoorlooftheid van steunmaatregelen. Een nadere beschouwing van de beschikkingspraktijk, de beleidsverklaringen van de Commissie — die ondanks de terughoudendheid door haar worden afgegeven — en de jurisprudentie van het Hof, laat het toe in dit hoofdstuk toch enige algemene beleidslijnen te schetsen. Achtereenvolgens wordt stilgestaan bij het communautaire beleid met betrekking tot algemene, regionale en sectoriële steun. Door deze indeling is het enigszins mogelijk de (algemene) criteria aan te geven voor belangrijke soorten steunmaatregelen met dezelfde karaktertrekken.

2.1. Algemene steun

Op basis van een algemene regeling kunnen individuele bedrijven in aanmerking komen voor steun. Dergelijke regelingen zijn meestal erg vaag in hun bewoordingen, waardoor de Commissie niet kan nagaan of er in een concreet geval sprake is van een soort maatregel zoals opgesomd in het verdrag. Alleen deze zijn immers verenigbaar met de gemeenschappelijke markt (artikel 92, tweede lid) of kunnen als hiermee verenigbaar worden beschouwd (artikel 92, derde lid). Als de Commissie dit niet kan nagaan, is zo'n maatregel strikt genomen in strijd met het verdrag.

Een zodanig strenge uitlegging van de regels zou volgens de lid-staten evenwel onredelijk zijn. Zij zouden dan worden beroofd van een belangrijk economisch instrument dat hen in staat stelt, zonder totstandbrenging van uitvoerige regelgeving, snel waar nodig maatregelen te treffen⁹. Om aan deze bezwaren tegemoet te komen keurt de Commissie deze steunregelingen goed mits elke concrete toepassing ervan bij haar ter beoordeling wordt aangemeld¹⁰. Bij het onderzoek naar de aanvaardbaarheid van dergelijke steunverlening geldt als uitgangspunt dat staatssteun als primair uitgangspunt onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt¹¹.

Beoordelingscriteria

De Commissie toetst allereerst of is voldaan aan de voorwaarden van het eerste lid van artikel 92: steunmaatregelen mogen de mededinging niet vervalsen of dreigen te vervalsen en de intra-communautaire handel niet ongunstig beïnvloeden. Zij gaat er daarbij vanuit dat de concurrentie per definitie wordt vervalst door elk ten laste van de overheid toegekend voordeel aan één of meer ondernemingen¹². Indien de betrokken firma's (onder andere) produceren voor de communautaire markt, wordt tevens de tussenstaatse handel ongunstig beïnvloed. Dit is ook het geval wanneer de steun alleen versterking van de binnenlandse marktpositie ten doel heeft. Hiervan kan immers een negatief effect uitgaan op de vraag naar buitenlandse produkten¹³. Een ander uitgangspunt van de Commissie werd reeds in het Eerste Mededingingsverslag¹⁴ gepubliceerd. De steun moet volgens haar een nuttig en onontbeerlijk instrument zijn om de te begunstigen ondernemingen ertoe te bewegen een van de in het derde lid van artikel 92 genoemde doelstellingen te realiseren. In de «Philip Morris»-zaak deed de Commissie de eerste keer een beroep op dit beginsel, zij het in ietwat gewijzigde vorm onder de aanduiding «compensatory justification criterium»¹⁵. Gebruik makend van haar discretionaire bevoegdheid probeerde zij met dit criterium haar houding ten opzichte van mogelijke uitzonderingen zo duidelijk mogelijk aan te geven, vooral betreffende de toepassing van algemene steunmaatregelen¹⁶.

Het criterium houdt in dat de toepassing van de uitzonderingsvoorschriften van het derde lid van artikel 92 alleen is gerechtvaardigd, indien de Commissie kan vaststellen dat de steun zal bijdragen tot het bereiken van de doelstel-

⁹ G. BERNINI, «De concurrentieregels», in *Commissie van de Europese Gemeenschappen, Dertig jaar gemeenschapsrecht, Europese perspectieven*, Luxemburg, 1983, p. 419 en F. COWNIE, «State Aids in the Eighties», *European Law Review*, 1986, 255.

¹⁰ Commissie van de Europese Gemeenschappen, *Tiende Mededingingsverslag*, Brussel/Luxemburg, 1981, punt 213.

¹¹ *Idem*, punten 160 en 216.

¹² Zaak 730/79 Philip Morris vs. Commissie, overweging 11, *Jur.*, 1980, 3881-3905.

¹³ J.A. WINTER, noot bij zaak 730/79 Philip Morris Holland BV vs. Commissie van de EG, *SEW*, 1981, 514.

¹⁴ *Eerste Mededingingsverslag*, Brussel/Luxemburg, 1972, p. 118.

¹⁵ K. MORTELMANS, «The compensatory justification criterion in the practice of the commission in decisions on state aids», *Common Market Law Review*, 1984, 418, 430.

¹⁶ K. MORTELMANS, *a.w.*, p. 405-407.

⁵ Verordening 1191 en 1192/69/EEG, Pb L. 156.

⁶ Zaak 74/76, Ianelli (1977), E.C.R., 575, o.v. 11-12; zaak 78/76, Steinike (1977), E.C.R., 609, overweging 9 voor wat betreft de procedure; zaak 730/79 Philip Morris vs. Commissie, overweging 24, *Jur.*, 1980, 3881-3905 m.b.t. art. 92, lid 3.

⁷ De Commissie heeft al verscheidene keren geklaagd over te late of helemaal geen aanmelding van steunmaatregelen. *Tiende Mededingingsverslag*, punt 162. Zie ook E.L.M. Völker c.s., *State aids and anti-dumping*, p. 337.

⁸ Europese Commissie, *Tiende Mededingingsverslag*, 1980, punt 160.

ling(en), die de ontvanger van de steun onder normale marktomstandigheden niet zou nastreven¹⁷. Met andere woorden steunverlening valt onder een van de uitzonderingen van laatstgenoemde bepaling indien de steun nodig is om begunstigde firma's tot een handelwijze te brengen die als tegenprestatie (compensatory justification) voor het ontvangen voordeel kan worden beschouwd én waartoe ze zonder de steun niet zouden overgaan. Deze laatste voorwaarde wordt sinds de beslissing inzake de «Antwerpse raffinaderij» aangeduid met «unmodified investment-argument»¹⁸.

Bij de interpretatie van het compensatory justification criterium (met inbegrip van het unmodified investment criterium) dient te worden bedacht dat de Commissie de uitzonderingen neergelegd in artikel 92 eng uitlegt¹⁹. Tevens moet de verenigbaarheid van de steunmaatregel met het verdrag niet in een nationaal maar in een communautair kader worden beoordeeld. In het Philip Morris arrest stelt het Hof dat een uitzondering op het beginselverbod van het eerste lid van artikel 92 niet is gerechtvaardigd indien de werking van het marktmechanisme voldoende is om de beoogde ontwikkeling van de economische activiteiten te bewerkstelligen. Het Hof sluit zich aldus aan bij de visie van de Commissie. Tevens wordt in dit arrest naar de discretionaire bevoegdheid van laatstgenoemde verwezen²⁰.

Hoewel de poging van de Commissie om enige duidelijkheid te verschaffen omtrent haar positie ten opzichte van het derde lid van artikel 92 te loven is, is het nog maar de vraag of zij daarmee tot minder twijfel grond heeft gegeven. Zo vindt Vermeend het «unmodified investment argument» onwerkbaar²¹. Hij vraagt zich af of het voor een rijke onderneming niet erg moeilijk wordt om steun te krijgen. Flynn en Winter stellen hiertegenover dat niet moet worden nagegaan of de betrokken firma in staat is om te investeren, maar of het aannemelijk is of zij dat zou willen²².

Dit laatste lijkt ons bijzonder moeilijk aan te tonen. Tegen de mening van Flynn en Winter spreekt bovendien dat steun aan kapitaalcrachtige bedrijven niet wordt gerechtvaardigd door bijzondere doelstellingen als bijvoorbeeld werkgelegenheidsbevordering. Daarnaast is het niet de bedoeling van de artikelen 92 tot en met 94 om bedrijven kapitaalcrachtiger en daardoor meer competitief te maken.

De Commissie heeft ten aanzien van de onderhavige categorie steunmaatregelen geen algemene regels neergelegd

in richtlijnen. Voor staatsparticipatie in ondernemingen, hetgeen door de Commissie als subsidie kan worden aangemerkt²³, is dit wel gebeurd. Hierbij wordt door haar onderscheid gemaakt tussen deelneming c.q. steun aan overheidsbedrijven en particuliere ondernemingen. Teneinde inzicht te krijgen in de participatie aan de eerste groep, heeft zij op basis van het derde lid van artikel 90 de zogenaamde transparantie-richtlijn²⁴ opgesteld.

Voor de tweede groep zijn er zogenaamde guidelines²⁵ waarin de Commissie haar algemene houding uiteenzet ten aanzien van overheidsdeelneming in bedrijfskapitaal. Deze werden gepubliceerd naar aanleiding van het «Intermills» en «Leeuwarder papierwarenfabriek»-arrest. De Commissie toetste de overheidsdeelneming hier aan de norm of een privé-investeerder in die situatie gelijk zou hebben gehandeld. Hoewel het Hof de beschikkingen van de Commissie om redenen van onvoldoende motivering vernietigde, heeft het zich niet uitgelaten over het beleid van de Commissie in deze²⁶.

2.2. Regionale steun

Naast algemene steun bestaat ook steun voor zwakke regio's. De afgelopen jaren heeft de Commissie haar toezicht verscherpt ten aanzien van steunmaatregelen voor de meer ontwikkelde gebieden van de EEG²⁷. De regio's die niet als zodanig worden aangemerkt, kunnen rekenen op een soepeler behandeling. De Commissie is in dergelijke gevallen eerder geneigd steunverlening toe te staan. Handhaving bij de beoordeling van dit soort maatregelen vormen (naast de algemene criteria) de coördinatiebeginselen voor regionale steun²⁸. Zij behelzen vier voorwaarden, die alle moeten zijn vervuld²⁹, alvorens de Commissie deze steun toestaat:

1. Gedifferentieerde intensiteitsmaxima afhankelijk van de aard en de ernst van de regionale moeilijkheden. De Gemeenschap is hierbij ingedeeld in vier gebieden waarvoor elk een ander zogenaamd steunplafond geldt. De Commissie kan evenwel uitzonderingen toestaan op deze maxima. Tevens is bij hoge uitzondering produktiesteun mogelijk.

2. Transparantie. Om de Commissie in staat te stellen de verschillende steunregelingen te coördineren, moeten zij doorzichtig oftewel meetbaar zijn.

²³ F. COWNIE, *a.w.*, p. 263-266.

²⁴ O.J. 1980, L 195 Commission decision on the financial relations between Member States and their undertakings.

²⁵ Bull. EEC 1984, point 3.5.2.1.30. 1984 General Report point 224. Zie voor een bespreking van de inhoud van de guidelines en hun rechtskracht: K. HELLINGMAN, «Stateparticipation as state-aid under article 92 of the EEC Treaty, The Commissions guidelines», *CMLR*, 1986, 11-133.

²⁶ Ph. VANAVERMAETE, «De overheid als aandeelhouder: gezond ondernemerschap of vermomd steunbeleid», *SEW*, 1985, 256.

²⁷ Commissie van de Europese Gemeenschappen, *Vijftiende Medededingsverslag*, Brussel/Luxemburg, 1986, punt 229.

²⁸ PB C31 van 3 februari 1979. Voor een uitvoerige bespreking zie J.A. WINTER, (1981), *a.w.*, p. 427-440.

²⁹ Een vijfde aspect van de beginselen wordt gevormd door een systeem van toezicht op de toepassing ervan dat neerkomt op een ad hoc benadering. Nu het hier evenwel geen criterium betreft zal dit aspect verder buiten beschouwing worden gelaten.

¹⁷ O.J. 1979, L 217/17.

¹⁸ Anders K. MORTELMANS, *a.w.*, p. 425. Volgens deze auteur komt het «unmodified investment argument» als toevoeging aan het «compensatory justification»-criterium het eerst voor in de Antwerpse raffinaderij-beslissing. Hij gaat dan evenwel voorbij aan het feit dat de inhoud van het «unmodified investment argument» reeds in het Philip Morris-arrest werd gebruikt, zij het niet onder die naam.

¹⁹ O.J. 1979, L 217/17.

²⁰ Het is op dit moment nog onduidelijk waar de grenzen liggen van deze discretionaire bevoegdheid omdat tot dusver niemand het heeft aangedurfd een beroep te doen op een mogelijke overschrijding. Zie K. MORTELMANS, *a.w.*, p. 420, 421.

²¹ W.A.F.G. VERMEEND, *Fiscale investeringsfaciliteiten*, Arnhem, 1983, p. 167-168, en Philip Morris-arrest.

²² FLYNN (1981), *EL Rev.*, p. 211; WINTER, *a.w.*, p. 517, 518.

3. Regionale specificiteit. Het bestaan van verschillende steunplafonds wil geenszins zeggen dat de «marge» volledig mag worden benut. Steunverlening is alleen gerechtvaardigd wanneer dit om sociaal-economische redenen wenselijk is. Deze afweging dient te geschieden vanuit een EEG-perspectief. De hoogte van de toe te stane steunbedragen onder het plafond wordt bepaald door de aard, intensiteit en urgentie van de problemen.

4. Steunplafonds. Ten gevolge van het doorgaans ontbreken van sectoriële specificiteit van regionale steunregelingen is het mogelijk dat bepaalde sectoren steun krijgen die niet geoorloofd zou zijn in het licht van de criteria die gelden voor sectoriële steun. In de coördinatiebeginselen wordt de lid-staten de mogelijkheid geboden om regionale steun te cumuleren met andere steun die op een per regio gedifferentieerde basis wordt verleend. De cumulatie mag evenwel niet het voor de regio geldende maximum (het steunplafond) overschrijden.

Wat betreft de toepassing van de algemene criteria, verdient ten slotte opmerking dat het «unmodified investment»-criterium niet van toepassing is op dit soort steunverlening. Voor algemene regelingen met regionale strekking is dit logisch omdat daarvan nauwelijks de effecten voor een individueel geval kunnen worden aangegeven³⁰. Indien zulk een concreet geval ter beoordeling van de Commissie staat, valt evenwel niet in te zien waarom het criterium dan geen toepassing zou vinden.

2.3. Sectoriële steun

Sectoriële steun is gericht op bedrijfstakken. Hij wordt onder meer verleend om een noodlijdende bedrijfstak uit het slop te helpen of om de ontwikkeling van bepaalde industrieën te bevorderen.

In beginsel is ook deze steunverlening onverenigbaar met de artikelen 92 tot en met 94 van het EEG-Verdrag en zijn de eerder besproken algemene criteria van toepassing. Een belangrijke uitzondering vormt het «unmodified investment»-criterium³¹. We verwijzen naar de opmerkingen die over deze uitzondering gemaakt zijn bij regionale steun.

Voor sectoriële steun gelden tevens afzonderlijke guidelinen³², die hierna aan de orde zullen komen.

Het door de Commissie op dit terrein gevoerde beleid kan omwille van de duidelijkheid worden onderverdeeld in criteria voor individuele steunverlening, beginselen voor in crisis verkerende bedrijfstakken en het beleid ten aanzien van overige sectoren.

Individuele steun

Individuele steunmaatregelen moeten voldoen aan de volgende voorwaarden:

- 1) de steun mag alleen in gevallen die worden gerechtvaardigd door de omstandigheden in de betrokken industriële sector;
- 2) de steun moet de levensvatbaarheid herstellen door

een oplossing van de problemen en niet door handhaving van de status quo waardoor onvermijdelijke beslissingen en veranderingen worden tegengehouden;

3) behalve indien de steun over relatief korte periodes wordt verleend, moet de steun degressief verlopen en duidelijk verband houden met de ontwikkelingen in de desbetreffende sector;

4) de omvang van de steun moet proportioneel zijn in relatie tot het probleem waarvoor het een oplossing moet zijn;

5) de industriële problemen en werkloosheid mogen niet naar een andere lid-staat worden verplaatst.

Bij deze voorwaarden plaatst de Commissie de kanttekening dat slechts in bepaalde omstandigheden en onder strikte voorwaarden een beperkt gebruik van steun is toegestaan om de sociale en economische kosten van verandering te verminderen.

In crisis verkerende bedrijfstakken

Maatregelen zijn genomen in gevallen waarin industrieën in crisis verkeren of waar deze onvoldoende concurrerend zijn om op de toenemende vraag in de wereld in te spelen. Het betreft hier de scheepsbouw, de textiel, de kunstvezels-industrie en de staalsector.

Hierbij gelden de drie volgende beginselen:

1) steun mag niet worden gegeven indien het voornaamste oogmerk de handhaving van de status quo is;

2) indien steun is gericht op een adempauze gedurende een lange-termijn-reddingsoperatie mag deze niet de noodzakelijke vermindering van capaciteit in de weg staan, maar uitsluitend worden gebruikt om acute sociale problemen af te handelen;

3) steun mag niet worden gebruikt om de productiecapaciteit te vergroten.

Overige sectoren

Het beleid in overige sectoren is relatief beperkt. Voornamelijk richt de commissie zich hier op gebieden in de elektronica, computers en de vliegtuigindustrie. In verband met de concurrentie met niet-EEG-landen benadrukt de Commissie het belang van samenwerking en coördinatie tussen EEG-landen. Ze heeft zich positief opgesteld ten aanzien van steun die werd verleend in gecoördineerd verband en in het bijzonder die in het kader van research en development.

Tevens staat de Commissie positief tegenover voorstellen die leiden tot een vergroting van de concurrentie, zoals de bekostiging van nieuwe ondernemingen en de ontwikkeling van kleine en middelgrote ondernemingen.

2.4. Collisie en cumulatie van steun

De grenzen tussen de in het voorgaande genoemde soorten steunmaatregelen zijn niet altijd even scherp te trekken. Zo is reeds vermeld dat regionale steun ten goede kan komen aan bepaalde sectoren. De omgekeerde situatie blijkt in de praktijk eveneens mogelijk. Te denken valt aan sectoriële steun voor de staalindustrie die is geconcentreerd in de regio Luik. Algemene steunregelingen zijn bij uitstek geschikt om op basis hiervan maatregelen te nemen met een sectorieel en/of regionaal karakter.

Een ander probleem vormt de zogenaamde cumulatie

³⁰ Zie K. MORTELMANS, *a.w.*, p. 426, en F. COWNIE, *a.w.*, p. 265.

³¹ *Idem.*

³² Commissie van de Europese Gemeenschappen, *Achtste Mededelingsverslag*, Brussel/Luxemburg, 1979, punten 172-179.

van steun. Ondernemingen kunnen soms aanspraak maken op meerdere steunmaatregelen voor een bepaalde activiteit. Een voor de Commissie ondoorzichtige situatie kan hiervan het gevolg zijn. Zich bewust van deze potentiële ondermijning van haar controlerende functie, heeft de Commissie de lid-staten te verstaan gegeven dat belangrijke gevallen van cumulatie van steun bij haar moeten worden aangemeld³³. Onder belangrijke gevallen verstaat de Commissie projecten waarin de investeringen de 12 miljoen ECU overschrijden of meer bedragen dan 25 procent netto subsidie equivalent.

De afzonderlijke steunmaatregelen dienen overigens op grond van het derde lid van artikel 93 altijd te worden aangemeld. In feite verlangt de Commissie nu een tweede aanmelding indien cumulatie optreedt. Het is niet duidelijk waarom alleen investeringsprojecten onder de aanschrijvingsplicht van de Commissie vallen. Voorts kan men een groot vraagteken plaatsen bij de rechtskracht van dit besluit van de Commissie³⁴. Slechts de Raad is ingevolge artikel 94 bevoegd regels op te stellen voor de toepassing van de artikelen 92 en 93, op voorstel van de Commissie. Een dergelijk voorstel is echter (nog) niet gedaan. Vandaar waarschijnlijk dat de Commissie de lid-staten slechts voorstelt om cumulatie aan te melden³⁵.

2.5. Conclusies

Uit het voorgaande blijkt dat het toezichtbeleid van de Commissie inzake de toelaatbaarheid van nationale steunmaatregelen nogal streng is. Het belangrijkste criterium voor algemene steun betreft de regel van compensatory justification, aangevuld met de eis van modified investment. Deze regel is niet van toepassing op regionale en sectoriële steun, maar daarbij gelden weer verschillende andere criteria.

3. Steuninstrumenten van de EEG

In het hiervoor gaande is het beleid besproken van de EEG ten aanzien van nationale steunmaatregelen vallend onder de artikelen 92-94.

In het navolgende zullen de (in financieel opzicht) belangrijkste steuninstrumenten van de EEG zelf worden behandeld³⁶. Deze steuninstrumenten vallen, gezien hun aard en bestemming, niet onder de toezichtbepaling van art. 93³⁷. De steuninstrumenten die aan de orde zullen komen, zijn de afdeling Oriëntatie van het Europees Oriëntatie- en Garantiefonds voor de Landbouw (EOGFL), het Europees Sociaal Fonds (ESF) en het Europees Fonds voor Regionale Ontwikkeling (EFRO). De beide eerst genoemde fondsen

zijn fondsen die direct hun basis vinden in het vierde lid van artikel 40 respectievelijk de artikelen 123 tot en met 128 van het EEG-Verdrag, terwijl het EFRO zijn basis vindt in een op artikel 235 gebaseerde verordening.

Bij de bespreking van de diverse fondsen zal ook stil worden gestaan bij de ontwikkelingen die deze fondsen sedert hun ontstaan hebben doorgemaakt. De reden hiervoor is dat de ontwikkelingen rond de EG-fondsen voor een zeer groot gedeelte worden bepaald door opportuniteitsoverwegingen van de vele actoren en de politiek-economische omstandigheden. Dit is in tegenstelling met de hiervoor besproken toezichtfunctie van de EG bij nationale steunmaatregelen, waar slechts enkele actoren een bepalende rol vervullen.

3.1. Het Europees Oriëntatie- en Garantiefonds voor de Landbouw

Het EOGFL is op basis van art. 40, lid 4, in 1962 bij Vo. 25/62³⁸ tot stand gebracht en in 1970 bij Vo. 729/783³⁹ herzien. Dit fonds bestaat, zoals de naam al aangeeft, uit twee gedeelten, een afdeling Garantie en een afdeling Oriëntatie.

De afdeling Oriëntatie, de kleinste afdeling van het EOGFL, beslaat ongeveer 5% van de voor het EOGFL beschikbare middelen en wordt gerekend tot de zgn. structuurfondsen van de Gemeenschap. Het heeft tot doel de verbetering van de landbouwstructuur van de Gemeenschap en de verhoging van de levensstandaard van de boerenstand. Hieronder zal nader worden ingegaan op deze afdeling van het EOGFL.

De afdeling Garantie heeft tot doel het verlenen van exportrestituties bij export naar derden-landen en het plegen van interventies, op basis van door de Raad gemaakte prijs- en productie-afspraken, ter regulering van de interne markt van landbouwprodukten.

Hoewel het de opzet is geweest bij de instelling van het EOGFL, mag de afdeling Garantie gezien de ontwikkelingen die zich hebben voorgedaan bij de gemeenschappelijke markt voor landbouwprodukten, niet meer daadwerkelijk gerekend worden tot de beleids- en sturingsinstrumenten van de Gemeenschap. De afdeling Garantie heeft zich in de afgelopen jaren ontwikkeld tot een autonoom vergoedingensysteem; de Commissie kan daardoor met deze afdeling niet een echt landbouwbeleid ontwikkelen. Hier moge verwezen worden naar de jaarlijkse prijzenslagen in de Raad, waarbij de tendens duidelijk zichtbaar wordt dat bij aanpassingen van het fonds op grond van de financiële positie van de EG nationale maatregelen additioneel worden toegevoegd⁴⁰. Dit onderdeel zal in het kader van dit artikel dan ook verder onbesproken blijven.

3.1.1. De afdeling Oriëntatie

Het doel van de afdeling Oriëntatie is onder woorden gebracht in artikel 1, lid 3, Vo. 729/70: «De afdeling Oriëntatie financiert de gemeenschappelijke acties (...) ten-

³³ O.J. 3/2 of January 5, 1985.

³⁴ J. FLYNN, «Commission communication on cumulation of aids», *C.M.L.R.*, 1984, 130 e.v.

³⁵ «(The Commission) therefore proposes to the Member States, under Articles 93 (1) of the EEC Treaty, that they henceforth notify significant cases of cumulation of aids in accordance with the rules set out below.»

³⁶ KAPTEYN/VERLOREN VAN THEMAAT, *a.w.*, p. 151.

³⁷ GROEBEN, BOEKH, THIESING, EHLERMANN, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, Baden-Baden, 1983, p. 1573.

³⁸ Pb 1962, p. 991.

³⁹ Pb 1970, L 94/13.

⁴⁰ Zie de toestemming die de BRD heeft verkregen om de afschaffing van MCB te compenseren via fiscale maatregelen.

einde de doelstellingen van artikel 39, lid 1, sub a, EEGV te verwezenlijken, (...)» zonder dat deze acties in de plaats treden van de activiteiten van de EIB en het ESF.»

In artikel 6, Vo 729/70 staan de werkingsgebieden van de afdeling Oriëntatie beschreven:

1. financiering van gezamenlijke maatregelen (indirecte steun);
2. financiering van individuele projecten ter verbetering van de landbouwstructuur (directe steun).

De maatregelen vallend onder het eerst aangegeven werkingsgebied zijn een direct voortvloeisel van het bepaalde in artikel 39, lid 1, en worden door de Raad vastgesteld. Zo heeft de Raad onder meer maatregelen getroffen voor bedrijfsbeëindigingen⁴¹, voor hulp aan de bergboeren⁴² en voor verkoopbevorderende maatregelen voor agrarische producten⁴³.

In de artikelen 11, 12 en 14, Vo 17/64 vindt de financiering van individuele projecten ter verbetering van de landbouwstructuur haar grondslag. Het Europees Sociaal Comité (ESC) acht deze acties echter van secundair en aanvullend belang⁴⁴.

De financiering van de gezamenlijke maatregelen door de EEG vindt eerst plaats na een nationale beoordeling en voorsubsidiëring. De beoordeling van de eventueel door de EEG te verlenen tegemoetkoming in de kosten vindt plaats in het Comité EOGFL, terwijl de uiteindelijke toekenningsbevoegdheid ligt bij de Commissie. Met andere woorden alleen nationaal positief beoordeelde maatregelen kunnen voor een tegemoetkoming in aanmerking komen voor reeds door de nationale overheden gegeven subsidies c.q. gemaakte kosten. Hierdoor is het voor de Commissie moeilijk zo niet onmogelijk een eigen beleid te ontwikkelen voor gezamenlijke acties. Ons inziens betreft het meer een ex post beoordeling van nationale acties die nauw zouden kunnen worden verbonden met het toezicht ex artikel 93. Hierbij dient de kanttekening gemaakt te worden dat maatregelen niet worden verboden, maar alleen dan geen Euro-middelen krijgen. Het is een positief incentive door tegemoetkoming in reeds gemaakte kosten als zwak sturingsinstrument ten behoeve van communautair wenselijk geacht beleid.

Anders ligt het bij de individuele project-subsidies. Hier heeft de Commissie een grotere beoordelingsvrijheid. Aanvragen dienen, door bemiddeling van de nationale overheid en vergezeld van haar positief advies te worden ingediend bij de Commissie. Deze beoordeelt de aanvragen op:

- de inpassing in het raamwerk van een Gemeenschapsprogramma, de zgn. Structuurprogramma's;
- de bijdrage van het project aan de aanpassing of ontwikkeling van het Gemeenschappelijk Landbouwbeleid (GLB);
- het economisch effect.

De gemeenschappelijkheid van de projecten en de conformiteit met het GLB, duidelijk gemeenschapsbelangen, geven de Commissie de mogelijkheid sterker sturend op te

treden. Bij de individuele projecten kan zij meer dan bij de gezamenlijke acties een eigen beleid ontwikkelen. Als negatief punt in deze procedure moet de voorwaarde van positieve beoordeling, gekoppeld aan de verplichting ten minste 5% van de projectkosten te dragen, door de nationale regering worden gewaardeerd. Nationaal onwelgevallige, doch voor het GLB wel goede projecten kunnen op relatief eenvoudige wijze door de lid-staten van gemeenschapsmiddelen worden afgehouden. Anderzijds lijkt het in deze procedure minder waarschijnlijk, dat een met het GLB strijdig, doch door een lid-staat gewenst project EEG-subsidie verwerft. Zulke projecten zullen geen doorgang vinden.

3.2. Het Europees Sociaal Fonds

Het ESF vindt zijn bestaansgrond in de artikelen 123 tot en met 128 van het verdrag. Tot 1 januari 1971, het einde van de overgangperiode als voorzien in het verdrag, was artikel 125 maatgevend voor de werkingssfeer van het ESF. Deze bepaling beperkte de werkingssfeer van het ESF tot versoepeling van de tewerkstelling en de bevordering van de geografische en beroepsmobiliteit van de werknemers. Tevens werd de uitvoeringsmethodiek door het ESC als hinderpaal in de ontwikkeling van het ESF in deze periode gezien⁴⁵.

Aan het einde van de overgangperiode heeft de Raad, gebruikmakend van de hem in artikel 126, sub b, geboden mogelijkheid, de werkingssfeer van het ESF aanzienlijk uitgebreid⁴⁶. Tevens is het ESF vanaf dat moment, en niet dan na lang aandringen van het Europees Parlement, in de EEG-begroting onder de categorie Niet-Verplichte Uitgaven opgenomen. Dit had twee consequenties. Enerzijds kreeg het EP nu enige greep op de omvang en de bestedingen van het ESF, anderzijds was de consequentie dat de middelen van het ESF niet meer bestonden uit nationale bijdragen, maar werden gefinancierd uit de Eigen Middelen van de Gemeenschap.

Als gevolg van de ernstig verslechterende arbeidsmarkt in de Gemeenschap was in 1977 een nieuwe hervorming van het ESF noodzakelijk. Bij raadsbesluit 77/801 EEG⁴⁷ werd de werkingssfeer van het ESF zodanig gewijzigd dat de Commissie de mogelijkheid werd gegeven om de ESF-middelen te concentreren op die gebieden en regio's of landen waar de werkloosheidsproblematiek zich het ernstigste deed gevoelen. Tevens werden nieuwe steunvormen gecreëerd als hulpmiddel om nieuwe arbeidsplaatsen te scheppen. Gelijktijdig zijn door de Raad de concentratiegebieden aangegeven, t.w. Groenland, de Franse overzeese departementen, Ierland (Rep. en Nrd.), de Italiaanse Mezzogiorno, sedert 1980 Griekenland en sedert 1983 Spanje en Portugal.

Deze gebieden komen in aanmerking voor een maximale bijdrage van 60% van de projectkosten. Door de schrikbarende toename van de jeugdwerkloosheid in vrijwel alle lid-staten van de EEG heeft de Raad in 1983⁴⁸ besloten deze

⁴¹ Besluit 72/160, Pb 1972, L69/9.

⁴² Besluit 75/268, Pb 1975, L128/1.

⁴³ Vo 355/77 Pb 1977, L51/1.

⁴⁴ ESC, *Action by the European Community through its financial Instruments*, Luxemburg, 1979, p. 111.

⁴⁵ D. COLLINS, *The Operations of the European Social Fund*, Beckenham, 1983, p. 9.

⁴⁶ Besluit 71/66 EEG Pb 1971, L28 (Rectificatie Pb 1971 L95) en de Vo 2396, 2397 en 2398/71 Pb 1971, L249.

⁴⁷ Pb 1977, L337.

⁴⁸ Besluit 83/516 EEG Pb 1983, L289/38.

categorie arbeidskrachten naast de al genoemde concentratiegebieden tot ESF-prioriteit te maken.

De wijziging van het ESF in 1977 en 1983 is mede aangegeven om tegemoet te komen aan de kritiek van ondoorzichtigheid en complexiteit⁴⁹.

Na de wijziging in 1983 kan het doel van het ESF gezien worden als het leveren van een bijdrage aan de inpassing en integratie in de samenleving en het arbeidsproces van jongeren en gelijktijdig het opheffen van bestaande regionale onevenwichtigheden⁵⁰.

Dit valt ook af te lezen uit het bepaalde in art. 7 besluit 83/516 EEG, waar wordt bepaald dat 75% van alle ESF-middelen dient te worden besteed aan projecten ten behoeve van jongeren beneden de 25 jaar, terwijl 40% van de middelen dient te gaan naar de achtergebleven regio's.

De bijdrage van het ESF aan projecten heeft een additioneel karakter. Dit wil zeggen dat ESF-subsidies slechts verstrekt worden als daarnaast ook een bijdrage wordt gegeven door een publiekrechtelijke autoriteit van de lid-staat.

De projecten waarvoor steun aangevraagd wordt, dienen gericht te zijn op:

1. beroepsopleidingen en -voorlichting
2. werving van arbeidskrachten en loonsubsidies
3. versterking van de arbeidsmobiliteit
4. dienstverlening en technische ondersteuning ten behoeve van het scheppen van arbeidsplaatsen.

De subsidiabele projecten die voldoen aan de doelcriteria dienen gericht te zijn op:

a. jongeren beneden de leeftijd van 25 jaar, met name voor hen wier kansen op de arbeidsmarkt gering zijn en die gedurende langere tijd werkloos zijn;

b. personen van boven de leeftijd van 25 jaar die:

- bedreigd worden met werkloosheid of gedurende langere tijd werkloos zijn;
- vrouwen die willen herintreden op de arbeidsmarkt;
- gehandicapten die in staat zijn in het normale arbeidsproces te functioneren;
- migranten en hun familie;
- personen die werkzaam zijn in het midden of klein bedrijf die om-, her-, of bijscholing behoeven als gevolg van de technische ontwikkelingen;

c. personen die werkzaam willen worden als beroepsop-leider, arbeidsbemiddelaar of beroepskeuze-adviseur.

Bij de beoordeling van de criteria moet in beschouwing worden genomen dat het doel van het ESF is als steuninstrument te dienen in de strijd tegen de jeugdwerkloosheid, in het bijzonder in de achtergebleven regio's. Desalniettemin bieden de criteria een zodanig kleine interpretatieruimte dat de vraag gesteld kan worden naar de zin van dergelijke criteria.

3.3. Het Europees Fonds voor Regionale Ontwikkeling

In 1975 is ter versterking van de EEG-fondsinstrumenten door middel van een op artikel 235 gebaseerde verordening⁵¹, het Europees Fonds voor Regionale Ontwikkeling (EFRO) opgericht.

Het doel van het EFRO is een bijdrage te leveren aan het bewerkstelligen van meer regionale economische gelijkheid binnen de EEG. Anders gezegd een bijdrage te leveren aan het economisch gezond maken van de zwakste regio's binnen Europa.

Het principe van het EFRO is gelegen in het per lid-staat quoteren van de Fondstoewijzingen en het additionele karakter van de EEG-bijdragen. Dit laatste houdt in dat de bijdragen uit het fonds een aanvulling zijn op de door een lid-staat te leveren inspanning ten aanzien van regionale projecten.

Over deze uitgangsprincipes van het EFRO waren al kort na de inwerkingtreding reeds grote klachten. Met name het additionele karakter van de EFRO-steun werd door menig lid-staat anders geïnterpreteerd.

Enerzijds werkte de quotering starheid in het functioneren van het fonds in de hand; de Commissie ontbeerde ten enenmale de beleidsvrijheid om projecten te steunen waarvan zij van mening was dat deze een daadwerkelijke bijdrage zou kunnen leveren aan de verwezenlijking van de doelstelling van het fonds, doch waarvoor onvoldoende middelen binnen het hiervoor beschikbare quotum aanwezig waren. Anderzijds bleken lid-staten het niet te nauw te nemen met de verplichting ook zelf een reële bijdrage aan de projecten te leveren.

Om aan de gesignaleerde klachten tegemoet te komen is het EFRO in 1979⁵² op enige punten gewijzigd. In de eerste plaats werd een zgn. quotum-vrijdeel ingevoerd ten bedrage van 5% van de fondsmiddelen. De Commissie kreeg hiermee de mogelijkheid naar eigen «vrij» inzicht regionale projecten met gemeenschapsbelang te steunen. In de tweede plaats werden de regelingen ten aanzien van de additionaliteit verscherpt, waardoor er meer waarborgen werden geschapen voor een daadwerkelijke bijdrage van de lid-staten aan projecten. Tevens werd ten behoeve van dit laatste punt een raadsresolutie⁵³ vastgesteld, waarin onder meer intenties van de lid-staten werden weergegeven ten aanzien van de coördinatie van nationaal en gemeenschapsbeleid t.a.v. regionale ontwikkelingen.

Ook na 1979 verstomde de kritiek⁵⁴ op het EFRO niet. In 1984 heeft het fonds wederom een wijziging ondergaan. Er is met name een versterking gekomen van de steunverlening in het kader van de zgn. Gemeenschappelijke Programma's en is duidelijker aangegeven dat programma's van lid-staten, willen zij in aanmerking komen voor EFRO-subsidies, een gemeenschapsbelang dienen te vervullen. Tevens heeft de Raad van de gelegenheid gebruik gemaakt het quotavaste gedeelte enigszins intern te flexibiliseren door het invoeren van onder- en bovengrenzen. Deze onder- en bovengrenzen gelden voor een periode van drie jaar te rekenen vanaf 1 januari 1985.

De quota-verdeling is sedert 1 januari 1985 als volgt (in procenten EFRO-omvang):

België	0,90- 1,20	Ierland	5,64- 6,83
Denemarken	0,51- 0,67	Italië	31,94-42,59
Duitsland	3,76- 4,81	Luxemburg	0,06- 0,08
Griekenland	12,35-15,74	Nederland	1,00- 1,34
Frankrijk	11,05-14,74	Ver. Koninkrijk	21,42-28,56

⁴⁹ Com (83) 501 def., bijlage p. 5 en Com (82) 485 def.

⁵⁰ Art. 1 Besluit 83/516 EEG, Pb 1983, L289/38.

⁵¹ Vo 724/75 Pb 1975, L71.

⁵² Vo 214/79 Pb 1979, L35.

⁵³ Raadsresolutie d.d. 6 februari 1979, Pb 1979, C36/10.

⁵⁴ Vo 1787/84 Pb 1984 L 169.

Deze laatste wijziging geeft de Commissie iets meer armslag bij de toewijzing van middelen. In het verleden liep de Commissie regelmatig aan tegen de grenzen van het lid-staatelijke quotum en waren de mogelijkheden gering om hierover heen te gaan. Dit systeem van onder- en bovengrenzen lijkt een betere mogelijkheid om de beschikbare middelen efficiënter te kunnen toewijzen.

Als een verzwakking in de nieuwe regeling kan worden gezien het loslaten van de strikte formulering voor de additionaliteit. Lid-staten hebben nu expliciet de mogelijkheid om EFRO-middelen aan te wenden ter compensatie van de eigen inspanningen. De enige rechtvaardiging die hiervoor gegeven kan worden, is dat de gegroeide praktijk nu ook *de jure* door de Commissie wordt geaccepteerd.

De in te dienen projecten dienen gericht te zijn op:

- 1) hulpschema's voor de industrie en de ambachten en dienstensector;
- 2) infrastructurele investeringen;
- 3) operaties ter exploitatie van het potentieel voor intern gegenereerde ontwikkelingen.

Overigens geldt voor de toewijzing dat deze van geval tot geval in overleg met de lid-staten door de Commissie zal worden beoordeeld.

Wat bij het ESF lijkt te ontbreken, bezit de Commissie ogenschijnlijk bij het EFRO, namelijk een ruime discretionaire bevoegdheid voor subsidietoekenningen, als gevolg van weinig strakke beoordelings- en toekenningscriteria. Echter gerealiseerd dient te worden dat het EFRO een fonds is dat zijn middelen quotagewijs toekent. De maximaal toe te kennen bedragen liggen via het quotastelsel vast. Lid-staten gaan er tevens vanuit dat maximaal ook minimaal betekent. Zo blijft er van de ogenschijnlijke bevoegdheden van de Commissie betrekkelijk weinig over.

Alleen ten aanzien van het quota-vrije gedeelte, 5% van de EFRO-middelen, heeft de Commissie reële bevoegdheden. Begrijpelijk is dan ook dat de Commissie bij iedere fondswijziging pogingen in het werk stelt om het quota-vrije gedeelte te laten stijgen. Vooralsnog mikt de Commissie op 20% quota-vrij toewijsbare middelen. Haar streven is erop gericht het onderscheid tussen quota-gebonden en quota-vrij te laten vervallen.

4. Slot

Het toezichtbeleid inzake de toelaatbaarheid van steun van lid-staten en het steunbeleid van de EEG staan haaks op elkaar. De criteria voor beide soorten wijken sterk van elkaar af. In de criteria voor EEG-steun komt het belang van de vrije markt nauwelijks tot uiting. Het lijkt erop dat er met twee maten wordt gemeten.

Het verdrag laat dit toe. Hierdoor hoeft een criterium als compensatory justification niet van toepassing te zijn op EEG-steun. Steun van lid-staten moet voldoen aan de randvoorwaarde van mededingingsvriendelijkheid. Gemeen-

schapssteun hoeft hier niet persé aan te voldoen, als er andere doelstellingen moeten worden gediend. Ook al lijkt dit onrechtvaardig, het valt te billijken. De lid-staten hebben immers via het politieke krachtenspel in de (machtige) Raad de mogelijkheid de beslissingen inzake de EEG-steun te beïnvloeden. Een dergelijke uitkomst kan derhalve gunstig zijn voor de betrokken lid-staat en tevens waarborgen bieden voor de EEG als geheel.

Het is wenselijk dat het EEG-beleid consistent is ten aanzien van het bereiken van de gestelde doelen en dat de effectiviteit wordt gewaarborgd. Dit wordt vaak belemmerd door de structuur van de EEG. De quota van het EFRO bijvoorbeeld zijn door hun verstarrend karakter niet erg mededingingsvriendelijk, maar zijn een onvermijdelijk gevolg van het op compromissen gebaseerde werken van de EEG.

Verder beschikken de fondsen over onvoldoende middelen om de problemen krachtadig aan te pakken. De Commissie heeft dit onderkend in haar voorstellen om de structuurfondsen tot 1990 te verdubbelen. Een betere coördinatie en eenvoudiger procedures worden verder voorgesteld om de effectiviteit te versterken.

Hiervoor is bij de criteria van het ESF geconstateerd, dat deze slechts een zeer kleine interpretatieruimte bieden. Het ware voor de effectiviteit beter, maar politiek waarschijnlijk minder aanvaardbaar, als de criteria zouden worden vervangen door een discretionaire toekenningsbevoegdheid van de Commissie, welke zou moeten worden begrensd door gerichtheidsrichtlijnen.

In 1992 zal in verband met de Europese Akte het subsidieverbod veel absoluter moeten worden geïnterpreteerd. De vrije mededinging moet dan beter zijn gewaarborgd. De Commissie zal in die situatie een veel grotere rol moeten vervullen. Dit kan niet alleen worden gerealiseerd door een versterking van het toezichtsinstrument, maar ook door de mogelijkheid tot het verlenen van steun nagenoeg uitsluitend bij de Commissie te leggen. Hierdoor zal de steunverlening nog uitsluitend in een communautair kader kunnen plaatsvinden en daardoor effectiever zijn. De situatie wordt dan minder waarschijnlijk dat er ongecoördineerd een afzonderlijk regionaal beleid op Europees en op nationaal niveau zal worden gevoerd. De Commissie — en zeker niet de Raad — lijkt hiervoor het aangewezen orgaan omdat deze het communautaire karakter het meest waarborgt.

Het Europees Parlement kan bij zijn controletaak op het door de Commissie gevoerde steunbeleid handig gebruik maken van de door de Commissie in het kader van de artikelen 92 tot en met 94 van het verdrag ontwikkelde criteria om te waken tegen schadelijke gevolgen voor de mededinging.

F.A.J. KALKHOVEN
T.G.L.M. MEEVIS
H.M.J.G. NEELIS

NAAR EEN MEER CONSUMENTVRIENDELIJKE HOUDING BIJ DIEFSTAL VAN EUROCHEQUES

Inleiding

1. Op 1 mei 1969 — dus acht jaar na de Chequewet van 1961¹ — werd de chequekaart ingevoerd: aan de houders van een cheque (in de zin van artikel 1 van de Chequewet), die onder waarborg van een chequekaart is uitgeschreven, wordt de zekerheid gegeven dat de cheque betaald zal worden, zelfs indien er geen dekking is², met dien verstande dat het chequebedrag niet hoger dan 7.000 fr. mag zijn³.

2. In 1974 werd het uniforme eurochequesysteem opgericht dat van kracht is in twaalf Europese landen en dat met meer dan twaalf miljoen gebruikers een ruim verspreid betaalmiddel is⁴.

3. De diefstal van cheques wordt in het Belgische recht geregeld door artikel 35, tweede lid, en artikel 35bis van de wet van 1 maart 1961.

Dit artikel 35, tweede lid, stelt als principe dat de bank geldig betaalt indien zij zich niet aan bedrog of grove fout heeft schuldig gemaakt.

Artikel 35bis verdeelt de risico's tussen de eigenaar van het chequeboekje, zijn wettig geadresseerden en de bank indien de cheque gestolen, verloren of vervalst is. In geval van betaling van de gestolen cheque, moet de rekeninghouder bewijzen dat de uitbetaling te wijten is aan bedrog of grove fout van de bank, indien hij deze laatste aansprakelijk wil stellen⁵.

4. Dit begrip «grove fout» geeft aanleiding tot een belangrijk interpretatieprobleem. De rechter beschikt hier over een ruime appreciatiebevoegdheid, waarvan de traditionele rechtspraak steeds gebruik gemaakt heeft om aan dit begrip een restrictieve inhoud te geven.

5. De rechtsleer⁶ aanvaardt in het algemeen dat de rekeninghouder het recht heeft om zich te verzetten tegen de uitbetaling van zijn gestolen cheques. Bij gebrek aan een wettelijke regeling m.b.t. het verzet, heeft de bankwereld een praktijk ontwikkeld die erin bestaat de rekeninghouders een clause te laten ondertekenen, waardoor zij afstand doen van hun recht op verzet⁷.

Door deze contractuele clauses genieten de banken een quasi-immuniteit bij diefstal van eurocheques. De traditio-

nele rechtspraak heeft de bankwereld in deze praktijk gevolgd.

6. Men kan zich echter de vraag stellen of het de bedoeling was bij de oprichting van het eurochequesysteem in 1974 om een objectieve risicoaansprakelijkheid ten laste te leggen van de eigenaar van de chequeformulieren en de chequekaart.

De contractuele afstand

Traditionele rechtsleer en rechtspraak

7. De traditionele rechtsleer heeft deze afstand van recht, die de banken aan hun cliënten opleggen, zonder meer aanvaard. Volgens De Vroede⁸ is er tegen de betaling van een onder dekking van een bankkaart uitgeschreven cheque geen verzet meer mogelijk, zelfs niet wanneer de chequeformulieren gestolen zijn. De trekker heeft immers van dit recht contractueel afgezien. Ook Dal⁹ heeft herhaaldelijk de geldigheid van dergelijke contractuele clauses aanvaard.

Van Ryn en Heenen¹⁰ menen eveneens dat de betrokken bank, in geval van diefstal van de chequeformulieren en/of de chequekaart, gehouden is de rekening van haar cliënt te debiteren en dit ondanks het verzet van de rekeninghouder tegen de verzilvering van zijn cheques.

8. Gelet op deze bankpraktijk, is het verzet enkel werkzaam ten aanzien van niet-gewaarborgde cheques. Volgens Dal heeft het verzet tegen de uitbetaling van gewaarborgde cheques enkel tot gevolg dat de bank moet controleren of de voorwaarden om van een gewaarborgde eurocheque te

⁷ Wanneer de rekeninghouder verzet wil doen tegen de verzilvering van zijn gestolen eurocheques wordt hem de volgende verklaring voorgelegd: «Nuttigheidshalve wordt eraan herinnerd dat de wet de houder van een chequeboekje verantwoordelijk stelt voor de gevolgen te wijten aan verlies of diefstal van zijn cheques.

In de veronderstelling dat de desbetreffende cheques op een eurochequeformulier zijn uitgeschreven, kunnen wij ertoe verplicht worden die uit te betalen en uw rekening te debiteren, indien bij de aanbidding van de cheques de voorwaarden van de eurochequegarantie vervuld zijn.

Wij herinneren u eraan dat, krachtens de bepalingen van de overeenkomst die wij bij de afgifte van uw eurochequekaart hebben gesloten, uw verzet geen betrekking mag hebben op eurochequeformulieren die u vroeger werden overhandigd en waarop cheques onder het voorrecht van het eurochequesysteem werden uitgeschreven.

In dergelijk geval zouden wij verplicht zijn die cheques uit te betalen en uw rekening te debiteren.»

⁸ D E VROEDE, P., o.c., nr. 150.

⁹ Zie DAL, G.A., «L'eurochèque», o.c., 328; DAL, G.A., «Les chèques garantis», *l.c.*, 244; DAL, G.A., «Le vol des chèques et cartes eurochèque», *T.B.H.*, 1982, 153.

¹⁰ VAN RYN, J. en HEENEN, J., *Principes de droit commercial*, III, Brussel, Bruylant, 1981, nr. 583.

¹ Chequewet van 1 maart 1961, *B.S.*, 2 februari 1962.

² DE VROEDE, P., *De cheque. De postcheque en de reischeque*, Antwerpen, Kluwer, 1979, nr. 209.

³ Dit chequebedrag bedroeg bij de oprichting van het eurochequesysteem in 1974 5000 fr. Het werd recent opgetrokken tot 7000 fr.

⁴ DAL, G.A., «Problèmes causés par les cheques bénéficiant d'une garantie de banque», *Bank Fin.*, 1980, 195, nr. 4.

⁵ DAL, G.A., «L'Eurochèque», in *La banque dans la vie quotidienne*, WINANDY, C.-G., CASMAN, H. DE GAVRE, J., e.a., (red.), Brussel, Jeune barreau, 1986, 328.

⁶ Zie DE VROEDE, P., o.c., nrs. 150-151; zie ook BALLON, G.L., en GEENS, K., *Handels- en vennootschapsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 110; DAL, G.A., «Les chèques garantis», *J.T.*, 1984, 243.

kunnen spreken, vervuld zijn. Indien dit het geval is, is de bank gehouden de cheque te betalen en is deze betaling bevrijdend ten aanzien van de bank¹¹. Dal vindt deze praktijk volstrekt normaal: «L'appréciation d'une éventuelle faute dans le chef de la banque doit se faire dans le cadre de ses propres engagements, contractuels ou autres, dont le client sait en tout cas qu'ils existent»¹².

Het bestaan van een dergelijke instemming van de cliënt kan echter ten eerste betwijfeld worden¹³.

9. Dal motiveert zijn stelling als volgt: de rekeninghouder is degene die in de beste positie verkeert om de diefstal van de chequeformulieren en/of de bankkaart te verhinderen. Hij dient bijgevolg de gepaste maatregelen te treffen om diefstal te voorkomen¹⁴. Wilhelm stelt dienaangaande dat de bankcliënten deze contractuele afstandsclausules impliciet aanvaarden¹⁵.

10. Ook de traditionele rechtspraak heeft het bestaan en de geldigheid van deze contractuele clausules zonder discussie aanvaard¹⁶.

Nieuwe tendensen

11. Top daarentegen noemt deze clausules terecht «exorbitante bedingen»¹⁷, omdat het betwistbaar is of de cliënten die een eurochequekaart aanvragen zich wel bewust zijn van deze afstand. Top stelt zich dan ook de vraag of de rekeninghouders er werkelijk mee akkoord gaan dat de onmiddellijke aangifte van de diefstal en het verzet tegen de uitbetaling van de cheques hen enkel beveiligd wanneer, ingevolge een nationale of internationale alarmmelding, de daders zelf van de vervalsing gesnapt worden bij de aanbieding van de cheques¹⁸. Zijn de rekeninghouders ervan op de hoogte dat hun verzet niets uithaalt tegen derden? Volgens de eurochequevoorschriften mag de waarborg aan die derden immers niet ontnomen worden, indien aan de chequeformulieren of -kaart geknoeid werd «in such a way that it was not noticeable to the person who accepted the cheque in good faith»¹⁹.

12. Deze contractuele clausules maken de consumenten van cheques bij diefstal van hun formulieren en/of hun

bankkaart volledig machteloos. In werkelijkheid kan men echter geen eurocheques verkrijgen indien men weigert deze clausule te ondertekenen! De Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel beslist zelfs dat, wanneer de rekeninghouder geen dergelijke clausule zou ondertekenen, of het bankreglement geen zodanige verbintenis bevat, dan nog de rekeninghouder geen verzet zou mogen doen, daar in het eurochequesysteem de controle van de neergelegde handtekeningen onmogelijk is geworden²⁰.

13. Toch kan het belangrijk zijn om verzet te doen tegen de uitbetaling van gestolen eurocheques, want de Rechtbank van Eerste Aanleg te Luik verbindt aan dit verzet enige gevolgen²¹. De rekeninghouder brengt immers door dit verzet de bank op de hoogte van het feit dat hij geen gebruik wenst te maken van de kredietmogelijkheden die het eurochequesysteem hem bieden. De conventionele clausules m.b.t. het gebruik van dit krediet, meer bepaald de clausules voor de berekening van de interest, zijn bijgevolg niet meer toepasselijk. De banken zullen dus enkel de wettelijke interest van hun cliënten kunnen vorderen op de bedragen die zij uitbetaald hebben bij de verzilvering van de gewaarborgde cheques, en waarvan zij terugbetaling eisen.

Vergelijking met Frankrijk

14. De situatie m.b.t. het verzet tegen de uitbetaling van gestolen cheques is totaal verschillend in Frankrijk. Het verzet wordt daar immers geregeld door artikel 35 van het decreet van 30 oktober 1935.

In Frankrijk geldt de regel dat de betrokken bank, na het verzet van haar rekeninghouder, geen betaling van de cheque mag uitvoeren vooraleer de bevoegde rechtspraak heeft gedaan over het verzet. Indien de bank ondanks het verzet toch de cheques verzilverd, wordt deze betaling geacht zonder opdracht te zijn uitgevoerd²². De bank begaat dan een fout waarvoor zij aansprakelijk is²³. Het Hof van Cassatie is in Frankrijk zeer streng ten aanzien van de banken, aangezien zij aanvaardt dat het verzet door de rekeninghouder onmiddellijke werking heeft²⁴. Het Hof heeft deze stelling zeer recent nog bevestigd²⁵: een bank die cheques met een valse handtekening had uitbetaald en die bijgevolg de rekening van haar cliënt had gedebiteerd, was niet geldig bevrijd ten aanzien van haar rekeninghouder.

¹¹ DAL, G.A., «Les chèques garantis», *l.c.*, 243.

¹² *Ibid.*, 244.

¹³ Vgl. TOP, F., «Is de eigenaar van verloren of gestolen chequeformulieren voldoende beschermd in het eurochequesysteem?», in *Liber Amicorum Jan Ronse*, BAERT, G., MAEYER, J.M., POLAK, J., SIMONT, L., STORME, M. en VANGERVEN, W., Gent, Story, 1986, 476.

¹⁴ DAL, G.A., «Le vol des chèques et cartes eurochèque», *l.c.*, 153.

¹⁵ WILHELM, P., «Révocation, opposition et saisie-arrêt en matière de chèques», *J.T.*, 1980, 453, nr. 11.

¹⁶ Zie o.m. Antwerpen, 13 december 1978, *R.W.*, 1978-79, 2677; Rb. Brussel, 20 april 1978, bevestigd door Brussel, 18 maart 1980, *Bank Fin.*, 1980, 537 en 539; Rb. Brussel, 10 februari 1984, *J.T.*, 1984, 246; Rb. Brussel, 18 mei 1984, *J.T.*, 1984, 431; Brussel, 18 oktober 1984, *J.T.*, 1985, 59; Rb. Brussel, 20 september 1985, *J.T.*, 1986, 10; Kh. Luik, 15 mei 1986, *T.B.H.*, 1987, 753; Rb. Luik, 30 september 1987, *T.B.H.*, 1987, 1470.

¹⁷ TOP, F., *o.c.*, 477.

¹⁸ Beschikkingen van de Belgische eurocheque Gemeenschap, augustus 1983, art. 3.5.1.2.

¹⁹ Eurocheque System Guidelines, mei 1962, art. 4.1.8.

²⁰ Zie Rb. Brussel, 10 februari 1984, *J.T.*, 1984, 246.

²¹ Rb. Luik, 30 september 1987, *T.B.H.*, 1987, 1470.

²² VEZIAN, J., *La responsabilité du banquier en droit privé français*, Parijs, Librairies techniques, 1983, nrs. 137-139.

²³ Tribunal de grande instance de Nîmes, 20 maart 1973, *J.C.P.*, 1973, IV, 6307.

²⁴ Cass. fr., 20 juni 1977, *J.C.P.*, 1978, II, 18.808: de rekeninghouder had verzet gedaan tegen de uitbetaling van zijn gestolen cheques. Hij deed dit verzet op het openingsuur van de bank. Niettemin werden er diezelfde morgen nog cheques uitbetaald door een afdeling van de betrokken bank. Het arrest bevestigt uitdrukkelijk dat de banken zich zodanig dienen te organiseren dat zij de informatie m.b.t. het verzet onmiddellijk moeten kunnen meedelen aan al hun afdelingen en correspondenten.

²⁵ Cass. fr., 24 februari 1987, *Sem. Jur.*, 1987, IV, 149.

Conclusie

15. Dit Franse systeem is rechtvaardiger dan het Belgische: de betrokken bank is verplicht rekening te houden met het verzet van haar rekeninghouder, ten minste tot op het tijdstip dat de gerechtelijke instanties uitspraak gedaan hebben over de geldigheid van dit verzet²⁶.

De Belgische praktijk van de bankwereld om de eigenaars van de eurocheques een rechtenafstand op te dringen dient afgewezen te worden.

De consument ondertekent deze contractuele clause wel, doch van een — zelfs impliciete — aanvaarding kan er geen sprake zijn, zodat de stelling van de traditionele rechtsleer hier niet kan worden gevolgd. In Frankrijk daarentegen is een contractuele afstand van het recht op verzet wettelijk onmogelijk gemaakt en druist het in tegen de gangbare rechtspraak.

De grove fout van de bank

16. De Belgische eigenaars van de eurochequeformulieren en de begeleidende eurochequekaart kunnen in de huidige stand van zaken slechts het risico van de diefstal van de gewaarborgde cheques op de banken afwentelen wanneer zij een «grove fout of bedrog» van de betrokken bank bewijzen.

Toepassingsgebied artikel 35bis

17. Het lijkt aangewezen om vooraf de beperkingen inzake het toepassingsgebied van artikel 35bis te omschrijven.

a) Een niet gedagtekende of niet ondertekende cheque is geen cheque maar een onregelmatig document, zodat de bijzondere bescherming van de Chequewet niet toepasselijk is²⁷.

Het schoolvoorbeeld ter zake is het arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 2 april 1965: een bankbediende had een betaling uitgevoerd op een valse schuldbekentenis zonder de minste voorzorgen te nemen ten aanzien van de geldigheid van het stuk of de identiteit van de begunstigde²⁸.

Volgens Dal echter betreft het hier wel degelijk een cheque, maar vormt de uitbetaling van een niet-gedagtekende of niet ondertekende cheque een grove fout in hoofde van de bank²⁹.

b) Artikel 35bis zal niet van toepassing zijn wanneer geen betaling van de cheque heeft plaatsgevonden door een verzet tegen de uitbetaling van niet-gewaarborgde cheques. De houder van de niet-gewaarborgde cheque, die niet uitbe-

taald wordt wegens een tijdig verzet, zal artikel 35bis niet tegen de rekeninghouder kunnen opwerpen³⁰. Artikel 35bis handelt immers enkel over de verdeling van de risico's tussen de eigenaar van de cheque, zijn wettig geadresseerden en de betrokkene ingeval verloren, gestolen of vervalste cheques per vergissing betaald zijn³¹. Dit artikel regelt bijgevolg uitsluitend de relaties tussen de bank en haar cliënt³².

De relatie tussen de eigenaar van de eurocheques en de derde-houder worden beheerst door het gemene recht (artikel 1382 B.W.)³³.

18. Volgens De Vroede³⁴ echter moet artikel 35bis extensief geïnterpreteerd worden, zodat de derde-houder van een gestolen cheque zich op basis van deze bepaling tegen de eigenaar van de chequeformulieren kan richten. Deze ruime interpretatie geeft zin aan artikel 21 (dat de houder te goeder trouw van een verloren cheque beschermt). Deze stelling wordt door alle andere reeds vermelde auteurs betwist, evenals door Nelissen-Grade en Merchiers. Zij³⁵ poneren dat beide artikelen twee verschillende situaties regelen, wat geïllustreerd wordt door het feit dat artikel 21 de term «cheque» gebruikt, terwijl artikel 35bis het heeft over «orders gegeven op de chequeformulieren uit zijn boekje».

19. Het standpunt van de auteurs die de strikte interpretatie verdedigen, dient gevolgd te worden. Een ruime interpretatie legt immers nog meer lasten op de schouders van de eigenaar van de eurocheques, wat zeker niet wenselijk is³⁶.

Definitie «grove fout»

20. De grove fout kan volgens Cornelis als volgt gedefinieerd worden: «Il s'agit de la méconnaissance d'une obligation qui touche à l'essence du contrat»³⁷. Deze definitie van de grove fout vormt een interessant uitgangspunt, aangezien de meeste auteurs slechts voorbeelden uit de rechtspraak citeren³⁸, zonder zich aan een definitie te wagen.

³⁰ DAL, G.A., «Les chèques garantis», *l.c.*, 244.

³¹ DAL, G.A., «La responsabilité des propriétaires de carnets de chèques», *J.T.*, 1977, 691.

³² Zie DAL, G.A., «Le vol des chèques et cartes eurochèque», *l.c.*, 154; DAL, G.A., «L'eurochèque», *o.c.*, 328; VAN RYN, J., en HEENEN, J., *o.c.*, nr. 612; zie ook Rb. Brussel, 20 juni 1977, *J.T.*, 1977, 697.

³³ BREWAEYS, E., «De cheque: overzicht van rechtspraak 1975-77», *R.W.*, 1977-78, 2547.

³⁴ DE VROEDE, P., *o.c.*, nr. 207.

³⁵ NELISSEN-GRADE, J.M., en MERCHIER, Y., *l.c.*, nr. 126.

³⁶ Zie TOP, F., *o.c.*, 481-482. Top trekt de bevoorrechte positie van de banken die, in tegenstelling tot de derde-houder, wel over een vordering tegen de rekeninghouder beschikken, in twijfel. Hij pleit voor een terugkeer naar het gemene recht, waardoor de derde-houder ook over een vordering tegen de rekeninghouder zou beschikken. Hij vraagt zich in dit verband af waarom de banken, die het gebruik van cheques als betaalmiddel voortdurend stimuleren, beter behandeld zouden moeten worden dan de begunstigten van de cheques, die dit betaalmiddel gretig aanvaarden.

³⁷ CORNELIS, L., «La faute lourde et la faute intentionnelle», *J.T.*, 1981, 514.

³⁸ DAL, G.A., «Le vol des chèques et cartes eurochèque», *l.c.*, 152.

²⁶ WILHELM, P., *l.c.*, nrs. 11-17: wanneer de trekker verzet doet tegen de uitbetaling van zijn cheque, zijn er geen vormvereisten. Een loutere brief of zelfs een mondeling verzet kunnen volstaan.

²⁷ NELISSEN-GRADE, J.M., en MERCHIER, Y., «Overzicht van rechtspraak: Wissel- en chequerecht (1960-80)», *T.P.R.*, 1981, 1148, nr. 125.

²⁸ Brussel, 2 april 1965, *R.W.*, 1965-66, 214-216.

²⁹ Zie DAL, G.A., «Le vol des chèques et cartes eurochèques», *l.c.*, 152; DAL, G.A., «L'eurochèque», *o.c.*, 329.

Traditionele rechtspraak en rechtsleer

21. In het systeem van de gewaarborgde eurocheques moet de bank enkel controleren of de voorwaarden om van een eurocheque te kunnen spreken vervuld zijn.

De bank zal een eurocheque moeten toetsen aan zes criteria, die het haar mogelijk moeten maken te besluiten om al dan niet de cheque uit te betalen³⁹:

a) het eurochequebedrag overstijgt het maximaal gewaarborgde bedrag (7000 fr.);

b) het eurochequekaartnummer wordt niet vermeld;

c) de geldigheidstermijn van de eurochequekaart is verstreken op het ogenblik van de uitgifte van de cheque;

d) de handtekening, het rekeningnummer en de naam van de bank, vermeld op het chequeformulier, stemmen niet overeen met de gegevens op de chequekaart;

e) er wordt geen melding gemaakt van het nummer van de identiteitskaart op de eurocheque in de gevallen dat dit vereist is (wanneer er meer dan twee cheques tegelijkertijd aan het loket van een bank ter betaling worden aangeboden).

22. De houding van de bank moet bijgevolg aan deze voorwaarden getoetst worden. Er zal dus enkel nog sprake zijn van grove fout wanneer de eurochequevoorschriften niet zijn nageleefd⁴⁰.

23. Deze voorwaarden werden tot voor kort in de rechtsleer en -praak strikt geïnterpreteerd. De banken begingen bijna nooit een grove fout.

24. Zo neemt Dal een strenge houding aan t.o.v. de rekeninghouder⁴¹ en stelt dat de bank enkel een grove fout begaat wanneer zij geen enkele maatregel neemt om de betaling van gestolen eurocheques (waartegen verzet is gedaan) tegen te houden. Deze stelling heeft tot gevolg dat de banken zich beperken tot een zeer oppervlakkige toetsing van de eurochequeformulieren aan de zes criteria.

Toch wordt dit standpunt door deze rechtsleer enigszins genuanceerd, daar er nog twee andere criteria worden toegevoegd die de uitbetaling van de gewaarborgde eurocheque moeten verhinderen⁴² namelijk:

— een cheque die uitgeschreven werd op een niet-geüniformiseerd formulier;

— een cheque die sporen van wijzigingen en krabben vertoont.

Zelfs Van Ryn en Heenen, De Vroede en Dal zijn het er uiteraard over eens dat de banken bij de uitbetaling van dergelijke cheques een grove fout begaan.

25. Het Hof van Beroep te Brussel besliste in een arrest van 18 maart 1980⁴³ dat er geen grove fout verweten kan worden aan de bank wanneer zij gestolen eurocheques uitbetaalt, terwijl de klant nog in het bezit is van de erbij

horende bankkaart (omdat deze zijn bankkaart zorgvuldig op een andere plaats had opgeborgen). Van Ryn en Heenen en Dal⁴⁴ keuren dit goed, aangezien eurocheques waarvan het bedrag niet hoger ligt dan 7000 fr. in alle agentschappen van de bank zonder enige controle dienen te worden uitbetaald. Het is volgens Nelissen-Grade en Merchiers⁴⁵ immers onmogelijk om te controleren of de handtekening op de eurocheque conform is met het specimen dat door de eigenaar neergelegd is op het kantoor waar hij zijn rekening geopend heeft.

26. De handtekeningcontrole (d.w.z. de vergelijking tussen de handtekening op de cheque en het specimen dat neergelegd is) is afgeschaft, zonder dat er voor de bank andere verplichtingen werden opgelegd⁴⁶. De rechtspraak aanvaardt dit, zodat het niet controleren van de conformiteit tussen de handtekening op de eurocheque en het specimen neergelegd bij het openen van de rekening, geen grove fout is⁴⁷.

De enige controle met betrekking tot de handtekening die vanuit deze optiek nog in aanmerking komt voor een kwalificatie als grove fout, is de vergelijking van de conformiteit tussen de handtekening op de eurocheque en die op de eurochequekaart. Deze controle, zo zegt de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel⁴⁸, kan meestal niet plaatsvinden, aangezien deze eurochequekaart meestal gestolen en/of verdwenen is. De eigenaar van de cheques zal bijgevolg ook hier meestal falen in het bewijs van een grove fout⁴⁹.

27. Zelfs al kan de rekeninghouder bewijzen dat de bank een (te) oppervlakkige of geen controle van de handtekening heeft uitgevoerd (wat al zeer moeilijk te bewijzen is), dan nog zijn de rechtspraak en -leer van mening dat, indien er een grote gelijkenis bestaat tussen de handtekening op de cheque en de gebruikelijke handtekening van de rekeninghouder, er geen grove fout is bij de bank⁵⁰! De Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel⁵¹ wijst immers de grove fout van bank af op grond van het feit dat de handtekening op de cheques erg gelijken op de handtekening van de rekeninghouder (in casu werd de kaart niet teruggevonden maar gebeurde de vergelijking door middel van de handtekening van de rekeninghouder op de PV's van verhoor).

28. Het Hof van Cassatie besliste bovendien dat een loutere formele verificatie door de bank van de opeenvolgende endossementen op de cheque voldoende is⁵², zodat ook hier

⁴⁴ VAN RYN, J. en HEENEN, J., o.c., nr. 611; DAL, G.A., «Le vol des chèques et cartes eurochèques», *l.c.*, 153.

⁴⁵ NELISSEN-GRADE, J.M., en MERCHIERS, Y., *l.c.*, nr. 124; DAL, G.A., «L'eurochèque», o.c., 329.

⁴⁶ TOP, F., o.c., 475.

⁴⁷ Rb. Brussel, 20 september 1985, *J.T.*, 1986, 10; Rb. Brussel, 10 februari 1984, *J.T.*, 1984, 246; Kh. Brussel, 17 maart 1981, *T.B.H.*, 1982, 148.

⁴⁸ Rb. Brussel, 20 september 1985, *J.T.*, 1986, 10.

⁴⁹ VAN RYN, J., en HEENEN, J., o.c., nr. 583, noot 2; DAL, G.A., «Les chèques garantis», *l.c.*, 244.

⁵⁰ Kh. Kortrijk, 10 januari 1967, *T.B.H.*, 1968, 324, dat besproken wordt door: NELISSEN-GRADE, J.M. en MERCHIERS, Y., *l.c.*, nrs. 122 en 124; VAN RYN, J. en HEENEN, J., o.c., nr. 611; DE VROEDE, P., o.c., nr. 197; DAL, G.A., «Le vol des chèques et cartes eurochèques», *l.c.*, 152, noot 11.

⁵¹ Rb. Brussel, 18 oktober 1984, *J.T.*, 1985, 59.

⁵² Cass., 15 maart 1984, *R.W.*, 1984-85, 1051.

³⁹ DAL, G.A., «Problèmes causés par les chèques bénéficiant d'une garantie de banque», *l.c.*, p. 199, nr. 11; DAL, G.A., «Le vol des chèques et cartes eurochèques», *l.c.*, 153.

⁴⁰ TOP, F., o.c., 476.

⁴¹ DAL, G.A., «Le vol des chèques et cartes eurochèques», *l.c.*, 152.

⁴² VAN RYN, J. en HEENEN, J., o.c., nr. 571; DE VROEDE, P., o.c., nr. 201.

⁴³ Brussel, 18 maart 1980, *Bank Fin.*, 1980, 539 (bevestigd Rb. Brussel, 20 april 1979, *Bank Fin.*, 1980, 537).

moeilijk een grove fout zal kunnen worden bewezen ten laste van de bank⁵³.

29. De Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent⁵⁴ preciseerde dat de bank bij het uitbetalen van een cheque niet moet nagaan of er voldoende dekking is. Ook dit kan dus geen grove fout uitmaken ten aanzien van de bank⁵⁵.

30. Geen rekening houden met het verzet van de cliënt vormt evenmin een grove fout van de bank⁵⁶.

31. Aangezien eurocheques bestemd zijn om in het internationaal verkeer gebruikt te worden, rijst het probleem van de grove fout niet enkel ten aanzien van de «drawee bank» (de bankier-betrokkene) in België, maar eveneens ten aanzien van de «paying bank» (de betalende bank waar de verzilvering gebeurt) die terugbetaling zal krijgen van de «drawee bank» op voorwaarde dat de «paying bank» zelf geen grove fout heeft begaan. Meestal zal de «drawee bank» echter geen nader onderzoek eisen met betrekking tot de grove fout van de «paying bank» en zal zij haar automatisch terugbetalen, aangezien de gevolgen van het misbruik van de chequeformulieren toch op de rekeninghouder afgewenteld kunnen worden⁵⁷. Deze bankpraktijk wordt trouwens bevestigd in het arrest van het Hof van Beroep te Gent⁵⁸: het hof oordeelde dat er geen grove fout was, noch van de «paying bank», noch van de «drawee bank», aangezien het eurocheques betrof waarbij er redelijkerwijze mocht worden verondersteld dat zij rechtsgeldig waren, aangezien door een correspondent in het buitenland reeds vastgesteld was dat de erop aangebrachte handtekening overeenstemde met de handtekening op de chequekaart en zelfs met die op andere overgelegde officiële documenten. Ook hier zal het dus zeer moeilijk zijn voor de eigenaar van de cheques om een «grove fout» van zijn bank te bewijzen.

32. Het feit dat de bank haar cliënt niet verzekerd heeft tegen het risico van de diefstal van de eurochequeformulieren, maakt volgens Dal⁵⁹ geen grove fout uit. De Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel⁶⁰ wees erop dat geen enkele wettelijke bepaling de banken verplicht om hun cliënteel te verzekeren tegen de risico's in kwestie, zodat het niet-aangaan van een verzekering in elk geval niet als een grove fout gekwalificeerd kan worden.

Nieuwe tendensen

33. In de recente rechtspraak is er een ontwikkeling merkbaar die ingaat tegen de consumentonvriendelijke interpretatie van de grove fout. Deze rechtspraak heeft duidelijk komaf willen maken met de verder uitdeinende risico-aansprakelijkheid van de chequeeigenaar door te beslissen dat het eurochequesysteem niet van toepassing is wanneer de rekeninghouder geen eurochequekaart heeft, omdat hij geen kaart heeft aangevraagd of omdat hij er geen heeft gekregen (ofschoon hij er wel om had gevraagd)⁶¹. Dit impliceert dat de rekeninghouder verzet zal kunnen doen tegen de uitbetaling van de cheques, waarmee de bank rekening dient te houden.

34. Het Hof van Beroep te Brussel⁶² heeft een belangrijke verstrenging ingevoerd met betrekking tot de controle van de bankkaart. De bank is verplicht om de geldigheid van de eurochequekaart nauwkeurig te verifiëren: zij moet onder meer de structuur van de nummers op de bankkaart controleren. In casu waren op de chequeformulieren van de B.B.L. een bankkaartnummer met zeven cijfers en op de formulieren van de Generale Bank een nummer met vijf cijfers aangebracht, terwijl de banken in België altijd eurochequekaarten met acht cijfers afleveren. De Oostenrijkse bank, die de cheques uitbetaalde, moest hiervan op de hoogte zijn en mocht dus niet tot betaling overgaan, bij gebreke waarvan zij een grove fout beging.

35. Naar analogie hiermee heeft hetzelfde hof van beroep⁶³ eveneens kritiek geuit op de té nonchalante controle van de identiteit van de chequehouder. Immers, zodra meer dan twee cheques tegelijkertijd worden aangeboden, moet de loketbediende de overlegging van de identiteitskaart vragen. Hierbij merkt het hof op dat de cheques een nummer vermelden dat qua structuur niet overeenstemt met het nummer van de identiteitskaart, noch met het paspoort- of identiteitskaartnummer voor vreemdelingen. Ook de structuur van het identiteitskaartnummer moet bijgevolg nauwkeurig onderzocht worden.

36. De rechtspraak gaat zelfs nog verder: de Rechtbank van Eerste Aanleg te Luik⁶⁴ oordeelde immers dat een bank aansprakelijk is indien zij een cheque — waartegen verzet is gedaan — uitbetaalt zonder de identiteit te controleren of nadat de identiteit slechts bij wijze van routinemaatregel gecontroleerd werd, terwijl er bijzondere maatregelen moesten genomen worden omdat er uit de feitelijke omstandigheden kon worden afgeleid dat de houder van de cheques waarschijnlijk de dief of de heler was. In casu was deze voorwaarde echter niet vervuld. In een ander vonnis, van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel⁶⁵, was deze voorwaarde wel aanwezig. Er werden eerst 24, nadien 55, cheques ter betaling aangeboden. De rechtbank beslist dan: «Het bedrag is zo belangrijk dat het niet meer overeenstemt met het doel van de eurocheque en de bankbediende zich,

⁵³ DAL, G.A., «L'eurochèque», o.c., 330, noot 98.

⁵⁴ Rb. Gent, 15 oktober 1979, *Bank Fin.*, 1980, 541.

⁵⁵ DAL, G.A., «Problèmes causés par les chèques bénéficiant d'une garantie de banque», l.c., p. 200, nr. 14; zie ook Rb. Brussel, 18 mei 1984, *J.T.*, 1984, 431.

⁵⁶ Cf. supra nr. 10 en noot 16: Antwerpen, 13 december 1978, *R.W.*, 1978-79, 2677, geciteerd en besproken door: TOP, F., o.c., p. 477, noot 66; NELISSEN-GRADE, J.M. en MERCHIERS, Y., l.c., nr. 122; DE VROEDE, P., o.c., nr. 198; DAL, G.A., «L'eurochèque», o.c., 329, noot 96; DAL, G.A., «Le vol des cheques et cartes eurochèque», l.c., 153, noot 16; DAL, G.A., «Problèmes causés par les chèques bénéficiant d'une garantie de banque», l.c., p. 200-201, nr. 14.

⁵⁷ TOP, F., o.c., 476.

⁵⁸ Gent, 20 december 1984, *R.W.*, 1984-85, 2626, en erratum 2862.

⁵⁹ DAL, G.A., «L'eurochèque», o.c., 329, noot 96.

⁶⁰ Rb. Brussel, 20 september 1985, *J.T.*, 1986, 10.

⁶¹ Rb. Brussel, 8 oktober 1985 en 25 maart 1986, *Rev. Reg. Dr.*, 1986, 438 en 442.

⁶² Brussel, 28 oktober 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 1370.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Rb. Luik, 30 september 1987, *T.B.H.*, 1987, 1470.

⁶⁵ Rb. Brussel, 2 februari 1988, onuitg., A.R. nr. 2.380.

door zich te beperken tot de gewone routinecontrole, schuldig maakt aan medeplichtigheid bij het omzeilen van het doel van het eurochequesysteem.»

De rechtbank wijst er verder op dat «een normaal voorzichtig loketbediende in ieder geval, gelet op het belangrijk aantal chequeformulieren en het hoogst eigenaardig gedrag van de klant, die in plaats van een gecertificeerde cheque of een bankcheque aan te bieden, werkt met liefst 24 (en 55) eurocheques, wantrouwig dient te worden en over moet gaan tot een zo ernstig mogelijk onderzoek van de chequeformulieren om, bij de minste twijfel, contact op te nemen met de correspondent over de regelmatigheid van de hem voorgestelde verzilvering».

37. Ook in verband met de controle van de handtekening heeft de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel zich strikter opgesteld⁶⁶. Een loutere vergelijking van de handtekening op de chequeformulieren met die op de bankkaart, volstaat niet meer. Immers, de normaal voorzichtige loketbediende moet eveneens onderzoeken of de handtekeningen van de verschillende, op hetzelfde ogenblik aangeboden cheques, onderling conform zijn. Er dient bijgevolg een dubbele controle uitgeoefend te worden:

— vergelijking van de handtekening op de cheques met die op de bankkaart

— vergelijking van de handtekeningen op de cheques onderling.

In casu was er geen gelijkenis tussen de handtekeningen op de verschillende cheques, zodat de rechtbank tot het besluit kwam dat «er een reëel vermoeden bestaat dat de handtekening die zich op de aangeboden doch verloren gegane eurochequekaart bevond, en die samen met de cheques werd aangeboden, niet conform was aan minstens een deel van de door de dieven of de helers aangeboden cheques».

38. De bank maakt zich eveneens schuldig aan een grove fout wanneer zij eurocheques uitbetaalt zonder enige controle, terwijl nochtans de betrokken rekening nooit geïndividueerd werd en terwijl er sinds de opening van de rekening nooit enige beweging werd genoteerd⁶⁷. In casu was er nog een verzwarende omstandigheid, aangezien de rekeninghouder nooit een bankkaart had verkregen. Gelet op deze twee elementen, diende de bank, volgens de rechtbank, minstens enige argwaan te koesteren en tot een grondige controle van de handtekening en van de bankkaart over te gaan.

De Rechtbank van Koophandel te Brussel veroordeelde een bank in een gelijksoortige zaak⁶⁸: de bank had een cheque uitbetaald, terwijl zij nochtans wist dat er onvoldoende provisie was. In casu had de bank een onvoldoende gedekte cheque verzilverd op grond van de kredietwaardigheid van de cliënt. De bank werd veroordeeld wegens grove fout omdat zij haar cliënt had moeten raadplegen. De rechtbank gaf de volgende motivering: «Attendu que le caractère délictueux de l'émission d'un chèque sans provision rend particulièrement grave la faute de la banque, qui se fait le complice de ce délit, sous prétexte de ne pas porter outrage à un client honorable et notable; qu'il s'agit incon-

testablement d'une faute lourde; qu'un tel laxisme est particulièrement déplorable à une époque où le cheque est monnaie courante et fait l'objet de tant de vols et d'escroqueries».

39. Het Hof van Beroep te Brussel⁶⁹ zegt uitdrukkelijk dat de «drawee bank» de eurocheque slechts moet terugbetalen aan de «paying bank», nadat zij gecontroleerd heeft of de «paying bank» de nodige onderzoeksmaatregelen verricht heeft. Indien de «paying bank» geen grondige verificatie heeft uitgevoerd, begaat de «drawee bank» zelf een grove fout door het eurochequebedrag zonder meer terug te storten.

40. De bank begaat ten slotte een grove fout door een groot aantal chequeformulieren — in casu 48 — ter beschikking te stellen van de rekeninghouder, zodat deze niet meer gedekt was door de diefstalverzekering van de bank, aangezien in casu de verzekering voor maximaal 125.000 fr. vergoedde⁷⁰. De dief liet voor 348.670 fr. eurocheques verzilveren, waardoor 223.690 fr. ten laste van de rekeninghouder zou vallen. De bank werd echter veroordeeld wegens grove fout en zij heeft dus zelf dit bedrag ten laste moeten nemen.

41. De rechtspraak heeft zich reeds uitgesproken over deze door de banken afgesloten diefstalverzekeringen. De Rechtbank van Eerste Aanleg te Luik⁷¹ besliste dat het gebruikelijk is dat een bank, die eurocheques uitdeelt, een verzekering afsluit om zichzelf of haar cliënten in te dekken tegen misbruiken die van de cheques of van de bankkaart gemaakt worden. De bank, die eventueel zelf verzekeraar kan zijn, moet aan al haar cliënten een gelijkwaardige dekking verschaffen, zonder subjectieve criteria zoals de getrouwheid van een cliënt in acht te nemen. De banken kunnen echter niet veroordeeld worden om de gevolgen van de grove fout te verzekeren, aangezien dit door de meeste verzekeraars uitgesloten wordt. De rechtspraak hechtte recent nog veel belang aan het aspect verzekering⁷²: de mogelijkheid van een dergelijke verzekering wordt trouwens door de eurochequevoorschriften uitdrukkelijk vermeld⁷³.

Een alternatief?

42. Wij delen de mening van Top⁷⁴ wanneer hij schrijft dat men, om tot een verantwoorde oplossing te komen, moet uitgaan van een objectieve aansprakelijkheid van de banken bij de uitbetaling van gestolen eurocheques. De rekeninghouder zal slechts aansprakelijk gesteld kunnen worden wanneer bewezen wordt dat een verificatie van de handtekening de uitbetaling niet had kunnen verhinderen en dat de rekeninghouder een fout begaan heeft in de bewaring van zijn formulieren en zijn kaart. Hierbij dient men niet uit het oog te verliezen dat dit laatste vaak voorkomt. Hoe dikwijls gebeurt het niet dat de rekeninghouder zijn chequeformulieren samen met zijn chequekaart in een por-

⁶⁹ Brussel, 28 oktober 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 1370.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ Rb. Luik, 30 september 1987, *T.B.H.*, 1987, 1470.

⁷² Rb. Brussel, 2 februari 1988, onuitg., A.R. nr. 2.380; Rb. Brussel, 20 september 1985, *J.T.*, 1986, 10.

⁷³ Top, F., o.c., 483.

⁷⁴ *Ibid.*, 481.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ Rb. Brussel, 8 oktober 1985, *Rev. Rég. Dr.*, 1986, 438.

⁶⁸ Kh. Brussel, 18 december 1984, *T.B.H.*, 1985, 547.

tefeuille of handtas onbeheerd achterlaat in een auto, in een vestiaire...⁷⁵⁻⁷⁶. Dit gebrek aan zorgvuldigheid van de rekeninghouder kan uiteraard niet ten laste gelegd worden van de bank. De rekeninghouder is dan ook ten volle aansprakelijk wanneer hij een bewaringsfout begaat.

Besluit

43. Zoals hierboven reeds werd betoogd, zou het wenselijk zijn dat de rechtspraak zich meer zou buigen over het probleem van de vermeende impliciete toestemming van de rekeninghouder om geen verzet te doen tegen de uitbetaling van eurocheques. De rechtbanken zouden deze exorbitante bedingen terzijde moeten stellen⁷⁷. Wie zal er immers durven te beweren dat hij zich werkelijk zorgen gemaakt heeft

⁷⁵ DAL, G.A., «Problèmes causés par les cheques bénéficiant d'une garantie de banque», *l.c.*, p. 200, nr. 13.

⁷⁶ Rb. Brussel, 20 september 1985, *J.T.*, 1986, 10; Rb. Brussel, 10 februari 1984, *J.T.*, 246; Rb. Gent, 15 oktober 1979, *Bank Fin.*, 1980, 541, bevestigd door Gent, 20 december 1984, *R.W.*, 1984-85, 2626, en erratum 2862; Antwerpen, 13 december 1978, *R.W.*, 1978-79, 2677.

⁷⁷ TOP, *o.c.*, 481.

bij het ondertekenen van een dergelijke rechtenafstand op het ogenblik dat hij zijn cheques in ontvangst nam?

De rechtspraak beseft dat de huidige trend, waardoor de consument steeds de dupe is, niet voort kan worden gezet. Zij interpreteert daarom de «grove fout» van artikel 35bis ruimer, waardoor de eigenaar van de chequeformulieren gemakkelijker het risico van de diefstal ten laste van de bank kan leggen. Toch zijn er nog rechters die zonder meer aanvaarden dat een oppervlakkige verificatie volstaat en dat het risico bijgevolg door de rekeninghouder moet worden gedragen⁷⁸.

44. De rechtspraak is dan ook allesbehalve eensgezind. Niet alleen voor de consumenten van de eurocheques, maar ook voor de banken is het nodig dat er duidelijkheid komt. Immers, sommige rechters⁷⁸ verwijten de banken een fout te hebben begaan wanneer zij een cheque, die voorzien was van een bankkaartnummer, weigeren te betalen. Het mes snijdt voor de banken dan ook aan twee kanten!

Beatrice PONET

Assistente K.U.Leuven

⁷⁸ Zie o.m. Kh. Luik, 15 mei 1986, *T.B.H.*, 1987, 753.

⁷⁹ Kh. Charleroi, 3 april 1985, *T.B.H.*, 1986, 237.

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 19 JUNI 1986

Voorzitter: de h. Mahillon

Raadsheer-rapporteur: de h. Poupart

Advocaat-generaal: mevr. Liekendaal

Advocaat: mr. Van Ommeslaghe

Verbintenis — Betaling — Uitstel van betaling — Macht van de rechter

Uit art. 1244 B.W. blijkt dat de rechter, ofschoon hij uitstel kan verlenen voor de betaling van de schuld, de schuldenaar nochtans niet van de verplichting tot betaling kan ontslaan.

Deze bepaling wordt geschonden door het arrest dat de schuldenaar geen uitstel verleent voor de betaling van zijn schuld, maar hem de mogelijkheid biedt zijn schuld nooit af te betalen en zijn verbintenissen te beperken tot de betaling van een gedeelte van de interest.

N.V. G. t/ H.

Gelet op het bestreden arrest, op 30 november 1984 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 1134, inzonderheid eerste en tweede lid, 1244, inzonderheid tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek alsook van de artikelen 1333 tot 1337 van het Gerechtelijk Wetboek,

doordat het arrest, op de enkele grond dat «de financiële

toestand van de schuldenares — zaakvoerster van een personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid waarvan het kapitaal slechts 500.000 frank bedraagt —, het bescheiden loon van haar echtgenoot, de last van vier kinderen, van wie één gehandicapt is, de handhaving van de door de eerste rechter verleende betalingsfaciliteiten toestaat», verweerster machtigt om door geregelde maandelijkse stortingen van 5.000 frank «het bedrag van 587.208 frank waartoe ze jegens eiseres is veroordeeld, verhoogd met de bij overeenkomst bedongen interesten ten belope van 250 frank per dag vertraging, af te lossen met ingang van 22 juni 1982 tot de volledige betaling», na te hebben vastgesteld dat «appellante (thans eiseres) opmerkt dat de maandelijkse kwijtingen van 5.000 frank niet eens de interesten dekken, zodat de schuld zal blijven aangroeien»,

terwijl artikel 1244, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek, onder de voorwaarden die het vaststelt en die aangevuld worden door de artikelen 1333 tot 1337 van het Gerechtelijk Wetboek, enkel de feitenrechter toestaat gematigd uitstel te verlenen voor de betaling van de schuld; de feitenrechter krachtens die bepalingen niet wettelijk bevoegd is om de schuldenaar voorgoed geheel of ten dele te bevrijden van zijn verbintenissen in strijd met het in artikel 1134 van het Burgerlijk Wetboek neergelegde beginsel dat de overeenkomst geldt als wet; het arrest derhalve, nu het ten dezen aan verweerster termijnen en uitstel verleent in dier voege dat haar schuld bij eiseres nooit zal vervallen, alle in het middel aangewezen bepalingen, inzonderheid de artikelen 1134, eerste en tweede lid, en 1244, inzonderheid tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek, schendt:

Overwegende dat artikel 1244 van het Burgerlijk Wetboek, enerzijds, in het eerste lid bepaalt dat «de schuldenaar de schuldeiser niet kan verplichten betaling te ontvangen van een gedeelte van de schuld, al is die schuld ook deelbaar», anderzijds, in het tweede lid, dat «de rechter niettemin, niettegenstaande ieder andersluidend beding, met inachtneming van de toestand der partijen, gebruik makend van deze bevoegdheid met grote omzichtigheid, en daarbij rekening houdende met de termijnen die de schuldenaar reeds heeft genoten, gematigd uitstel kan verlenen voor de betaling;

Dat uit die teksten blijkt dat de rechter, ofschoon hij uitstel kan verlenen voor de betaling van de schuld, de schuldenaar nochtans niet van de verplichting tot betaling kan ontslaan;

Overwegende dat ten dezen het arrest, ofschoon het verweerster veroordeelt om aan eiseres «het bedrag van 587.208 frank te betalen, verhoogd met de bij overeenkomst bedongen interesten ten bedrage van 250 frank per dag vertraging, met ingang van 22 juni 1982 tot de volledige betaling», haar niettemin machtigt «om haar schuld door maandelijkse stortingen van 5.000 frank af te lossen»;

Overwegende dat het arrest aldus verweerster geen uitstel verleent voor de betaling van haar schuld, maar haar de mogelijkheid biedt haar schuld nooit af te betalen en haar verbintenissen jegens eiseres te beperken tot de betaling van een gedeelte van de interesten;

Dat die beslissing artikel 1244 van het Burgerlijk Wetboek schendt en dat het middel in dat opzicht gegrond is; (...)

NOOT—De toekenning van een uitstel van betaling (art. 1244, tweede lid, B.W.) mag er niet toe leiden dat de schuldenaar van zijn verbintenis wordt bevrijd

1. Onze hoven en rechtbanken maken nagenoeg dagelijks gebruik van de bevoegdheid die artikel 1244, tweede lid, B.W. ze toekent om, «met inachtneming van de toestand der partijen» en «met grote omzichtigheid» aan de schuldenaar «gematigd uitstel» van betaling toe te kennen. Het verlenen van uitstel van betaling kan, *grosso modo* beschouwd, twee vormen aannemen. De rechter kan uitstel van betaling verlenen, ofwel voor de gehele schuld, ofwel voor een gedeelte ervan, in welk geval hij aan de schuldenaar toestemming geeft om zijn schuld te voldoen met gedeeltelijke en opeenvolgende betalingen (*R.P.D.B.*, V, tw. *Exécution des jugements et des actes en matière civile*, Brussel-Parijs, Bruylant/L.G.D.J., 1950, 56, nr. 287). De rechter over de grond van de zaak zal, afhankelijk van de concrete omstandigheden van ieder geval afzonderlijk, op onaantastbare wijze oordelen welke van deze twee vormen van uitstel van betaling de meest aangepaste is (De Page, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, Brussel, Bruylant, 1962, 211, nr. 144; zie ook: *R.P.D.B.*, IX, tw. *Obligations*, Brussel-Parijs, Bruylant/L.G.D.J., 1951, 93, nr. 359).

De door artikel 1244, tweede lid, B.W. aan de rechter toegekende bevoegdheid om onder de daarin bepaalde voorwaarden uitstel van betaling — ook wel «termijnen van respijt» of «genadetermijnen» genoemd — te verlenen, is gegrond op een gevoel van menslievendheid tegenover

de onfortuinlijke schuldenaar (zie de verklaringen van Bigot-de Préameneu in Locré, *Législation civile, commerciale et criminelle, ou commentaire et complément des codes français*, VI, Brussel, Tarlier, 1836, 169, nr. 122; De Page, H., *Traité*, I, 210, nr. 144; Dekkers, R., *Handboek Burgerlijk Recht*, II, Brussel-Antwerpen, Bruylant/Standaard-Boekhandel, 1971, 263, nr. 466). Uit deze bepaling blijkt m.a.w. de tegemoetkomende houding van ons recht t.o.v. de schuldenaar die zich in een moeilijke toestand bevindt (De Page, H., *Traité*, I, 210, nr. 144; vgl. Vandeputte, R., *De overeenkomst. Haar ontstaan, haar uitvoering en verdwijning, haar bewijs*, Brussel, Larcier, 1977, 157). De wetgever verleent hier aldus aan de rechter de bevoegdheid om de *billijkheid als corrigerende factor* te hanteren bij de toepassing van een rechtsregel, namelijk om de toepassing van de rechtsregel te verzachten wanneer die in een concreet geval voor een bepaald individu te hard aankomt (Dumon, F., «Billijkheid en recht», *R.W.*, 1957-58, (1477), 1490; over deze vorm van zgn. «individuele» billijkheid zie men ook Dabin, J., *La philosophie de l'ordre juridique positif, spécialement dans les rapports de droit privé*, Parijs, Sirey, 1929, 327-328, nr. 84; Foriers, P., «Réflexion sur l'équité et la motivation des jugements» (noot onder Cass., 19 februari 1955), *R.C.J.B.*, 1956, (85), 90-91).

2. Aangezien door het verlenen van uitstel van betaling het tijdstip van de betaling van de volledige schuld wordt gewijzigd, wordt in dat opzicht door de rechter afbreuk gedaan aan het in principe ook voor hem geldende beginsel van de *bindende kracht van de overeenkomst* (art. 1134, eerste lid, B.W.) (Moreau-Margrève, I., «Contribution à la théorie de l'effet du délai de grâce sur l'obligation du débiteur» (noot onder Cass., 21 februari 1964), *R.C.J.B.*, 1966, (415), 420-421 en 426-427). Dit verklaart waarom artikel 1244, tweede lid, B.W. uitdrukkelijk aan de rechter oplegt om slechts «met grote omzichtigheid» van deze mogelijkheid gebruik te maken. In de praktijk kan nochtans worden vastgesteld dat de rechters zeer gemakkelijk en nagenoeg stelselmatig uitstel van betaling toekennen aan de schuldenaars die erom vragen (zie, voor kritiek hierop, Jacquemin, G., «Les délais de grâce. Plaidoyer pour les créanciers», *J.T.*, 1968, 343-345). Ofschoon deze houding wellicht in strijd is met de bedoeling van de wetgever, kan ze in periodes van economische crisis worden gerechtvaardigd. Gewijzigde maatschappelijke en economische omstandigheden hebben er immers toe geleid dat een groter aantal personen dan voorheen in een financieel moeilijke toestand verkeert en daardoor theoretisch in aanmerking komt om termijnen van respijt verleend te krijgen.

Eveneens om de reden dat het uitstel van betaling, t.a.v. het tijdstip van de betaling van de volledige schuld, een uitzondering vormt op het beginsel van de bindende kracht van de overeenkomst, legt artikel 1244, tweede lid, B.W. uitdrukkelijk aan de rechter op om slechts een «gematigd» uitstel van betaling toe te kennen aan de schuldenaar. Bij de beoordeling van een verzoek tot toekenning van termijnen van respijt dient de rechter rekening te houden, niet alleen met de onfortuinlijke toestand van de schuldenaar, maar ook met de situatie van de schuldeiser, die misschien zelf in moeilijkheden kan geraken als zijn schuldenaar niet tijdig betaalt. Dit alles maakt dat de feitenrechter, vooral inzake de omvang en de modaliteiten van het betalingsuitstel, over een grote appreciatiebevoegdheid beschikt (De

Page, H., *Traité*, I, 213-214, nr. 145, A; Vandeputte, R., *De overeenkomst*, 158).

3. De soepele houding van de meeste rechters bij het toekennen van termijnen van respijt mag echter niet doen vergeten dat dit uitstel van betaling nog steeds de uitzondering dient te blijven. De rechters moeten ervoor waken dat ze geen te grote inschikkelijkheid betonen, in het bijzonder bij het vaststellen van het bedrag van de betalingsfaciliteiten. Uit het geannoteerde arrest blijkt hoe het niet in acht nemen van de door artikel 1244, tweede lid, B.W. aan de rechter opgelegde verplichtingen om slechts «met grote omzichtigheid» en een «gematigd» uitstel van betaling toe te kennen, door het Hof van Cassatie kan worden gesanctioneerd.

In dit geval had het Hof van Beroep te Brussel verweerster in cassatie veroordeeld om aan eiseres het bedrag van 587.208 frank te betalen, verhoogd met de bij overeenkomst bedongen interest ten belope van 250 frank per dag vertraging, verschuldigd vanaf 22 juni 1982 tot de volledige betaling. Op grond van de moeilijke financiële toestand van verweerster, en rekening houdende met haar zware kinderlast, had het hof haar gemachtigd om haar schuld met maandelijkse stortingen van 5000 frank af te lossen.

Terecht heeft het Hof van Cassatie dit arrest vernietigd, omdat het door het hof van beroep toegestane uitstel van betaling ertoe leidt dat verweerster met een maandelijkse afbetaling van 5000 frank slechts een gedeelte van de rente (gemiddeld 7500 frank per maand) zal kunnen betalen, zonder ooit de eigenlijke schuld te moeten aflossen. Artikel 1244, tweede lid, B.W. verleent aan de rechter namelijk niet de bevoegdheid om de schuldenaar geheel of gedeeltelijk vrij te stellen van de verplichting tot betaling van de schuld, wat het hof van beroep in dit geval eigenlijk wel had gedaan voor de hoofdsom en voor een deel van de interest (zie nadien in dezelfde zin als het geannoteerde arrest: Brussel, 2 februari 1987, *R.W.*, 1986-87, 2309; Rb. Brussel, 17 februari 1987, *T.B.B.R.*, 1988, 139).

De toekenning van uitstel van betaling heeft immers geen weerslag op het bestaan en de omvang van de schuld, maar heeft enkel tot gevolg dat de *eisbaarheid van de schuld*, en bijgevolg ook de dwanguitvoering van de verbintenis, voorlopig *opgeschort* zijn, en dit volgens de door de rechter vastgestelde modaliteiten (Cass., 21 februari 1964, *Pas.*, 1964, I, 662; Van Ommeslaghe, P., «Examen de jurisprudence (1968 à 1973). Les obligations (suite)», *R.C.J.B.*, 1975, (597), 653, nr. 87; zie ook De Page, H., *Traité*, I, 222, nr. 148; zie daarover uitvoeriger: Moreau-Margrève, I., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1966, 426-427 en 435-438). Het is blijkbaar nodig, maar ook goed dat het Hof van Cassatie af en toe bepaalde juridische evidenties in herinnering brengt.

A. Van Oevelen

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 8 OKTOBER 1987

Voorzitter: de h. Mahillon

Raadsheer-rapporteur: de h. Bosly

Advocaat-generaal: de h. Velu

Advocaten: mrs. Simont en Draps

Burgerlijke rechtspleging — Hoger beroep — Inschrijving op de rol

De appellant die bij gerechtsdeurwaardersexploot hoger beroep tegen onbepaalde datum instelt, moet de zaak op straffe van nietigheid op de rol laten inschrijven vóór het verstrijken van de termijn van acht dagen, die, ook op straffe van nietigheid, in de akte van hoger beroep moet worden vermeld.

N.V. E. t/ Faillissement P.V.B.A. A.

Gelet op het bestreden arrest, op 16 april 1986 door het Hof van Beroep te Bergen gewezen;

(...)

Over het eerste middel: schending van de artikelen 707, 716, 717, 860, tweede lid, 862, 1042, 1056, 1057, inzonderheid 7°, 1059, 1060, 1061, 1062 van het Gerechtelijk Wetboek en, voor zoveel nodig, 97 van de Grondwet,

doordat het arrest, dat het middel afwijst waarin eiseres in haar conclusie voor het hof van beroep betoogde dat het hoger beroep van de P.V.B.A. A. met toepassing van artikel 1060 van het Gerechtelijk Wetboek nietig was en geen gevolg had, aangezien het bij exploot van 26 mei 1981 was ingesteld en pas op 10 juni 1981 op de algemene rol van het hof van beroep was ingeschreven, dus na het verstrijken van de wettelijke termijn voor de verschijning van acht dagen, dat hoger beroep ontvankelijk verklaart «naar luid van artikel 1060 van het Gerechtelijk Wetboek», (...)

Overwegende dat uit de vergelijking van de Franse en de Nederlandse tekst van artikel 1060 van het Gerechtelijk Wetboek en uit de vergelijking van die bepaling met de artikelen 1042, 1057, 7°, 717 en 707 van hetzelfde wetboek volgt dat de appellant die bij gerechtsdeurwaardersexploot hoger beroep tegen onbepaalde datum instelt, de zaak op straffe van nietigheid op de rol moet laten inschrijven vóór het verstrijken van de termijn van verschijning van acht dagen, die, ook op straffe van nietigheid, in de akte van hoger beroep moet worden vermeld;

Dat het arrest, door ten deze het hooger beroep van de P.V.B.A. A. ontvankelijk te verklaren hoewel het na het verstrijken van de in de akte van hoger beroep vermelde termijn voor verschijning op de rol is ingeschreven, ook al gebeurde die inschrijving vóór de verklaring van verschijning van de geïntimeerde (thans eiseres), de in het middel aangewezen wetsbepalingen schendt;

(...)

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 8 OKTOBER 1987

Voorzitter-rapporteur: de h. Bosly

Advocaat-generaal: de h. Velu

Advocaten: mrs. Geinger en Van Ommeslaghe

Overeenkomst — Opeenvolgende prestaties — Wanprestatie — Ontbinding — Gevolgen

Hoewel de gerechtelijke ontbinding van een overeenkomst met opeenvolgende prestaties in de regel, wat haar gevolgen betreft, slechts teruggaat tot de vordering in rechte, behoudt het slachtoffer van de onrechtmatige beëindiging die tot de gerechtelijke ontbinding heeft geleid, het recht op volledige vergoeding van zijn schade; deze wordt door de feitenrechter beoordeeld.

E. e.a. t/ Gemeente Bertrix

Gelet op het bestreden vonnis, op 20 juni 1986 door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Neufchâteau in hoger beroep gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 1184, 1741 van het Burgerlijk Wetboek en, voor zoveel nodig, 1134, 1149 en 1150 van het Burgerlijk Wetboek,

doordat de appelrechter in het bestreden vonnis, na te hebben geoordeeld «dat het voor de hand ligt dat die formele weigering, zonder enige schriftelijke rechtvaardiging, vanwege de huurder om de huurovereenkomst verder uit te voeren en zijn verplichtingen na te komen, de dringende reden bij uitstek is die de gerechtelijke ontbinding van de huurovereenkomst ten laste van de huurder verantwoordt», beslist «dat de gevolgen van de gerechtelijke ontbinding tot het tijdstip van de vordering in rechte moeten teruggaan; dat op het beginsel van de ontbinding 'ex tunc' een uitzondering wordt gemaakt wanneer het een overeenkomst met opeenvolgende prestaties betreft; dat men in dat geval oordeelt dat de door de partijen vóór de ontbinding van de overeenkomst geleverde prestaties in beginsel gelijkwaardig zijn; dat de ontbinding enkel gevolgen heeft voor de toekomst; dat die oplossing is ingegeven door de materiële onmogelijkheid sommige teruggaven te doen, zoals het genot van de zaak gedurende een bepaalde tijd; dat de aldus uitgesproken ontbinding recht geeft op een vergoeding, die dan de sanctie is voor de buitencontractuele fout welke opgeleverd wordt door de onrechtmatige beëindiging; dat, volgens artikel 1149 van het Burgerlijk Wetboek, de aan de schuldeiser verschuldigde vergoeding of schadevergoeding, in het algemeen, bestaat in het verlies dat hij heeft geleden en in de winst die hij heeft moeten derven; dat die beide bestanddelen van de schade worden weergegeven door de uitdrukkingen 'damnum emergens' en 'lucrum cessans'; dat artikel 27 van het bestek weliswaar ten deze niet van toepassing is — nu de daarin vastgelegde procedure door (verweerster) niet is nageleefd — maar toch de grondslag kan vormen bij de berekening van de schade; dat (verweerster) enkel 'lucrum cessans' of gederfde winst vordert die in dit geval gelijk is aan het bedrag van de gedurende negen jaar, tot 31 maart 1990, gederfde huurgelden, zijnde 8.941.086 frank», waarbij aldus op dat laatste punt het beroepen vonnis wordt bevestigd dat eiser tot betaling van een schadevergoeding ten belope van voormeld bedrag van 8.941.086 frank in hoofdsom heeft veroordeeld;

terwijl de gerechtelijke ontbinding, met toepassing van artikel 1184 van het Burgerlijk Wetboek, van een wederkerige overeenkomst met opeenvolgende prestaties, met name een huurovereenkomst, enkel voor de toekomst geldt, wanneer de ter uitvoering van de overeenkomst verrichte prestaties niet kunnen worden teruggegeven; de gerechtelijke ontbinding van een wederkerige overeenkomst met opeenvolgende prestaties in de regel, wat de gevolgen betreft,

teruggaat tot de vordering in rechte; daaruit volgt dat de appelrechter, die in het bestreden vonnis naar de bovenvermelde beginselen verwijst en overeenkomstig die beginselen de ontbinding van de huurovereenkomst ten laste van de eerste eiser uitspreekt met ingang van 21 december 1982, dat wil zeggen vanaf de dag waarop de onderhavige zaak bij de eerste feitenrechter aanhangig is gemaakt, bij de beoordeling van verweersters vordering tot schadevergoeding als gevolg van die ontbinding, de gevolgen van die ontbinding niet kon laten teruggaan tot vóór de datum van de vordering in rechte, dat wil zeggen tot vóór 21 december 1982; zodat het bestreden vonnis, na te hebben geoordeeld «dat de gerechtelijke ontbinding, wat de gevolgen ervan betreft, tot de vordering in rechte moet teruggaan» en in dit geval de ontbinding van de huurovereenkomst op de dag van die vordering, zijnde 21 december 1982, te hebben uitgesproken, niet wettig heeft kunnen beslissen dat de vergoeding of de schadevergoeding waarop verweester deswege recht had, «gelijk was aan het bedrag van de gederfde huur voor de resterende negen jaar tot 31 maart 1990, zijnde 8.941.086 frank», waarbij het, zoals de eerste rechter, de gevolgen van de ontbinding verder heeft laten teruggaan dan 21 december 1982, de datum waarop deze zaak bij de eerste rechter aanhangig is gemaakt, te weten tot 12 februari 1981, de dag waarop de eerste eiser zijn aangetekende brief heeft verstuurd (schending van de in het middel aangewezen wetsbepalingen):

(...)

Overwegende dat, hoewel de gerechtelijke ontbinding van een overeenkomst met opeenvolgende prestaties in de regel, wat haar gevolgen betreft, slechts teruggaat tot de vordering in rechte, het slachtoffer van de onrechtmatige beëindiging die tot de gerechtelijke ontbinding heeft geleid, het recht op volledige vergoeding van zijn schade behoudt; dat die schade door de feitenrechter wordt beoordeeld;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

(...)

NOOT—Zie Cass., 24 januari 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 592, *Pas.*, 1980, I, 581, *R.W.*, 1980-81, 1196, met noot; Cass., 29 januari 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 1211, *Pas.*, 1980, I, 1199, met andersluidende conclusie van de advocaat-generaal Declercq, R., *R.W.*, 1980-81, 2627, *T. Not.*, 1981, 242.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 15 OKTOBER 1987

Voorzitter-rapporteur: de h. Bosly

Advocaat-generaal: de h. Piret

Advocaten: mrs. Gérard en Kirkpatrick

Overeenkomst — Bindende kracht — Billijkheid

Alle overeenkomsten die wettig zijn aangegaan, strekken degenen die deze hebben aangegaan tot wet. Zij kunnen niet worden herroepen dan met hun wederzijdse toestemming of op de gronden door de wet erkend. Zij moeten te goeder trouw en zonder rechtsmisbruik worden uitgevoerd,

maar de rechters mogen op grond van redenen van billijkheid de inhoud van een overeenkomst niet wijzigen.

Van der S. t/ N.

Gelet op het bestreden vonnis, op 24 juni 1986 door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Namen in hoger beroep gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 1134, 1135, 1147, 1382, 1383 van het Burgerlijk Wetboek en 97 van de Grondwet,

doordat het bestreden vonnis, na te hebben vastgesteld dat in de voorafgaande overeenkomsten zelfs niet impliciet was bepaald dat de uitkering tot levensonderhoud bij het hertrouwen van eiseres tenietgaat, en dat de desbetreffende uitlegging van verweerder strijdig was met de wil van de partijen, niettemin zegt dat die uitkering vanaf 21 januari 1983, datum waarop eiseres is hertrouwd, niet meer verschuldigd is, op grond dat «het behoud van de uitkering tot levensonderhoud na het hertrouwen van (eiseres) in strijd is met de billijkheid die, zoals blijkt uit artikel 1135, een bron van het recht is», dat «billijkheid immers een bron van het recht is, niet enkel wanneer de wetgever dat duidelijk zegt (...) maar ook telkens als de strakke rechtsregel wegens zijn algemeen karakter bij toepassing op individuele gevallen een te drukkende uitwerking heeft», en doordat «de rechtbank derhalve beslist dat (eiseres), door na haar tweede huwelijk de in de litigieuze overeenkomsten bepaalde uitkering tot levensonderhoud te blijven eisen, die overeenkomsten niet te goeder trouw noch naar billijkheid uitvoert», (...)

Overwegende dat alle overeenkomsten die wettig zijn aangegaan, degenen die deze hebben aangegaan tot wet strekken; dat zij niet kunnen worden herroepen dan met hun wederzijdse toestemming of op de gronden door de wet erkend; dat zij te goeder trouw en zonder rechtsmisbruik moeten worden uitgevoerd, maar dat de rechters op grond van redenen van billijkheid de inhoud van een overeenkomst niet mogen wijzigen;

Dat het bestreden vonnis, na te hebben overwogen dat eiseres geen misbruik maakte van haar recht door betaling te eisen van de uitkering tot levensonderhoud, als vastgesteld bij de aan de echtscheiding door onderlinge toestemming tussen de partijen voorafgaande overeenkomsten, beslist dat een einde wordt gemaakt aan die uitkering vanaf de datum van het tweede huwelijk van eiseres, op de enkele grond dat eiseres, door die uitkering na haar tweede huwelijk te blijven eisen, «die overeenkomsten niet te goeder trouw noch naar billijkheid uitvoerde»; dat het aldus de artikelen 1134 en 1135 van het Burgerlijk Wetboek schendt;

(...)

NOOT—Zie in dezelfde zin Cass., 19 november 1982, *Arr. Cass.*, 1982-83, nr. 174.

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 19 JANUARI 1988

Voorzitter: de h. Screvens

Raadsheer-rapporteur: de h. D'Haenens

Advocaat-generaal: de h. De Clercq

Advocaat: mr. Verbeke

Strafvordering — Hoger beroep — Van de burgerlijke partij alleen — Devolutie

Wanneer de eerste rechter zijn rechtsmacht op strafrechtelijk gebied volledig heeft uitgeoefend, met name doordat hij de strafvordering door verjaring vervallen heeft verklaard, kan de appelrechter op het enkele hogere beroep van de burgerlijke partij geen kennis nemen van de strafvordering.

V.

Gelet op het bestreden vonnis, op 26 juni 1987 in hoger beroep gewezen door de Correctionele Rechtbank te Brugge;

Overwegende dat de voorziening enkel gericht is tegen de beslissing op de strafvordering tegen eiseres:

Over het eerste middel: Schending van artikel 202 van het Wetboek van Strafvordering en van het beginsel van de devolutieve werking van het hoger beroep in strafzaken,

doordat de rechtbank, na te hebben vastgesteld dat alleen door de rechtstreeks dagende burgerlijke partij hoger beroep werd ingesteld tegen het vonnis van de eerste rechter, waarbij de strafvordering verjaard werd verklaard, de zaak door evocatie aan zich trekt en eiseres veroordeelt tot twee maal een geldboete van 20 frank, te vermeerderen met de opdecimes,

terwijl het hoger beroep van de burgerlijke partij alleen de rechter in hoger beroep niet meer toestaat nog uitspraak te doen aangaande de strafvordering maar enkel aangaande de burgerlijke vordering, zodat de rechtbank onmogelijk nog enige veroordeling op strafgebied tegen eiseres kon uitspreken, daar alleen door de burgerlijke partij en niet door het openbaar ministerie hoger beroep was ingesteld, en de opgelegde straffen dan ook geheel nietig zijn:

Overwegende dat de eerste rechter bij vonnis van 23 juni 1986 met betrekking tot de in de rechtstreekse dagvaarding ten laste van eiseres gelegde overtredingen de strafvordering wegens verjaring vervallen heeft verklaard; dat een dergelijke beslissing, waardoor de rechtsmacht van de rechtbank op strafgebied volledig is uitgeoefend, een einde maakt aan de strafvordering;

Dat de correctionele rechtbank, op het enkel hoger beroep van de rechtstreeks dagende burgerlijke partij, geen kennis mocht nemen van bedoelde vordering welke de eerste rechter reeds beslecht had door een beslissing die, bij ontstentenis van een tegen haar door het openbaar ministerie ingesteld hoger beroep, aan zijn oordeel niet onderworpen was;

Dat het middel gegrond is;

Overwegende dat de correctionele rechtbank niet wettig eiseres kon veroordelen in de kosten van de strafvordering,

welke kosten ten laste van de rechtstreeks dagende burgerlijke partij dienden te worden gelegd;

Om die redenen, vernietigt het bestreden vonnis in zoverre het eiseres veroordeelt op de strafvordering en haar in de kosten van die rechtsvordering verwijst; beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het gedeeltelijk vernietigde vonnis; laat de kosten ten laste van de Staat; verwijst de zaak, doch enkel wat de beslissing over de kosten van de strafvordering betreft, naar de Correctionele Rechtbank te Veurne, zitting houdende in hoger beroep.

NOOT—*Hoger beroep van de burgerlijke partij na vervallenverklaring van de strafvordering wegens verjaring*

1. Indien het openbaar ministerie geen hoger beroep aantekent, kan in principe de situatie van de verdachte op strafrechtelijk gebied niet verzwaaard worden in hoger beroep.

Het hoger beroep van de verdachte alleen kan immers niet tot gevolg hebben dat hij zwaarder gestraft wordt dan in eerste aanleg het geval was. Dit principe geldt ook wanneer het uitsluitend de rechtstreeks dagende partij is, die hoger beroep aantekent.

Indien de verdachte bijvoorbeeld vrijgesproken is, en alleen de rechtstreeks dagende partij gaat in hoger beroep, zal er geen wijziging op dat punt mogelijk zijn.

2. Het kan zich ook voordoen dat de rechter in eerste aanleg de strafvordering verjaard verklaarde. In dat geval kan de rechter in hoger beroep, op het enkel hoger beroep van de rechtstreeks dagende partij, geen uitspraak meer doen over de strafvordering.

Toch heeft de appelrechter de mogelijkheid om de vordering van de tijdig aangestelde burgerlijke partij op zuiver burgerlijk gebied te beoordelen. Met name zal dan de vraag aan bod komen of het misdrijf bewezen is, welke kwalificatie eraan dient te worden gegeven, of de gepleegde feiten schade hebben berokkend aan de burgerlijke partij en hoe deze schade te vergoeden valt.

De rechter in hoger beroep mag zich dus enerzijds niet onbevoegd verklaren om uitspraak te doen over de tijdig ingestelde burgerlijke vordering (Cass., 8 oktober 1974, *R.W.*, 1974-75, 955), doch zal anderzijds geen kennis mogen nemen van de door verjaring vervallen verklaarde strafvordering, op het enkel hoger beroep van de burgerlijke partij (Cass., 20 maart 1985, *Arr. Cass.*, 1984-85, nr. 438).

Bovenstaand arrest bevestigt dit principe.

Dirk Merckx

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 29 JANUARI 1988

Voorzitter: de h. Janssens

Raadsheer-rapporteur: de h. Soetaert

Procureur-generaal: de h. Krings

Advocaat: mr. Marck

Inkomstenbelastingen — Grondslag — Werkelijkheid

Inkomstenbelastingen moeten uiteraard op grondslag van werkelijke gegevens worden geheven.

Er bestaat geen algemeen rechtsbeginsel krachtens hetwelk met een «bedrijfseconomische werkelijkheid» rekening moet worden gehouden die anders zou zijn dan de werkelijkheid bedoeld in art. 27, § 2, W.I.B.

Art. 27, § 2, W.I.B. schrijft niet voor rekening te houden met een «bedrijfseconomische werkelijkheid» die anders zou zijn dan de werkelijkheid van wat tussen partijen zonder veinzing is overeengekomen en waarvan zij alle gevolgen hebben aanvaard.

Belgische Staat t/ Van R.

Gelet op het bestreden arrest, op 16 september 1986 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 20, 2°, c, en 27, § 2, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen en van het algemeen rechtsbeginsel volgens hetwelk de directe belastingen moeten worden vastgesteld op grond van de economische werkelijkheid,

doordat in het arrest wordt vastgesteld dat zowel de administratie als verweerder erover akkoord gaan dat er tussen laatstgenoemde en de P.V.B.A. M., waarvan verweerder de enige zaakvoerder is, een werkelijk huurcontract werd gesloten, zodat de betwisting zich beperkt tot de omvang van de huur en, vervolgens, de betwiste aanslagen in de personenbelasting voor de aanslagjaren 1979 en 1980 worden vernietigd in zoverre daarin een gedeelte van de in voormelde huurovereenkomst bedongen huurprijs als een verkapte bezoldiging, toegekend aan verweerder als vergelding voor diens prestaties als zaakvoerder van de reeds vermelde P.V.B.A., wordt beschouwd, nu uit geen enkel element blijkt en overigens niet wordt betwist dat een van de contracterende partijen niet alle gevolgen zou hebben aanvaard van de overeenkomst die in een huur voorziet van 50.000 frank per maand, zodat enige simulatie niet gebleken is, doch tevens — minstens impliciet, doch zeker — wordt beslist dat het zonder belang is dat, indien de contracterende partijen zulk een overeenkomst hebben gesloten, dit een constructie kan zijn om een fiscaal voordeel te behalen, aangezien bij de vaststelling van de aanslag met de opgestelde akten rekening moet worden gehouden zodra geen wettelijke verplichtingen werden geschonden en de partijen alle gevolgen van de opgestelde akten hebben aanvaard, ook indien deze akten niet de meest normale zijn, dat wil zeggen, zodra geen veinzing is gebleken;

terwijl krachtens het algemeen rechtsbeginsel volgens hetwelk de directe belastingen dienen te worden vastgesteld op grond van de (bedrijfs)economische werkelijkheid, het niet voldoende is de juridische werkelijkheid, blijkend uit opgestelde akten, vast te stellen en derhalve het hof van beroep, in fiscale zaken, niet enkel gehouden is na te gaan of, inderdaad, de contracterende partijen alle gevolgen van de door hen opgestelde akten hebben aanvaard, geen wettelijke verplichtingen hebben miskend en zich bijgevolg niet schuldig hebben gemaakt aan simulatie, doch daarenboven een oordeel moet vellen nopens de vraag of de rechtshandelingen in overeenstemming zijn met de (bedrijfs)economische werkelijkheid en niet uitsluitend zijn opgezet om een

fiscaal voordeel te behalen of de verschuldigde belasting te ontwijken, derwijze dat ter zake het hof van beroep, onafhankelijk van de beoordeling nopens het al dan niet aanwezig zijn van veinzing, had moeten nagaan of — en in welke mate — de in voormelde huurovereenkomst bedongen huurprijs, naar economische werkelijkheid, een bezoldiging inhield voor verweerder in zijn hoedanigheid van zaakvoerder van de P.V.B.A. M., nu krachtens de artikelen 20, 2°, c, en 27, § 2, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen tot dergelijke bezoldigingen behoren, ongeacht de schuldenaar, de benaming en de wijze waarop ze worden vastgesteld en toegekend, alle beloningen die — naar economische realiteit — voor de verkrijger de opbrengst vertegenwoordigen van zijn beroepswerkzaamheid als werkend vennoot-zaakvoerder; zodat het Hof van Beroep te Antwerpen, door in het arrest te weigeren de ingeroepen akte te toetsen aan de economische werkelijkheid, het algemeen rechtsbeginsel van belastingheffing naar economische realiteit miskent en tevens de artikelen 20, 2°, c, en 27, § 2, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, waaraan dit algemeen rechtsbeginsel inherent is, schendt:

Overwegende dat inkomstenbelastingen uiteraard op grondslag van werkelijke gegevens moeten worden geheven, daar de heffing anders de gelijkheid onder de burgers zou miskennen en in willekeur vervallen; dat artikel 27, § 2, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen die regel overigens uitdrukkelijk stelt; dat er evenwel geen algemeen rechtsbeginsel bestaat krachtens hetwelk met een «bedrijfs-economische werkelijkheid» rekening moet worden gehouden die anders zou zijn dan de werkelijkheid bedoeld in voormelde wetsbepaling;

Dat het middel in zoverre niet ontvankelijk is;

Overwegende dat het arrest constateert en oordeelt zonder desaanvaande te worden aangevochten: «dat zowel de administratie als (verweerder) erover akkoord gaan dat er tussen (verweerder) en de P.V.B.A. M. een werkelijk huurcontract werd gesloten aangezien de administratie aanvaardt dat door de P.V.B.A. M., voor de duur van de huur van de bedrijfsruimte aan (verweerder) een huur werd betaald van 120.00 frank; dat de betwisting zich derhalve beperkt tot de omvang van de huur; dat uit het onderzoek van de administratie gebleken is dat (verweerder) maandelijks van de P.V.B.A. M. een huur heeft ontvangen van 50.000 frank; dat uit geen enkel element blijkt en overigens niet wordt betwist dat een van de contracterende partijen bij deze huurovereenkomst, hetzij huurder, hetzij verhuurder, niet alle gevolgen zou hebben aanvaard van de overeenkomst die in een huur voorziet van 50.000 frank per maand; dat aldus enige simulatie niet gebleken is; dat in casu geen enkele wettelijke verplichting werd geschonden»;

Overwegende dat het arrest, zonder op dat punt te worden aangevochten, oordeelt dat «enige simulatie niet gebleken is»; dat het hof van beroep aldus veinzing, ook voor enig bedrag van de huurprijs, uitsluit;

Dat de artikelen 20, 2°, c, en 27, § 2, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen niet voorschrijven rekening te houden met een «bedrijfseconomische werkelijkheid» die anders zou zijn dan de werkelijkheid van wat tussen partijen zonder veinzing is overeengekomen, en waarvan zij alle gevolgen hebben aanvaard;

Dat het middel in zoverre faalt naar recht;

(...)

NOOT I—Bij arrest van dezelfde datum heeft het Hof in bewoordingen van gelijke strekking het cassatieberoep afgewezen van de Belgische Staat tegen Hof Antwerpen, 16 september 1986 in zake P.V.B.A. M. t/ Belgische Staat. Bovenstaand arrest verwerpt de voorziening tegen Hof Antwerpen, 16 september 1986, *R.W.*, 1986-87, 1752, noot.

NOOT II — *Juridische werkelijkheid is economische werkelijkheid waard*

1. In het bekende Brepols-arrest van 6 juni 1961 (*Pas.*, 1961, I, 1082) heeft het Hof van Cassatie een duidelijk criterium aangereikt om gesimuleerde operaties te onderkennen. In bovenstaand arrest beslist het Hof dat het voldoende is dat een niet-gesimuleerde juridisch geldige overeenkomst tussen partijen bestaat opdat de beoogde belastinggevolgen gerealiseerd worden en dat er in het Belgisch fiscaal recht geen plaats is om los van een simulatieanalyse de gevolgde juridische weg te toetsen aan de onderliggende economische werkelijkheid.

2. *Het arrest.* Omtrent de concrete feiten en zelfs omtrent de aard van de gesloten overeenkomsten bestond geen meningsverschil.

Tussen een B.V.B.A. en haar zaakvoerder was een werkelijk huurcontract gesloten waarbij de zaakvoerder een jaarlijkse huur vanwege de B.V.B.A. ontving van 600.000 BF. Door het bedingen van een relatief hoge huurprijs was het voor de zaakvoerder mogelijk op fiscaal optimale wijze liquiditeiten uit de vennootschap naar zich toe te halen. De ontvangen huurgelden worden weliswaar bij hem aan inkomstenbelasting onderworpen doch hij geniet een forfaitaire aftrek voor onderhouds- en herstellingskosten die 40% van de ontvangen huur bedraagt (art. 7, § 2, W.I.B.; weliswaar heeft art. 34 van de wet van 31 juli 1984 deze forfaitaire aftrek tot 2/3 van het geïndexeerde kadastraal inkomen beperkt). Bovendien zijn de verkregen huurgelden niet aan sociale-zekerheidsbijdragen onderworpen.

Op 16 september 1986 had het Hof van Beroep te Antwerpen (*A.F.T.*, 1987, 201-202) geoordeeld dat deze constructie aan de belastingadministratie kan worden tegengeworpen. Op grond van een zuivere Brepols-analyse oordeelde het hof dat de constructie weliswaar gericht kan zijn op fiscaal voordeel, doch «bij de vaststelling van de aanslag met de opgestelde akten moet rekening gehouden worden zodra geen wettelijke verplichtingen werden geschonden en de partijen alle gevolgen van de opgestelde akten hebben aanvaard, ook indien deze akten niet de meeste normale zijn».

De cassatieaanval van de belastingadministratie was eenduidig. Het argument van de (bedrijfs-)economische werkelijkheid werd ten volle uitgespeeld. In het middel voert de administratie schending aan van het «het algemeen rechtsbeginsel volgens hetwelk directe belastingen moeten worden vastgesteld op grond van de economische werkelijkheid». Het middel stelt duidelijk dat de rechtbanken niet alleen moeten nagaan of de partijen zich schuldig hebben gemaakt aan simulatie, doch daarenboven, bij afwezigheid van simulatie, inhoudelijk moeten beoordelen of de rechtshandelingen in overeenstemming zijn met de bedrijfseconomische werkelijkheid. De bedoeling van de administratie is

duidelijk. Zij argumenteert dat het haar mogelijk moet zijn juridische constructies opzij te schuiven die enkel als doel hebben het behalen van een fiscaal voordeel of het vermijden van verschuldigde belasting. Zij vindt voor deze benadering een voorbeeld in de Nederlandse «fraus legis»-figuur die het doorprikken van een louter fiscaal geïnspireerde constructie mogelijk maakt.

De belastingadministratie zoekt voor haar stelling trouwens steun in de wettekst. Zij meent dat het principe van de bedrijfseconomische werkelijkheid ingebakken zit in de artt. 20, 2°, c, en 20, § 2, W.I.B. die handelen over vergoedingen voor zaakvoerders, waar zij bepalen dat als bedrijfsinkomsten belastbaar zijn alle beloningen die — naar economische realiteit (toevoeging vanwege de belastingadministratie) — voor de verkrijger de opbrengst vertegenwoordigen van zijn beroepswerkzaamheid als werkend vennoot-zaakvoerder, ongeacht de schuldenaar, de benaming en de wijze waarop ze worden vastgesteld en toegekend.

De uitspraak van het Hof van Cassatie is duidelijk. Allereerst beslist het Hof dat uiteraard de werkelijkheid de grond is voor de belastingheffing. Een belastingheffing die niet op werkelijke gegevens steunt zou de gelijkheid tussen de burgers miskennen. Kernvraag is en blijft echter tot welk niveau de rechtbanken dienen af te dalen, met andere woorden wat de aard is van de werkelijkheid waarop de belastingadministratie zich moet baseren. Ook art. 27, § 2, W.I.B., aldus het Hof, houdt een verwijzing in naar vergoedingen die werkelijk tussen partijen zijn overeengekomen. Het artikel schrijft echter niet voor verder te graven naar een onderliggende bedrijfseconomische werkelijkheid die anders zou zijn dan de werkelijkheid van wat tussen partijen is overeengekomen.

Het Hof van Cassatie beslist verder «dat er evenwel geen algemeen rechtsbeginsel bestaat volgens hetwelk met een 'bedrijfseconomische werkelijkheid' rekening moet worden gehouden die anders is dan de werkelijkheid (contractueel overeengekomen, eigen toevoeging) bedoeld in voormelde wetsbepaling». Bijgevolg, de fiscaal relevante werkelijkheid ligt in het vlak van de niet-gesimuleerde en geldige overeenkomsten die op normerende wijze de verhoudingen tussen rechtssubjecten bepalen en deel uitmaken van de werkelijkheid die zich aan de partijen opdringt.

3. *Bespreking.* Met deze uitspraak komt misschien een einde aan een vrij overvloedige fiscale literatuur omtrent deze simulatieproblematiek (of tenminste nadat de noodzakelijke reeks noten onder dit belangrijke arrest zijn gepubliceerd). Voor een beknopte greep uit de meest recente literatuur ter zake zie o.a. R. Tournicourt, «Recente ontwikkelingen in de rechtspraak inzake veinzing», 1987, 237-243; L. Huybrechts, «Is veinzing in fiscale zaken een niet-werkzaam en overbodig begrip?», *Droit des Affaires/Ondernemingsrecht*, 1987, 397-401; J. Kirkpatrick, e.a., *L'entreprise et le choix de la voie la moins imposée en droit fiscal belge*, Brussel, 1988; en een van de basiswerken ter zake: Th. Delahaye, *Le choix de la voie la moins imposée. Etude de droit fiscal comparé (Belgique, France, Pays-Bas, Royaume Uni)*, Brussel, 1977; zie ook de verdere verwijzingen in deze tekst.

Opmerkelijk is bovendien dat enkele dagen voor het cassatiearrest van 28 januari 1988 het Hof van Beroep te Gent in een nog niet gepubliceerd arrest van 26 januari 1988 in

het kader van de «opslorping» van een vennootschap beslistte dat art. 124 W.I.B. niet vereist dat «opslorping» van een vennootschap aan de economische werkelijkheid beantwoordt. Indien de administratie onderzoekt of de transactie aan enige economische werkelijkheid beantwoordt, zou zij de belastingvrijstelling van art. 124 afhankelijk stellen van voorwaarden die niet voorkomen in de wet. Aldus zou zij art. 110, § 1, Gw. schenden dat bepaalt dat een belasting ten gunste van de Staat steeds bij wet moet worden ingevoerd.

Het hierboven gepubliceerde cassatiearrest maakt het mogelijk een afgeronde theoretische analyse, en bijgevolg ook een analysemodel, voor te stellen over de simulatieproblematiek en de problematiek van de minst belaste weg. Hieronder wordt kort geschetst welke de krachtlijnen van deze analyse kunnen zijn. Vanuit een fiscaal planningsperspectief dient echter met een aantal bijkomende vereisten en randvoorwaarden rekening te worden gehouden. Deze worden aan het eind van deze bijdrage kort uiteengezet.

4. *Het noodzakelijke onderscheid: simulatie versus het werkelijkheidscriterium.* Bij de beoordeling van een concrete situatie dient een essentieel onderscheid te worden gemaakt tussen simulatieargumenten en argumenten gebaseerd op het feit dat de belasting gevestigd dient te zijn op de (economische) werkelijkheid. (De noodzaak van dit onderscheid werd eveneens herhaaldelijk bepleit door J. Kirkpatrick; zie o.a. zijn bijdrage «La liberté du choix de la voie la moins imposée à la lumière de la jurisprudence récente», in *L'entreprise et le choix de la voie la moins imposée en droit fiscal belge*, Brussel, 1988, 9-14.)

5. Simulatie is in wezen een burgerrechtelijk begrip. Aldus schreef De Page: «Il y a simulation lorsque les parties font un acte apparent dont elles conviennent de modifier ou de détruire les effets par une autre convention, demeurée secrète» (H. De Page, *Traité de droit civil belge*, II, nr. 618). Indien blijkt dat partijen een overeenkomst hebben aangegaan of een constructie hebben opgezet, doch zich in werkelijkheid op een andere wijze gedragen dan de termen van de overeenkomst of de elementen van de constructie vereisen, dan blijkt dat de werkelijke intentie van deze partijen niet overeenstemt met de opgestelde akte of voorgedragde constructie. In dergelijke gevallen wordt geacht dat de partijen de gevolgen van hun optreden niet hebben aanvaard en dat het klaarblijkelijke optreden in wezen gesimuleerd was. Indien de belastingadministratie in dergelijke omstandigheden erin slaagt aan te tonen dat de klaarblijkelijke overeenkomst of structuur een andere werkelijke overeenkomst of werkelijk gehanteerde structuur vormt, staat het haar vrij de achterliggende (contractuele of juridische) werkelijkheid in de plaats te stellen van de haar voorgedragde operatie om de belasting te vestigen (Cass., 5 september 1961, *Pas.*, 1967, I, 29; Cass., 11 januari 1966, *Pas.*, 1966, I, 611). De bewezen simulatie is een vorm van fiscale fraude.

Om het gesimuleerd karakter van een operatie te achterhalen kunnen op nuttige wijze twee wegen worden gevolgd. De eerste weg bestaat erin de gevolgen van de operatie zoals ze wordt voorgesteld, te inventariseren en uit te maken of de partijen al dan niet noodzakelijkerwijze een aantal gevolgen dragen die specifiek aan de vooropgestelde operaties verbonden zijn. Een schitterend voorbeeld van een dergelijke analyse m.b.t. de incorporatie van reserves onmiddellijk

lijk gevolgd door een kapitaalvermindering met uitbetaling aan de aandeelhouders vindt men in D. Garabedian, «Le régime fiscal du remboursement de capital», *J. Dr. Fisc.*, 1987, 5.

Op grond van een vergaande analyse van de uiteindelijke fiscale gevolgen van de bestudeerde operatie komt de auteur tot het besluit dat de partijen noodzakelijkerwijze een aantal fiscale gevolgen moeten ondergaan die eigen zijn aan deze operatie (bijvoorbeeld, het bedrag aan werkelijk gestort kapitaal dat bij een eventuele liquidatie in aanmerking wordt genomen). Hij concludeert terecht dat de, nu constante, rechtspraak die deze operatie als een simulatie bestempelt een uiterst betwistbare toepassing van de «Brepols»-doctrine en de simulatieleer vormt.

Een tweede benadering bestaat erin een catastrofe-analyse door te voeren en vast te stellen wat de gevolgen voor de partijen zijn indien tussen onderdelen van de transactie door of dadelijk na de operatie zich een bijzonder onheil zou voordoen (overlijden van één van de betrokkenen, faillissement van een vennootschap, e.d.).

6. Zodra men tot de vaststelling is gekomen dat geen simulatie aanwezig is, kan een volgende stap worden gezet. Dit onderscheid wordt trouwens in het door de belastingadministratie geformuleerd middel op correcte wijze gehanteerd. De economische-werkelijkheid-toets vormt een bijkomend vereiste, nl. dat het niet voldoende is dat een optreden niet gesimuleerd is, doch dat de operatie ook dient te beantwoorden aan de economische werkelijkheid. Hiermee wordt bedoeld dat een operatie die louter gestoeld is op belastingbesparingsmotieven fiscaal kan worden opzijgeschoven.

Deze benadering vormt de toepassing van de idee dat de belasting gevestigd is op de werkelijkheid. In het geannoteerde arrest formuleert het Hof van Cassatie dit principe op duidelijke wijze. Het beslist dat het principe zijn oorsprong vindt in het grondwettelijk vereiste van gelijke behandeling der burgers. Dit betekent dat alle burgers die zich (in werkelijkheid) in dezelfde omstandigheden bevinden op dezelfde wijze behandeld moeten worden. Het principe werd door de belastingadministratie echter verder doorgetrokken, maar in haar stelling dat een louter juridische werkelijkheid niet voldoet.

Deze benadering vormt in wezen de toepassing van een «fraus legis»-benadering waarbij de belastingplichtige geacht wordt wettelijke middelen «misbruikt» te hebben voor loutere belastingdoeleinden. Deze «fraus legis», die zoals gezegd in Nederland ingang heeft gevonden, werd in België door een aantal auteurs naar voren geschoven of gunstig onthaald (zie o.a. C. Scailteur, «La fraude à la loi en droit fiscal», *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1959, 177; Coppens en Bailleux, *Précis de droit fiscal*, 1985, 573-580). Zij is door het bovenstaande cassatiearrest op duidelijke wijze van de tafel geveegd.

Enige begripsverwarring inzake simulatie en het te hantieren werkelijkheidscriterium, en bijzondere verwarring wat betreft de concrete toepassingen van deze benaderingen door de belastingadministratie, zijn het gevolg van het ophefmakende Ines-arrest (Antwerpen, 2 maart 1978, *J. Dr. Fisc.*, 1979, 343, en Cass., 7 december 1979, *Pas.*, 1980, I, 446). In dit bijzonder arrest, dat economische en juridische begrippen vermengt en aan elkaar gelijkstelt, werd een economische werkelijkheidsanalyse gehanteerd om te besluiten

tot de aanwezigheid van simulatie. Een correctere benadering had ofwel een juridische simulatieanalyse toegepast, ofwel een economische «fraus legis»-benadering.

7. *Praktische gevolgen van het arrest voor de fiscale planning.* In zeer ruime mate komt het arrest tegemoet aan verzuchtingen van fiscale practici naar enige rechtszekerheid in deze materie.

De impact van het arrest voor belastingplanning zal echter in zeer ruime mate afhangen van de concrete houding die de belastingadministratie aanneemt. Immers, reeds voordien werd door een meerderheid van de rechtsleer en een aantal elkaar opvolgende arresten van diverse hoven van beroep aangenomen, dat een economische werkelijkheidsanalyse door de administratie niet kon worden toegepast. Toch bleef de administratie openlijk vasthouden aan haar wijze van benadering waarbij zij zich het recht toeëigende constructies te toetsen aan de onderliggende economische werkelijkheid (zie het antwoord van de minister van Financiën op een parlementaire vraag, *Bulletin van Vragen en Antwoorden, Kamer*, 1985, 2007-2009). Deze houding van de belastingadministratie leidde ertoe dat heel wat fiscale schema's in de lade opgeborgen bleven omdat de fiscale aanvaarding ervan voor de rechtbank zou dienen te worden afgedwongen. De houding van de belastingadministratie, die volgens heel wat commentatoren contra legem was, had op macro-economisch vlak waarschijnlijk een significante weerslag en leidde tot heel wat frustratie bij belastingplanners.

Ook indien de belastingadministratie, zoals zij in wezen verplicht is, haar concrete houding afstemt op het bovenstaande cassatiearrest, dient in een groot aantal gevallen bij de concrete belastingplanning blijvend rekening te worden gehouden met de bedrijfseconomische materie waarop de juridische constructie ingrijpt. In zoverre de minst belaste weg enigszins verwijderd ligt van de bedrijfseconomisch en operationeel optimale route, kan het in de praktijk soms zeer moeilijk blijken een simulatiesituatie te vermijden. Indien de juridische constructie nauw aansluit bij de operationele noodwendigheden, zal het de economische agenten gemakkelijker vallen op blijvende wijze alle gevolgen van de juridische structurering in acht te nemen. Aldus zal de belastingplanning in zekere mate steeds een planning vormen van de realiteit en zal zij in een groot aantal gevallen niet beperkt blijven tot een louter juridische constructie (een analoge benadering werd op verhelderende wijze uiteengezet door J. Defoort, «De simulatie voorbij» in *Liber Amicorum Albert Tiberghien*, Antwerpen, 1984, 111-130).

Axel Haelterman
Assistent K.U.L.

ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN

2e KAMER — 14 MEI 1987

Voorzitter : de h. Boes

Raadsheren in sociale zaken : de hh. Veulemans en Jansen
Advocaten : mrs. Stappers en Goossens

Arbeidsovereenkomst — Einde — Dringende reden —
Begrip — Alcoholverslaafdheid — Ziekte

Ten deze oordeelt de feitenrechter dat de ernstige verstoring van de professionele samenwerking tussen de partijen, die het gevolg was van de alcoholverslaafdheid van de werknemer, veroorzaakt werd door een ziekte en derhalve geen dringende reden uitmaakte.

N.V. M. t/ X.

Overwegende dat als dringende reden tot onmiddellijk ontslag door appellante aangevoerd werd dat geïntimeerde het drinken van alcoholische dranken niet gelaten heeft, ondanks de gedane beloften, en ten gevolge daarvan wederom op het werk afwezig is geweest op 13, 14 en 15 februari 1984;

Overwegende dat uit de overgelegde gegevens is gebleken dat geïntimeerde zodanig aan de drank verslaafd was dat hij als een zieke diende te worden beschouwd; dat de afwezigheid van geïntimeerde op zijn werk vanaf 14 februari 1984 gerechtvaardigd werd door een medisch getuigschrift dat weliswaar slechts op 16 februari 1984 appellante bereikte;

Overwegende dat de professionele samenwerking tussen partijen ontegenzeggelijk ten zeerste bemoeilijkt werd door geïntimeerdes toestand, maar ter zake onvoldoende aangetoond is dat deze toestand een ernstige tekortkoming uitmaakte in de zin van het artikel 35 van de wet van 3 juli 1978; dat niet op afdoende wijze aangetoond is dat de gedraging van geïntimeerde te wijten was aan een schuldige houding, dan wel aan ziekte; dat, gelet op de herplaatsing van geïntimeerde in een voor alcoholisten gespecialiseerde instelling, het blijkbaar om een hervalling ging van een verslaafde, zijnde een ziektoestand waarbij het begrip «schuldige houding» gerelativeerd dient te worden; dat appellante derhalve het bestaan van een dringende reden tot onmiddellijk ontslag niet ten genoegen van recht aangetoond heeft, zodat het onmiddellijk ontslag als niet gerechtvaardigd dient te worden beschouwd en appellante betaling verschuldigd is van een opzeggingsvergoeding; dat appellante ten onrechte gewag maakt van een beëindiging van de overeenkomst wegens overmacht, aangezien geenszins is gebleken dat de ziektoestand van geïntimeerde van blijvende aard was;

(...)

ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN

2e KAMER — 16 NOVEMBER 1987

Voorzitter: de h. Boes

Raadsheren in sociale zaken: de hh. Trekker en Janssens
Advocaten: mrs. Van Leemputten loco De Witte en Marck

Arbeidsovereenkomst — 1. Verplichtingen van werknemer — Oneerlijke concurrentie — Begrip — Overeenkomst — 2. Concurrentiebeding — Ongeldigheid — Vrije concurrentie — Begrip.

1. Het begrip «daden van oneerlijke concurrentie», bedoeld in art. 17, 3°, b, W.A.O., kan niet bij overeenkomst worden uitgebreid tot daden die op zichzelf wel concurrentieel maar niet oneerlijk zijn.

2. Indien de ex-werknemer niet gebonden is door een geldig concurrentiebeding, mag hij doelbewust en systematisch de klanten van zijn vroegere werkgever naar zijn eigen handelszaak lokken, als dat niet op onrechtmatige of oneerlijke wijze gebeurt.

T. t/ V.E.G. F.

Ongeldig concurrentiebeding

Overwegende dat, luidens het artikel 65, § 2, vijfde lid, 4°, van de wet van 3 juli 1978, de geldigheid van elk concurrentiebeding afhankelijk is van de voorwaarde dat het in de betaling van een enige en forfaitaire compensatoire vergoeding door de werkgever moet voorzien, tenzij laatstgenoemde binnen een termijn van vijftien dagen, te rekenen vanaf het ogenblik van de stopzetting van de overeenkomst, afziet van de werkelijke toepassing van het concurrentiebeding;

Overwegende dat de artikelen 5 en 18 van de arbeidsovereenkomst tussen partijen aan dat vereiste niet voldoen, zodat dient te worden aanvaard dat die bepalingen geen geldig concurrentiebeding inhouden;

Conventioneel beding tot verbod van oneerlijke concurrentie?

Overwegende dat geïntimeerde stelt dat partijen in de voormelde artikelen 5 en 18 van de arbeidsovereenkomst van 1 januari 1971, conventioneel overeengekomen zijn wat onder meer als daad van oneerlijke concurrentie of deelneming daaraan, ten opzichte van de werkgever dient te worden beschouwd; dat geïntimeerde stelt dat het aanvaarden van een in België gevestigde klant van een der ondernemingen van de groep F. voor handelszaken of diensten die eveneens door een dezer ondernemingen gedaan of gepresteerd worden binnen het jaar na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, ingevolge die contractuele bepaling als een daad van oneerlijke concurrentie moet worden beschouwd;

Overwegende dat die stelling niet kan worden gevolgd; dat, indien zou worden aanvaard dat het door artikel 17, 3°, b, van de wet van 3 juli 1978 bedoelde begrip «daden van oneerlijke concurrentie» conventioneel zou kunnen worden uitgebreid tot daden die op zichzelf wel concurrentieel zijn maar niet oneerlijk, dat elke omzeiling zou toelaten van de dwingende bepalingen met betrekking tot het concurrentiebeding;

Overwegende dat derhalve dient te worden aanvaard dat de oorspronkelijke vordering van geïntimeerde geen basis vindt in de voormelde artikelen 5 en 18 van de arbeidsovereenkomsten, in zoverre hierbij het begrip «daden van oneerlijke concurrentie» conventioneel wordt uitgebreid; dat ter zake enkel voormeld artikel 17, 3°, b, van de Arbeidsovereenkomstenwet als basis kan gelden;

Daden van oneerlijke concurrentie of medewerking daaraan?

Overwegende dat er een principiële toelaatbaarheid van het afwerpen van cliënteel van een concurrent bestaat; dat in ons stelsel van vrije mededinging geen recht op cliënteel bestaat, al werd ze met moeite en kosten geworven; dat hetzelfde beginsel moet gelden tussen handelaren die vroeger tesamen als werknemer en werkgever werkzaam waren;

dat, in zoverre hieraan geen afbreuk wordt gedaan door een geldig concurrentiebeding, de vroegere werknemer doelbewust en systematisch de klanten van zijn vroegere werkgever naar zijn nieuwe handelszaak mag lokken; dat dit op zichzelf niet onrechtmatig of oneerlijk is, voor zover er geen begeleidende omstandigheden zijn die dit afwerpen van cliënteel onrechtmatig of oneerlijk maken (R. Van den Bergh, noot bij arrest van het Hof van Beroep Antwerpen van 29 juni 1983, *R.W.*, 1983-84, 2612);

Overwegende dat de vaststelling dat (...) een aanwijzing is die ertoe noopt de omstandigheden waarin door appellant het cliënteel werd geronseld nader te onderzoeken;

Overwegende dat geïntimeerde, als eiser tot schadevergoeding, de bewijslast draagt van beweerd oneerlijke of onrechtmatige praktijken waardoor de cliënteel van geïntimeerde aldaar weggelokt werd (...)

BURGERLIJKE RECHTBANK TE MECHELEN

2e KAMER — 29 JANUARI 1987

Rechter: de h. Wauters

Advocaten: mrs. Huysmans, Machtens en De Neef

Verbintenissen — Pauliaanse vordering — Toepassingsver-eisten — Schuldvordering van de schuldeiser opeisbaar vóór de betwiste rechtshandeling van de schuldenaar — Benadeling van de schuldeiser — Bedrog van de schuldenaar — Begrip — Medeplichtigheid van de derde — Begrip

Voor de toepassing van de Pauliaanse vordering is het voldoende dat de schuldvordering van de schuldeiser opeisbaar is op het ogenblik dat de Pauliaanse vordering wordt ingesteld.

De schuldeiser wordt benadeeld door de verarming van de schuldenaar wanneer hij door de betwiste handeling van de schuldenaar zijn rechten niet meer of niet meer ten volle kan uitoefenen.

De Pauliaanse vordering kan worden ingesteld zodra kan worden aangetoond dat de schuldenaar wist dat hij zich verarmde of zijn insolventieit vergrootte en daardoor nadeel berokkende aan zijn schuldeiser.

Voor het vereiste van de medeplichtigheid van de derde met wie de schuldenaar heeft gehandeld is het voldoende dat de derde op de hoogte was van het abnormaal karakter van de gewraakte rechtshandeling.

S. en A. t/ B., Faillissement Van den B., en B.

I. In feite

Op 26 mei 1974 veroorzaakte Joannes B. een ongeval waarbij S. Alfons, minderjarige zoon van aanleggers, werd gewond.

Bij vonnis van 14 oktober 1974 van de Correctionele Rechtbank te Mechelen werd B. veroordeeld tot een geldboete van 200 fr. wegens overtreding van art. 418 Sw. en dronkenschap. Civielrechtelijk werd hij uitsluitend aansprakelijk gesteld voor het ongeval en de veroorzaakte schade en werd hij veroordeeld tot een provisionele schadevergoeding van 1 fr. aan de L.C.M. en huidige aanleggers;

de heer R. M. werd als geneesheer-deskundige aangesteld voor het onderzoek van de zoon van eisers.

Bij vonnis van 17 oktober 1977 werd B. veroordeeld tot betaling aan eisers van de sommen van 9.748 fr. en 206.505 fr. Bij arrest van 26 april 1979 werd aan de burgerlijke partij S. q.q. een bedrag toegekend van 156.525 fr.

Bij notariële akte van 20 december 1976 verkocht Joannes B. de blote eigendom van een huis met bouwland en alle verdere aanhorigheden aan de echtelieden Eduard Van den B. en Nicole B.

Uit de overgelegde stukken blijkt dat aanleggers tevergeefs poogden de schadevergoeding, hun toegekend bij voornoemd arrest, te recupereren.

II. In rechte

Overwegende dat eisers hun vordering baseren op art. 1167 B.W.;

Dat de uitoefening van de pauliaanse vordering aan vier voorwaarden is onderworpen (*T.P.R.*, 1975, 755, nr. 155);

1) *De schuldvordering van de schuldeiser moet dateren van vóór de betwiste rechtshandeling*

Overwegende dat deze voorwaarde enkel inhoudt dat de oorzaak van de schuldvordering van vóór de bedrieglijke handeling moet dateren;

Dat het voldoende is dat de schuldvordering opeisbaar is op het moment dat de pauliaanse vordering wordt ingesteld (*De Page*, III, nr. 226);

Dat gelet op de feitelijke gegevens aan deze voorwaarde is voldaan;

2) *De schuldeiser dient benadeeld te worden door de verarming van de schuldenaar*

Overwegende dat uit het schrijven van 5 juni 1981 van gerechtsdeurwaarder D. blijkt dat hij een proces-verbaal van «niets-bevinding» diende op te stellen en dat B. totaal onvermogen is;

Dat uit het schrijven van 11 augustus 1981 van notaris W. blijkt dat B. geen andere onroerende goederen bezit;

Dat eisers derhalve klaarblijkelijk benadeeld werden door de verkoop van het huis met bouwland door eerste verweerder aan tweede verweerders, aangezien zij door de betwiste handeling van de schuldenaar hun rechten niet meer of niet meer ten volle kunnen uitoefenen (vgl. *T.P.R.*, 1983, 689, nr. 184);

3) *De schuldenaar moet bedrieglijk handelen*

Overwegende dat volgens de recente Belgische rechtspraak en rechtsleer de actio pauliana mogelijk is zodra aangetoond kan worden dat de schuldenaar wist dat hij zich verarmde of zijn insolventieit vergrootte en daardoor nadeel berokkende aan zijn schuldeiser (*T.P.R.*, 1983, 690, nr. 185);

Overwegende dat ingevolge het vonnis van 14 oktober 1974 van de Correctionele Rechtbank te Mechelen, waartegen geen rechtsmiddel werd aangewend, Joannes B. op de hoogte was dat hij gehouden was eisers voor de schade, waarvoor hij uitsluitend aansprakelijk werd gesteld, te vergoeden;

Dat het hoogst bevreemdend overkomt, niet alleen dat eerste verweerder de blote eigendom van zijn onroerende eigendom verkocht en de kopers gemachtigd werden de verkoopprijs, zijnde 544.000 fr., af te betalen binnen vijf jaar met jaarlijkse terugbetalingen van 108.800 fr., maar ook

dat voor deze afbetalingstermijn geen enkele interest werd bepaald;

Dat het nog meer bevreemdend is dat geen enkel bewijs van enige betaling wordt overgelegd;

4) Er dient medeplichtigheid te zijn van een derde

Overwegende dat het volgens de recente rechtsleer en rechtspraak voldoende is dat de derde op de hoogte was van het bedrog van de schuldenaar, d.w.z. dat hij op de hoogte was van het abnormaal karakter van de gewraakte rechtshandeling (*T.P.R.*, 1983, 691, nr. 186);

Overwegende dat de rechtshandeling zoals uiteengezet sub 3 als bevreemdend dient te worden beschouwd;

Overwegende dat op het litigieuze onroerend goed twee inschrijvingen werden verricht, nl. twee leningen, respectievelijk van 5 april 1978 van de N.V. H. en van 6 april 1978 van de N.V. C.

Dat eisers stellen, hetgeen door verweerders niet wordt ontkend of betwist, dat eerste verweerder mede borg heeft getekend;

Dat dit de verstandhouding tussen enerzijds Joannes B. en Eduard Van den B. en Nicole B. duidelijk aantoonst;

Dat uit deze elementen blijkt dat aan de vierde voorwaarde eveneens is voldaan;

Overwegende dat een geslaagde actio pauliana tot gevolg heeft de niet-tegenwerpelijke van de betwiste rechtshandeling aan de schuldeiser die de vordering instelde;

Dat tussen de contracterende partijen en t.o.v. andere derden de gewraakte rechtshandeling geldig blijft (*R.W.*, 1985-86, 168, nr. 85);

(...)

BURGERLIJKE RECHTBANK TE ANTWERPEN

21e KAMER — 11 SEPTEMBER 1987

Rechter : mevr. Bax

Advocaten : mrs. Dyck en Van den Eynde loco De Cannière

Onrechtmatige daad — Aansprakelijkheid — Graafwerk — Beschadiging van ondergrondse leiding

Wanneer een nutsbedrijf aan een aannemer van straatwerken tekeningen aflevert die niet voldoende nauwkeurig de ligging van de ondergrondse leidingen bepalen, en geen gevolg geeft aan het nadrukkelijk en herhaald verzoek van de aannemer om iemand, bekend met de situatie, ter plaatse af te vaardigen om de ligging van de installaties te helpen bepalen, dient dit nutsbedrijf zelf de gevolgen te dragen van het door haar genomen risico. De aannemer, aan wie geen gebrek aan voorzorg kan worden verweten, kan in die omstandigheden niet aansprakelijk worden gesteld voor de schade bij het graafwerk toegebracht aan de niet nauwkeurig aangeduide leidingen.

C.V. P. t/ N.V. V.

Overwegende dat P. de beslissing van de eerste rechter aanvecht die haar vordering afwijst op grond van het feit dat de door haar afgeleverde tekeningen onvoldoende nauwkeurig zijn gebleken en dat zij geen gevolg heeft gege-

ven aan het nadrukkelijk en herhaald verzoek van geïntimeerde om iemand af te vaardigen om de ligging van de installaties te helpen bepalen;

Overwegende dat geïntimeerde haar verplichting is nagekomen om vóór de aanvang van de werken de liggings- en aanduidingstekeningen met alle door appellante ingegraven leidingen aan te vragen;

Overwegende dat het aan appellante staat om juiste en nader in detail uitgewerkte tekeningen te verstrekken; dat immers het voor geïntimeerde, die bij de graafwerken gebruik maakt van heden ten dage onmisbare zware machines, volstrekt noodzakelijk is dat de ingegraven kanalisaties nauwkeurig worden weergegeven;

Overwegende dat appellante in haar begeleidende brief van 21 juni 1982 bij de tekeningen vermeldt dat de vertakkingen naar de aanpalende eigendommen niet op de plans zijn aangegeven; dat geïntimeerde ingevolge dit schrijven uitdrukkelijk vraagt (brief van 10 augustus 1982) om een afgevaardigde ter plaatse te zenden ten einde de regio's aan te duiden waar er de mogelijkheid bestaat van een vertakking;

Overwegende dat de schadegevallen zich hebben voorgedaan op plaatsen waar aan de hand van de bezorgde tekeningen, niet bij benadering was te zeggen dat er installaties van appellante aanwezig waren; dat appellante zich niet van haar aansprakelijkheid kan ontdoen door in een begeleidende brief bij de tekeningen te wijzen op de onvolkomenheden en mogelijke afwijkingen van de tekening met de werkelijkheid; dat appellante, gelet op de ontoereikendheid van de door haarzelf verstrekte gegevens, een risico op zich heeft genomen door, hoewel aangemaand, de uitnodiging van geïntimeerde niet te hebben aanvaard om iemand, bekend met de situatie, ter plaatse te sturen of te raadplegen; dat het dan ook past dat zij de gevolgen zelf draagt van het door haar genomen risico;

Overwegende dat aan geïntimeerde geen gebrek aan voorzorg kan worden verweten; dat in deze omstandigheden geïntimeerde niet aansprakelijk kan worden gesteld;

(...)

BURGERLIJKE RECHTBANK TE KORTRIJK

6e KAMER — 16 OKTOBER 1987

Voorzitter : de h. Christiaens

Rechters : de hh. Vandendriessche en Van Der Wiele

Advocaten : mrs. Demedts en Lambrecht

Architect — Overeenkomst met opdrachtgever — Bewijs — Overeengekomen honorarium — Bewijs

Het door de opdrachtgever ondertekende plan geldt als een begin van bewijs door geschrift van de met de architect aangegane overeenkomst.

De architect dient het overeengekomen honorarium met een geschrift te bewijzen.

D. t/ L.

De architect Marcel L., geïntimeerde, heeft appellant, landbouwer Marc D., gedagvaard op 27 september 1985

voor de Vrederechter te Oostrozebeke tot betaling van honoraria ten bedrage van 26.500 frank. Bij vonnis van 19 november 1985 heeft de vrederechter de vordering toelaatbaar en gegrond verklaard.

In de akte van hoger beroep stelt appellant dat door de veevoederfabriek V.-D. aan geïntimeerde opdracht werd gegeven een plan te maken voor het opmaken van een varkensstal. Appellant heeft het plan getekend als aanvrager doch hij beweert geen opdrachtgever te zijn geweest. In rechte oordeelt appellant dat de eerste rechter onbevoegd was om kennis te nemen van het geschil. Er is verder, volgens appellant, geen overeenkomst ontstaan tussen partijen zodat niet vaststaat wie de opdrachtgever was en welke honoraria overeengekomen waren. Appellant beweert schade te hebben opgelopen door het laattijdig sturen van de honorariumnota.

Geïntimeerde stelt dat de opdracht wel door appellant werd gegeven, die trouwens tekende als opdrachtgever. De exceptie van niet-bevoegdheid diende, aldus geïntimeerde, in limine litis opgeworpen te worden. De deontologische normen door de orde van de architecten binden, aldus geïntimeerde, de rechtbank niet. Geïntimeerde erkent dat er geen voorafgaande prijsafsprake is, dit zou, aldus geïntimeerde, moeilijk gaan.

De exceptie van onbevoegdheid ratione materiae diende ingeroepen te worden bij de eerste rechter in limine litis.

Geïntimeerde legt het plan over van een te bouwen zeugstal die naderhand gebouwd is op de grond van appellant. Het plan is opgemaakt «voor rekening» van de heer Marc D. Appellant ondertekent deze tekst als «aanvrager». Op 30 augustus 1985 wordt door geïntimeerde een honorariumnota gestuurd.

Het door eiser getekende plan geldt als een begin van bewijs door geschrift. Het maakt het waarschijnlijk dat eiser opdrachtgever is geweest. Het vermoeden levert ter zake een bijdrage om tot het volledige bewijs te komen (Delvaux, *Traité juridique des bâtisseurs*, nr. 214; R. Vandepotte, *De overeenkomst*, 415-417; M.A. Flamme en J. Lefaffe, *Le contrat d'entreprise*, 383; Cass., 20 oktober 1950, *Pas.*, I, 96).

Uit niets blijkt welke de rol van D.-V. was. Er dient te worden aangenomen dat eiser de opdrachtgever was.

De architect dient de overeengekomen honoraria te bewijzen met een geschrift (P. Rigaux, *L'architecte*, nr. 328; G. Baert, *Bouwrecht*, 208-209). Verweerder faalt in zijn bewijs. Zijn oorspronkelijke vordering kan niet worden toegewezen.

(...)

BURGERLIJKE RECHTBANK TE BRUSSEL

KORT GEDING — 4 NOVEMBER 1987

Voorzitter: de h. Mahieu

Advocaten: mrs. Pragt en Vande Putte

Burgerlijke rechtspleging — Instelling van het geding — Dagvaarding — Pluraliteit van eisers — Samenhang — Een zelfde akte

Ontoelaatbaar is de vordering van meerdere eisende partijen die ingesteld wordt bij een zelfde akte, wanneer er geen objectief onderling verband bestaat tussen hun subjectieve rechten.

A. e. a. t/ Belgische Staat

De vordering strekt ertoe de opschorting uit te spreken van de maatregelen waarbij aan eisers opdracht werd gegeven het grondgebied te verlaten, en dit zolang de Raad van State geen uitspraak zal hebben gedaan omtrent de geldigheid van dit bevel.

In limine litis werpt verweerder de niet-ontvankelijkheid op van de vordering in zoverre eisers deze hebben ingeleid bij wijze van een collectieve dagvaarding, en dit niettegenstaande dat de overheid ten opzichte van elk van hen afzonderlijk een bevel heeft gegeven om het land te verlaten.

In dit verband pleiten eisers dat hun belangen onderling zodanig samenhangen dat zij gemachtigd zijn één dagvaarding uit te brengen.

Bij het onderzoek van de vordering dient te worden vastgesteld dat elkeen van de eisers zich in het kader van deze procedure beroept op een persoonlijk belang dat door verweerder zou zijn geschonden zonder dat er enig objectief onderling verband bestaat tussen de subjectieve rechten van de eisende partijen; derhalve kan dan ook worden besloten dat elkeen van de eisende partijen noch hoedanigheid noch belang bezitten voor zover de vordering wordt beoordeeld ten aanzien van de andere eisers.

De samenhang geregeld bij artikel 30 van het Gerechtelijk Wetboek, welke toestaat af te wijken van het principe dat wegens de autonomie der vorderingen elke inleidende akte principieel slechts één vordering kan instellen, vereist inderdaad een objectieve verbondenheid; een ogenschijnlijke gelijkheid naar de uiterlijke aard van de zaak is ter zake onvoldoende (cf. Droit Jud. Privé, A. Fettweis, Presses Universitaires de Liège, 1980, p. 59: «Il ne suffit pas que les deux procédures présentent des questions similaires à juger. La connexité suppose une liaison objective entre les demandes»).

De vordering zoals ze werd ingeleid is derhalve niet ontvankelijk, zodat de andere middelen ten gronde niet dienen te worden onderzocht.

(...)

NOOT—Tegen voormelde beschikking werd geen hoger beroep ingesteld.

BOEKEN

G.E. VAN MAANEN, *Onrechtmatige daad. Aspecten van de ontwikkeling en structuur van een omstreden leerstuk*, Deventer, Kluwer, 1986, 245 blz.

Dit boek, waarmee de auteur aan de Rijksuniversiteit te Groningen promoveerde, handelt over de ontwikkeling van de betekenis van de begrippen «onrechtmatigheid» en «schuld» als materiële vereisten voor een vordering tot schadevergoeding wegens een onrechtmatige daad (artikelen 1401-1402 Nederlands B.W. = artikelen 1382-1383 Belgisch B.W.). Zoals bekend wordt in het Nederlandse recht, anders dan in het Belgische en het Franse, tussen beide begrippen een principiële onderscheid gemaakt. De «onrecht-

matigheid» is een kwalificatie van het gedrag, terwijl met «schuld» de persoon van de dader wordt gekwalificeerd.

Om een inzicht te krijgen in de fundamentele structuur van het leerstuk van de onrechtmatige daad in het huidige en het toekomstige Nederlandse recht, heeft de auteur de ontwikkeling van de belangrijkste elementen daaruit geschetst. Centraal staat hierbij een historische reconstructie van de betekenis van de in de artikelen 1401 en 1402 van het Nederlands B.W. gebruikte begrippen «onrechtmatigheid» en «schuld» in de periode 1838-1919. In het eerstgenoemde jaar werd het Nederlands B.W. ingevoerd; in het laatstgenoemde jaar velde de Hoge Raad het befaamde Lindenbaum-Cohen-arrest, waarin de onrechtmatige daad werd omschreven als «een handelen of nalaten, dat of inbreuk maakt op eens anders recht, of in strijd is met des daders rechtsplicht, of indruischt, hetzij tegen de goede zeden, hetzij tegen de zorgvuldigheid welke in het maatschappelijk verkeer betaamt ten aanzien van eens anders persoon of goed, terwijl hij door wiens schuld tengevolge dier daad een ander schade wordt toegebracht, tot vergoeding daarvan is verplicht» (H.R., 31 januari 1919, *N.J.*, 1919, 161, met conclusie van de advocaat-generaal Tak; *Weekblad van het Recht*, 1919, nr. 10.365, met conclusie en met noot Molengraaff; *W.P.N.R.*, 1919, 64, nr. 2564, met conclusie en met noot E.M. Meijers).

G.E. van Maanen heeft zijn onderzoek zowel in de tijd als in de ruimte begrensd. De in het onderzoek bestreken periode houdt vrijwel op met het zojuist geciteerde Lindenbaum-Cohen-arrest; de na 1919 gepubliceerde rechtspraak en literatuur werden slechts op beperkte schaal onderzocht. Deze beperking is voor kritiek vatbaar. De verantwoording die de auteur ervoor geeft, namelijk dat de noodzaak om de rechtspraak en de rechtsleer na 1919 volledig te onderzoeken veel minder groot is «vanwege het feit dat de dogmatische structuur (van het leerstuk van de onrechtmatige daad) zoals die in 1919 is gevormd, vrijwel ongewijzigd in het Nieuw B.W. is overgenomen» (blz. 11), overtuigt niet. Wanneer de auteur, zoals hij zelf schrijft, een inzicht wil verwerven in de dogmatische structuur van de regeling van de onrechtmatige daad in het Nieuw B.W., dient hij ook de actuele stand van dit leerstuk in zijn onderzoek te betrekken.

De ruimtelijke begrenzing van het onderzoek, namelijk «dat slechts sporadisch een vergelijking met buitenlands recht wordt gemaakt», is eveneens betwistbaar. De verantwoording die hiervoor wordt gegeven, namelijk «dat een vergelijking van fundamentele begrippen als bijvoorbeeld 'onrechtmatigheid' en 'schuld' niet zinvol is indien de betekenis van die termen voor het Nederlands recht niet ondubbelzinnig vaststaat» (blz. 11), overtuigt al evenmin. Voor het onderzoek van G.E. van Maanen zou het inderdaad zeer interessant geweest zijn na te gaan welke evolutie er in de onderzochte periode te onderkennen is in de betekenis van de begrippen «onrechtmatigheid» en «schuld» in rechtsstelsels die, zoals het Westduitse, dit onderscheid eveneens hanteren, en dan te vergelijken welke de ontwikkeling van het leerstuk van de onrechtmatige daad in die periode is geweest in landen die, zoals België en Frankrijk, dit onderscheid niet gebruiken.

Zoals reeds gezegd, omvat het proefschrift van G.E. van Maanen hoofdzakelijk een onderzoek naar de evolutie van de betekenis van de in de artikelen 1401 en 1402 van het Nederlands B.W. gebruikte begrippen «onrechtmatigheid» en «schuld» gedurende de periode 1838-1919. Deze periode wordt verder opgesplitst in de fase 1838-1883 en de fase 1883-1919. Het jaar 1883 is gekozen omdat de Hoge Raad in dat jaar heeft beslist dat ook voor de toepassing van artikel 1402 van het Nederlands B.W. de beperking geldt dat de daad «onrechtmatig» moet zijn (H.R., 6 april 1883, *Weekblad van het Recht*, 1883, nr. 4901; *W.P.N.R.*, 1883, 275). Uit dit historisch overzicht blijkt dat aanvankelijk (tot omstreeks 1856) in de literatuur de mening overheerste dat de invoeging van het woord «onrechtmatig» in artikel 1401 van het Nederlands B.W. bedoeld was om de twijfels weg te nemen betreffende de noodzaak van een foutvereiste voor de toepassing van de regels van de buitencontractuele aansprakelijkheid. De toen vrij ruime opvatting van de aansprakelijkheid maakte tussen 1856 en 1883 echter plaats voor een meer beperkte zienswijze, o.m. door het stellen van vereisten aan de persoon van de dader als voorwaarde voor de toerekenbaarheid en dus ook voor de buitencontractuele aansprakelijkheid. Tot 1883 werd het begrip «onrechtmatig» in artikel 1401 Nederlands B.W. door de jurisprudentie van de Hoge

Raad meestal opgevat als «handelen zonder recht» of «zonder bevoegdheid» of «in strijd met de wet». Handelingen die wél op een wettelijke bevoegdheid of rechtsgrond steunden, konden op grond van artikel 1402 Nederlands B.W. tot civielrechtelijke aansprakelijkheid aanleiding geven indien er bij de dader sprake was van nalatigheid of onvoorzichtigheid, d.w.z. indien hij had gehandeld in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid. Het begrip «schuld» blijft in deze periode nog geen scherp omlijnde betekenis te hebben. Een bepaalde subjectieve laakbare gezindheid blijkt in ieder geval geen expliciete voorwaarde voor aansprakelijkheid te zijn naast het vereiste van de onrechtmatigheid.

In de periode 1883-1919 wordt het begrip «onrechtmatig» in de rechtspraak van de Hoge Raad in hoofdzaak in twee betekenissen gebruikt. In sommige arresten wordt dit begrip in een negatieve betekenis gehanteerd, in de zin van afwezigheid van bevoegdheid of van een wettelijke grondslag. In andere arresten wordt aan dit begrip een positieve betekenis gehecht en wordt het gebruikt als kwalificatie van het gedrag of van de gevolgen ervan: het gedrag moet in strijd zijn met de wet of met de rechtsplicht van de dader, of de gevolgen moeten bestaan in een inbreuk op eens anders recht. De ruime opvatting inzake buitencontractuele aansprakelijkheid die tot 1883 in de rechtspraak van de Hoge Raad overheerste, door de autonome rol die aan artikel 1402 Nederlands B.W. werd toegekend, heeft in 1883 plaats gemaakt voor een meer beperkte zienswijze. In zijn arresten van 6 april en 29 juni van dat jaar (*Nederlandse Rechtspraak*, deel 133, p. 358, en deel 134, p. 263) besliste de Hoge Raad dat ook voor de toepassing van artikel 1402 Nederlands B.W. de eis geldt dat er sprake moet zijn van een inbreuk op een wettelijke norm of van een schending van eens anders subjectief recht. Nochtans zijn er in die periode ook enkele arresten waarin deze voorwaarde niet expliciet wordt gesteld, zodanig dat de rechtspraak van de Hoge Raad ter zake een wat onduidelijk beeld vertoonde. In de rechtsleer daarentegen was er, vooral onder invloed van Molengraaff, een duidelijke meerderheid voorstander van een ruime buitencontractuele aansprakelijkheid. Tegen de beperkende opvatting van de Hoge Raad kwam er een reactie in de wetsontwerpen van Regout (1911) en Heemskerk (1913), die een uitbreiding van het begrip «onrechtmatigheid» voorstonden door daaronder ook te begrijpen de handelingen die in strijd zijn met de in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid.

De enge onrechtmatigheidsopvatting van de Hoge Raad had tot gevolg dat onvoorzichtig handelen dat niet in strijd was met een rechtsnorm en dat evenmin het subjectief recht van een ander aantastte, niet tot aansprakelijkheid kon leiden. In de praktijk ging het daarbij vooral om gevallen van schade voortvloeiende uit daden van oneerlijke concurrentie. De twijfel en de onzekerheid die daarover nog bestonden op basis van de rechtspraak van het einde van de negentiende eeuw, werden volledig weggenomen door de arresten van 6 januari 1905 in zake Singer-Ivens (*Weekblad van het Recht*, 1905, nr. 8163, met conclusie van de procureur-generaal Polis; *W.P.N.R.*, 1905, 180, met conclusie) en van 24 november 1905 in zake Necec (*Weekblad van het Recht*, 1905, nr. 8304, met conclusie van de advocaat-generaal Rethaen Macaré), waarin ter zake een principiële stelling werd ingenomen. Dit brengt G.E. van Maanen tot de conclusie dat het onjuist is te zeggen dat de Hoge Raad in de hele negentiende eeuw een beperkte buitencontractuele aansprakelijkheid heeft gehanteerd, in die zin dat slechts onwetmatige handelingen tot schadevergoeding konden verplichten. Er is veeleer sprake van een tijdelijke breuk met de ruime aansprakelijkheidsopvatting, en dit gedurende de periode van 1905 tot 1919 of eventueel van 1883 tot 1919 (blz. 138 en 152).

Lezenswaardig zijn de bladzijden waarin de auteur deze tijdelijke breuk tracht te verklaren tegen de achtergrond van de industriële ontwikkelingen waarin Nederland zich op dat ogenblik bevond (blz. 135-154). Vertrekkende van de vaststelling dat de industrialisatie in Nederland veel later op gang is gekomen dan in Engeland en in België, wijst hij erop dat deze late industrialisatie het voordeel had dat de in het buitenland opgedane ervaringen konden worden benut, maar dat daartegenover stond dat diende te worden opgetornd tegen de concurrentie van elders reeds gevestigde industrieën. Nu was het in die periode in Nederland niet ongebruikelijk om buitenlandse produkten na te maken en die dan te verkopen als waren het originele buitenlandse produkten. Om de Nederlandse industrialisatie te bevorderen, was het wenselijk dat de ondernemingen die zich toeleghden op het namaken van buitenlandse pro-

dukten niet wegens oneerlijke concurrentie op grond van de artikelen 1401 en 1402 Nederlands B.W. konden worden veroordeeld. De Hoge Raad droeg daartoe bij, vooral onder invloed van zijn lid en latere voorzitter Eyssell, door het hanteren van een enge buitencontractuele aansprakelijkheidsopvatting: als onrechtmatig dienen enkel te worden beschouwd de handelingen die in strijd zijn met een wettelijke norm of met de rechtsplicht van de dader of die een inbreuk maken op eens anders subjectief recht, maar niet die welke in strijd zijn met wat in het zakenleven en in het maatschappelijk verkeer betaamt (zie bv. H.R., 10 juni 1910, in zake de Zutphense juffrouw, *Weekblad van het Recht*, 1910, nr. 9.38, met conclusie van de procureur-generaal Noyon). Hiertegenover stond de opvatting van Molengraaff, die streefde naar de uitbouw van een eigen, moderne Nederlandse industrie, die behoefte had aan bescherming tegen de gangbare praktijk van het namaken en verkopen van door anderen ontwikkelde producten. Om die reden verdedigde hij een ruime buitencontractuele aansprakelijkheidsopvatting: als onrechtmatig in de zin van de artikelen 1401 en 1402 Nederlands B.W. dienen ook te worden beschouwd de handelingen die, hoewel ze niet door de wet zijn verboden, toch in strijd zijn met de in het zakenleven of in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid. Zoals bekend heeft deze laatste zienswijze het gehaald in het reeds vermelde Lindenbaum-Cohen-arrest van 31 januari 1919. De stelling van G.E. van Maanen is nu dat dit arrest, dat is geveld nadat Eyssell de Hoge Raad had verlaten, er gekomen is op een ogenblik dat Nederland de fase van de industriële opbouw achter de rug had en zelf een volwaardig industrieel land was geworden dat behoefte had aan bescherming tegen allerlei vormen van namaak en oneerlijke concurrentie.

Het onderzoek van G.E. van Maanen gaat dan verder met de analyse van het Lindenbaum-Cohen-arrest en met een beschrijving van de ontvangst die het arrest destijds in de juridische literatuur ten deel is gevallen. Zoals reeds is aangestipt, is de auteur van oordeel dat de materieelrechtelijke betekenis van dit arrest minder groot is dan over het algemeen wordt aangenomen, omdat de Hoge Raad in de negentiende eeuw reeds een ruime buitencontractuele aansprakelijkheidsopvatting huldigde. Het belang van dit arrest ligt niet alleen in het feit dat het een einde heeft gemaakt aan de enge aansprakelijkheidsopvatting van de Hoge Raad op het einde van de negentiende en in het begin van de twintigste eeuw, maar ook in de grote aandacht die het van de rechtswetenschap heeft gekregen.

Het Lindenbaum-Cohen-arrest heeft tevens een belangrijke dogmatische betekenis, in die zin dat het de structuur van het leerstuk van de onrechtmatige daad ingrijpend heeft gewijzigd en tot op de dag van vandaag heeft vastgelegd. De auteur belicht enkele aspecten van deze structuur. Zo wijst hij erop dat na 1919 de «onrechtmatigheid» theoretisch het enige criterium is waaraan het gedrag dient te worden getoetst en dat het begrip «schuld» daarmee zijn functie als hoofd criterium voor toetsing van het gedrag, die het tot 1883 vervulde, verloren heeft. Laatstgenoemd begrip heeft geen duidelijke functie meer, behoudens, op latente wijze, die van toerekeningsvatbaarheid van de dader. Voorts wijst hij op het probleem om «inbreuk op eens anders recht» als onrechtmatigheidscriterium te hanteren, omdat dit begrip niet naar het gedrag zelf verwijst, maar wel naar de gevolgen van dat gedrag. Behoudens bij een opzettelijke inbreuk op andermans subjectief recht, zal er dan nog een aanvullende toetsing nodig zijn aan het criterium van de zorgvuldigheidscriterium.

In het laatste hoofdstuk van zijn rpfeschrift maakt G.E. van Maanen een kritische analyse van de structuur van de onrechtmatige daad in het *Nieuw Nederlands B.W.* Uit de opbouw van artikel 6.3.1.1 van dit wetboek kan worden afgeleid dat een onderscheid wordt gemaakt tussen de *onrechtmatige daad* en de vraag onder welke voorwaarden deze daad kan worden *toegerekend* aan een persoon. Onder een onrechtmatige daad wordt verstaan «een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt». De drie traditionele onrechtmatigheidscriteria worden dus zonder meer in het *Nieuw Nederlands B.W.* overgenomen, ofschoon uit het onderzoek van G.E. van Maanen is gebleken dat de toepassing van het criterium «inbreuk op eens anders recht» niet zonder problemen verloopt. Een onrechtmatige daad dient luidens artikel 6.3.1.1, derde lid, *Nieuw Nederlands B.W.* aan de dader te worden toegerekend «indien zij

te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt». Het onderscheid tussen «onrechtmatigheid» en «toerekenbaarheid» wordt echter niet altijd even scherp gemaakt, met name niet in artikel 6.3.1.2 *Nieuw Nederlands B.W.*, waarin de aansprakelijkheid van kinderen en van geestelijk en lichamelijk gehandicapten wordt geregeld. Volgens G.E. van Maanen blijkt uit de tekst van deze bepaling en de toelichting erop dat het de bedoeling is geweest om in het midden te laten of de onrechtmatige daad al dan niet kan worden toegerekend ondanks het ontbreken van schuld, dan wel of de jeugdige leeftijd c.q. de handicap ook de onrechtmatigheid wegneemt (blz. 203-204).

Wat is, afgezien van het toerekenbaarheidsvereiste, de zin en de betekenis van het begrip «schuld» in het *Nieuw Nederlands B.W.*? Gaat het om een kwestie van «verwijtbaarheid, vermijdbaarheid of iets van dien aard» (blz. 201)? Volgens G.E. van Maanen gaat het om de vraag of een gedraging krachtens de in het verkeer geldende opvattingen of krachtens de wet aan de dader kan worden toegerekend, m.a.w. of een «*prima facie*» onrechtmatige gedraging ook in de omstandigheden van het concrete geval laakbaar en dus onrechtmatig was (...), of het *gedrag* — alles in aanmerking genomen — beantwoordt aan maatstaven die men aan de normale mens mag stellen» (blz. 226). Hier verdedigt de auteur een schuldbegrip dat zeer dicht staat bij de algemene zorgvuldigheidscriterium die bij ons wordt gehanteerd voor de toepassing van de artikelen 1382-1383 B.W. In dat geval wordt het schadeveroorzakend gedrag immers getoetst aan het gedrag van een normaal zorgvuldig en omzichtig persoon van dezelfde categorie, geplaatst in dezelfde concrete omstandigheden van plaats en tijd als degene die de schadeverwekkende handeling heeft gesteld. In deze visie vallen de onrechtmatigheid en het objectief element van de schuld of van het foutbegrip volledig samen; er dient dan alleen nog te worden nagegaan of het onrechtmatige gedrag aan de dader kan worden toegerekend (vereiste van de schuldbekeerbaarheid of het subjectief element van de schuld) (zie o.m. Vandenberghe, H., Van Quickenborne, M. en Hamelink, P., «Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1964-1978)», *T.P.R.*, 1980, (1139), 1170-1171, nr. 23).

De grote verdienste van het werk van G.E. van Maanen bestaat erin dat hij een gedetailleerde en haarfijne analyse heeft gemaakt van de ontwikkeling van de begrippen «onrechtmatigheid» en «schuld» in het *Nederlands buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*. Belangwekkend daarbij is zijn bevinding dat, in tegenstelling tot een wijd verspreide opvatting, er in de hele negentiende eeuw geen beperkend, maar integendeel een vrij ruim onrechtmatigheidsbegrip werd gehanteerd, waarin slechts een tijdelijke onderbreking is gekomen in de periode 1883-1919. Interessant is ook de stelling van de auteur om deze tijdelijke breuk te verklaren tegen de achtergrond van de fase van de industriële opbouw die Nederland toen kende.

Het nagenoeg ontbreken van een rechtsvergelijkend onderzoek vormt, zoals reeds gezegd, toch wel een zwak punt in het proefschrift van G.E. van Maanen. Zo kan men zich afvragen of de resultaten van zijn onderzoek betreffende een ruim of eng onrechtmatigheidsbegrip in de periode 1883-1919 en de daarvoor gegeven «economische verklaring» nog stand zouden houden indien hij voor die periode ook het Franse en het Duitse recht inzake onrechtmatige daad had bestudeerd. In hoever heeft met name de door de auteur besproken rechtspraak van omstreeks de eeuwwisseling al dan niet de invloed ondergaan van het toen pas tot stand gekomen *B.G.B.*? Dezelfde vraag kan men stellen voor de *Schutznorm*-theorie of de leer van de relatieve onrechtmatigheid. Dit zijn belangrijke aspecten in het leerstuk van de onrechtmatige daad in Nederland, die de auteur van een doctoraatsproefschrift daarover niet onbehandeld had mogen laten.

Alois Van Oevelen

John R. BLAD, Hans van MASTRIGT en Niels A. UILDRIKS (editors), *Liber Amicorum Louk Hulsman*, Part Two, **Social problems and criminal justice**, Mededelingen van het juridisch instituut van de Erasmus Universiteit Rotterdam, nr. 37, 1987, 171 blz., 25 fl.

Het voorliggende boek is het tweede gedeelte van het *Liber Ami-*

corum Louk Hulsman; het eerste gedeelte werd besproken in dit tijdschrift, jaargang 1987-88, 446.

Dit tweede gedeelte omvat twaalf bijdragen van auteurs uit Nederland, Noorwegen, Duitsland, Frankrijk, Argentinië, Polen, de Verenigde Staten en Italië die slechts zijdelings een bijdrage vormen tot het abolitionistisch debat, in die zin dat ze een kritische analyse vormen van het functioneren van het strafrechtssysteem of zijn wijzen van zelflegitimering.

Hulsman zelf, die toch de rode draad vormt door alle bijdragen heen, ging uit van de basisstelling dat het strafrechtssysteem in feite een sociaal probleem vormt, en dit om vier redenen:

primo, het strafrechtssysteem doet mensen lijden, wat bovendien vaak niet beperkt blijft tot de directe dader van een misdrijf;

secundo, wanneer je de doelstellingen die het strafrechtssysteem zelf zegt na te streven, met name vooral afschrikking en preventie, confronteert met wat in realiteit bereikt wordt, met name steeds hogere criminaliteitscijfers, dan stel je vast dat het klaarblijkelijk niet werkt; het probleem daarbij is dat vele «moderne» misdrijfsvormen niet of onbeduidend aangepakt worden of kunnen worden, zodat de perceptie van de man in de straat er een is van «niet-vervolgning is de regel en vervolging is de uitzondering»;

tertio, het strafrechtssysteem is in zijn huidige vorm fundamenteel oncontroleerbaar: zowel dader als slachtoffer hebben weinig of geen fundamentele greep op de gebeurtenissen als de pletwals eenmaal aan het rollen gegaan is; meer nog: het systeem leidt een eigen leven en is dan ook in grote mate zelfs immuun tegen beleidsingrepen;

quarto, de strafrechtelijke aanpak is ten gronde verkeerd; de maatschappij wordt ten onrechte gezien als een monolithisch geheel, zodat de verschillende schakeringen en tendensen erin, die een uitdrukking vormen van haar grondig pluriform karakter, penaal geen uitdrukking vinden.

Voortgaand op deze basisstelling is het dan ook karakteristiek voor het denken van prof. Hulsman dat het strafrechtssysteem als inherent problematisch ervaart en dan ook niet gelooft in de mogelijkheid van verbetering ervan door hervormingen, aangezien het geacht wordt structurele fouten te vertonen.

De enige realistische en voldoende oplossing is dan ook de *basisstructuur* van het systeem, zoals deze nu geconcipieerd is, namelijk het reageren op een grote diversiteit van maatschappelijke fenomenen in termen van «misdrijven», af te schaffen.

Er dient dus met nadruk op gewezen te worden dat dit niet inhoudt dat tevens alle deelorganisaties van het rechtshandavingsapparaat zoals bv. politie, rechters ... zonder meer dienen te verdwijnen; enkel dienen ze te verdwijnen in hun huidige vorm en een aangepaste rol te krijgen in een nieuw rechtshandavingsconcept dat de begrippen «misdrijf», «deviant persoon» en «straf» vervangt door «problematische situatie», «direct betrokkene(n)» en «types van sociale controle / van structurele verandering».

Merkwaardig daarbij is dat de nadruk eerder op het negatief aspect «afschaffen van de bestaande actie-reactiepatronen» gelegd wordt en er geen echte blauwdruk, niets positiefs, niets nieuws in de plaats gesteld wordt, maar enkel een mogelijk nieuw kader aangereikt wordt; in die zin is abolitionisme dan ook enkel te zien als het ruimte scheppen voor iets radicaal anders door het voortdurend kritisch ter discussie stellen van het bestaande systeem, als het plaats maken van het oude voor nieuwe vormen van maatschappelijke respons welke niet dezelfde negatieve sociale gevolgen hebben.

De eerste bijdrage «Hulsman's abolitionist perspective: social problems and criminal justice» komt van John Blad, Hans van Maastricht en Niels Uildriks die een korte samenvatting geven van de grote ontwikkelingen zowel in het persoonlijk leven als in het denken van Louk Hulsman, dit vooral op basis van Hulsman's doctrinaal bijzonderste werk «Peines Perdues» (1982) en enkele recentere artikelen.

Nils Christie trekt in «Death and Crime» een vergelijking tussen deze twee types van verlies en de verschillende houdingen die mensen tegenover deze beide aannemen. Hij pleit voor een vorm van «absolute theory of punishment», zij het dat hij daarbij een andere redenering volgt dan de vroegere theoretici en aanhangers ervan.

Alessandro Baratta beschrijft en analyseert in «Integration-Prevention: a system theoretical re-legitimation of punishment» de theoretische benadering van misdrijf en straf zoals deze door Jacobs geformuleerd werd, argumenteert dat Jacobs' theorie van pre-

ventie-integratie niet het noodzakelijke gevolg is van een systeem-theoretisch standpunt en besluit dat het zou moeten worden verworpen.

Onder de titel «General prevention: a new rescue for the technocratic legitimations of the penal law» behandelt Gerlinda Smaus de positieve algemene preventietheorie zoals deze door Jacobs en anderen ontwikkeld werd. Een van haar kritische conclusies is dat deze systeemtheorie weliswaar een papieren legitimering verschaft voor het strafrechtssysteem, doch dat dit ten koste gaat van de autonomie en het recht van de echte, reële wereld om zijn problemen van normhandhaving zelf op te lossen.

In «My friend John or the praxis of social rehabilitation» wijst Gerard E. Mulder, vertrekkend vanuit het levensverhaal van een vriend, vanuit de praxis dus die Hulsman zo na aan het hart ligt en hem tot een negatieve visie op het actuele strafrechtssysteem leidt, op de wederaanpassing als een van de positieve punten van het huidige strafrechtssysteem.

Paul Wesemann, die assistent was van prof. Hulsman, bespreekt in zijn bijdrage «Prosecuting: what does it actually involve» een klein experimenteel onderzoeksproject dat tot doel had uit te vinden of voorafgaande opleiding en training in rationele beslissen, in kosten-baten-analyse van elke beslissing een verschil zou maken in het vervolgingsbeleid en het bestraffingsproces. Hierbij ging hij uit van het «decision-making model» van prof. Hulsman met als centraal concept dat een beleids- en beslissingsverantwoordelijke eerst voor zichzelf dient uit te maken welk doel hij kan en wil bereiken met de waaier van mogelijke sancties die hij tot zijn beschikking heeft, en daarna binnen de grenzen van de evenredigheid tussen daad en sanctie de meest effectieve sanctie dient te kiezen, hierbij gebruik makend van de informatie die hem vanuit de gedragswetenschappen aangereikt wordt.

De bijdrage van Mireille Delmas-Marty, «System analysis and criminal policy», geeft de ontwikkeling van verschillende modellen voor de analyse van het strafrechtelijk beleid.

Bernardo Beiderman wijst in zijn bijdrage «Law, authority and criminal policy in Argentina» op de belangrijke plaats die de bescherming van fundamentele rechtsconcepten dient in te nemen in het strafrechtelijk beleid. Hij doet dit aan de hand van een beschrijving van de Argentijnse ervaringen voor en na de militaire dictatuur.

In «Crime as an act dangerous to society» heeft Igor Andrejew het over de oorsprong van het begrip «misdrijf dat een gevaar betekent voor de maatschappij», en over de vraag hoe dat begrip in de strafwetboeken van de verschillende landen van het oostblok ingepast werd.

Onder de titel «Between womb and world: who can prevent juvenile delinquency?» ziet Gerhard Mueller jeugddelinquentie hoofdzakelijk in termen van een afname van de sociale controle in familiaal verband.

Uberto Gatti heeft het over «Recent trends in decriminalisation processes in the Italian juvenile justice system».

Tot slot hebben Richard de Mulder en Helen Gybby het in hun bijdrage «Two approaches to 'terrorism'» over de ontwikkeling van een model om het verschijnsel «terrorisme» te begrijpen en bespreken ze het voordeel van een dergelijke aanpak in vergelijking met die welke prof. Hulsman voorstaat.

Ook dit tweede deel heeft weinig weg van lichtvoetige, hapklare rechtsliteratuur en de praktijkjurist zal er dan ook niet zo direct zijn gading in vinden.

Bovendien kan niet ontkend worden dat de diepgang en het gehalte van de verschillende bijdragen soms erg ongelijk zijn.

Het vormt echter door zijn kritische compilatie van een aantal bijdragen met als gemeenschappelijk — uit de aard zelf van de gelauwerde uiteraard zeer eenzijdig — aanknopingspunt het abolitionisme zoals Hulsman het ziet, een uitstekende aanzet voor een diepere reflexie over en op de grondslagen en de beleidsdoelstellingen van ons strafrechtssysteem; in het licht van de komende hervorming van ons Strafwetboek en de ermee samenhangende keuzes die gemaakt dienen te worden voor een strafrechtelijk beleid dat ons tot een eind in de 21e eeuw zal voeren is dergelijke soms al te weinig beoefende reflexie in brede kringen absoluut noodzakelijk en kan een boek zoals dit met zijn toch wel radicale standpunten verhelderend werken bij het scherper aflijnen van de opties en het verantwoorden van de uiteindelijke keuze.

Luc M. De Schepper

A. SOETEMAN, **Machtig recht**, Alphen aan den Rijn, Samsom H.D., Tjeenk Willink, 1986, 174 p., 680 fr.

In het Nederlands taalgebied zijn er twee soorten rechtsfilosofen: de toegankelijk en de ontoegankelijk. De eerste soort vormt een minderheidsgroep. Arend Soeteman (hoogleraar Encyclopedie der Rechtswetenschap en Rechtsfilosofie aan de Vrije Universiteit te Amsterdam) behoort tot die minderheidsgroep. Hij gebruikt zowel zijn abstracte intelligentie als zijn gezond verstand. Hij beschikt over de gave om zeer abstracte problemen op een zeer eenvoudige manier te verwoorden en tegelijkertijd te relativiseren. Zo is hij als specialist van de logica van het recht de eerste om het belang van de logica in het juridisch redeneren te relativiseren. Soeteman is dus de geschikte persoon om een inleiding tot de rechtsfilosofie te schrijven.

In dit werk beperkt de auteur zich evenwel tot een bepaald onderdeel van de rechtsfilosofie. Hij zoekt een antwoord op de vraag wat recht eigenlijk is en wat de relatie is tussen recht en macht. Is een onrechtvaardig rechtsstelsel nog wel «recht» of is het louter «macht»? Kan men het recht definiëren zonder een beroep te doen op inhoudelijke elementen? Dient men steeds het positief recht te gehoorzamen, wat ook de inhoud ervan is?

Hoe het meest wenselijke recht er zou kunnen uitzien (m.a.w. de normatieve rechtsfilosofie), komt niet aan bod.

De auteur heeft ook geen echt rechtsfilosofisch handboek geschreven, dat wil zeggen, een overzichtelijke en nagenoeg volledige weergave van de opinies die in de geschiedenis van de rechtsfilosofie naar voren zijn gebracht. Zijn bedoeling was eerder aan de hand van een bespreking van de werken van de belangrijkste auteurs de kernvragen op te werpen. Eerder dan een eigen rechtsfilosofie te ontwikkelen wil de auteur de lezer aan het denken zetten. Tussen de regels door geeft hij wel zijn eigen standpunten prijs.

Het werk bevat 28 paragrafen waarin men drie delen zou kunnen onderscheiden. Eerst is er een inleiding met een zeer nuttige uitweiding over definitievorming. In een tweede deel worden het positivisme en het natuurrecht met elkaar vergeleken, voornamelijk op het vlak van hun consequenties. In een derde deel wordt de evolutie binnen het positivisme belicht (waarbij achtereenvolgens de ideeën van Austin, Kelsen, de Amerikaanse realisten en Hart besproken worden) en wordt er geëindigd met de kritiek van Dworkin op de positivisten. De auteur blijkt daarbij zeer positief te staan ten opzichte van Dworkin's werk.

De auteur heeft m.i. vele verdiensten. Een eerste verdienste is dat hij erin geslaagd is de gedachtengang van Austin, Kelsen, Fuller, Hart, de Amerikaanse realisten en Dworkin begrijpelijk te maken voor de leek. De evolutie in deze tak van de rechtsfilosofie wordt zeer mooi beschreven. Het boek heeft wat weg van een detectiveroman, waarbij detectives («rechtsfilosofen» genoemd) elk op hun beurt trachten uit te vissen wat het recht is. Er wordt getoond hoe latere opvattingen bedoeld zijn als een reactie op vroegere, ongenueanceerde opvattingen maar in hun extremititeit de waarheid ook geweld aandoen. De lezer krijgt het verbijsterende gevoel dat het grootste gedeelte van de zwaarwichtige rechtsfilosofische disputen over zeer simpele dingen gaat en toch niet opgelost raakt als gevolg van een verschillend woordgebruik.

Een tweede grote verdienste is dat een aantal misverstanden over het positivisme uit de wereld worden geholpen. Nog steeds definiëren velen een positivist als iemand volgens wie het positief recht steeds (moreel) gehoorzaamd dient te worden, wat de inhoud ervan ook is. Soeteman toont aan dat deze extreme stelling (het extreme ideologisch positivisme genoemd) door geen enkele naoorlogs auteur nog wordt verdedigd. Het traditionele nazi-argument tegen het positivisme (het argument dat positivisten slaafs zouden meewerken aan extreem onrechtvaardige rechtsstelsels, zoals de nazi-wetgeving), kan dan ook niet meer gebruikt worden. Het (moderne) juridisch positivisme houdt gewoon in dat men ervan uitgaat dat er geen noodzakelijke connectie bestaat tussen recht en moraal, of tussen het recht zoals het is en het recht zoals het hoort te zijn. Tussen beide wordt analytisch gezien een duidelijk onderscheid gemaakt. Het positivisme wil het recht gewoon bestuderen als sociaal verschijnsel en stelt daarbij vast dat er ook immoreel recht kan gelden in een bepaalde samenleving.

De auteur heeft een reeks andere misverstanden op door een duidelijk onderscheid te maken tussen recht volgens het gebruikersperspectief en volgens het buitenstaandersperspectief. Wanneer een

gebruiker van het recht zich afvraagt: «Wat is het geldend recht?», dan is dit iets helemaal anders dan wanneer een buitenstaander dezelfde vraag stelt. Een gedeelte van het geldend recht wordt namelijk door de rechter zelf gevormd. Een advocaat zoekt niet alleen op wat het positief recht is maar doet ook een voorstel aan de rechter om het (praetoriaanse) recht te veranderen. De gebruiker beïnvloedt het recht, helpt het recht vormen. Inhoudelijke criteria maken vanuit zijn standpunt deel uit van het recht: het zijn criteria waarmee hij kan trachten de rechter te overtuigen om een bepaald beleid te volgen. Soeteman toont mooi aan hoe Dworkin en de positivisten langs elkaar heen praten: de positivisten bestuderen het recht vanuit het buitenstaandersperspectief, terwijl Dworkin het recht bestudeert vanuit het gebruikersperspectief en daarbij volgens de auteur terecht tot de conclusie komt dat «principles» ook tot het positief recht behoren. In die zin moet het recht ook inhoudelijk gedefinieerd worden.

Zoals meestal vormt de zwakte van een tak ook de zwakte van een boek over die tak. In de rechtsfilosofie worden controverses nauwelijks geïntegreerd. Wat aan het boek ontbreekt, is een poging tot synthese. Vele vragen worden opgeworpen, weinig vragen worden echt beantwoord. De auteur zal wel antwoorden dat dit niet zijn opzet was, maar of de lezer in een betere positie verkeert om deze zware taak op zich te nemen is een andere vraag.

Alles samen is het echter een zeer stimulerend, boeiend werk, dat op korte tijd een zeer goed beeld geeft van een van de belangrijkste discussies uit de rechtsfilosofie. Rechtsfilosofische voorkennis wordt nauwelijks voorondersteld. Het is een boek zoals er te weinig worden geschreven.

Gerrit De Geest

L.P. SUETENS en J.L. DE WIJKERSLOOTH, **Rechtsbescherming van vreemdelingen bij het binnenkomen en het gedwongen verlaten van het grondgebied resp. in België en Nederland**, Zwolle, Tjeenk Willink, 1987, resp. 38 en 30 p., preadviezen voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland.

Beide preadviseurs stonden voor een moeilijke taak daar het vreemdelingenrecht, zowel in België als in Nederland, ter discussie staat en zich in een stroomversnelling bevindt door de grote toename van het aantal vreemdelingen.

In België resulteerde deze discussie in een fundamentele wijziging van de Vreemdelingenwet van 1980 door de wet van 14 juli 1987, meer bepaald wat de vluchtelingen betreft. Na een algemeen overzicht van de verblijfsregeling en de verwijderingsmaatregelen worden de administratieve en jurisdictionele rechtsmiddelen besproken die de vreemdelingen en de vluchtelingen ter beschikking staan. De auteur plaatst echter vraagtekens bij de kwaliteit en de doeltreffendheid van de geboden rechtsbescherming. Meer bepaald wordt het bijna volledig uitschakelen van het burgerrechtelijk kort geding als reactie op het stijgend aantal vluchtelingen, alsook de versnippering van de rechtsbescherming over meerdere organen betreed.

Ook in Nederland is de behoefte aan wijziging van het systeem gegroeid, maar voorlopig is het bij voorstellen daartoe gebleven. In het preadvies van J.L. De Wijkerslooth wordt dan ook het huidige stelsel als uitgangspunt gekozen, maar worden tevens recente hervormingsvoorstellen in contrast daarmee besproken. De kern van het probleem is ongetwijfeld gelegen in het feit dat in Nederland de meeste administratieve procedures en de meeste kort-geding-procedures vreemdelingenzaken zijn. De auteur drukt dan ook zijn *verontrusting* uit: het aantal zaken, het tempo waarin zij moeten worden behandeld en de stroomlijning van hun behandeling leidt mogelijk tot oppervlakkigheid en gebrek aan aandacht voor de individuele vreemdeling. Hij vreest dan ook voor een mogelijke inkrimping van de rechtsbescherming wanneer de stroom procedures blijft aanhouden.

Vermelden we ten slotte dat het verslag van de vergadering waarop beide preadviezen werden besproken werd afgedrukt in *R.W.*, 1987-88, 750-752.

I. Opdebeek

NOTARIAAT

Samenstelling van de Kamer van Notarissen van het Arrondissement Antwerpen

Voorzitter: mr. Paul Harrewijn; eerste syndicus: mr. Ludo Verhoeven; tweede syndicus: mr. Freddy Glorie; verslaggever: mr. Benoit Lamot; secretaris: mr. Paul Janssens; penningmeester: mr. Floris Hendrickx; leden: mrs. Jan Van Bael, Paul van den Hove d'Ertsenryck en Ernest Van Tricht.

Samenstelling van de Kamer der Notarissen van het Arrondissement Ieper

Voorzitter: mr. Joseph Thevelin; syndicus: mr. Etienne Claeys Bouvaert; verslaggever: mr. William De Sagher; penningmeester: mr. Jan Platteau; secretaris: mr. Patrick Donck; leden: mrs. Lucien Catry en Albert Van Eecke.

MEDEDELINGEN

Prijs Baron Emile Van Dievoet

De Prijs Baron Emile Van Dievoet heeft tot doel de ontwikkeling van de rechtswetenschap te bevorderen door het aanmoedigen van publikaties van rechtsstudies.

Deze vernieuwde vijfjaarlijkse prijs van 250.000 fr., zal toegekend worden in 1989 voor een in het Nederlands gestelde studie van het privaatrecht.

Verdere voorwaarden zijn: het moet gaan om een origineel werk dat een effectieve bijdrage levert voor de vooruitgang van de rechtswetenschap; algemene en bijzondere handboeken, alsook gewone licentiaatsverhandelingen, zijn uitgesloten; de gedrukte werken moeten verschenen zijn na 1 januari 1984 en voor 31 december 1988; niet gedrukte werken komen ook in aanmerking; de werken moeten in vijf exemplaren ingezonden worden aan de decaan van de Rechtsfaculteit van de K.U.Leuven vóór 31 december 1988.

Het reglement en nadere inlichtingen zijn te verkrijgen bij de Rechtsfaculteit van de K.U.Leuven, Tiense straat 41 te 3000 Leuven.

Er is ook een prijs Baron Emile Van Dievoet voor in het Frans gestelde studies. Inlichtingen bij de Rechtsfaculteit van de Université Catholique de Louvain, place Montesquieu, 2 te 1348 Louvain-la-Neuve.

BERICHTEN

Studiecentrum voor het Financieuzen — Lezing te Brussel over het Internationaal Monetair Fonds

De Stichting Gutt en het Studiecentrum voor het Financieuzen houden op donderdag 9 juni 1988 om 17.30 u. een bijeenkomst in het Auditorium van de Generale Bank, Kanselarijstraat 1, 1000 Brussel, waarop de heer Michel Camdessus (managing director, chairman of the board of directors International Monetary Fund)

een lezing geeft over «le F.M.I.: Coopération monétaire d'hier à demain».

De spreker wordt voorgesteld door de heer Jean Godeaux, gouverneur van de Nationale Bank van België, die ook het daaropvolgend debat zal leiden.

Vereniging der Verzekeringsjuristen — Conferentie over Aids, verzekering en aansprakelijkheid

In het kader van de Ontmoetingen Universiteiten / Verzekeringsondernemingen houdt de Vereniging van Verzekeringsjuristen (A.J.A.) op 14 juni 1988 om 17.30 u. in het Huis der Verzekering, De Meeûsplantsoen 29, 1040 Brussel, een conferentie met als algemeen thema: «Aids, verzekering en aansprakelijkheid».

Na een korte inleiding door de voorzitter van de vereniging, lector H. Claassens, over de weerslag van aids op de beoordeling van de te verzekeren risico's en de verhoudingen tussen de verbruikers, tussenpersonen en verzekeringsondernemingen, geeft de heer Jaeger (claims manager van de Kölnische Rück) een uiteenzetting over de burgerlijke aansprakelijkheid van de fabrikanten van bloedextracten die aids bij homofiliepatiënten veroorzaakt hebben, gevolgd door een debat geleid door de heer J. Fransman (directeur-adjunct Herverekeringsmaatschappij Secura).

Congres van de Association Internationale de Méthodologie Juridique te Aix en Provence

De Association Internationale de Méthodologie Juridique (International Association of Legal Methodology) houdt van 5 tot 7 september 1988 haar eerste congres te Aix en Provence, over het onderwerp «Les standards dans les divers systèmes juridiques», met drie thema's: I. Définition et utilisation des standards dans les divers systèmes de droit. II. L'utilisation des standards dans les normes juridiques: traités, constitutions, lois et décrets, contrats. III. L'utilisation des standards dans la pratique et la jurisprudence.

Preadviseurs zijn o.m. de professoren Enrico Pattaro (Bologna), Valentin Petev (Münster), Juan-Santos Navarro (Lyon), Jerzy Wroblewski (Lodz), Philippe Delebecque (Aix), William Dale (Londen), Zygmunt Ziembski (Poznan), Mamiko Ueno (Tokio), A. Yiokaris (Athene), Michel Sparer (Ottawa), A. Vernardos (Athene), José Woehrling (Montreal), Pierre Trudel (Montreal), John Koziris (Ohio), P. Pavlopoulos (Athene), Mireille Delmas-Marty (Parijs), Paul Orianne (Leuven), Danielle Pinard (Montreal), Michele Taruffo (Padua), Alessandro Pizzorusso (Firenze), José Carlos Barbosa Moreira (Rio de Janeiro) en Noël-Jean Mazen (Dijon).

Prof. Philippe Jestaz van de Universiteit van Parijs XII is algemene verslaggever.

Inschrijving vóór 30 juni en verdere informatie bij het secretariaat: Association Internationale de Méthodologie Juridique (I.E.J.), 3, avenue Robert Schuman, 13628 Aix en Provence Cedex (tel. 42.59.19.45).

Drielandensymposium over de bescherming van de pachter te Bévercé

De Belgische Vereniging voor Agrarisch Recht organiseert op 13 en 14 oktober 1988 een drielandensymposium (België, Nederland en W. Duitsland) over het onderwerp: «De wettelijke en contractuele bescherming van de pachter met het oog op de continuïteit van zijn bedrijf».

De Belgische rapporteur is dr. R. Gotzen, secretaris van het hoofdbestuur van de Belgische Boerenbond.

Het symposium vindt plaats in de Ferme Libert te Bévercé-Malmédy (tussen Eupen en Malmédy, bij de Duitse grens) met het Duits als werktal. Het aantal deelnemers is beperkt tot 50.

De deelnemingsprijs, inclusief diner, overnachting, ontbijt, lunch en koffies bedraagt 4.500 fr. (3.000 fr. voor wie niet ter plaatse logeert), te storten voor 1 juli 1988 op rekening nr. 001-0631093-87 van de Belgische Vereniging voor Agrarisch Recht.

Verdere informatie: B.V.A.R., Guldenvlieslaan 72, 1060 Brussel (tel. 02/538.81.60).