

DE BORGSTELLING (art. 224, § 1 en sub 4, B.W.) OF DE CONFRONTATIE TUSSEN GEZINSBELANG, AUTONOMIE EN DERDENBESCHERMING — BESCHOUWINGEN BIJ HET ARREST VAN HET HOF VAN CASSATIE VAN 27 NOVEMBER 1987

I. Inleiding en probleemstelling

1. Art. 224, § 1 en sub 4, B.W. luidt als volgt: «Op verzoek van de andere echtgenoot en onverminderd de toekenning van schadevergoeding, kunnen worden nietig verklaard: ... 4. de persoonlijke zekerheden door een der echtgenoten gesteld, die de belangen van het gezin in gevaar brengen.» In een recent arrest had het Hof van Cassatie bevestigd¹ dat de vraag of de aangegane borgstelling de belangen van het gezin al dan niet in gevaar brengt, moet worden beoordeeld naar het tijdstip van het aangaan van de borgstelling zelf. M.a.w., met latere gebeurtenissen mag de feitenrechter geen rekening houden². Ongetwijfeld een stelling die de rechtszekerheid ten goede komt. Voor degene die met een echtgenoot-borg contracteert, is het zo al moeilijk genoeg om ten tijde van het stellen van de persoonlijke zekerheid uit te maken of deze de belangen van het gezin in gevaar brengt.

In een arrest van 27 november 1987, verder in dit nummer gepubliceerd, worden drie andere aspecten van art. 224, § 1 en sub 4, B.W. door het hoogste hof belicht³.

¹ Zie reeds CASMAN, H. en VAN LOOK, M., *Huwelijksvermogensrecht*, Brussel, Ced-Samsom, 1977, losbl., I/13, 8; DE GAVRE, J. en LAMPE, M.-F., «Le régime primaire ou les droits et devoirs respectifs des époux», in *La réforme des droits et devoirs respectifs des époux et des régimes matrimoniaux*, Brussel, Ed. Jeune Barreau, 1977, (79), nr. 76, p. 187; D.S., noot onder Luik, 22 februari 1984, *Rev. Not. B.*, 1985, 100; GUSTIN, J.-M., noot onder Rb. Brussel, 27 maart 1981, *J.T.*, (710), 711, II; RENCHON, J.-L., *Le droit bancaire et ses implications sur le droit de la famille*, L'incidence des règles de droit familial sur certaines opérations conclues entre les banques et leurs clients, Brussel, Fac. Dr. Fac. Un. Saint-Louis, 1981, 40 p., 21; in dezelfde zin Rb. Gent, 24 juni 1985, *T.G.R.*, 1986, 28.

² Cass., 25 april 1985, *Arr. Cass.*, 1984-85, 1146, *Pas.*, 1985, I, 1052, *J.T.*, 1985, 388, *Rev. Not. B.*, 1986, 245, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1985, nr. 23.296, p. 98 en *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1986, 175, dat niettemin de voorziening in cassatie tegen Luik, 22 februari 1984 (*Jur. Liège*, 1984, 346 en *Rev. Not. B.*, 1985, 98, noot D.S.) verwerpt, omdat het hof van beroep, rekening houdend met de omstandigheden ten tijde van het toestaan van de borgstelling, tot hetzelfde besluit had kunnen komen. Vgl. het arrest a quo in de onderhavige zaak waar de vraag *ter zake* volkomen irrelevant werd bevonden, doch precies omdat het gevaarlijk karakter reeds bij de aanvang vaststond.

³ M.b.t. art. 224, § 1 en sub 4, B.W. raadplege men verder Brussel, 5 mei 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 1210; Brussel, 26 november 1987, *J.L.M.B.*, 1988, 87; Rb. Brussel, 27 maart 1981, *J.T.*, 1981,

2. Een onder het stelsel van de algehele gemeenschap gehuwde persoon had samen met twee anderen een vennootschap (P.V.B.A.) opgericht met het oog op de exploitatie van een restaurant, «om de broodwinning van het gezin te verzekeren». Om de vennootschap aan de daartoe vereiste middelen te helpen, had hij o.a. vier borgstellingen toegestaan. De zaken liepen echter slecht af en van de echtgenoot-borg werd door de financieringsmaatschappij een saldo van 218.222 frank geëist. Daarop vorderde de andere echtgenoot, d.i. de niet-contracterende echtgenoot, de nietigverklaring van de vier borgstellingen, op grond dat ze de belangen van het gezin in gevaar brachten. Het Hof van Beroep te Antwerpen stelde de niet-contracterende echtgenoot in het gelijk en verklaarde de vier borgstellingen nietig. Tegen dit arrest voerde de financieringsmaatschappij, d.i. de derde-medecontractant, drie argumenten aan die als volgt kunnen worden samengevat: 1) de borgstellingen waren verricht om het gezin inkomsten te verschaffen zodat moeilijk aan te nemen valt dat ze de belangen van hetzelfde gezin in gevaar hadden gebracht; 2) de contracterende echtgenoot was bevoegd om voor zijn beroep borgstellingen te verstrekken, welke niet kunnen worden vernietigd, ook al brengen ze de belangen van het gezin in gevaar; 3) het hof van beroep beslist ten onrechte dat de eventuele goede trouw van de financieringsmaatschappij geen belang had en dat laatstgenoemde hoe dan ook niet te goeder trouw was.

3. De drie verweermiddelen zijn evenveel relevante en actuele vragen. Om het antwoord van het Hof van Cassatie en vooral de draagwijdte ervan, te kunnen beoordelen moet de casus in een ruimere context geplaatst worden.

708, noot GUSTIN, J.-M., *Rev. Not. B.*, 1982, 572, noot STERCKX, D. en *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1982, nr. 22793, p. 353, noot A.C.; Rb. Dinant, 17 februari 1983, *Rev. Not. B.*, 1985, 67 en 117; Rb. Gent, 9 mei 1983, *R.W.*, 1983-84, 1293, noot J.P. en *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1984, nr. 23066, p. 257, noot; Rb. Gent, 24 juni 1985, *T.G.R.*, 1986, 28; Beslagr. Brussel, 10 juli 1986, *J.T.*, 1987, 487, *Rev. Not. B.*, 1986, 591 en *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1987, nr. 23523, p. 384, noot; deze uitspraken (voetnoten 2 en 3) zullen hierna zonder vermelding van hun vindplaats geciteerd worden. Hetzelfde geldt m.b.t. de Nederlandse jurisprudentie waarvan de vindplaatsen vermeld worden in voetnoten 65 en 89-90.

In deze bijdrage kon niet meer verwerkt worden: Rb. Namen, 1 april 1988, *J.T.*, 1988, 410; een interessante uitspraak vooral wegens het verband tussen borgstellingen die de belangen van het gezin in gevaar brengen en het probleem van de aansprakelijkheid van de bank inzake kredietverlening (zie infra, nr. 10 in fine).

Eerst en vooral hebben we hier te doen met wat men een «borgstelling onder bezwarende titel» kan noemen, een borgstelling aangegaan met het oog op het verkrijgen van een bepaalde tegenprestatie: i.c. werd de persoonlijke zekerheid toegekend opdat de financieringsmaatschappij aan de vennootschap vier leningen op afbetalingen zou toestaan. Het uiteindelijke doel van zo'n borgstelling is dat de vennootschap winst zal maken die aan de borg-aandeelhouder zal worden uitgekeerd of die het mogelijk zal maken aan de borg-zaakvoerder of -bestuurder een bezoldiging uit te keren⁴. In de onderhavige zaak was dit ongetwijfeld het geval: de echtgenoot-borg was én zaakvoerder én veruit de belangrijkste aandeelhouder. Met de oprichting van de P.V.B.A. (exploitatie van een restaurant) beoogde hij inkomsten te verwerven waarmee hij het gezin zou kunnen bevrijden van de leninglast aangegaan ter financiering van een verbouwing van de gezinswoning.

Om de problematiek waarover het Hof van Cassatie zich moest uitspreken, nog scherper te stellen, nemen we een extreem en bijzonder duidelijk geval, dat in wezen echter niet verschilt van de net geschetste casuspositie: een borgstelling wordt toegestaan door de zaakvoerder-enige aandeelhouder van een eenpersoonsvennootschap, tot zekerheid van de terugbetaling van een schuld aangegaan door «zijn» vennootschap.

4. Sinds de inwerkingtreding van de wet op de eenpersoonsvennootschap heeft een (gehuwde) handelaar de keuze: hij kan «persoonlijk» handel drijven (*eerste hypothese*), of handel drijven «door middel van» een eenpersoonsvennootschap (*tweede hypothese*). In ieder geval zal hij over financiële middelen moeten beschikken, hetzij om zijn bedrijf op te starten⁵, hetzij om het verder uit te bouwen of nog om het faillissement te vermijden.

⁴ M.i. zijn geen persoonlijke zekerheden onder bezwarende titel bv. de borgstellingen verleend ten behoeve van een vennootschap waarin men nagenoeg enkel extra-patrimoniale belangen heeft, zoals een familievennootschap (Rb. Brussel, 27 maart 1981) of een vennootschap waarin een bloed- of aanverwant bestuurder en aandeelhouder is (Beslagr. Brussel, 10 juli 1986; vgl. Rb. Antwerpen, 30 oktober 1985, *R.W.*, 1986-87, 266) en a fortiori een borgstelling zonder tegenprestatie (uit vrijgevigheid — cautionnement d'ami) verleend aan een derde (Rb. Gent, 9 mei 1983).

Voor het «om baat»-karakter is vooral relevant het feit dat de persoonlijke zekerheid is verleend «om den brode» (zie Rb. Dinant, 17 februari 1983: «la s.a. établissements Albert qui les faisait vivre, eux et leur famille»; vgl. Arr. Rechtbank Zwolle, 6 augustus 1986: «die als directeur van ASI voor zijn broodwinning afhankelijk was van het voortbestaan van ASI» en de feitelijke gegevens in HR, 2 juni 1978).

Zoals altijd ligt tussen beide extremen een groot aantal moeilijker te kwalificeren tussencategorieën (bv. Luik, 22 februari 1984: «une participation réduite mais réelle, 10 parts sur 250»).

Ten slotte nog dit: hoewel een persoonlijke zekerheid verleend in het raam van de beroepsuitoefening meestal onder bezwarende titel zal zijn verstrekt en vice versa, is dit niet per se het geval (voor het eerste zie GUSTIN, J.-M., *l.c.*, 711, III in fine; Arr.-Rechtbank Breda, 27 februari 1962; voor het tweede denke men aan de niet-beroepsactieve groot-aandeelhouder).

⁵ Zie bv. het arrest a quo in de onderhavige zaak, waar de leningen waren aangegaan voor de aankoop van roerende goederen bestemd voor de exploitatie van de handelszaak, en Rb. Gent, 24 juni 1985.

In de eerste hypothese is de handeldrijvende echtgenoot hoe dan ook persoonlijk⁶ gehouden de lening of het kaskrediet terug te betalen. In de tweede hypothese zal de kredietverlener bijna steeds eisen dat de echtgenoot-zaakvoerder-enige aandeelhouder zich borg stelt voor de terugbetaling van de schulden aangegaan door de vennootschap. Dit zal a fortiori het geval zijn wanneer de vennootschap niet méér als onderpand kan aanbieden dan de uit te bouwen handelszaak en ook wanneer de vennootschap in slechte papieren zit⁷.

5. Laten we veronderstellen dat de handelszaak een gemeenschappelijk goed is of dat de vennootschap, zoals in casu, met gemeenschappelijke gelden werd opgericht, quod plerumque fit.

In de eerste hypothese zal de schuld gemeenschappelijk zijn, daar ze in het belang van het gemeenschappelijk vermogen wordt aangegaan⁸.

In de tweede hypothese zal de schuld voortspruitend uit de borgstelling eveneens als een gemeenschappelijke schuld aangemerkt worden. De schuld wordt immers uitsluitend aangegaan met het oog op het verkrijgen van inkomsten, die het gemeenschappelijk vermogen ten goede komen, of eventueel met het oog op de waardevermeerdering van de handelszaak of aandelen, wat het gemeenschappelijk vermogen eveneens ten goede komt⁹.

In de rechtspraak wordt bij de tweede hypothese opvallend weinig aandacht besteed aan het huwelijksvermogensstelsel van de echtgenoten en aan het eigen of gemeenschappelijk karakter van de schuld¹⁰. Art. 1407, tweede streepje, B.W., dat als het sleutelartikel van de hele wettelijke regeling kan worden beschouwd, wordt meestal niet eens geciteerd¹¹. Dat is merkwaardig, te meer omdat de

⁶ Hier niet op te vatten in de huwelijksvermogensrechtelijke betekenis van het woord.

⁷ Zie de rechtspraak aangehaald supra, voetnoten 2 en 3. Adde de opmerking van prov.-gen. LANGEMEIJER in zijn conclusie bij HR, 29 maart 1963, *l.c.*, 846.

⁸ Art. 1408, derde streepje, B.W. Zie o.a. CASMAN, H. en VAN LOOK, M., *o.c.*, III/6, 5; RAUCENT, L., *Les régimes matrimoniaux*, Louvain-la-Neuve, Cabay, 1986, nrs. 223, 137 en 124. De inkomsten uit het beroep komen immers het gemeenschappelijk vermogen ten goede (verslag namens de commissie voor de Justitie van de Senaat uitgebracht door HAMBYE, *Gedr. St., Senaat*, B.Z. 1974, nr. 683/2 (hierna aangehaald als *Verslag Hambye*), 40 en 54). Zie ook art. 1414, tweede lid, sub 3, B.W. en de stelling dat art. 1417, eerste lid, B.W. van toepassing is op leningen en kredietopeningen aangegaan in het raam van de beroepsuitoefening (infra, voetnoten 15-16), wat het gemeenschappelijk karakter van de schuld impliceert.

⁹ Zie art. 1408, derde en zevende streepje, B.W. en art. 1407, eerste en tweede streepje, B.W. a contrario.

¹⁰ Zie echter Luik, 22 februari 1984 en volgende voetnoot.

¹¹ Zie bv. Beslagr. Brussel, 10 juli 1986; zie evenwel Rb. Gent, 24 juni 1985. De rechtbank beslist echter ten onrechte dat art. 1407, tweede streepje, B.W. van toepassing is, terwijl ze eerst uitvoerig motiveerde dat de persoonlijke zekerheid nagenoeg uitsluitend de gemeenschap van aanwinsten ten goede kwam en dus in het belang van die gemeenschap was gesteld.

In de rechtsleer is men het niet eens over de interpretatie van art. 1407, tweede streepje, B.W., nl. over de vraag of de persoonlijke zekerheid al dan niet in het uitsluitend belang van het eigen vermogen moet gesteld zijn. Toch kan men stellen dat over het algemeen wordt aanvaard dat een schuld voortspruitende uit een persoon-

aard van de schuld van beslissend belang is voor de toepassing van art. 224, § 1 en sub 4, B.W.¹² en voor de toepasselijke bestuursbevoegdheidsregeling¹³⁻¹⁴.

lijke zekerheid gesteld ten behoeve van de vennootschap waarin de echtgenoot-borg een professioneel en/of patrimoniaal belang heeft, gemeenschappelijk is (DE GAVRE, J., «Le mariage et le divorce: leurs conséquences sur la relation banque-client», in *La banque dans la vie quotidienne*, Ed. Jeune barreau, Brussel, 1986, (119), nr. 30; DELIÈGE, A., «Le régime légal: le passif et les droits des créanciers», in *Sept leçons sur la réforme des régimes matrimoniaux*, Université de Liège, Fac. Dr. (red.), Luik, 1977, (85), nr. 19, p. 94-95; RAUCENT, L., o.c., nrs. 123 en 215 a contrario; VIEUJEAN, E., «Le régime légal. Passif et gestion», in *La réforme des droits et devoirs respectifs des époux et des régimes matrimoniaux*, (239), nr. 22, p. 277); cf. RAUCENT, L. e.a., *Traité pratique des régimes matrimoniaux*, I, uittreksel uit *R.P.D.B.*, Compl. VI, Brussel, Bruylant, 1985 (hierna aangehaald als «*R.P.D.B.*»), nr. 1110. Zoals gezegd is m.b.t. art. 1407, tweede streepje, B.W. m.i. eerder het «om baat»-aspect van belang dan het feit dat de borgsteller beroepsactief is (supra, voetnoot 4).

De passage uit de parlementaire voorbereiding (*Verslag Hambye*, 39) waarin wordt gezegd dat art. 1407, tweede streepje, B.W. van belang kan zijn in het kader van de uitoefening van een nijverheids- of handelsberoep, kan niet bedoelen dat de schuld in dat geval noodzakelijkerwijze eigen is (in die zin terecht DELIÈGE, A., l.c., 95).

¹² RAUCENT, L., «Un époux peut-il se porter caution sans le consentement de son conjoint?», in *Actuele problemen uit het notariële recht*, Opstellen aangeboden aan prof. A. De Boungne, Afd. Burg. Recht, K.U. Leuven (red.), Antwerpen, Kluwer, 1985, (159), 163 en 166; RAUCENT, L., «Chronique de jurisprudence, régimes matrimoniaux (1976-1983). Quelques questions disputées», (hierna aangehaald als «*Chronique de jurisprudence*»), *J.T.*, 1984, (505), nr. 18 in fine. Zie ook Luik, 22 februari 1984 en Rb. Gent, 24 juni 1985.

¹³ Een schuld voortspruitende uit een borgstelling onder bezwarende titel zoals in het onderhavige geval, is een gemeenschappelijke schuld. De contracterende echtgenoot mag zulk een schuld alleen aangaan. Art. 1416 B.W. is van toepassing. Het stellen van een persoonlijke zekerheid, d.i. het aangaan van een verbintenis tegenover een schuldeiser om een schuld aangegaan door een derde te voldoen (zie het amendement van LEROY, *Gedr. St., Senaat*, 1974-75, nr. 693/5, 2) is, net zoals het aangaan van een schuld en derhalve het verbinden van een vermogen (*Verslag Hambye*, 56), een bestuurshandeling (vgl. het arrest a quo in de onderhavige zaak, waar «bestuurshandeling» en «daad van beheer» met elkaar worden verward). Art. 1418 B.W. komt niet ter sprake: het opnemen in dat artikel van persoonlijke zekerheden werd door de senaatscommissie verworpen (*Verslag Hambye*, 50 en 59). Ook art. 1417, eerste lid, B.W. is hier niet op zijn plaats, althans niet nodig opdat de echtgenoot-borg zonder de toestemming van de andere echtgenoot kan optreden (infra, voetnoot 18).

Gaat het echter om een borgstelling bij wijze van vriendendienst, dan is de schuld een eigen schuld (o.a. RAUCENT, L., «Un époux peut-il se porter caution sans le consentement de son conjoint?», l.c., 167). Het aangaan van eigen schulden, of het verbinden van het eigen vermogen, wordt beheerd door art. 1425 B.W., niet door art. 1415 e.v. B.W. Derhalve kan art. 1419 B.W. bij borgstellingen zonder tegenprestatie (bij andere borgstellingen is het niet de vraag) hoegenaamd niet van toepassing verklaard worden. De hele discussie rondom borgstellingen en art. 1419 B.W., op gang gebracht door Rb. Brussel, 27 maart 1981, is een nutteloze en ten onrechte gevoerde discussie. In de onderhavige zaak had de niet-contracterende echtgenoot de vordering tot nietigverklaring onspronkelijk ook op de artt. 1419 en 1422 B.W. gebaseerd.

¹⁴ De derde-medecontractant, die om het rechtsgeldig karakter

6. In de eerste hypothese (persoonlijk handel drijven) zal de contracterende echtgenoot deze gemeenschappelijke schuld alleen kunnen aangaan overeenkomstig art. 1417, eerste lid, B.W. De meerderheid van de auteurs is de mening toegedaan dat het woord «noodzakelijk» niet strikt moet worden geïnterpreteerd¹⁵. Vereist is een verband met de uitoefening van het beroep of dat de oorzaak van de schuld in de beroepsactiviteit is gelegen¹⁶. Dit neemt niet weg dat in de praktijk soms de tussenkomst van de andere echtgenoot wordt gevraagd¹⁷.

In de tweede hypothese is een beroep op art. 1417, eerste lid, B.W. niet eens nodig¹⁸. De echtgenoot die door middel van een eenpersoonsvennootschap handel drijft, kan zich zonder de toestemming van zijn echtgenoot borg stellen en het gemeenschappelijk vermogen op die wijze verbinden. Die toestemming behoeft hij evenmin op grond van art. 224, § 1 en sub 4, B.W. Wellicht is het niet overbodig om dit in herinnering te brengen¹⁹ omdat men er soms vrij dub-

van de overeenkomst en om de omvang van zijn onderpand bezorgd is, moet het eigen of gemeenschappelijk karakter van de borgstelling-schuld terstond kunnen bepalen. Alsdan kan enkel het oogmerk (het verzekeren van de broodwinning) als criterium in aanmerking komen (vgl. DILLEMANS, R., *Huwelijksvermogensrecht*, Antwerpen, Standaard, 1983, 106-107) ongeacht of het gemeenschappelijk vermogen er daadwerkelijk voordeel uit haalt (cf. RAUCENT, L., o.c., nr. 215; *R.P.D.B.*, nr. 1110). Logisch, te meer omdat men zich voor de beoordeling van het gevaarlijk karakter op het tijdstip van het verlenen van de borgstelling moet plaatsen en omdat het «om baat»-karakter daartoe een belangrijk beoordelingselement is.

¹⁵ CASMAN, H. en VAN LOOK, M., o.c., III/10, 13; RENARD, CL., «Le régime légal: la gestion», in *Sept leçons sur la réforme des régimes matrimoniaux*, (63), 72-73; cf. CASMAN, H., «Het wettelijk stelsel — Bestuursbevoegdheden en sanctieregeling», *T.P.R.*, 1978, (399), 408, die evenwel het aangaan van een lening voor beroepsdoeleinden als voorbeeld geeft; TRAEST, G., CASMAN, H. en BOUCKAERT, F., «Het nieuw huwelijksvermogensrecht. De wet van 14 juli 1976», *T.P.R.*, 1976, (775), nr. 112, p. 897-898.

¹⁶ CUVÉLIER, A., «Régimes matrimoniaux — Régime légal — Gestion du patrimoine commun et des patrimoines propres», *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1978, nr. 22249, (209), nr. 9; GUSTIN, J.-M., l.c., 711, III; LEDOUX, J.-L., «Gestion des patrimoines» in *Dix années d'application de la réforme des régimes matrimoniaux*, Brussel, Bruylant, 1987, (181), 183-184; RENCHON, J.-L., l.c., 29; *R.P.D.B.*, nr. 1175; STERCKX, D., l.c., nr. 6 in fine; VIEUJEAN, E., «Le régime légal. Passif et gestion», l.c., nr. 21, p. 277. Zie echter RAUCENT, L., o.c., nr. 124.

Zie de enige en niet bijzonder gemotiveerde uitspraak dienaangaande (Rb. Brussel, 27 maart 1981).

¹⁷ RENCHON, J.-L., l.c., 29, i.v.m. hypothecaire leningen.

¹⁸ Art. 1418 B.W. is immers niet van toepassing (zie supra, voetnoot 13; contra: RAUCENT, L., o.c., nr. 123, doch ten onrechte; cf. DE GAVRE, J., l.c., nr. 31) en het inroepen van art. 1417, eerste streep, B.W. is dus niet nodig opdat de echtgenoot-borg deze rechtshandeling alleen, d.i. zonder de toestemming van andere echtgenoot, kan stellen. Het artikel kan wel dienen om te beletten dat de andere echtgenoot zich in dat bestuur inmengt of om diens inmenging te sanctioneren, maar dat is in de onderhavige gevallen nooit de vraag. Art. 1417, eerste lid, B.W. wordt overigens dikwijls en meestal te onpas opgeworpen; zie bv. Brussel, 26 november 1987.

¹⁹ Zie reeds o.a. DE GAVRE, J. en LAMPE, M.-F., l.c., nr. 75, p. 186; Rb. Gent, 24 juni 1985.

belzinnig over doet²⁰.

7. Uit het voorgaande kan men besluiten dat men met twee analoge feitelijke situaties te maken heeft, nl. het verbinden van het gemeenschappelijk vermogen door het aangaan van een schuld op de rand van de professionele sfeer en dat om den brode²¹. Op het eerste gezicht is de huwelijksvermogensrechtelijke regeling wat het bestuur, de aard van de schuld en het recht van verhaal van de schuldeiser betreft, ook gelijklopend.

II. Het eerste verweermiddel

8. In eerste instantie verweet de financieringsmaatschappij aan het hof van beroep dat het niet of niet voldoende rekening gehouden had met het «om baat»-karakter van de persoonlijke zekerheid. Immers, of een persoonlijke zekerheid de belangen van het gezin in gevaar brengt, moet in concreto beoordeeld worden. Daarbij is het feit dat aan de borgstelling een tegenprestatie is verbonden, een beoordelingselement²². A fortiori moet de rechter er rekening mee houden dat de borgstelling uitsluitend met het oog op het verwerven van inkomsten werd verricht. Het antwoord van het Hof van Cassatie op het eerste argument komt erop neer dat de feitenrechter mocht beslissen dat, niettegenstaande het doel van de borgstelling (het verzekeren van de broodwinning van het gezin), de belangen van het gezin in gevaar werden gebracht. De verplichtingen die op het tijdstip van het aangaan van de borgstellingen bestonden, waren door het hof van beroep immers zo zwaar bevonden en «zonder enige redelijke zekerheid dat die verplichtingen ooit het gezin ten goede zouden komen, dat elke bijkomende verbintenis de gezinsbelangen in gevaar bracht»²³. Voor

zover het hof van beroep daarbij impliciet had vastgesteld dat de schuld buiten verhouding was met de vermogens-toestand van de echtgenoten²⁴, kon het inderdaad, gelet op het uiterst riskante karakter van de hele operatie, tot de toepassing van art. 224, § 1 en sub 4, B.W. besluiten²⁵.

9. Goede bedoelingen volstaan dus niet. De gezinsbeschermende functie van art. 224, § 1 en sub 4, B.W. wordt erdoor versterkt. Toch is het de vraag of deze casuspositie door art. 224, § 1 en sub 4, B.W. werd beoogd.

Allereerst is het m.i. helemaal niet zeker dat art. 224, § 1 en sub 4, B.W. volgens de wetgever ook van toepassing moest zijn op persoonlijke zekerheden onder bezwarende titel zoals in het onderhavige geval. In de parlementaire voorbereiding werd hoegenaamd geen aandacht geschonken aan die categorie persoonlijke zekerheden²⁶. De aandacht ging uit naar de persoonlijke zekerheden aangegaan door een echtgenoot in een ander belang dan dat van het gemeenschappelijk vermogen. Dit geldt ook m.b.t. art. 224, § 1 en sub 4, B.W. De overplaatsing van de regeling naar de artt. 1407 en 224 B.W. moet als één geheel beschouwd worden²⁷. De eerste versie van art. 224, § 1 en sub 4, B.W. luidde overigens als volgt: «de persoonlijke borgtochten en zekerheden door een echtgenoot gesteld in een ander belang dan dat van het gezin»²⁸. Deze versie werd geamendeerd omdat men van oordeel was dat die categorie te ruim was. Van de persoonlijke zekerheden gesteld in een ander belang dan dat van het gezin, moesten enkel nietig kunnen worden verklaard die welke de belangen van het gezin in gevaar brengen²⁹. M.a.w. in de ogen van de wetgever zou art. 224, § 1 en sub 4, B.W. slechts een beperking inhouden van de bestuursbevoegdheid t.a.v. het eigen ver-

²⁰ Zie vooral Rb. Brussel, 27 maart 1981 en de noten van GUSTIN en STERCKX die n.a.v. art. 224 B.W. uitweiden over het begrip «toestemming». Zie ook de dubbelzinnige zinsnede in het arrest a quo in de onderhavige zaak: «nietigverklaring van een borgstelling, zonder de medewerking van de andere echtgenoot ...» Wellicht is de bankpraktijk (infra, nr. 11) niet vreemd aan deze verwarring.

²¹ Men vergelijk de onderhavige zaak met de casuspositie in Rb. Dinant, 18 april 1984, *B.R.H.*, 1985, 544. Een feitelijk gescheiden man was veroordeeld tot betaling van een onderhoudsgeld aan zijn echtgenote en kind: «que légitimement, il chercha à accroître ses revenus et comme il avait été affecté à l'armée à des travaux de carrosserie, il s'orienta vers cette activité professionnelle; que ne disposant pas de capitaux suffisants, il fut contraint de recourir à l'emprunt afin d'exercer cette activité dont la demande resse bénéficia indirectement ... revenus de son entreprise, ceux-ci tombant d'ailleurs légalement dans la communauté». Vgl. ook Kh. Brussel, 5 maart 1985, *T. Not.*, 1985, 99, bevestigd door Brussel, 10 juni 1987, *T. Not.*, 1987, 303, noot BOUCKAERT, F.; Beslagr. Namen, 9 september 1984, *Rev. Rég. Dr.*, 1985, 360; Kh. Bergen, 16 februari 1987, *J.L.M.B.*, 1988, 383.

²² Met nagenoeg dezelfde bewoordingen als die van het arrest a quo in de onderhavige zaak: Rb. Gent, 24 juni 1985; verder: Luik, 22 februari 1984; Rb. Brussel, 27 maart 1981 en Rb. Gent, 9 mei 1983, beide a contrario; CASMAN, H. en VAN LOOK, M., o.c., I/13, 8; DE GAVRE, J. en LAMPE, M.-F., *I.c.*, nr. 75, p. 187 a contrario; RAUCENT, L., «Un époux peut-il se porter caution sans le consentement de son conjoint?», *I.c.*, 164; STERCKX, D., *I.c.*, nr. 3 in fine.

²³ Men vergelijk met Rb. Dinant, 17 februari 1983.

²⁴ Het gevaarlijk karakter hangt immers niet alleen af van de kans op slagen van de hele operatie, maar ook van het maximaal bedrag van de persoonlijke zekerheid en de vermogenstoestand van het gezin (Cass., 25 april 1985; Rb. Gent, 24 juni 1985; voor een systematische toetsing aan beide criteria zie Rb. Dinant, 17 februari 1983; RAUCENT, L., «Un époux peut-il se porter caution sans le consentement de son conjoint?», *I.c.*, 164).

²⁵ Het feit dat de echtgenoot-borg eerder schulden had aangegaan of andere persoonlijke zekerheden had gesteld, kan doorwegen (Rb. Brussel, 27 maart 1981; Rb. Dinant, 17 februari 1983). In casu waren de onroerende goederen van het gezin, inclusief de gezinswoning, bezwaard met hypotheek, o.a. tot zekerheid van schulden die, naast de vier leningen op afbetaling, door de vennootschap waren aangegaan. Verder hadden de echtgenoten zelf leningen aangegaan (verbouwing, auto).

²⁶ Afgezien van de zinsnede «dat die bepaling (art. 1407, tweede streepje, B.W.) van belang kan zijn in het kader van de uitoefening van een nijverheids- of handelsberoep» (*Verslag Hambye*, 39) (supra, voetnoot 11). Zoals in de tekst: JACOBS, R., «De persoonlijke zekerheid in de wet van 14 juli 1976: theorie en praktijk», *Bank Fin.*, 1977, (109), 115. Ook het voorstel en de opmerkingen van mevrouw STAELS-DOMPAS (*Verslag Hambye*, 59; *Hand.*, *Senaat*, 1975-76, 28 april 1976, 1954) hadden wellicht ook betrekking op borgstellingen uit vrijgevigheid («die zich borg stelt voor vreemde mensen»).

²⁷ Zie *Verslag Hambye*, 61.

²⁸ *Verslag Hambye*, 19 (eigen cursivering).

²⁹ Zie de verantwoording bij het amendement van LEROY, *Gedr. St.*, *Senaat*, 1974-75, nr. 683/5, 2, en zijn gelijkkluidende uitenzetting in plenaire vergadering (*Hand.*, *Kamer*, 1975-76, 28 april 1976, 1953).

mogen³⁰, op dezelfde wijze als art. 224, § 1 en sub 3, B.W.³¹.

10. De wettekst maakt echter geen onderscheid en men zou kunnen stellen dat aan het argument uit de parlementaire voorbereiding geen beslissende waarde moet worden toegekend.

Daarnaast is er nochtans een andere vraag. Is art. 224, § 1 en sub 4, B.W. niet bedoeld om te vermijden dat het gezin beroofd zou worden van de middelen (lees: inkomsten) zonder welke geen gezinsleven mogelijk is³²? Is het dan niet tegenstrijdig om art. 224, § 1 en sub 4, B.W. toch toe te passen wanneer de borgstelling juist werd aangegaan om inkomsten te verkrijgen?

M.i. is er niet noodzakelijkerwijze een tegenstrijdigheid. Het feit dat de borgstelling wordt verleend met het oog op het verkrijgen van inkomsten, hoeft niet steeds op te wegen tegen het riskante karakter van de operatie. Om echter te vermijden dat er om de haverklap een beroep wordt gedaan op art. 224, § 1 en sub 4, B.W., wanneer achteraf blijkt dat de goede bedoelingen niet verwezenlijkt konden worden³³ — hoewel het gezin ondertussen misschien mee de inkomsten uit de handelsactiviteit genoten heeft —, zal de feitenrechter wel terdege moeten vaststellen dat de kans op slagen nagenoeg niet bestaande was. Maar is het verlenen van het krediet aan de vennootschap niet per se een bewijs dat de onderneming niet tot mislukken gedoemd was³⁴, dat er toch «enige redelijke zekerheid» was m.b.t. het slagen van de onderneming? Men moet er zich voor hoeden te gemakkelijk a posteriori, wanneer de mislukking een feit is, tot het besluit te komen dat de borgstelling ten tijde van het verlenen ervan gevaarlijk was³⁵. De vraag is trouwens ook of de kredietverlener in zulke omstandigheden niet zal weigeren het krediet te verlenen: zo al niet uit vrees dat het krediet door de schuldenaar niet wordt terugbetaald (hij heeft voldoende voorrechten of zekerheden), dan toch met het oog op het vermijden van een vordering ingesteld op grond van art. 1382 B.W.³⁶.

³⁰ Een ander argument in dat verband is de ruime interpretatie van het begrip «gezin» in art. 224, § 1 en sub 3 en 4, B.W. (*Verslag Hambye*, 19) en de suggestie om in die bepalingen een bescherming van erfrechtelijke aard te onderkennen (RENCHON, J.-L., *l.c.*, 20-21), overigens ten onrechte.

³¹ In die zin RENCHON, J.-L., *l.c.*, 18. Zie bv. ook DILLEMANS, R., *o.c.*, nr. 17, p. 63.

³² Dit was ook de reden waarom een schending van eigen goederen nietig moest kunnen worden verklaard (zie de amendementen van de regering (hierna aangehaald als *Ontwerp-Wigny*), *Gedr. St.*, *Senaat*, 1965-66, nr. 281, 41).

³³ Zie de waarschuwing van RAUCENT, L., «Chronique de jurisprudence», *l.c.*, nr. 19.

³⁴ Luik, 22 februari 1984; GUSTIN, J.-M., *l.c.*, 711, II.

³⁵ Men houdt dikwijls rekening met het faillissement dat kort daarop volgt (zie bv. Rb. Dinant, 17 februari 1983; Rb. Gent, 9 mei 1983; anders en terecht: Luik, 22 februari 1984).

³⁶ Is het niet onzorgvuldig bij ontstentenis van enige redelijke kans op slagen toch krediet te verlenen? (vgl. Rb. Dinant, 17 februari 1983: «le maintien en une survie purement artificielle (la suite des événements l'a démontré) de la société familiale»). Over het probleem van de aansprakelijkheid van de bankier bij het verlenen van krediet, zie o.a. CORNELIS, L., «De aansprakelijkheid van de bankier bij kredietverlening», *T.P.R.*, 1986, (347), i.h.b. nr. 16 in fine, nrs. 18-22; opvallend is de analogie tussen de zorgvuldigheid die de bankier daarbij aan de dag moet leggen en de

11. Als besluit m.b.t. het eerste punt kan gesteld worden dat het Hof van Cassatie impliciet bevestigt heeft dat persoonlijke zekerheden onder bezwarende titel op grond van art. 224, § 1 en sub 4, B.W. kunnen worden vernietigd. Wil men de extra-bescherming die het gezin daardoor geniet, niet verloren laten gaan, dan zullen de feitenrechters omzichtig moeten omspringen met die wetsbepaling. Strengere rechtspraak, d.w.z. al te snel besluiten tot toepassing van art. 224, § 1 en sub 4, B.W., leidt tot bevestiging van de bankpraktijk. Die bestaat er niet alleen in dat bij kredietverlening aan een (eenpersoons)vennootschap bijna steeds van de zaakvoerder — (enige) aandeelhouder borgstellingen of andere zekerheden worden geëist, maar ook dat minstens van de niet-contracterende echtgenoot wordt verkregen dat hij afziet van de vordering ex art. 224, § 1 en sub 4, B.W.³⁷ Meestal zal de niet-contracterende echtgenoot afzien, waardoor de bescherming verloren gaat. Weigert de niet-contracterende echtgenoot, dan is de kans groot dat de kredietverlening niet doorgaat. Dit komt neer op een aantasting van de, door de wetgever uitdrukkelijk gewilde, autonomie van de beroepsactieve echtgenoot. Een zaak in de vorm van een eenpersoonsvennootschap opstarten, uitbouwen of redden, is niet mogelijk zonder de inmenging van de niet-beroepsactieve echtgenoot. De beroepsactieve echtgenoot heeft dan immers geen verhaal³⁸. Hij kan de kredietverlener niet dwingen toch tot kredietverlening over te gaan, ook niet wanneer de borgstelling klaarblijkelijk zonder gevaar is. Evenmin kan hij door de rechter laten vaststellen dat de belangen van het gezin niet in gevaar gebracht worden, teneinde de kredietverlener ertoe over te halen de zaak toch te laten doorgaan.

III. Het tweede verweermiddel

12. Het tweede geschilpunt dat aan het Hof van Cassatie werd voorgelegd, komt eigenlijk neer op de vraag of de

zorgvuldigheid die vereist wordt voor de goede trouw in het raam van art. 224, § 1 en sub 4, B.W., en tussen de aard van de rechterlijke controle in beide gevallen.

³⁷ DE GAVRE, J., *l.c.*, 176; RENCHON, J.-L., *l.c.*, 23; *R.P.D.B.*, nr. 817; deze praktijk is ook merkbaar in de geanalyseerde rechtspraak.

³⁸ In Nederland (art. 1:88, lid 1, c, Ned.B.W.) is voor het stellen van persoonlijke zekerheden de toestemming van de andere echtgenoot vereist, ook t.a.v. persoonlijke zekerheden ten behoeve van de vennootschap waarvan de contracterende echtgenoot zaakvoerder-enige aandeelhouder is (infra, nr. 27). Maar tegen weigering van de andere echtgenoot staat dan wel verhaal open bij de rechtbank. Hoewel art. 1:88, lid 2, Ned. B.W. voor de machtiging geen criteria opgeeft, nemen PITLO-VAN DER BURGH (Het personen- en familierecht, Arnhem, Gouda Quint, 1985, 156) dat de rechter het belang van de echtgenoten tot richtsnoer moet nemen: «Het is onduidelijk, dat handelingen die nuttig zijn, maar waarvoor de toestemming van de ander vereist is, lam gelegd zouden worden doordat deze andere, misschien enkel uit dwarsdrijfverij, er zijn toestemming aan zou onthouden.»

Vergelijk met het gebrek aan verhaal tegen de bankpraktijk om (ook bij feitelijke scheiding) de handtekening van beide ouders te eisen om boven een bepaald bedrag gelden van de bankrekening van de minderjarige af te halen en de terecht opmerkingen van RENCHON, J.-L., «Het bestuur van het vermogen van het kind», in *Het juridisch statuut van het kind*, K.F.B.N. (red.), Notariële Dagen Bergen, 1979, Brussel, Credoc, 1979, (I-1), nr. 22 in fine.

toepassing van art. 224, § 1 en sub 4, B.W. door art. 1417, eerste lid, B.W. buiten spel gezet wordt. Het Hof van Cassatie antwoordt dat art. 224, § 1 en sub 4, B.W. geen onderscheid maakt tussen borgstellingen in verband met een beroepsactiviteit en andere. Het is duidelijk dat het antwoord enkel in de draagwijdte van art. 224, § 1 en sub 4, B.W. moet worden gezocht en dat art. 1417, eerste lid, B.W. hier niet ter zake is. Of zou een regel van het wettelijk stelsel voorrang moeten krijgen op een regel van het primair stelsel? Of zou, hoewel de autonomie daar het grootst is, bij scheiding van goederen wel nietigverklaring kunnen volgen, omdat in de uitsluitende bestuursbevoegdheid in het raam van de beroepsactiviteit daar niet uitdrukkelijk voorzien is³⁸⁻³⁹? Het zou maar al te absurd zijn.

Nogmaals, een beroep op art. 1417, eerste lid, B.W. is overbodig. Een echtgenoot is steeds principieel bevoegd om zonder de toestemming van de andere echtgenoot een borgstelling aan te gaan. De persoonlijke zekerheid mag echter nooit de belangen van het gezin in gevaar brengen. Exclussieve bestuursbevoegdheid betekent vervolgens dat alleen de betrokken echtgenoot een vermogen mag verbinden of erover mag beschikken. Het betekent niet dat aan de dwingende gezinsbeschermende bepalingen afbreuk kan worden gedaan⁴⁰.

13. Is het wel juist en/of wenselijk dat art. 224, § 1 en sub 4, B.W. op persoonlijke zekerheden onder bezwarende titel in de professionele sfeer van toepassing verklaard wordt? Het antwoord is hetzelfde als in het eerste punt (supra, nrs. 10 en 11)⁴¹.

IV. Het derde verweermiddel

14. Het derde en laatste argument van de financieringsmaatschappij houdt verband met de aard van de nietigheid van art. 224, § 1 en sub 4, B.W. Het Hof had volgens de eiser tot cassatie ten onrechte beslist 1) dat het niet hoefde in te gaan op «de twistvraag, of de sanctie van artikel 224 van het Burgerlijk Wetboek verplicht of facultatief is, daar het in elk geval van oordeel is dat in deze zaak redenen te

over zijn om de nietigheid van de borgstelling te verklaren; 2) dat de eventuele goede trouw van de kredietverlener geen belang heeft en 3) dat de kredietverlener wist of moest weten dat, sedert de inwerkingtreding van de wet van 14 juli 1976, de nietigverklaring van een borgstelling, zonder de medewerking van de andere echtgenoot, minstens mogelijk zoniet verplicht was.

Over de aard van de sanctie van art. 224, § 1 en sub 4, B.W. (facultatieve of van rechtswege nietigheid) is men het inderdaad niet eens. Anders dan art. 1422 B.W. maakt art. 224 B.W. geen uitdrukkelijk voorbehoud voor de rechten van de te goeder trouw zijnde derden⁴². En uit de parlementaire voorbereiding, waar dit aspect van de sanctie niet ter sprake kwam, kan men geen beslissende argumenten putten.

15. Volgens sommigen, verwijzend naar de woorden «kunnen nietig verklaard worden»⁴³, is het een facultatieve nietigheid⁴⁴. Ook al zijn de constitutieve voorwaarden van de wetsbepaling vervuld, dan nog heeft de rechter een beoordelingsbevoegdheid. Hij kan de nietigverklaring weigeren, gelet op de goede trouw van de derde-medecontractant⁴⁵. Hij is daartoe bevoegd, echter niet verplicht. De goede trouw van de derde-medecontractant brengt dus niet per se de onmogelijkheid mee om de nietigverklaring uit te spreken⁴⁶.

Volgens anderen is, niettegenstaande het woord «kunnen», de nietigheid niet facultatief en moet de rechter de nietigverklaring uitspreken. Hij heeft geen beoordelingsvermogen⁴⁷. Volgens deze stelling is de goede of kwade trouw

⁴² VIEUJEAN, E., «Examen de jurisprudence (1976 à 1983). Personnes (suite)», *R.C.J.B.*, 1986, (527), nr. 105, p. 618.

⁴³ PAUWELS, J.M., *Rechten en plichten van gehuwden*, Leuven, Acco, 1980, 190-191.

⁴⁴ *Ibid.*; CASMAN, H. en VAN LOOK, M., o.c., I/13, 6; TRAEST, G., CASMAN, H. en BOUCKAERT, F., *I.c.*, nrs. 50 en 51; GUSTIN, J.-M., *I.c.*, 712, V.

⁴⁵ Hij kan in dit stadium a.h.w. aan een «zuivere» belangenafweging doen. D.w.z. dat hij het geschil kan oplossen door de belangen van partijen tegen elkaar af te wegen en door het te beslechten in het voordeel van het belang dat volgens hem i.c. het meest bescherming verdient. Dit alles naar analogie met art. 1422 B.W. Zie *Verslag Hambye*, 63-65: uit de «parlementaire voorbereiding» blijkt duidelijk dat de rechter een ruime bevoegdheid krijgt om aan belangenafweging te doen.

⁴⁶ Zie de rechtsleer aangehaald in de vorige twee voetnoten. Vgl. art. 1422 B.W. en het verslag uitgebracht door BAERT namens de commissie voor de Justitie van de Kamer, *Gedr. St., Kamer*, 1975-76, nr. 869/3 (hierna aangehaald als *Verslag Baert*), 15-16, en i.h.b. de reactie op de uitleg die de verslaggever van de senaatscommissie in plenaire vergadering had gegeven en waaruit men (ten onrechte) «zou kunnen afleiden dat de goede trouw van de derden die nietigverklaring zou tegenhouden». Zie ook *Verslag Hambye*, 63. De subcommissie had aanvankelijk voorgesteld dat de nietigverklaring niet uitgesproken zou worden indien de goede trouw van de derde-medecontractant bewezen was (verslag namens de subcommissie voor de Justitie van de Senaat uitgebracht door BAERT, CALEWAERT, HAMBYE en VAN LAEYS, *Gedr. St., B.Z.*, 1974, nr. 683/2 (hierna aangehaald als *Verslag Subcommissie*), 185).

⁴⁷ BAETEMAN, G., «Het primair huwelijksstelsel», *T.P.R.*, 1978, (151), nr. 158, p. 293; DE GAVRE, J. en LAMPE, M.-F., *I.c.*, nr. 77, p. 190, en nr. 78, p. 193; VIEUJEAN, E., «Principes généraux des rapports patrimoniaux entre époux», *I.c.*, 30.

³⁹ Voor een toepassing van art. 224, § 1 en sub 4, B.W. bij scheiding van goederen, zie Luik, 22 februari 1984. Zie ook CASMAN, H. en VAN LOOK, M., o.c., III/11, 2 en V/2, 6.

⁴⁰ In de rechtsleer werd overigens steeds verkondigd dat art. 1417, eerste lid, B.W. de toepassing van art. 224, § 1 en sub 4, B.W. niet belet (RAUCENT, L., *Les régimes matrimoniaux*, Brussel, Bruylant, 1978 (hierna aangehaald als «*Précis*»), nr. 91) en dat er geen onderscheid wordt gemaakt naargelang de borgstelling al dan niet in het raam van de beroepsuitoefening wordt toegestaan (zie vooral DE GAVRE, J. en LAMPE, M.-F., *I.c.*, nr. 75, p. 186: «Eu égard encore à la généralité des termes de l'article 224 ...», en VIEUJEAN, E., «Principes généraux des rapports patrimoniaux entre époux», in *Sept leçons sur la réforme des régimes matrimoniaux*, (15), 30, beiden met uitdrukkelijke verwijzing naar de onderhavige casuspositie).

⁴¹ Men kan bovendien nog tegen de toepassing aanvoeren dat de zaakvoerder-enige aandeelhouder van een eenpersoonsvennootschap, gelet op de bankpraktijk, een «de facto» gedwongen borg is, best te vergelijken met een «de iure» gedwongen borg (art. 17 Vennootschappenwet). Welnu, laatstgenoemde ontsnapt aan de toepassing van art. 224, § 1 en sub 4, B.W. (vgl. RAUCENT, L., *Précis*, nr. 91; VIEUJEAN, E., «Principes généraux des rapports patrimoniaux entre époux», *I.c.*, 30; KLAASSEN-EGGENS-LUYTEN, *Huwelijksvermogensrecht*, Zwolle, Tj. Willink, 1984, 44).

van de derde-medecontractant van geen enkel belang.

Anderen nog menen dat de borgstelling nietig moet worden verklaard, zo ze de belangen van het gezin in gevaar brengt en zo de schuldeiser niet te goeder trouw is. Alleen omtrent deze laatste twee elementen heeft de rechter een appreciatierecht⁴⁸. Een andere stelling is ten slotte dat de nietigheid enkel wordt uitgesproken wanneer de kwade trouw van de derde-medecontractant bewezen is, quod plerumque fit⁴⁹.

16. Welnu, het Hof van Cassatie heeft zich in het arrest van 27 november 1987 over de problematiek uitgesproken als volgt: «dat de goede trouw van de schuldeiser-medecontractant aan de in artikel 224, § 1 en sub 4, van het Burgerlijk Wetboek bepaalde nietigverklaring van persoonlijke zekerheden, door een echtgenoot gesteld, die de belangen van het gezin in gevaar brengen, niet in de weg staat».

Betekent deze uitspraak dat de goede trouw van de derde-medecontractant niet ipso facto de nietigverklaring van de borgstelling belet, d.w.z. dat de rechter een appreciatierecht behoudt en eventueel toch de nietigverklaring kan uitspreken (eerste interpretatie), ofwel dat de goede trouw van de derde-medecontractant hoe dan ook de nietigverklaring van de borgstelling niet belet, d.w.z. dat de rechter er geen rekening mee moet houden omdat het geen enkele rol speelt (tweede interpretatie)?

De woorden «niet in de weg staan» bieden geen uitsluitel. Ze werden immers zowel door de voor⁵⁰ als door de tegenstanders⁵¹ van de facultatieve nietigheid gebruikt.

17. Verdedigbaar is de stelling dat de eerste interpretatie de werkelijke bedoeling van het Hof van Cassatie weergeeft.

Een argument kan uit de laatste overweging van het cassatiearrest geput worden. Indien de tweede interpretatie de juiste is, dan zou de beslissing van het hof van beroep kritiek uitgelokt hebben. Immers, hoewel het hof van beroep eerst uitdrukkelijk verklaarde niet te hoeven ingaan op de twistvraag of de sanctie van art. 224 B.W. verplicht of facultatief is, stelde het nadien op impliciete doch onmiskenbare wijze vast dat, ook al was de derde-medecontractant te goeder trouw geweest⁵², quod non, de belangen van het

gezin dermate in het gedrang waren gebracht dat de borgstellingen hoe dan ook nietig moesten worden verklaard. M.a.w., het hof van beroep ging over tot een zuivere belangenafweging, wat ondenkbaar is bij een nietigheid van rechtswege. Bij nietigheid van rechtswege speelt niet alleen de goede trouw van de derde-medecontractant geen enkele rol, maar moet de beschermde particulier enkel aantonen dat de constitutieve voorwaarden voor het uitspreken van de nietigverklaring vervuld zijn. Van de beschermde particulier kan in dat geval geenszins vereist worden en voor de rechterlijke beslissing is het van geen belang dat wordt aangetoond «dat er redenen te over zijn om de nietigheid van de borgstelling te verklaren».

Het Hof van Cassatie heeft echter gemeend dat genoemde beslissing van het hof van beroep geen schending van art. 224, § 1 en sub 4, B.W. inhield. M.i. heeft het Hof van Cassatie derhalve niet tegengesproken dat er in bepaalde omstandigheden wel met de goede trouw van de derde-medecontractant rekening mag worden gehouden, en dat zijn belangen misschien zelfs zullen doorwegen indien «er in de zaak geen redenen te over zijn om de nietigheid van de borgstelling uit te spreken». Is dat geen impliciete erkenning dat de nietigheid facultatief is?

Een ander argument voor de eerste interpretatie is de wijze waarop het derde onderdeel van het middel is geformuleerd: «immers in geval van goede trouw van eiseres, die tegenover verweerster een derde-contractant is, er geen grond was tot vernietiging van de borgstellingen, zodat de goede trouw van eiseres wel belang heeft». Door te antwoorden dat de goede trouw de nietigverklaring niet in de weg staat, stelt het Hof van Cassatie dat er — ook in geval van goede trouw — grond kan zijn om de borgstellingen nietig te verklaren.

Deze interpretatie van het arrest zou m.i. geen ommekeer in de rechtspraak betekenen⁵³.

V. Argumenten voor het facultatief karakter van de nietigheid van art. 224, § 1 en sub 4, B.W.

18. Opvallend bij de twistvraag over de aard van de sanctie van art. 224, § 1 en sub 4, B.W. is het feit dat er van weerskanten nauwelijks enige inhoudelijke argumenten naar voren worden gebracht. Hierna zal dan ook gepoogd worden aan te tonen waarom de nietigheid van rechtswege als sanctie zich niet zonder meer opdringt.

Op het eerste gezicht zou dat wel het geval kunnen zijn, gelet op het zeer beschermenswaardig karakter van het betrokkene particulier belang, nl. het gezinsbelang. Beoogd wordt namelijk te vermijden dat een echtgenoot door zijn onbezonnen- of onervarenheid de belangen van het gezin in

belang had en onmiddellijk daarop niettemin vaststelde dat de kredietverlener niet te goeder trouw was.

⁵³ Uit de rechtspraak blijkt m.i. dat men in werkelijkheid met de goede of kwade trouw van de derde-medecontractant rekening houdt. Zie Rb. Gent, 24 juni 1985; Rb. Gent, 9 mei 1983: na eerst te hebben vastgesteld dat de belangen van het gezin ernstig in het gedrang waren gebracht (doch zonder veel overtuiging, noch vermelding van het verschuldigd saldo), stelde de rechtbank vast dat de oplossing niet onbillijk was gelet op de kwade trouw van de derde-medecontractant; zie ook Luik, 22 februari 1984, waarin in wezen een zuivere belangenafweging wordt doorgevoerd.

⁴⁸ BAETEMAN, G., GERLO, J. en ENGELS, C., «Overzicht van rechtspraak (1976-1981). Huwelijksvermogensrecht», *T.P.R.*, 1982, (977), nr. 70, p. 1034; vgl. Rb. Gent, 24 juni 1985: «De rechtbank behoudt haar appreciatierecht indien de kwade trouw van de medecontractant niet is bewezen, afgezien het bestaan van belangenschade in hoofde van het gezin.»

⁴⁹ RAUCENT, L., *Précis*, nr. 94, met verwijzing naar art. 1422 B.W. (zie evenwel RAUCENT, L., «Un époux peut-il se porter caution sans le consentement de son conjoint?», *I.c.*, 165, waar eerder de stelling van DE GAVRE en LAMPE wordt gevolgd — *de lege ferenda* wordt een regeling naar analogie met art. 484, tweede lid, B.W. voorgesteld, *ibid.*, 169). Vgl. het Nederlandse systeem (art. 1:89, lid 1, Ned. B.W.) waar de persoonlijke zekerheid niet vernietigd kan worden wanneer de wederpartij te goeder trouw was en de rechtshandeling niet een gift was.

⁵⁰ PAUWELS, J.M., *o.c.*, nr. 226, p. 192.

⁵¹ DE GAVRE, J. en LAMPE, M.-F., *I.c.*, nr. 78, p. 193. Vgl. HR, 15 december 1978, *NJ*, 1979, nr. 427, p. 1332: «de vraag aan de orde gesteld of de goede trouw van de wederpartij ... in de weg staat aan de door X ingeroepen nietigheid...».

⁵² Het hof van beroep was ook inconsequent waar het eerst verklaarde dat de goede trouw van de financieringsmaatschappij geen

gevaar brengt, door de materiële voorwaarden voor een effectieve gezinsbeleving in het gedrang te brengen⁵⁴. Voorrang moet dus gegeven worden aan het belang van het gezin, ook wanneer de derde-medcontractant geen enkel verwijt treft.

Bij nader toezien kan men toch een andere mening toegedaan zijn. Het beginsel dat het gezinsbelang steeds de voorrang moet hebben boven de andere belangen, werd door de wetgever zelf tegengesproken. Aldus is er afweging mogelijk tussen de belangen van het gezin en de persoonlijke belangen van de contracterende echtgenoot (art. 215, § 1, derde lid, B.W.). Het gezinsbelang moest soms onderdoen voor de autonomie van de beroepsactieve echtgenoot (art. 215, § 2 in fine, B.W.). Ten slotte wordt het gezin slechts tegen bepaalde gevaarlijke rechtshandelingen beschermd, niet tegen alle. Het is genoegzaam bekend dat de gezinswoning in de regel vatbaar is voor beslag. Het is eveneens duidelijk dat een echtgenoot ook door het aangaan van schulden (leningen en kredietopeningen) of door het stellen van zakelijke zekerheden op eigen onroerende goederen, de belangen van het gezin in gevaar kan brengen⁵⁵.

19. Daarop zou men kunnen aanvoeren dat de nietigheid van rechtswege niettemin de aangewezen sanctie is, daar de derde-medcontractant, door een fictie van de wetgever, geacht wordt steeds te kwader trouw te zijn⁵⁶. M.a.w., art. 224 B.W. zou een vermoeden *iuris et de iure* inhouden dat de derde-medcontractant te kwader trouw is. Onlogisch is het niet: art. 1422 B.W., dat minder beschermenswaardige belangen beschermt, bevat «slechts» een vermoeden *iuris tantum*.

Twijfelachtig is niet alleen of de wetgever daaraan heeft gedacht, doch eveneens of die fictie in de praktijk opgaat. Terecht zegt het hof van beroep in het arrest a quo dat onder «goede trouw» moet worden verstaan het feit dat de financieringsmaatschappij «wist of moest weten»⁵⁷. Het is namelijk niet voldoende dat de derde-medcontractant in

concreto niet wist. Hij moet het bewijs leveren «dat hij, ondanks de redelijke voorzorgsmaatregelen die hij genomen heeft, gehandeld heeft zonder te weten dat ...»⁵⁸.

Wat het voorwerp van die verplichte kennis betreft, vermeldt het hof van beroep in het arrest a quo enkel dat de financieringsmaatschappij «wel wist of moest weten dat, sedert de inwerkingtreding van de wet van 14 juli 1976, de nietigverklaring van een borgstelling, zonder de medewerking van de andere echtgenoot, minstens mogelijk zoniet verplicht was»⁵⁹. Dat is niet alleen dubbelzinnig⁶⁰, maar ook onvolledig. Theoretisch kan de goede trouw immers slaan op het bestaan van de toepasselijke rechtsregel (art. 224, § 1 en sub 4, B.W.), maar daarnaast ook op alle feitelijke gegevens waarvan de toepassing van de rechtsregel afhangt. Zo bv. het feit dat de contracterende echtgenoot gehuwd is⁶¹, de vraag of de rechtshandeling wel als een persoonlijke zekerheid in de zin van de wet moet worden beschouwd⁶² en niet in het minst het feit dat de borgstelling de belangen van het gezin al dan niet in gevaar brengt⁶³. Bij onderzoek van de rechtspraak en de rechtsleer blijkt dat met het laatste feitelijk gegeven als mogelijk voorwerp van de goede trouw weinig rekening wordt gehouden⁶⁴⁻⁶⁵.

⁵⁸ *Verslag Hambye*, 63, m.b.t. art. 1422 B.W.

⁵⁹ In dezelfde zin Rb. Gent, 9 mei 1983, supra, voetnoot 57; ook Brussel, 5 mei 1987; RAUCENT, L., supra, voetnoot 56.

⁶⁰ «Medewerking» (beter «toestemming») van de niet-contracterende echtgenoot is niet vereist. Zie supra, nr. 6, in fine.

⁶¹ Rb. Gent, 9 mei 1983, supra, voetnoot 57; Brussel, 5 mei 1987.

⁶² Zie Brussel, 26 november 1987; zie ook het geval aangehaald door JACOBS, R., *l.c.*, 109 e.v.; Hof Arnhem, 29 februari 1984, *NJ*, 1985, nr. 199, p. 745.

⁶³ DE GAVRE, J. en LAMPE, M.-F., *l.c.*, nr. 78, p. 193, hierin gevolgd door RAUCENT, L., «Un époux peut-il se porter caution sans le consentement de son conjoint?», *l.c.*, 166; volgens deze auteurs heeft die goede trouw echter geen invloed op de aard van de nietigheid; Rb. Dinant, 17 februari 1983 (impliciet).

⁶⁴ Zie de conclusie van J.P. onder Rb. Gent, 9 mei 1983; vgl. dezelfde ingesteldheid m.b.t. het voorwerp van de goede trouw t.a.v. art. 1422 B.W.: zo was het in Rb. Brussel, 27 maart 1981 niet het punt dat de kredietverlener moest weten dat de tussenkomst van de niet-contracterende echtgenoot verplicht was. Het was alleen de vraag of hij behoorde te weten dat de persoonlijke zekerheid i.c., volgens de heersende leer (vgl. HR, 15 december 1978, *NJ*, 1979, nr. 427, p. 1332), onder de toepassing van art. 1419 B.W. viel en dus de toestemming van de andere echtgenoot moest krijgen. Aan die vraag komen de annotatoren niet toe (zie ook RAUCENT, L., «Chronique de jurisprudence», *l.c.*, nrs. 18 en 20: «En effet, une fois admis que le cautionnement est une libéralité (eigen cursivering), il est soumis à la règle visée à cet article 1419 qui exige, en toute hypothèse, le double consentement»; m.i. mocht de derde-medcontractant erop vertrouwen dat het geen schenking was, en in elk geval dat art. 1419 B.W. niet van toepassing was (supra, voetnoot 13). Zie in dat verband ook Rb. Gent, 30 oktober 1985, *R.W.*, 1986-87, 266.

⁶⁵ In Nederland, waar de toestemming van de andere echtgenoot voor de geldigheid van de persoonlijke zekerheid principieel vereist is, kan de goede trouw slaan op het feit dat de toestemming niet nodig was, hetzij omdat het geen rechtshandeling was als bedoeld in de wetsbepaling (Hof Arnhem, 29 februari 1984, *NJ*, 1975, nr. 199, p. 745 a contrario), hetzij omdat de exceptie kon worden ingeroepen (persoonlijke zekerheid in de uitoefening van een beroep of bedrijf) (HR, 22 juni 1962; Arr.-Rechtbank Breda, 11 september 1984). Daarnaast kan de goede trouw slaan op het feit

⁵⁴ *Ontwerp Wigny*, 29.

⁵⁵ Zie infra, voetnoten 104 en 105.

⁵⁶ Vgl. RAUCENT, L., *Précis*, nr. 94: «Le tiers sera rarement de bonne foi. Il devait connaître la règle visée aux articles 215 et 224.»

⁵⁷ In dezelfde zin Rb. Dinant, 17 februari 1983, impliciet; Rb. Gent, 9 mei 1983: «Men dient immers geredelijk te veronderstellen dat de schuldeiser wist, minstens kon weten, dat de borgstelling door een gehuwd persoon was verleend en dat dus steeds de mogelijkheid bestond dat bij het alleen optreden van de borgsteller, diens medeëchtgenoot de nietigverklaring zou kunnen vorderen.» Zie ook Kh. Dinant, 18 april 1984, *B.R.H.*, 1985, 544 i.v.m. art. 1422, eerste lid, 3°, B.W.; vgl. Brussel, 5 mei 1987, i.v.m. wetsontduiking.

Deze opvatting is de regel in Nederland; zie VAN ZEBEN, C.J., *Parlementaire geschiedenis van het Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Invoeringswet boek 1, Personen- en familierecht, Deventer, Kluwer, 1969, 1177: «Goede trouw in de zin der wet — zowel naar geldend recht als in het nieuwe wetboek — ontbreekt ook als hij, van die bevoegdheid onkundig zijnde, haar had behoren te kennen door een naar de bevoegdheid van A ingesteld onderzoek of, zo dit niet uitvoerbaar was, met de mogelijkheid van A's onbevoegdheid had rekening behoren te houden.»

Ook t.a.v. art. 1422 B.W. is de goede trouw in die zin bedoeld; zie *Verslag Hambye*, 63.

«Goede trouw» krijgt in sommige uitspraken (ten onrechte) een andere betekenis; zie Rb. Gent, 24 juni 1985 in fine.

Terwijl aannemelijk is dat de goede trouw van de derde-mededecontractant m.b.t. het *bestaan* van art. 224, § 1 en sub 4, B.W. slechts in uitzonderlijke gevallen⁶⁶ zal kunnen worden aanvaard, a fortiori wanneer de kredietverlener doorgaat als «un professionnel en matière de crédit et de cautionnement»⁶⁷, is het helemaal anders gesteld m.b.t. de *toepassing* van artikel 224, § 1 en sub 4, B.W. Het is best mogelijk dat de kredietverlener zeer goed wist dat een borgstelling vernietigbaar is, maar dat hij in casu al het nodige gedaan had om zich ervan te vergewissen dat de borgstelling geenszins de belangen van het gezin in gevaar bracht, zodat hij er rechtmatig op kon vertrouwen dat de geldigheid van de borgstelling buiten kijf stond.

20. Een ander, traditioneel argument voor de weigering om met de goede trouw van de derde-mededecontractant rekening te houden, is het kosteloos karakter van de betrokken rechtshandeling⁶⁸. Aangezien hier enkel de «borgstelling onder bezwarende titel» ter sprake is, gaat het argument echter niet op.

Een volgend argument is de bewering dat de kredietverlener, in geval van twijfel⁶⁹ over het al dan niet gevaarlijk karakter van de borgstelling, i.p.v. de zaak verder te onderzoeken, dan maar de tussenkomst van de niet-contracterende echtgenoot moet eisen⁷⁰. Ongetwijfeld een gemakkelijke, tijd- en kostenbesparende oplossing, die zoals gezegd⁷¹ in de praktijk veelvuldig wordt toegepast, en niet alleen in geval van twijfel. Zo heeft de wetgever het echter helemaal niet bedoeld. De autonomie moet de regel blijven, zowel m.b.t. het bestuur van het eigen vermogen als m.b.t. het bestuur in het raam van de beroepsuitoefening⁷². Anders dan de nietigheid van rechtswege, zou de facultatieve nietigheid een stimulans kunnen zijn voor het terugkomen op deze bankpraktijk. Theoretisch bestaat de kans dat de kredietinstellingen, nu zij hun goede trouw zullen kunnen inroepen, niet meer systematisch de niet-contracterende echtgenoot zullen laten tussenkomen.

Wat de autonomie in de beroepsfeer betreft, leidt het van rechtswege karakter van de nietigheid in art. 224, § 1

dat de toestemming door de niet-contracterende echtgenoot was gegeven (vgl. Hof 's-Hertogenbosch, 12 december 1978, *NJ*, 1979, nr. 330, p. 1016; Arr.-Rechtbank Zwolle, 6 augustus 1986).

⁶⁶ Dat men nooit met exclusieven moet werken leert ons andermaal de Nederlandse rechtspraak ter zake. Terwijl proc. gen. LANGEMEIJER in zijn conclusie in de zaak Bokking/Speelman (HR, 22 juni 1962) duidelijk de mening was toegedaan «dat rechtswaaling geen goede trouw kan medebrengen, wanneer zij bestaat in het onbekend zijn met het gehele bestaan (en dus niet bv. enkel de uitlegging) van een door de gewone wetgever gestelde norm», wilde BEEKHUIS in de noot onder hetzelfde arrest de stelling van de Hoge Raad dienaangaande niet als een algemene regel begrijpen. Terecht, want uitzonderingen zijn denkbaar. Het bewijs ervan werd geleverd door Hof Arnhem, 1 oktober 1986, *NJ*, 1988, nr. 52, p. 225: onder omstandigheden behoort een buitenlandse kredietverlener het bestaan van art. 1:88, lid 1, c, Ned. B.W. niet te kennen.

⁶⁷ Rb. Brussel, 27 maart 1981; Rb. Dinant, 17 februari 1983.

⁶⁸ Vgl. art. 1:89, lid 1, Ned. B.W.: «tenzij de wederpartij te goeder trouw was en de rechtshandeling niet een gift was».

⁶⁹ Wie twijfelt, is niet te goeder trouw.

⁷⁰ Zie de les die annotator J.P. uit Rb. Gent, 9 mei 1983, («Het stond aan de schuldeiser zich daartegen te beveiligen»), trekt.

⁷¹ Supra, nr. 11.

⁷² Over de gevolgen van deze bankpraktijk t.a.v. de autonomie van de beroepsactieve echtgenoot, zie supra nr. 11.

en sub 4, B.W. overigens tot een ongelijke behandeling van nagenoeg gelijke toestanden⁷³. Immers, in de eerste hypothese (persoonlijk handel drijven) weet de kredietverlener dat hij achteraf zal kunnen bewijzen dat hij het nodige gedaan heeft om zich over het verband van het toegestane krediet met de beroepsuitoefening (artt. 1418, 2, d, jo. 1417, eerste lid, en 1422 B.W.) te vergewissen. In de tweede hypothese (exploitatie d.m.v. een eenpersoonsvennootschap), wetende dat hij achteraf zijn goede trouw m.b.t. het ongevaarlijk karakter van de borgstelling niet zal kunnen inroepen, zal de kredietverlener eerder geneigd zijn de tussenkomst van de niet-contracterende echtgenoot te eisen.

21. Een laatste argument om het facultatief karakter van de nietigheid te verwerpen en de inachtneming van de goede trouw van de derde-mededecontractant te weigeren, is dat die goede trouw een onderzoeksplicht van de derde-mededecontractant inhoudt en dat het nakomen van deze onderzoeksplicht in de praktijk niet realiseerbaar is of in elk geval een belemmering vormt voor een vlot handelsverkeer⁷⁴. Dit geldt des te meer omdat men ervan uitgaat dat de gezinsbeschermende functie van de bepaling meebrengt dat de eisen die aan deze onderzoeksplicht worden gesteld, eerder aan de hoge kant zullen liggen⁷⁵.

Van de professionele kredietverlener kan echter gezegd worden dat hij over de nodige middelen beschikt (infrastructuur, personeel, vertrouwelijkheid m.b.t. het raadplegen van registers en andere vormen van bekendmaking) om een grondig onderzoek te doen naar de vermogenstoestand van het gezin en a fortiori⁷⁶ naar de reële kans op slagen van de

⁷³ Althans voor zover men niet aanneemt dat de tussenkomst van de andere echtgenoot ook in de eerste hypothese en niettegenstaande art. 1417, eerste lid, B.W., systematisch wordt geëist; zie echter RENCHON, J.-L., *l.c.*, 30 en DE GAVRE, J., *l.c.*, 160, die ook deze bankpraktijk terecht kritiseren.

⁷⁴ Vgl. de toestand in Nederland, waar eveneens werd opgeworpen dat de verplichte toestemming van de andere echtgenoot, t.a.v. persoonlijke zekerheden in de handelssfeer, niet strookte met de eisen van het maatschappelijk verkeer.

De wetgever heeft dit ontkend (VAN ZEBEN, C.J., *o.c.*, 1171 en 1172) en sindsdien wordt, mede gelet op de mogelijkheid van verhaal bij de rechtbank, dit standpunt door de rechtspraak gedeeld (HR, 2 juni 1978). Het handelsverkeer eist echter soms dat er ogenblikkelijk wordt beslist (zie bv. Arr.-Rechtbank Zwolle, 6 augustus 1986, waar de belemmering van het handelsverkeer impliciet werd erkend). Zie ook in Frankrijk, LANGLADE, J.P., «Le pouvoir de fournir des sûretés dans les sociétés anonymes», *Rev. Trim. Dr. Comm.*, 1979, (355), nr. 2; ROBBE, J.-F., «La caution, ses illusions, ses dangers», *Journ. not. et av.*, 1986, art. 58534, 418, die de verplichte tussenkomst van de notaris voorstelt en belemmering van het handelsverkeer ontkent. De voorstelling dat de tegenstelling bestaat tussen de eisen van een vlot en zonder formaliteiten verloopend zakelijk verkeer, en anderzijds bescherming van het gezin (Arr.-Rechtbank 's-Hertogenbosch, 27 september 1985) gaat naar Belgisch recht niet helemaal op: het *de facto* toestemmingsvereiste dat uit de praktijk is gegroeid, leidt, bij gebrek aan verhaal bij de rechter, tot verlies, hetzij van gezinsbescherming, hetzij van autonomie in de beroepsfeer.

⁷⁵ In die zin HR, 15 december 1978, *NJ*, 1979, nr. 427, p. 1332.

⁷⁶ De persoonlijke zekerheid hangt samen met het aan de vennootschap verleende krediet. Het zou onlogisch zijn de mate van onderzoek in beide gevallen niet gelijk te achten. Zie de opmerking supra, voetnoot 36 in fine, waar op de analogie tussen beide onderzoeksplichten werd gewezen.

hele operatie⁷⁷. Ook psychologische bezwaren van de aspirant-borgsteller m.b.t. zo'n onderzoek zijn aanzienlijk kleiner dan in andere gevallen⁷⁸. Hoewel men zich hier in de sfeer van het handelsverkeer beweegt en de eisen niet zó hoog mogen zijn dat ze een soepel en vlot handelsverkeer in de weg staan, is het niet onredelijk te stellen dat i.c. een grondig onderzoek ten laste van de kredietverlener kan worden gelegd. Het opvragen van het actief en het passief van het vermogen van het gezin⁷⁹ en/of het nagaan van de waarachtigheid van de opgave ervan door de aspirant-borgsteller⁸⁰, lijkt geen onoverkomelijke formaliteit voor een professionele kredietverlener.

22. Het besluit van dit alles is dat er m.i. geen objectieve redenen zijn die de weigering om met de goede trouw van de derde-medcontractant rekening te houden en die derhalve het behoud van de nietigheid van rechtswege als sanctie van art. 224, § 1 en sub 4, B.W., op een afdoende wijze rechtvaardigen.

23. Er zijn overigens ook redenen om de facultatieve nietigheid als sanctie te verkiezen. Allereerst omdat het een oplossing is die alle betrokken basisopties van de wet van 14 juli 1976 tot hun recht laat komen, nl. de bescherming van het gezin, de derdenbescherming en de autonomie m.b.t. de beroepsuitoefening. Het is een oplossing die extremen schuwt en waarbij in concreto met alle betrokken belangen rekening wordt gehouden. Noch het gezinsbelang⁸¹, noch het belang van de derde-medcontractant te goeder trouw⁸², krijgt de absolute prioriteit.

Het is tevens een oplossing die meer ruimte laat voor billijkheid⁸³ zonder afbreuk te doen aan de rechtszeker-

heid. De derde-medcontractant is er nl. zeker van dat met zijn belangen minstens rekening zal worden gehouden als hij te goeder trouw is⁸⁴. De niet-contracterende echtgenoot is er zeker van dat de belangen van de derde-medcontractant slechts in overweging zullen worden genomen wanneer laatstgenoemde te goeder trouw is, d.w.z. wanneer hij aan (hoge) eisen inzake onderzoek heeft voldaan.

Dat het gezinsbelang minder bescherming geniet dan bij nietigheid van rechtswege, strookt m.i. met de algemene tendens om bij de uitoefening van rechten en bevoegdheden meer en meer rekening te houden met andere rechtmatige belangen die door gezegde uitoefening zouden kunnen worden geschaad.

Ten slotte brengt de oplossing mee dat de discrepantie tussen de twee hypothesen (handel drijven met of zonder eenpersoonsvennootschap) m.b.t. het in acht nemen van de goede trouw van de derde-medcontractant, kleiner wordt.

24. Of de bevestiging door het Hof van Cassatie dat de sanctie van art. 224, § 1 en sub 4, B.W. een facultatieve nietigheid is, in de praktijk enige verandering zal teweegbrengen, is echter twijfelachtig. Wellicht zullen de kredietinstellingen ook nu zeker willen spelen en zullen zij verder de tussenkomst van de niet-contracterende echtgenoot eisen. Veel zal ook afhangen van de rechtspraak en van de eisen die inzake goede trouw aan de derden-medcontractanten zullen worden opgelegd. Hetzelfde geldt m.b.t. de wijze waarop aan zuivere belangenafweging zal worden gedaan. Men zou van oordeel kunnen zijn dat ook in de fase van de zuivere belangenafweging, het gezinsbelang de voorrang moet hebben en dat een verschuldigd saldo van 218.222 frank voor het doorsnee-gezin altijd zwaar aankomt. Uiteindelijk zou er dan geen verschil zijn met de nietigheid van rechtswege. Het punt is juist dat aan het gezinsbelang in deze fase niet systematisch de voorkeur moet gegeven worden. Doet men dat wel, dan zal de bankpraktijk, nl. de verplichte tussenkomst van de niet-contracterende echtgenote, bestendigd worden.

VI. Opmerkingen bij het arrest van het Hof van Cassatie van 27 november 1987

25. Het hier besproken cassatiearrest zal een nuancering van het cassatiearrest van 25 april 1985⁸⁵ tot gevolg moeten

dat de derde-medcontractant dat niet «mocht» denken, en dat hij dus niet te goeder trouw was, met het gevolg dat er uiteindelijk geen onbillijkheid was.

⁸⁴ Vgl. Rb. Gent, 9 mei 1983, aangehaald in vorige voetnoot; adde Luik, 22 februari 1984: «Attendu ainsi que l'opération litigieuse est parfaitement régulière et que l'appelant doit, en principe, en attendre la sécurité juridique... Que la protection des intérêts de la famille, si légitime soit-elle, ne peut trop facilement devenir le palliatif à l'échec financier d'une opération régulière dont les tiers contractants sont en droit d'attendre qu'elle soit menée à bonne fin». Deze passages moeten m.i. begrepen worden in die zin dat de rechters wel geneigd zijn met de belangen van de derde-medcontractant en met de rechtszekerheid rekening te houden, op voorwaarde evenwel dat het vertrouwen in de rechtsgeldigheid van de rechtshandeling rechtmatig is. Het vereiste van het «rechtmatig» karakter van het vertrouwen, d.i. een objectief gegeven, heeft overigens tot gevolg dat de vertrouwensleer niet onverzoenbaar is met het rechtszekerheidsvereiste.

⁸⁵ Supra, voetnoot 2.

⁷⁷ Zie Rb. Dinant, 17 februari 1983: «Il incombait à la demanderesse, professionnelle du crédit, de s'informer elle-même de la valeur des garanties personnelles présentées par les cautions, ce qui, sans conteste, lui était possible, compte tenu des possibilités d'investigation dont disposent les organismes bancaires»; zie ook DE GAVRE, J., *l.c.*, nr. 38.

⁷⁸ Men vergelijkte met de mogelijkheden van de winkelier bij wie men een set tuinmeubelen bestelt en die informeert naar het al dan niet gehuwd zijn van de bestellende echtgenoot en naar de evenredigheid van de uitgave die de aankoop meebrengt, met de vermogenstoestand van de echtgenoten (zie art. 222 B.W.).

⁷⁹ De kredietverlener moet zelf het initiatief nemen: Rb. Dinant, 17 februari 1983.

⁸⁰ Cf. Luik, 22 februari 1984: «Attendu qu'en principe également, est le mieux à même d'apprécier les intérêts de son ménage et de sa famille, cet époux, ...», en RAUCENT, L., «Chronique de jurisprudence», *l.c.*, nr. 20: «Or, pour connaître la situation financière de cet époux, ..., le créancier ne dispose d'autres informations que celles fournies par cet époux.» In beginsel zal de derde-medcontractant echter niet snel mogen afgaan op verklaringen of gegevens die tot de sfeer van de contracterende echtgenoot moeten worden gerekend, gelet op de mogelijke tegenstrijdige belangen van de echtgenoten (Hof 's-Hertogenbosch, 12 december 1978, *NJ*, 1979, nr. 330, p. 1016).

⁸¹ Vgl. met de nietigheid van rechtswege terwijl de derde-medcontractant te goeder trouw is.

⁸² Vgl. de regeling in Nederland.

⁸³ Het «bestrafen» van een derde-medcontractant te goeder trouw wordt als onbillijk aangevoeld: Rb. Gent, 9 mei 1983 a contrario: «Dat de nietigverklaring een zekere onbillijkheid inhoudt t.o.v. diegene die dacht dat zijn schuldvordering door een borgstelling was gewaarborgd, is geen afdoende reden om de nietigverklaring niet uit te spreken». Daarop stelde de rechtbank vast

hebben. Indien men aanneemt dat de nietigheid van art. 224, § 1 en sub 4, B.W. facultatief is, dan zal de rechter in drie fasen te werk gaan: 1) beoordeling van het gevaarlijk karakter van de persoonlijke zekerheid; 2) beoordeling van de goede of kwade trouw van de derde-medecontractant; 3) zuivere belangenafweging. Anders dan in het eerste stadium zal de rechter voortaan in het derde stadium rekening mogen en moeten houden met omstandigheden ten tijde van het instellen van de vordering tot nietigverklaring. Hij zal rekening houden met de verbintenissen van de borg, zoals ze uiteindelijk zullen moeten uitgevoerd worden. Hij zal er bv. op kunnen wijzen dat het te betalen saldo gering is en geen al te grote last betekent gelet op de actuele inkomsten van het gezin, dat de kredietverlener ruime betalingsfaciliteiten heeft toegestaan, dat de gezinswoning niet in gevaar komt enz.⁸⁶

26. Het cassatiearrest van 27 november 1987 geeft ook aanleiding tot meer algemene beschouwingen.

Een eerste bedenking is dat het huwelijksvermogensrechtelijk statuut van de persoonlijke zekerheden naar Belgisch recht voor kritiek vatbaar is. Boven werd opgemerkt dat de wetgever de categorie van de persoonlijke zekerheden onder bezwarende titel uit het oog is verloren. Er is geen bezwaar natuurlijk om ook deze categorie onder de toepassing van art. 224, § 1 en sub 4, B.W. te laten vallen, samen met de persoonlijke zekerheden in de zin van «cautionnement d'amis», welke uitsluitend in die wetbepaling thuishoren. Het ware echter beter geweest de persoonlijke zekerheden, gesteld in het belang van het gemeenschappelijk vermogen, in art. 1418, 2, d, B.W. onder te brengen, samen met de lening. Art. 224, § 1 en sub 4, B.W. zou in dat geval slechts subsidiair in aanmerking moeten komen⁸⁷. Wanneer de betrokken echtgenoten gehuwd zijn onder het wettelijk stelsel, vormt de borgstelling onder bezwarende titel in eerste instantie een gevaar, niet voor het behoud van de materiële bestaansvoorwaarden van het gezin, maar voor het behoud van het gemeenschappelijk vermogen, zijnde een vermogen bestemd om bij de ontbinding van het stelsel onder de echtgenoten of hun erfgenamen te worden verdeeld. De bescherming tegen zo'n gevaar wordt verzekerd door art. 1418 B.W. Meteen zouden lening en borgstelling in de hierboven geschetste hypothesen op gelijke wijze behandeld worden. Ook de Franse wetgever heeft bij de recente hervorming van het huwelijksvermogensrecht beide rechtshandelingen aan dezelfde regeling onderworpen⁸⁸.

⁸⁶ Zie Luik, 22 februari 1984, dat precies wegens het aanhalen van zulke omstandigheden door het Hof van Cassatie was gekritiseerd, en waarvan reeds werd gezegd dat het een zuivere belangenafweging inhoudt.

⁸⁷ Maar zeker moeten behouden blijven, al is het maar om de aanvechting van dito persoonlijke zekerheden in een stelsel van scheiding van goederen mogelijk te maken wanneer ze de belangen van het gezin in gevaar brengen. Zie de kritiek in Frankrijk, waar enkel in het wettelijk stelsel een beschermingsmaatregel tegen borgstellingen is ingelast (MOULY, J., noot onder Cass. fr., 18 juni 1985, *D.*, 1986, (485), 488 «Une illusion de plus pour la séparation de biens!»; LANGLADE, J.P., «Dissertation sur un oubli fâcheux de la loi du 23 décembre 1985: La toilette de l'art. 215, al. 3, du code civil», *D.*, 1986, chron., (166), 167).

⁸⁸ De nieuwe wettelijke regeling in Frankrijk bestaat hierin dat een echtgenoot zonder de toestemming van de andere een lening of een borgstelling kan aangaan maar dat de daaruit voortspruitende

Belangrijk is m.i. vooral de mogelijkheid van verhaal bij de rechtbank (art. 1420 B.W.).

27. De vraag is dan wel of het stellen van een persoonlijke zekerheid ten behoeve van de eenpersoonsvennootschap waarvan de echtgenoot-borg de zaakvoerder-enige aandeelhouder is, een noodzakelijke bestuurshandeling is in de zin van art. 1417, eerste lid, B.W. Zo ja, dan zou de opname van de persoonlijke zekerheden in de opsomming van art. 1418 B.W. grotendeels een maat voor niets zijn. Een ruime interpretatie van het begrip «noodzakelijk» zou tot gevolg hebben dat elke persoonlijke zekerheid door een zaakvoerder-enige aandeelhouder ten behoeve van «zijn» vennootschap gesteld, onder het uitsluitend bestuur van de contracterende echtgenoot komt te staan. Men zou dan, zoals nu, onvermijdelijk moeten terugvallen op art. 224, § 1 en sub 4, B.W. Voor het beantwoorden van deze vraag is de daaromtrent in Nederland gevoerde discussie leerzaam. Naar Nederlands recht (art. 1:88, 1, c, Ned. B.W.) behoeft de ene echtgenoot de toestemming van de andere echtgenoot niet wanneer de persoonlijke zekerheid wordt gesteld «in de uitoefening van een beroep of bedrijf». De rechtspraak, en in het bijzonder de Hoge Raad⁸⁹, heeft deze uitzondering op de regel zeer restrictief

schuld slechts verhaalbaar is op het eigen vermogen en op de inkomsten van de contracterende echtgenoot. Heeft de niet-contracterende echtgenoot echter uitdrukkelijk in de overeenkomst toegestemd, dan is ook het gemeenschappelijk vermogen verbonden, met uitzondering van de inkomsten uit arbeid van de niet-contracterende echtgenoot (zie de artt. 1413, 1414 en 1415 C.civ.).

Opvallend is de gelijke behandeling van lening en borgstelling (SIMMLER, Ph., «Loi N. 85-1372 du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs», Ed. Techniques, n. spécial 3 des Juris-Classeurs, Droit Civil, 1986, nr. 68: «Dès lors que le cautionnement était soumis à un régime dérogatoire, il était logique que l'emprunt le soit aussi»), en het belang van de autonomie van de echtgenoten (COLOMER, A., «La réforme de la réforme des régimes matrimoniaux ou: vingt ans après (premières réflexions sur la loi du 23 décembre 1985)», *D.*, 1986, Chron., (49), 54-55).

Men heeft opgemerkt dat de aanzienlijke beperking van het onderpand niet altijd gerechtvaardigd is («car ils ont pu être pris, par exemple, dans le cadre de l'exercice de la profession dont vit la famille» (SIMMLER, Ph., *l.c.*, nr. 69) en tot rare gevolgen leidt. Zo zou door de kredietverlener geen beslag kunnen worden gelegd op de gemeenschappelijke handelszaak ten behoeve waarvan het krediet was verleend (GRIMALDI, M., «Commentaire de la loi du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs», *Gaz. Pal.*, 10-11 september 1986, (2), nrs. 52 e.v.). Het is dan ook niet verwonderlijk dat vele auteurs voorspellen dat art. 1415 C.civ., tegen de duidelijke wil van de wetgever in, zal uitdraaien tot een «de facto» gezamenlijk bestuur.

Tot slot zij nog opgemerkt dat de beroepsactieve echtgenoot volgens de nieuwe Franse wet, m.b.t. voor de beroepsuitoefening noodzakelijke rechtshandelingen, exclusieve bestuursbevoegdheid geniet, maar dat deze zich niet uitstrekt tot de rechtshandelingen die volgens de wet aan het gezamenlijk bestuur van de echtgenoten zijn onderworpen (art. 1421, tweede en derde lid, C. civ.).

⁸⁹ HR, 22 juni 1962, *NJ*, 1963, nr. 53, p. 161, concl. proc.-gen. LANGEMEIJER, noot J.H.B. (Bokking/Speelman); HR, 29 maart 1963, *NJ*, 1963, nr. 331, p. 743, concl. proc.-gen. LANGEMEIJER, noot J.H.B. (Bijsterbosch/Leeuwis); HR, 2 juni 1978, *NJ*, 1979, nr. 126, p. 361, concl. adv.-gen. BERGER, noot E.A.A.L. (Roselaar/Buisman).

geïnterpreteerd⁹⁰. De wetgever heeft deze zgn. enge leer bekrachtigd⁹¹. Vereist wordt dat het om een *eigen* beroep of bedrijf van de echtgenoot-borg gaat. Dit is niet het geval wanneer de borgtocht wordt aangegaan «voor een schuld van een naamloze of besloten vennootschap waarvan hij enig aandeelhouder en directeur is, ten behoeve van het bedrijf dier vennootschap»⁹². Verder zijn «niet alle met een beroep of bedrijf verband houdende borgtochten... uitgezonderd maar enkel die, waarvan het aangaan voor den borg een uitoefening vormt van een beroep of bedrijf van dien borg zelf»⁹³. Het moet dus om een specifieke beroeps- of bedrijfshandeling gaan. Een deel van de rechtsleer is het met deze strenge rechtspraak niet eens en pleit voor een verruiming van de wettelijke exceptie⁹⁴. Argumenten zijn het feit dat borgsteller en vennootschap in casu slechts één persoon zijn (de zogenaamde vereenzelvingsleer) en het feit dat het beroep van bestuurder van een vennootschap meebrengt dat men zich borg stelt m.b.t. tot schulden door die vennootschap aangegaan⁹⁵.

Het staat vast dat er een discrepantie bestaat tussen theorie en praktijk. In theorie is de enge leer aanvaardbaar. *De facto* is er geen scheiding tussen de borg enerzijds en zijn vennootschap anderzijds⁹⁶. *De facto* is er geen onderscheid tussen de beide hypothesen. Dan is het de vraag of de niet-contracterende echtgenoot in de tweede hypothese (handel drijven d.m.v. een eenpersoonsvennootschap) meer bescherming behoeft dan in de andere hypothese.

28. Een argument luidt dat de niet-contracterende echtgenoot er in de eerste hypothese op vertrouwen mag dat het privé-vermogen buiten schot zal blijven. Want dat is toch de primaire bedoeling van degene die een eenpersoonsvennootschap opricht. Door toe te laten dat zonder tussenkomst van de niet-contracterende echtgenoot het privé-vermogen toch in pand wordt gegeven, wordt dat vertrouwen beschaamd⁹⁷. Daarom zou men een afwijkende regeling kunnen voorstaan, nl. dat art. 1417, eerste lid, B.W., niet-

tegenstaande het professioneel karakter van de borgstelling, niet zou gelden m.b.t. persoonlijke zekerheden gesteld ten behoeve van een vennootschap waarvan de contracterende echtgenoot zaakvoerder of bestuurder is. Die rechtshandelingen zouden aan het gezamenlijk bestuur van de echtgenoten onderworpen blijven.

In de praktijk gaat het argument niet helemaal op. Het zal de niet-contracterende echtgenoot ook wel bekend zijn dat aan vennootschappen slechts kredieten worden verleend op voorwaarde dat bestuurders en zaakvoerders zich borg stellen. Meer bepaald: wie toestaat dat zijn echtgenoot, *zonder over het nodige kapitaal te beschikken*, handel drijft d.m.v. een eenpersoonsvennootschap, moet er rekening mee houden dat, net zoals in de andere hypothese (handel drijven zonder eenpersoonsvennootschap), het privé-vermogen niet buiten schot kan blijven. Nogmaals, er zijn geen redenen om de twee hypothesen op een ongelijke wijze te behandelen. Ofwel wijkt men m.b.t. onderhavige casuspositie én voor leningen én voor persoonlijke zekerheden af van art. 1417, eerste lid, B.W. en geldt het gezamenlijk bestuur, ofwel wijkt men er voor geen van beide van af en geniet de beroepsactieve echtgenoot, zoals in Frankrijk, een exclusieve bestuursbevoegdheid zowel voor leningen als voor borgstellingen. De keuze is van rechtspolitieke aard: in welke mate moet de bescherming van het gemeenschappelijk vermogen verkozen worden voor de autonomie van de beroepsactieve echtgenoot.

29. In het eerste geval zou er bij weigering vanwege de niet-contracterende echtgenoot om toe te stemmen wel verhaal bij de rechtbank mogelijk zijn⁹⁸. De machtiging zal impliceren dat aanvechting op grond van art. 224, § 1 en sub 4, B.W. achteraf subsidiair niet meer mogelijk is⁹⁹, wat de zekerheid ten goede komt. Het feit dat er een verband bestaat met de beroepsuitoefening zou daarentegen wel tot gevolg moeten hebben dat, zowel bij toestemming als bij machtiging, enkel verhaal mogelijk is op het eigen vermogen van de contracterende echtgenoot en op het gemeenschappelijk vermogen (vgl. art. 1414, tweede lid, 3°, B.W.)¹⁰⁰.

1963): «waar hij immers aldus juist een tevoren uitgesloten privé-aansprakelijkheid voor hemzelf in het leven riep».

⁹⁸ De rechtbank zou zich moeten uitspreken over de opportuniteit van de voorgenomen borgstelling of lening in het raam van de beroepsuitoefening. Hiertegen werden bezwaren geuit (RENCHON, J.-L., *l.c.*, 28). Ik zie niet onmiddellijk een reden om afweging van belangen in dit geval niet toe te laten, doch wel wanneer de lening buiten beroepsverband wordt aangegaan. In Nederland blijkt men er geen bezwaar tegen te hebben.

⁹⁹ Zie reeds in die zin RAUCENT, L., *Précis*, nr. 90; VIEUJEAN, E., «Principes généraux des rapports patrimoniaux entre époux», *l.c.*, 30, die het echter ook *de lege late* mogelijk achten; cf. *supra*, nr. 11 in fine.

¹⁰⁰ Ingevolge de machtiging op grond van art. 1420 B.W. zijn normaliter de drie vermogens verbonden (*Verslag Hambye*, 62) maar dit zou i.c. niet hoeven te gelden. Er is immers geen gevaar voor collusie tussen de echtgenoten (nl. gesimuleerd verzet om het onderpand bewust te verkleinen). Ook in geval van toestemming van de niet-contracterende echtgenoot zijn er slechts twee vermogens verbonden. Daarentegen zou de uitbreiding tot de drie vermogens bij machtiging, de niet-contracterende echtgenoot ertoe kunnen bewegen toch zijn toestemming te geven om aldus minstens zijn eigen vermogen in veiligheid te brengen.

⁹⁰ Naast genoemde arresten van de Hoge Raad, zie Hof Arnhem, 22 april 1980, aangehaald in HR, 5 december 1980, *NJ*, 1981, nr. 226, p. 755; Arr.-Rechtbank 's-Hertogenbosch, 27 september 1985, *NJ*, 1988, nr. 337, p. 1354; Arr.-Rechtbank Zwolle, 6 augustus 1986, *NJ*, 1988, nr. 33, p. 151; cf. Arr.-Rechtbank Breda, 11 september 1984, *NJ*, 1987, nr. 90, p. 351; contra: Hof Arnhem, 5 maart 1968, *NJ*, 1968, nr. 358, p. 1231; Arr.-Rechtbank Breda, 27 februari 1962, *N.J.*, 1962, nr. 414, p. 1201.

⁹¹ VAN ZEBEN, C.J., *o.c.*, 1169 e.v.; voor een overzicht van de ontwikkeling raadplege men de conclusie van adv.-gen. Berger bij HR, 2 juni 1978.

⁹² HR, 2 juni 1978. De contracterende echtgenoot exploiteerde een eigen textielbedrijf, zij het d.m.v. een b.v. waarvan hij de enige aandeelhouder was. Zie ook HR, 29 maart 1963.

⁹³ HR, 2 juni 1962.

⁹⁴ VAN MOURIK, M.J.A., *Huwelijk en vermogensrecht*, Zwolle, Tj. Willink, 1988, 52; PITLO-VAN DER BURGH, *o.c.*, 155; anders ASSER-DE RUITER, *Personen- en familierecht*, II, Zwolle, Tj. Willink, 1986, 104; KLAASSEN-EGGENS-LUIJTEN, *o.c.*, 43.

⁹⁵ In Nederland wijkt de bankpraktijk immers niet af van de praktijk in België (zie concl. adv.-gen. BERGER bij HR, 2 juni 1978, *l.c.*, 367).

⁹⁶ Zie de al te theoretische beschouwing over een en ander in Arr.-Rechtbank 's-Hertogenbosch, 27 september 1985.

⁹⁷ Zie vooral LUIJTEN, noot onder HR, 2 juni 1978, nr. 5 en KLAASSEN-EGGENS-LUIJTEN, *o.c.*, 43. Zie reeds het vonnis in eerste aanleg in de zaak Bijsterbosch/Leeuwis (HR, 29 maart

Opteert men voor het andere geval, het exclusief bestuur, dan zou art. 224, § 1 en sub 4, B.W. subsidiair ingeroepen kunnen worden. Zal alles dan niet bij het oude blijven gelet op de bankpraktijk? En wat met de lening? Moet die dan ook niet kunnen worden vernietigd als de gezinsbelangen erdoor in gevaar gebracht worden?

Daar de wijziging van de artt. 1417 en 1418 B.W. de tussenkomst van de wetgever veronderstelt, lijkt de bovenstaande uiteenzetting wishfull thinking. Niettemin kan aan de laatste vraag niet voorbijgegaan worden, zoals hierna zal blijken.

30. Aangezien persoonlijke zekerheden onder bezwaren de titel volgens het Hof van Cassatie niet aan de toepassing van art. 224, § 1 en sub 4, B.W. ontsnappen, en aangezien er geen reden is om beide genoemde hypothesen aan een verschillende regeling te onderwerpen¹⁰¹, kan een tweede algemene bedenking gemaakt worden: waarom slaat art. 224, § 1 en sub 4, B.W. niet eveneens op leningen en kredietopeningen die door de echtgenoot-handelaar persoonlijk worden aangegaan? Het beginsel dat autonomie in de beroepssfeer niet zover kan gaan dat de gezinsbelangen op het spel komen te staan, geldt immers in beide hypothesen¹⁰².

De wetgever heeft een criterium voorgesteld, en zelfs een goed criterium, nl. het al dan niet in gevaar brengen van de belangen van het gezin¹⁰³. De wetgever heeft echter ook, en dat is minder goed, de aldus geschapen open norm zelf ingevuld door te doen uitkomen dat enkel schenkingen en persoonlijke zekerheden de toets van het criterium niet zullen doorstaan. Men kan het een compromis noemen tussen werken met open normen en werken met precies omschreven categorieën rechtshandelingen. De ene werkwijze leent zich meer tot billijkheidsoordelen, de andere bevordert de rechtszekerheid.

In zoverre met art. 224, § 1 en sub 3 en 4, B.W. bedoeld werd dat een echtgenoot slechts onrechtstreeks over zijn *eigen* vermogen kan beschikken, d.i. zijn eigen vermogen slechts kan verbinden, voor zover daardoor de belangen van het gezin niet in gevaar worden gebracht, zou het nog zo een vaart niet lopen¹⁰⁴. Nu het Hof van Cassatie aan art.

224, § 1 en sub 4, B.W. een veel ruimere draagwijdte heeft gegeven, of die draagwijdte minstens bevestigd heeft, nl. dat ook het verbinden van het *gemeenschappelijk* vermogen eronder valt, komt de gebrekkige technische uitwerking nog meer in het daglicht te staan. Het systeem van art. 224, § 1 en sub 4, B.W. is onbillijk omdat het geen toepassing op analoge gevallen (bv. leningen en kredietopeningen aangegaan door de handelaar voor het oprichten, uitbouwen of redden van zijn bedrijf) dult¹⁰⁵.

Is het dan niet beter met een echte open norm te werken? Is er bezwaar tegen een open norm die elke vorm van onrechtstreeks beschikken over het eigen vermogen vernietigbaar stelt wanneer daardoor de belangen van het gezin in gevaar worden gebracht? Is er bezwaar om die open norm uit te breiden tot het onrechtstreeks beschikken over het gezamenlijk vermogen? Men kan terecht stellen dat m.b.t. het gemeenschappelijk vermogen kan worden gewerkt met de regel van het gezamenlijk bestuur, waardoor zo'n open norm overbodig wordt. Maar art. 1418 B.W. werkt zelf met categorieën en niet met een open norm. Bovendien is gebleken dat de opsomming in art. 1418 B.W. niet exhaustief is. Met name ontbreekt «het stellen van persoonlijke zekerheden in het belang van het gemeenschappelijk vermogen».

31. Het alternatief, het werken met een echte open norm, waarbij het hoofdzakelijk om te doen is of de derdemedecontractant er al dan niet rechtmatig op vertrouwen kon dat de rechtshandeling geen gevaar voor de vermogensbelangen van het gezin opleverde, zal ongetwijfeld op grond van de rechtszekerheid verworpen worden¹⁰⁶. Zou men het systeem van de open norm invoeren, dan zou, als

men (zie daarover VAN ZEBEN, C.J., o.c., 1171 e.v.). Waarom overigens geen bescherming voorzien tegen het aangaan van eigen schulden, het onrechtstreeks beschikken over het eigen vermogen in het algemeen, bv. door verwijzing naar art. 1407, eerste en tweede streepje, B.W.?

¹⁰⁵ Zie Brussel, 5 mei 1987 (daarover ook DE GAVRE, J., l.c., nr. 11), waar de contracterende echtgenoot twee belangrijke kredietopneingen had aangegaan met vestiging van een hypotheek op zijn eigen goederen, behoudens de gezinswoning, en met afstand van de toepassing van art. 1563 Ger. W. Dat hij daardoor de belangen van het gezin in gevaar had gebracht, was waarschijnlijk. De niet-contracterende echtgenoot zal in zo'n geval noch art. 215, noch art. 224, § 1 en sub 4, B.W. kunnen inroepen, gelet op de enge uitleg die bij bevoegdheidsbeperkende bepalingen past. Aanvechting op grond van wetsontduiking is mogelijk maar wordt zelden toegestaan. Het is immers niet makkelijk te bewijzen dat de contracterende echtgenoot genoemde dwingende bepalingen bewust heeft willen omzeilen. Het laatste blijkt uit de Franse rechtspraak. In Frankrijk bestaat geen art. 224, § 1 en sub 4, en borgstellingen die slecht aflopen worden er zonder enig succes aangevochten op grond van art. 215 C.civ., dat zoals in België de gezinswoning tegen rechtstreeks beschikken beschermt (zie SIMMLER, Ph., l.c., nr. 68 en vooral MOULY, J., l.c., 486 e.v., die overigens, m.i. ten onrechte, besluit dat er zelfs van wetsontduiking geen sprake kan zijn, *ibid.*, 488-489).

¹⁰⁶ Vgl. VAN ZEBEN, C.J., o.c., 1174: «Tenslotte lijkt het in verband met de rechtszekerheid niet gewenst om, zoals in de memorie van antwoord ten aanzien van de garantieovereenkomst is gesteld, in laatste instantie de ratio van onderhavige bepaling te doen beslissen of voor een bepaalde handeling al dan niet toestemming is vereist.»

¹⁰¹ In Nederland wordt de non-discriminatieregeling ingeroepen om het statuut van de borg-zaakvoerder/enige aandeelhouder met dat van de handelaar zonder eenpersoonsvennootschap gelijk te stellen (zie de vereenzelvingsleer, supra, nr. 27); dit alternatief lijkt in België uitgesloten, tenzij het Hof van Cassatie op zijn zopas gewezen arrest zou terugkomen, en de persoonlijke zekerheden onder bezwarende titel uit het toepassingsgebied van art. 224, § 1, sub 4, B.W. zou uitsluiten.

¹⁰² De rechtspolitieke rechtvaardiging gegeven door adv.-gen. BERGER in zijn conclusie bij HR, 2 juni 1978 («waar immers het gezinsvermogen in de lotgevallen van het bedrijfsvermogen betrokken gaat worden»), geldt ook wanneer de echtgenoot zonder oprichting van een vennootschap een zaak wil opstarten.

¹⁰³ Dit is ook de ratio legis voor de verplichte toestemming in Nederland (zie o.a. HR, 2 juni 1978) hoewel het accent daar meer gelegen is op de bescherming van de echtgenoten tegen zichzelf en tegen elkaar.

¹⁰⁴ Toch is het de vraag waarom art. 224, § 1 en sub 4, B.W. met geen woord rept over het stellen van zakelijke zekerheden, die wel in art. 1407, tweede streepje, B.W. genoemd worden, en waarvan het aangaan door de Nederlandse wetgever zo gevaarlijk werd geacht dat ze mede in art. 1:88, 1, c, Ned. B.W. werden opgeno-

reactie, voor alle belangrijke rechtshandelingen de gezamenlijke handtekening van beide echtgenoten gevraagd worden, wat zeker niet wenselijk is.

Het staat vast dat de Belgische jurist nog niet zozeer met de techniek van de open norm en met de vertrouwensleer in het bijzonder vertrouwd is. Dat de rechtszekerheid bij het aanwenden van deze techniek noodzakelijkerwijze in het gedrang komt, werd in Nederland meestal eenvoudigweg ontkend met een verwijzing naar art. 1401 Ned. B.W. (de tegenhanger van art. 1382 B.W.), een open norm bij uitstek. Niemand denkt eraan art. 1382 B.W. af te schaffen omdat het onzekerheid in de hand werkt. De geldigheid van een rechtshandeling door een echtgenoot gesteld mede laten afhangen van het «behoren te weten» van de derde-medecontractant dat de rechtshandeling de belangen van het gezin in gevaar brengt — wat als een toepassing van de zorgvuldigheidsnorm beschouwd kan worden — moet dan ook niet al te wereldvreemd klinken.

Als het juist is dat het Hof van Cassatie in zijn arrest van 27 november 1987 de sanctie van art. 224, § 1 en sub 4, B.W. als een facultatieve nietigheid aanmerkt, dan zal het Hof zeker bijgedragen hebben tot een meer positieve ingesteldheid t.a.v. de rechtsfiguur van «de goede trouw van het behoren te weten».

33. Een laatste opmerking die bij het voorgaande aansluit, is dat het Hof van Cassatie andermaal impliciet bevestigt dat het vertrouwensbeginsel een algemeen beginsel is. De toepassing ervan mag niet beperkt blijven tot de gevallen waarin het uitdrukkelijk door de wet is voorzien (bv. art. 1422 B.W.) of door de rechtspraak traditioneel wordt aangenomen (bv. het schijnmandaat), maar strekt zich uit tot het vermogensrecht in het algemeen en tot het familiaal vermogensrecht in het bijzonder. Uit het cassatiearrest wil ik bovendien afleiden dat de vertrouwensleer ook haar plaats heeft in die domeinen van het familiaal vermogensrecht waar de bescherming van het particulier belang tradi-

tioneel als een absoluut gegeven wordt beschouwd, zoals de gezinsbeschermende bepalingen uit het primair stelsel, de bepalingen m.b.t. de handelingsonbekwaamheid van minderjarigen enz.

VII. Besluit

33. Wat is nu de les die men na dit alles moet trekken uit het arrest van het Hof van Cassatie van 27 november 1987, toegespitst op de casuspositie van de echtgenoot-borg-zaakvoerder-enige aandeelhouder?

Ten eerste is er m.i. de bevestiging dat de nietigheid van art. 224, § 1 en sub 4, B.W. een facultatieve nietigheid is; dat is een zeer positieve ontwikkeling. Ten tweede kan men uit het arrest afleiden dat art. 224, § 1 en sub 4, B.W. eveneens kan slaan op persoonlijke zekerheden die door een zaakvoerder-enige aandeelhouder worden gesteld ten behoeve van «zijn» vennootschap. Men kan daar voor of tegen zijn. Het is een rechtspolitieke keuze. Maar welk standpunt men ook inneemt, men zal steeds rekening moeten houden met de realiteit en in het bijzonder met de wetten van de economie. Krediet vergt onderpand. Voorts zal men moeten inzien dat er geen redenen zijn om de bescherming van het gezin te laten afhangen van het feit of de handeldrijvende echtgenoot al dan niet een eenpersoonsvennootschap heeft opgericht. Art. 224, § 1 en sub 4, B.W. mag niet dienen om te verkrijgen wat de eenpersoonsvennootschap niet biedt en meestal niet kan bieden: het onttrekken van het privé-vermogen aan het verhaal van de schuldeisers.

M.i. moet de verhouding tussen gezinsbescherming, derdenbescherming en autonomie van de beroepsactieve echtgenoot in beide hypothesen dezelfde zijn.

N. GEELHAND

Ass. Universiteit Antwerpen (U.I.A.)

FINANCIELE PROBLEMEN ALS RECHTVAARDIGINGSGROND VOOR MILIEUVERONTREINIGING ?

§ 1. Inleiding

1. Sedert het begin van de jaren zeventig is de omvang van de milieuwetgeving enorm toegenomen. Niet alleen nam het aantal reguleringen toe, ook inhoudelijk werden de normen steeds gedetailleerder. Een grote industriële onderneming is vaak onderworpen aan verschillende vergunningstelsels en voor de naleving van de milieuwetgeving is in een dergelijk bedrijf vaak een persoon in het bijzonder bevoegd. De naleving van de milieuregulering vereist niet alleen een bijzondere kennis van de toepasselijke wetgeving, maar kan van de betrokken onderneming vaak belangrijke financiële inspanningen vergen. Vaak wordt

dan ook gewezen op het spanningsveld tussen milieubescherming en het streven naar winstmaximalisatie van een bedrijf¹. Hoewel de naleving van de milieuwetgeving voor een individueel bedrijf zware kosten mee kan brengen en

¹ Zie daarover o.m. HOUBEN, F., «Waterbeheer in het spanningsveld tussen economie en milieu», *Waterschapsbelangen*, 1987, 542-546. Ook Lambrechts situeert het milieurecht in zijn bijdrage aan het Liber Amicorum Robert Senelle «tussen nijverheid en milieubeweging» (LAMBRECHTS, W., «Milieurecht tussen nijverheid en milieubeweging», in *Liber Amicorum Robert Senelle*, Brugge, die Keure, 1986, 421-434).

dus als een belemmering voor de expansie van het bedrijf kan worden aangevoeld, is er in het algemeen geen tegenstelling tussen de economische doelstelling van verhoging van de maatschappelijke welvaart en milieubescherming. Wel integendeel. Een effectieve milieuregulering kan, in combinatie met het aansprakelijkheidsrecht, ondernemers ertoe aanzetten efficiënte milieuinvesteringen uit te voeren, d.w.z. waarvan de marginale kosten lager zijn dan de opbrengst in vermindering van de milieuschade². Onlangs is het economisch effect van het milieubeleid in Vlaanderen ook empirisch onderzocht door het H.I.V.A. in opdracht van de gemeenschapsminister voor Volksgezondheid en Leefmilieu. Het besluit van deze studie, die voornamelijk de tewerkstellingseffecten van het milieubeleid onderzocht, is dat het gevolg van het opleggen van milieunormen in het vlak van de tewerkstelling per saldo neutraal is³.

Hoewel het milieubeleid macro-economisch gezien dus niet tot een verlies van arbeidsplaatsen leidt, kunnen er in de individuele onderneming dienaangaande toch problemen ontstaan. De naleving van de milieuwetgeving kan zeer zware investeringen vereisen. Indien het bedrijf deze niet kan uitvoeren, kan een inbreuk op de milieuwetgeving alleen worden vermeden door een bedrijfssluiting, met alle negatieve sociale gevolgen die daaraan verbonden zijn. In deze bijdrage zal worden onderzocht welke strafrechtelijke problemen kunnen rijzen indien een ondernemer, die wegens overtreding van de milieuwetgeving wordt vervolgd, opwerpt dat naleving voor hem financieel niet haalbaar was. Het probleem is zeker niet louter academisch, daar het Hof van Beroep te Gent in twee recente arresten om deze redenen milieuovertreders vrijspak⁴.

2. Eerst wordt het belangrijkste arrest kort samengevat (§ 2). Vervolgens wordt naar een juiste strafrechtsdogmatische grondslag voor het besproken probleem gezocht (§ 3). Daarna wordt de vraag gesteld of een belangenafweging bij noodtoestand door de strafrechter niet in strijd is met beslissingen die door andere overheden in een eerder stadium zijn getroffen (§ 4). Ten slotte zal kort worden stilgestaan bij de toestand in de Duitse Bondsrepubliek (§ 5).

² Zie daarover FAURE, M. en VAN DEN BERGH, R., «Liever geen slachtoffer dan een door het recht beschermd slachtoffer», *Intermediair*, 18 december 1987, nr. 45, p. 12. Zie voor de berekening van de efficiënte zorg: FAURE, M. en VAN DEN BERGH, R., «Efficiënties van het foutvereiste in het Belgisch aansprakelijkheidsrecht», *R.W.*, 1987-88, 1105-1119.

³ DE NOCKER, L., DE SMEDT, M. en PACOLET, J., *De tewerkstellingseffecten van het leefmilieubeleid in Vlaanderen*, H.I.V.A., K.U.Leuven, 1985, 408 p. Een populariserende uitgave van dit en nadien uitgevoerd onderzoek werd in 1987 in brochurevorm uitgegeven onder de titel *Kosten en tewerkstellingseffecten van het milieubeleid in Vlaanderen* (32 p.) en is verkrijgbaar bij de Administratie voor Ruimtelijke Ordening en Leefmilieu van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, Belliardstraat 12, 1040 Brussel.

⁴ Gent, 27 juni 1985, *R.W.*, 1986-87, 1691, met noot A. VANDEPLAS, («Een beroep op a.v.a.s. inzake milieuverontreiniging») en Gent, 3 oktober 1985, *R.W.*, 1986-87, 1694, met noot M. BOES, («Monumentenzorg en subsidiëring»). In deze bijdrage wordt alleen het eerste arrest besproken, daar dit voor het milieustrafrecht het interessantste lijkt.

§ 2. Het arrest van het Hof van Beroep te Gent van 27 juni 1985

3. Een gedelegeerd bestuurder van de N.V. C. werd vervolgd wegens lozing van afvalwater in strijd met de voorwaarden van de lozingsvergunning. De lozingsvergunning werd afgeleverd op 10 maart 1977; de voorwaarden van de vergunning dienden slechts te worden nageleefd ten laatste na veertig maanden, zijnde op 10 juli 1980. De beklagde beweerde dat hij de voorwaarden van de lozingsvergunning niet kon nakomen omdat de naleving ervan een kapitale investering vereiste, die hij in 1980, een periode waarin zijn bedrijfssector juist een crisis doormaakte, financieel onmogelijk kon dragen. De financiële uitgaven, vereist om in korte tijd een waterzuiveringsinstallatie op te richten ten einde de lozingsvoorwaarden na te leven zou de ondergang van de onderneming betekenen met het ontslag van 600 personeelsleden tot gevolg. Het hof was gevoelig voor dit tewerkstellingsargument en het beroep op «overmacht» en «noodsituatie» werd gegrond verklaard, zodat ontslag van rechtsvervolging volgde.

4. De annotator juicht dit arrest toe omdat er zijns inziens afwezigheid van alle schuld was, waarbij automatisch vrijspraak diende te volgen. Technisch-juridisch is er zijns inziens op deze beslissing niets aan te merken. Verder meent hij dat er sprake is van «een ondoordacht vervolgingsbeleid van het openbaar ministerie» en «absurditeit van de strafvervolging», waarop terecht een vrijspraak volgde. De magistraten van het Hof te Gent krijgen zelfs een schouderklopje want «het siert de strafrechter dat hij de strafwet niet blindelings hanteert, dat hij begrip opbrengt voor de sociale gevolgen van zijn beslissing ...»⁵.

5. Op het eerste gezicht lijkt de door het Hof te Gent gevolgde weg redelijk. Kan men immers van een bedrijfsleider nog verwachten dat hij de strafwet naleeft als dit de ondergang van zijn onderneming zou betekenen? Onmiddellijk zal hierop echter gerepliceerd kunnen worden dat ook de fiscale en sociale wetgeving zware financiële lasten meebrengen voor het bedrijfsleven. Ook deze kunnen de tewerkstelling in het gevaar brengen. Het is echter duidelijk dat, indien de strafrechter ernstige financiële moeilijkheden steeds als rechtvaardigingsgrond aanvaardt, elke strafrechtelijke handhaving van het economisch, sociaal, milieu- en fiscaal strafrecht onmogelijk wordt. Bovendien kunnen bij een dergelijke vrijspraak «om sociale redenen» zowel vanuit strafrechtsdogmatisch als vanuit rechtspolitiek perspectief bedenkingen worden gemaakt. Op de feitelijke beoordeling van de sociaal-economische moeilijkheden door het Hof te Gent wordt nog teruggekomen in nummers 11-12.

§ 3. Strafrechtsdogmatische situering van de sociaal-economische moeilijkheden

6. De dogmatische constructie waarop het Hof te Gent de vrijspraak baseert, is nogal onduidelijk. Eerst spreekt het hof van «noodsituatie», nadien van «overmacht» en

⁵ VANDEPLAS, A., «Een beroep op a.v.a.s. inzake milieuverontreiniging», (noot onder Gent, 27 juni 1985), *R.W.*, 1986-87, 1693-1694.

ten slotte ook van «afwezigheid van alle schuld»⁶. De annotator schrijft de vrijspraak integraal toe aan a.v.a.s. (afwezigheid van alle schuld). Toch is het van belang deze begrippen duidelijk van elkaar te onderscheiden, onder meer omdat ze bij de beoordeling van het strafbaar karakter van een handeling op verschillende momenten te situeren zijn: noodtoestand speelt een rol bij het *wederrechtelijkheidsoordeel*; overmacht en a.v.a.s. bij de *schuldvraag*⁷. Eerst zal worden onderzocht of de niet-naleving van de milieuwetgeving om sociaal-economische redenen als overmacht of als noodtoestand dient te worden aangezien; vervolgens wordt nagegaan of de voorwaarden voor noodtoestand in dergelijk geval een vrijspraak toelaten en hoe de houding van de rechtspraak dienaangaande is geweest; ten slotte wordt kort de «afwezigheid van alle schuld» bestudeerd.

3.1. Overmacht en noodtoestand: voorwaarden en toepassingsgebied

7. Het is niet verwonderlijk dat het Hof te Gent het ontslag van rechtsvervolgning zowel op «overmacht» als op «noodsituatie» baseert, daar deze begrippen in de rechtspraak ook niet steeds strikt worden gescheiden⁸. Er is sprake van overmacht wanneer de dader op het tijdstip van de feiten gedwongen werd door een macht die hij niet heeft kunnen weerstaan⁹. Uit deze formulering blijkt reeds dat overmacht de wederrechtelijkheid van de handeling niet wegneemt; het is dan ook geen rechtvaardigingsgrond, maar wel een schuldopheffingsgrond¹⁰. Rechtspraak en rechtsleer hebben regelmatig de voorwaarden geformuleerd waaraan de verdachte moet voldoen om het bewijs van overmacht te leveren¹¹. Overmacht veronderstelt onweer-

staanbaarheid, onvoorzienbaarheid en onvermijdbaarheid. Bovendien moet het voor de dader onmogelijk zijn geweest om het rechte pad te bewandelen. Er is slechts sprake van overmacht indien de beslissingsvrijheid van de dader volledig was opgeheven op het tijdstip van het misdrijf en indien hij over geen enkel middel beschikte om het misdrijf te vermijden¹². Immers, opdat er sprake kan zijn van een macht waaraan de dader niet kan weerstaan, dient hij bedreigd te worden met een zodanig ernstig kwaad dat de wilsvrijheid van de dader volledig is uitgeschakeld¹³.

Reeds op het eerste gezicht lijkt het moeilijk om de niet-naleving van vergunningsvoorwaarden om sociaal-economische redenen als vorm van overmacht in de zin van art. 71 Sw. te beschouwen. In de eerste plaats lijkt de wilsvrijheid van de dader geenszins uitgesloten te zijn, maar neemt hij juist de bewuste beslissing om de redding van zijn bedrijf te verkiezen boven de naleving van de milieuwetgeving. Daarnaast rijst ook de vraag of de naleving van de opgelegde vergunningsvoorwaarden onmogelijk is geworden. Op beide problemen wordt hieronder nog teruggekomen.

8. De niet-naleving van de milieuwetgeving om sociaal-economische motieven lijkt beter binnen het begrip «noodtoestand» te passen, al rijzen ook daar problemen. Het grootste probleem is dat de juiste dogmatische grondslag van noodtoestand onzeker is. Het wordt immers in het Belgisch Strafwetboek, in tegenstelling tot bijvoorbeeld in Duitsland¹⁴, niet uitdrukkelijk als rechtvaardigingsgrond erkend. Een deel van de Franse rechtspraak meende dat een vrijspraak bij noodtoestand haar grondslag vond in het ontbreken van het strafbaar opzet¹⁵; de overwegende mening in de Belgische rechtsleer is dat noodtoestand gelijkgeschakeld dient te worden met «morele overmacht» of met «dwang»¹⁶. Dit verklaart waarom in de rechtspraak de begrippen overmacht en noodtoestand wel eens door elkaar worden gebruikt. Blijkbaar heeft de jurisprudentie ook in 1985 het ingeslagen dwaalspoor nog niet verlaten¹⁷. Som-

⁶ Ook in het arrest van 3 oktober 1985 (*R.W.*, 1986-87, 1694) worden deze drie begrippen door elkaar gebruikt om het ontslag van rechtsvervolgning te motiveren.

⁷ Het onderscheid tussen het wederrechtelijkheidsoordeel en de schuldvraag en het daarmee verbonden onderscheid tussen rechtvaardigings- en schuldopheffingsgronden stamt uit de Duitse strafrechtsdogmatiek: BAUMANN, J. en WEBER, U., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9e dr., Bielefeld, Gieseling Verlag, 1985, 256-458; DREHER, E. en TRÖNDLE, H., *Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Beck'sche Kurzkommentare*, 43e dr., München, Beck, 1986, 178-210; ESER, A. en FLETCHER, G., *Rechtfertigung und Entschuldigung, Rechtsvergleichende Perspektiven*, 2 delen, Freiburg i.Br., Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1987-88. Het wordt in Nederland algemeen gevolgd, doch in België doorgaans niet, behalve door Dupont (DUPONT, L., *Beginnelen van Strafrecht*, I, Leuven, Acco, 1980).

⁸ Zie voor dit onderscheid in de Nederlandse rechtsleer BRONKHORST, C., *Overmacht in het Strafrecht*, Utrecht, Dekker N.V., 1952, 254.

⁹ Art. 71 Sw.

¹⁰ DUPONT, L., «Een aktueel probleem van penale aansprakelijkheid: de draagwijdte van het begrip 'overmacht'», *Jura Falconis*, 1968-69, (199), 200.

¹¹ BODSON, P.L., *Manuel de droit pénal*, Luik, Faculté de droit, 1986, 230-232; DUPONT, L., *Beginnelen van Strafrecht*, 205-207; RAUWS, W., *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 595; SCHUIND, G., en VANDEPLAS, A., *Traité pratique de droit criminel*, I, Brussel, Swinnen, 1980, 166-168A; VANHOUDT, C. en CALEWAERT, W., *Belgisch Strafrecht*, II, Gent, Story-Scientia, 1976, 405-413.

¹² Cass., 25 juni 1956, *Arr. Cass.*, 1956, 905, *Pas.*, 1956, I, 1176; Cass., 15 december 1969, *Arr. Cass.*, 1970, 371, *Pas.*, 1970, I, 346; Cass., 10 april 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 951, *Pas.*, 1979, I, 951; Cass., 28 november 1984, *Pas.*, 1985, I, 390; zie ook verder DUPONT, L., *l.c.*, 203.

¹³ DUPONT, L., *Beginnelen van Strafrecht*, 205.

¹⁴ § 34 StGB. Zie daarover nr. 29.

¹⁵ Zie daarover BRONKHORST, C., *o.c.*, 71.

¹⁶ VANHOUDT, C. en CALEWAERT, W., *o.c.*, 434-437. Zie over de discussie betreffende de juiste dogmatische grondslag van noodtoestand SCHUIND G. en VANDEPLAS, A., *o.c.*, 170-171, met verdere verwijzingen. Overigens stelt ook het Hof van Cassatie noodtoestand gelijk met morele overmacht: «Overwegende dat de zedelijke dwang voortkomende uit een macht waaraan men niet heeft kunnen weerstaan en die de aansprakelijkheid uitsluit, veronderstelt dat de vrije wil van degene die de daad verricht, uitgeschakeld werd of dat voor de dader tegenover een ernstig en dreigend gevaar geen andere weg openstond ter beveiliging van de belangen die hij verplicht of gerechtigd was te beveiligen» (Cass., 17 november 1975, *Arr. Cass.*, 1976, 341, *Pas.*, 1976, I, 330). Alleen Prins lijkt een grondslag voor noodtoestand te vinden in art. 70 Sw.: de handeling zou impliciet voorgeschreven zijn door de wet (PRINS, A., *Science pénale et droit positif*, Brussel, Bruylant, 1899, 203).

¹⁷ DUPONT, L., *l.c.*, 207, meende reeds in 1969 dat de jurisprudentie dienaangaande op een dwaalspoor zat.

mige rechtsleer heeft terecht kritiek op de gelijkschakeling van noodtoestand met morele overmacht. Bij overmacht is de dader onderhevig aan een dwang waardoor zijn wilsvrijheid is uitgeschakeld; bij noodtoestand maakt de dader een beredeneerde keuze tussen het naleven van de wet of het plegen van een misdrijf om belangrijke schade te vermijden¹⁸.

9. Hieruit volgt dat een dader die de milieuwetgeving overtreedt om zijn onderneming van de financiële ondergang te redden, zich eventueel in een noodtoestand kan bevinden, maar zeker niet wordt gedreven door een macht waaraan hij niet kan weerstaan. Ook op grond van het hierboven gemaakte onderscheid tussen het wederrechtelijkheidsoordeel en de schuldvraag kan worden begrepen waarom het niet-naleven van vergunningsvoorwaarden om sociaal-economische redenen veeleer in aanmerking komt voor een rechtvaardigingsgrond dan voor een schuldophefingsgrond. In het wederrechtelijkheidsoordeel wordt aan de hand van objectieve maatstaven, d.w.z. zonder aanzien des persoons, onderzocht of de daad in strijd is met het recht. Bij de schuldvraag wordt *in personam* onderzocht of de dader als persoon voor de daad ter verantwoording kan worden geroepen¹⁹. Indien de strafrechter het gedrag van een ondernemer die de milieuwetgeving heeft overtreden om zijn onderneming van de financiële ondergang te redden beoordeelt, bestudeert hij geenszins of dit gedrag de dader op grond van zijn persoonsstructuur verwijtbaar was, doch alleen of de daad objectief gezien in strijd was met het recht. Is er noodtoestand, dan ontnemt dit het wederrechtelijk karakter aan de gepleegde handeling²⁰.

10. Ook bij de toepassing van noodtoestand op het door ons onderzochte probleem stuit men op moeilijkheden. Deze moeilijkheden vloeien voort uit de toepassingsvoorwaarden voor noodtoestand. Dupont omschrijft noodtoestand als een uitzonderlijke toestand die iemand voor een keuze stelt ofwel een aanzienlijk kwaad te dulden, ofwel een wetsinbreuk te plegen om een rechtsgoed van een lagere orde op te offeren voor een hogere waarde²¹. Deze omschrijving veronderstelt in de eerste plaats dat het te beschermen rechtsgoed een hogere waarde heeft dan het rechtsgoed dat wordt geschonden²². Daar ligt precies het probleem. In het Belgisch strafrecht bestaat geen hiërarchisch gerangschikte catalogus van de door het strafrecht beschermde rechtsgoederen. De rechtsleer neemt bijgevolg aan dat de strafrechter onaantastbaar kan beoordelen of het beschermde belang een hogere waarde heeft dan het

opgeofferde belang²³. Dit veronderstelt dat de strafrechter onderzoekt of bescherming van sociaal-economische belangen een hoger rechtsgoed is dan milieubescherming. De grondslag van de noodtoestand is immers dat het plegen van de wetsinbreuk een groter voordeel oplevert dan het nalaten ervan²⁴. Concreet betekent de belangenafweging bij noodtoestand dat de rechter in het individuele geval zal nagaan of de veroorzaakte milieuschade door de wetsinbreuk al dan niet groter is dan de schade die voortvloeit uit de naleving van de milieuwetgeving (bijvoorbeeld de bedrijfs-sluiting).

Ook wordt als voorwaarde voor noodtoestand steeds gesteld dat er geen enkele andere mogelijkheid mag bestaan om de aantasting van het beschermde belang te verhinderen. Daaruit volgt dat de strafrechter dient te onderzoeken of de dader alles in het werk heeft gesteld om het gevreesde kwaad af te wenden zonder een wetsinbreuk te plegen.

3.2. Noodtoestand in het milieustrafrecht: kritische analyse

11. Indien een verdachte opwerpt dat hij de voorwaarden van een lozingsvergunning niet kan naleven omdat dit dermate zware financiële inspanningen van hem vergt dat hij zijn bedrijf dient te sluiten, kan dit slechts in hoogst uitzonderlijke gevallen en na een nauwkeurig onderzoek door de strafrechter tot een vrijspraak op grond van noodtoestand leiden. In de eerste plaats dient te worden nagegaan of naleving van de vergunningsvoorwaarden voor de betrokken ondernemer werkelijk onmogelijk was. Dit veronderstelt een onderzoek naar de boekhouding van het bedrijf. Daarnaast moet ook vaststaan dat de dader over geen enkel alternatief middel beschikte om het dreigend kwaad te vermijden. In het arrest van het Hof te Gent van 27 juni 1985 bracht de naleving van de strafwet volgens het hof met zich dat het bedrijf een waterzuiveringsinstallatie diende aan te leggen voor een kostprijs van meer dan 41 miljoen frank. Voor het aanleggen van een waterzuiveringsinstallatie bestaan evenwel subsidiëringmogelijkheden; ook de betrokken onderneming kon tot 45% van de kostprijs subsidie genieten. Voor het surplus kan dan toch dekking op de kapitaalmarkt worden gezocht. Het hof merkt dienaangaande op dat het betrokken bedrijf zich in 1980 in een slechte financiële situatie bevond en dus moeilijk kon rekenen op tussenkomst van financiële instellingen. Of dit ook onderzocht is, is verder onbekend. Verder schijnt men uit het oog te verliezen dat deze lozingsvergunning, die tot de aanschaf van een waterzuiveringsinstallatie verplichtte, niet plots in 1980 (toen de financiële moeilijkheden bestonden) werd opgelegd, maar reeds vanaf 10 maart 1977 bestond, met een aanpassingsperiode van 40 maanden. Bijgevolg dient in een dergelijke situatie ook te worden onderzocht wat de financiële mogelijkheden van het bedrijf in 1977 waren. Indien de verdachte in 1977 zich nog geen zorgen zou maken om het naleven van de lozingsvoorwaarden waaraan hij slechts in 1980 dient te voldoen, zou de noodtoestand immers door zijn eigen nalatigheid veroorzaakt zijn. Van noodtoestand is slechts sprake indien het voor de dader onmogelijk was om de rechte weg te bewandelen.

¹⁸ BODSON, P.L., o.c., 222-224; DUPONT, L., *Beginnelsen van Strafrecht*, 171; FORIERS, P., *De l'état de nécessité en droit pénal*, Brussel, Bruylant, 1951, 27-45 en 286-294; SCHUIND, G. en VANDEPLAS, A., o.c., 170. Zie ook BOSLY, H., *Les sanctions en droit pénal social belge*, Brussel, Story Scientia, 1979, 57.

¹⁹ DUPONT, L., *Beginnelsen van Strafrecht*, 155-156.

²⁰ CONSTANT, J., *Manuel de droit pénal, Principes généraux du droit pénal positif Belge*, 7e dr., Luik, 1959, I, 1, p. 561, nr. 412; DUPONT, L., *Beginnelsen van Strafrecht*, 170-171. Contra: BODSON, P.L., o.c., 226.

²¹ DUPONT, L., *l.c.*, 202.

²² BODSON, P.L., o.c., 224-225; DUPONT, L., *Beginnelsen van Strafrecht*, 172; SCHUIND, G. en VANDEPLAS, A., o.c., 170-171; VANHOUDT, C. en CALEWAERT, W., o.c., 438.

²³ DUPONT, L., *Beginnelsen van strafrecht*, 172.

²⁴ *Ibid.*

12. Daarnaast is een groot probleem bij de toepassing van noodtoestand op financiële moeilijkheden bij de naleving van de milieuwetgeving dat bij de beoordeling van noodtoestand een belangenafweging dient plaats te vinden tussen het geschonden rechtsgoed en het te beschermen belang. De rechter, die op onaantastbare wijze dient te oordelen, beschikt over geen enkel houvast. Hoe kan, in het algemeen, gesteld worden dat de bescherming van de oppervlaktewateren een lager rechtsgoed is dan de bescherming van de financiële belangen van een onderneming of van de tewerkstelling? Meestal wordt in een concrete situatie deze algemene vraag niet gesteld, maar wordt nagegaan of door de inbreuk te plegen een belang wordt geschonden dat lager is dan het belang dat daardoor wordt beschermd. Ook dat is niet gemakkelijk vast te stellen.

Het Hof van Beroep te Gent gaat hier vrij vlug overheen door te stellen dat door ieder redelijk mens kan worden aangenomen dat, wanneer een beklaagde «voor de keuze gesteld ofwel een aanzienlijk kwaad te laten gebeuren zoals ten deze de ondergang, het failliet van zijn onderneming met alle zwaar-economische en sociale gevolgen ervan, ofwel het plegen van een inbreuk op een strafbaar gestelde minder zware norm, deze laatste situatie verkiest waarbij hij een rechtsgoed van lagere order opoffert voor een hogere». Het klinkt zeer mooi, en niemand zal betwisten dat de ondergang van een onderneming een aanzienlijk kwaad is, maar het is onbegrijpelijk dat het hof zonder meer beweert dat de milieuschade die wordt veroorzaakt door de afwezigheid van een waterzuiveringsinstallatie, een schending is van «een rechtsgoed van lagere order». Het is ook onduidelijk wat hiermee wordt bedoeld. Ofwel bedoelt men, maar dat lijkt onwaarschijnlijk, dat milieubescherming in vergelijking met de sociaal-economische belangen *steeds* een ondergeschikte norm is, ofwel bedoelt het hof hiermee dat de schade die in dit individueel geval wordt veroorzaakt door het naleven van de wet veel groter is dan de veroorzaakte milieuschade. De grondslag van de rechtvaardigende noodtoestand is immers dat het plegen van de wetsovertreding een groter sociaal voordeel moet opleveren dan het nalaten ervan. Dat is evenwel als zodanig niet onderzocht. Ook is het onduidelijk aan de hand van welke maatstaven de belangenafweging dan dient te geschieden.

13. Het gevaar is niet denkbeeldig dat, indien de noodtoestand dermate ruim wordt gezien, de vrijspraak of de veroordeling alleen daarvan afhankelijk zal worden of de rechter het beschermde belang meer behartigenswaard vindt dan het geschonden belang. Alleen door streng de hand te houden aan de toepassingsvoorwaarden van de noodtoestand kan men verhinderen dat de beoordeling van noodtoestand leidt tot een dubieuze belangenafweging, die kan leiden tot willekeur en rechtsonzekerheid. Indien men het vereiste, dat het te beschermen belang op geen enkele andere wijze kan worden gewaarborgd dan door de overtreding van de strafwet, nauwgezet toepast, zal noodtoestand enkel tot uitzonderlijke situaties beperkt blijven. Ook kan er slechts van noodtoestand sprake zijn indien de balans bij de belangenafweging duidelijk in het voordeel van het te beschermen belang doorslaat. Bij overtreding van de milieuwetgeving zou men aan een uitzonderlijke, door de wetgever niet voorziene situatie kunnen denken waarbij slechts een administratieve verplichting wordt geschonden die geen of slechts een zeer geringe schade veroorzaakt,

doch waarvan de naleving enorm sociale schade zou kunnen veroorzaken.

3.3. Rechtspraak

14. Ook in de rechtspraak kwam de toepasselijkheid van noodtoestand op de sociaal-economische problemen waartoe de naleving van de milieuwetgeving aanleiding geeft, regelmatig ter sprake. Vermeldenswaard is zeker een vonnis van de Correctionele Rechtbank te Verviers van 24 december 1968²⁵. Een bedrijfsleider van een kaasfabriek werd vervolgd omdat zijn bedrijf op onwettige wijze een melkserum in een rivier loosde met stank en massale vissterfte tot gevolg. De beklaagde beriep zich op noodtoestand: indien hij het melkserum niet had mogen lozen, had hij zijn bedrijf moeten sluiten met het ontslag van 40 werknemers als consequentie. De rechtbank wijst dit af: er bestaat geen actueel gevaar omdat de dader wist dat de lozingen reeds vanaf 1962 schade veroorzaakten; bovendien werd in 1966 de produktie aanmerkelijk uitgebreid, waardoor het bedrijf vrijwillig de kwantiteit van de emissies heeft opgevoerd. Ook wierp de beklaagde op dat het geschonden belang ondergeschikt zou zijn aan dat van zijn bedrijf. De rechtbank wijst dit af omdat door de waterverontreiniging ook grote schade werd veroorzaakt. Bovendien overweegt de rechtbank dat het twijfelachtig is of het verlies van een bedrijf dat zulk een grote verontreiniging veroorzaakt sociaal gezien een verlies is. Ten slotte meende de rechtbank ook dat andere mogelijkheden bestonden om het melkserum te verwijderen, zodat de voorwaarden voor noodtoestand niet vervuld waren²⁶.

Dit vonnis maakt een goede analyse van de toepassingsvoorwaarden voor noodtoestand. Nagegaan wordt of het dreigend kwaad acuut en zeker is en of het plegen van het misdrijf de enige mogelijkheid is om het kwaad af te wenden. Voorts worden op genuanceerde wijze de belangen afgewogen die op het spel staan: zowel die van de industrie als de veroorzaakte milieuschade. Terecht wordt daaruit afgeleid dat niet vaststaat dat de beschermde economische belangen duidelijk belangrijker waren dan de geschonden milieubelangen²⁷.

15. De rechtspraak heeft evenwel niet steeds dit standpunt ingenomen. Bocken bespreekt een vonnis van de Politie rechtbank te Chimay waarbij een waterverontreiniger werd vrijgesproken omdat de watervervuiling volgens de

²⁵ J.C.P., (Jurisprudence), 1970, nr. 16535, met noot M. DES-PAX.

²⁶ «Attendu que le prévenu ne réunissait pas de son chef les conditions de l'état de nécessité; qu'en bref il ne peut être dit qu'en commettant les faits qui lui sont reprochés, il a sauvé des intérêts supérieurs, à savoir ceux de son industrie et de ceux qui en vivent, alors que justement l'autorité publique, chargée du bien commun admettait la nécessité d'une certaine pollution, au-delà de laquelle il n'est plus possible d'admettre cette cause justificative».

²⁷ Dit vonnis werd overigens gunstig ontvangen door de rechtsleer. Zie BOCKEN, H., *Het aansprakelijkheidsrecht als sanctie tegen de verstoring van het leefmilieu*, Brussel, Bruylant, 1979, 73-76; DERVEAUX, R., FRAPIER, F. en RENIER, V., «Protection de la nature et frontières de la répression», in *Les frontières de la répression*, Brussel, Ed. de l'ULB, 412-413, en DESPAX, M., noot onder Corr. Verviers, 24 december 1968, J.C.P., (Jurisprudence), 1970, nr. 16535.

rechtbank niet de grens overschreed van de nadelen die het gevolg zijn van elke industriële activiteit²⁸. Ook de Correctionele Rechtbank te Neufchâteau sprak een bestuurder vrij op grond van noodtoestand. Gesteld voor de keuze om de lozingen voort te zetten en zo de wet te overtreden of de bedrijfssluiting, koos de dader — volgens de rechtbank terecht — voor de schending van lagere belangen dan de beschermde belangen²⁹. Wederom is niet duidelijk op grond van welke maatstaven de rechtbank meent dat het geschonden rechtsgoed een lagere waarde had dan het beschermde rechtsgoed.

In andere uitspraken wordt een beroep op noodtoestand verworpen omdat de toepassingsvoorwaarden niet vervuld zijn. In een ongepubliceerd arrest van het Hof van Beroep te Brussel werd een beroep op «morele dwang» verworpen omdat het hof het niet bewezen achtte dat de naleving van de lozingsvoorwaarden tot onoverkomelijke moeilijkheden of tot een bedrijfssluiting zou leiden³⁰. In het dogmatisch vlak brengt deze uitspraak dus weinig bij. Een cassatievoorziening tegen andere overwegingen van dit arrest werd overigens verworpen³¹. Wel heeft het Hof van Cassatie beslist dat, indien de beklaagde opwerpt dat het hem financieel volledig onmogelijk was om een waterzuiveringsinstallatie aan te schaffen, op het openbaar ministerie de plicht rust aan te tonen dat deze bewering ongegrond is³². Dit is een toepassing van het algemeen beginsel dat, wanneer een beklaagde zich beroept op een rechtvaardigingsgrond die niet alle geloofwaardigheid mist, de bewijslast van de onjuistheid ervan op het openbaar ministerie rust³³.

16. Ook buiten het milieustrafrecht rijst in de rechtspraak soms de vraag naar de toepassing van noodtoestand of overmacht bij niet-naleving van bijzondere wetgeving wegens beweerde sociaal-economische moeilijkheden. Zo werd inzake bouw misdrijven een beklaagde vrijgesproken die een huis wegens geldgebrek niet conform een vergunning had afgebouwd. De Correctionele Rechtbank te Turnhout oordeelde dat een onvoorzienbaar gebrek aan finan-

ciële middelen overmacht vormt³⁴. Ook in het sociaal strafrecht komt regelmatig de vraag aan de orde of dreigende financiële moeilijkheden een werkgever vrijstellen van de verplichting de sociale wetgeving na te leven. Bosly merkt dienaangaande op dat de toepassing van noodtoestand beperkt dient te blijven tot zeer uitzonderlijke situaties waarin het naleven van de wet tot ernstige, door de wetgever niet gewilde gevolgen zou leiden. De verhoging van de produktiekosten die voortvloeit uit de naleving van de wet, kan daartoe zeker niet worden gerekend³⁵. In recente arresten van de Hoven van Beroep te Brussel en Luik werd — terecht — eveneens beslist dat de noodtoestand alleen in zeer uitzonderlijke omstandigheden kan worden toegepast; in het andere geval «tout employeur dont l'entreprise est vacillante où qui exerce ses activités, dans un secteur en difficulté pourrait prétendre justifier par l'état de nécessité des infractions telles que le non-paiement, en tout ou en parties, des rémunérations de son personnel ou cotisations de sécurité sociale»³⁶.

3.4. Afwezigheid van alle schuld

17. Ook dient te worden opgemerkt dat de «afwezigheid van alle schuld» waarop het arrest van het Hof van Beroep te Gent de vrijspraak baseert, daarin gevolgd door de annotator³⁷, moeilijk een grondslag lijkt te bieden voor een vrijspraak wegens de sociaal-economische problemen waartoe de naleving van de wet leidt. Dit begrip is in het Belgisch strafrecht minder bekend, maar komt uit Nederland waar Vrij in zijn preadvies voor de Nederlandse Juristenvereniging in 1930 het begrip introduceerde, evenals de afkorting avas³⁸. De Hoge Raad had in het «Water en Melk»-arrest van 14 februari 1916 reeds het beginsel «geen straf zonder schuld» uitdrukkelijk in het Nederlandse strafrecht opgenomen³⁹. Dit begrip heeft nadien in de Nederlandse doctrine een hele ontwikkeling doorgemaakt⁴⁰. De problemen van noodtoestand worden in Nederland evenwel meestal niet tot het schuldvraagstuk gerekend, maar tot de vraag die daaraan voorafgaat, nl. de wederrechtelijkheid van de handeling⁴¹. Indien de wettelijke delictomschrijving

²⁸ Pol. Chimay, 16 november 1935, geciteerd door BOCKEN, H., o.c., 76.

²⁹ Corr. Neufchâteau, 13 oktober 1977, *Jur. Liège*, 1977-78, 155. Opmerkelijk is evenwel dat de vrijspraak ook gegrond is op het feit dat de dader slechts bevoegd was voor het dagelijks bestuur van de vennootschap en bijgevolg niet de bevoegdheid had om over de installatie van de vereiste waterzuiveringsinstallatie te beslissen. De rechtbank kon de beklaagde dus vrijspreken omdat de daad hem niet kon worden toegerekend en hoefde dus niet naar de noodtoestand te grijpen. Zie voor een bespreking van dit vonnis: BOSLY, H. en SPREUTELS, J., «Aspects actuels du droit pénal des affaires en Belgique», *R.D.P.*, 1983, (27), 38-39.

³⁰ Hof van Beroep te Brussel, 9e kamer, 16 mei 1979 in zake o.m., gemeente Zoutleeuw en stad Landen t. Keyaerts, ongepubliceerd.

³¹ Cass., 29 januari 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 618, *Pas.*, 1980, I, 606.

³² Cass., 29 april 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 947, *Pas.*, 1975, I, 856. Zie daarover BOSLY, H. en SPREUTELS, J., l.c., 39, en DONCKIER de DONCEEL, J., «Responsabilité pénale non individuelles», in *Rapports Belges au Xe Congrès international de droit comparé*, Brussel, Bruylant, 1978, 613.

³³ Zie TRAEST, Ph., «De bewijslast in strafzaken», rapport gepresenteerd op de postuniversitaire lessenreeks Willy Delva, 1987, p. 33 en de verwijzingen aldaar.

³⁴ Corr. Turnhout, 23 maart 1963, *R.W.*, 1962-63, 1692. Ook deze merkwaaardige uitspraak had geen gebruik dienen te maken van overmacht om de beklaagde vrij te spreken. Er bleek namelijk geen formele wetsinbreuk te zijn: «Dat het voorlopig uitblijven der volledige afwerking niet kan beschouwd worden als een inbreuk vermits de toelating geen termijn voorziet binnen dewelke de werken moesten voltooid worden». Een onderzoek naar wederrechtelijkheid en schuld is dan overbodig.

³⁵ BOSLY, H., o.c., 56-57.

³⁶ Brussel, 19 november 1986, *Jur. Liège*, 1987, 47. Zie in dezelfde zin Brussel, 17 december 1986, *J.T.*, 1987, 127; Luik, 23 oktober 1985, *Jur. Liège*, 1986, 227, *J.T.T.*, 1986, 425, met noot V.P., en Corr. Aarlen, 10 januari 1985, *J.T.T.*, 1986, 427, met noot V.P.

³⁷ VANDEPLAS, A., l.c., 1693.

³⁸ VRIJ, P., *Verzameling uit zijn geschriften op het gebied van strafrecht en criminologie*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1956, 206-268.

³⁹ N.J., 1916, 681.

⁴⁰ Zie dienaangaande het proefschrift van VELLINGA, W., *Schuld in Spiegelbeeld, Afwezigheid van alle schuld*, Arnhem, Gouda Quint, 1982, 330 p.

⁴¹ PEETERS, A., *Opzet en schuld in het strafrecht*, Deventer,

(inclusief het opzet) vervuld is, kan de rechter in het wederrechtelijkheidsoordeel een bepaalde gedraging aan het wettelijk verbod onttrekken indien hij oordeelt dat door die gedraging een groter belang is gered⁴². Het probleem van de noodtoestand hoort daarom eerder thuis bij het leerstuk van de wederrechtelijkheid dan bij de schuldvraag en heeft als zodanig geen verband met avas.

Zelfs indien men aanneemt dat een inbreuk op de milieuwetgeving wegens sociaal-economische problemen de vraag doet rijzen naar de *schuld* van de verdachte⁴³, lijkt dit moeilijk in de toepassingsvoorwaarden voor avas te passen. Afwezigheid van alle schuld wordt door Pompe gezien als *onverwijtbaarheid* van de gedraging omdat de dader de wederrechtelijke handeling niet kon vermijden⁴⁴. Volgens Rummelink betekent avas-schuld dat de dader zich redelijkerwijs anders heeft kunnen gedragen. Slechts indien de dader iedere reële mogelijkheid gebruikt om het delict te vermijden, ontbreekt bij hem alle schuld⁴⁵. De strafrechter zal dus slechts tot het ontbreken van schuld mogen besluiten wanneer de verdachte alles wat redelijkerwijs mogelijk was, heeft gedaan om een strafbaar feit te voorkomen⁴⁶.

18. Daaruit volgt dat een beroep op avas weinig kans van slagen heeft voor de milieuverontreiniger die de wetgeving wegens financiële moeilijkheden niet kan naleven. In de eerste plaats is dit geen probleem dat persoonsgebonden is aan de dader maar op grond van objectieve, feitelijke elementen, los van de persoonlijkheid van de dader dient te worden onderzocht. Bijgevolg dient het veeleer bij de wederrechtelijkheid dan bij de schuldvraag te worden beoordeeld. Maar zelfs indien men deze sociaal-economische moeilijkheden bij de schuldvraag wenst te beoordelen⁴⁷, kan de strafrechter slechts vrijspreken indien uit een diepgaand onderzoek blijkt dat alternatieve oplossingen om deze sociaal-economische belangen te vrijwaren uitgesloten zijn.

§ 4. De belangenafweging op andere beslissingsmomenten

19. De toepassing van noodtoestand vereist een afweging tussen het belang van de geschonden norm en het belang van de beschermde norm. Bij milieuverontreiniging speelt dit belangenconflict tussen het belang van een zuiver leefmilieu en de belangen van de industrie en de tewerkstelling. Bij deze belangenafweging in het kader van de beoordeling van noodtoestand rijzen in casu bijzondere problemen omdat over dit belangenconflict reeds uitspraak is gedaan

door andere instanties, o.m. door de wetgever, de administratie en het openbaar ministerie. In deze paragraaf wordt nagegaan hoe de beoordeling van noodtoestand door de strafrechter wordt beïnvloed door deze vorige beslissingsmomenten.

4.1. De taak van de rechter bij een belangenafweging in het kader van noodtoestand

20. De bescherming van de oppervlaktewateren tegen verontreiniging is gebaseerd op een vergunningssysteem. De wetgever was zich destijds ongetwijfeld ten volle bewust van het feit dat de naleving van vergunningsvoorwaarden een zware financiële last op de bedrijven zou leggen. Dit heeft de wetgever nochtans niet belet de overtreding van deze voorwaarden strafrechtelijk te sanctioneren⁴⁸. De vraag rijst dan of de strafrechter door een extensieve belangenafweging bij noodtoestand niet tot een miskenning komt van een duidelijke wettekst. Dumon heeft in enkele opmerkelijke openingsredes de taak van de rechter gepreciseerd en gewaarschuwd dat, hoewel deze taak zich niet beperkt tot een slaafse toepassing van de wet, de rechter zich schuldig zou maken aan machtsoverschrijding wanneer hij de toepassing van bestaande rechtsregels zou verwerpen. Een rechter mag niet weigeren toepassing te maken van bepaalde wetten omdat hij meent op economisch en fiscaal gebied andere opvattingen dan de wetgever te mogen hebben⁴⁹. Het is voor Dumon eveneens duidelijk dat het toepassen van het positief recht waardeoordelen vergt. Bijvoorbeeld bij noodtoestand dienen de in het geding betrokken belangen nauwgezet te worden afgewogen⁵⁰.

21. Het probleem bij noodtoestand lijkt te zijn dat dit zich beperkt tot de situaties waarbij voor één individu, dat zich in uitzonderlijke omstandigheden bevindt, de naleving van de strafwet onmogelijk is, daar naleving de schending van een hoger rechtsgoed mee zou brengen. Bij financiële moeilijkheden die kunnen rijzen ten gevolge van milieuregulering, is van een dergelijke uitzonderlijke situatie meestal geen sprake. Elk bedrijf waarop de milieuwetgeving van toepassing is, ondergaat immers een financiële druk. Met andere woorden: de belangenafweging tussen milieubescherming en bescherming van het sociaal-economisch milieu heeft reeds plaatsgevonden op het niveau van de wetgever en daar is de balans blijkbaar doorgeslagen in het voordeel van de milieubescherming.

Dienaangaande kan nog worden opgemerkt dat de wetgever uitdrukkelijk rekening heeft gehouden met de *uitzonderlijke* financiële moeilijkheden waartoe de naleving van de lozingsvoorwaarden in individuele gevallen kan leiden. In de eerste plaats bepaalt het Algemeen Reglement voor het lozen van afvalwater in de gewone oppervlaktewateren⁵¹ in art. 35 dat de lozingsvoorwaarden ten laatste veer-

Kluwer, 1966, 114 en POMPE, W., *Handboek van het Nederlandse strafrecht*, 5e dr., Zwolle, Tjeenk Willink, 1959, 126-127.

⁴² PEETERS, A., o.c., 205.

⁴³ Hetgeen wij betwisten; zie nr. 9.

⁴⁴ POMPE, W., o.c., 144-145.

⁴⁵ NOYON, T., LANGEMEIJER, G. en REMMELINK, J., «Inleiding», in *Wetboek van strafrecht*, Arnhem, Gouda Quint, losbladig, s.d., 32-33, en HAZEWINKEL-SURINGA, D. en REMMELINK, J., *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Alphen aan den Rijn, Tjeenk Willink, 1981, 140, 296.

⁴⁶ VELLINGA, H., o.c., 293.

⁴⁷ VANDEPLAS is deze mening toegedaan, daar hij zelfs zijn noot bij arrest van het Hof van Beroep te Gent van 27 juni 1985 de titel gaf «Een beroep op a.v.a.s. inzake milieuverontreiniging».

⁴⁸ Art. 41, § 1, 2, W. 26 maart 1971 bestraft hem die zonder voorafgaande vergunning of zonder naleving van de opgelegde vergunningsvoorwaarden afvalwater loost in de oppervlaktewateren of in de openbare riolen. (B.S., 1 mei 1971).

⁴⁹ DUMON, F., «De opdracht van de hoven en rechtbanken. Enkele overwegingen», *R.W.*, 1975-76, (193), 263-264.

⁵⁰ DUMON, F., «De rechterlijke macht, onbekend en miskend», *R.W.*, 1981-82, (513), 544.

⁵¹ K.B. 3 augustus 1976, B.S., 29 september 1976, Err. B.S., 11 november 1976.

tig maanden na aflevering van de vergunning moeten worden nageleefd, tenzij een kortere termijn bij K.B. wordt bepaald, die dan nog altijd ten minste twintig maanden is. Deze ruime overgangperiode kan het betrokken bedrijf in staat stellen een financieringsregeling te zoeken voor de investeringen die de naleving van de lozingsvoorwaarden met zich brengt. In de tweede plaats kunnen bij K.B. sectoriële lozingsvoorwaarden worden vastgesteld voor alle ondernemingen van een zelfde bedrijfssector. Deze sectoriële voorwaarden kunnen van de algemene lozingsvoorwaarden afwijken zo blijkt dat geen enkel gecommercialiseerd zuiveringsprocédé het voor de betrokken sector mogelijk maakt de opgelegde voorwaarden na te leven⁵². Volgens Lambrechts pogen deze sectoriële voorwaarden juist «een middenweg te vinden tussen een bepaalde soepelheid, concurrentiegevoel en volksgezondheid»⁵³. Ten slotte kan worden vermeld dat de wetgever van 1971 juist om deze concurrentieongelijkheid te vermijden heeft bepaald dat de overheid dient bij te dragen in de investeringskosten gemaakt ter voldoening aan de wettelijke eisen inzake bescherming van de oppervlaktewateren tegen verontreiniging⁵⁴. De voorwaarden van een dergelijk subsidiëringssysteem werden bij K.B. bepaald⁵⁵.

Hieruit blijkt dat de wetgever met de financiële implicaties van milieuregulering voor het bedrijfsleven wel degelijk rekening heeft gehouden⁵⁶. Juist omdat de naleving van de lozingsvoorwaarden soms zware investeringen vereist, werden subsidiemogelijkheden, een 40 maanden lange overgangperiode en de mogelijkheid van minder strenge sectoriële normen voorgeschreven.

22. Het gevolg daarvan is dat er niet veel ruimte overblijft voor een belangenafweging door de strafrechter bij noodtoestand. Men zou hoogstens nog van noodtoestand kunnen spreken indien er een zodanige situatie is ontstaan dat de naleving van de wet zou leiden tot consequenties die de wetgever niet heeft gewild⁵⁷. Het enkele feit dat de nale-

ving van de milieuwetgeving, meer bepaald het in acht nemen van de lozingsvoorwaarden, ernstige sociaal-economische gevolgen meebrengt, volstaat daartoe niet. Een te ruime toepassing van noodtoestand zou betekenen dat de strafrechter gewoon weigert de wettelijke bepalingen toe te passen. Hij zou daardoor de sociaal-economische belangenafweging, waarop de wetgever acht had geslagen, missen⁵⁸ en zich bijgevolg aan machtsoverschrijding schuldig maken.

4.2. De toetsing van de lozingsvergunning

23. Het belangenconflict tussen milieubescherming en bescherming van sociaal-economische belangen is niet alleen door de wetgever beslecht. Ook heeft de administratieve overheid een lozingsvergunning afgegeven en heeft deze op dat moment rekening kunnen houden met de economische haalbaarheid van de opgelegde voorwaarden⁵⁹. De vraag rijst bijgevolg of aan de strafrechter de bevoegdheid toekomt om een wettige administratieve beslissing naast zich neer te leggen. Indien de belangenafweging bij noodtoestand tot een vrijspraak leidt, geeft hij immers impliciet te kennen dat de administratie te zware lozingsvoorwaarden heeft opgelegd. Is zulk een impliciete toetsing van de opportuniteit van een administratieve beslissing niet in strijd met de scheiding der machten, vooral daar aan de administratie in casu een ruime beoordelingsbevoegdheid toekomt bij het opleggen van de lozingsvoorwaarden⁶⁰? Overigens dient de administratie bij het vastleggen van de voorwaarden voor een exploitatievergunning krachtens de rechtspraak van de Raad van State ervoor te waken dat de uitoefening van de gereguleerde activiteit niet volledig onmogelijk wordt gemaakt⁶¹.

24. De enige wijze waarop de strafrechter de voorwaarden van de lozingsvergunning zou kunnen toetsen is via art. 107 Gw. Hoewel de administratieve overheid bij het om-

ces graves que le législateur n'a certainement pas voulues». In dezelfde zin, Luik 23 oktober 1985, *J.T.T.*, 1986, 425: «que les inconvénients normaux, inhérents au respect de la loi, ne constituent pas l'état de nécessité».

⁵⁸ Vgl. DUMON, F., «De opdracht van de hoven en rechtbanken. Enkele overwegingen», *l.c.*, 265. Zie ook FORIERS: «Il n'y a pas aux yeux de la loi conflit de biens, ni par conséquent état de nécessité, lorsqu'elle veut le sacrifice d'un des biens en présence» (FORIERS, P., *o.c.*, 328). Uit de gehele oppervlaktewaterenwetgeving volgt duidelijk dat de wetgever sociaal-economische belangen heeft willen opofferen voor milieubescherming.

⁵⁹ Ik dank de heer Bruno Peeters, assistent publiek recht U.I.A., die mij door zijn verhelderend commentaar belangrijke inzichten heeft verschaft over de rol van het administratief recht voor het behandelde probleem.

⁶⁰ Weliswaar zijn de grenzen van de algemene en sectoriële voorwaarden bij K.B. vastgelegd, maar de administratie heeft dienaangaande nog een beslissingsvrijheid door het opleggen van *bijzondere* voorwaarden én *andere* voorwaarden (zie LAMBRECHTS, W., *Milieurecht*, 97-99).

⁶¹ Zie o.m. R.v.St., Lavent, nr. 18.727 van 31 januari 1978; R.v.St., Stad Poperinge, nr. 19.904 van 13 november 1979, en R.v.St. Lorimier, nr. 20.963 van 19 februari 1981. Zie verder de rechtspraak aangehaald door DE PUE, E., STRYCKERS, P. en VANDEN BILCKE, C., *o.c.*, 89-91, en SUETENS, L.P., «De reglementering op de gevaarlijke, ongezonde en hinderlijke inrichtingen», in *Bedrijf en Recht*, VAN DEN BERGH, R. en VEROUGHSTRAETE, I., (red.), Antwerpen, Kluwer, losbladig, 1-11 — 1-13.

⁵² Art. 9, § 4, 1e lid, K.B. 3 augustus 1976 voor de lozingen in gewoon oppervlaktewater en art. 20, § 4, 1e lid, K.B. 3 augustus 1976 voor de lozingen in de openbare riolen. Hiervan werd veelvuldig gebruik gemaakt voor het uitvaardigen van sectoriële K.B.'s, waarvan de voorwaarden in de praktijk duidelijk soepeler zijn dan de algemene voorwaarden (DE PUE, E., STRYCKERS, P. en VANDEN BILCKE, C., *Milieuzakboekje*, 2e dr., Antwerpen, Kluwer, 1987, 118).

⁵³ LAMBRECHTS, W., *Milieurecht*, 2e dr., Brussel, Story-Scientia, 1987, 97.

⁵⁴ Hoofdstuk III (artt. 33-35) van de wet van 26 maart 1971.

⁵⁵ K.B. 9 april 1975 betreffende de rijksbijdrage in de aanvullen van de investeringen, waartoe een reeds gevestigde onderneming voor de specifieke behandeling van haar afvalwater verplicht is (*B.S.*, 24 juni 1975). Voor de situatie na de regionalisering van 1980 zie DE PUE, E., STRYCKERS, P. en VANDEN BILCKE, C., *o.c.*, 121-122.

⁵⁶ Dit is ook het antwoord op de vragen die Vandeplas zich stelt: «Hoe komt de wetgever ertoe bepaalde normen op te leggen, die achteraf economisch niet verantwoord blijken? Werd dan niet overwogen welke weerslag de invoering van deze milieubescherpende maatregelen had op de tewerkstelling, de overlevingskansen van de voedingsnijverheid, de economie van het land? Heeft de regering die bepaalde normen oplegt, dan geen subsidieplicht t.a.v. de nijverheid? Moet ook de Staat niet bijdragen tot de waterzuivering?» (VANDEPLAS, A., *l.c.*, 1693-1694).

⁵⁷ BOSLY, H., *o.c.*, 57: «Il faut qu'existe une situation exceptionnelle où le respect de la loi pénale entraînerait des conséquen-

schrijven van de vergunningsvoorwaarden over een grote beoordelingsvrijheid beschikt, dient het bestuur bij het formuleren van deze voorwaarden behoorlijk te werk te gaan. Indien een ondernemer plots zou worden geconfronteerd met exorbitante lozingsvoorwaarden, waarvan de naleving het voortbestaan van zijn onderneming in gevaar zou brengen, kan, naast de toetsingsmogelijkheden in het administratief contentieux⁶² en in kort geding, ook de wettigheid van dergelijke administratieve rechtshandeling worden getoetst via art. 107 Gw⁶³. Ook een lozingsvergunning valt als administratieve rechtshandeling onder deze wettigheidscontrole. Bijgevolg moet de rechter, zelfs ambtshalve, de wettigheid toetsen van de bestuurshandelingen die hij toepast⁶⁴. Voor de strafrechter betekent dit dat hij degene die wegens overtreding van een onwettige vergunning wordt vervolgd, moet vrijspreken. Dit wettigheidstoezicht heeft niet enkel betrekking op de externe wettigheid van de bestuurshandeling, maar ook op de interne wettigheid, zodat de gewone rechter via art. 107 Gw. ook de machtsafwenning zou kunnen censureren⁶⁵. Overigens dient ook de strafrechter de interne wettigheid van de aangevochten beslissing te toetsen⁶⁶. Men treft in de rechtspraak ook vele voorbeelden aan van een toetsing op grond van art. 107 Gw. door de strafrechter⁶⁷, ook in milieustrafzaken⁶⁸.

⁶² Bijvoorbeeld een annulatieberoep bij de Raad van State. Overigens is krachtens art. 7 W. 26 maart 1971 een beroep bij de Koning mogelijk tegen vergunningsbeslissingen (na de regionalisering van 1980 bij de Vlaamse Executieve). De beroepstermijn bedraagt tien dagen (K.B. 23 januari 1974, *B.S.*, 15 februari 1974; zie verder DE PUE, E., STRYCKERS, P. en VANDEN BILCKE, C., o.c., 116-117, en LAMBRECHTS, W., *Milieurecht*, 100).

⁶³ MAST, A., ALEN, A. en DUJARDIN, J., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Gent, Story-Scientia, 1986, 523. Hoewel art. 107 Gw. spreekt van «Besluiten en Verordeningen», dienen de hoven en rechtbanken art. 107 Gw. eveneens toe te passen op niet-reglementaire administratieve beslissingen. (MAST, A., e.a., o.c., 524; MAST, A., *Administratief Lexicon*, V°, Machten, Brugge, Die Keure, 1961, nr. 175; J. MATTHIJS, concl. bij Gent, 7 juni 1962, *J.T.*, 1962, 513).

⁶⁴ MAST, A., e.a., o.c., 524.

⁶⁵ Cass., 3 maart 1972, *R.W.*, 1971-72, 1633 met conclusie van de procureur-generaal Ganshof van der Meersch. Zie ook LAMBRECHTS, W., *Geschillen van bestuur, een praktische handleiding*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 76-77, en MAST, A., e.a., o.c., 524-525.

⁶⁶ Vgl. DELVA, J., «Het rechtstreeks aanvechten van overheidsdaden voor de burgerlijke rechtscollages», *T.P.R.*, 1967, (383), 416.

⁶⁷ Zie bijvoorbeeld Cass., 5 maart 1985, *Arr. Cass.*, 1984-85, 917, *Pas.*, 1985, I, 822 (cassatie omdat de strafrechter die beslist dat hij niet bevoegd is om de wettigheid van een gemeentelijke marktreglement te toetsen, art. 107 Gw. schendt); Cass., 7 juni 1983, *Arr. Cass.*, 1982-83, 1237, *Pas.*, 1983, I, 73; Cass., 11 september 1984, *Arr. Cass.*, 1984-85, 62, *Pas.*, 1985, I, 49 (bevoegdheid van de strafrechter om de hoogdringendheid m.b.t. het advies van de Raad van State te beoordelen).

⁶⁸ Zie bijvoorbeeld de rechtspraak waarin via art. 107 Gw. wordt getoetst of een gemeentelijk reglement waarbij het kappen van één enkele boom wordt verboden in strijd is met de wetgeving op de ruimtelijke ordening en stedenbouw: Luik, 12 december 1985, *Aménagement*, 1986, 111, en Pol. Hal, 16 juli 1976, *Rev. Comm. B.*, 1977, 30, *J.T.*, 1976, 711. Zie ook de kritische opmerkingen van ORBAN de XIVRY, E., «L'abattage d'arbres au regard de la loi sur l'urbanisme», *Aménagement*, 1987, (2), 4-5, en van SUETENS,

25. Een inbreuk op de wettigheid kan tevens bestaan in het schenden van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Daartoe behoren o.a. de zorgvuldigheid en de rechtszekerheid, maar ook het redelijkheidsbeginsel⁶⁹. Dit laatste kan een rol spelen bij het beoordelen van de door de administratie opgelegde lozingsvoorwaarden. Door een marginale toetsing zou de rechter een vergunning met manifest onredelijke voorwaarden kunnen sanctioneren⁷⁰. De rechter zou bijgevolg in uitzonderlijke situaties, waarin bijvoorbeeld exorbitante lozingsvoorwaarden worden opgelegd aan een reeds bestaande onderneming, kunnen onderzoeken of een dergelijke vergunning niet in strijd is met het redelijkheidsbeginsel indien deze exorbitante voorwaarden volledig onverwacht en zonder begeleidende maatregelen (zoals subsidies, overgangperiodes e.d.) worden opgelegd.

De wettigheidscontrole strekt zich ook uit tot een toetsing van de interne overheidsdaad aan wettelijk bekend gemaakte verdragen⁷¹. De rechter zou de betwiste administratieve rechtshandeling bijvoorbeeld kunnen toetsen aan het eerste lid van art. 1 van het toegevoegd protocol nr. 1 van het E.V.R.M. Deze bepaling beschermt het eigendomsrecht dat door de staat beperkt kan worden «om die wetten toe te passen welke hij noodzakelijk oordeelt om toezicht uit te oefenen op het gebruik van eigendom in overeenstemming met het algemeen belang...»⁷². In twee recente arresten tegen de staat Oostenrijk heeft het Europees Hof te Straatsburg beslist dat de geciteerde bepaling een evenwicht vereist tussen het algemeen belang om het eigendomsrecht te beperken en de bescherming van de fundamentele rechten⁷³. Bij vergunningsvoorwaarden die zo zwaar zijn dat zij de onmiddellijke sluiting van een onderneming zouden betekenen, zou de rechter, bij afwezigheid van begeleidende maatregelen, kunnen onderzoeken of dit evenwicht en bijgevolg art. 1 van het toegevoegd protocol nr. 1 is geschon- den. Als men aanneemt dat deze bepaling rechtstreekse werking heeft, zou de strafrechter die meent dat vergunningsvoorwaarden dermate exorbitant zijn dat zij het eigendomsrecht schenden, deze voorwaarden niet toepasselijk kunnen verklaren via art. 107 Gw.

L.P., «Ontbassing in de zin van de Wet op de Ruimtelijke Ordening en Stedenbouw», (noot onder Antwerpen, 21 april 1976), *R.W.*, 1976-77, 2154-2156. Zie verder m.b.t. ruimtelijke ordening: Brussel, 21 mei 1985, *Pas.*, 1985, II, 135.

⁶⁹ SUETENS, L.P., «Algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de rechtspraak van de Raad van State», *T.B.P.*, 1981, 81-89.

⁷⁰ Zie LAGASSE, D., *L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif, Essais sur les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration*, Brussel, Bruylant, 1986.

⁷¹ LAMBRECHTS, W., *Geschillen van bestuur*, 78.

Dit toegevoegd Protocol nr. 1 werd opgemaakt te Parijs op 20 maart 1952 en in België goedgekeurd bij de wet van 13 mei 1955 (*B.S.*, 19 augustus 1955).

⁷² Dit toegevoegd Protocol nr. 1 werd opgemaakt te Parijs op 20 maart 1952 en in België goedgekeurd bij de wet van 13 mei 1955 (*B.S.*, 19 augustus 1955). Zie over de toepassing van deze bepaling door de Raad van State: LEMMENS, P., «De Raad van State en de internationale Verdragen over de rechten van de mens», *T.B.P.*, 1987, (367), 379, en voor een overzicht van de rechtspraak: RIMANQUE, K. PEETERS, B. en VERMEIRE, L., *De toepassing van het E.V.R.M. in de praktijk*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 129-130.

⁷³ Europese Hof voor de Rechten van de Mens, arresten Poiss en Erkner/Hofauer, beide van 23 april 1987, *Publications de la Cour Européenne des droits de l'homme*, A 117, *N.J.B.*, 1987, 895.

26. Het resultaat daarvan voor het milieustrafrecht is dat de rechter de financiële problemen waartoe de naleving van de milieuwetgeving leidt, kan beoordelen bij de wettigheidscontrole van de lozingsvergunning. In extreme gevallen, waarin het naleven van de milieuregulering de onmiddellijke sluiting van een bedrijf zou betekenen bij gebrek aan begeleidende maatregelen, kan de rechter onderzoeken of de lozingsvergunning onwettig is als de voorwaarden manifest onredelijk waren of een schending vormden van het evenwichtsbeginsel zoals uitgewerkt in de arresten *Poiss* en *Erkner/Hofauer* van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. In het arrest van het Hof te Gent van 27 juni 1985 was er van onwettigheid van de vergunning geen sprake, daar zowel de ruime wettelijke overgangperiode (40 maanden), als een subsidieregeling (tot 45% van de kostprijs van een waterzuiveringsinstallatie) was voorzien.

Komt de strafrechter tot de conclusie dat de lozingsvergunning onwettig was, dan zal de overtreding van de lozingsvoorwaarden niet tot een strafrechtelijke veroordeling kunnen leiden wegens het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid. Wil de strafrechter, zonder schending van de scheiding der machten, een overtreder van manifest onredelijke lozingsvoorwaarden van bestraffing sparen, dan lijkt de wettigheidscontrole van art. 107 Gw. de aangewezen weg. Indien hij echter oordeelt dat de lozingsvergunning wettig was, maar dat overtreding van de vergunningsvoorwaarden niet tot veroordeling kan leiden wegens een sociaal-economische belangenafweging bij noodtoestand, dan neigt dit naar een toetsing van de sociaal-economische opportuniteit van de opgelegde lozingsvoorwaarden. Zulks doet wel vragen rijzen naar de verenigbaarheid met het staatsrechtelijk beginsel der scheiding der machten.

Dit betekent geenszins dat de taak van de strafrechter wordt gereduceerd tot een slaafse sanctionering van een lozingsvergunning. Wij wijzen slechts op de mogelijkheden die het administratief recht biedt om onredelijke vergunningsvoorwaarden te toetsen op grond van art. 107 Gw. Bovendien rijst het probleem van de scheiding der machten slechts indien de inbreuk bestaat in het niet-naleven van vergunningsvoorwaarden⁷⁴. Ook rijst dit probleem slechts bij noodtoestand daar deze rechtvaardigingsgrond een belangenafweging veronderstelt die neigt naar een toetsing van de opportuniteit van de lozingsvoorwaarden. Het spreekt echter voor zich dat de strafrechter alle mogelijkheden blijft behouden om op grond van het aangevoerde be-

wijsmateriaal te oordelen of de feiten bewezen zijn en om te onderzoeken of andere rechtvaardigings- of schuldopheffingsgronden van toepassing zijn.

4.3. De vervolgingsbeslissing van het openbaar ministerie

27. Tevens moet worden opgemerkt dat voordat een dergelijk dossier aan de strafrechter ter beoordeling wordt voorgelegd, het reeds de sluis van de vervolgingsbeslissing van het openbaar ministerie is gepasseerd. Daar het Belgisch strafprocesrecht het opportuniteitsbeginsel der vervolgingen kent, zou over een niet-vervolg van een misdrijf om sociaal-economische redenen eventueel geoordeeld kunnen worden bij de beslissing over vervolging door het O.M.⁷⁵ Als het O.M. ondanks de financiële problemen die de naleving van de strafwet voor de dader meebrengt, besluit om toch te vervolgen, komt het niet aan de strafrechter toe om «wegens opportuniteitsredenen» vrij te spreken. Dit zou indruisen tegen de bevoegdheidsverdeling tussen het openbaar ministerie en de strafrechter, zoals die bestaat in het Belgisch strafprocesrechtelijk bestel. Als het O.M. heeft geoordeeld dat er in het algemeen belang ernstige redenen voor vervolging zijn, is de strafrechter gebonden door de wet en kan hij niet van veroordeling afzien louter omdat naleving van de wet ernstige sociale implicaties zou hebben⁷⁶. De strafrechter mag de vervolgingsbeslissing immers niet herzien, noch zich uitspreken over de gegrondheid ervan; hij zou zich schuldig maken aan machtsoverschrijding indien hij de vervolgingsambtenaar verwijt vervolgingen te hebben ingesteld wegens laakbare redenen⁷⁷.

28. Ook deze bedenkingen leiden ertoe dat de strafrechter met een belangenafweging op grond van noodtoestand voorzichtig dient om te springen. De strafrechter dient zeker niet blindelings te veroordelen louter omdat het O.M. vervolgt, maar het probleem bij noodtoestand is dat noodtoestand i.t.t. andere rechtvaardigingsgronden op een belangenafweging is gebaseerd die reeds heeft plaatsgevonden in het opportuniteitsoordeel over de vervolging door het O.M. Wederom volgt daaruit dat de strafrechter ervoor moet waken de toepassing van noodtoestand tot uitzonderlijke situaties te beperken; een te ruime toepassing van noodtoestand zou een opportuniteitsoordeel over de vervolging uitmaken en in strijd zijn met de bevoegdheid van het O.M. Indien de strafrechter meent dat het algemeen

⁷⁵ Zie daarover DE NAUW, A., «Kontrolle over vervolging en seponering», in *Liber Amicorum Hermann Bekaert*, Gent, Snoeck-Ducaju, 1977, 75-95; DE NAUW, A., «De politieke verantwoordelijkheid voor het vervolgingsbeleid in België», *Delikt en Delinkwent*, 1978, 239-252.

⁷⁶ Dit veronderstelt natuurlijk wel dat er ook enige controle op het vervolgingsbeleid bestaat. Zie daarover de in de vorige voetnoot aangehaalde bijdragen van DE NAUW en CORSTENS, J., *Waarborgen rondom het vervolgingsbeleid*, IJmuiden, 1974.

⁷⁷ DE NAUW, A., «Schets van de structurele context van de vervolgingsbeslissing», *R.W.*, 1976-77, (1281), 1293-1294. (Deze bijdrage werd ook in het Frans gepubliceerd onder de titel «La décision de poursuivre. Instruments et mesures», *R.D.P.*, 1976-77, 449-475.) Deze auteur wijst er eveneens terecht op dat de strafrechter niet de bevoegdheid heeft de beklaagde vrij te spreken indien het bewezen verklaard misdrijf niet te ernstig is; de vraag van al dan niet vervolgen staat voor de strafrechter immers niet meer ter discussie.

⁷⁴ De meeste misdrijven in het milieustrafrecht bestaan evenwel in de schending van een vooraf vastgelegde administratieve plicht. Het bezit van een vergunning werkt strafrechtelijk vaak als rechtvaardiging. Bijvoorbeeld inzake oppervlaktewaterverontreiniging is de wettelijke strafbaarstelling niet meer vervuld indien de vervuiler over een lozingsvergunning beschikt en de voorwaarden naleeft. Dit wordt in Duitsland de *Verwaltungsakessorietät* van het milieustrafrecht genoemd. Zie daarover ALBRECHT, H.J., HEINE, G. en MEINBERG, V., «Umweltschutz durch Strafrecht?», *ZStW*, 1984, (943), 955-960; HEINE, G. en MEINBERG, V., *Empfehlen sich Änderungen im strafrechtlichen Umweltschutz, insbesondere in Verbindung mit dem Verwaltungsrecht?*, Gutachten für den 57. Deutschen Juristentag, Freiburg, 1988, 36-45, en TIEDEMANN, K., *Die Neuordnung des Umweltstrafrechts*, Berlin, Walter de Gruyter, 1980, 25-41.

belang niet is gebaat bij een strenge bestraffing, heeft hij trouwens wettelijke middelen genoeg om dit kenbaar te maken bij de straftoemeting⁷⁸.

§ 5. De noodtoestand in Duitsland

29. Men zou een ruime bevoegdheid van de strafrechter om te oordelen op grond van een economische belangenafweging eventueel wel kunnen verwachten in een rechtssysteem waar men niet het principe van de opportuniteit der vervolgingen kent. In de Duitse Bondsrepubliek vervolgt het O.M. op grond van het legaliteitsprincipe. Aangezien het O.M. daar in principe tot vervolgingen *moet* overgaan, zijn de mogelijkheden voor de strafrechter, om bagatelcriminaliteit van vervolging uit te sluiten, groter. De fuik die moet voorkomen dat vergrijpen die slechts een geringe verstoring van de sociale orde veroorzaken, in het strafrechtelijk apparaat komen, bevindt zich dan niet op het niveau van het O.M., maar bij de strafrechter; bijgevolg zou men daar dan ook een bevoegdheid voor de strafrechter om op grond van opportuniteitsoverwegingen vrij te spreken kunnen verwachten⁷⁹.

Men ziet in § 34 van het Duitse Strafwetboek een uitdrukkelijke bepaling in verband met noodtoestand («rechtvaardigender Notstand»⁸⁰). In Duitsland bestaat bijgevolg wel een wettelijke grondslag om op grond van belangenafweging tot strafuitsluiting te komen, maar dit past dan ook in een andere verhouding tussen strafrechter en openbaar ministerie.

Belangrijk is bovendien dat de doctrine aanneemt dat in de opsomming van de rechtsgoederen in § 34 StGB een hiërarchie schuilt. Daaruit volgt dat men zich nooit op noodtoestand zou kunnen beroepen om eigendom of een ander rechtsgoed te beschermen indien daardoor gevaar voor leven of gezondheid zou ontstaan⁸¹. Derhalve wordt in de Duitse rechtsleer en rechtspraak aangenomen dat bij een dergelijke rechtsgoederenafweging economische belangen steeds het onderspit moeten delven als bescherming daarvan tot het in gevaar brengen van het leven of de ge-

zondheid van anderen leidt⁸². Met betrekking tot waterverontreiniging werd dienaangaande dan ook beslist: «Um die Produktion aufrechterhalten zu können und damit die Arbeitsplätze zu sichern, darf nicht eine Gesundheitsschädigung oder eine schwerwiegende Gefährdung eines Gewässers als Mittel zur Abwehr der Gefahr für das geschützte Rechtsgut eingesetzt werden»⁸³. In de Duitse Bondsrepubliek zou men op grond van het ander vervolgingsprincipe een ruimere bevoegdheid voor de strafrechter om vrij te spreken op grond van een economische belangenafweging kunnen verwachten, mede omdat noodtoestand daar uitdrukkelijk in het Strafwetboek is geregeld. Rechtspraak en rechtsleer zijn het er in Duitsland nochtans over eens dat sociaal-economische moeilijkheden die de naleving van milieuregulering met zich brengt nooit tot een vrijspraak kunnen leiden bij overtreding van milieuwetgeving, indien daardoor schade aan het milieu wordt toegebracht.

§ 6. Besluit

30. De naleving van milieuwetgeving kan een belangrijke financiële inspanning vergen van het bedrijfsleven. Hier werd uiteengezet dat de beoordeling van de eruit voortvloeiende sociaal-economische problemen door de strafrechter dikwijls tot moeilijkheden leidt. In het strafrechtsdogmatische vlak is het duidelijk dat deze problemen veel eerder bij noodtoestand dan bij overmacht of afwezigheid van alle schuld thuishoren. De ondernemer die voor de keuze wordt gesteld tussen de overtreding van de milieuwetgeving met de daaruit voortvloeiende milieuschade en de bescherming van sociaal-economische belangen, beschikt immers over wilsvrijheid; ook is dit geen probleem dat de dader *in personam* raakt. De sociaal-economische moeilijkheden waartoe de naleving van de milieuwetgeving leidt, dienen bijgevolg bij het wederrechtelijkheidsoordeel en niet bij de schuldvraag te worden betrokken.

De toepassing van noodtoestand leidt echter tot meer problemen omdat noodtoestand een belangenafweging veronderstelt tussen het geschonden belang (milieubescherming) en het beschermde belang (bescherming van onderneming en tewerkstelling). Deze afweging heeft reeds op andere beslissingsmomenten plaatsgevonden (wetgever, administratie, openbaar ministerie), zodat de mogelijkheden van een belangenafweging op grond van noodtoestand tot hoogst uitzonderlijke situaties beperkt blijven.

De beschreven problemen rijzen overigens voornamelijk omdat in België, in tegenstelling tot de toepassing van de *rechtvaardigender Notstand* in Duitsland, geen duidelijke hiërarchie in de rechtsgoederen wordt aangegeven. Dit leidt

⁷⁸ DE NAUW, A., o.c., R.W., 1976-77, 1294. Sommige auteurs menen dan ook dat, indien de naleving van de milieuwetgeving voor een ondernemer tot grote sociaal-economische moeilijkheden leidt, hiermee rekening kan worden gehouden bij de straftoemeting: DESPAX, M., l.c. De strafrechter zou ook gebruik kunnen maken van de wet op de opschorting, het uitstel en de probatie zoals de Correctionele Rechtbank te Brugge in een vonnis van 15 oktober 1986 deed (dit vonnis is elders in dit nummer gepubliceerd).

⁷⁹ Foriers schrijft m.b.t. Duitsland: «Dans ces pays, le non-lieu à l'instruction étant beaucoup moins aisé, le juge du fond a tout naturellement été amené à examiner l'opportunité de la condamnation, et, dès lors, à appliquer expressément l'état de nécessité en lui reconnaissant sa légitimité» (FORIERS, P., o.c., 25).

⁸⁰ «Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut eine Tat begeht, um die Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, handelt nicht rechtswidrig, wenn bei Abwägung der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren, das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt. Dies gilt jedoch nur, soweit die Tat ein angemessenes Mittel ist, die Gefahr abzuwenden.»

⁸¹ DREHER, E. en TRONDLE, H., *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 197-206, i.h.b., nr. 10.

⁸² SCHÖNKE, A. en SCHRÖDER, H., *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 21e dr., München, Beck, 1982, p. 452, nr. 23.

⁸³ Staatsanwaltschaft Mannheim, 16 februari 1976, N.J.W., 1976, 585; Oberlandesgericht Stuttgart, 12 april 1976, *Der Betrieb*, 1977, 347, voortbouwend op een principearrest van het Bundesgerichtshof, 13 maart 1975, gepubliceerd in TIEDEMANN, K., *Die Neuordnung des Umweltstrafrechts*, Berlin, Walter de Gruyter, 1980, 58-62, en met bespreking door DALLINGER, W., «Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen», *Monatschrift für Deutsches Recht*, 1975, (722), 723. Zie ook MÜLLER, R., «Strafverfolgung der Vergehen gegen das Bundeswasserhaushaltsgesetz», N.J.W., 1964, 1351-1353.

ertoe dat de strafrechter in elk individueel vervuilingsgeval zou moeten nagaan of de bescherming van de oppervlaktewateren dan wel de tewerkstelling de hogere, en bijgevolg de beschermenswaardige norm, is. Om dergelijke rechtsonzekerheid te vermijden ware het beter, naar het voorbeeld van § 34 StGB een hiërarchie van de rechtsgoederen vast te leggen. Daarbij wordt het onderzochte probleem meteen denkbeeldig omdat het inroepen van noodtoestand ter bescherming van sociaal-economische belangen steeds is uitgesloten indien door de wetsovertreding gevaar voor waterverontreiniging dreigt.

31. *De lege lata* dient de strafrechter voorzichtig om te springen met de toepassing van noodtoestand indien deze wordt ingeroepen ter rechtvaardiging van milieuverontreiniging. Eerst zal hij dienen na te gaan of het misdrijf een inbreuk op een administratieve plicht vormt. Is dit het geval, bijvoorbeeld omdat de beklaagde wordt verdacht van schending van de lozingsvoorwaarden, dan is een toetsing van de betrokken administratieve rechtshandeling op grond van art. 107 Gw. mogelijk. Indien de rechter vaststelt dat de lozingsvergunning onwettig was, dient de beklaagde te worden vrijgesproken omdat de handeling niet wederrechtelijk was. Indien de lozingsvergunning wettig wordt bevonden, zal de strafrechter ervoor dienen te waken dat hij de genomen administratieve beslissing respecteert. Een vrijspraak op grond van een belangenafweging bij noodtoestand lijkt slechts mogelijk indien daardoor niet

impliciet een oordeel over de opportuniteit van de lozingsvoorwaarden wordt gegeven. Noodtoestand lijkt zich dan te beperken tot situaties die voor de administratie niet voorzienbaar waren bij het vastleggen van de vergunningsvoorwaarden.

Voor het overige — en het spreekt voor zich dat dit ook geldt indien de inbreuk niet bestaat in de schending van een administratieve plicht — dient de strafrechter na te gaan of de strenge voorwaarden voor de toepassing van noodtoestand vervuld zijn. Zo zal hij moeten nagaan of het dreigend gevaar (de sluiting van de onderneming) actueel en zeker is en of de overtreding van de milieuwetgeving door de gerezen financiële moeilijkheden absoluut onvermijdelijk wordt. Ook zal de strafrechter er bij de beoordeling van noodtoestand rekening mee moeten houden dat het belangenconflict tussen milieubescherming en bescherming van sociaal-economische belangen veelal reeds door de wetgever is beslecht en zal hij deze beslissing dienen te respecteren, d.w.z. de milieuwetgeving moeten toepassen. Bijgevolg kan noodtoestand slechts worden toegepast indien de naleving van de wet zou leiden tot door de wetgever niet gewilde gevolgen en indien vaststaat dat de sociale schade die zou voortvloeien uit de naleving van de wet, veel groter is dan de schade die wordt veroorzaakt door de wetsinbreuk.

Michael FAURE

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 27 NOVEMBER 1987

Voorzitter : de h. Janssens

Raadsheer-rapporteur : de h. Soetaert

Advocaat-generaal : de h. du Jardin

Advocaten : mrs. Houtekier en Nelissen Grade

Huwelijk — Borgstelling die de belangen van het gezin in gevaar brengt — Activiteit — Goede trouw van schuldeiser.

Krachtens art. 224, § 1 en sub 4, B.W. kunnen de door een van de echtgenoten gestelde zekerheden die de belangen van het gezin in gevaar brengen, nietig worden verklaard.

Die bepaling maakt geen onderscheid tussen borgstellingen in verband met een beroepsactiviteit en andere.

De goede trouw van de schuldeiser-medecontractant staat de nietigverklaring niet in de weg.

N.V. F. t/ F. en Van G.

Gelet op het bestreden arrest, op 28 oktober 1985 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 97 van de Grondwet, 224, § 1, 1415, 1417, eerste lid, en 1422, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek, gewijzigd bij de wet van 14 juli 1976,

doordat het arrest op vordering van verweerster de vier borgstellingen, door verweerder tegenover eiseres, nietig verklaart en diensgevolge de door eiseres tegen verweerder ingestelde vordering tot betaling van de som van 218.222 frank afwijst, op grond: «dat de vraag of het (hof van beroep), voor het beoordelen van de omstandigheid of de borgstelling al dan niet de gezinsbelangen in gevaar brengt, zich moet stellen op het tijdstip dat de borgstelling wordt aangegaan dan wel op het tijdstip dat het gevaar gerealiseerd wordt, ter zake volkomen irrelevant is; dat immers reeds op het ogenblik van die borgstellingen, vaststond dat F. reeds zo zware verplichtingen had aangegaan, zonder enige redelijke zekerheid dat die verplichtingen ooit het gezin ten goede zouden komen, dat elke bijkomende verbintenis de gezinsbelangen in gevaar bracht; dat het gezinsbelang een ruimer begrip is dan het gemeenschappelijk vermogen; dat eiseres opwerpt dat artikel 224 van het Burgerlijk Wetboek niet van toepassing zou zijn zo de borgstelling om beroepsdoeleinden werd aangegaan; dat eiseres daarbij steunt op artikel 1417, lid 1, Burgerlijk Wetboek (de echtgenoot die een beroep uitoefent, verricht alle daartoe noodzakelijke bestuurshandelingen alleen); dat een borgstelling geen bestuurshandeling is maar een daad van beschikking; dat trouwens uit de algemeenheid van de termen van artikel 224 van het Burgerlijk Wetboek moet worden besloten dat geen onderscheid moet worden gemaakt tussen een zekerheid, gegeven in het raam van een beroepsactiviteit of in het raam van het privé-leven; dat het (hof

van beroep) niet dient in te gaan op de twistvraag, of de sanctie van artikel 224 van het Burgerlijk Wetboek verplicht of facultatief is, daar het alleszins van oordeel is dat er in deze zaak redenen te over zijn om de borgstelling nietig te verklaren; dat de eventuele goede trouw van (eiseres) geen belang heeft en zij wist of moest weten dat, sedert de inwerkingtreding van de wet van 14 juli 1976, de nietigverklaring van een borgstelling, zonder de medewerking van de andere echtgenoot, minstens mogelijk zoniet verplicht was»,

terwijl, eerste onderdeel, de kwestie of de door F. verleende persoonlijke zekerheden de belangen van zijn gezin in gevaar brachten door de rechter in concreto dient beoordeeld te worden; nu eiseres in haar conclusie uitdrukkelijk staande hield dat de onderhavige borgstellingen geschied waren met beroepsdoeleinden, namelijk om een restaurant te exploiteren om de broodwinning van het gezin te verzekeren, het arrest, volgens hetwelk de reeds bestaande verplichtingen zo zwaar waren dat elke bijkomende verbintenis de gezinsbelangen in gevaar bracht, deze kwestie niet in concreto beoordeelt (schending van artikel 224, § 1, van het Burgerlijk Wetboek); het arrest tevens onvoldoende op het verweer van eiseres antwoordt (schending van artikel 97 van de Grondwet);

tweede onderdeel, het arrest ten onrechte beslist dat de borgstelling niet door F., die een beroep uitoefent, alleen verricht zou kunnen worden, omdat de borgstelling geen daad van bestuur maar een daad van beschikking is; immers het bestuur alle bevoegdheden van beheer, genot en beschikking omvat, zodat het arrest ten onrechte beslist dat F. de bevoegdheid niet had om alleen de borgstellingen te verlenen (schending van de artikelen 1415, 1417, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek); daarbij F., die zoals ten deze, alleen een eigen beroep uitoefende, de bevoegdheid had om borgstellingen voor zijn beroep te verstrekken, die niet kunnen worden vernietigd, ook al brengen zij de belangen van het gezin in gevaar (schending van de artikelen 224, § 1, en 1417, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek).

derde onderdeel, het arrest ten onrechte beslist dat de gebeurlijke goede trouw van eiseres geen belang heeft en zij wist of moest weten dat ten deze de nietigverklaring mogelijk was; immers in geval van goede trouw van eiseres, die tegenover verweerster een derde-contractant is, er geen grond was tot vernietiging van de borgstelling, zodat de goede trouw van eiseres wel belang heeft (schending van de artikelen 224, § 1, en 1422, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek); daarbij het enkele feit dat eiseres wist of moest weten dat deze borgstellingen vernietigd konden worden, geenszins inhoudt dat zij niet te goeder trouw was, te meer daar eiseres in haar aanvullende conclusie uitdrukkelijk stelde dat zij met F. ervan overtuigd was dat de leningen en de betrokken borgstellingen dienden om het gezin te bevrijden van de bestaande leningslast door het oprichten van een bedrijf; het arrest dientengevolge zijn beslissing niet wettelijk rechtvaardigt (schending van de artikelen 224, § 1, en 1422, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek) en het verweer van eiseres betreffende haar goede trouw onvoldoende beantwoordt (schending van artikel 97 van de Grondwet):

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat het arrest, blijkens de context, de be-

slissing dat de bestaande verplichtingen reeds zo zwaar waren dat elke bijkomende verbintenis de belangen van het gezin in gevaar bracht, laat steunen op een reeks feiten, waaronder zowel het doel van de borgstelling als de reeds bestaande verbintenissen worden vermeld;

Dat het onderdeel feitelijke grondslag mist;

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat artikel 224, § 1 en sub 4, van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat, «op verzoek van de andere echtgenoot en onverminderd toekenning van schadevergoeding, kunnen worden nietigverklaard», onder meer «de persoonlijke zekerheden door een der echtgenoten gesteld, die de belangen van het gezin in gevaar brengen»; dat deze bepaling geen onderscheid maakt tussen borgstellingen in verband met een beroepsactiviteit en andere;

Overwegende dat het arrest, met de overweging «dat trouwens uit de algemeenheid van de termen van artikel 224 van het Burgerlijk Wetboek moet worden besloten dat geen onderscheid moet worden gemaakt tussen een zekerheid, gegeven in het raam van een beroepsactiviteit of in het raam van het privé-leven», waarop het de beslissing grondt, de voormelde wetsbepaling niet schendt;

Dat het onderdeel, dat voor het overige opkomt tegen een ten overvloede gegeven reden, niet kan worden aangenomen;

Wat het derde onderdeel betreft:

Overwegende dat het middel niet nader aangeeft waarin artikel 1422 van het Burgerlijk Wetboek, betreffende het bestuur van het gemeenschappelijk vermogen, zou zijn geschonden;

Dat het onderdeel in zoverre niet ontvankelijk is;

Overwegende voor het overige, dat de goede trouw van de schuldeiser-medecontractant aan de in artikel 224, § 1 en sub 4, van het Burgerlijk Wetboek bepaalde nietigverklaring van persoonlijke zekerheden, door een echtgenoot gesteld, die de belangen van het gezin in gevaar brengen, niet in de weg staat;

Overwegende dat het hof van beroep dat, na te hebben geoordeeld «dat in deze zaak redenen te over zijn om de nietigheid van de borgstelling te verklaren», beslist dat de goede trouw van eiseres ter zake geen belang heeft, aldus antwoordt op de conclusie van eiseres desaan gaande en artikel 224 van het Burgerlijk Wetboek niet schendt;

Dat het onderdeel niet kan worden aangenomen;

(...)

NOOT—Zie supra p. 273 e.v. het artikel van N. Geelhand, «De borgstelling (art. 224, § 1 en sub 4, B.W.) of de confrontatie tussen gezinsbelang, autonomie en derdenbescherming».

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 4 JANUARI 1988

Voorzitter: de h. Bosly

Raadsheer-rapporteur: de h. Rappe

Advocaat-generaal: mevr. Liekendaal

Advocaten: mrs. Kirkpatrick en van Hecke

Minder-validen — Tegemoetkomingen — Uitbetalingsvoorwaarden — Plaatsing in psychiatrische inrichting — Uitsluitend ten laste van openbare besturen — Begrip

Niet uitsluitend ten laste van de openbare besturen geplaatst is de minder-valide die ten laste van zijn ouders en van het ziekenfonds van zijn vader in een psychiatrische inrichting is geplaatst.

B. t/ Belgische Staat, minister van Sociale Voorzorg

Gelet op het bestreden arrest, op 24 december 1984 door het Arbeidshof te Bergen gewezen ;

(...)

Overwegende dat artikel 56, eerste lid, van het koninklijk besluit van 17 november 1969 houdende algemeen reglement betreffende het toekennen van tegemoetkomingen aan de minder-validen, bepaalt dat «de tegemoetkoming niet wordt uitbetaald voor de duur van hun opnemings, aan de minder-validen die uitsluitend ten laste van de openbare besturen geplaatst zijn in de afdeling voor krankzinnigen van een openbare of particuliere instelling die bestemd is om krankzinnigen of geesteszieken te ontvangen» ;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat de minder-valide ten laste van zijn ouders en van het ziekenfonds van zijn vader in een psychiatrisch centrum is geplaatst, en dat het ziekenfonds het grootste deel van die kosten heeft gedragen ;

Dat het arrest aldus niet vaststelt dat de betrokkene uitsluitend ten laste van de openbare besturen was geplaatst ;

Dat het arrest, door te steunen op het feit dat het ziekenfonds de voornaamste financiële bijdragen leverde, om te beslissen dat K.T. tijdens de duur van zijn plaatsing in een psychiatrische inrichting de «bijzondere tegemoetkoming en a fortiori de verhoging» niet kan ontvangen, artikel 56, eerste lid, van het koninklijk besluit van 17 november 1969 schendt ;

(...)

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 12 FEBRUARI 1988

Voorzitter : de h. Janssens

Raadsheer-rapporteur : de h. Matthijs

Advocaat-generaal : de h. Tillekaerts

Advocaat : mr. Bützler

Aanneming van werk — Bezaaiing en beplanting aan autoweg — Bijdrage aan Opzoekingscentrum voor de wegenbouw

Niet naar recht verantwoord is het arrest dat aanneemt dat de door een bedrijf verrichte werkzaamheden van bezaaiing en beplanting aan een autoweg werkzaamheden zijn die aanverwant zijn aan de aanleg en het onderhoud van de wegen en dat zij onder meer tot doel hebben de gronden ervan te stabiliseren, maar beslist dat die werkzaamheden niet vallen onder art. 2 van het K.B. van 5 mei 1952 en dat

het bedrijf derhalve niet als aannemer van wegenwerken kan worden aangemerkt.

Opzoekingscentrum voor de Wegenbouw t/ P.V.B.A. J.

Gelet op het bestreden arrest, op 23 april 1986 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen ;

Over het middel : schending van de artikelen 2 en 4 van het koninklijk besluit van 5 mei 1952 waarbij het verzoekschrift van het Verbond der Belgische Aannemers van Wegenwerken strekkende tot het erkennen van het «Opzoekingscentrum voor de Wegenbouw» en het goedkeuren van zijn statuten, wordt ingewilligd ;

doordat het hof van beroep eisers rechtsvordering ongegrond verklaart, na te hebben aangenomen dat de opsomming in vermeld artikel 2 van «aanverwante werken», waaruit de bijzonderste of bijkomende werkzaamheid kan bestaan van de aannemers om als aannemers van wegenwerken te worden beschouwd, slechts enuntiatief is en door andere aanverwante werken kan worden aangevuld, alsmede dat «beplantingen en aanleg van grasgewassen evenals het onderhoud ervan» aan wegenwerken «aanverwant» zijn omdat zij de gronden van taluds en bermen stabiliseren en tegen erosie en verzakking beschermen en omdat zij de veiligheid op de weg verhogen door als visueel scherm en veiligheidsbarrière op de middenbermen te fungeren, op grond : «dat dit verband met de wegenbouw evenwel niet volstaat om de door (verweerster) uitgevoerde werkzaamheden te classificeren als aanverwante werken in de zin van voornoemd artikel 2 ; dat (dit) een overname is van het verzoekschrift op 24 oktober 1950 ingediend door het Verbond der Belgische Aannemers van Wegenwerken, strekkend tot de toepassing van de besluitwet van 30 januari 1947 ; dat uit de redactie van artikel 2 volgt dat alle als aanverwante werken opgesomde werkzaamheden, zonder uitzondering, bewerkingen en verrichtingen zijn met een gemeenschappelijke techniek, eigen aan de bedrijfstak van de aannemers van wegenwerken en derhalve enkel met aanverwante werken, behorend tot deze bedrijfstak, kunnen worden aangevuld ; dat aanleg en onderhoud van beplantingen en bezaaiingen zich hiervan duidelijk onderscheiden ; dat uit de aan het koninklijk besluit van 5 mei 1952 voorafgaande, overwegingen alsmede uit het navolgende bijvoegsel, vermeldend de statuten van (eiser), eveneens volgt dat de aannemers van wegenbouwwerken beoogden de techniek bij de wegenbouw te verbeteren door de wetenschappelijke bestudering van de gronden en hun stabilisatie en also het centrum op te richten met als doel 'de aansporing tot het wetenschappelijk en technologisch onderzoek, met het oog op de verbetering van de wegbekledingen en van de constructiemethodes' ; dat, aangaande de wegbekleding, de bestudering 'alle inheemse en vreemde materialen' tot voorwerp heeft en zich bijgevolg niet tot de bestudering van beplanting uitstrekt ; dat, hoe sterk de technische vooruitgang van de wegenbouw zich ook moge ontwikkelen, de studie ervan, beroepshalve, alleen 'in het voordeel is van de aannemers van wegenwerken' en zich derhalve toespit op de gemeenschappelijke techniek en constructiemethodes van de in onderhavig artikel 2 opgenomen werkzaamheden, die tot de specifieke bedrijfstak van de aannemers van wegenwerken behoren ; dat de door (verweerster) uitgevoerde aannemingswerken niet vallen onder de in artikel 2 bedoel-

de aanverwante werken en (verweerster) derhalve niet als aannemer van wegenwerken kan worden beschouwd; dat luidens de drie overgelegde bestekken de onderhavige aannemingswerken worden gerangschikt onder categorie 4, en (verweerster) hiertoe enkel een getuigenschrift van erkenning onder categorie beplantingen diende te hebben; dat de erkenning in deze ondercategorie geen erkenning in de categorie 'wegenbouwkundige werken' in de zin van het koninklijk besluit van 5 mei 1952 meebrengt, en (verweerster) hierdoor niet wordt opgenomen in de bedrijfstak der aannemers van wegenwerken die gehouden zijn tot het betalen van bijdragen voorgeschreven door het voormeld koninklijk besluit; dat (eiser) niet aantoonde dat (verweerster) tot de werkkring van het Opzoekingscentrum van de Wegenbouw behoort zodat (verweerster) niet bijdrageplichtig is», (...)

Overwegende dat artikel 2 van het koninklijk besluit van 5 mei 1952, waarbij het verzoekschrift van het Verbond der Belgische Aannemers van Wegenwerken strekkende tot het erkennen van het «Opzoekingscentrum voor de Wegenbouw» en het goedkeuren van zijn statuten, wordt ingewilligd, bepaalt: «Voor de toepassing van dit besluit, worden uitsluitend als aannemers van wegenwerken beschouwd, de natuurlijke en rechtspersonen wier bijzonderste of bijkomende werkzaamheid bestaat in het aanleggen, herstellen en/of onderhouden van wegen, straten, pleinen, bruggen, banen voor vliegtuigen, met inbegrip van alle aanverwante werken, zoals namelijk signalisering en bebakening, rioleeringswerken, opritten, voet- en fietspaden, kleine kunstwerken»;

Dat uit de Franse tekst van dit artikel en uit de overwegingen die aan het koninklijk besluit voorafgaan, blijkt dat «grondwerken» («terrassements») eveneens als aanverwante werken worden beschouwd;

Overwegende dat, krachtens artikel 4, eerste lid, van voormeld koninklijk besluit, alle firma's die onder het Centrum ressorteren, gehouden zijn aan dat centrum een jaarlijkse bijdrage te betalen, vastgesteld op 1/2% van het totaal bedrag der in de loop van het dienstjaar uitgevoerde werken hetzij ingevolge openbare of beperkte oproepen voor aanbesteding, hetzij ingevolge onderhands gesloten contracten;

Overwegende dat het koninklijk besluit in voorafgaande overwegingen onder meer vermeldt «dat de wetenschappelijke bestudering van de gronden en hun stabilisatie, waarover tot nog toe slechts beperkte opzoekingen werden gedaan, buitengewoon belangrijk is en actief moet worden voortgezet wegens de toenemende snelheid van het wegverkeer en wegens het toenemend gewicht der voertuigen en der vrachten; (...) dat het in het voordeel is zowel van de aannemers van wegenwerken als van de Staat, de provinciale en gemeentelijke administratie en de weggebruikers, een Opzoekingscentrum voor de Wegenbouw op te richten, belast met de bestudering van de gronden, van betere bekledingen en funderingen der wegen, evenals van de best passende techniek; (...) dat een dergelijk Centrum in staat zou zijn een weldoende invloed uit te oefenen op het opmaken van de lastkohieren en de normalisering van de aan te wenden materialen»;

Overwegende dat artikel 3 van de statuten van het «Opzoekingscentrum voor de Wegenbouw» die bij het konink-

lijk besluit zijn gevoegd, bepaalt dat dit centrum onder meer tot doel heeft: «de aansporing tot het wetenschappelijk en technologisch onderzoek, met het oog op de verbetering van de wegbekledingen en van de constructiemethodes: a) door de gestadige bestudering en opzoekingen, in speciale uitgeruste laboratoria, van alle inheemse en vreemde materialen, die van aard zijn om economisch bij de wegbekledingen aangewend te worden; b) door de oprichting van een bestendige studie- en documentatiedienst voor de technische vooruitgang van de wegenbouw»;

Overwegende dat artikel 2 van het koninklijk besluit van 5 mei 1952 alle aannemers van werken die de aanleg, het herstel en het onderhoud van de openbare wegen betreffen, aan dit besluit heeft willen onderwerpen; dat dit artikel louter bij wijze van voorbeeld enkele gevallen van aanverwante werken aanduidt;

Overwegende dat het arrest constateert dat verweerster aan de autoweg E3 werken van «onderhoud en aanleg van bezaaiingen en beplantingen» heeft uitgevoerd en oordeelt dat die werken «aan wegenwerken aanverwant zijn, omdat zij de gronden van taluds en bermen stabiliseren en tegen erosie en verzakking beschermen, en zij de veiligheid op de weg verhogen door als visueel scherm en veiligheidsbarrière op de middenbermen te fungeren»;

Overwegende dat het arrest, nu het aanneemt dat de door verweerster uitgevoerde werken aanverwant zijn aan de aanleg en het onderhoud van de wegen en dat zij onder meer tot doel hebben de gronden ervan te stabiliseren, niet wettig beslist «dat de door (verweerster) uitgevoerde aannemingswerken niet vallen onder de in artikel 2 voorziene aanverwante werken en (verweerster) derhalve niet als aannemer van wegenwerken kan worden beschouwd»;

Dat het middel gegrond is;

(...)

NOOT—Vgl. Hof Gent, 16 oktober 1987, *R.W.*, 1987-88, 578.

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 8 MAART 1988

Voorzitter: de h. Boon

Raadsheer-rapporteur: de h. De Peuter

Advocaat-generaal: de h. Declercq

Advocaat: mr. Delahaye.

Verzekering — Motorrijtuigen — Tussenkost van de verzekeraar bij de strafrechter — Strekking.

De tussenkost van de W.A.M.-verzekeraar mag niet strekken om, zelfs indirect, de rechten die de verzekeraar kan doen gelden tegenover de verzekerde of de verzekeringnemer, door het strafrecht te laten bepalen.

De door de verzekeraar tegen de verzekeringnemer genomen conclusie doet tussen hen bij de strafrechter geen geding ontstaan.

N.V. D. t/ B.

Gelet op het bestreden vonnis, op 8 mei 1987 in hoger beroep gewezen door de Correctionele Rechtbank te Brussel;

Overwegende dat er voor de feitenrechter in hoger beroep geen geding aanhangig was tussen eiseres en verweerder en dat het vonnis ten voordele van de ene en ten laste van de andere geen veroordeling uitspreekt;

Overwegende dat de tussenkomst van de verzekeraar, krachtens artikel 9, vierde lid, in fine, van de wet van 1 juli 1956 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen niet ertoe mag strekken, zelfs onrechtstreeks, de rechten die de verzekeraar kan doen gelden tegenover de verzekerde of de verzekeringnemer door het strafgerecht te laten bepalen; dat de door eiseres genomen conclusie geen geding tussen eiseres en verweerder deed ontstaan;

Dat de voorziening niet ontvankelijk is;

(...)

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 13 APRIL 1988

Voorzitter: de h. Screvens

Raadsheer-rapporteur: de h. Stranard

Advocaat-generaal: mevr. Liekendaal

Advocaat: mr. Simont

Onrechtmatige daad — Schade en schadeloosstelling — Materiële schade — Herstel — Raming — Vernield voertuig — B.T.W.

De persoon aan wie ten gevolge van een onrechtmatige daad een zaak is ontnomen, heeft recht op herstel van zijn vermogen door teruggave van die zaak.

Wanneer teruggave niet mogelijk is, heeft hij recht op de vervangingswaarde van de zaak, d.i. op het bedrag dat nodig is om zich een soortgelijke zaak aan te schaffen.

Wanneer hij geen B.T.W.-plichtige is en dus de belasting niet kan aftrekken noch terugkrijgen van de Staat, omvat het voor de aanschaf nodige bedrag die belasting.

N.V. A. t/ C. en J.

Gelet op het bestreden vonnis, op 20 november 1986 in hoger beroep gewezen door de Correctionele Rechtbank te Charleroi;

(...)

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

doordat, als vaststaande aangenomen dat het aan de burgerlijke partij toebehorend voertuig in het litigieuze ongeval is vernield en dat de eigenaar het niet heeft vervangen, het bestreden vonnis, rechtdoende over de vordering van de burgerlijke partij, beklagde niettemin veroordeelt tot betaling van een bedrag van 27.000 frank, zijnde de belasting over de toegevoegde waarde op de waarde van het voertuig vóór het ongeval, op grond dat «de veroorzaker van een ongeval verplicht is de benadeelde schadeloos te stellen

voor het door hem geleden vermogensverlies dat niet alleen de waarde van het voertuig op de dag van het ongeval maar ook de daarvoor voordien betaalde belasting omvat»;

terwijl hij die door een ongeval het totale verlies veroorzaakt van een voertuig dat aan een ander toebehoort aan de benadeelde alleen de belasting over de toegevoegde waarde moet terugbetalen die laatstgenoemde werkelijk betaald heeft bij de aankoop van een vervangingsvoertuig, waaruit volgt dat het bestreden vonnis dat, ofschoon het niet betwist dat verweerder het vernielde voertuig niet door een ander heeft vervangen, hem een bedrag toekent ten belope van de belasting over de toegevoegde waarde berekend op de waarde van het vernielde voertuig vóór het ongeval, de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek schendt door eiseres te veroordelen tot vergoeding van een schade die het slachtoffer niet geleden heeft;

Overwegende dat het middel niet preciseert in welk opzicht het vonnis artikel 97 van de Grondwet schendt; dat het middel, in zoverre het de schending van die grondwettelijke bepaling aanvoert, niet ontvankelijk is;

Overwegende dat voor het overige de persoon aan wie ten gevolge van een onrechtmatige daad een zaak is ontnomen recht heeft op herstel van zijn vermogen door teruggave van de zaak die hem is ontnomen; dat derhalve wanneer teruggave niet mogelijk is, het slachtoffer recht heeft op de vervangingswaarde van die zaak, dat is op het bedrag dat nodig is om zich een gelijkaardige zaak aan te schaffen;

Overwegende dat, wanneer het slachtoffer geen B.T.W.-plichtige is en dus die belasting niet kan aftrekken of van de Staat kan terugkrijgen overeenkomstig het Wetboek betreffende de belasting over de toegevoegde waarde, het bedrag dat voor die aankoop nodig is die belasting omvat;

Overwegende dat ten deze uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan blijkt dat de verweerder C., verzekerde van eiseres, als enige aansprakelijk is verklaard voor het ongeval dat het totale verlies van het aan de verweerder J. toebehorend voertuig heeft veroorzaakt; dat uit de processtukken niet blijkt en dat eiseres niet betoogt dat verweerder B.T.W.-plichtig zou zijn;

Overwegende dat derhalve het vonnis, door aan de verweerder J. ter vergoeding van de door hem ten gevolge van de vernieling van zijn voertuig geleden schade een bedrag toe te kennen waarin de belasting over de toegevoegde waarde begrepen is, ofschoon het vernielde voertuig niet is vervangen, eiseres niet veroordeelt tot vergoeding van een schade die het slachtoffer niet geleden heeft en de in het middel aangegeven artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek niet schendt;

Dat het middel in zoverre faalt naar recht;

(...)

NOOT—Het arrest is in voltallige zitting gewezen. De conclusie van het O.M. zal t.z.t. gepubliceerd worden in de *Pasicrisie*.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 15 JUNI 1988

Voorzitter : de h. Soetaert

Raadsheer-rapporteur : de h. Caenepeel

Advocaat-generaal : de h. Lenaerts

Advocaten : mrs. Simont en Dassesse

Zeerecht — Cognossement — Bevoegdheidsbeding

Wanneer de rechter geadeerd wordt krachtens een contractuele aanwijzing, in een cognossement, van de territoriaal bevoegde rechter, dient hij het onderzoek naar zijn bevoegdheid slechts te verrichten aan de hand van de Belgische rechtsregels betreffende de bevoegdheid van de Belgische rechter, zonder dat hij rekening behoeft te houden met een vreemde wet, aangezien deze de bevoegdheid van de Belgische rechter niet kan regelen, ongeacht of op het cognossement als geheel een vreemde wet moet worden toegepast.

Vennootschap A. en N.V. B. t/ Vennootschap T.

Gelet op het bestreden arrest, op 26 februari 1986 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen ;

(...)

Over het middel: schending van de artikelen 97 van de Grondwet, 3, 6, 1131, 1133, 1134 van het Burgerlijk Wetboek, 6, 624 van het Gerechtelijk Wetboek, 91 van titel II van boek II van het Wetboek van Koophandel en 1 van het Egyptisch Royal Decree van 31 januari 1944,

doordat het Hof van Beroep te Antwerpen, na te hebben vastgesteld dat de oorspronkelijke vordering de vergoeding van schade beoogde met betrekking tot manco's en averij aan een lading sinaasappelen die van Alexandrië naar Hamburg werd vervoerd, het hoger beroep van de eiseressen ontvankelijk doch ongegrond verklaart en derhalve de bestreden beslissing bevestigt op grond : «dat (verweerster) als derde houder van het cognossement haar recht uit deze zelfstandige titel put en derhalve ten aanzien van de territoriaal bevoegde rechtbank gerechtigd is zich op de 'Jurisdiction Clause' van het cognossement te beroepen ; dat, afgezien van het toe te passen recht, uit lezing in hun onderlinge samenhang, van de 'Jurisdiction Clause' en de 'Identity of Carrier Clause' van het onderhavige zonder 'Conelinebill'-termen uitgegeven cognossement blijkt dat alle desbetreffende geschillen dienen te worden berecht op de plaats waar de zeevervoerder zijn hoofdzetel heeft (principal place of business) en dat de scheepseigenaar (owner of the vessel) als zeevervoerder dient te worden aangemerkt ; dat de geldigheid van de 'Identity of Carrier Clause' kan worden aanvaard in zoverre ze niet tot doel heeft de aanspreekbaarheid van de werkelijke zeevervoerder op de scheepseigenaar buiten diens medeweten af te wentelen, hetgeen ten dezen niet het geval is aangezien (eerste eiseres) de hoedanigheid van zeevervoerder opeist ; dat, nu vaststaat dat het onderhavige cognossement zowel de handtekening van de kapitein van het zeeschip ms 'Sinjoor' als de stempel van de N.V. B. draagt in het aan de signatuur voorbehouden vak, (tweede eiseres) als scheepseigenaar gebonden is door de cognossementsclausules die door de kapitein, haar aangestelde,

onderschreven werden ; dat (tweede eiseres), die haar zetel te Antwerpen heeft, bovendien de bevoegdheid van haar natuurlijke rechter niet kan betwisten ; dat anderzijds, (eerste eiseres), die zich als de feitelijke uitgever van de Liner Bill of Lading (...) opwerpt, niet de nietigheid van het cognossementsclausules kan inroepen ten einde, tegen de wil van de derde houder van het cognossement, de bevoegdheid van de rechtbank van de zetel van de scheepseigenaar te betwisten»,

terwijl, (...)

derde onderdeel, overeenkomstig de artikelen 3, 1134 van het Burgerlijk Wetboek, 91 van titel II van boek II van het Wetboek van Koophandel en 1 van het Egyptisch Royal Decree van 31 januari 1944, nu de eiseressen de toepasselijkheid van het Egyptisch recht inriepen en uit de feitelijke vaststellingen van het hof van beroep bleek dat in het met betrekking tot een cognossement tussen partijen gerezen geschil vreemde elementen voorkwamen («dat de oorspronkelijke vordering van (verweerster) de vergoeding van een schade beoogt met betrekking tot manco's en averij aan een lading sinaasappelen die onder dekking van een te Alexandrië op 25 februari 1971 door de kapitein uitgegeven cognossement per zeeschip ms. Sinjoor van Alexandrië naar Hamburg vervoerd werd»), het hof van beroep de wettelijke verplichting had de op de litigieuze rechtsverhouding toepasselijke collisieregels te bepalen, alsmede het toepasselijke recht waarnaar die collisieregels zou verwijzen ; het hof van beroep derhalve, door na te laten het op het cognossement toepasselijke recht te bepalen, hoewel de eiseressen uitdrukkelijk de toepasselijkheid van een vreemd recht inriepen en uit de feitelijke vaststellingen bleek dat in de litigieuze rechtsverhouding buitenlandse elementen voorkwamen, de artikelen 3, 1134 van het Burgerlijk Wetboek, 91 van titel II van boek II van het Wetboek van Koophandel en 1 van het Egyptisch Royal Decree van 31 januari 1944 schendt ;

(...)

achtste onderdeel, overeenkomstig de artikelen 1 van het Egyptisch Royal Decree van 31 januari 1944, 3, 1134 van het Burgerlijk Wetboek en 91 van titel II van boek II van het Wetboek van Koophandel, op een zeevervoer van Alexandrië naar Hamburg het Egyptisch recht van toepassing is en, volgens dit recht, de Egyptische rechter uitsluitend en bij wijze van rechtsregel van openbare orde bevoegd is om van geschillen met betrekking tot dit vervoer kennis te nemen ; het hof van beroep derhalve, in zoverre het Egyptisch recht werd toegepast, de artikelen 1 van het Egyptisch Royal Decree van 31 januari 1944, 3, 1134 van het Burgerlijk Wetboek en 91 van titel II van boek II van het Wetboek van Koophandel schendt door zich bevoegd te verklaren om kennis te nemen van een geschil gerezen naar aanleiding van een zeevervoer van Alexandrië (Egypte) naar Hamburg (B.R.D.) :

(...)

Wat het derde en het achtste onderdeel betreft :

Overwegende dat uit het arrest blijkt dat de eerste rechter geadeerd werd krachtens een contractuele aanwijzing, in het cognossement, van de territoriaal bevoegde rechter ; dat niet blijkt dat de eiseressen de geldigheid van het cognossement als geheel betwistten ; dat de appelrechters alleen maar hebben onderzocht of de eerste rechter bevoegd was

geworden ten gevolge van de aanwijzing in het cognossement;

Overwegende dat de appelrechters dat onderzoek naar de bevoegdheid van de eerste rechter slechts dienden te verrichten aan de hand van de Belgische rechtsregels betreffende de bevoegdheid van de Belgische rechter; dat zij daarbij geen rekening behoeften te houden met een vreemde wet, volgens de eiseressen ten dezen de Egyptische wet, aangezien deze de bevoegdheid van de Belgische rechter niet kan regelen, ongeacht of op het cognossement als geheel een vreemde wet moest worden toegepast; dat de appelrechters derhalve, voor het geschil betreffende de bevoegdheid van de eerste rechter, het op het cognossement toepasselijke recht niet behoeften te bepalen en geen toepassing behoeften te maken van het volgens de eiseressen op het cognossement toepasselijke Egyptische recht;

Dat de onderdelen falen naar recht;

(...)

CORRECTIONELE RECHTBANK TE BRUGGE

16e KAMER — 15 OKTOBER 1986

Voorzitter: de h. Berkvens

Openbaar ministerie: de h. Goethals

Advocaat: mr. Vandervennet

Milieurecht — Verontreiniging van afvalwateren — Probatie, opschorting en uitstel — Uitstel van de tenuitvoerlegging — Voorwaarden

Bij verontreiniging van oppervlaktewateren kan het uitstel van de tenuitvoerlegging van de straf afhankelijk worden gemaakt van bepaalde voorwaarden, zoals het naleven van de voorwaarden opgelegd door de lozingsvergunning.

M. en N.V. M.

Telastlegging: te (...), met overtreding van de artt. 1, 5 en 41, § 1, 2°, van de wet van 26 maart 1971 op de bescherming van de oppervlaktewateren tegen verontreiniging, zonder naleving van de voorwaarden opgelegd bij de vergunning afgeleverd op 7 november 1977 en 21 september 1984 door de directeur van de Waterzuiveringsmaatschappij van het Kustbekken, afvalwater te hebben geloosd in de bij art. 1 bedoelde wateren of in de openbare riolen, nl. in de openbare riolering van de Stijn Streuvelsstraat.

Overwegende dat de gedaagde zich akkoord verklaart met de voorwaarden in verband met het probatieuittel en tekent op het zittingsblad voor akkoord;

Om die redenen,

Veroordeelt de eerste gedaagde tot een geldboete van twee duizend frank (...)

De rechtbank stelt vast dat de eerste beklaagde nog geen veroordeling opgelopen heeft tot een criminele straf of tot een hoofdgevangenisstraf van meer dan zes maanden en meent dat een opdeproefstelling van dien aard is dat zij de verbetering van deze veroordeelde kan doen verhoppen;

Gelet op art. 8 van de wet van 29 juni 1964, beveelt dat de tenuitvoerlegging van dit vonnis binnen de perken van art. 14 van dezelfde wet, uitgesteld wordt voor een termijn van twee jaar wat betreft de uitgesproken geldboete en vervangende gevangenisstraf en dit onder de volgende voorwaarden:

1. Zich strikt te houden aan de voorwaarden opgelegd door de lozingsvergunningen, afgeleverd door de Waterzuiveringsmaatschappij voor het Kustbekken;

2. Alle nodige investeringen en/of aanpassingswerken te verrichten ten einde op definitieve wijze de overschrijding van de gestelde normen tegen te gaan, o.m. de normen met betrekking tot het pH gehalte en de zwevende stoffen en van deze verrichtingen de Waterzuiveringsmaatschappij voor het Kustbekken op eigen initiatief en op systematische wijze te berichten;

3. Alle nodige investeringen en/of aanpassingswerken te verrichten ten einde op definitieve wijze iedere reukhinder in de kiem te smoren, niet enkel in de onmiddellijke omgeving van het bedrijf maar ook verder stroomafwaarts, en zich niet te beperken tot het nemen van maatregelen om verdere uitbreiding van bestaande reukhinder tegen te gaan;

4. Halfjaarlijks een informele bijeenkomst te beleggen met de bewoners van de straten, palend aan of gesitueerd in de onmiddellijke omgeving van de diverse lozingspunten, met de rijkswacht Z. en met het college van burgemeester en schepenen, ten einde informatie te verstrekken nopens de stand van zaken, nopens de werkzaamheden die door het bedrijf worden ondernomen om iedere vorm van milieuvervuiling tegen te gaan, nopens de mogelijke problemen die zich daarbij kunnen voordoen, nopens de mogelijke klachten die nog zouden bestaan en de manier om dat te verhelpen;

5. De probatieassistent, die zich ten deze nuttig zou kunnen laten bijstaan door een afgevaardigde van de Waterzuiveringsmaatschappij voor het Kustbekken, stelselmatig op de hoogte te houden van voormelde verrichtingen.

(...)

NOOT—*Het probatieuittel in milieustrafzaken*

1. Een bedrijf, waarvan eerste beklaagde M. bedrijfs-leider was, was sedert 7 november 1977 in het bezit van een lozingsvergunning, afgeleverd door de directeur van de waterzuiveringsmaatschappij van het kustbekken. Het niet-naleven van de opgelegde vergunningsvoorwaarden door het bedrijf had niet alleen een aanzienlijke schade voor het milieu tot gevolg, daar het geloosde afvalwater via de openbare riolering in de oppervlaktewateren terechtkwam, maar veroorzaakte bovendien ook een directe overlast voor de omwonenden van het bedrijf, die grote reukhinder ondervonden. Klaarblijkelijk werden de eerste overtredingen van de lozingsvoorwaarden vastgesteld op verschillende tijdstippen tijdens de periode van 8 augustus 1981 tot 18 augustus 1983 en werden, nadat het bedrijf op 21 september 1984 een nieuwe lozingsvergunning had gekregen, opnieuw regelmatig overtredingen vastgesteld. Wellicht heeft het openbaar ministerie niet onmiddellijk vervolgingen ingesteld omdat nog hoop bestond dat de vervuiler spontaan de opgelegde lozingsvoorwaarden zou naleven.

2. Het bedrijf had duidelijk moeilijkheden om de lo-

zingsvoorwaarden na te leven, hetgeen o.m. blijkt uit de vele vaststellingen die werden gedaan voordat tot vervolging werd overgegaan. De goede bedoelingen en aanmaningen mochten echter niet baten.

Onlangs werd in een noot bij een arrest waarin een waterverontreiniger werd vrijgesproken geschreven: «Het siert de strafrechter dat hij begrip opbrengt voor de sociale gevolgen van zijn beslissing» (Vandeplas, A., «Een beroep op a.v.a.s. inzake milieuverontreiniging», noot onder Gent, 27 juni 1985, *R.W.*, 1986-87, 1694). Om de sociale gevolgen van zijn uitspraak op te vangen dient de strafrechter geenszins vrij te spreken, daar hij daartoe beschikt over een ruim wettelijk instrumentarium bij de straftoemeting. Eén van de mogelijkheden is gebruik te maken van de wet van 29 juni 1964 betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie. De geannoteerde beslissing van de Correctionele Rechtbank te Brugge geeft een mooi voorbeeld van het gebruik van deze wet in het milieustrafrecht. De rechter legt een geldboete op van $2.000 \times 60 = 120.000$ frank, maar — en dit maakt het vonnis origineel — hij beveelt het uitstel van de tenuitvoerlegging voor een periode van twee jaar, op voorwaarde dat de veroordeelde bepaalde opgesomde voorwaarden naleeft.

Juridisch zullen de wettelijke voorwaarden voor een probatieuitsstel vaak vervuld zijn (de beklaagde mag nog geen veroordeling hebben opgelopen tot een criminele straf of tot een hoofdgevangenisstraf van meer dan zes maanden en de op te leggen straf mag niet meer dan drie jaar bedragen; art. 8, § 1, W. 29 juni 1964). Wel is het duidelijk dat de toepassing van het probatieuitsstel in casu atypisch is, daar de strafrechter de probatievoorwaarden meestal oplegt om de socialisering of de integratie van de delinquent te bewerkstelligen (Verheyden, R., «De probatie tussen toekomst en verleden», *R.W.*, 1975-76, (513), 531).

3. Toch lijkt een probatieuitsstel in milieustrafzaken om een aantal redenen wel geschikt. In de eerste plaats kan door het opleggen van de voorwaarden het uiteindelijk doel, namelijk dat de waterverontreiniging een einde neemt, worden bereikt. Doordat de straf nog niet ten uitvoer wordt gelegd zal de veroordeelde een prikkel hebben om de opgelegde voorwaarden na te leven. Daarnaast kan de strafrechter via de voorwaarden van het probatieuitsstel iets uitvoeren waartoe hij vaak niet rechtstreeks bevoegd is: het opleggen van herstelmaatregelen. Weliswaar bevatten de meeste milieuwetten uitgebreide bevoegdheden voor de administratie om hetzij bij plots optredend gevaar de stillegging van de exploitatie te bevelen, hetzij om op andere wijze de rechtsonderhorige directe plichten op te leggen. In vele milieuwetten heeft de strafrechter deze bevoegdheid evenwel niet (deze mogelijkheid ontbreekt bijvoorbeeld in de wet op de luchtverontreiniging van 1964, in de wet op de geluidshinder van 1973 en in de regulering op de ioniserende stralen). Dit wordt door auteurs uit het milieurecht overigens betreurd (zie o.m. De Pue, E., Stryckers, P. en Vanden Bilcke, C., *Milieuzakboekje*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 109, 173 en 182). Via de op te leggen probatievoorwaarden kan de strafrechter rechtstreekse maatregelen opleggen, ook als de bijzondere milieuwet hem deze bevoegdheid niet toekent.

In de Oppervlaktewaterenwet van 1971 kent art. 41, § 2, wel een dergelijke bevoegdheid aan de strafrechter toe. Deze bepaling biedt echter geen grondslag voor het opleg-

gen van gedetailleerde voorwaarden zoals dat in casu is geschied, doch alleen voor het uitspreken van het verbod «om de installaties of toestellen die aan de oorsprong van de inbreuk liggen, te gebruiken of te laten werken gedurende de termijn die hij bepaalt». Wederom lijkt men via de probatievoorwaarden het opleggen van rechtstreekse maatregelen door de strafrechter als «paard van Troje» te hebben binnengehaald, terwijl dit in het algemeen slechts wordt aanvaard indien de wet de strafrechter deze bevoegdheid uitdrukkelijk toekent (vgl. Dupont, L., «De probatie tussen toekomst en verleden», noot onder Corr. Leuven, 30 mei 1980, *R.W.*, 1980-81, (1938), 1940, die dezelfde conclusie bereikt voor de invoering van maatschappelijke dienstverlening via de probatiewet). Het opleggen van probatievoorwaarden in milieustrafzaken opent derhalve de weg naar een doelgericht optreden van de strafrechter dat uiteindelijk tot de naleving van de milieuregulering zou moeten leiden. In die zin luiden de probatievoorwaarden ook bij de toepassing in het milieustrafrecht tot een «heropvoeding van de delinquent» (zie de uitgebreide motivering van het vonnis van de Correctionele Rechtbank te Leuven van 30 mei 1980, *R.W.*, 1980-81, 1934, met noot L. Dupont).

4. Het voorbeeld van de Brugse Rechtbank verdient navolging, al moeten bij deze uitspraak ook wel enkele kanttekeningen worden geplaatst. In de eerste plaats is de motivering bijzonder mager. Toch lijkt de enkele overweging die in het vonnis te vinden is wel te volstaan om aan de formele motiveringsplicht van art. 8, § 1, van de probatiewet te voldoen. Voor het Hof van Cassatie is immers reeds aan deze motiveringsplicht voldaan indien in het vonnis te lezen is «dat in die omstandigheden een genademaatregel van dien aard is dat hij de verbetering van (eiser) kan doen verhopen» (Cass., 16 juni 1981, *R.W.*, 1983-84, 810, met noot A. Vandeplas; vgl. Cass., 27 februari 1985, *R.W.*, 1985-86, 876, met noot A. Vandeplas). Deze stijlformule kan ook in het besproken vonnis worden aangetroffen.

Ook moet worden opgemerkt dat de dreiging die van de uitgestelde straf uitgaat zodanig ernstig moet zijn dat de veroordeelde er baat bij heeft de opgelegde voorwaarden na te leven. Het is twijfelachtig of dit met een geldboete van 2.000 frank ($\times 60 = 120.000$ frank) wel het geval is. Wil de strafrechter werkelijk dat de veroordeelde een zware prikkel krijgt om de voorwaarden na te leven in plaats van voor de straf te kiezen, waarom legt hij dan niet de maximale geldboete op van 5.000 frank ($\times 60 = 300.000$ frank) of zelfs een gevangenisstraf? De rechter zou trouwens ook een gedeelte van de geldboete met uitstel kunnen uitspreken en een ander deel effectief (zoals bijvoorbeeld in een ongepubliceerd vonnis van de 30e kamer van de Correctionele Rechtbank te Antwerpen van 1 april 1987 werd gedaan: 500 frank, waarvan 250 frank met uitstel).

Het is ook duidelijk dat, indien de strafrechters in milieuzaken effectieve hoge geldstraffen of zelfs een vrijheidsstraf zouden opleggen en er bovendien een hoge pakkans is met een streng vervolgingsbeleid, de effectieve veroordeling op zichzelf al een zodanige afschrikking zou kunnen meebrengen dat de overtreder in de toekomst de milieuregulering strikt naleeft. In de praktijk is de kans dat een bedrijf voor overtreding van milieuwetgeving voor de strafrechter wordt gedaagd en daar tot een effectieve zware straf wordt veroordeeld, echter gering. Zolang de strafrechters niet ge-

neigd lijken om voor milieumisdrijven ernstige effectieve straffen op te leggen (ten dele omdat hun daartoe het wettelijk instrumentarium ontbreekt), lijkt een probatieuiststel waarbij als zwaard van Damocles een effectieve veroordeling tot een zware straf boven het hoofd hangt, een goede «second best solution».

5. Tevens rijst de vraag of de opgelegde voorwaarden voldoende concreet en precies zijn, zodat de niet-naleving eenvoudig kan worden vastgesteld. Zo lijkt het bijvoorbeeld voor de probatiecommissie niet gemakkelijk na te gaan of, zoals de derde voorwaarde vereist, de veroordeelde alle nodige investeringen heeft verricht «ten einde op definitieve wijze iedere reukhinder in de kiem te smoren». Ook rijst de vraag op welk ogenblik de veroordeelde de voorwaarden dient na te komen. In principe gaat de proeftijd van het uitstel in op de dag van de beslissing (art. 8, § 1, 2e lid, van de probatiewet; Vandeplass, A., «De herroeping van het uitstel van de tenuitvoerlegging», noot onder Corr. Kortrijk, 18 november 1985, *R.W.*, 1985-86, 1854-1855). Toch kan het uitvoeren van investeringen, waarvan sprake is in de tweede en derde voorwaarde, langere tijd in beslag nemen. Men kan moeilijk verwachten dat de veroordeelde aan deze voorwaarden onmiddellijk na de uitspraak van het vonnis reeds voldoet. Wellicht is het daarom aangegeven om bij dergelijke voorwaarden ook termijnen of een tijdschema te bepalen waarbinnen de investering moet zijn gedaan. Daarbij rijst dan ook de vraag of de in het vonnis opgelegde proefperiode van twee jaar voldoende is.

6. Ten slotte zal de strafrechter er steeds voor moeten waken de scheiding der machten te respecteren. Indien de rechter immers heeft vastgesteld dat de lozingsvergunning wettig is en dat de voorwaarden niet werden nageleefd, kan hij slechts vaststellen dat de beklaagde zich schuldig heeft gemaakt aan het ten laste gelegde feit. Het enkele feit dat er geen effectieve geldboete of gevangenisstraf wordt opgelegd, lijkt niet in strijd te zijn met de scheiding der machten. De strafrechter respecteert de administratieve beslissing door de beklaagde voor niet-naleving van de vergunningsvoorwaarden te veroordelen, maar bij de straftoemeting is hij natuurlijk vrij. Bij het opleggen van probatievoorwaarden zal de strafrechter evenwel zeer voorzichtig moeten zijn omdat hij anders in plaats van de administratie een lozingsbeleid zou voeren.

Zo rijst bijvoorbeeld de vraag of het de strafrechter toegestaan zou zijn om via de probatievoorwaarden de veroordeelde te verplichten de lozingsvoorwaarden na te leven (zoals in de eerste voorwaarde wordt gesteld), indien de proefperiode van het uitstel langer zou zijn dan de gelding van de lozingsvergunning. In dat geval zou de strafrechter immers via de probatievoorwaarden nieuwe lozingsvoorwaarden opleggen, waartoe in principe alleen de administratie bevoegd is. Indien hij de veroordeelde evenwel slechts zou verplichten om eerder door de administratie vastgelegde lozingsvoorwaarden na te komen, lijkt er geen machtsoverschrijding te zijn.

7. Elke poging tot vernieuwing is natuurlijk vatbaar voor kritiek. Toch heeft dit vonnis belangrijke verdiensten. Het wijst op nieuwe mogelijkheden in de handhaving van het milieurecht door de strafrechter. Wel moeten de grenzen van de bevoegdheid van de strafrechter bij het opleggen van voorwaarden nauwkeurig worden onderzocht. Voor zover de opgelegde voorwaarden geen inmenging vormen in

de bevoegdheid van de administratie, lijkt een probatieuiststel als conflictoplossingsmechanisme interessant. Bijvoorbeeld in de vierde voorwaarde nodigt de strafrechter alle betrokken partijen uit om een bijeenkomst bij te wonen die door het bedrijf zal worden georganiseerd en waarop informatie zal worden gegeven over de werkzaamheden die door het bedrijf zijn ondernomen om de milieuvervuiling tegen te gaan. Wellicht geeft de strafrechter hierbij te kennen dat de realiteit van een concreet vervuilingsprobleem zodanig complex is dat het in het bestaande wettelijk instrumentarium eigenlijk onvoldoende aan bod komt. In die zin vormt de vierde voorwaarde die alle bij het conflict betrokken partijen poogt samen te brengen een verfijning van het bestaande juridisch instrumentarium.

Het besproken vonnis van de Rechtbank te Brugge toont aan dat de strafrechter, indien hij voor ernstige sociale gevolgen van een veroordeling vreest (bij zeer hoge geldstraffen of bij vrijheidsberoving van een bestuurder), op nuttige wijze gebruik kan maken van de probatiewet. Daardoor kan hij enerzijds negatieve sociale effecten van zijn oordeel vermijden, maar anderzijds toch een effectieve handhaving van het milieurecht afdwingen.

Michael Faure

ARBEIDSRECHTBANK TE ANTWERPEN

2e KAMER — 3 JUNI 1988

Voorzitter: de h. Verschuere

Rechters in sociale zaken: de hh. Van den Broucke en Stuer

Advocaat: mr. Broes loco Theunis

Collectieve arbeidsovereenkomst — 1. Clausule — Obligatoire en normatieve elementen — 2. Toegevoegde protocollen — Binding — 3. Inhoud — Bewijsovereenkomst — Gelding

1. In een zelfde C.A.O.-clausule kunnen, naast elementen die alleen de contractuele partijen aanbelangen, ook elementen voorkomen die individuele rechten en verplichtingen doen ontstaan.

2. Aan een C.A.O. kunnen protocollen worden toegevoegd die, indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan, integrerend deel kunnen uitmaken van de C.A.O.

3. Een C.A.O. kan geldig een bewijslastovereenkomst inhouden.

H. t/ P.V.B.A. R.

1. In feite

Eiser was, als chauffeur internationaal vervoer, in dienst van verweerster vanaf 22 juli 1986 tot en met 3 september 1986 tegen een uurloon dat laatst 237,94 fr. bedroeg.

Hij stelt dat hij zoals bepaald in de C.A.O. van 25 januari 1985, gesloten in het P.C. voor het Vervoer, nr. 140.04 (K.B. van 22 juli 1985, *B.S.*, 29 augustus 1985) — een dagelijks prestatieblad invulde en het ondertekende. Ver-

weerster van haar kant weigerde de verschillende prestatiebladen die eiser haar voorlegde te ondertekenen, zo beweert eiser; verweerster ontkent dit.

De vergelijking van het aantal arbeidsuren, dat aan hem uitbetaald werd, met de gegevens vermeld op die prestatiebladen, leerde eiser dat de verweerster hem te weinig overbruggingsuren en geen overuren uitbetaald had.

II. In rechte

(...)

Eiser baseert zijn vordering tot betaling van loon, overloon, loon voor overbruggingsuren, verblijfs- en verfringsvergoedingen op door hem ingevulde prestatiebladen. Aanlegger stelt voorts dat hij deze door hem ondertekende prestatiebladen heeft voorgelegd aan verweerster ter ondertekening, en verweerster geweigerd heeft ze te ondertekenen.

Verweerster ontkent zulks, en werpt op dat eiser op geen enkel ogenblik enig prestatieblad ter ondertekening aan haar heeft voorgelegd. Aanlegger gaf enkel kladblaadjes aan verweerster waarop de verschuldigde uren vermeld stonden. Deze blaadjes werden doorgegeven aan het sociaal secretariaat ter berekening van het verschuldigd loon; na gebruik werden deze blaadjes weggegooid, zo beweert verweerster.

Onder hoofdstuk 8 — Propageren en naleving, bepaalt artikel 13 van de C.A.O. van 25 januari 1985: «Met de bedoeling de collectieve overeenkomsten te doen toepassen komen de partijen overeen: 1. een brochure op te stellen met de volgende inhoud: opname in extenso van de nieuwe collectieve arbeidsovereenkomst; opname van een aantal voorbeelden met betrekking tot de inhoud en de uitwerking van de nieuwe C.A.O.; 2. twee typedocumenten op te stellen, te weten: - prestatieblad in dubbel door beide partijen te ondertekenen; - type loonfiche. — Het model van het prestatieblad is bij deze C.A.O. gevoegd. 3. Met de bedoeling collectieve overeenkomsten te doen toepassen, komen de partijen overeen een dagelijks prestatieblad op te stellen enkel en alleen rechtsgeldig voor de berekening van het loon, en via een software-programma als dusdanig erkend door het Paritair Comité voor het Vervoer.»

Dat artikel, dat hoofdstuk VIII van de C.A.O. vormt, betreft niet alleen het propageren van de C.A.O., doch bevat ook regels voor de naleving van de C.A.O. De naleving slaat niet alleen op de obligatoire bepalingen van de C.A.O., maar ook en vooral op de individueel normatieve bepalingen ervan.

Uit de tekst van artikel 13 blijkt duidelijk dat de partijen bij de C.A.O. overeenkwamen dat de partijen bij een arbeidsovereenkomst waarop de C.A.O. uitwerking heeft, een prestatieblad moeten opstellen en ondertekenen (artikel 13.2) dat enkel en alleen rechtsgeldig is voor de berekening van het loon.

Uit de tekst op het model prestatieblad, gevoegd bij de C.A.O. blijkt dat, bij betwisting van de gegevens vermeld op het prestatieblad, het aan de werkgever is om het bewijs te leveren dat de betwisting gegrond is, en de niet ondertekenende partij de bewijslast heeft.

Die bepaling is een individueel normatieve bepaling die invloed heeft op de rechten en verplichtingen van partijen bij een arbeidsovereenkomst voor chauffeur.

De door verweerster beschreven procedure van kladbere-

kening is bijgevolg in strijd met de bepalingen van de C.A.O.

Wanneer verweerster beweert dat de prestatiebladen haar nooit ter ondertekening zijn voorgelegd, had zij zulks moeten eisen van aanlegger. Door dit na te laten had verweerster moeten weigeren een andere procedure te volgen.

Verweerster heeft echter thans kennis van de prestaties, en zij is bijgevolg in de gelegenheid de juistheid ervan te betwisten aan de hand van de tachograafschijven die zij in haar bezit moet hebben.

Door zich te beperken tot de opwerping dat eiser zijn prestaties niet bewijst, levert verweerster geen deugdelijk bewijs van haar betwisting, zodat haar opwerpingen ongegrond zijn en eiser wel degelijk geacht moet worden de op de prestatiebladen vermelde prestaties geleverd te hebben.

Dit deel van de eis is gegrond.

(...)

NOOT—De collectieve arbeidsovereenkomst als rechtsbron (van ergernis)

In het hierboven afgedrukte vonnis van de Arbeidsrechtbank te Antwerpen komen een aantal problemen aan de orde die eigen zijn aan een van de belangrijkste bronnen van het materiële arbeidsrecht, namelijk de collectieve arbeidsovereenkomst.

Geconfronteerd met de vraag naar de toepassing ervan, ziet de rechter zich vaak genoodzaakt onduidelijke C.A.O.-clausules te kwalificeren en te verklaren, ook al beschikt hij dikwijls over weinig of geen aanknopingspunten. In vele gevallen keuren de sociale partners immers een ontwerp-tekst goed die door zijn algemeenheid voor velerlei interpretatie vatbaar is. De C.A.O. van 25 januari 1985, gesloten in het P.C., nr. 140.04, voor het Vervoer (algemeen verbindend verklaard bij K.B. 22 juli 1985, *B.S.*, 29 augustus 1985), waarvan *i.c.* de interpretatie ter discussie stond, vormt geen uitzondering op die regel; integendeel, zij werd reeds vroeger in de kolommen van dit blad becommentarieerd (zie Rigaux, M., «Omtrent de juridische afdwingbaarheid van obligatoire C.A.O.-bepalingen», *R.W.*, 1985-86, 913-928).

De rechter werd tevens aangezocht om zich te beraden over de vraag of d.m.v. een C.A.O.-bepaling de bewijslast kan worden omgekeerd. In het navolgende commentaar zullen we enige beschouwingen wijden aan de hierboven aangestipte rechtsvragen.

1. *Kwalificatie en uitlegging van de C.A.O. bepalingen.* Net zoals dit in andere Europese rechtsstelsels het geval is, vervult de collectieve arbeidsovereenkomst ook in België een dubbele functie. De wetgever ziet hierin in eerste instantie een nuttig instrument om juridisch bindende kracht te verlenen aan afspraken van de sociale gesprekspartners met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden *lato sensu* (dit volgt uit de definitie vervat in artikel 5 van de wet van 5 december 1968). Daarenboven fungeert de C.A.O. als instrument van conflictbeheersing.

In de wetenschap dat (collectieve) arbeidsverhoudingen in wezen machtsverhoudingen zijn, kan een collectieve arbeidsovereenkomst niets anders zijn dan een weergave van deze machtsverhoudingen, op een bepaald moment, tussen bepaalde arbeidsmarktpartijen in een bepaalde sector of onderneming. De C.A.O. is dus in essentie een «politiek»

vergelijk (de C.A.O. is een synthese van met elkaar strijdige economische belangen). Hiermee raken we meteen de kern van het probleem: de collectieve arbeidsovereenkomst is nl. een ambivalente rechtsbron. Enerzijds is haar compromissair karakter een element van sterkte; men kan er immers van uitgaan dat de in de overeenkomst uitgewerkte regels worden gedragen door degenen die ze moeten toepassen. Anderzijds is dit terzelfder tijd een element van zwakte, daar de vaagheid en dubbelzinnigheid van fragmenten van de overeenkomst vaak tot de essentie behoren van het bereikte vergelijk. Zo zullen contractpartijen, onder druk van de omstandigheden, soms vrede nemen met een vage en onduidelijke tekst om toch maar de onderhandelingen te kunnen afronden. De tekst van een dergelijk compromis is dikwijls een moeilijk toe te passen en te interpreteren rechtsbron (een schoolvoorbeeld hiervan is artikel 11 van de C.A.O. nr. 5 van 24 mei 1971 betreffende het statuut van de syndicale afvaardiging van het personeel der ondernemingen, *B.S.*, 1 juli 1971). De mogelijkheid voor de afgevaardigde om «te onderhandelen met het oog op het sluiten van een collectieve overeenkomst», gaf door zijn vaagheid en onnauwkeurigheid aanleiding tot uiteenlopende interpretaties (zie Rigaux, M. en Verboven, X., «Arbeidsrecht doorheen de bijzondere machtsbesluiten», in *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, Rigaux, M. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1984, 486, nr. 689). De rechter die de clausules in kwestie zal moeten interpreteren, wacht dan ook een moeilijke taak.

Volgens de gangbare mening prevaleert de vermoedelijke wil van de partijen boven de tekst (zie De Page, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Brussel, Bruylant, 1964, nr. 562; zie ook Petit, J., *De collectieve arbeidsovereenkomst en de paritaire comités*, Brussel, D.A.P. Reynaert, 1969, 130 e.v.). De wil van de partijen bestaat er nu precies in vaagheid of onduidelijkheid te laten voortbestaan, zodanig dat een ieder de betrokken clausule in zijn voordeel kan uitleggen. In voorkomend geval zal de rechter enkel een houvast hebben aan de situering van de betwiste bepalingen binnen de context van de hele overeenkomst. Met name zal de rechtbank zich moeten afvragen welke interpretatie het best past in het totale concept van de C.A.O.

Een van de elementen die vaak door de contractpartijen bewust of onbewust in het vage wordt gelaten, is de aard van de C.A.O.-clausules. Uit de lectuur ervan valt meer dan eens moeilijk af te leiden of het obligatoire dan wel normatieve bepalingen betreft. Wanneer men de bepaling als normatief kwalificeert, kan het individueel dan wel collectief karakter nog voor problemen zorgen. De kwalificatie van een C.A.O.-bepaling als normatief of obligatoir is nochtans van primordiaal belang, gezien het feit dat in het eerste geval de individuele werknemer en werkgever door de clausule gebonden zijn, terwijl in het tweede geval enkel de contracterende partijen op grond van het civiele recht tot nakoming gehouden zijn (zie over de binding van normatieve obligatoire bepalingen: Petit, J., *o.c.*, 182 e.v. en 186 e.v.).

Artikel 13 van de sectoriële C.A.O. van het vervoer illustreert deze onduidelijkheid op treffende wijze (de tekst van artikel 13 laat duidelijk uitkomen dat het om verplichtingen gaat tussen contractpartijen; dat het ook om verplichtingen gaat voor individuele werkgevers en werknemers is minder

evident). Bij een eerste lezing lijkt deze clausule tot het obligatoire gedeelte van de collectieve arbeidsovereenkomst te behoren. Uit de aanhef van het artikel kan men afleiden dat het hier een beïnvloedingsplicht betreft; de partijen treffen immers schikkingen om de collectieve overeenkomst «te doen toepassen» (over de beïnvloedingsplicht, zie Blanpain, R., «De collectieve arbeidsovereenkomst», in *Arbeidsrecht*, Blanpain, R. (red.), Brugge, Die Keure, e.d., III-13, nrs. 58-61). De arbeidsrechtbank oordeelt nochtans dat de bepaling zo verwoord werd dat ze niet enkel verplichtingen oplegt aan de contractpartijen, maar ook elementen inhoudt die een individueel normatief karakter bezitten en bijgevolg tot de sfeer van de individuele arbeidsovereenkomst behoren. De rechtbank geeft evenwel niet duidelijk weer wat deze elementen zijn (dit moge blijken uit volgende passage van het vonnis: «Uit de tekst van artikel 13 blijkt duidelijk dat de partijen bij de C.A.O. overeenkwamen dat de partijen bij een *arbeidsovereenkomst*, waarop de C.A.O. uitwerking heeft, een prestatieblad *moeten opstellen en ondertekenen* (artikel 13.2) en dat enkel en alleen rechtsgeldig is voor de berekening van het loon»).

Zonder ons te willen uitspreken over de juistheid van de deductie, lijkt het ons hoe dan ook belangrijk dat de rechtbank in beginsel oordeelt dat een en dezelfde bepaling een dubbel karakter kan bezitten en tegelijk obligatoire en normatieve aspecten in zich kan verenigen; niets in het C.A.O.-recht verzet zich tegen deze gang van zaken. Overigens is het soms moeilijk de onderscheiden bepalingen formeel van elkaar te scheiden. Een C.A.O.-bepaling die veiligheidsnormen voorschrijft, bevat doorgaans zowel een verplichting ten aanzien van de collectiviteit van de werknemers als een verplichting ten aanzien van iedere werknemer afzonderlijk. Het eerste facet verleent de veiligheidsnorm een collectief normatief en het tweede een individueel normatief karakter.

In een zelfde bepaling kunnen dus, naast elementen die alleen de contractuele partijen aanbelangen, ook elementen voorkomen die individuele rechten en plichten doen ontstaan. Wellicht is dit niet de meest duidelijke werkwijze, maar ze lijkt juridisch aanvaardbaar... op voorwaarde dat de partijen langs die weg geen verbintenissen «individualiseren» die in de geest van de wetgever exclusief de sociale partners' betreffen. Vredesplicht en beïnvloedingsplicht komen dus niet in aanmerking. Zo zouden wij het geannoteerde vonnis niet kunnen onderschrijven indien het de informatieverplichting geformuleerd in artikel 13.1 had doorgetrokken naar de partijen bij de individuele arbeidsovereenkomst.

2. *Omkering van de bewijslast ingevolge C.A.O.-bepaling.* Aan de eigenlijke tekst van de sectoriële C.A.O. van 25 januari 1985 werd door de contracterende partijen een «model van prestatieblad» toegevoegd. Onder aan dit document is een bepaling opgenomen waaruit blijkt dat de werkgever steeds de bewijslast draagt (dit moge blijken uit de volgende zin van artikel 13: «Het model van prestatieblad wordt bij de C.A.O. gevoegd»). Deze werkwijze van de partijen roept twee vragen op: maken dergelijke modellen, protocollen of andere bijgevoegde stukken integrerend deel uit van de C.A.O. en, subsidiair, kan men d.m.v. een collectieve arbeidsovereenkomst een bewijs(last)overeenkomst sluiten?

De hoofdvraag kan o.i. positief worden beantwoord, indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan. In de eerste plaats dient het bijgevoegde stuk gebaseerd te zijn op een consensus. Anders geformuleerd betekent zulks dat het stuk behoort tot, en element is van, de door de partijen gesloten overeenkomst; het moet zijn oorsprong vinden in de wilsovereenstemming van de contractpartijen (zo heeft de commentaar van de secretaris van de N.A.R. bij de in dit paritair orgaan gesloten C.A.O.'s geen rechtswaarde).

Een tweede vereiste lijkt ons dat er een rechtstreeks verband moet bestaan tussen de materie die in de eigenlijke C.A.O.-tekst wordt behandeld en datgene wat het voorwerp uitmaakt van het toegevoegde stuk. M.a.w. dit moet een «sequeel» zijn van de C.A.O. Bij afwezigheid van een dergelijk verband kan o.i. worden aangenomen dat het stuk niet tot de overeenkomst behoort. Men zou het eventueel als een afzonderlijke C.A.O. kunnen kwalificeren, op voorwaarde evenwel dat aan de materiële en formele geldigheidsvereisten voor het sluiten ervan is voldaan (de C.A.O. is immers een formele overeenkomst).

Wat de bewijsovereenkomst betreft, d.i. een afspraak m.b.t. de bewijspositie in een eventueel proces (Veegens, J., *Het nieuwe bewijsrecht in burgerlijke zaken*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1973, 72), kan worden gesteld dat dit in beginsel door middel van een C.A.O.-clausule kan worden gerealiseerd. De bewijs(last)regeling is immers niet van openbare orde (zie Storme, M., *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1962, 70; zie ook Verheyden-Jeanmart, N., «La charge de la preuve», in *La Preuve*, Van Compernelle, J. (red.), Louvain-la-Neuve, U.C.L., 1987, 8-9, met de aldaar aangehaalde cassatie-rechtspraak).

I.c. betrof het een bewijslastovereenkomst, d.i. een overeenkomst die de bewijslast omkeert. In de praktijk komt dit vaak voor. Doorgaans wordt gebruik gemaakt van een vermoeden *juris tantum*, bv. bij het overtreden van een op de werkgever rustend ontslagverbod: de werkgever zal dan het ontslag voor de rechtbank moeten motiveren. Partijen kunnen ook overeenkomen om de bewijslast om te keren in verband met conflicten die zich tijdens het bestaan van de arbeidsovereenkomst kunnen voordoen. Er bestaan evenwel een aantal beperkingen. De omkering moet beperkt blijven tot materies die het voorwerp kunnen uitmaken van het individueel normatieve gedeelte van de C.A.O. (tenminste wanneer de omkering van de bewijslast tot de sfeer van de individuele arbeidsovereenkomst dient te behoren). Daarenboven mogen de betrokken clausules niet strijdig zijn met voorschriften van dwingend recht (zie o.a. Storme, M., o.c., 72). Men mag bv. nooit het getuigenbewijs uitsluiten in het geval dat dit wordt toegestaan door artikel 12 W.A.O.

I.c. betrof de bewijslastomkering de meting van de arbeid. De werkgever moest bewijzen dat de door de werknemer op het prestatieblad vermelde prestaties *niet* werden geleverd. In hoeverre was een expliciete omkering van de bewijslast hier noodzakelijk? Zal de rechter, bij betwistingen over de meting van de arbeid, niet steeds de bewijslast (moeten) leggen bij de partij die het gemakkelijkst het bewijs kan leveren, dus de werkgever (zie Petit, J., «De rechtspleging voor de arbeidsgerechten», in *Arbeidsrecht*, Blanpain, R. (red.), Brugge, Die Keure, s.d., 1-7, nr. 242)? Prikkaarten, tachograafschijven e.d. kunnen à décharge

worden gebruikt. Het feit dat die documenten niet of slechts gedurende een beperkte tijd moeten worden bijgehouden, kan natuurlijk wel voor problemen zorgen.

M. Rigaux en P. Humblet

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof E.G., 14 juli 1988

Europese Gemeenschappen — Vaste boekenprijs

De Rb. Alençon heeft twee prejudiciële vragen gesteld betreffende de uitlegging van sommige bepalingen van het EEG-Verdrag inzake mededinging, ten einde de verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht te kunnen beoordelen van de nationale wettelijke regeling waarbij elke uitgever of invoerder van boeken de verplichting wordt opgelegd een detailhandelsprijs vast te stellen voor de door hem uitgegeven of ingevoerde boeken. Het Hof heeft voor recht verklaard:

«Bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht verbiedt art. 5, tweede alinea, junctis de artt. 3, sub f, en 85 en 86 EEG-Verdrag de lid-staten niet een wettelijke regeling uit te vaardigen, inhoudende dat de detailhandelsprijs van boeken door de uitgever of importeur van een boek wordt vastgesteld en verbindend is voor alle detailhandelaars, mits die wettelijke regeling de andere specifieke bepalingen van het verdrag, inzonderheid die betreffende het vrij verkeer van goederen, in acht neemt.»

(In de zaak: Syndicat des Librairies de Normandie t/ Société l'Aigle Distribution, Centre Leclerc)

Hof E.G., 14 juli 1988

Europese Gemeenschappen — Vrijheid van lopende betalingen — Verbod van omgekeerde discriminatie — Stelsel van dubbele wisselmarkt

Het Hof van Beroep van het Groothertogdom Luxemburg heeft vijf prejudiciële vragen gesteld betreffende de uitlegging van diverse bepalingen van het EEG-Verdrag, inzonderheid de artt. 6, 67 en 106, ten einde te kunnen uitmaken of met deze bepalingen verenigbaar is een regeling die de exporteurs verplicht zich de buitenlandse valuta betreffende hun verkopen via een bank te doen overmaken en deze valuta op de gereguleerde wisselmarkt te verkopen, en hun bijgevolg verbiedt zich in bankbiljetten te doen betalen. Het gaat om art. 8, tweede lid, van reglement I van het Belgisch-Luxemburgs Instituut betreffende de in- en uitvoer. Het Hof heeft voor recht verklaard:

«1. Bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht vormt een regeling die de exporteurs verplicht zich de buitenlandse valuta betreffende hun verkopen via een bank te doen overmaken en deze valuta op de gereguleerde wisselmarkt te verkopen en hun bijgevolg verbiedt zich in bankbiljetten te doen betalen, geen met art. 106 EEG-Ver-

drag onverenigbare belemmering van de vrijheid van betalingen welke betrekking hebben op het goederenverkeer.

«2. Een regeling als de in geding zijnde bevat geen met art. 7 EEG-Verdrag strijdige discriminatie.»

(In de zaak : Lambert)

Hof E.G., 14 juli 1988

*Europese Gemeenschappen — Zesde Richtlijn 77/388
— Recht op aftrek van BTW — Wijze van facturering*

De Rb. Brussel heeft twee prejudiciële vragen gesteld betreffende de uitlegging van de artt. 18 en 22 van de Zesde Richtlijn (77/388) van de Raad betreffende de harmonisatie van de wetgevingen van de lid-staten inzake omzetbelasting — Gemeenschappelijk stelsel van belasting over de toegevoegde waarde: uniforme grondslag. Deze vragen zijn gezet in twee gedingen tussen J., handelaar in tweedehandsauto's, en de N.V. E., en de Belgische Staat.

In het eerste geding vordert J. de nietigverklaring van vier dwangbevelen waarmee de Belgische staat van haar de betaling eist van sommige BTW-bedragen die zij ten onrechte zou hebben afgetrokken met miskenning van de ter zake geldende wettelijke bepalingen, meer in het bijzonder die betreffende de verplichte vermeldingen op facturen; tevens vordert zij de opheffing van het ter uitvoering van die dwangbevelen gelegde beslag.

De betrokken bedragen werden afgetrokken naar aanleiding van de aankoop van tweedehandsauto's; de facturen die door de leverancier werden afgegeven, waren volgens de Belgische belastingadministratie op sommige punten onregelmatig.

In het tweede geding vordert de N.V. E. enerzijds nietigverklaring van een dwangbevel waarbij eveneens de terugbetaling wordt geëist van BTW-bedragen die zouden zijn afgetrokken met miskenning van de geldende wettelijke bepalingen ter zake van de verplichte vermeldingen op facturen, en anderzijds terugbetaling van het belastingkrediet dat haar toekomt; tevens vordert zij moratoire interesten en een schadevergoeding van BF 25.000 wegens tergend en roekeloos geding.

De rechtbank herinnert eraan dat de Belgische belastingadministratie in geval van twijfel ervan uitgaat dat het bezit van een factuur geen vrijstelling verleent van de bewijslast dat aan de voorwaarden voor het bestaan van het recht op aftrek is voldaan. Wat naar de vorm onregelmatige facturen betreft, is de aftrek mogelijk wanneer er geen enkele twijfel over bestaat dat de verrichting werkelijk heeft plaatsgevonden.

Wat het in de Belgische wet gestelde vereiste betreft, dat de facturen, naast de vermeldingen die artikel 22, lid 3, sub b, van de Zesde Richtlijn voorschrijft, ook sommige andere vermeldingen moeten bevatten, rijst de vraag of deze wet verenigbaar is met voormelde richtlijn; in dat verband heeft de rechtbank het Hof van Justitie twee prejudiciële vragen voorgelegd.

De verwijzende rechter wenst in wezen te vernemen of de artikelen 18, lid 1, sub a, en 22, lid 3, sub a en b, van de Zesde Richtlijn voor de lid-staten de mogelijkheid openlaten om de uitoefening van het recht van aftrek afhankelijk te stellen van het bezit van een factuur die sommige vermel-

dingen moet bevatten die bedoeld zijn om de toepassing van de BTW en het toezicht van de belastingadministratie daarop te verzekeren.

Het recht op aftrek kan afhankelijk worden gesteld van andere vermeldingen op de factuur dan die welke in artikel 22, lid 3, sub b, van de richtlijn zijn vermeld, doch dit vereiste dient te worden beperkt tot wat noodzakelijk is om de inning van de belasting over de toegevoegde waarde en de controle daarvan door de belastingadministratie mogelijk te maken. Bovendien mogen die vermeldingen niet zo talrijk en technisch zijn, dat zij de uitoefening van het recht op aftrek nagenoeg onmogelijk of overdreven moeilijk maken.

Het Hof heeft voor recht verklaard:

«De artikelen 18, lid 1, sub a, en 22, lid 3, sub a en b, van de Zesde Richtlijn (77/388) van de Raad van 17 mei 1977 staan de lid-staten toe, de uitoefening van het recht op aftrek afhankelijk te stellen van het bezit van een factuur met een aantal verplichte vermeldingen, die nodig zijn om de inning van de belasting over de toegevoegde waarde en de controle daarvan door de belastingadministratie mogelijk te maken. Die vermeldingen mogen niet zo talrijk en technisch zijn, dat zij de uitoefening van het recht op aftrek nagenoeg onmogelijk of overdreven moeilijk maken.»

(In de gevoegde zaken : J. en N.V. E. t/ Belgische Staat)

BOEKEN

Interne en externe analyses van recht, onder redactie van J.H.M. KLANDERMAN en N.H.M. ROOS, Serie Rechtsfilosofie en Rechtstheorie 6, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1988, 243 blz.

Deze verzamelbundel staat duidelijk in het teken van de «moderne rechtstheorie». Deze wordt door de inleiders (Klanderman en Roos) omschreven als de «rechtstheorie die zich laat inspireren door theorieën ontwikkeld in en over moderne exacte wetenschappen, de algemene taalwetenschap en de analytische taalfilosofie». Als voorloper van een dergelijke benadering wordt o.m. Hans Kelsen aangewezen.

In een eerste bijdrage van W.G. van der Velden wordt een duidelijk en vrij exhaustief (*Law and Economics* ontbreekt echter) overzicht geboden van de verschillende benaderingswijzen van het recht. De auteur stelt zich daarbij voortdurend de vraag of, en in welke mate, de verschillende benaderingswijzen van het recht «wetenschappelijk» zijn, in de zin van de hedendaagse wetenschapsfilosofie. Wat betreft de rechtsdogmatiek bv. is het antwoord vrij restrictief: rechtsdogmatiek kan enkel als wetenschappelijk worden beschouwd, in zoverre het geldend positief recht van een bepaalde rechtsorde wordt *beschreven*. Elke legitimatie- of beleidsoverweging brengt de wetenschappelijkheid van de rechtsdogmatiek in het gedrang. Vrij overtuigend wijst de auteur vervolgens de opvatting van de hand als zou de rechtsdogmatiek noodzakelijkerwijze een «normatieve wetenschap» moeten zijn, een term die hij als contradictorisch verwerpt. Het is niet omdat het voorwerp van een wetenschap uit normen bestaat, dat de studie van dit voorwerp zelf normatief moet zijn. Evenmin vereist de praktische toepasselijkheid van de resultaten van de rechtsdogmatiek een normatieve benadering. Elke toegepaste wetenschap — zoals de moderne technologieën bv. — zijn én praktisch toepasselijk én wetenschappelijk.

Wat de rechtstheorie betreft, doet de auteur een lovenswaardige poging om de veelheid van opvattingen ter zake te beschrijven en te ordenen, al toont hij zich vrij sceptisch t.a.v. de mogelijkheid om tot een «integratieve rechtstheorie» te komen.

De bekommernis van de auteur om, per discipline, aan te geven of ze al dan niet wetenschappelijk is, ziet enigszins voorbij aan het specifieke van een wetenschappelijke benadering. Dat een benadering wetenschappelijk is, in de zin van de hedendaagse wetenschapsfilosofie, onderstelt niet enkel (of zelfs niet zozeer) dat ze empirisch is en waardenvrij, maar ook dat ze *verklaringen* en *voorspellingen* mogelijk maakt die falsifieerbaar zijn. Deze verklaringen en voorspellingen geschieden door het formuleren van wetten en theorieën en door het gebruik van veelal gesofisticeerde begrippen, die vaak slechts een zeer onrechtstreeks verband hebben met de observeerbare werkelijkheid. Daarom lijkt de conclusie dat de rechtsdogmatiek, onder bepaalde strikte voorwaarden, wetenschappelijk kan zijn, in de zin van waardenvrij, niet zo relevant. Veel relevanter is de vraag welke voorspellingen zij toelaat en welke theoretische concepten en constructies zij hanteert. De louter vaststelling dat de rechtsdogmatiek, onder vrij artificiële voorwaarden, waardenvrij is, impliceert nog niet dat zij ook maar bij benadering «wetenschappelijk» zou zijn, in de zin waarin de fysica bv. wetenschappelijk is.

J.C. Hage houdt zich in zijn bijdrage «De objectiviteit van waardeoordelen» specifiek bezig met de vraag of waardeoordelen objectief, feitelijk en dus wetenschappelijk zijn. Omdat hij deze vraag negatief beantwoordt, besluit bv. Langemeijer tot de onwetenschappelijkheid van de rechtsdogmatiek.

In een genuanceerd betoog voert Hage aan dat zowel feitelijke oordelen als waardeoordelen tot stand komen door het toetsen van de werkelijkheid aan bepaalde conceptualiserende, resp. evaluatieve criteria. Beide criteria, zowel de conceptualiserende als de evaluatieve, kiest de mens (of de groep) in beginsel vrij. Er bestaat derhalve geen essentieel, doch enkel een gradueel onderscheid tussen feitelijke en waardeoordelen. Voor wie bv. de criteria kent op basis waarvan ik een tuner goed noem (intern standpunt), is mijn uitspraak «Deze tuner is goed» van feitelijke aard, net zoals de uitspraak «Deze tuner is rechthoekig».

Verplaatst de auteur hiermee echter het probleem niet? Is het niet zo dat een ieder er zijn eigen evaluatieve criteria op na houdt, zodat wat goed is voor Jan slechts zeer toevallig goed zal zijn voor Piet, terwijl er consensus heerst over de conceptualiserende criteria?

In elk geval een interessante bijdrage die echter wellicht niet iedereen zal overtuigen.

J. Klanderman sluit zeer nauw aan bij het vorige thema door uitvoerig in te gaan op het oeroude probleem van de overgang van «zijn» naar «behoren». Zijn verhandeling valt echter veel té lang uit, en trapt een aantal open deuren in. Ze wordt bovendien gekenmerkt door niet steeds geslaagde pogingen om het probleem precies te formuleren. Het enige wat men van zijn bijdrage zal onthouden, is de weinig sensationele stelling dat voor de rechtvaardiging van een rechtsnorm empirische argumenten (op een niet nader geprecieerde wijze) relevant kunnen zijn.

De bijdrage van P.W. Brouwer is, zij het in mindere mate, in hetzelfde bedje ziek. Hij analyseert het begrip regel, en komt daarbij, na heel wat onnodige en evidente beschouwingen, tot de volgende veldenswaardige resultaten. Een regel is een propositie, d.i. de betekenis van een linguïstische entiteit waarin een bepaalde regel wordt geformuleerd. Elke deontische regel bevat minimaal de aanduiding van het normsubject, van een handeling, een bepaalde deontische modaliteit, tijdstip en plaats van gelding. Subject, handeling, tijdstip en plaats kunnen zowel algemeen als individueel worden geformuleerd, hetgeen tot een reeks combinaties leidt: regels die in alle opzichten algemeen zijn, regels die algemeen zijn m.b.t. plaats en tijd, maar niet bv. m.b.t. het subject, ... tot regels die in alle opzichten individueel zijn. Hierbij dient wel te worden opgemerkt dat een aantal theoretische combinaties zich *de facto* niet kunnen voordoen.

Boeiend is de bondige bijdrage die N.H.M. Roos wijdt aan de paradoxen en aporiën van constitutionele regels. Hij pleit daarvoor in de stelling dat de regels die de voorwaarden bepalen waaronder de constitutie gewijzigd kan worden, niet onbeperkt op *rechtsgeldige* wijze kunnen worden gewijzigd. Acceptabel lijkt hem daarentegen wel de partieel zelf-referente regel: alle regels die effectief betrekking hebben op de veranderbaarheid van de constitutie zijn onveranderbaar, voor zover de veranderbaarheid van de constitutie daardoor zou worden verhoogd. M.a.w., een starre constitutie kan niet op rechtsgeldige wijze meer soepel worden gemaakt: het

omgekeerde kan wel. Versoepelt men een starre constitutie, dan pleegt men in zekere zin een revolutie.

Interessant is tevens de algemene achtergrond waartegen hij deze discussie projecteert: in welke mate kunnen regels op zichzelf worden toegepast? Probleemloos toelaten van zelf-referente regels leidt tot een aantal paradoxen, zoals bv. de soevereiniteitsparadox: het parlement is almachtig en heeft de bevoegdheid om rechtsregels van een willekeurige inhoud uit te vaardigen (1), dus ook rechtsregels die zijn eigen bevoegdheid inperken. Maar dit laatste is strijdig met regel (1), want dan is het parlement niet meer almachtig.

In dezelfde context wordt de sanctie-paradox gesitueerd die Kelsen zoveel zorgen baarde, en die hem er uiteindelijk toe bracht zijn fictieve *Grundnorm* in te voeren, terwijl anderen (de realisten, zoals Alf Ross) het positief recht uiteindelijk funderen in het psychosociale feit van de globale aanvaarding van de *Grundnorm*. Roos zelf lost de sanctieparadox op door een typische recursie-regel, bestaande uit twee delen: (1) Iedere overtreding van een strafbaar feit moet worden bestraft; (2) elke inbreuk op regel (1) maakt een strafbaar feit uit.

Ofschoon zijn suggestie zeker niet als definitief te beschouwen is, en men de indruk heeft dat de uiteindelijke oplossing van het gestelde probleem slechts te vinden is in een erg complex logisch systeem (het probleem houdt verband met de Gödeltheorie en met de paradox van de leugenaar), is de bijdrage van Roos alleszins interessant.

Loth van zijn kant schetst de voor het recht centrale begrippen «handeling, intentie en betekenis». Een handeling acht hij opzettelijk, indien de actor (1) haar resultaat als zeker, waarschijnlijk of mogelijk (eventueel opzet) heeft voorzien, en (2) dit resultaat als doel of als middel was beoogd. Vrijwillig is een handeling daarentegen, indien de actor, rekening houdende met zijn capaciteiten en met de omstandigheden, anders kon handelen dan hij in feite deed. Een onvrijwillige handeling kan meestal worden geëxcuseerd.

Niet alle vrijwillige handelingen zijn intentioneel, terwijl omgekeerd niet alle intentionele handelingen vrijwillig zijn. Paradigmatisch is een handeling wel vrijwillig en opzettelijk.

In zijn opstel gaat Degenkamp uit van de constatering dat het begrip «vertegenwoordiging» in het (Nederlands) recht op een vrij empirische en onsystematische wijze wordt gehanteerd. Ofschoon in een reeks gevallen handelingen van A de juridische sfeer van B beïnvloeden, wordt de ene keer wel, maar dan weer niet, van «vertegenwoordiging» gesproken. De auteur neemt zich dan ook voor het begrip «vertegenwoordiging» en «rechtspersoon» (personificatie van het begrip) op een meer verantwoorde en consequente manier te gebruiken, en komt daarbij tot een aardig resultaat. Dat hij tot dit resultaat komt aan de hand van bijzonder elementaire verzamelingentheorie — hetgeen m.i. een volstrekt onnodige en pedante omweg is — moet men er op de koop toe bijnemen.

Opze landgenoot M. van Hoecke besteedt aandacht aan de wijze waarop rechtsnormen in wetteksten worden geformuleerd. Helder zet hij de theorie van de definities uiteen, die hij vervolgens toepast op, en illustreert aan de hand van talloze voorbeelden. Vervolgens introduceert hij de verschillende deontische modaliteiten, het zgn. logisch deontisch vierkant, en, zonder ze bij name te noemen, Hohfeld's *Fundamental legal conceptions*.

Twee randbemerkingen: waarom, bij de theorie van de juridische definitie, geen melding gemaakt van de opvatting van Alf Ross, volgens wie elk juridisch concept een afkorting is voor een disjunctie van hypothesen (*Tatbestände*) en een conjunctie van rechtsgevolgen? Wat de verschillende deontische modaliteiten betreft, schrijft de auteur dat het «tot op zekere hoogte» mogelijk is de vier deontische modaliteiten tot twee te herleiden, terwijl de meeste logici ervan uitgaan dat reductie tot één modaliteit mogelijk is.

De laatste bijdrage in deze bundel is van H. Franken, en handelt over de systeemtheorie en de rechtswetenschap.

De algemene systeemtheorie bestudeert systemen heel in het algemeen; ze werd ontwikkeld door mathematici, informatici, cybernetici en biologen. Een systeem is een verzameling van met elkaar in interactie staande elementen die een georganiseerd geheel vormen en samenwerken aan de doeleinden, resp. resultaten van het geheel (al klinkt deze definitie me te antropomorfistisch in de oren).

In het bestek van zijn betoog is het de auteur niet mogelijk deze algemene systeemtheorie, voor niet-ingewijden, voor te stellen, al