

KRITISCHE KANTTEKENINGEN OVER DE THEORIE EN DE PRAKTIJK VAN DE FAILLISSEMENTS-AFWIKKELING

I. Inleiding

1. Over de faillissementswetgeving, die dateert van 18 april 1851, en haar wijze van toepassing in de praktijk doen nogal wat kritische geluiden de ronde. Het Centrum voor Rechtssociologie aan de Ufsia heeft, in opdracht van de Dienst Programmatie van het Wetenschapsbeleid, omtrent deze materie een uitvoerige studie gemaakt. Deze bijdrage beoogt een samenvatting weer te geven van de soms ontstellende resultaten, die dit praktijkonderzoek aan het licht heeft gebracht ¹.

2. Oorspronkelijk was het de bedoeling om aan de hand van interviews (in concreto werden honderd interviews afgenomen) met de diverse betrokken partijen (curator, gefailleerde, rechter-commissaris, rechtbank van koophandel, parket) vooral aandacht te besteden aan de positie en de rol van de gefailleerde-fysieke persoon als acteur in het drama van het faillissement. Door de verschillende gesprekken heen zijn echter ook tal van andere knelpunten in de faillissementswetgeving en haar praktische toepassing aan bod gekomen, die interessant zijn om op het publieke forum te worden gebracht. Eerst wordt in het kort het faillissement als statistisch verschijnsel geschetst. Daarna wordt onderzocht wat de juridische en feitelijke positie is van de diverse actoren in het raam van het faillissement: de gefailleerde, de schuldeisers, de curator, de rechter-commissaris, de rechtbank van koophandel en het parket ². In aansluiting op de eindbeoordeling per actor wordt een overzicht gegeven van de meest voorkomende knelpunten in de faillissementswetgeving en -procedure zoals die door de onderscheiden gespreksgroepen naar voren werden gebracht. Tot slot wordt dieper ingegaan op de sociale gevolgen van het faillissement voor de gefailleerde en de sociale en juridische aspecten verbonden aan diens rehabilitatie. Duidelijkheids-halve dient nogmaals te worden gewezen op het feit dat de hierna weergegeven onderzoeksresultaten slechts het gevolg zijn van een beperkte steekproef en dus geenszins als repre-

sentatief voor de onderscheiden gespreksgroepen mogen worden beschouwd ³.

II. Het aantal faillissementen en de geografische en sectoriële spreiding ervan

3. Hoewel juristen gewoonlijk weinig aandacht besteden aan statistische gegevens omtrent juridische fenomenen (behoudens wanneer het gaat over de gerechtelijke achterstand bij de onderscheiden hoven en rechtbanken), verdient het aanbeveling even aandacht te besteden aan de cijfergegevens over het aantal faillissementen, al was het maar om de lezer bewust te maken van de ernst van het verschijnsel. Bovendien hebben de onderzoekers kunnen vaststellen dat er omtrent het verschijnsel faillissement een aantal misverstanden bestaan die dringend dienen te worden weggewerkt.

4. In de eerste plaats blijkt uit het onderzoek dat het aantal faillissementen in de loop der jaren steeds maar is toegenomen, zelfs in een versneld tempo vanaf de jaren zeventig. Sinds 1980 blijkt het aantal faillissementen zich te stabiliseren rond de 3500 à 4000 per jaar ⁴. Of er sprake is van een recente trend in dalende zin, kan niet worden bevestigd noch ontkend, gelet op het ontbreken van enig betrouwbaar cijfermateriaal sinds 1988. Uitgedrukt naar taalgebied blijken de Vlaamse arrondissementen, waarin ook de handelsactiviteit het sterkst floreert, flinker vertegenwoordigd te zijn in de faillissementsstatistieken dan het Waalse en het Brusselse arrondissement ⁵. Uitgedrukt naar provincie kan worden vastgesteld dat de arrondissementen Antwerpen en Brussel, waarin ook de meeste ondernemingen zijn gevestigd, ruim de helft van de faillissementen voor hun rekening nemen ⁶. Uitgedrukt naar sector blijken vooral in de bouw- en horecasector opvallend veel faillissementen voor te komen ⁷. Vooral merkwaardig is echter dat ongeveer de helft van de faillissementen nog steeds eenmanszaken blijken te betreffen ⁸. Dit is vooral schrijnend als men weet dat deze fysieke personen ook de minst beschermde zijn in geval van faillissement. Tot slot kan nog worden opgemerkt dat een derde van de faillissementen zich voordoet binnen het tweede levensjaar van de onderneming en de helft binnen vijf jaar ⁹. Samenvattend kan men dus besluiten dat het faillis-

¹ DRIESSENS, K., HUYSMANS, M., THIELMAN, V., *Onderzoek aan de hand van casestudies naar de sociale begeleiding van te goeder trouw gefailleerden*, Centrum voor Rechtssociologie, UFSIA, Antwerpen, 1990, 206 blz.; promotoren: dr. G.L. BALLON en dr. F. VAN LOON.

² De juridische en feitelijke positie van de schuldeiser(s) in het raam van het faillissement werd bewust buiten beschouwing gelaten; voor de rechtspositie van de schuldeisers, zie o.a. VEROU-STRATE, I., «Faillissement en continuïteit van de onderneming», *T.P.R.*, 1990, 1768 e.v. en de verwijzingen aldaar; voor de feitelijke positie van de schuldeisers, zie o.a. BASTIN, J., «L'évolution des conceptions en matière de faillite», *Ann.Dr.Liège*, 1986, 171 e.v.

³ Over de kwaliteit van dit soort van onderzoek, zie o.a. HILHORST, W.A.H., «Over de kwaliteit van kwalitatief onderzoek», *Recht der Werkelijkheid*, 1986, 90-97.

⁴ *N.I.S.*, Statistisch Jaarboek van België: 1982-1988.

⁵ *N.I.S.*, Regionaal Statistisch Jaarboek: 1978-1987.

⁶ *N.I.S.*, Regionaal Statistisch Jaarboek: 1978-1986.

⁷ *N.I.S.*, Gerechtelijke Statistieken, 1988, nrs. 1 en 3.

⁸ *N.I.S.*, Gerechtelijke Statistieken: diverse statistieken, 1980, nr. 3; 1983, nr. 3, en 1985, nr. 5.

⁹ *N.I.S.*, Gerechtelijke Statistieken: diverse statistieken, 1988, nr. 3, en 1989, nr. 5.

sement niet langer als een uitzonderlijk verschijnsel kan worden beschouwd en dat het vooral jonge, kleinschalige en dus kwetsbare ondernemingen treft.

III. De juridische en feitelijke positie van de diverse actoren in het raam van het faillissement

A. De gefailleerde

5. Zoals men weet, heeft de opening van het faillissement juridische gevolgen zowel ten aanzien van de persoon als ten aanzien van het vermogen van de gefailleerde. Op het vermogensrechtelijk vlak wordt de gefailleerde door de faillietverklaring van rechtswege uit het beheer van al zijn goederen ontzet (art. 444 Faill. W.)¹⁰, terwijl hij ook op het persoonsrechtelijk vlak wordt getroffen, o.a. door de omleiding van de briefwisseling naar de curator (art. 478 Faill.W.), door het verbod zich te verwijderen (art. 482 Faill.W.) en door het handelsberoepsverbod (vooral de artt. 1 en 3 van het K.B. nr. 22 van 24 oktober 1934, als gewijzigd bij art. 85 van de wet van 4 augustus 1978)¹¹. Sommige auteurs hebben hieruit terecht afgeleid dat de gefailleerde geacht wordt schuld te hebben aan het faillissement, ook al heeft hij geen enkel misdrijf begaan¹².

6. Ook tijdens de faillissementsprocedure kan de gefailleerde (net zoals de schuldeisers) weinig rechten doen gelden. Behoudens het recht om een veto te stellen tegen het aangaan door de curator van een dading (art. 492 Faill.W.) en het recht om akkoordvoorstellen te doen (art. 511 Faill.W.), beperkt de interventiemogelijkheid van de gefailleerde zich doorgaans tot het maken van opmerkingen en het akte laten nemen van voorbehouden, die alsdan later aanleiding kunnen geven tot het instellen van een aansprakelijkheids-

vordering tegen de curator (qualitate qua en/of persoonlijk)¹³.

7. Uit dit alles kan dan ook terecht worden afgeleid dat de juridische positie van de gefailleerde in het raam van het faillissement nogal zwak is, vooral wat de gefailleerde-fysieke persoon betreft. Het faillissement van een vennootschap is in principe minder desastreus in die zin dat het faillissementsbeslag alleen de (volkomen) rechtspersoon¹⁴ en niet de organen (natuurlijke personen) van de rechtspersoon treft, althans indien deze laatsten niet als borg zijn opgetreden voor de (meer belangrijke) verbintenissen van de vennootschap en/of indien zij niet mede persoonlijk aansprakelijk worden verklaard voor het passief van de vennootschap¹⁵. Voorts zij opgemerkt dat de verplichte eedaflegging door de gefailleerde, de omleiding van de briefwisseling naar de curator, het verbod zich te verwijderen en principieel ook het handelsberoepsverbod, niet van toepassing zijn op de organen van de vennootschap¹⁶.

8. Wanneer men de feitelijke positie van de gefailleerde in het raam van het faillissement en de faillissementsprocedure onderzoekt, dunkt het me dat deze nog zwakker is dan reeds blijkt uit de voormelde juridische analyse. Dit kan o.m. worden afgeleid uit sommige van de hierna vermelde discrepanties tussen de faillissementstheorie en de -praktijk, die de onderzoekers hebben kunnen ontwaren.

9. Allereerst zijn er de gevolgen voor de persoon van de gefailleerde. In dezen blijken er discrepanties te zijn op het vlak van de omleiding van de briefwisseling en het verbod zich te verwijderen. Zoals men weet brengt de griffie van de rechtbank van koophandel onmiddellijk na de faillietverklaring de P.T.T. op de hoogte, die vanaf dat ogenblik de briefwisseling van de gefailleerde rechtstreeks aan de curator dient te bestellen. Het betreft een uitzondering op het

¹⁰ Voor een uitvoerige uiteenzetting over de vermogensrechtelijke gevolgen van het faillissement voor de gefailleerde, zie VEROUSTRATE, I., *Manuel du curateur de faillite*, Brussel, Swinnen, 1987, nrs. 84 e.v.

¹¹ Tot 1976 (wet van 5 juli 1976, B.S., 29 juli 1976, 9545) diende de gefailleerde ook nog een ontzetting uit zijn politieke rechten te ondergaan. Een restant van deze politieke vervallenverklaring is tot op heden blijven voortleven in art. 592 Faill. W. (verbod om tot rechter-commissaris te worden benoemd) en art. 728, tweede lid, Ger. W. (verbod om als gevolmachtigde op te treden voor de rechtbank).

Voor een uitvoerige behandeling van de persoonsrechtelijke gevolgen van de faillietverklaring, zie DAL, G.A., «Les effets de la faillite sur la personne du failli et les interdictions professionnelles», in *L'entreprise en difficulté*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 1981, 221-250.

¹² BIRNFELD, J.C., *Faillissement en gerechtelijk akkoord. Practische Rechtsgids*, Brugge, Die Keure, 1987, 66; zie ook VAN DER GUCHT, J., «Prevention des faillites», *Rev.Dr.Pen.Crim.*, 1973-74, 890: «La faillite est considérée par le législateur de 1851 comme une sanction prise contre le commerçant (...) qui est considéré comme malhonnête ou même simplement inefficace dans la gestion de son entreprise», en verder: «La loi de 1851 a ainsi gardé manifestement un caractère pénal.» Men kan zich de vraag stellen of dit uitgangspunt van de Faillissementswet niet in strijd is met onze grondregel van burgerlijk recht dat goede trouw wordt vermoed en kwade trouw moet worden bewezen (art. 2265 B.W.).

¹³ THIELMAN, V., «De persoonlijke aansprakelijkheid van de curator voor het voeren van misleidende handelspubliciteit n.a.v. de tegeldemaking van de activa van het faillissement», noot onder Brussel, 28 september 1989, *R.W.*, 1990-91, 500, en de verwijzingen aldaar.

¹⁴ Als bekend impliceert het faillissement van onvolkomen rechtspersonen zoals een v.o.f. en een comm.v.a. automatisch het persoonlijke faillissement van de (werkende) vennoten; aldus FREDERICO, L. en S., *Handboek van Belgisch Handelsrecht*, IV, Brussel, Bruylant, 1981, nrs. 2623-2633. Overeenkomstig art. 141, vierde lid, van de wet van 20 juli 1991 (B.S., 1 augustus 1991) geldt dezelfde regel voor een coöperatieve vennootschap met onbeperkte aansprakelijkheid.

¹⁵ Voor een overzicht van de diverse aansprakelijkheidsregelingen na faillissement, zie o.a. RONSE, J. en LIEVENS, J., «La responsabilité des administrateurs et gérants après la faillite», in *Les sociétés commerciales*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 1985, 185-257; RONSE, J., NELISSEN GRADE, J.M., VAN HULLE, K., LIEVENS, J. en LAGA, H., «Overzicht van rechtspraak vennootschappen (1978-1985)», *T.P.R.*, 1986, nrs. 192-320; MERCHERS, Y., «Aansprakelijkheid van bestuurders in n.v. en b.v.b.a.», *T.P.R.*, 1986, 405-430; VAN CROMBRUGGE, S., «De aansprakelijkheid van de vennootschapsbestuurders», *R.W.*, 1989-90, 1439-1450. Voor de eenspersoons-bvba, zie LIEVENS, J., *De eenpersoons-bvba*, Antwerpen, Kluwer, 1988, nrs. 277-334.

¹⁶ Vooral op het vlak van het handelsberoepsverbod bestaan hierop belangrijke uitzonderingen: DAL, G.A., o.c., 225-249.

grondwettelijk verbod van schending van het briefgeheim¹⁷.

Indien de curator op deze wijze «persoonlijke» briefwisseling zou ontvangen, is hij wettelijk verplicht deze onmiddellijk door te sturen naar de gefailleerde onder de vermelding «persoonlijk te bestellen aan de gefailleerde», aangevuld door zijn eigen handtekening. Uit de verhalen van verscheidene gefailleerden is echter gebleken dat een aantal curators het niet al te nauw nemen met de wettelijke principes op dat stuk: regelmatig wordt de persoonlijke briefwisseling van de gefailleerde niet of onredelijk laat doorgestuurd en wordt de enkele gefailleerde die erop staat persoonlijk aanwezig te zijn bij de opening van de briefwisseling, door de curator tegengewerkt¹⁸. Voorts kan worden vermeld dat de praktijk van het doorsturen van persoonlijke briefwisseling, die toch impliceert dat de curator kennis neemt van persoonlijke correspondentie, een aantal gefailleerden flink tegen de borst stuit. Evenveel andere gefailleerden blijken daarentegen een meer pragmatische houding aan te nemen. Zij menen dat er voldoende omwegen zijn om de persoonlijke contacten door middel van briefwisseling uit handen van de curator te houden (adressering op naam van familie of vrienden). Wat betreft het verbod zich te verwijderen, wijst het onderzoek uit dat de meeste gefailleerden deze verplichting niet eens kennen en er dus ook nooit mee geconfronteerd zijn, hetgeen, zoals te verwachten, bevestigt dat we hier staan voor een volstrekt verouderde en door de meeste curators niet langer toegepaste wettelijke bepaling¹⁹.

10. Ten tweede zijn er de vermogensrechtelijke gevolgen van het faillissement. In dit verband lijkt vooral het probleem van het faillissementsbeslag in het belang van de schuldeisers versus het behoud van de «levensnoodzake-

lijke» goederen in het belang van de gefailleerde aanleiding te geven tot moeilijkheden. Hierbij dient te worden opgemerkt dat de curator bij de inbeslagneming niet gebonden is door de in art. 1408 Ger.W. vervatte beperkingen ten aanzien van de voor beslag vatbare goederen, maar krachtens art. 476 Faill.W. volgens het criterium van de «levensnoodzakelijkheid» vrij bepaalt (behoudens weigering van machtiging door de rechter-commissaris en beroep bij de rechtbank van koophandel) welke goederen de gefailleerde mag behouden. Zoals men wellicht kan vermoeden, hangt veel af van de humaniteit en het meevoelen die de curator in dezen betoont²⁰. In de loop der jaren is echter een soort «gebruik» ontstaan waarbij de curator toelaat dat de gefailleerde via zijn familie of vrienden de inboedel onderhands terugkoopt van de failliete boedel. Door deze wijd verspreide handelwijze menen de curatoren tegemoet te komen aan de wensen van de gefailleerde, net zoals aan die van de schuldeisers. Immers, terwijl de gefailleerde aldus de mogelijkheid krijgt zijn eigen inboedel, die vaak een gevoelsgeladen waarde heeft, te behouden, worden de belangen van de schuldeisers gediend doordat de verkoop meestal geschiedt voor een prijs die hoger ligt dan men via een openbare verkoop zou kunnen krijgen en bovendien veel minder kosten meebrengt²¹. Niettemin kan men zich afvragen of deze praktijk niet grotendeels voorbijgaat aan het doel van de exemptieregeling in art. 476 Faill.W. en subsidiair in art. 1408 Ger.W. De kans is immers groot dat de gefailleerde bij dergelijke terugkopen niet alleen betaalt voor beslagbare goederen maar ook voor goederen die hem «naar levensnoodzakelijkheid» eigenlijk dienen te worden gelaten.

11. Ten derde is er de faillissementsprocedure, die begint met de boedelbeschrijving (art. 488 Faill. W.). Indien men van de curator redelijkerwijze mag verwachten dat hij naar aanleiding van de boedelbeschrijving de gefailleerde inlicht omtrent de cruciale gevolgen van het faillissement (zie nr. 5), zijn rechten (bv. recht om verzet of hoger beroep in te stellen, recht om een nieuwe winstgevende activiteit uit te oefenen, e.a.) en verplichtingen (bv. verplichting om het arrondissement niet te verlaten zonder toestemming van de rechter-commissaris), blijkt dit in de praktijk niet altijd het geval te zijn²². Vele gefailleerden verklaarden ons dat het eerste contact met de nieuwe bewindvoerders louter plaatsheeft met het oog op de invulling van de vragenlijst bestemd

¹⁷ Zie Cass., 18 juni 1962, *Pas.*, I, 1176: «Le détournement du courrier instauré par la loi n'est pas contraire au secret des lettres garanti par la constitution, qui ne concerne que le devoir d'administration»; zie ook VAN BUGGENHOUT, C., «De briefwisseling aan de gefailleerde gericht», *R.W.*, 1986-87, 1473-1476.

¹⁸ Zie ook VANDEVOORT, L., JANSSENS, M., LAGROU, L., *Wegens faillissement. Ervaringen van zelfstandigen*, Leuven, Acco, 1989, 46; ZENNER, A., «Perspectives actuelles de réforme des procédures collectives», *Ann.Dr.Liège*, 1986, 208-223, nr. 16, waarin wordt verwezen naar een document van 31 november 1984 van de «ligue des faillis», waarin deze zich afvraagt of «ce détournement, qui frappe actuellement le failli de bonne foi comme les banqueroutiers, doit être systématique, faisant de tout failli un présumé coupable de désordre ou de banqueroute»; zie ook HULS, N.J.H., *Van liquidatie naar rehabilitatie*, Ministerie van Economische Zaken, Nederland, 1988, 72, waarin wordt verwezen naar het standpunt van de Stichting Gefailleerdenbelangen, die eveneens ernstige klachten opwerpt over de postblokkade. Zie ook art. 27 van het wetsvoorstel LALLEMAND-COLLIGNON, *Gedr.St.*, Senaat, nr. 73 (1985-1986), waarin wordt voorgesteld om de rechtbank van koophandel op verzoek van de curator te laten beslissen over de opportuniteit van de omleiding van de briefwisseling. Een andere mogelijkheid die mij efficiënter lijkt, zou kunnen bestaan in een wettelijke beperking van de duur van de postblokkade (bv. drie maanden).

¹⁹ Zie ook art. 30 van het in vorige voetnoot vermelde wetsvoorstel LALLEMAND-COLLIGNON, waarin wordt voorgesteld om art. 482 Faill.W. (machtiging rechter-commissaris vereist) af te schaffen. Ook in Nederland blijken de gefailleerden klachten te hebben over de manier waarop hun bewegingsvrijheid wordt ingeperkt door de mogelijkheid tot het inhouden van de identiteitskaart en de mogelijkheden tot inbewaringstelling; zie HULS, N.J.H., *o.c.*, 72.

²⁰ Een niet onbelangrijk aantal gefailleerden vonden dat ze onredelijk werden behandeld bij de inbeslagneming en dat zelfs het levensnoodzakelijke hun werd ontnomen. Toch nog ruim een derde vond dat de curator niet onredelijk was geweest. Zie in dit verband ook VANDEVOORT, L., JANSSENS, M., en LAGROU, L., *o.c.*, 41-47; zie in dit verband ook de artt. 21 en 36 (recht op behoud van de persoonlijke archiefstukken en bescheiden) en art. 25 (recht op behoud van «persoonlijke bezittingen») van het in voetnoot 12 geciteerde wetsvoorstel LALLEMAND-COLLIGNON.

²¹ Regelmatig werd er ook over geklaagd dat de curator de goederen die de gefailleerde wou terugkopen, overschatte. Zie ook VANDEVOORT, L., JANSSENS, M., LAGROU, L., *o.c.*, 46 e.v.

²² Zie ook VANDEVOORT, L., JANSSENS, M., LAGROU, L., *o.c.*, 41 en 47; zie ook art. 16 van het in voetnoot 12 geciteerde wetsvoorstel LALLEMAND-COLLIGNON (automatische rechtsbijstand van een (pro deo) advocaat).

voor het parket (art. 485 Faill. W.). De curator is volgens de meeste gefailleerden vriendelijk maar kort en zakelijk ²³.

12. Wat de faillissementsprocedure betreft, dient eveneens melding te worden gemaakt van de diverse in het raam van het faillissement verplicht te houden vergaderingen (verificatievergadering (art. 502 Faill. W.), vergadering voor een akkoord (art. 511 Faill. W.) en afsluitingsvergadering (art. 533 Faill. W.)). Hier blijkt de doorsnee curator zich anders te gedragen ten opzichte van de gefailleerde dan wettelijk is voorgeschreven. Hoewel de curator verplicht is de gefailleerde «behoorlijk» op te roepen met het oog op het houden van de voornoemde vergaderingen, blijkt hij dit in de praktijk veelal achterwege te laten ²⁴. Of dit te wijten is aan de gefailleerde, die nalaat zijn gewijzigde woonplaats mee te delen, dan wel aan de curator, die bij voorbaat uitgaat van een desinteresse bij de gefailleerde, is niet steeds duidelijk. Bovendien blijken de curators zich vaak niet te storen aan de verplichting om de gefailleerde de mogelijkheid te bieden akkoordvoorstellen te doen. In vele gevallen doet de curator de gefailleerde na de verificatievergadering een document ondertekenen waarin deze laatste afstand doet van zijn recht om akkoordvoorstellen te doen. Het gevolg is dat er dan ook geen vergadering wordt gehouden, zelfs niet pro forma ²⁵.

13. Ten vijfde is er de afsluiting van de faillissementsprocedure. Ook hier blijkt de praktijk vaak anders te verlopen dan in de Faillissementswet is bepaald. Eens te meer is de gefailleerde net zoals de (gezamenlijke) schuldeisers afwezig en wordt de afsluitingsvergadering onder voorzitterschap van de curator alleen bijgewoond door de rechter-commissaris of zijn plaatsvervanger (art. 533 Faill. W.). Er blijkt zelden kritiek te zijn op de afrekening van de curator. Ook van de mogelijkheid om de gefailleerde op het einde van de faillissementsprocedure verschoonbaar te verklaren, blijkt in de praktijk vrijwel nooit gebruik te worden gemaakt ²⁶.

14. Een aparte vermelding verdient verder de handelwijze van sommige curators ten opzichte van de bestuurders van gefailleerde vennootschappen. Zo blijkt dat sommige curators, indien zij menen dat er dermate bezwarende elementen zijn ten laste van de bestuurder van een failliete vennootschap dat zij aanleiding zouden kunnen geven tot

een persoonlijke aansprakelijkheidsvordering, pogen het instellen van een dergelijke vordering af te kopen. Ook hier zijn misbruiken niet ondenkbaar, vooral indien men weet dat de rechtspraak, mede onder invloed van de recente cassatierechtspraak, tegenwoordig nogal weigerachtig staat tegenover doorbraak of uitbreiding van aansprakelijkheid ²⁷.

15. Tot slot kan nog worden opgemerkt dat van een relatie tussen de gefailleerde en de rechter-commissaris in de praktijk nauwelijks sprake blijkt te zijn. Vele gefailleerden verklaren deze persoon niet te kennen, laat staan er enig contact mee te hebben. Het valt dan ook sterk te betwijfelen of de gefailleerden in verband met klachten over de curator zich tot die personen wenden ²⁸.

16. Als aanvulling op de voorgaande paragrafen dient nog te worden geattendeerd op het feit dat de discrepantie tussen de faillissementstheorie en de -praktijk niet noodzakelijk veronderstelt dat het hier eveneens gaat om knelpunten in de relatie gefailleerde/bewindvoerder. Indien ook sommige uit de praktijk gegroeide handelwijzen van de curator knelpunten vormen, zijn het toch vooral het gebrek aan rechten van de gefailleerde en sommige wettelijk geregelde handelwijzen van de curator die een aantal gefailleerden flink boos maken. Samenvattend kan men stellen dat vooral het gebrek aan informatieverstrekking (over de gevolgen van het faillissement, rechten en plichten tijdens de faillissementsprocedure, tijdstip en wijze van afsluiting, eindafrekening met vermelding van de hoogte van het overgebleven passief) ²⁹, het gebrek aan informatiedoorstroming (bv. over de stand van zaken van de procedure, de doorzending van de persoonlijke briefwisseling), het gebrek aan inspraak bij de veelal overhaaste en bijgevolg gebrekkige tegeldemaking van de activa van het faillissement en het gebrek aan (elementaire) humaniteit bij de inbeslagname van de persoonsgebonden goederen, de voornaamste knelpunten voor de gefailleerden blijken te vormen ³⁰.

B. De curator

17. Strikt juridisch wordt algemeen aangenomen dat de curator de spilfiguur is van het faillissement. Vanaf het eerste uur van het vonnis van faillietverklaring neemt hij ten be-

²³ Zie ook VANDEVOORT, L., JANSSENS, M., LAGROU, L., o.c., 39-40: «De curator en de deurwaarder worden niet in de eerste plaats beoordeeld naar het werk dat ze doen maar wel naar de manier waarop ze hun werk doen. Hun manier van omgaan met de gefailleerde is erg belangrijk voor de wijze waarop deze de pijnlijke procedure beleeft».

²⁴ Zie ook art. 9 van het in voetnoot 12 geciteerde wetsvoorstel LALLEMAND-COLLIGNON dat ertoe strekt de gefailleerde te betrekken bij alle daden van rechtspleging.

²⁵ Zie nochtans Kh. Brussel, 2 mei 1984, *T.B.H.*, 1984, 653-654, met noot VEROUGSTRAETE, I., «Kan de gefailleerde afstand doen van zijn recht een akkoord aan te vragen?».

²⁶ Conform art. 533, vierde lid, Faill. W. kan de rechtbank van koophandel op voorstel van de rechter-commissaris na advies van de schuldeisers de gefailleerde die ongelukkig en te goeder trouw is, verschoonbaar verklaren. Deze formaliteit, die oorspronkelijk tot doel had de gefailleerde aan de lijfswang te onttrekken, heeft geen praktisch belang meer sedert de wet van 27 juli 1871 die de gevangenisstraf wegens schulden verbiedt. Thans kan ze alleen nog gelden als een platonisch eerlijkheidsbewijs, zonder juridisch gevolg, aldus FREDERICQ, L. en S., o.c., nr. 2412, en de verwijzingen aldaar.

²⁷ Zie o.a. RONSE, J. en LIEVENS, J., o.c., nrs. 253-257; voor de eenspersoons-b.v.b.a., zie LIEVENS, J., o.c., nrs. 329-334.

²⁸ Uit het rapport van de Leuvense onderzoekers blijkt dat vele gefailleerden, anders dan over de rechters-commissarissen, zeer negatief oordelen over de rechtbank van koophandel. Aldus VANDEVOORT, L., JANSSENS, M., en LAGROU, L., o.c., 36-37: «Velen hebben de indruk dat de rechtbank van koophandel ondeskundig, willekeurig en onrechtvaardig is en dat zij in elke gefailleerde een fraudeur ziet.» Deze nogal strenge conclusie hebben de onderzoekers van het Centrum voor Rechtsociologie evenwel niet kunnen ontwaren.

²⁹ Samen met HULS, N.J.H., o.c., 77, kan men zich afvragen of aan de gefailleerde ook niet een recht op inzage in zijn faillissementsdossier moet worden gegeven.

³⁰ Uit het onderzoeksrapport blijken verder klachten in verband met de schending van het recht van verdediging n.a.v. de ambtshalve faillietverklaring, de werking van de opsporingsdiensten, de dubbel-(zinnige) hoedanigheid van de curator en tot slot het optreden van het parket. Ook art. 6 van het in voetnoot 12 geciteerde wetsvoorstel LALLEMAND-COLLIGNON (recht om vrij de «persoonlijke» rechten uit te oefenen) verdient m.i. volwaardige ondersteuning.

hoeve van de boedel het beheer en de afwikkeling van de failliete onderneming over van de gefailleerde (art. 470 Faill. W.)³¹. Over de juridische aard van de functie van de curator bestaat nogal wat verwarring en tegenspraak. In de meerderheidsopvatting wordt de curator beschouwd als een gerechtelijk «lasthebber», zowel van de gefailleerde als van de gezamenlijke schuldeisers. Samen met Van Gerven dient erop te worden gewezen dat deze meerderheidsopvatting vatbaar is voor kritiek. Een curator is niet een «lasthebber», maar wel een gerechtelijk (vereffenings)bewindvoerder. In het raam van zijn opdracht neemt de curator een aantal beslissingen en verricht hij een aantal handelingen die onmiddellijk toerekenbaar zijn én aan de gefailleerde én aan de gezamenlijke schuldeisers³². Sommige ervan kan hij alleen verrichten of beslissen, voor andere is de goedkeuring of machtiging van de rechter-commissaris nodig (zie de artt. 475, 476, 477, 479, 481, 485, 488, 489, 492, 493, 500, 501, 502, 509, 511, 516, 519, 521, 524, 531, 533, 534, 536, 543, 547, 561, 564, 571 Faill. W.). Voor de vervulling van zijn opdracht is de curator rekenschap verschuldigd aan de gefailleerde net zoals aan de schuldeisers en aan de rechtbank van koophandel, onder wier toezicht hij zijn opdracht vervult. Ten aanzien van de gefailleerde en/of de (gezamenlijke) schuldeisers bestaat de sanctie in geval van wanprestatie uit een eventuele aansprakelijkheidsvordering; ten aanzien van de rechtbank van koophandel uit een vermaning, een ontslag, een tijdelijke of definitieve schrapping van de lijst der curators en/of een klacht bij het parket. Uiteraard kan de curator ook ten opzichte van derden persoonlijk aansprakelijk zijn voor de fouten die hij tijdens of naar aanleiding van het beheer van de failliete boedel begaat. Ook hier bestaat de sanctie uit een persoonlijke aansprakelijkheidsvordering.

18. Indien men aldus de juridische positie van de curator dient te beoordelen, dunkt het mij dat twee aspecten goed uit elkaar dienen te worden gehouden. Enerzijds kan men stellen dat de Faillissementswet meer is geschreven als een handleiding voor de curator dan als een strak keurslijf. De handelings- en beslissingsvrijheid van de curator is, rekening houdende met de diepgang en nagenoeg volledige onomkeerbaarheid waarmee hij andermans vermogen kan aantasten, aanzienlijk. Bovendien dient met Verougstraete te worden opgemerkt dat de Faillissementswet, vooral dan de bepalingen met betrekking tot de afsluiting (artt. 528-534 Faill. W.), maar weinig rekening houdt met de mogelijkheid dat de curator zijn opdracht niet naar behoren vervult³³. Immers, zolang de faillissementsprocedure loopt, blijven de rechten van de gefailleerde net zoals die van de schuldeisers verlamd. Pas nadat de faillissementsprocedure is beëindigd, kunnen zij een aansprakelijkheidsvordering instellen tegen de curator³⁴.

19. Indien men enerzijds aldus geneigd is om te besluiten dat de juridische positie van de curator vrij sterk is, minstens ten opzichte van de gefailleerde en de schuldeisers, mag men anderzijds niet uit het oog verliezen dat de risico's verbonden aan de taak van curator toch niet te onderschatten zijn en dat de reeds ingestelde aansprakelijkheidsvorderingen, vooral dan uitgaande van «derden», haar tot een der duurste te betalen verzekerbare beroepsrisico's heeft verheven.

20. Indien men de feitelijke positie van de curator wil onderzoeken, past het in de eerste plaats aandacht te besteden aan diens benoemingswijze. Zij kan immers indicaties bevatten omtrent de verwachte kwaliteiten van de aspirant-curator en diens «vastheid van betrekking». Van discrepanties tussen de faillissementstheorie en -praktijk kan er, gelet op de vaagheid van de wetgeving³⁵, nauwelijks sprake zijn. Het eerste wat bij het onderzoek is opgevallen, betreft de ondoorzichtigheid van de wijze(n) van benoeming van de curator. Er blijken geen nationale criteria, vaak zelfs geen arrondissementele criteria te zijn. Het enige wat vaststaat, is dat elke rechtbank van koophandel voor haar eigen arrondissement een lijst van curators heeft aangelegd, van waaruit de concrete benoemingen gebeuren. Welke criteria zij hiervoor hanteert, is in de loop der gesprekken niet duidelijk geworden. Zelfs in Brussel, waar de rechtbank van koophandel haar «benoemingsbevoegdheid» *de facto* heeft gedelegeerd aan een orgaan, bestaande uit een door de curators onderling verkozen curator-syndicus, een -vice-syndicus en een -secretaris, is de vaagheid troef: behoudens de verplichting om drie jaar stage te hebben gelopen bij een curator, wordt de aspirant-curator er beoordeeld op zijn juridische, commerciële en taalkundige kwaliteiten. Het Brusselse systeem is wel in die zin stabiel dat het aantal regelmatig aangestelde curators rechtstreeks in verhouding staat tot het aantal uitgesproken faillissementen. Pas indien een bepaalde grens wordt overschreden, komt een nieuwe «vacature» voor curator vrij.

21. Bij navraag bleken slechts weinige curators geen kritiek te hebben op de voornoemde «benoemingsprocedures». Ofwel klaagden ze over het gebrek aan logica en doorzichtigheid, zowel naar aanleiding van de opname op als naar aanleiding van de weglating van de lijst. Ofwel vormde het gebrek aan regelmaat van zaken, vooral bij de Antwerpse curators, een doorn in het oog³⁶. Voorts hadden vele curators klachten over de honorering van hun werkzaamheden. Vooral bij «zero-actief»-faillissementen is er immers niets te verdienen. Als er al een boedel kan worden gevormd, drukt het honorarium van de curator bovendien zeer sterk op de

³¹ Voor een uitvoerige bespreking van de verschillende taken van de faillissementscurator, zie VEROUGSTRAETE, I., *o.c.*, 1987, nrs. 48-67; DISCART, A., «Het mandaat van de curator van een faillissement», *R.W.*, 1964-65, 897-908.

³² VAN GERVEN, W., *Bewindsbevoegdheid. Rechtsvergelijkende bijdrage tot een algemene theorie van bewind over andermans vermogen*, Brussel, Bruylant, 1962, nrs. 34, 55 en 62; zie ook THIELMAN, V., *o.c.*, *R.W.*, 1990-91, 505, nr. 8.

³³ VEROUGSTRAETE, I., «Knelpunten in het faillissementsrecht», *T.P.R.*, 1986, 597, nrs. 40 e.v.

³⁴ VEROUGSTRAETE, I., *o.c.*, *T.P.R.*, 1986, 598, nr. 41.

³⁵ Overeenkomstig art. 455, Faill. W. kan de Koning beëdigde vereffenaars aanstellen bij de rechtbanken waarvan het aantal en de belangrijkheid het vereisen. Aangezien een dergelijk K.B. evenwel nooit tot stand is gekomen, worden overeenkomstig artikel 455 de curators benoemd «onder de personen ten aanzien van wie de meeste waarborgen bestaan dat zij met bekwaamheid en getrouwheid hun beheer zullen waarnemen». In de uitvoering van deze bepaling stellen de rechtbanken van koophandel doorgaans advocaten aan als faillissementscurator.

³⁶ Van het Brusselse systeem werd bovendien gezegd dat het naar «kastevorming» tendeert, hetgeen ongezonder werd bevonden.

uitbetaling van de schuldeisers³⁷. In de praktijk tracht men dit gebrek aan honorering op te vangen door de afwisseling van «zero-actief»-faillissementen met meer «rendabele» faillissementen. Dit systeem roept echter zowel morele als praktische bezwaren op. Op het morele vlak kan men zich afvragen of aldus de gefailleerde met voldoende activa niet mee het honorarium draagt van de gefailleerde met geen of onvoldoende activa. Op het praktische vlak wordt terecht door sommige curators opgemerkt dat het vaak moeilijk is om op het ogenblik van de faillietverklaring de hoegrootheid van een failliete boedel in te schatten: een op het eerste gezicht onbelangrijk faillissement kan bij grondiger onderzoek veel verborgen activa bevatten en omgekeerd. Het probleem wordt nog acuter als men verneemt dat de zeer grote faillissementen bovendien in vrijwel alle onderzochte arrondissementen (Antwerpen, Brussel, Oudenaarde en Neufchâteau) steeds naar een beperkt aantal zgn. «topcurators» toevloeien.

22. Wanneer de curator eenmaal is benoemd, dient hij op korte termijn verscheidene elkaar opeenvolgende handelingen te verrichten, die hem in staat moeten stellen een zicht te krijgen op het actief, het passief en de hoegrootheid van beide balansbestanddelen³⁸. Behoudens de hierboven reeds vermelde praktijk in verband met de machtiging tot inkoop door familie of vrienden van de inboedel en de verkoop van de activa vóór de akkoordvergadering, houdt het optreden van de curators naar hun eigen zeggen weinig of geen discrepanties in tussen de faillissementstheorie en de -praktijk. Een belangrijke uitzondering hierop vormt de relatie met de rechter-commissaris.

23. Vele curators bevestigden ons dat zij de rechter-commissaris niet steeds nauwgezet op de hoogte houden van het faillissementsverloop³⁹. Desinteresse vanwege de rechters-commissarissen, te wijten aan tijdsgebrek en/of het onbezoldigd karakter van de functie van de rechter-commissaris, is de voornaamste oorzaak, aldus een niet onbelangrijk aantal curators. Ook daar waar een samenwerking is vereist tussen de curator en de rechter-commissaris met het oog op het verrichten van bepaalde rechtshandelingen (zie nr. 17)⁴⁰, zouden deze laatsten regelmatig de in dat verband opgestelde akten bijna blindelings ondertekenen. Terwijl de rechter-commissaris in theorie de eerste «controleur» van de curator geacht wordt te zijn, blijkt hiervan in de praktijk dus nauwelijks sprake te zijn.

24. Een andere algemeen bekende uitzondering betreft de verplichting om ontvangen gelden te consigneren in de

Deposito- en Consignatiekas (art. 480 Faill. W.). In de praktijk blijken de curators veelal de binnenkomende gelden te storten op een privé-rekening (die uiteraard veel meer interest opbrengt), hetgeen wordt aanvaard indien de rechter-commissaris hiervoor zijn toestemming geeft. Gelet op de vrij lage interesten die de Deposito- en Consignatiekas biedt, kan deze praktijk onze goedkeuring wegdragen⁴¹. Sommige gefailleerden daarentegen opperden dat zij door deze handelwijze minder controle kunnen uitoefenen over de financiële handelingen van de curator.

25. Concluderend kan men stellen dat, terwijl de gefailleerde in feite nog zwakker blijkt te zijn dan hij in rechte al is, het omgekeerde geldt wat de curator betreft: als hij eenmaal is benoemd in een bepaald faillissement, blijkt hij over een feitelijke machtspositie te beschikken, die nog slechts onderworpen is aan het indirecte – veelal a posteriori uit te oefenen – toezicht van de rechtbank van koophandel. Hieruit mag evenwel niet worden afgeleid dat alle curators zich in de praktijk aan machtsoverschrijding of -misbruik schuldig maken.

26. Tot slot dient nog te worden opgemerkt dat ook de curators verscheidene knelpunten in de faillissementsprocedure blijken te ervaren: onzekerheid en ondoorzichtigheid van de benoemingswijze, te korte termijnen o.m. inzake aangifte van faillissement, inzake het opsturen van de vragenlijst aan het parket, inzake de aangifte van schuldvorderingen, onzekerheid in verband met de voor beslag vatbare goederen, het obstruerend karakter van het akkoord na faillissement, onzekerheid en onduidelijkheid in verband met de bevoegdheden en de aansprakelijkheid van de curator, o.m. de onmogelijkheid van décharge bij afsluiting wegens ontoereikend actief (art. 536 Faill. W.).

C. De rechter-commissaris

27. Zoals men weet, benoemt de rechtbank van koophandel in het raam van het faillissement naast de curator eveneens een rechter-commissaris, die wordt gekozen onder de rechters in handelszaken en wiens aanstelling geldt voor de hele duur van de vereffening (art. 466 Faill. W.). In theorie is de rechter-commissaris de door de rechtbank gevolmachtigde persoon aan wie de bijzondere taak is toevertrouwd toezicht uit te oefenen op de curator en op alle daden van beheer en vereffening door hem gesteld met het oog op de afwikkeling van het faillissement (art. 463 Faill. W.). Dit toezicht veruitwendigt zich in verscheidene vormen. Allereerst dient de curator voor bepaalde verrichtingen de machtiging of de goedkeuring van de rechter-commissaris te vragen, o.a. bij verkoop van aan spoedig bederf of aan dreigende waardevermindering onderhevige zaken (art. 477 Faill. W.), alvorens een dading aan te gaan (art. 492 Faill. W.). De wet verplicht anderzijds de rechter-commissaris om zelf bepaalde initiatieven te nemen. Zo beveelt deze magistraat de dringende maatregelen die noodzakelijk zijn tot beveiliging en bewaring van de goederen van de boedel (art. 463 Faill. W.), bepaalt hij het bedrag van de onderhoudsuitkering na de verwerping van het akkoord (art. 531 Faill. W.), beveelt

³⁷ Ook in Nederland wordt geklaagd over de gebrekkige honorering van de curators; zie HULS, N.J.H., o.c., 73. Men vraagt er zich af of men geen onderscheid moet maken tussen faillissementen met een kleine boedel en die met een grote boedel.

³⁸ VEROUĞSTRAETE, I., o.c., 1987, nrs. 48-67.

³⁹ In beginsel is de curator overeenkomstig art. 561 Faill. W. nochtans verplicht iedere maand een staat ter hand te stellen betreffende het faillissement en de in de Deposito- en Consignatiekas gestorte gelden. Ook in HEYVAERT, J., «Het faillissement», in *Vademecum voor de rechter in handelszaken*, Unie der Consulaire Rechters van België, Brussel, 1987, 185 e.v., wordt toegegeven: «In de praktijk wordt deze verplichting niet stipt opgevolgd».

⁴⁰ Zie ook VEROUĞSTRAETE, I., o.c., 1987, nrs. 69-80; DUMON, Y., en WINDEY, J., «Questions speciales de la faillite», in *L'entreprise en difficulté*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 1981, 182-186.

⁴¹ Zie ook art. 28 van het in voetnoot 12 geciteerde wetsvoorstel LALLEMAND-COLLIGNON; VEROUĞSTRAETE, I., o.c., T.P.R., 1986, 600, nr. 3; X, «Rapport faillissementen», *Jur. Falc.*, 1972-73, 20, nr. 4.

hij de verdeling onder de schuldeisers en bepaalt hij het bedrag ervan (art. 561 Faill. W.). In andere gevallen is de rechter-commissaris gehouden verslag te doen aan de rechtbank, o.a. wanneer de gefailleerde voor zichzelf en zijn gezin levensonderhoud vraagt (art. 476 Faill. W.) en over alle twistingen waartoe het faillissement aanleiding kan geven (art. 463 Faill. W.)⁴².

28. Op het juridische vlak kan men besluiten dat, ondanks het feit dat het eigenlijke bewind over het vermogen van de gefailleerde bij de curator en niet bij de rechter-commissaris ligt en deze laatste daarvoor dan ook geen verantwoordelijkheid draagt (hetgeen van hem een «zwakker» personage maakt dan de curator), de wetgever aan de rechter-commissaris nochtans niet onbelangrijke prerogatieven, vooral op het vlak van de controle van de curator, heeft toegekend.

29. De feitelijke positie van de rechter-commissaris blijkt, net zoals die van de gefailleerde, in de praktijk minder zwaarwegend te zijn. Het hierna vermelde is dan ook slechts een bevestiging van hetgeen hiervoren reeds is vermeld in verband met de relatie curator/rechter-commissaris. Behoudens naar aanleiding van de boedelbeschrijving, blijkt er over het algemeen weinig contact te zijn tussen de rechter-commissaris en de curator. Dit werd ons niet alleen door de curators maar ook door een deel van de rechters-commissarissen en zelfs door een vertegenwoordiger van de rechtbank bevestigd. Sommige rechters-commissarissen vonden dat zij ervan uit mochten gaan dat de curator zijn taak naar behoren vervult. Anderen stelden dat de curators veelal geen inspraak of controle dulden en dat zij de strijd tegen de (macht van de) curators hebben opgegeven.

30. Ook de relatie rechter-commissaris/gefailleerde, waarbij de eerstgenoemde nochtans als «klaagbank» zou kunnen fungeren, blijkt zeer formeel te zijn. Vele gefailleerden verklaarden ons de rechter-commissaris nooit te hebben gezien, laat staan zijn functie te kennen.

31. Tot slot zij opgemerkt dat ook de rechters-commissarissen diverse knelpunten in de faillissementsprocedure ervaren. Hun aandacht gaat uit naar o.a. de wildgroei van het systeem der voorrechten, de gebrekkige rechten van de gefailleerde en de gebrekkige opleiding van de rechters-commissarissen⁴³.

D. De rechtbank van koophandel

32. In juridische zin is de rol en de betekenis van de rechtbank van koophandel in het raam van het faillissement zeer belangrijk. Niet alleen spreekt zij het faillissement uit (art. 442 Faill. W.) en benoemt zij de curator en de rechter-commissaris (art. 466 Faill. W.). Zij is ook belast met een taak van toezicht en homologatie en treedt daarvoor op in diverse

stadia van de procedure (art. 442, tweede lid, 452, 453, 461, 462, 463, 474, 475, 476, 477, tweede lid, 481, 492, 504, 516, 517, 518, tweede lid, 519, 521, 523, 532, 533, 534, 536, 564 en 572 Faill. W.). Tot slot doet zij uitspraak over alle rechtstreeks uit het faillissement voortvloeiende geschillen (art. 574, tweede lid, Ger. W.)⁴⁴.

33. Op het feitelijk vlak dunkt het me dat de rol en de betekenis van de rechtbank van koophandel in het raam van het faillissement iets meer dienen te worden genuanceerd. Het is vooral in de relatie met de curator dat de invloed van de rechtbank van koophandel zich zeer sterk laat voelen. Allereerst zijn de curators afhankelijk van de rechtbank voor verdere benoemingen als curator. Verder blijven diverse rechtbanken van koophandel er specifieke gewoonten (bv. op het vlak van de afsluiting wegens ontoereikend actief)⁴⁵ op na te houden, waarnaar de curators van het betrokken arrondissement zich, op gevaar af van bij de rechtbank in diskrediet te komen, noodgedwongen dienen te schikken. Ook de relatie met de rechters-commissarissen lijkt over het algemeen bevredigend te zijn. Toch kan men zich afvragen hoe de rechtbanken van koophandel erin slagen een inhoudelijk algemeen toezicht op het verloop van de faillissementsprocedure uit te oefenen, indien de rechters-commissarissen zich niet steeds naar behoren van hun controletaak kwijten. Men kan immers vermoeden dat de rechtbanken van koophandel zich daarvoor, minstens gedeeltelijk, dienen te baseren op de verslagen en de informatie die de rechters-commissarissen aanbrenge. Dat daarbij een en ander mank loopt, moge o.m. blijken uit het feit dat alle ondervraagde rechtbanken van koophandel ons bevestigden dat zij zich regelmatig genoopt zien sommige «talmende» curators bij zich te roepen, teneinde rekenschap te krijgen over de (te lange) duur van sommige faillissementsprocedures⁴⁶.

34. Van een relatie tussen de rechtbank van koophandel en de gefailleerden kan men in de praktijk nauwelijks spreken⁴⁷. Dat is ook logisch, gelet op de delegatie door de wetgever van het feitelijk bewindvoederschap over het vermogen van de gefailleerde aan de curator.

⁴⁴ VEROUGSTRAETE, I., o.c., 1987, nrs. 22-23; DUMON, Y. en WINDEY, J., o.c., 197-182.

⁴⁵ Zo menen sommige voorzitters dat faillissementen met ontoereikend actief (art. 536 Faill. W.) om kostenbesparende redenen zo spoedig mogelijk moeten worden afgesloten, terwijl andere vinden dat het noodzakelijk is ze enige tijd (minimaal een jaar) open te houden omdat dit eenvoudiger zou zijn dan een heropening van het faillissement (CORNELIS, R., «De heropening van het faillissement», T.B.H., 1986, 573 e.v.) indien op korte termijn verborgen activa zouden kunnen worden ontdekt.

⁴⁶ Uit de statistieken blijkt dat de gemiddelde faillissementsduur drie tot vijf jaar bedraagt maar eveneens dat 20% van de faillissementsprocedures na zes jaar nog niet is afgesloten. De curators wijten de lange duur van de faillissementsafwikkeling vooral aan de gerechtelijke achterstand waaronder ook de in het raam van het faillissement te voeren procedures noodzakelijkerwijze lijden. Een aantal rechters plaatste hierbij grote vraagtekens. Immers, hoe verklaart men dan dat een aantal curators er wel in slagen vlug nog een aantal faillissementen af te sluiten teneinde hun beurtrol niet te verliezen, aldus een rechter.

⁴⁷ Voor de mening van de gefailleerden over de rechtbank van koophandel, zie nochtans voetnoot nr. 22.

⁴² Voor verwijzingen naar rechtsleer, zie voetnoot nr. 40.

⁴³ Voor andere hervormingsvoorstellen uitgaande van de rechters-commissarissen, zie LEDOUX, J.L., «Projet de loi relatif aux faillites et concordats déposé par mr. Collignon. Note approuvée lors de la réunion des présidents des tribunaux de commerce et des présidents consulaires», *Ann. Dr. Liège*, 1986, 296-297: territoriale bevoegdheid van de rechtbank van koophandel van de commerciële woonplaats van de gefailleerde, aangiftetermijn faillissement van één maand, niet-tegenwerpbaarheid van boetebedingen aan de failliete massa, modernisering van art. 497 Faill. W.

E. Het openbaar ministerie

35. Strikt juridisch heeft het openbaar ministerie twee onderscheiden taken in het raam van het faillissement: op het strafrechtelijk vlak dient het bij elk faillissement na te gaan of de gefailleerde zich al dan niet schuldig heeft gemaakt aan (faillissements)misdrijven, wat al dan niet kan leiden tot een strafvordering; op het «privaatrechtelijk» vlak kan (!) het in het belang van de openbare orde advies uitbrengen over alle geschillen die in het raam van het faillissement rijzen⁴⁸. Daartoe dienen overeenkomstig art. 769, 9°, Faill. W. alle vorderingen inzake faillissement (alsook inzake het akkoord en de opschorting van betalingen), op straffe van nietigheid, aan het openbaar ministerie te worden meegedeeld. Daarnaast voorziet de Faillissementswet in een aantal inlichtingen die aan het parket moeten worden meegedeeld (artt. 469 en 494 Faill. W.). Tot slot kan de procureur des konings aanwezig zijn bij alle verrichtingen van het faillissement, kan hij inzage nemen van de boeken en de bescheiden van de gefailleerde, de staat van zijn zaken onderzoeken en zich door de curators alle inlichtingen die hij dienstig acht, doen verstrekken (art. 464 Faill. W.).

36. Indien *de jure* de inbreng en de betekenis van het openbaar ministerie in het raam van het faillissement, beschouwd in verhouding met de andere actoren, als beperkt dient te worden beschouwd, geldt dit a fortiori in de praktijk, minstens op het «privaatrechtelijk» vlak. In de praktijk blijven de parketten immers vrij zelden gebruik te maken van hun adviesfunctie, zodat men met Verougstraete terecht kan spreken van een «passief» beleid van het parket op dat gebied⁴⁹. Hoewel hetzelfde niet kan worden gezegd wat de strafrechtelijke taak van het openbaar ministerie betreft, dient toch te worden opgemerkt dat de ondervraagde parketten, naar eigen zeggen, een zeer selectief opsporings- en vervolgingsbeleid voeren, in die zin dat meer en meer alleen nog de grote(re) «fraudeurs» worden aangepakt⁵⁰.

37. De geïnterviewde parketmagistraten stelden zich vooral vragen bij de geschiktheid van de advocaat als curator (wegens diens beweerde gebrekkige boekhoudkundige kennis). Ook klaagden sommigen over het gebrek aan medewerking van de kant van de curators bij het opsporen van misdrijven. Tot slot werd ook over het gebrek aan middelen en mankracht om de strafrechtelijke taken naar behoren te volbrengen, geklaagd⁵¹.

F. Evaluatie van de huidige faillissementsafwikkeling

38. Wanneer men de praktijk van de faillissementsafwikkeling overschouwt, kan men de vraag stellen of deze zelf niet aan een faillissement toe is⁵². Ze biedt immers de collectiviteit van de schuldeisers geen opbrengsten, terwijl de schuldeisers onderling niet gelijk worden behandeld. Ook voor de gefailleerden-fysieke personen lost het faillissement niets op. Als er al enig actief is, wordt dit in korte tijd verkocht, niet zelden beneden de waarde. Voorts biedt het faillissement geen enkel economisch perspectief maar wel een levenslange aansprakelijkheid en de dreiging van nieuwe faillissementsaanvragen. Tot slot wordt de maatschappij belast met tal van sociale kosten.

IV. Sociale gevolgen van het faillissement voor de gefailleerde

39. Zoals te verwachten heeft het faillissement niet alleen belangrijke juridische gevolgen maar ook ernstige sociale gevolgen voor de gefailleerde-fysieke persoon. De gemoedstoestand van de gefailleerde vóór en tijdens de faillissementsprocedure blijkt sterk emotioneel geladen ups en downs te vertonen. Terwijl in de voorfase van de faillietverklaring vele gefailleerden een periode van angst en spanning doormaken, blijkt dit onmiddellijk na de faillietverklaring vaak om te slaan in een gevoel van opluchting, dat echter snel weer overgaat in een gevoel van spanning omtrent het te verwachten materieel verlies om ten slotte pas na de ontknoping uit te monden in een gevoel van relatieve rust⁵³. Tot lang na de faillietverklaring blijken echter vele gefailleerden verbiterd en neerslachtig⁵⁴. Eveneens wordt het verlies aan status en prestige, dat het faillissement onvermijdelijk meebrengt, als erg vernederend ervaren. Hetzelfde geldt voor de hulpverlening van het O.C.M.W., waarop vele gefailleerden noodgedwongen een beroep moeten doen⁵⁵.

40. Ook de invloed van het faillissement op de relaties van de gefailleerde met zijn gezin, familie, vrienden en de buitenwereld, is niet te onderschatten. Binnen de gezins sfeer ontstaan vaak spanningen, die soms tot een echtelijke breuk leiden. Familie en vrienden reageren vaak verdeeld: soms steunend (materieel en/of moreel), soms afwijzend en zelfs vijandig⁵⁶.

41. Typerend voor de sfeer van wraak en lijden die nog steeds rond het faillissement hangt, is echter vooral de ge-

zaken, dit omdat ze slechts getarifeerde honoraria kunnen betalen waarvoor zelfs een boekhouder-beginning niet meer wil werken.

⁵² Zie ook ZENNER, A., o.c., *Ann.Dr.Liège*, 1986, 208; HULS, N.J.H., o.c., 74.

⁵³ Zie ook VANDEVOORT, L., JANSSENS, M., LAGROU, L., o.c., 65 e.v.

⁵⁴ Opmerkenswaardig is dat de gefailleerden die van huis uit uit een zelfstandigenmilieu kwamen, sneller hun moeilijkheden te boven schenen te komen dan zij die eerder toevallig zelfstandige waren geworden (bv. omdat ze geen werk hadden).

⁵⁵ Uit een studie uitgevoerd door het Hoger Instituut voor de Arbeid (CAYMAX, L., *Tewerkstelling als alternatief voor het bestaansminimum*, Inbel, 1988) blijkt dat 16,5% van de aanvragers van het bestaansminimum gefailleerden zijn. Er wordt eveneens een toename van het aandeel van de failliete zelfstandigen vastgesteld.

⁵⁶ Voor meer informatie hieromtrent, zie vooral VANDEVOORT, L., JANSSENS, M., LAGROU, L., o.c., 71-85.

⁴⁸ VEROUGSTRAETE, I., o.c., 1987, nrs. 81-82; HUYBRECHTS, L., «De procureur des Konings en de ondernemingsdiscontinuïteit», in *Ondernemingsdiscontinuïteit*, Kluwer, Antwerpen, 309-332.

⁴⁹ VEROUGSTRAETE, I., o.c., T.P.R., 1986, 599.

⁵⁰ Zie ook GESSNER, V., *Legal rationalisation and systemic stabilisation of corporate bankruptcy in Germany*, voordracht gehouden te Amsterdam op 29 juni 1991 (Law and Society Conference), 6, die spreekt over slechts 191 veroordelingen op 6241 faillissementen in de D.B.R. «This social 'decriminalisation' can only be explained by a specific rationality of the economy which keeps moral values out of commercial transactions», aldus GESSNER. Opmerkenswaardig is ook dat de meeste gefailleerden tegen wie een strafvordering was ingesteld, vonden dat ze ten onrechte waren vervolgd en vaak ook ten onrechte waren veroordeeld. Bovendien stelden velen dat zij door het parket als echte misdadigers werden behandeld.

⁵¹ Zo werd o.m. gewezen op de feitelijke onmogelijkheid om ervaren boekhouddeskundigen aan te stellen in ingewikkelde fraude-

wijzigde relatie van de gefailleerde met de buitenwereld. Deze laatste blijkt zich nogal gemakkelijk te identificeren met de onbetaalde schuldeisers. Een uiting hiervan is dat de omgeving het de gefailleerde vaak niet gunt dat hij er weer bovenop komt. Een ander voorbeeld is de verdenking van fraude, vooral als de gefailleerde erin slaagt een nieuwe zaak op te bouwen. Het gevolg van deze houding van de buitenwereld is dat heel wat gefailleerden hun omgeving ontvluchten en pogen elders een nieuw bestaan op te bouwen ⁵⁷.

V. Rehabilitatie van de gefailleerde: sociale en juridische aspecten.

42. Zoals Ph. Colle in het voorwoord van zijn academisch proefschrift over faillissementspreventie terecht opmerkt, is het ook hier beter te voorkomen dan te genezen ⁵⁸. Hoe belangrijk faillissementsvoorkoming echter ook is en hoeveel aandacht men er ook aan besteedt, er zullen jammer genoeg altijd faillissementen en dus gefailleerde mensen blijven bestaan. De kwestie van de rehabilitatie van de gefailleerde blijft dus actueel. In de huidige stand van zaken valt over dit onderwerp nochtans weinig lofwaardigs te zeggen. De wetgever acht rehabilitatie van de gefailleerde alleen mogelijk indien hij alle door hem verschuldigde bedragen, interest en kosten, geheel heeft voldaan (art. 586, eerste lid, Faill.W.) ⁵⁹. Wat de wetgever «eerherstel» noemt, komt dan neer op een opheffing van de exceptiemaatregelen. Het hoeft geen betoog dat deze vorm van rehabilitatie nauwelijks enige praktische relevantie heeft. Ook qua sociale opvang is er geen enkele specifieke voorziening voor gefailleerden. Een magere uitzondering hierop vormt een zelfhulpgroep ⁶⁰ die gefailleerden in Limburg hebben opgericht en waarin lotgenoten elkaar moreel steunen, ervaringen uitwisselen en zakelijke informatie doorgeven over de rechten, verplichtingen en actiemogelijkheden van de gefailleerde tijdens en na de faillissementsprocedure ⁶¹.

43. Het ontbreken van enige rehabilitatiepolitiek stuit zowel op economische en sociale als op algemeen menselijke kritiek. In economisch opzicht kan worden opgemerkt dat het principe van de levenslange aansprakelijkheid de gefailleerde maar weinig prikkels geeft om opnieuw zelfstandig deel te nemen aan het economisch leven ⁶². Het sociale ge-

volg daarvan is dat de gefailleerde maar al te vaak afhankelijk wordt van sociale voorzieningen, waardoor ook de maatschappij extra wordt belast ⁶³. Ook algemeen menselijk is het feit dat aan de gefailleerde geen enkel perspectief wordt geboden, onaanvaardbaar ⁶⁴. Hem wordt als het ware ieder recht op hoop ontnomen ⁶⁵.

44. Om deze negatieve gevolgen van het faillissement te ondervangen, wordt tegenwoordig in verscheidene Europese landen volop nagedacht over een nieuwe faillissementsfilosofie waarin aan de rehabilitatie van de gefailleerde een belangrijke plaats wordt toebedeeld. Overal wordt hierbij rechtstreeks of zijdelings het Amerikaanse faillissementsrecht en meer in het bijzonder de aldaar heersende «fresh start doctrine» als voorbeeld genomen ⁶⁶. Kenmerkend voor de Amerikaanse benadering is dat daarin meer vooruit dan achteruit wordt gekeken. Juridisch-technisch komt het hierop neer dat de gefailleerde te goeder trouw in de V.S.A., na afstand van zijn vermogen (behoudens een minder of meer uitgebreide exemptieregeling) of na gunstige afloop van een afbetalingsplan (op basis van wat hij kan en niet van wat hij moet betalen), rechtens aanspraak maken op een kwijtschelding van het restant van de schulden. Het hoeft geen betoog dat een wettelijke kwijtschelding van schulden de meest volledige maar ook de meest verregaande vorm van rehabilitatie van de gefailleerde uitmaakt ⁶⁷.

45. Juridisch heeft de invoering van een wettelijk kwijtscheldingsrecht tot gevolg dat het contractuele karakter van de kwijtschelding, dat in de huidige faillissementswet reeds in belangrijke mate is aangetast door de akkoordregeling (art. 512 Faill.W.), alhier volledig teloorgaat. Vanuit de redenering dat het niet aan de schuldeisers is om te beslissen of aan de gefailleerde al dan niet een nieuwe kans wordt gegeven, lijkt mij het principe om de kwijtschelding niet afhankelijk te stellen van enige toestemming van de schuldeisers, verdedigbaar ⁶⁸. Het komt mij eveneens als gerechtvaardigd voor dat men een kwijtscheldingsrecht alleen zou toekennen

⁶³ Daar zelfstandigen geen recht hebben op een werkloosheidsuitkering, moeten zij dan een beroep doen op het O.C.M.W., wat zij vaak beschouwen als de zoveelste vernedering. Zie VANDEVOORT, L., JANSSENS, M., LAGROU, L., o.c., 33.

⁶⁴ Zie ook HULS, N.J.H., o.c., 88, en de verwijzingen aldaar: «Voor moord of verkrachting krijg je vier of vijf jaar, maar als je de melkboer niet betaalt, krijg je levenslang», en: «Door de levenslange aansprakelijkheid waar de debiteur in juridische zin nooit meer af komt, is de schuldenlast wel vergeleken met een 'Moderner Schuldturn', de gevangenis waarin vroeger de debiteur werd opgesloten die zijn schuldeisers niet meer kon betalen.»

⁶⁵ Het hoeft dan ook geen betoog dat de wens tot het verkrijgen van een nieuwe kans zeer sterk werd bepleit door de geïnterviewde gefailleerden.

⁶⁶ Voor een juridische uiteenzetting over het Amerikaanse faillissementsrecht, zie X, *Bankruptcy code, rules and official forms*, St. Paul/minn, West Publishing Co., 1986, 838 blz.; voor een interessante rechtssociologische benadering, zie HULS, N.J.H., o.c., 1-58; zie ook SULLIVAN, T., WARREN, E., WESTBROOK, J.L., *As we forgive our debtors. Bankruptcy code and consumer credit in America*, New York/Oxford, Oxford University press, 1989, 370 blz.

⁶⁷ Minder verstrekende alternatieven zijn een werkloosheidsuitkering, een uitkering door middel van een bijdrage van alle zelfstandigen aan de sociale zekerheid (zie VANDEVOORT, L., JANSSENS, M., LAGROU, L., o.c., 101 e.v.).

⁶⁸ Zie ook HULS, N.J.H., o.c., 73.

⁵⁷ VANDEVOORT, L., JANSSENS, M. en LAGROU, L., o.c., 85-89.

⁵⁸ COLLE, Ph., *Het juridisch kader van de faillissementsvoorkoming*, Antwerpen, Maklu, 1989, 1.

⁵⁹ Bovendien is overeenkomstig art. 591, eerste lid, Faill. W. de wettelijke gunst van het eerherstel aan een hele reeks gefailleerden ontzegd. Voor een bespreking van de wettelijke bepalingen m.b.t. het eerherstel (artt. 586 tot 592 Faill. W.), zie FREDERICO, L. en S., o.c., nrs. 2603-2609 en de verwijzingen aldaar.

⁶⁰ Deze zelfhulpgroep die naar buiten treedt onder de naam «Diensten aan Gefailleerden», afgekort D.A.G., bestaat uit ex-gefaillleerden, die zich eens per week voor advies en informatie ter beschikking stellen van gefailleerden en zelfstandigen in moeilijkheden. Ook geven ze een tijdschrift uit, doen ze aan belangenvertegenwoordiging en geven ze soms in samenwerking met het N.C.M.V. studieavonden over het faillissement.

⁶¹ Vermeldenswaardig is ook de bijzondere aandacht die het O.C.M.W. te Boom blijkt op te brengen voor de problematiek van de gefailleerden.

⁶² Voor vele gefailleerden geldt hier feitelijk «eens failliet, altijd failliet». Zie ook HULS, N.J.H., o.c., 75.

aan gefailleerden te goeder trouw, dit teneinde geen premie op het faillissement te stellen ⁶⁹.

46. Hoewel de uitgangspunten van een wettelijk kwijtscheldingsrecht mij opvallend vooruitstrevend en vernieuwend voorkomen ⁷⁰, lijkt enige voorzichtigheid evenwel geboden. Er rijzen immers tal van vragen, die echter buiten het raam van deze studie vallen, o.a. wat met de zakelijke zekerheden, voorrechten, hypotheken? Wat met bedongen looncessies? Wat met hoofdelijke aansprakelijkheid, borgtocht of zekerheidsstellingen door derden? Hoe misbruiken tegengaan? Ook op economisch gebied rijzen tal van vragen, vooral op het vlak van de kredietverlening. Zal het gevolg niet zijn dat schuldeisers steeds een bijzondere zekerheid zullen eisen? Zal de prijs van het krediet daardoor niet drastisch toenemen ⁷¹? Zal het aantal misbruiken daardoor niet toenemen ⁷²? Zal de handelsmoraal er niet onder lijden? Deze en tal van andere problemen die ik wellicht over

het hoofd zie, kunnen binnen dit bestek niet verder worden uitgewerkt.

VI. Besluit

47. Allereerst moge uit dit opstel blijken dat de juridische positie van de diverse actoren in het raam van het faillissement niet steeds correspondeert met de respectieve feitelijke positie van de betrokken actoren, zoals die werd geanalyseerd door het Centrum voor Rechtsociologie aan de Ufsia in een weliswaar kwantitatief beperkt, maar op verscheidene punten betekenisvol onderzoek.

48. Ten tweede is gebleken dat er op diverse vlakken discrepanties blijken te zijn tussen de faillissementstheorie en de faillissementspraktijk, die echter slechts als gedeeltelijke verklaring kunnen gelden voor de eerstgenoemde vaststelling.

49. Tot slot is het van belang te onthouden dat, terwijl in onze huidige maatschappij aan de sociale gevolgen van het faillissement voor de gefailleerde en de kwestie van diens rehabilitatie weinig of geen aandacht wordt besteed, huidig onderzoek aantoont dat de behoefte aan een degelijk rehabilitatiebeleid nochtans zeer acuut is.

Véronique THIELMAN
Assistente UFSIA

⁶⁹ Veel zal afhangen van de interpretatie van dit begrip, waartrent de meningen zeer sterk uiteenlopen, zoals uit het onderzoek blijkt. De onderzoekers zelf zijn ervan uitgegaan dat de goede trouw in het raam van het faillissement te maken heeft met de oorzaken van het faillissement en de graad van voorspelbaarheid ervan. Zo kwamen zij tot volgende definitie: «De gefailleerde te goeder trouw is hij van wie het faillissement niet voortvloeit uit of samenhangt met kennelijk grove schuld.»

⁷⁰ Voor België, zie art. 48 van het in voetnoot 12 geciteerde wetsvoorstel LALLEMAND-COLLIGNON, dat voorziet in een kwijtscheldingsrecht voor de ongelukkig maar te goeder trouw zijnde gefailleerde. Ook het nieuwe voorontwerp Faillissementswet zou voorzien in een kwijtschelding van schulden. Ook in Frankrijk kunnen overeenkomstig art. 169 van de wet van 25 januari 1985 (*J.O.*, 26 januari 1985, 1097) bepaalde categorieën gefailleerden een kwijtschelding van hun schulden krijgen. In Nederland en Duitsland zijn eveneens commissies opgericht die een kwijtscheldingsrecht voor gefailleerden onderzoeken of bepleiten (HULST, N.J.H., *o.c.*, 95).

⁷¹ Zie in dit verband HULST, N.J.H., *o.c.*, 87, die meent dat de gevolgen voor het kredietbeleid niet mogen worden overschat. «Moderne kredietverlening op grote schaal is in hoge mate onpersoon-

lijk geworden en vindt plaats op bedrijfseconomische en actuariële principes», aldus de auteur. Zie ook GESSNER, V., *o.c.*, 10: «Declaration of the claims in the bankruptcy proceedings has the primary function of getting the necessary stamps for tax deduction. All additional energy to defend the claim against the trustee or other creditors is considered a waste of time and money.»

⁷² Zie in dit verband HULST, N.J.H., *o.c.*, 92; zie ook DELANEY, K., «Power, intercorporate networks and 'strategic bankruptcy'», *Law and Society Review*, 1989, 643-666.

DE BEZWARENDE BEDINGEN IN DE W.H.P.

I. INLEIDING

1. Het gebruik van standaardcontracten is niet meer weg te denken uit het moderne rechtsverkeer. Bij de verkoop van consumptiegoederen kan men zich nog moeilijk indenken dat de partijen zouden overgaan tot het onderhandelen over de contractvoorwaarden. Ook in de dienstensector voltrekt zich deze ontwikkeling. Het gebruik van gestandaardiseerde contracten blijft overigens niet beperkt tot de juridische verhouding tussen professionelen (verkopers en dienstverleners) en particulieren. In handel en industrie plegen individuele ondernemers of groepen van ondernemingen dergelijke bedingen aan hun medecontractanten op te leggen.

Ook in het internationaal handelsverkeer worden standaardregelingen steeds belangrijker ¹.

Onder *standaardvoorwaarden* (of algemene voorwaarden) wordt het geheel van vooraf opgestelde contractsbedingen bedoeld die bestemd zijn om op tal van individuele overeenkomsten van toepassing te zijn. In de meeste gevallen worden die standaardvoorwaarden door een der contractspartijen eenzijdig opgesteld. Men spreekt dan van *toetredingscontracten* (of adhesiecontracten).

De voordelen van deze ontwikkeling zijn voldoende bekend. Het gebruik van standaardvoorwaarden maakt een

¹ Cf. DE LY, F., *De lex mercatoria*, Antwerpen, 1989, 313 e.v.

snelle afwikkeling van een groot aantal transacties mogelijk. Bovendien biedt zij meer rechtszekerheid, wat eveneens kostenbesparend werkt en de procesrisico's verkleint.

Het gebruik van standaard- en toetredingscontracten beantwoordt aldus aan een maatschappelijke behoefte. Het verbintenissenrecht heeft deze ontwikkeling niet tegengewerkt, ook al staat men ver af van de «onderhandelings-overeenkomst» die de burgerlijke wetgever voor ogen stond. Zoals men weet, werd de geldigheid van dergelijke overeenkomsten principieel erkend. Niet het onderhandelen, maar het toestemmen is een geldigheidsvereiste van de overeenkomst².

Standaardvoorwaarden maken dus niet vanzelf deel uit van de overeenkomst. De wederpartij moet met de toepassing ervan hebben ingestemd. De vraag naar het bestaan van die toestemming doet in de praktijk vaak moeilijke vragen rijzen. Deze toestemming hoeft niet uitdrukkelijk te zijn, maar kan evengoed stilzwijgend worden gegeven (infra nr. 11).

2. Het gebruik van standaardvoorwaarden en vooral van toetredingscontracten vertoont echter ook ernstige schaduwzijden. In de praktijk betekent dit immers dat aan één der contractspartijen de mogelijkheid wordt geboden om de, in hoofdzaak suppletieve wettelijke regeling van het contractenrecht, naar zijn hand te zetten. Hierdoor kan een onredelijk gebrek aan evenwicht ontstaan in de contractpositie van de partijen. In de strijd tegen dergelijke onredelijke contractvoorwaarden werd door de rechtspraak en de rechtsleer heel wat creativiteit aan de dag gelegd³. Het Hof van Cassatie speelde hierin ongetwijfeld een voortrekkersrol; men denke slechts aan de toetsing van te onereuze schadebedingen, aan de beoordeling van exoneratieclausules, aan de interpretatie van algemene voorwaarden en in het bijzonder aan de recente arresten i.v.m. het misbruik van contractuele rechten.

De bescherming die op deze wijze kon worden geboden, werd echter veelal als ontoereikend beschouwd. In ons recht bestond tot nu toe geen bepaling die de rechter toestaat in het algemeen contractuele bedingen die voor de wederpartij onredelijk bezwarend zijn, ter zijde te schuiven. Het komt de rechter ook niet toe om het overeengekomene te wijzigen op grond van de goede trouw of de billijkheid. De rechter kan enkel oordelen dat een overeenkomst of een bepaald beding ongeoorloofd is (artt. 6, 1131 en 1133 B.W.) en daarom geen uitwerking kan krijgen. Om die redenen werd gepleit voor een wetgevend ingrijpen, teneinde de rechter meer armslag te geven. De wet van 14 juli 1991 biedt nu – althans aan de consument – die bijkomende bescherming in hoofdstuk V, meer bepaald: de artikelen 31 t.e.m. 36 m.b.t. de «Onrechtmatige bedingen».

3. Een soortgelijke ontwikkeling voltrok zich in de ons omringende landen. Ook daar is de wetgever opgetreden in

de strijd tegen onredelijke standaardvoorwaarden. In 1976 kwam in Duitsland het *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG)* tot stand. Voor Engeland kan gewezen worden op de *Unfair contract terms act* (1977) en voor Frankrijk op de wet van 10 januari 1978 «sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services» (zgn. *Loi Scrivener*), meer bepaald hoofdstuk IV: «De la protection des consommateurs contre les clauses abusives» (Loi n° 78-23, D., 1978, lèg., 86). In Nederland werd in het Nieuw B.W. een afdeling 6.5.2A «Algemene voorwaarden» ingevoerd. Soortgelijke wetten kwamen tot stand in de meeste andere Europese landen⁴.

Verder dient gewezen te worden op de Resolutie (76) 47 betreffende de onrechtmatige bedingen in door de verbruikers gesloten contracten, aangenomen door de Ministerraad van de Raad van Europa en het Voorstel van E.G.-Richtlijn betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (PB, nr. C 243/2; *Parl.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1200/2, 332).

De benadering in de verschillende landen is nochtans niet altijd dezelfde. De Nederlandse en de Duitse wet hebben tot doel de rechterlijke controle op bezwarende bedingen te versterken. Hiertoe wordt in de eerste plaats een algemene vernietigingsgrond ingeschreven. Ook in het Voorstel van Richtlijn komt zo'n open norm voor. Vervolgens bepaalt de wetgever een «zwarte» lijst van bedingen, die steeds geacht worden ongeoorloofd te zijn en een «grijze» lijst van bedingen, die enkel vermoed worden onredelijk bezwarend te zijn. De Franse wetgever daarentegen delegeert zijn bevoegdheden ter zake aan de regering die dan, na het advies te hebben ingewonnen van een commissie voor onrechtmatige bedingen, bij decreet het gebruik van bepaalde bedingen kan reglementeren.

De Belgische wetgever heeft zich duidelijk door deze buitenlandse voorbeelden laten inspireren⁵. Ook de Belgische wetgever wenst de rechterlijke controle te versterken. Hiertoe wordt zoals in de Nederlandse en de Duitse wet een algemene vernietigingsnorm ingevoerd en wordt tevens een «zwarte» lijst van verboden bedingen opgesteld. Naar Frans voorbeeld wordt dan weer aan de Koning de bevoegdheid verleend om, in bepaalde sectoren of voor bepaalde producten of diensten, het gebruik van bepaalde bedingen te verbieden of te verplichten (art. 34). Hiertoe dient het advies te worden ingewonnen van een op te richten Commissie voor onrechtmatige bedingen (artt. 35 en 36).

II. HET DOEL VAN DE WET EN DE MIDDELEN

4. De wetgever wil de contractpositie van de consument veilig stellen. Het sleutelwoord is het «contractueel evenwicht», nl. het evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de partijen⁶. Om dit doel te bereiken werd gekozen voor een rechtstreekse inhoudelijke toetsing van de contractbedingen. Deze toetsing dient te gebeuren door de rechter. De

² Zie hierover KRUTHOF, R., *Leven en dood van het contract*, Antwerpen, 1987, 32 e.v.

³ Zie hierover o.m. BOSMANS, M., «Standaardbedingen», *T.P.R.*, 1984, 33 e.v.; *id.*, «Les conditions générales en matière contractuelle», *J.T.*, 1981, 17 e.v.; DIRIX, E. en BALLON, G.L., *De factuur*, Gent, 1985, 105 e.v.; LECLERCO, J.F., MAHAUX, J. en MEINERTZHAGEN-LIMPENS, A., *Quelques aspects des contrats standardisés*, Brussel, 1982; MOREAU-MARGRÈVE, I., «La force obligatoire des conditions générales de vente et d'achat», *T.Aann.*, 1971, 102 e.v.

⁴ Voor een overzicht: HONDIUS, E.H., *Unfair terms in consumer contracts*, Uitgave Molengraaf Instituut, 1987; KRAMER, L., *EEC consumer law*, in *Droit et consommation*, XV, Brussel, 1986, 227 e.v.

⁵ Memorie van toelichting, *Parl.St., Senaat*, 1984-85, nr. 947/1, 20; *Parl.St., Kamer*, 1989-90, nr. 1240/4, 23.

⁶ Verslag De Cooman, *Parl.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1200/2, 38.

rechterlijke macht, zo luidt het in de parlementaire voorbereiding, dient opnieuw te kunnen optreden als de natuurlijke beschermer van de contractspartijen ⁷.

Aan de rechter wordt de algemene bevoegdheid gegeven om «onrechtmatige bedingen» nietig te verklaren (artt. 31 en 33, § 1). Een beding is onrechtmatig wanneer het «een kennelijke 'onevenwicht' schept tussen de rechten en plichten van de partijen».

Deze algemene norm wordt dan nader geconcretiseerd in art. 32. Die bepaling somt 21 soorten van bedingen op die steeds als «onrechtmatig» moeten worden aangemerkt. Aan de rechter komt ter zake geen toetsingsrecht meer toe; de bedingen die op deze «zwarte» lijst voorkomen zijn «nietig en verboden» (art. 33, § 2).

Benevens de nietigheid, dreigt ook de stakingsvordering (art. 93). Voor de bedingen die in de «zwarte lijst» voorkomen kan de voorzitter van de rechtbank van koophandel de staking bevelen van deze verboden bedingen ⁸. Deze vordering staat o.m. open voor de consument, de minister en de erkende consumentenverenigingen (zie art. 98).

5. De kenmerken van de nieuwe wet zijn de volgende:

Het gaat om een algemene regeling. In het verleden is de wetgever vaker tussengekomen om ten aanzien van specifieke overeenkomsten de «zwakke» contractant te beschermen tegen bezwarende bedingen. Te denken valt bijvoorbeeld aan: de Afbetalingswet van 9 juli 1957 (thans: Wet Consumentenkrediet van 12 juni 1991), de Woningbouwwet («wet Breyne») van 9 juli 1971, de wet betreffende het reiscontract (C.V.V.) van 30 maart 1973, enz. De wet van 14 juli 1991 strekt er nu toe de consument tegen bezwarende bedingen te beschermen in alle overeenkomsten die hij sluit ⁹.

Die bescherming wordt geboden door een inhoudelijke toetsing van de contractuele bedingen die wordt toevertrouwd aan de rechter.

Het gaat om een bijkomende bescherming. De wet van 14 juli 1991 doet geen afbreuk aan de bescherming die thans reeds door het gemene recht wordt geboden tegen bezwarende bedingen (cf. art. 33, § 1: «Onverminderd de andere sancties van gemeen recht...»).

De bescherming wordt enkel geboden aan een bepaalde categorie van «zwakke» contractanten, nl. de consumenten. Hierin verschilt de Belgische wet van een aantal van haar buitenlandse voorbeelden. Zo blijft het toepassingsgebied van het Duitse A.G.B.G. en het Nederlandse N.B.W. niet beperkt tot consumenten.

Anderzijds wordt het toepassingsgebied i.t.t. de meeste van die wetten niet beperkt tot de problematiek van de algemene voorwaarden of de toetredingscontracten. De rechterlijke controle strekt zich uit tot onverschillig welke overeenkomst gesloten met een consument en dit ongeacht de wijze van tot stand komen. De wet is derhalve ook van toepassing op onderhandelingscontracten gesloten met consumenten. Het A.G.B.G. en afd. 6.5.2A N.N.B.W. betreffen daarentegen uitsluitend «onredelijk bezwarende algemene voorwaarden». Blijft de Franse *Loi Scrivener* niet beperkt tot de toetredingscontracten, dan worden in art. 35 de «clauses abusives» omschreven als «des clauses qui apparaissent im-

posées aux non-professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et (qui) confèrent à cette dernière un avantage excessif».

Aangezien deze wet afwijkt van het B.W., dat in hoofdzaak regels geeft van aanvullend recht, moeten de bepalingen ervan steeds restrictief worden uitgelegd. Een analogische toepassing op overeenkomsten met contractspartijen die geen consumenten zijn, is uitgesloten.

6. Het veilig stellen van het contractuele evenwicht, het streven naar meer contractuele gelijkheid is, zoals gezegd, het oogmerk van de wetgever. Over welke gelijkheid gaat het hier precies? Het lijkt geen twijfel dat hier enkel bedoeld wordt: de *juridische* gelijkheid, d.w.z. de gelijkwaardigheid van de contractuele positie, van wederzijdse rechten en verplichtingen der partijen. Het eventueel gebrek aan evenwicht van de wederzijdse bedongen prestaties blijft in het raam van deze wet verder buiten beschouwing ¹⁰. Dit onderscheid wordt ook in de ons omringende landen nadrukkelijk gemaakt. Zo schrijft Ghestin voor de Franse wet: «Il ne s'agit pas de corriger un défaut d'équivalence entre l'objet du contrat et son prix, mais d'éliminer les clauses, qui, tout en paraissant accessoires, sont susceptibles d'avoir une incidence importante sur l'exécution du contrat» ¹¹.

7. De wet van 14 juli 1991 raakt de fundamentele zelf van het verbintenissenrecht. Zij slaat bressen in twee van de dragende beginselen van het contractenrecht, nl. het principe van de wilsautonomie en dat van de bindende kracht van de overeenkomst.

Het is duidelijk dat deze wet de contractsvrijheid verder beperkt. De wettelijke regeling van de overeenkomst in het B.W. is in grote mate van aanvullend recht. De mogelijkheden voor de partijen om van die wettelijke regeling af te wijken, wordt aan banden gelegd.

Het principe van de bindende kracht van de overeenkomst betekent dat ook de rechter de overeenkomst moet eerbiedigen. Aan de rechter wordt nu de uitdrukkelijke bevoegdheid verleend om de contractuele sfeer te betreden teneinde hetgeen tussen de partijen was overeengekomen, ter zijde te schuiven.

Het is merkwaardig vast te stellen dat de aantasting van deze beide fundamentele beginselen in de parlementaire voorbereiding nauwelijks tot moeilijkheden heeft geleid. Het rechterlijk ingrijpen in contractuele verhoudingen wordt er zelfs als de gewoonste zaak afgedaan. De enige bezorgdheid die soms werd geuit, betrof de rechtszekerheid, nl. de vrees dat de algemene norm van art. 31 zal leiden tot de meest tegenstrijdige rechterlijke uitspraken en dus tot rechtsonzekerheid ¹².

8. De sanctie die de wet oplegt is de *nietigheid* (art. 33). De wet bepaalt niets over de aard van die nietigheid.

¹⁰ Zie, wat de gelijkwaardigheid der prestaties betreft, o.m. VAN GERVEN, W., *Algemeen deel*, nr. 114; DE BONDT, W., *De leer der gekwalificeerde benadeling*, Antwerpen, 1985; DE BERSAQUES, A., «La lésion qualifiée et sa sanction», *R.C.J.B.*, 1977, 10; PHILIPPE, D., «De rechter en de bepaling van de inhoud van de overeenkomst», in *De overeenkomst vandaag en morgen*, Antwerpen, 1990, 543 e.v.

¹¹ GHESTIN, J., *Traité de droit civil. Le contrat*, Parijs, 1980, 488, nr. 591.

¹² Verslag De Cooman, *Parl.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1200-2, 37; verslag Dielens, *Parl.St., Kamer*, 1989-90, nr. 1240/20.

⁷ Verslag De Cooman, *Parl.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1200/2, 37.

⁸ Verslag De Cooman, *Parl.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1200/2, 43.

⁹ Memorie van toelichting, *Parl.St., Senaat*, 1984-85, nr. 947/1, 19.

In de parlementaire voorbereiding komt tot uiting dat het zou gaan om een absolute nietigheid. De rechter zou zelfs ambtshalve de bezwarende bedingen opgesomd in art. 32 nietig moeten verklaren¹³. Men kan echter moeilijk beweren dat de hier besproken bepalingen de essentiële belangen van de Staat of van de gemeenschap raken. Het is duidelijk dat het hier gaat om bepalingen van dwingend recht ter bescherming van in hoofdzaak private belangen. Dergelijke bepalingen van dwingend recht worden gesanctioneerd met een relatieve nietigheid¹⁴. Op de rechter rust niet ambtshalve de verplichting deze nietigheid in te roepen.

Ook in Frankrijk, waar de doctrine inzake nietigheden overigens vooroploopt, wordt algemeen aanvaard dat art. 35 een bepaling is «d'ordre public de protection», gesanctioneerd door relatieve nietigheid¹⁵.

De nietigheid treft enkel het betrokken beding, niet de gehele overeenkomst. De bescherming tegen bezwarende bedingen kan dus niet door de consument worden aangegrepen om aan de overeenkomst onderuit te komen. Hierbij kan echter de aantekening worden gemaakt dat het denkbaar is dat in een concreet geval een bepaalde clausule een dermate wezenlijk element uitmaakt van de overeenkomst, dat de nietigheid ervan ook de nietigheid van het gehele contract impliceert.

III. TOEPASSINGSGEBIED

9. De beschermende bepalingen zijn van toepassing op iedere «verkoop van produkten en diensten aan de consument». Het begrip «verkoper» wordt omschreven in art. 1, 6. In hoofdzaak: iedere handelaar of ambachtsman en elke fysieke persoon of rechtspersoon die produkten of diensten aanbiedt. Verder vallen niet alleen particulieren, maar ook overheidsondernemingen onder de wet (zie art. 1, 6, b).

Tot meer moeilijkheden kan mogelijk de omschrijving geven van het begrip «consument»: iedere fysieke persoon of rechtspersoon die uitsluitend voor niet-beroepsmatige doeleinden die produkten of diensten verwerft (art. 1, 7). Een beding in de overeenkomst waarin de consument in strijd met de werkelijkheid zou erkennen dat de goederen niet voor privé-gebruik bestemd zouden zijn, is nietig. De consument kan immers geen afstand doen van de bescherming die de wet hem biedt (art. 33, § 3). Wie draagt de bewijslast van die bestemming? In principe rust de bewijslast van de toepassing van de wet op de consument. Die bewijslast wordt echter verplicht door het «criterium van de gewone gang van zaken». Voor goederen en diensten die normaal bestemd zijn voor privé-gebruik, draagt de consument geen nadere bewijslast. Het zal aan de verkoper zijn om, tegen dit feitelijk vermoeden in, het bewijs te leveren dat de goederen of diensten een beroepsmatige bestemming hebben.

Onder «produkten» worden alle lichamelijke roerende zaken verstaan. Overeenkomsten die het verwerven of verhu-

ren van onroerende goederen tot voorwerp hebben, vallen dus buiten het toepassingsgebied (bv. overeenkomsten i.v.m. «timesharing»). Onder «diensten» wordt verstaan: alle prestaties die een handelsdaad uitmaken of een ambachtsactiviteit.

Het toepassingsgebied is dus zeer ruim. Dat ook heel de financiële sector onder de wet valt, blijkt uit de parlementaire voorbereiding¹⁶. In bijzondere wetten worden nog bijkomende regels gegeven i.v.m. bezwarende bedingen (bv. art. 28 e.v. Wet Consumentenkrediet).

10. De wet ziet niet alleen op «overeenkomsten». De omschrijving in art. 31 is ruimer: elk beding of elke voorwaarde. Het begrip «voorwaarden» werd toegevoegd om ook de reglementaire bedingen, tarieven e.d. te omvatten¹⁷. De vraag naar de aard van de juridische verhouding tussen openbare diensten en nutsbedrijven en hun gebruikers kan dan voor de toepassing van de wet buiten beschouwing blijven¹⁸. Dat dergelijke reglementen, tarieven e.d.m. bij K.B. werden vastgelegd, dingt daar niet aan af.

Wat de contractuele bedingen betreft, maakt de wet geen onderscheid naar de vorm waarin die overeenkomst tot stand kwam. Dus ook bestelbons, leveringsbons, facturen, tickets enz.¹⁹.

De wet beperkt zich, zoals gezegd, niet tot de standaardvoorwaarden en de toetredingscontracten. Ook de inhoud van «onderhandelingscontracten» valt onder de rechterlijke toetsing.

11. De wet beoogt een inhoudelijke controle op de bedingen of voorwaarden.

De wet geeft dus geen regels omtrent de totstandkoming van de overeenkomsten waarin van algemene voorwaarden gebruik wordt gemaakt. Regels hieromtrent zijn wel te vinden in sectoriële wetten (bv. art. 17 Wet Consumentenkrediet). Evenmin wordt iets gezegd over de interpretatie van dergelijke bedingen. De W.H.P. legt in art. 30 wel een informatieverplichting op aan de verkoper: hij dient de informatie te verschaffen waarop zijn wederpartij redelijkerwijze aanspraak kan maken. Deze bepaling voegt niets toe aan het gemene recht²⁰.

Wat de gebondenheid aan algemene voorwaarden betreft, is de toestemming van de wederpartij vereist. Die toestemming hoeft niet uitdrukkelijk te zijn, maar kan ook stilzwij-

¹⁶ Verslag Dielens, *Parl.St., Kamer*, 1989-90, nr. 1240/20, 78 en 81). Hetzelfde geldt voor de verzekeringsovereenkomsten (*ibid.*, 82).

¹⁷ Verslag De Cooman, *Parl.St., Kamer*, 1990-91, nr. 1200/2, 38.

¹⁸ Zie over deze problematiek PEETERS, B., «De verhouding tussen openbare diensten en hun gebruikers: een contractuele of een reglementaire relatie?», *R.W.*, 1990-91, 137 e.v.; *R.v.St.*, 27 september 1988, *R.W.*, 1990-91, 151.

¹⁹ Vgl. art. 35, derde lid van de *Loi Scrivener*: «Ces dispositions sont applicables aux contrats quel que soient leur forme ou leur support. Il en est ainsi notamment des bons de commande, factures, bon de garantie, bordereaux ou bon de livraison, billets, tickets contenant des stipulations ou de références à des conditions générales préétablies.»

²⁰ Zie hierover o.m. WILMS, W., «Het recht op informatie in het verbintenissenrecht», *R.W.*, 1980-81, 489 e.v.; ROMMEL, G., «De informatieverplichting in het consumentenrecht», *R.W.*, 1983-84, 2273 e.v.

¹³ Memorie van toelichting, *Parl.St., Senaat*, 1984-85, nr. 947/1, 20; verslag Dielens, *Parl.St., Kamer*, 1989-90, nr. 1240/20, 77.

¹⁴ Over de verschillende gradaties van het begrip «openbare orde»: VAN GERVEN, W., *Algemeen deel*, nr. 26; BAETEMAN, G., «Les effets des dispositions légales impératives protégeant des intérêts privés», *R.C.J.B.*, 1960, 158 e.v.

¹⁵ GHESTIN, J., o.c., 489, nr. 592; BRICKS, H., *Les clauses abusives*, Parijs, 1982, 107, nr. 157.

gend worden gegeven ²¹. Een toestemming, ook indien zij enkel stilzwijgend wordt gegeven, impliceert echter noodzakelijkerwijze een voorafgaande kennisneming van de algemene voorwaarden of ten minste de redelijke mogelijkheid hiertoe. Ten aanzien van consumenten moet echter gelet worden op de bewijsvoorschriften in burgerlijke zaken. De gebondenheid van de consument zal in de regel uit een geschrift moeten blijken dat zijn handtekening draagt (een akte dus). De gebondenheid aan algemene voorwaarden die bijvoorbeeld voorkomen op eenzijdige documenten zoals facturen, orderbevestigingen, briefwisseling e.d.m. of op uithangborden, is t.a.v. consumenten veelal problematisch ²².

Die gebondenheid staat in ieder geval buiten kijf bij de ondertekening door de consument van een bestelbon of van een overeenkomst waarop die voorwaarden voorkomen. Dat luidens art. 39, tweede lid, de bestelbon enkel die partij verbindt die hem heeft opgemaakt, belet niet dat zo'n bestelbon door de ondertekening door de consument en de naleving van art. 1325 B.W. dan het uitzicht krijgt van een overeenkomst. De consument die aldus uitdrukkelijk met standaardvoorwaarden heeft ingestemd, kan achteraf die contractcondities niet meer naast zich leggen met het verweer dat hij de voorwaarden niet kende of niet begreep ²³.

12. De algemene uitleggingsregels nodigen de rechter uit tot een beperkende interpretatie van algemene contractvoorwaarden. Luidens art. 1162 B.W. moet de overeenkomst worden uitgelegd ten nadele van hem die bedongen heeft en ten voordele van diegene die zich verbonden heeft. Ten aanzien van clausules die afwijken van het gemene recht, moet de opsteller van de contractcondities worden beschouwd als de «bedinger». Met betrekking tot koopovereenkomsten bestaat hierover geen twijfel gelet op art. 1602 B.W. Aldus worden bijvoorbeeld exonerationbedingen restrictief geïnterpreteerd ²⁴.

Verder wordt aanvaard dat, bij tegenstrijdigheid tussen handgeschreven bedingen en voorgedrukte bepalingen, de voorkeur wordt gegeven aan de eerste. Met de hand geschreven vermeldingen worden geacht juist de bedoelingen van partijen weer te geven ²⁵.

Om dezelfde reden hebben specifieke vermeldingen voorrang op zgn. stijlclausules ²⁶.

IV. DE ALGEMENE Vernietigingsgrond

13. Luidens art. 31 is elke clausule of voorwaarde die «een kennelijk 'onevenwicht' schept tussen de rechten en plichten van partijen» een *onrechtmatig* beding. Een dergelijk beding kan door de rechter nietig worden verklaard (art. 33, § 1) ²⁷.

Art. 31 geeft dus de algemene toetsingsnorm. Een dergelijke open norm kenmerkt ook de Duitse en de Nederlandse wet. Komt in de Franse wet geen algemene toetsingsnorm voor, dan heeft de Franse rechtspraak zich zo'n toetsingsbevoegdheid wel toegemeten. In Frankrijk geeft art. 35 van de genoemde wet wel een algemene omschrijving van «les clauses abusives», maar wordt de bevoegdheid aan de regering gedelegeerd om bij decreet bepaalde bedingen te verbieden. Door de rechtspraak wordt deze bepaling evenwel beschouwd als een norm die rechtstreeks van toepassing is en die het de rechter, ook buiten ieder decreet, mogelijk maakt om onrechtmatige bedingen te toetsen ²⁸. In die wetten wordt aan de rechter bij zijn oordeelsvorming wel wat meer houvast gegeven. Zo bepaalt art. 6.5.2A.2a dat een beding vernietigbaar is: indien het, gelet op de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze van tot stand komen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk bezwarend is voor de wederpartij; of indien de gebruiker aan de wederpartij niet een redelijke mogelijkheid heeft geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen. Volgens de *Generalklausel* (§ 9) in het *A.G.B.G.* zijn bedingen nietig wanneer zij de wederpartij «den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen». Dit laatste is het geval wanneer een beding onverenigbaar is met de wezenlijke oogmerken van de wet waarvan wordt afgeweken, of wanneer de wezenlijke rechten en verplichtingen die uit de aard van de overeenkomst voortvloeien, zo worden beperkt, dat de zin van de overeenkomst in het gedrang komt (tweede lid). Zo'n algemene norm werd ook opgenomen in het reeds genoemde Voorstel van EG-Richtlijn.

Art. 31 geeft als enig criterium «het kennelijk onevenwicht» tussen de rechten en verplichtingen. Hierin ligt ook een verschil met de omschrijving van bezwarende bedingen in de Franse wet. Van een «clause abusive» is slechts sprake wanneer het gebrek aan evenwicht zijn grondslag vindt in een «abus de puissance économique». Die voorwaarde stelt de Belgische wet niet.

Dat het beding nadelig is voor de consument, volstaat niet. Het moet gaan om een «kennelijk» gebrek aan evenwicht. Ook dit is terug te vinden in de buitenlandse voorbeelden:

²⁷ Tijdens de parlementaire voorbereiding werd door de vice-eerste minister evenwel verklaard dat de rechter «de keuze heeft tussen het vaststellen van de nietigheid en/of het toekennen van een schadevergoeding (verslag Dielens, *Parl.St., Kamer*, 1989-90, nr. 1240/20, 85). Zie hierover ook advies Raad van State, *Parl.St., Kamer*, 1989-90, nr. 1240/2, 17. Verder is de redactie van art. 33, § 1, ongelukkig: de rechter «kan» nietig verklaren. Men stelt zich inderdaad moeilijk voor dat de rechter als hij eenmaal een kennelijk gebrek aan evenwicht heeft vastgesteld, de keuze heeft om het beding al dan niet nietig te verklaren (advies Raad van State, *Parl.St., Kamer*, 1989-90, nr. 1240/2, 17).

²⁸ Cass. fr., 6 december 1989, *D.*, 1990, jur., 289; Cass. fr., 14 mei 1991, *D.*, 1991, jur., 449, met noot GHESTIN.

²¹ Cass., 11 december 1970, *Arr. Cass.*, 1971, 369, *R.W.*, 1970-71, 1129, *B.R.H.*, 1972, 608.

²² Zie hierover DIRIX, E. en BALLON, G.L., *De factuur*, Gent, 1985, 114, nr. 235; BOSMANS, M., o.c., *J.T.*, 1981, 21, nr. 19; STORME, M.E., «Bewijs- en verbintenissenrechtelijke beschouwingen omtrent het stilzitten van de aangesprokene bij een factuur en bij andere vormen van aanspraakbevestiging», *T.B.H.*, 1991, 463 e.v.

²³ Antwerpen, 3 maart 1987, *T.B.B.R.*, 1989, 237. Zie ook art. 6.5.1.3 en 6.5.2A.2 N.N.B.W.: diegene die een overeenkomst ondertekent is daaraan (in beginsel) gebonden ook als bij het sluiten van de overeenkomst zijn wederpartij begreep of moest begrijpen dat hij de inhoud daarvan niet kende.

²⁴ Cass., 22 maart 1979, *Arr. Cass.*, 1979-80, 860, *R.W.*, 1979-80, 2238, *R.C.J.B.*, 1981, 189, met noot CORNELIS. Zie ook Cass., 23 oktober 1987, *T.G.R.*, 1988, 8.

²⁵ DE PAGE, *Traité*, IV, 232, nr. 205; PERREAU, E.-H., «Clausules manuscrites et clauses imprimées», *R.T.D.Civ.*, 1927 (303), 316 e.v.

²⁶ Zie bij DIRIX, E. en BALLON, G.L., *De factuur*, 119-120, nr. 242; DENIS, D., «La clause de style», in *Etudes J. Flour*, Parijs, 1979, 117 e.v.

«un avantage excessif» (art. 35 Loi n° 78-23); «eine unangemessene Benachteiligung» (§ 9 A.G.B.G.); «onredelijk bezwarend» (art. 6.5.2A.2 N.N.B.W.); «ernstige verstoring van het evenwicht» of «overmatig nadeel» (Voorstel Richtlijn).

De beoordelingsmacht van de rechter kan dus enkel marginaal zijn. Het gebrek aan evenwicht moet van die aard zijn dat hierover tussen redelijke mensen geen verschil van mening kan bestaan ²⁹.

Wat mag dan niet «onevenwichtig» zijn? Het is duidelijk dat het de rechter niet toekomt de gelijkwaardigheid der prestaties te toetsen. De wet geeft de rechter geen vrijbrief voor een interne controle van de overeenkomst (supra nr. 6). De toetsing kan enkel het juridisch kader van de overeenkomst betreffen. Concreet betekent dit dat de rechter de vergelijking moet maken tussen enerzijds de contractuele regeling tussen partijen en anderzijds het suppletieve contractenrecht en vervolgens moet afwegen of de consument door de werking van deze van het gemene recht afwijkende bedingen er onredelijk slechter van af komt.

De bewijslast rust in dezen op de consument.

14. Sluit dit rechterlijk toetsingsrecht aan bij een van de bestaande leerstukken uit het verbintenissenrecht? Onmiddellijk valt de gelijkenis op met de theorie der gekwalificeerde benadeling. Van gekwalificeerde benadeling is sprake wanneer er een kennelijke wanverhouding bestaat tussen de wederzijdse prestaties der partijen die het gevolg is van het misbruik dat de ene partij gemaakt heeft van de inferieure positie van de andere (onwetendheid, onervarenheid, lichtzinnigheid, noodsituatie e.d.). Ook daar wordt de eis gesteld dat het moet gaan om een duidelijke en gewichtige wanverhouding. Er zijn echter belangrijke verschilpunten. In de eerste plaats ligt de klemtoon in art. 31 uitsluitend op het gebrek aan evenwicht in de contractpositie en geenszins op de wijze van totstandkoming van de overeenkomst. Een dergelijke inferieure positie van de consument wordt klaarblijkelijk verondersteld. Vervolgens laat art. 31 geen inhoudelijke toetsing toe van de verbintenissen.

Aangezien, zoals gezegd, niet de wijze waarop de overeenkomst tot stand is gekomen centraal staat, maar enkel de inhoud van de overeenkomst, loopt ook de vergelijking mank met het leerstuk der precontractuele aansprakelijkheid en dat van het misbruik van de contractsvrijheid.

De betekenis van deze wet voor het verbintenissenrecht ligt voornamelijk in het terugdringen van de wilsautonomie. Is het contractenrecht in grote mate van aanvullend recht, dan wordt thans de mogelijkheid om bij contracten met consumenten van deze wettelijke regeling af te wijken, beperkt. Gelet op het ruime toepassingsgebied van de wet valt het te betreuren dat deze regeling niet werd opgenomen in het B.W. Eens te meer wordt dus een stap gezet naar het fragmenteren van het privaatrecht. Voor de gevaren van deze ontwikkeling werd reeds herhaaldelijk gewaarschuwd. Het B.W., zo schrijft Herbots, mag niet wegdeemsteren; het moet operationeel blijven ³⁰.

²⁹ Over het begrip marginale toetsing: RONSE, J., «Marginale toetsing», *T.P.R.*, 1977, 207 e.v.; VAN GERVEN, W., «Beginselen van het behoorlijk handelen», *R.W.*, 1982-83, 961 e.v..

³⁰ HERBOTS, J., «De codificatie in het privaatrecht», in *Liber memorialis Fr. Laurent*, Brussel, 1989, (467), 470.

V. DE «ZWARTE LIJST»

A. Algemeen

15. Het verbod op onredelijk bezwarende bedingen wordt door de wetgever geconcretiseerd in art. 32, waar 21 bedingen worden opgesomd die steeds geacht worden onrechtmatig te zijn. Deze bedingen zijn luidens art. 33, § 2, «nietig en verboden». De beoordelingsmacht van de rechter wordt hier beperkt. De rechter zal een beding dat op deze lijst voorkomt, nietig moeten verklaren, zonder dat hij nog dient na te gaan of het beding van die aard is dat het een kennelijk gebrek aan evenwicht kan scheppen tussen de rechten en verplichtingen der contractspartijen.

De consument die de toepasselijkheid van deze bepaling inroept, draagt hiervan de bewijslast. Hij zal dienen aan te tonen dat het beding onrechtmatig is ³¹.

16. Tijdens de parlementaire voorbereiding is uitvoerig van gedachten gewisseld over het verband tussen de algemene norm (art. 31) en de «zwarte» lijst (art. 32). Meer bepaald werd gedebatteerd over het al dan niet limitatief karakter van deze opsomming en over het verband tussen de nietigheids sanctie uit art. 33, § 1, en die uit art. 33, § 2.

De opsomming in de «zwarte» lijst is duidelijk limitatief. Amendementen die ertoe strekten aan art. 31 slechts een enuntiatieve draagwijdte te geven, werden verworpen ³².

Minder duidelijkheid heerst er over de aard van de nietigheids sanctie en de rol van de rechter. Zowel in de parlementaire voorbereiding als in de formulering van art. 33 komt tot uiting dat de beoordelingsmacht van de rechter m.b.t. bedingen uit de «zwarte» lijst geheel wegvalt en dat dergelijke bedingen zelfs nietig zijn zonder enige rechterlijke tussenkomst ³³. Deze opvatting gaat voorbij aan de regel dat de nietigheid steeds door een rechter moet worden uitgesproken, ook al vloeit ze uit de wet zelf voort ³⁴. Verder is het zo dat, bij de beoordeling tal van bedingen, de taak van de rechter niet gering blijft.

Kortom, zowel de bedingen die indruisen tegen de open norm als die welke voorkomen op de «zwarte» lijst, kunnen door de rechter nietig verklaard worden. Bij de toepassing van de «zwarte» lijst wordt de beoordeling door de rechter vereenvoudigd, doordat niet meer hoeft te worden nagegaan of het beding onredelijk bezwarend is.

B. De verboden bedingen

17. De 21 verboden bedingen zullen hierna worden onderzocht ³⁵. Zij hebben betrekking op: de totstandkoming

³¹ Verslag Dielens, *Parl.St.*, Kamer, 1989-90, nr. 1240/20, 85.

³² *Parl.St.*, Kamer, 1989-90, nr. 1240/20, 80; *Parl.St.*, Senaat, 1990-91, nr. 1200/2, 40.

³³ Verslag De Cooman, *Parl.St.*, Senaat, 1990-91, nr. 1200/2, 40-41.

³⁴ VAN GERVEN, W., *Algemeen deel*, nr. 128.

³⁵ De lijst zoals zij was neergelegd in het zgn. ontwerp 826 (*Parl.St.*, Kamer, 1986-87, nr. 826/1) maakte reeds het voorwerp uit van enkele grondige studies: BALATE, E. en BOURGOIGNIE, Th., «Le traitement des clauses abusives en droit belge», *T.B.H.*, 1989, 651-695; BALLON, G.L., «Bezwarende bedingen in het ontwerp van voorwaarden voor verrichtingen met financiële instellingen», Brussel, Interbankendienst, 1989; FAGNART, J.L., «La formation et l'exécution

van de overeenkomst, de gebondenheid van de verkoper, de contractuele aansprakelijkheid, de verweermiddelen van de koper, de sancties bij wanprestatie, de duur van de gebondenheid van de consument, het bewijs, en de toegang tot de rechter.

1° Totstandkoming

18. Art. 32, 1, verbiedt het beding krachtens hetwelk de consument onmiddellijk en definitief gebonden is terwijl de verkoper zich verbindt onder voorwaarde waarvan de totstandkoming van zijn wil afhangt. In de praktijk komt het vaak voor dat de verkoper (veelal een vertegenwoordiger) een bestelbon laat ondertekenen door de consument en de totstandkoming van de overeenkomst afhankelijk stelt van een orderbevestiging. De geldigheid van een dergelijk beding werd algemeen aanvaard. Veelal wordt de rechtsverhouding die dan tussen partijen ontstaat, uitgelegd als een contractbelofte of nog als een aanbod vanwege de cliënt³⁶.

Deze praktijk wordt thans dus verboden ten aanzien van consumenten. De nietigheid van het beding heeft dan tot gevolg dat de overeenkomst tot stand gekomen is (arg.: art. 1178 B.W.).

Niet onder het verbod valt dus het beding dat zowel aan de verkoper als aan de consument een bepaalde wachtermijn bindt.

2° Eenzijdige wijzigingen van overeenkomst

19. De art. 32, 2 t.e.m. 5, verbieden diverse bedingen die ertoe strekken aan de verkoper het recht te verlenen om eenzijdig de verbintenissen van partijen te wijzigen. Het beding waarbij aan een der contractanten het recht wordt gegeven om eenzijdig in te grijpen in de contractuele verhoudingen is, in beginsel, geoorloofd. Een dergelijke zgn. partijbeslissing is echter onderworpen aan het marginaal toetsingsrecht van de rechter. In overeenkomsten met consumenten zijn voortaan in ieder geval verboden:

- het beding de prijs te doen schommelen op basis van elementen die enkel afhangen van de wil van de verkoper (art. 32, 2). Een dergelijk beding zal ook reeds krachtens het gemene recht terzijde worden geschoven. Bij de koop dient immers gelet te worden op het bepaalde in art. 1591 B.W. Luidens die bepaling dient de prijs vooraf door de partijen te worden vastgesteld. Hieraan wordt voldaan wanneer de prijs bepaalbaar is volgens gegevens die niet van de wil van de partijen afhangen. In andere gevallen zal de willekeurige vaststelling van de eigen prestatie kunnen worden beschouwd als een louter potestatieve voorwaarde (art. 1174 B.W.). Onder het verbod vallen dus niet bedingen die aan de verkoper het recht geven eenzijdig de prijs te bepalen volgens de geleverde prestaties, schommelingen van de grondstofprijzen, het rentepercentage e.d.m.;

- het beding dat de verkoper het recht verleent eenzijdig de wezenlijke kenmerken van het te leveren produkt of te verlenen dienst te wijzigen (art. 32, 3). Of een bepaald kenmerk wezenlijk is, wordt ook normatief bepaald. Het kenmerk moet wezenlijk zijn voor de bestemming die de consument eraan wenste te geven, wanneer zulks werd meegegeeld en aanvaard, maar ook wanneer «dit gebruik redelijkerwijze was te voorzien». Ook hier gaat het om een toepassing van art. 1174 B.W.;

- het beding dat toestaat de leveringstermijn van een produkt of de uitvoeringstermijn van een dienst eenzijdig te bepalen of te wijzigen (art. 32, 4) (infra nr. 20);

- het beding dat de verkoper het recht verleent om eenzijdig te beslissen of het geleverde produkt of de verleende dienst overeenstemt met de overeenkomst (art. 32, 5). Een dergelijk beding druist trouwens in tegen het beginsel *Nemo iudex in causa sua*;

- de mogelijkheid de overeenkomst eenzijdig te wijzigen of te ontbinden, zonder schadevergoeding en behoudens overmacht (art. 32, 9). Dit artikel verbiedt m.n. het recht van de verkoper om de overeenkomst, zonder schadevergoeding, eenzijdig te beëindigen. Te denken valt bijvoorbeeld aan een beding in een verzekeringscontract dat aan de verzekeraar het recht geeft om op ieder ogenblik de dekking stop te zetten (bijvoorbeeld na een schadegeval).

Onder dit verbod valt niet de mogelijkheid om bij duur-overeenkomsten de overeenkomst op te zeggen met inachtneming van een termijn. Deze termijn wordt bepaald door de overeenkomst of door de heersende gebruiken.

Wat het ontbindingsrecht in geval van wanprestatie betreft, voegt deze bepaling niets toe aan het gemene recht. Art. 32, 9, doet – zoals uit de aanhef zelf blijkt – geen enkele afbreuk aan art. 1184 B.W.; m.a.w. de gehele gemeenschappelijke sanctiëring van de wanprestatie van de consument blijft gelden. Het opnemen van uitdrukkelijk ontbindende of commissaire bedingen blijft dus verder mogelijk. Zo'n beding verleent de verkoper het recht om de overeenkomst in geval van wanprestatie van de consument, van rechtswege – dus zonder rechterlijke tussenkomst – als ontbonden te beschouwen. Ook kan de verkoper zich contractueel ontslaan van de verplichting om de consument vooraf aan te manen. Het beding dat de overeenkomst ontbonden zal zijn «van rechtswege en zonder voorafgaande ingebrekestelling» blijft geldig. In de Wet Consumentenkrediet wordt het gebruik van uitdrukkelijk ontbindende bedingen wel aan banden gelegd (art. 29).

Ook verhindert die bepaling niet dat de verkoper in geval van wanprestatie op de gerechtelijke ontbinding vooruitloopt en de overeenkomst op eigen gezag als ontbonden beschouwt³⁷.

Evenmin wordt afbreuk gedaan aan de exceptio non adimpleti contractus. Ook de werking van zgn. ondeelbaarheidsclausules waarbij de samenhang van diverse overeenkomsten die tussen dezelfde partijen bestaan, contractueel wordt vastgelegd, blijft onverlet.

tion des contrats», in *Handelspraktijken & voorlichting en bescherming van de consument*, Brussel, 1988, 101-137. Dat ontwerp kende geen open norm, maar enkel een «zwarte lijst» van 16 verboden bedingen.

³⁶ Zie hierover CORNELIS, L., «Het aanbod bij de totstandkoming van overeenkomsten», *T.B.H.*, 1983, (6), 44, nr. 100.

³⁷ Zie hierover VAN OMMESLAGHE, P., «La sanction de l'inexécution des obligations contractuelles», *T.P.R.*, 1984, (197), 206, nr. 16; KRUTHOF, R., «Overzicht van rechtspraak. Verbintenissen», *T.P.R.*, 1983, 639, nr. 134; VANDEPUTTE, R., *De overeenkomst*, Brussel, 1977, 271.

Ook aan clausules van eigendomsvoorbehoud bij verkoopcontracten en aan de uitoefening van het retentierecht wordt geen afbreuk gedaan.

3° Leveringstermijn

20. De leveringstermijn is voor consumenten in de regel van groot belang. Het inmiddels reeds opgeheven K.B. van 28 april 1986 m.b.t. de bestelbon bij de verkoop van auto-voertuigen vermeldde onder de verplichte gegevens o.m.: de «juiste leveringstermijn». De W.H.P. legt een dergelijke verplichting niet op. De verkoper hoeft zich dus niet vast te leggen op een bepaalde leverings- of uitvoeringstermijn.

Is aldus geen termijn bepaald, dan zal het gemene recht soelaas bieden. Zoals bekend wordt door de rechtspraak aangenomen dat op grond van het beginsel van art. 1134, derde lid, B.W. die termijn «redelijk» moet zijn³⁸.

Is wel een termijn bepaald, dan beschouwt de wet zulks als een wezenlijk onderdeel van de overeenkomst. Het reeds besproken art. 32, 4, verbiedt de verkoper die termijn eenzijdig te wijzigen.

4° Beperkingen verweer van de koper

21. De art. 32, 6, 8, 10 en 14, verbieden clausules die ertoe strekken aan de consument de verweermiddelen te ontfangen die hem krachtens het gemene recht toekomen in geval van wanprestatie van zijn wederpartij of in geval van overmacht. Aldus zijn verboden bedingen die ertoe strekken aan de consument:

- het ontbindingsrecht (art. 1184 B.W.) te ontfangen (art. 32, 6);
- de *exceptio non adimpleti contractus* te ontfangen (art. 32, 8);
- het recht op schuldvergelijking te ontfangen (art. 32, 14);
- het beroep op overmacht te beperken (art. 32, 10).

5° Exoneratiebedingen

22. Exoneratiebedingen blijven verder geldig. De nieuwe wet legt enkel beperkingen op. Art. 32, 11, verbiedt bedingen waarbij de verkoper zich exonereert voor zijn opzet, voor zijn grove schuld en voor het opzet en de grove schuld van zijn aangestelden of lasthebbers. Deze bepaling verbiedt eveneens een exoneratie voor de niet-uitvoering van een verbintenis die een van de voornaamste prestaties van de overeenkomst vormt. De formulering van die bepaling is nogal ongelukkig. Verder is het merkwaardig dat niet gedacht werd aan de aansprakelijkheid voor (zelfstandige) uitvoeringsagenten en hulppersonen.

Wat levert deze bepaling nu op in vergelijking tot de gemeenrechtelijke toetsing van exoneratiebedingen? Zoals bekend gelden op de principiële geldigheid van bedingen tot beperking of uitsluiten van aansprakelijkheid drie uitzonderingen: 1) de debiteur mag zich niet voor zijn eigen bedrog exoneren, wel voor de eigen zware fout en de zware fout en het bedrog van zijn aangestelden en uitvoeringsagenten,

2) het beding mag niet iedere zin of betekenis aan de overeenkomst ontnemen en 3) de exoneratie mag niet door een bijzondere wetbepaling verboden zijn³⁹.

Art. 32, 11, komt dus neer op een bijkomende beperking van de mogelijkheid tot het bedingen van exoneraties, nl. voor de eigen grove schuld. Deze uitbreiding werd in de rechtsleer trouwens gewenst geacht.

Verder is de gemeenrechtelijke omschrijving «zin of betekenis van de overeenkomst» veel minder afgebakend dan «een van de voornaamste prestaties». Tot nu toe was de rechtspraak niet vlug geneigd aan te nemen dat een exoneratiebeding iedere betekenis aan de overeenkomst ontnemt. Aldus is volgens het Hof van Cassatie wettelijk verantwoord de beslissing die, na te hebben vastgesteld dat de verbintenis van een nutsbedrijf er hoofdzakelijk in bestaat elektriciteit te leveren aan haar abonnees, uitwerking geeft aan een exoneratiebeding voor de schade ten gevolge van stroomonderbrekingen⁴⁰.

Art. 32, 11, ziet evenwel enkel op bedingen die de aansprakelijkheid van de verkoper uitsluiten («ontslaan»), niet op die welke zijn aansprakelijkheid beperken (bijvoorbeeld tot een bepaald bedrag, voor bepaalde soorten schade, in de tijd). Deze interpretatie is geboden gelet op de restrictieve wijze waarop de wet steeds moet worden uitgelegd.

De exoneratiebedingen van verkopers voor hun vrijwaringsplicht m.b.t. verborgen gebreken worden verboden in art. 32, 11 (infra nr. 23).

6° Vrijwaring voor verborgen gebreken

23. De wetgever verbiedt verder iedere opheffing of vermindering van de vrijwaringsplicht van de verkoper voor verborgen gebreken (art. 32, 11). Luidens art. 1643 B.W. kan de verkoper zich niet van zijn vrijwaringsplicht ontdoen indien hij het gebrek kende. Zoals bekend worden fabrikanten en professionele verkopers geacht de gebreken van hun producten te kennen. Of hieruit ook kan worden afgeleid dat deze verkopers niet rechtsgeldig hun vrijwaringsverplichting kunnen beperken, wordt betwist⁴¹. Ten aanzien van verkopen aan consumenten bestaat hierover thans dus geen twijfel meer.

Volledigheidshalve kan nog worden gewezen op art. 10 van de Wet Produktaansprakelijkheid, dat iedere beperking van de aansprakelijkheid van de verkoper verbiedt.

24. Art. 32, 13, verbiedt verder het beding waarbij aan de consument de verplichting wordt opgelegd om op straffe van verval binnen een onredelijk korte termijn het gebrek aan de koper te melden.

7° Schadebedingen

25. De rechtspraak heeft reeds sinds lang de strijd aangebonden tegen buitensporige schadebedingen. Zoals be-

³⁹ Zie o.m. DIRIX, E., «Exoneratiebedingen», *T.P.R.*, 1988, 663 e.v.

⁴⁰ Cass., 23 november 1987, *R.W.*, 1987-88, 1359. Of dit wel de bedoeling van de wetgever weergeeft, is onzeker. Het leek veeleer de bedoeling de bestaande rechtspraak weer te geven (cf. *Parl.St.*, *Kamer*, 1989-90, nr. 1240/24, 14).

⁴¹ Zie hierover o.m. COUSY, H., *Problemen van produktaansprakelijkheid*, Brussel, 1978, 348, nr. 238 e.v.

³⁸ Zie de rechtspraak geciteerd bij DIRIX, E., en VAN OEVELEN, A., «Kroniek verbintenissenrecht», *R.W.*, 1985-86, 2437.

kend besliste het Hof van Cassatie in zijn arrest van 17 april 1970 dat een beding dat geen vergoeding beoogt van de schade die redelijkerwijze verwacht mocht worden bij wanprestatie, in strijd is met de openbare orde (art. 6 B.W.) en derhalve nietig is ⁴².

Het criterium is dus de *potentiële schade*. Bedingen die niet strekken tot de vergoeding van deze schade, zijn ongeoorloofd. Vernietigt de rechter aldus het beding, dan zal hij enkel schadevergoeding kunnen toekennen voor de werkelijke schade waarvan de schuldeiser het bestaan en de omvang dient te bewijzen.

Deze rechtspraak werd neergelegd in art. 32, 21: nietig is het beding dat in geval van wanprestatie de schadevergoeding vaststelt op bedragen «die duidelijk niet evenredig zijn aan het nadeel dat door de verkoper kan worden geleden».

In de Wet Consumentenkrediet bepaalt art. 28 verder dat de bedongen nalatigheidsrente niet hoger mag zijn dan het gemiddelde van de wettelijke rente en het overeengekomen jaarlijkse kostenpercentage.

26. Art. 32, 15, verbiedt bovendien het opnemen van een schadebeding ten laste van de consument wanneer de overeenkomst niet een gelijkwaardige vergoeding in het vooruitzicht stelt ten laste van de verkoper wanneer die in gebreke blijft. De toepassing van deze bepaling is problematisch: hoe kan immers een contractant de mogelijke schade van zijn wederpartij inschatten. Verder neemt de verkoper meerdere verbintenissen op (levering, vrijwaring enz.) waarvoor telkens andere schade kan voortvloeien. Het maken van een schadebeding voor de consument is inderdaad veel eenvoudiger: hij heeft maar één verbintenis, nl. een verplichting tot betalen. Indien die begroting van de potentiële schade van de consument door de verkoper niet mogelijk is, kan de tekst van art. 32, 15 («gelijkwaardige vergoeding») zo worden opgevat dat aan die bepaling is voldaan wanneer de consument ongehinderd aanspraak kan maken op de gemeenschappelijke schadevergoeding. De verkoper komt aldus bijvoorbeeld aan de eisen van de wet tegemoet wanneer hij voor een bepaalde wanprestatie (bv. de niet-tijdige levering) een forfaitaire vergoeding in het vooruitzicht stelt (bv. 100 fr/dag) en voor de andere mogelijke tekortkomingen bedingt dat de consument recht heeft op de vergoeding naar gemeen recht.

8° Onredelijke duur van de overeenkomst

27. Twee bepalingen beschermen de consument tegen onredelijk lange contractuele gebondenheid.

Art. 32, 16, verbiedt dat de consument zich voor een onbepaalde termijn zou verbinden zonder dat hij hieraan een einde kan maken met inachtneming van een redelijke opzegtermijn. Deze bepaling voegt niets toe aan het bestaande recht. Algemeen wordt aanvaard dat overeenkomsten voor onbepaalde tijd steeds eenzijdig door een der partijen kunnen worden opgezegd. Er anders over oordelen wordt als

⁴² Cass., 17 april 1970, *Arr. Cass.*, 1970, 754, met conclusie advocaat-generaal KRINGS, *R.C.J.B.*, 1972, 454, met noot MARGRÈVE. Sindsdien o.m.: Cass., 24 november 1972, *Arr. Cass.*, 1973, 302; Cass., 17 juni 1977, *R.W.*, 1977-78, 571; Cass., 28 november 1980, *R.W.*, 1981-82, 1845.

een onduidbare aantasting van de individuele vrijheid beschouwd ⁴³.

Art. 32, 17, verbiedt de clause die de overeenkomst voor een onredelijke termijn verlengt indien de consument niet tijdig opzegt. Aan deze wetsbepaling ligt, benevens de bescherming van de consument, ook het vrijwaren van de vrije concurrentie ten grondslag ⁴⁴. Bij de beoordeling van de «onredelijkheid» van de duur van de overeenkomst, zal de rechter rekening houden met o.m. de aard van de geleverde producten of diensten en de structuur van de markt ⁴⁵. In de regel zal een verlenging voor een gelijke duur als was overeengekomen voor de oorspronkelijke overeenkomst niet als onredelijk kunnen worden beschouwd.

9° Bewijsovereenkomsten

28. Overeenkomsten waarbij de partijen, in afwijking van de wettelijke regeling ter zake, een regeling treffen omtrent de bewijslast en de bewijsmiddelen zijn in beginsel geoorloofd ⁴⁶.

Luidens art. 32, 18, is het verboden de bewijsmiddelen die de consument kan aanwenden, contractueel te beperken. Dit verbod reikt minder ver dan men bij een eerste lezing zou kunnen veronderstellen. Art. 32, 18, is geenszins van die aard dat het iedere bewijsovereenkomst verbiedt. De wet verbiedt enkel een beperking van de bewijsmiddelen van de consument.

Zo is het opvallend dat zij geen contractuele regelingen omtrent de bewijslastverdeling verhindert, terwijl dergelijke bedingen juist erg nadelig kunnen zijn voor de consument ⁴⁷.

Evenmin staat zij eraan in de weg dat de partijen regelingen treffen nopens de bewijswaarde van bepaalde documenten of informatiedragers, voor zover de mogelijkheid van het tegenbewijs door de consument gaaf blijft. Deze problematiek is van belang in het kader van het elektronisch betalingsverkeer ⁴⁸.

10° Eigenrichtingclausules

29. Art. 32, 19, verbiedt bedingen waarbij de consument in geval van betwisting afstand doet van ieder verhaal op de koper. In navolging van Laenens worden clausules waarbij het recht van toegang tot de rechter wordt beperkt, eigenrichtingclausules genoemd. Aangezien het ius agendi de openbare orde raakt, zijn dergelijke bedingen nietig (bv. art. 1023 Ger.W.).

⁴³ Cass., 16 oktober 1969, *Arr. Cass.*, 1970, 167, *Pas.*, 1970, I, 147; Cass., 9 maart 1973, *Arr. Cass.*, 1973, 671. Zie hierover DEKKERS, R., «La rupture des contrats à durée illimitée», *R.C.J.B.*, 1969, 501 e.v.

⁴⁴ Aldus de vice-eerste minister in de kamercommissie: verslag Dielens, *Parl. St., Kamer*, 1989-90, nr. 1240/20, 82.

⁴⁵ BALATE, E., en BOUGOIGNIE, Th., o.c., *T.B.H.*, 699.

⁴⁶ Zie hierover STORME, M., *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, 1962, 66, nr. 65 e.v.

⁴⁷ Zie hierover ook LAENENS, J., «Gerechtigde controle van de handelsgebruiken», in *Handelspraktijken & voorlichting en bescherming van de consument*, Brussel, 1988 (253), 260-261.

⁴⁸ Zie hierover o.m. BALLON, G.L., «Het bewijs en de moderne technieken», *Computerr.*, 1991, 14 e.v., en de verwijzingen aldaar.

Dit verbod verhindert echter geenszins de werking van een uitdrukkelijk ontbindend beding ⁴⁹ (supra nr. 19). De rechtsgeldigheid van dergelijke clausules wordt algemeen aanvaard. Dat de overeenkomst krachtens zo'n beding van rechtswege en dus zonder rechterlijke tussenkomst wordt ontbonden, betekent evenwel niet dat iedere rechterlijke controle wordt uitgesloten. De consument kan immers steeds de werking van het beding betwisten. Hij zal dan het initiatief moeten nemen en aan de rechter vragen om na te gaan of de toepassingsvoorwaarden van het beding zijn vervuld. Dit controlerecht a posteriori kan niet worden uitgesloten. In de rechtsleer gaan stemmen op om in dezen de beoordelingsmacht van de rechter uit te breiden. Het gevaar bestaat immers dat, bij zeer algemeen geformuleerde bedingen, de debiteur wordt overgeleverd aan het discretionaire oordeel van zijn schuldeiser. Vandaar dat gepleit wordt om op grond van het beginsel van de uitvoering te goeder trouw (art. 1134, derde lid, B.W.) aan de rechter een marginaal toetsingsrecht te geven. Zo'n toetsingsrecht kan verhinderen dat de schuldeiser een zeer algemeen geformuleerd beding (bv. «onverschillig welke tekortkoming») inroept bij slechts een geringe tekortkoming van de consument.

Art. 32, 19, verhindert evenmin opschortingsclausules of de werking van de exceptio non adimpleti contractus ⁵⁰. Ook hier zal de rechterlijke controle plaatsvinden *a posteriori*. Indien de consument de uitvoering van de overeenkomst vordert, zal de rechter onderzoeken of het inroepen van de exceptie wel gerechtvaardigd was ⁵¹.

11° Bevoegdheidsovereenkomsten

30. Art. 32, 20, laat niet toe dat afgeweken wordt van de territoriale bevoegdheidsregeling uit art. 624, 1°, 2° en 4°, Ger.W. Deze bepaling werd reeds terecht bekritiseerd. Veel eenvoudiger ware geweest art. 628 Ger.W. aan te vullen met een bepaling die de rechter van de woonplaats van de consument uitsluitend bevoegd maakt. Een andere oplossing zou erin kunnen bestaan om – zoals reeds herhaaldelijk werd voorgesteld – de territoriale bevoegdheid voor de geschillen die tot de materiële bevoegdheid van de vrederechter behoren, van dwingend recht te verklaren ⁵².

Vervolgens hoort een dergelijke regeling thuis in het Ger.W. Nu reeds wijst bijvoorbeeld art. 628, 8°, Ger.W. de rechter van de woonplaats van de consument reeds dwingend als de bevoegde rechter aan voor vorderingen betreffende kredietovereenkomsten geregeld bij de Consumentenkredietwet (voorheen: de Afbetalingswet).

Ten slotte heeft deze bepaling niet tot gevolg dat uitsluitend de rechter van de woonplaats van de consument bevoegd wordt verklaard, zoals men vanuit een consumentvriendelijk standpunt had kunnen verwachten. Bevoegdheidsbedingen blijven geldig voor zover geen afbreuk wordt gedaan aan art. 624, 1° en 2°. Aldus is de clause geldig luidens welke de verkoper enkel kan worden gedagvaard

voor de rechtbanken van zijn woonplaats. Eveneens is denkbaar dat de partijen een uitvoeringsclausule opnemen waarin de plaats wordt aangewezen waar de verbintenissen moeten worden uitgevoerd. Een dergelijke uitvoeringsclausule kan neerkomen op een indirect bevoegdheidsbeding.

Door de wet worden arbitrageclausules niet verboden ⁵³.

31. In het E.E.X.-Verdrag wordt de bevoegdheid m.b.t. rechtsvorderingen van of tegen consumenten geregeld door de artikelen 13 en 15. Deze regeling komt hierop neer dat vorderingen tegen de consument enkel kunnen worden ingesteld voor de gerechten van de Verdragsluitende Staat waar de consument zijn woonplaats heeft, terwijl de consument-eiser de keuze heeft tussen de gerechten van de eigen woonplaats of die van de verweerder. Bevoegdheidsregelingen zijn in beginsel slechts mogelijk na het ontstaan van het geschil.

VI. RECHTSKEUZE BIJ INTERNATIONALE OVEREENKOMSTEN

32. Luidens het Europees Verdrag van 19 juni 1980 betreffende verbintenissen uit overeenkomst (wet van 14 juli 1987) worden dergelijke consumentencontracten, bij gebreke van een rechtskeuze, beheerst door het recht van het land waar de consument zijn gewone verblijfplaats heeft (art. 5, lid 3).

Een uitdrukkelijke rechtskeuze kan er verder niet toe leiden dat de consument de bescherming verliest die hij geniet op grond van dwingende bepalingen van het recht van het land waar hij zijn gewone verblijfplaats heeft wanneer de overeenkomst tot stand is gekomen in de omstandigheden vermeld in art. 5, lid 2. In het bijzonder wanneer de sluiting van de overeenkomst in dat land is voorafgegaan door een bijzonder voorstel of publiciteit en indien de consument in dat land de voor de sluiting van die overeenkomst noodzakelijke handelingen heeft verricht, of wanneer de wederpartij van de consument of zijn vertegenwoordiger de bestelling van de consument in dat land heeft ontvangen.

VII. WERKING IN DE TIJD

33. Bij opvolging van wetten die van toepassing zijn op overeenkomsten, geldt het beginsel van de eerbiedigende werking van de nieuwe wet: op overeenkomsten die nog uitwerking hebben, blijft de wet van toepassing die gold op de dag van hun totstandkoming. Deze regel lijdt uitzondering wanneer het gaat om dwingende bepalingen: dergelijke bepalingen die door een nieuwe wet worden uitgevaardigd, hebben onmiddellijke toepassing op alle nog bestaande overeenkomsten ⁵⁴. De wet van 14 juli 1991 is vanaf 1 maart 1992 van toepassing, ook op de voorheen gesloten overeenkomsten.

VIII. BESLUIT

Zoals uit het vorenstaande blijkt, is op nieuwe bepalingen heel wat kritiek mogelijk. De formulering van vele der ver-

⁴⁹ Anders: LAENENS, J., o.c., 262. Vgl. KRUTHOF, R., «Contractuele aansprakelijkheidsregelingen», T.P.R., 1984, (233), 293, nr. 46.

⁵⁰ Anders: LAENENS, J., o.c., 262.

⁵¹ Recent hierover nog: HERBOTS, J., «De exceptie van niet-nakoming», T.P.R., 1991, 379, en de verwijzingen aldaar.

⁵² Zie hierover LAENENS, J., o.c., 266-267.

⁵³ BALATE, E. en BOURGOIGNIE, Th., o.c., 694.

⁵⁴ VAN GERVEN, W., *Algemeen deel*, nr. 25; DE PAGE, *Traité*, I, nr. 231quinquies.

boden bedingen is ver van loepzuiver en zal in de praktijk tot moeilijkheden aanleiding geven (bijvoorbeeld inzake exoneratiebedingen en schadebedingen). Onvoldoende werd rekening gehouden met de algemene leerstukken uit het verbintenissenrecht en met de bescherming die de rechtspraak aan een zwakke contractant thans reeds biedt. De wet laat ook zien dat het geen eenvoudige onderneming is om jurisprudentiële regels in wetsartikelen neer te leggen. Bij andere clausules werd dan weer de kans gemist om aan de consument een daadwerkelijke bescherming te bieden (bijvoorbeeld m.b.t. bevoegdheidsbedingen en inzake bewijslast). Algemeen kan men overigens zeggen dat de «zwarte lijst» de positie van de consument niet wezenlijk versterkt.

De belangrijkste merite van de wet is echter dat zij bestaat. Vooral de algemene vernietigingsgrond krachtens de

open norm (art. 31) is een belangrijke innovatie. Men mag veronderstellen dat de rechters bij de toepassing van deze bepaling de nodige omzichtigheid aan de dag zullen leggen, zodat de rechtszekerheid niet in het gedrang komt. Nogmaals, de fundamentele kritiek blijft dat deze bepalingen niet in het B.W. zijn geïntegreerd waar zij onmiskenbaar thuishoren en dat geen aansluiting is gezocht met de dogmatiek van het verbintenissenrecht. De fragmentering van onze wetboeken (hier ook van het Ger.W.) is een ontwikkeling die met kracht moet worden bestreden.

Eric DIRIX
K.U.L.

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 6 MEI 1991

Voorzitter: de h. Rauws

Rapporteur: mevr. Baeté-Swinnen

Openbaar ministerie: de h. Lenaerts, procureur-generaal

Advocaten: mrs. Claeys Bouuaert en De Gryse

1. Arbeidsongeval – Vergoedingen – Getroffene – Rechtsvordering – Verjaring – Stuiting – Verzekeringsinstelling Z.I.V. – Indeplaatsstelling – Rechtsvordering – Gevolg – 2. Burgerlijke rechtspleging – Tussenkost – Ontvankelijkheid

1. De dagvaarding door de in de plaats gestelde Z.I.V.-verzekeringsinstelling gericht tegen de arbeidsongevallenverzekeraar van de rechthebbende stuit de verjaring niet van de rechtsvordering van de rechthebbende tegen zijn arbeidsongevallenverzekeraar.

2. Voor de rechtbank kan niet meer als partij tussengekomen worden nadat deze een vordering heeft toegewezen, ook al werd daarbij voorbehoud verleend voor de vaststelling van het bedrag ervan maar de zaak dienaangaande niet voor de rechter is gebracht.

N.V. S. t/ Van H. e.a.

Conclusie van procureur-generaal H. Lenaerts

De voorziening van de arbeidsongevallenverzekeraar komt op tegen de beslissing dat de verjaring van de vordering van de getroffene gestuit is door de vordering die het ziekenfonds als haar gesubrogeerde tegen hem heeft ingesteld.

Het arbeidshof gaat uit van de rechtspraak van het Hof dat de vordering van het ziekenfonds niet onderscheiden is

van die van haar verzekerde¹ en dat de vordering van de getroffene derhalve de verjaring van die van het ziekenfonds stuit². Daaruit leidt het af dat omgekeerd de vordering van het ziekenfonds ook de verjaring van die van de getroffene stuit.

Het arrest van 22 juni 1988³ beslist evenwel dat de betaling door de indeplaatsgestelde de schuldvordering van de gerechtigde doet overgaan. Daarom kan de schuldenaar daarna de excepties die hij tegenover de gerechtigde kan doen gelden niet meer tegen de indeplaatsgestelde inroepen, wat ook bij arrest van 23 februari 1990⁴ is beslist.

Daaruit volgt eveneens dat, zo de vordering van de gerechtigde naar het ziekenfonds is overgegaan, de vordering van het fonds geen invloed meer kan hebben op de vordering die de gerechtigde nog tegen de arbeidsongevallenverzekeraar kan instellen, m.n. voor het gedeelte van de vergoeding dat het ziekenfonds hem niet betaald heeft.

Die regel kan ook worden toegepast op de stuiting van de verjaring; de vordering van het ziekenfonds, dat door de betaling van de vergoedingen aan zijn verzekerde in diens plaats treedt, stuit de verjaring niet van de vordering die de verzekerde als getroffene tegen de arbeidsongevallenverzekeraar instelt.

Verweerster betwist dat niet, maar meent dat de beslissing niettemin naar recht verantwoord blijft op grond van artikel 70 van de Arbeidsongevallenwet. Luidens die bepaling kan de verjaring ook worden gestuit «door een rechtsvordering tot betaling wegens het arbeidsongeval, gebaseerd op een andere rechtsgrond». Een zodanige rechtsvordering is, volgens haar, ook de vordering van het ziekenfonds.

¹ Cass., 24 sept. 1986, A.C., 1986-87, nr. 44 en 13 jan. 1989, A.C., 1988-89, nr. 284.

² Cass., 12 juni 1986, A.C., 1985-86, nr. 642.

³ A.C., 1987-88, nr. 652.

⁴ A.C., 1989-90, nr. 388.

In mijn conclusie bij het arrest van 20 mei 1985⁵ heb ik inderdaad aangetoond dat het Hof deze bepaling niet eng interpreteert. In alle besproken arresten gaat het echter om vorderingen die door de getroffene zelf zijn ingesteld. Er is geen enkele aanwijzing dat het Hof deze rechtspraak zou uitbreiden tot vorderingen die niet strekken tot betaling van arbeidsongevallenvergoedingen, maar tot terugbetaling van vergoedingen die het ziekenfonds heeft betaald met toepassing van de ziekte- en invaliditeitswetgeving. En de bedoeling van de wetgever is zeker niet geweest ook zodanige vorderingen als stuiting van de verjaring in aanmerking te nemen. De betrokken bepaling werd in de arbeidsongevallenwetgeving ingevoegd door de wet van 18 juni 1930. Zij werd in de memorie van toelichting verantwoord als volgt: «Het gebeurt dikwijls dat de getroffene, menende dat de wet niet toepasselijk is, zich beroept op artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek.

In dergelijk geval, kunnen drie jaar verlopen zonder dat er omtrent zijn recht wordt beslist en de verjaring van drie jaar beoogd in artikel 30 is verworven. Natuurlijk, wanneer er twijfel bestaat, is het voorzichtig met het oog op de twee soorten van vergoeding te dagvaarden, maar er kan in alle geval geen sprake zijn van de werkmans deze dubbele procedure op te leggen»⁶.

In de door verweerster voorgestelde rechtsgrond zie ik dan ook geen verantwoording van de bestreden beslissing.

Het tweede onderdeel van het middel aangevoerd door de arbeidsongevallenverzekeraar is gegrond.

De voorziening van de getroffene is gericht tegen de beslissing dat haar tussenkomst niet ontvankelijk is.

Deze tussenkomst had zij voor de rechtbank ingesteld nadat deze reeds uitspraak had gedaan. Eiseres acht haar tussenkomst niettemin toelaatbaar, omdat het vonnis voorbehoud had verleend.

Dat neemt echter niet weg dat de zaak op het ogenblik van de tussenkomst niet aanhangig was bij de rechtbank. Dan kan uiteraard niet in het geding worden tussengekomen. Want tussenkomst veronderstelt toch een aanhangig geding.

Het middel kan niet worden aangenomen;

Ik concludeer tot de gedeeltelijke vernietiging van het arrest op grond van de voorziening 7200 en tot de verwerping van de voorziening 7323.

Arrest

Gelet op het bestreden arrest, op 21 december 1989 door het Arbeidshof te Gent gewezen;

...

Overwegende dat blijkens de vaststellingen van het arrest: 1. L. Van H. op 10 september 1983 het slachtoffer was van een arbeidsongeval; 2. het N.V. S.M., ziekteverzekeraar van Van H., bij dagvaarding van 28 juni 1984, de veroordeling vorderde van S., arbeidsongevallenverzekeraar, tot terugbetaling van de aan de getroffene uitgekeerde bedragen;

3. de Arbeidsrechtbank te Gent, bij vonnis van 15 november 1985, S. veroordeelde tot betaling van een provisioneel bedrag en aan het N.V.S.M. voorbehoud verleende «voor de terugvordering der bedragen nog niet bekend bij 'het sluiten der debatten' en de zaak dienaangaande naar de bijzondere rol van deze kamer verwees»; 4. L. Van H. op 15 januari 1986 een verzoekschrift neerlegde bij de Arbeidsrechtbank te Gent, strekkende «tot vrijwillige tussenkomst in het 'geding' en tot het verkrijgen van de wettelijke arbeidsongevallenvergoedingen vanwege de N.V. S.»; 5. S. op 28 februari 1986 hoger beroep instelde tegen het vonnis van 15 november 1985 van de Arbeidsrechtbank te Gent; 6. het Arbeidshof te Gent, bij arrest van 21 mei 1987, het vonnis van de arbeidsrechtbank bevestigde ten aanzien van S. en van het N.V. S.M.; 7. L. Van H., bij dagvaarding van 15 oktober 1987 voor de Arbeidsrechtbank te Gent, de veroordeling vorderde van S. tot betaling van de wettelijke arbeidsongevallenvergoedingen;

Overwegende dat het arrest beslist, eensdeels, dat het door Van H. op 15 januari 1986 neergelegde verzoekschrift tot vrijwillige tussenkomst niet ontvankelijk is, en, anderdeels, dat de vordering van Van H., ingeleid bij dagvaarding van 15 oktober 1987, tijdig werd ingesteld, nu de vordering van de in de plaats gestelde ziekteverzekeraar, het N.V. S.M., ingesteld binnen drie jaar te rekenen vanaf de datum van het arbeidsongeval, namelijk bij dagvaarding van 28 juni 1984, «van die aard was dat ze de verjaring, ook ten voordele van getroffene, in casu Van H., stuitte» en die stuiting «duurde gedurende de hele duur van de procedure, in casu tot aan de uitspraak van het arbeidshof op 21 mei 1987»;

...

Overwegende dat, krachtens het te dezen toepasselijke artikel 70, § 2, vierde lid, van de wet van 9 augustus 1963 tot instelling en organisatie van een regeling voor verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering, de verzekeringsinstelling die aan de rechthebbende op de prestaties van de ziekte- en invaliditeitsverzekering, onder de door de Koning bepaalde voorwaarden, de bij die wet bepaalde prestaties heeft toegekend, rehtens in de plaats van de rechthebbende treedt tot beloop van het bedrag van de verleende prestaties, voor het geheel van de sommen die onder meer krachtens de arbeidsongevallenwetgeving verschuldigd zijn en die de bedoelde schade geheel of gedeeltelijk vergoeden;

Overwegende dat, ingevolge de indeplaatsstelling, de in de plaats gestelde verzekeringsinstelling zich kan beroepen op alle rechtsgevolgen verbonden aan de vorderingen die door de rechthebbende zijn ingesteld en die vóór de indeplaatsstelling te zijnen voordele zijn ontstaan; dat nochtans, nadat de verzekeringsinstelling in de plaats van de rechthebbende is getreden, dit is te rekenen van de betaling die de schuldvordering doet overgaan, het vorderingsrecht bij de verzekeringsinstelling berust, zodat geen enkele proceshandeling van haar een invloed kan hebben op de rechten van de rechthebbende jegens diens schuldenaar;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat de in de plaats gestelde verzekeringsinstelling, het N.V.S.M., bij dagvaarding van 28 juni 1984 betaling vorderde van de door haar aan de getroffene van het arbeidsongeval, L. Van H., uitgekeerde bedragen;

Dat die vaststelling insluit dat de betaling die de schuldvordering deed overgaan, plaatsvond vóór 28 juni 1984;

⁵ A.C., 1984-85, nr. 563, met concl. O.M., in *Antologie van de casatierechtspraak in sociale zaken*, nr. 78, blz. 559, en R.W., 1985-86, 2688.

⁶ *Gedr.St., Kamer*, 1927-28, nr. 98, blz. 36.

Dat het arrest na die vaststelling niet meer wettig kon oordelen dat de dagvaarding van 28 juni 1984 van het N.V.S.M. de verjaring ook ten voordele van de getroffene Van H. stuitte ;

...

Overwegende dat blijkens de vaststellingen van het arrest : 1. de Arbeidsrechtbank te Gent bij vonnis van 15 november 1985 uitspraak deed over de vordering van het N.V. S.M. gesubrogeerd in de rechten van eiseres, tegen de N.V. S., deze laatste veroordeelde tot betaling van een provisioneel bedrag en aan het N.V.S.M. «voorbehoud werd verleend voor de terugvordering der bedragen nog niet bekend bij 'het sluiten der debatten'» met verwijzing van de zaak «dienaangaande» naar de bijzondere rol van de kamer ; 2. eiseres op 15 januari 1986 een verzoekschrift neerlegde bij dezelfde rechtbank «strekken tot vrijwillige tussenkomst 'in het geding' en tot het bekomen van de wettelijke arbeidsongevallenvergoedingen vanwege de N.V. S.» ; 3. «op het ogenblik van de vrijwillige agressieve tussenkomst van (eiseres), reeds vonnis was verleend en a fortiori de debatten reeds waren gesloten en dit op 4 oktober 1985 zoals blijkt uit het zittingsblad en zoals zelfs uitdrukkelijk blijkt uit het vonnis van dd. 15 november 1985» ; 4. «noch de N.V. S., noch het N.V.S.M., de zaak weer op de zittingsrol hebben gebracht» en «de debatten desaangaande ook nooit (werden) heropend» ;

Overwegende dat tussenkomst in het geding geschiedt voor het gerecht waar de zaak aanhangig is ;

Dat voor de rechtbank niet meer kan worden tussengekomen nadat deze de vordering reeds bij vonnis heeft toegewezen, ook al wordt daarbij voorbehoud verleend voor de vaststelling van het bedrag maar de zaak dienaangaande niet voor de rechter is gebracht ;

Dat het arrest op grond van de voornoemde vaststellingen wettig beslist dat het verzoekschrift tot vrijwillige tussenkomst van 15 januari 1986 niet ontvankelijk is ;

...

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

1e KAMER – 12 DECEMBER 1990

Voorzitter : de h. Spaas

Raadsheren : de hh. Frère en De Vel

Advocaten : mrs. Quirynen en Meulepas loco Bruneel

Eigendom – Waardepapier – Revindicatie – Wet Titels aan Toonder – Art. 2279 B.W.

Luidens art. 16 van de wet van 24 juli 1921 op de ongewilde buitenbezitstelling van de titels aan toonder, zijn beschikkingsdaden verricht nadat het verzet werd bekendgemaakt, nietig. Het staat aan de bezitter van de betrokken waardepapieren te bewijzen dat hij de effecten rechtsgeldig verkreeg vóór het tijdstip van de bekendmaking.

De D. t/ De L.

Overwegende dat appellante, door wijziging van het bestreden vonnis de gegrondheid nastreeft van haar oorspron-

kelijke vordering strekkend tot het horen zeggen voor recht dat zij te goeder trouw houdster is van een kasbon met coupons (...) dat zij alle rechten kan uitvoeren ongeacht het verzet van geïntimeerde ;

Overwegende dat geïntimeerde concludeert tot bevestiging van het bestreden vonnis, dat haar tegenvordering in revindicatie gegrond heeft verklaard ;

Overwegende dat uit de overgelegde stukken blijkt dat, met het oog op de erkenning van haar beweerde rechten op een kasbon aan toonder met een nominale waarde van 100.000 fr., appellante M. De L. heeft gedagvaard ; dat deze laatste de rechtsopvolgster is van wijlen haar broer A. De L., overleden op 26 februari 1983 ; dat M. De L. verzet betekende, o.a. tegen de verhandeling van de bovenvermelde titel en tegen de betaling van de coupons of de uitoefening van welk recht ook dat eraan verbonden is, bij akte van gerechtsdeurwaarder van 8 april 1983, bekrachtigd door beschikking van de voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen van 13 mei 1983 ;

Overwegende dat eveneens vaststaat dat wijlen A. De L. korte tijd voor zijn overlijden, de kasbon samen met nog andere aankocht op 25 januari 1983 ; dat geen dezer kasbons weder teruggevonden tussen de bezittingen van de overledene ; dat een coupon van deze kasbon door appellante ter inning werd aangeboden op 1 februari 1984 ; dat, in het raam van de gevoerde strafinformatie, de genaamde J.L., echtgenoot van appellante, beweert deze kasbon aangekocht te hebben van een onbekende, begin maart 1983, en verkocht in de loop van de maand april 1983 aan appellante, zijn toenmalige verloofde ;

Overwegende dat de eerste rechter in zijn tussenvonnis van 22 februari 1988 terecht stelt dat een kasbon een titel aan toonder is ; dat hij het debat heropende ten einde partijen te laten conclusie nemen over de toepasselijkheid van de artt. 2279 en 2280 B.W. ;

Overwegende dat de toepasselijkheid van art. 2279 B.W. de deugdelijkheid van het bezit onderstelt bij appellante, die zich erop beroept ;

Overwegende op de eerste plaats, dat, voor zoverre de onderhandelingen over de aankoop van een kasbon tussen een onbekende en J.L. een begin van bevestiging kunnen vinden in de verklaring van de bankbediende C., deze nochtans in zeer algemene en vage termen is gesteld ; dat hieruit niet zonder meer blijkt dat het ging om de thans ter sprake zijnde kasbon, noch dat dit werkelijk leidde tot een verkoop ;

Overwegende dat, voor zover de transactie toch bewezen zou zijn, de omstandigheid dat deze uit de hand gebeurde met een onbekende, van dien aard is dat ze bij een normaal aandachtige, voorzichtige en oplettende belegger een rechtmatige argwaan zou wekken i.v.m. de wettigheid van het bezit van de persoon die de kasbon aanbood ; dat uit geen gegeven blijkt waarom een onbekende zich concreet tot L. gewend zou hebben ; dat evenmin blijkt dat deze enige vraag gesteld heeft i.v.m. de identiteit van zijn bezoeker ;

Overwegende dat uit de bovenvermelde handelwijze niet afgeleid wordt dat de transactie op zorgvuldige wijze gebeurde en boven alle twijfel verheven was ;

Overwegende bovendien dat de feitelijke uitleg die gegeven wordt door beide voornoemden, formeel tegenstrijdig is ; dat immers J.L. verklaarde dat hij de kasbon kocht in maart 1983, van een hem totaal onbekende persoon die dringend geld nodig had en dat hij hem in de loop van april 1983

verkocht aan zijn verloofde; dat daarentegen appellante verklaarde dat zij in maart 1983 de kasbon kocht van L. omdat hij geld nodig had voor zijn zaak;

Overwegende dat uit het voorgaande volgt dat appellante niet vermag staande te houden dat zij de kasbon verkreeg van een vorige bezitter, die zelf aanspraak kon maken op een deugdelijk bezit;

Overwegende vervolgens dat, zo appellante beweert zelf deze kasbon te goeder trouw verkregen te hebben van haar verloofde in de loop van de maand maart 1983, deze vage tijdsbepaling als dusdanig niet volstaat; dat eensdeels, krachtens het eerste lid van artikel 16 van de wet van 24 juli 1921, de daden van beschikking uitgeoefend na de dag der bekendmaking van het verzet in het Bulletin, nietig zijn ten opzichte van hem die verzet doet; dat anderdeels, krachtens art. 16, tweede lid, van dezelfde wet, de artikelen 2279 en 2280 B.W. van toepassing zijn op daden van beschikking vericht vóór die bekendmaking;

Overwegende dat, nu zij een argument put uit haar bezit, appellante voorafgaande aan de vraag of dit deugdelijk is in de zin van art. 2279 B.W., het bewijs dient te leveren dat zij het te bekwaamere tijd verkreeg, d.i. vóór de bekendmaking van het verzet, te dezen uiterlijk op 15 april 1983; dat zulks niet genoegzaam en behoorlijk blijkt uit enig objectief gegeven noch uit ter zake nuttige, ernstige, nauwkeurige en overeenstemmende gegevens; dat, in dit verband, de vage en niet gedetailleerde bevestigingen van appellante en haar echtgenoot niet zonder meer volstaan, nu beiden belang kunnen hebben bij een eventuele antidatering van het bezit; dat formeel het bezit van appellante op zijn vroegste vaststaat op 1 februari 1984, toen zij de coupon ter inning aanbod;

Overwegende derhalve dat geïntimeerde, die regelmatig verzet deed, de kasbon kan revindiceren buiten de voorwaarden gesteld bij de artt. 2279 en 2280 B.W.; dat zij haar in de vorm van tegenvordering geformuleerde revindicatie tijdig instelde bij een op 1 februari 1988 neergelegde conclusie en deze ontvankelijk is;

Overwegende dat bij nieuw onderzoek voor het Hof, de vordering van appellante niet gegrond blijft, nu zij niet slaagt in de vereiste bewijshandeling i.v.m. de aanvangsdatum van haar bezit;

Overwegende dat de revindicatie van geïntimeerde wel gegrond blijft; dat ingevolge haar verzet zij gerechtigd is de kasbon te revindiceren tegenover iedere bezitter, nu deze op het ogenblik van de bekendmaking van het verzet terugvorderbaar was; dat noch de wettigheid van de aankoop van de kasbon door wijlen A. De L., noch in hoedanigheid van geïntimeerde als diens rechtsopvolgster betwist worden;

...

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

8e KAMER – 15 MAART 1991

Voorzitter: de h. Londers

Raadsheren: mevr. de la Vallée Poussin en de h. Van Herck

Advocaten: mrs. Van Ommeslaghe, Dalle en Van Orshaegen

Vennootschap – Aandelen – Overdracht – Aanvaardingsclausule – Weigering

Wanneer, ingevolge een statutaire aanvaardingsclausule, waarvan de geldigheid niet betwist wordt en die zowel t.a.v. derden als t.a.v. de aandeelhouders uitwerking heeft, de overdracht van aandelen slechts plaatsvindt onder de opschortende voorwaarde van goedkeuring door de raad van bestuur, is de koper van aandelen, bij weigering van goedkeuring, geen aandeelhouder en kan hij tegen de vennootschap geen rechten uitoefenen die de wet of de statuten alleen aan de aandeelhouders toekent.

De afgewezen koper kan echter tegen de vennootschap een vordering op grond van de artt. 1382 en 1383 B.W. instellen. Het bewijs van de fout is geleverd wanneer blijkt dat de raad van bestuur, toen hij weigerde zijn goedkeuring te geven, niet gehandeld heeft in het belang van het geheel der aandeelhouders, maar met het oogmerk de eventuele eigen aansprakelijkheid van zijn leden te ondervangen, en hij aldus zijn bevoegdheid van haar doel heeft afgewend.

N.V. S.G.M. t/ A. e.a.

Overwegende dat de oorspronkelijk door geïntimeerden ingestelde vordering er toe strekte appellante te horen veroordelen tot betaling van bedragen (...) als schadevergoeding, bedragen telkens te vermeerderen met de vergoedende interesten sedert 11 september 1985, alsmede met de gerechtskosten;

Overwegende dat de eerste rechter de vordering ontvankelijk heeft verklaard en gegrond zoals gevorderd, met veroordeling van appellante in de gerechtskosten;

I. De feiten

Overwegende dat geïntimeerden in de periode gaande van 5 juli tot 5 september 1985 samen in totaal 1.113 aandelen op naam van de N.V. S.G.M. hebben aangekocht tegen de prijs van respectievelijk 3.000 fr. (150 aandelen aangekocht door De F. op 5 juli 1985), 3.200 fr. (45 aandelen aangekocht door De F. op 9 augustus 1985), en 3.500 fr. per aandeel;

Overwegende dat de raad van bestuur van appellante in zijn vergadering van 3 juli 1985 de beslissing heeft genomen om over te gaan tot, enerzijds, een reorganisatie van de activiteiten van de vennootschap en, anderzijds, een herstructurering van het aandeelhouderschap;

dat met het oog op de realisatie van deze laatste doelstelling, tevens werd besloten om, enerzijds, het aandeelhouderschap te beperken tot de vennootschappen die rechtstreeks betrokken zijn bij het behoud en de ontwikkeling van haar activiteiten en, anderzijds, de waarde van de vennootschap te laten evalueren door het studiebureau A.A.;

Overwegende dat tijdens de vergadering van de raad van bestuur van appellante gehouden op 11 september 1985, het verloop van de werkzaamheden van het studiebureau A.A. wordt beschreven en gezegd wordt dat de besluiten van dit onderzoek tegen eind september mogen worden verwacht;

dat, nadat een lid gevraagd heeft naar een eerste indruk omtrent de evaluatie waartoe het onderzoek A.A. zal leiden, de ondervoorzitter van de raad van bestuur stelt dat het nog voorbarig is om op deze vraag te antwoorden;

dat desondanks deze ondervoorzitter vaststelt dat er sedert de vergadering van 3 juli 1985 verschillende overdrach-

ten van aandelen tot stand zijn gekomen tegen een prijs die merkkelijk afwijkt van die welke blijkt uit de eerste cijfers verstrekt door A.A.;

dat om te vermijden dat de raad van bestuur aansprakelijk zou worden gesteld omdat hij in dergelijke omstandigheden de overdracht van aandelen heeft aanvaard, de ondervoorzitter voorstelt, overeenkomstig een advies van de heer V. van de Bankcommissie, de goedkeuring van de overdracht van de aandelen aan geïntimeerden te weigeren, deze beslissing aan de kopers en verkopers te melden en ten slotte een rondschrĳven aan de aandeelhouders te richten; dat de raad van bestuur op dit voorstel van zijn ondervoorzitter is ingegaan;

Overwegende dat de beslissing van de raad van bestuur betekent dat op grond van artikel 6 van de statuten van de vennootschap de overdracht van aandelen aan geïntimeerden niet wordt goedgekeurd en derhalve geen doorgang kan vinden;

Overwegende dat appellante op 17 september een rondschrĳven heeft verstuurd aan haar aandeelhouders waarbij dezen in kennis worden gesteld van de weigering van 11 september 1986 de overdrachten van aandelen gerealiseerd na 3 juli 1985 goed te keuren en van de intentie van de raad van bestuur om voorlopig geen nieuwe overdrachten goed te keuren;

dat deze beslissing als volgt wordt gemotiveerd: «De bekommernis de volledige bescherming van de aandeelhouders te verzekeren bepaalt deze stand van zaken: onze vennootschap overweegt immers binnenkort belangrijke beslissingen te nemen inzake haar restructurering en reorganisatie. Van deze beslissingen worden de aandeelhouders op de hoogte gebracht zodra die definitief zijn vastgesteld. Natuurlijk zijn deze beslissingen van aard op de schatting van de waarde van de effecten een invloed uit te oefenen. Daarom ook is de raad van oordeel dat het verkieslijker is overdrachten van aandelen te vermijden vooraleer de aandeelhouders deze inlichtingen hebben bekomen en, aldus volledig ingelicht, de prijs kunnen bepalen»;

dat geïntimeerden in de daaropvolgende dagen in kennis werden gesteld van de weigeringsbeslissing en tegelijkertijd een afschrift hebben ontvangen van voormeld rondschrĳven;

Overwegende dat appellante bij brief van 11 oktober 1985 aan de aandeelhouders die aandelen hadden verkocht aan geïntimeerden, liet weten dat de raad van bestuur, op grond van artikel 7 der statuten, de N.V. U. als koper van de aandelen heeft aangewezen en dat deze bereid was 8.000 fr. per aandeel te betalen;

dat tevens werd meegedeeld dat, indien de N.V. U. zou overgaan tot een openbaar overnamebod op de aandelen van appellante, zij zich verbonden heeft de verkopers het verschil te storten tussen 8.000 fr. en de prijs die in het raam van de overwogen overnameoperatie aangeboden zou worden;

Overwegende dat de Beurscommissie, die indirect kennis had gekregen van het rondschrĳven van 17 september 1985, bij brief van 9 oktober 1985 appellante om uitleg heeft verzocht;

dat de Beurscommissie in dit schrĳven ook zegt te betreuren dat zij niet in kennis werd gesteld van de voorgenomen reorganisatie en herstructurering, in welk geval zij de gepas-

te maatregelen had kunnen treffen en de intussen geschapen toestand had kunnen worden vermeden;

dat, in haar antwoord van 3 december 1985, appellante haar beslissing van 11 september als volgt motiveert: «... le conseil d'administration (...) a estimé, dans le souci d'assurer la protection des actionnaires et conformément aux statuts de la S.G.M., devoir s'opposer à l'agr  ation des acheteurs dans la mesure o   il apparaissait    ce moment-l   qu'une offre d'achat pouvait être lanc  e quelques semaines plus tard    un prix nettement plus élevé que celui atteint lors de la dernière vente publique»;

dat daarenboven het aanbod van de N.V. U. wordt herhaald om de aandelen te kopen tegen 8.000 fr. per aandeel en om, in geval van aanbod tot overname, het verschil bij te leggen tussen dit bedrag en de geboden prijs;

Overwegende dat de N.V. U. effectief een openbaar aanbod heeft gedaan op de aandelen van appellante en in het kader hiervan een prijs van 10.700 fr. per aandeel heeft geboden;

Overwegende dat geïntimeerden stellen dat de weigeringsbeslissing van de raad van bestuur van 11 september 1985 onrechtmatig is en zij hierdoor schade hebben geleden, nu zij werden verhinderd om in te gaan op het later door de N.V. U. geformuleerd openbaar overnamebod tegen de prijs van 10.700 fr. per aandeel;

dat volgens hen de schade die zij geleden hebben, gelijk is aan het verschil tussen de prijs die zij betaald hebben per aandeel en die van het openbaar aanbod, vermenigvuldigd met het aantal aandelen waarvan de overdracht werd geweigerd;

II. In rechte

Overwegende dat artikel 6 van de statuten van appellante een aanvaardingsclausule bevat die als volgt luidt: «De aandelen zijn en blijven op naam en geen enkele overdracht kan plaatsvinden zonder de voorafgaande goedkeuring, voor elke overdracht, van de raad van bestuur, en ten voordele van een door hem erkende natuurlijke of rechtspersoon, zonder dat hij, ingeval de erkenning geweigerd wordt, de reden daarvan moet meedelen. — Onder overdracht dient te worden verstaan elke overmaking van aandelen wat ook de rechtsgrond daarvan zij...»;

Overwegende dat, ingevolge een dergelijke aanvaardingsclausule, waarvan de geldigheid als dusdanig niet wordt betwist en die uitwerking heeft zowel ten aanzien van derden als van aandeelhouders, de overdracht van aandelen enkel plaatsvindt onder de opschortende voorwaarde van de goedkeuring van de raad van bestuur;

dat, wanneer zoals in casu de goedkeuring wordt geweigerd en dus de voorwaarde zich niet realiseert, de overeenkomst ophoudt te bestaan en de aangegane verbintenissen niet uitgevoerd dienen te worden;

dat m.a.w., ingeval de overdracht niet aanvaard wordt, de afgewezen koper geen aandeelhouder is van de vennootschap en geïntimeerden derhalve geen rechten kunnen uitoefenen tegen de vennootschap die de wet of de statuten aan de aandeelhouders voorbehouden;

dat de vordering van geïntimeerden als derden derhalve haar grondslag uitsluitend in de artikelen 1382 en 1383 B.W. kan vinden;

Overwegende dat de bevoegdheid die artikel 6 van de statuten aan de raad van bestuur verleent, in ieder geval doelgebonden is;

dat deze bevoegdheid aan de raad wordt verleend in het belang van de vennootschap;

Overwegende dat de eerste rechter terecht heeft vastgesteld dat, rekening houdend met het beperkt aantal verhandelde aandelen, nl. 1.113 stuks, gespreid over tien verschillende kopers, er geen enkele vrees bestond dat geïntimeerden een betekenisvolle participatie zouden verwerven en op die wijze enige medezeggenschap in het bestuur van de vennootschap zouden krijgen;

dat de aankoop van deze aandelen door geïntimeerde derhalve door appellante niet kon worden aangevoeld als een bedreiging van de voorgenomen reorganisatie en herstructurering, noch van de groei, laat staan het voortbestaan van de vennootschap;

dat in die omstandigheden de beslissing van de raad van bestuur van appellante van 11 september 1985 niet als een beleidsbeslissing in het belang van de vennootschap kan worden gezien;

Overwegende dat, alhoewel hij hiertoe overeenkomstig artikel 6 van de statuten niet verplicht was, de raad van bestuur van appellante zijn weigeringsbeslissing heeft gemotiveerd;

dat met deze motivering uiteraard rekening kan en moet worden gehouden met het oog op de beoordeling van de genomen weigeringsbeslissing;

Overwegende dat uit de overgelegde stukken blijkt dat er door verloop van tijd een duidelijke verglijding is opgetreden in de motieven die de raad van bestuur ter verantwoording van zijn beslissing aanvoert;

dat om de beslissing van de raad van bestuur van 11 september 1985 aan de redelijkheids- en zorgvuldigheidsnorm te toetsen, uitsluitend de motieven in aanmerking mogen genomen worden die op dat ogenblik de raad van bestuur voor ogen stonden en niet die welke hij achteraf heeft aangevoerd om zijn houding te rechtvaardigen;

Overwegende dat uit het verslag van de vergadering van de raad van bestuur van 11 september 1985 blijkt dat de weigering om de overdrachten van aandelen aan geïntimeerden te aanvaarden baseert op de overweging dat diende te worden vermeden dat de aansprakelijkheid van de raad van bestuur ter sprake zou kunnen komen indien zou blijken dat aandelen werden verhandeld tegen een prijs die merkkelijk onder de reële waarde ligt;

dat zulks duidelijk uit de gebruikte bewoordingen kan worden gemaakt, nl. «... il y a lieu d'éviter que la responsabilité du conseil ne soit mise en cause pour avoir agréé des ventes effectuées dans de telles conditions» en «Son (te weten de heer V. van de Bankcommissie) avis est formel: de crainte que des critiques ne soient formulées à l'égard du Conseil, il y a lieu de refuser l'agrégation des ventes...»;

Overwegende dat, in het rondschrijven aan de aandeelhouders van 17 september 1985, de raad van bestuur voor het eerst gewag maakt van het feit dat haar beslissing is ingegeven door de bekommernis om de aandeelhouders te beschermen in afwachting dat er beslissingen worden genomen omtrent de geplande reorganisatie en herstructurering die een invloed kunnen hebben op de waarde van de aandelen van de vennootschap;

Overwegende ten slotte dat de raad van bestuur van appellante in zijn antwoord van 3 december 1985 aan de Beurscommissie nog steeds de bescherming van de aandeelhouders als reden van haar beslissing aanvoert, maar thans stelt dat deze bescherming noodzakelijk was gelet op het op handen zijnde openbaar overnamebod van de N.V. U., die een prijs aanbiedt die merkkelijk hoger ligt dan die betaald bij de niet goedgekeurde verkopen;

dat dit standpunt merkwaardig is, nu uit het verslag van de vergadering van 11 september 1985 geenszins blijkt dat er op dat ogenblik reeds sprake was van een openbaar overnameaanbod door de N.V. U. en dus van een prijs van 10.700 fr. per aandeel;

Overwegende dat uit het voorgaande volgt dat de weigeringsbeslissing van 11 september 1985 ingegeven is door de bekommernis van de raad van bestuur om zich in te dekken tegen mogelijke kritiek van aandeelhouders en tegen een eventuele aansprakelijkheid;

dat de raad van bestuur blijkbaar op dat ogenblik tot het besef is gekomen dat, zodra er ernstige plannen waren van reorganisatie en herstructurering, hij zijn aandeelhouders hiervan in kennis had moeten stellen en, in afwachting dat deze plannen definitieve vorm aannamen, alle overdrachten van aandelen geblokkeerd dienden te worden, een resultaat dat had kunnen worden bereikt, zoals geïntimeerden terecht opmerken, door de notering van de aandelen op te schorten na de vergadering van de raad van bestuur van 3 juli 1985;

dat de raad van bestuur op 11 september 1985 derhalve niet gehandeld heeft in het belang van het geheel der aandeelhouders, meer bepaald om de gelijkheid tussen deze aandeelhouders te handhaven, maar met het oogmerk de eventuele eigen aansprakelijkheid van zijn leden te onderwerpen;

dat de raad van bestuur aldus geen oneigenlijk gebruik heeft gemaakt van de aanvaardingsclausule van artikel 6 van de statuten, maar de haar aldus verleende bevoegdheid van haar doel heeft afgewend;

Overwegende dat de omstandigheid dat, ongeacht haar motivering, de beslissing van 11 september 1985 de facto tot gevolg heeft gehad dat de gelijkheid van de aandeelhouders in de hand werd gewerkt, de houding van de raad van bestuur niet anders kan doen evalueren;

dat daarenboven deze beslissing enkel voor de toekomst een dergelijke gelijkheid heeft kunnen verwezenlijken in zoverre alle aandeelhouders op de hoogte werden gebracht van de voorgenomen reorganisatie en herstructurering, alsmede van de weigering nog overdrachten van aandelen goed te keuren in afwachting dat de plannen geconcretiseerd worden;

dat deze informatie immers tot gevolg heeft dat alle aandeelhouders in de toekomst rekening kunnen houden met de op handen zijnde ontwikkelingen binnen de vennootschap en zullen kunnen profiteren van de herwaardering van de waarde van de aandelen, nu op dat ogenblik nog geen sprake was van het overnamebod van de N.V. U.;

dat evenwel in zoverre de reeds gerealiseerde overdrachten niet worden aanvaard, op grond van informatie waarover enkel de raad van bestuur beschikt, enkel de belangen van de verkopende aandeelhouders worden gediend en de gelijkheid die voorheen bestond wordt doorbroken;

dat namelijk niet wordt betwist dat de aankoop van geïntimeerden in overeenstemming was met de op dat ogenblik

geldende marktwaarde van de aandelen van appellante, rekening houdend met de algemeen beschikbare informatie;

Overwegende dat de raad van bestuur derhalve onrechtmatig heeft gehandeld door de hem in artikel 6 van de statuten verleende bevoegdheden van hun doel af te wenden;

dat, door deze fout, die aan de vennootschap kan worden toegerekend, geïntimeerden schade hebben geleden nu zij ten gevolge van de weigeringsbeslissing van de raad van bestuur niet in de mogelijkheid werden gesteld om de winst te realiseren die voortspruit uit de bij het overnamebod van de N.V. U. geboden prijs per aandeel;

Overwegende dat de door geïntimeerden gevorderde bedragen moet worden betwist;

...

NOOT – Het arrest is in kracht van gewijsde gegaan.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

8e KAMER – 26 JUNI 1991

Voorzitter-rapporteur: de h. Vandeplas
Raadsheren: de hh. Luyckx en Renaers
Openbaar ministerie: mevr. Van Leuven
Advocaten: mrs. Leenaerds en Kempen

Laster en eerroof – Lasterlijke aangifte – Klacht

Een klacht wegens diefstal in handen van de rijkswacht dient te worden beschouwd als een aangifte bij de overheid in de zin van art. 445 Sw.

B. t/ R.

Overwegende dat de feiten van de telastlegging bewezen zijn gebleven bij de behandeling van de zaak ter terechtzitting; dat de beklaagde aanvoert dat hij slechts het vermoeden heeft geuit dat de burgerlijke partij Jean B. zijn bankkaart heeft weggenomen en door middel van deze bankkaart op onregelmatige wijze geld heeft opgenomen van zijn bankrekening;

Overwegende dat de beklaagde veel meer dan een vermoeden heeft geuit, daar hij op 8 juni 1988 klacht heeft gedaan in handen van de rijkswacht;

Overwegende dat een klacht wegens diefstal in handen van de rijkswacht dient te worden beschouwd als een aangifte bij de overheid in de zin van artikel 445 van het Strafwetboek;

Overwegende dat deze aangifte van de beklaagde tegen zijn vennoot, die tegen hem klacht had gedaan wegens diefstal – welke klacht aanleiding heeft gegeven tot de strafrechtelijke veroordeling van de beklaagde – ongetwijfeld dient te worden beschouwd als een wraakmaatregel nu enerzijds uit het gerechtelijk onderzoek is gebleken dat er helemaal geen bankkaart toebehorende aan beklaagde is verdwenen, dat hij geen verklaring weet te vinden om uit te leggen hoe J.B. de geheime code van zijn rekening zou kennen, terwijl hij aan de bankbediende heeft verklaard dat hij zijn bankkaart verloren was, maar dat het codenummer «er niet bij zat»;

Overwegende dat met de eerste rechter dan ook dient te worden aangenomen dat de aangifte die de beklaagde heeft gedaan, lasterlijk was;

...

NOOT – Zie ook Hof Gent, 8 november 1969, *R.W.*, 1972-73, 1041; Cass.fr., 2 november 1966, *Bull.crim.*, nr. 200.

ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN

4e KAMER – 23 JANUARI 1991

Voorzitter: de h. Lannie
Raadsheren in sociale zaken: de hh. Baek en Rits
Openbaar ministerie: mevr. De Jaeger
Advocaten: mrs. Kiebooms en Gruythuysen loco Huyghe

Werkloosheid – Jonge werknemer – Wachttuitkeringen – Behoud – Zelfstandige activiteit – Aangifte – Activiteit één dag per week

De jonge werknemer die, terwijl hij wachttuitkeringen geniet, aangifte doet van de uitoefening van een zelfstandige activiteit beperkt tot één dag per week, verliest het recht op wachttuitkeringen voor de overige dagen van de week niet.

R.V.A. t/ V.

Overwegende dat de geïntimeerde, geboren op 2 januari 1965, sportmonitor, sedert 1 oktober 1984 wachttuitkeringen ontving, en op 7 mei 1985 met formulier C1.1 aangifte deed van de uitoefening van een nevenactiviteit vanaf 6 mei 1985, bestaande in het geven van tennislessen voor eigen rekening op de maandag, tegen 300 fr. per uur;

Overwegende dat bij administratieve beslissing van 19 juli 1985 werd gesteld dat, aangezien met deze nevenactiviteit begonnen werd tijdens haar volledige werkloosheid, de geïntimeerde vanaf 6 mei 1985 niet meer voldeed aan de essentiële voorwaarden tot het behoud van het recht op wachttuitkeringen;

Overwegende dat in het bestreden vonnis werd beslist dat, nu geïntimeerde blijkbaar niet op andere dagen werkzaam was als tennislesgeefster, zij op grond van de rechtspraak van het Hof van Cassatie, overeenkomstig de door haar gedane aangifte, alleen voor de maandagen van de week moest worden uitgesloten van het recht op uitkeringen, zodat zij ten onrechte ook werd uitgesloten voor de andere dagen van de week, gedurende welke zij werkloos was en dus geen arbeid verrichtte;

Overwegende dat in het vonnis duidelijk werd verwezen naar het cassatiearrest van 19 november 1984 met betrekking tot de toepassing van artikel 128 van het Werkloosheidsbesluit;

Overwegende dat de betrokkene, die aangifte had gedaan van haar nevenactiviteit van tennislesgeefster op maandagen, impliciet van alle aanspraak heeft afgezien op werkloosheidsuitkeringen voor die dagen en derhalve met betrekking tot die dagen niet kan worden beschouwd als een werkloze op wie de bepalingen van artikel 128, § 1, van het Werkloosheidsbesluit toepasselijk zijn (Cass., 19 november 1984, *J.T.T.*, 1985, 244; *R.W.*, 1985-86, 795, *Soc.Kron.*, 1985, 112);

Overwegende dat door de R.V.A. tot staving van het hoger beroep een cassatiearrest van 24 oktober 1988 werd voorgebracht, waarin geoordeeld werd over een identieke situatie als de onderhavige betwisting, namelijk over een schoolverlater, gerechtigd op wachttuitkeringen, die een nevenactiviteit was begonnen tijdens de werkloosheid;

Overwegende dat in dit cassatiearrest, met betrekking tot het ingeroepen middel, namelijk schending van artikel 128, § 1, 4°, van het Werkloosheidsbesluit, werd overwogen dat de vereisten vermeld in artikel 128, § 1, alle samen vervuld dienen te zijn en dat het 4° met het vereiste dat de betrokkene «in dienst is in de hoedanigheid van bezoldigd werknemer tijdens de periode die aan de aanvraag om uitkeringen onmiddellijk voorafgaat», de in artikel 124 bedoelde jongeren, die tijdens de periode vóór de aanvraag niet als werknemer tewerkgesteld waren, uitsluit;

Overwegende echter dat dit cassatiearrest van 24 oktober 1988 in zijn motivering en dictum niet strijdig is met het cassatiearrest van 19 november 1984, door geïntimeerde ingeroepen en door de eerste rechter bijgevalen;

Overwegende immers dat in het cassatiearrest van 19 november 1984 wordt overwogen dat een werkloze, nu hij aangifte doet van een activiteit tijdens de werkloosheid op bepaalde dagen, impliciet van alle aanspraak op uitkeringen afziet voor die dagen, en derhalve met betrekking tot die dagen niet kan worden beschouwd als werkloze op wie de bepalingen van artikel 128, § 1, van toepassing zijn;

Overwegende dat derhalve in het bestreden vonnis terecht werd beslist dat de wachttuitkeringen, behoudens voor de maandagen, verder verschuldigd waren;

...

BURGERLIJKE RECHTBANK TE DENDERMONDE

6e KAMER – 27 SEPTEMBER 1991

Voorzitter: de h. Geerinck

Rechters: mevr. Standaert en de h. Van Goethem

Openbaar ministerie: mevr. Bogaert

Geesteszieken – Wet 26 juni 1990 – Rechtspleging – Territoriale bevoegdheid – Beslissing tot overzending van het rechtsplegingsdossier – Hoger beroep – Devolutie

Appellabel is de beslissing van de vrederechter tot overzending van het rechtsplegingsdossier naar de territoriaal bevoegde vrederechter (art. 6, wet 26 juni 1991 betreffende de bescherming van de geesteszieke).

Om praktische en proceseconomische redenen heeft de wetgever ter bepaling van de territoriaal bevoegde vrederechter geopteerd voor de «verblijfplaats» van de geesteszieke; slechts bij gebreke hiervan kan de vrederechter van de «woonplaats» van de zieke geëdieerd worden.

Het hoger beroep tegen de vonnissen van de vrederechter gewezen met toepassing van de wet van 26 juni 1990 heeft devolutive kracht.

Procureur des Konings te Dendermonde in de zaak Van der V.

Gezien de akte van hoger beroep van het openbaar ministerie alsook de fotokopie van het op 21 augustus 1991

door de vrederechter van het kanton Beveren gewezen vonnis, waarbij de zaak voor verdere behandeling ten gronde naar het vredegerecht van het eerste kanton Sint-Niklaas werd overgestuurd;

...

Overwegende dat de procureur des Konings op 21 augustus 1991, overeenkomstig artikel 9 van de wet van 26 juni 1990, een contradictoir verzoekschrift heeft neergelegd ter griffie van het vredegerecht van het kanton Beveren, strekkende tot opneming ter observatie in een instelling van Van der V.;

Overwegende dat de eerste rechter zich, blijkens het vonnis a quo, territoriaal onbevoegd heeft verklaard om kennis te nemen van voormelde vordering en ingevolge art. 6 van de wet betreffende de bescherming van de persoon van de geesteszieke juncto art. 660 Ger.W., de zaak naar het vredegerecht van het eerste kanton Sint-Niklaas heeft verwezen, omdat Van der V., hoewel wettelijk gedomicilieerd te Beveren (Melsele), op het ogenblik van het inleiden van de eis reeds in de psychiatrische instelling Sint-Hiëronymus te Sint-Niklaas, buiten het gerechtelijk kanton Beveren, verbleef, alwaar het de vrederechter van Beveren, krachtens de wet, niet toegestaan is om daden van onderzoek te verrichten;

Overwegende dat de procureur des Konings tegen dit vonnis, waarin nopens de territoriale bevoegdheid uitspraak is gedaan, hoger beroep heeft ingesteld bij verzoekschrift gericht tot de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Dendermonde, neergelegd ter griffie op 27 augustus 1991;

1. Overwegende dat niettemin dit hoger beroep rechtstreeks bij deze kamer met drie rechters aanhangig is gemaakt zonder toewijzing, noch datumbeepaling door de voorzitter van de rechtbank, zoals voorgeschreven door artikel 30 van de wet van 26 juni 1990;

Dat dit verdelingsincident (art. 88, § 2, Ger. W.), gelet op het strikt tijds kader in beroep, niet ambtshalve bij de opening van de debatten is opgeworpen, zodat de toekenning van de zaak aan deze kamer thans definitief is;

2. Overwegende dat verder het hoger beroep tijdig en in regelmatige vorm is ingesteld;

Dat artikel 1046 Ger.W. ter zake namelijk niet van toepassing is, daar de eerste rechter nopens zijn territoriale bevoegdheid in rechte uitspraak heeft gedaan, zodat zijn beslissing van overzending van het rechtsplegingsdossier te dezen geen zuivere beslissing van inwendige aard is (Kohl, A., *L'appel en matière civile*, Prolegomena, nr. 49, 6°, blz. 36-37);

3. Overwegende dat het openbaar ministerie, blijkens zijn akte van hoger beroep, opkomt tegen de territoriale bevoegdheidsafwijzing van de eerste rechter, omdat deze zijns inziens strijdig is met de graduele bevoegdheidsaanwijzing vervat in artikel 5, § 1, eerste lid, van de wet van 26 juni 1990, alsook met de ratio legis van deze wet;

Dat het openbaar ministerie inzonderheid aanvoert dat de eerste rechter zich ten onrechte territoriaal onbevoegd heeft verklaard, omdat zowel de woon- en verblijfplaats, als de plaats waar de zieke Van der V. werd aangetroffen, binnen het gerechtelijk kanton Beveren ligt;

Overwegende dat deze grief de rechtbank gegrond voorkomt;

Overwegende dat artikel 9, vijfde lid, van de wet van 26 juni 1990 terdege bepaalt dat de procureur des Konings tot

behoud van zijn bij dringende noodzaak bevolen maatregel tot opnemings ter observatie binnen 24 uren na zijn beslissing daarvan kennis moet geven «aan de vrederechter van de verblijfplaats, of bij gebreke daarvan, van de woonplaats, of bij gebreke daarvan nog aan de vrederechter van de plaats waar de zieke zich bevindt», en daartoe een verzoekschrift moet indienen als bedoeld in artikel 5;

Overwegende dat uit deze redactie, inzonderheid uit het gebruik van de woorden «bij gebreke van», immers blijkt dat de wetgever ter bepaling van de territoriaal bevoegde vrederechter zowel in artikel 5 als in artikel 9 een graduele bevoegdheidsaanwijzing heeft opgenomen;

Dat, om praktische en proceseconomische redenen, de wetgever in de eerste plaats heeft geopteerd voor de «verblijfplaats» van de zieke, en slechts bij gebreke hiervan, heeft toegelaten dat de vrederechter van de «woonplaats» van de zieke geadieerd wordt (Laenens J., «Aspecten van gerechtelijk recht. Wet van 26 juni 1990 betreffende de bescherming van de persoon van de geesteszieke»; Referaat Studiedag V.U.B., 9 maart 1991, nr. 6, blz. 7-8, *Parl.St., Senaat*, 1988-89, nr. 733/3-5, 5);

Overwegende dat met het begrip «woon- of verblijfplaats» in voormeld artikel 9 blijkens de voorbereidende teksten zonder twijfel de gerechtelijke verblijf- en/of woonplaats is bedoeld, zoals beschreven in art. 36 Ger.W.;

Overwegende dat aldus inzake «woonplaats» enkel een objectief criterium geldt, namelijk de inschrijving van de betrokkene in de bevolkingsregisters als hebbende aldaar zijn hoofdverblijf, terwijl onder het begrip «verblijfplaats» iedere andere permanente vestiging van de zieke verstaan moet worden, mits deze enige bestendigheid vertoont (Fettweis, A., *Manuel de procédure civile*, Luik, 1987, nr. 225, blz. 188-189; Verslag De Baeck, Bruylant 817);

Overwegende dat aan deze laatste voorwaarde duidelijk niet is voldaan wat betreft het adres van Van der V. in het Sint-Hiëronymusinstituut te Sint-Niklaas;

Dat immers, volgens de inlichtingen verstrekt door het openbaar ministerie, blijkt dat deze zieke man nog maar sedert korte tijd dringend in voormelde instelling gedwongen was opgenomen, derwijze dat van een «verblijfplaats» op dit adres te Sint-Niklaas in de zin van artikel 36 Ger.W. duidelijk geen sprake kan zijn (*Parl.St., Senaat*, 1988-89, nr. 733-2, 25);

Dat de verblijfplaats enige permanentie veronderstelt, wat niet het geval is wanneer de geesteszieke, zoals in casu, nog maar sedert een korte tijd, hooguit één dag (zie akte van hoger beroep) in deze instelling was opgenomen, en a fortiori deze localisatie te Sint-Niklaas te dezen niet als aanknopingspunt mag worden gehanteerd om de territoriaal bevoegde vrederechter aan te wijzen;

Overwegende dat deze aanwijzing te dezen integendeel moet geschieden aan de hand van de meer bestendige verblijfplaats van Van der V., die, volgens de toelichtingen verstrekt door het openbaar ministerie, te dezen met zijn woonplaats en die van zijn wettelijk vertegenwoordiger samenvalt en te Beveren (Melsele) te situeren is;

Overwegende dat deze verblijfplaats aldus in het gerechtelijk kanton Beveren gelegen is, zodat de eerste rechter zich in strijd met de graduele territoriale bevoegdheidsaanwijzing in artikel 9 van de wet van 26 juni 1990 ter zake ten onrechte onbevoegd heeft verklaard;

4. Overwegende dat deze rechtbank derhalve ingevolge de devolutieve kracht van het hoger beroep (art. 1068 Ger.W.), alsook om tegemoet te komen aan de doelstellingen van de wetgever, die met het opleggen van een strikt tijds kader beoogt nodeloos lange, ongerechtvaardigde vrijheidsberovingen te beperken, zelf over de inleidende vordering van het openbaar ministerie, strekkende tot opnemings ter observatie, uitspraak moet doen (Laenens J., «Aspecten van gerechtelijk recht. Wet van 26 juni 1990 betreffende de bescherming van de persoon van de geesteszieke», Referaat Studiedag V.U.B., 9 maart 1991, nr. 57, blz. 35; Kohl A., *L'appel en droit judiciaire privé*, 1990, nr. 556, blz. 212;

4.1. Overwegende dat daartoe, naar luid van artikel 30, §§ 3 en 9, van de wet van 26 juni 1990, de zieke, bijgestaan door een advocaat en, in voorkomend geval door de geneesheer-psychiater van zijn keuze, steeds moet worden gehoord, alsook de procureur des Konings;

Dat met het oog op dit verhoor van de zieke, die thans dringend in het Sint-Hiëronymusinstituut te Sint-Niklaas is opgenomen, het ter vermindering van ieder gevaarsrisico voor de gemeenschap, aangewezen voorkomt dat de rechtbank een bezoek ter plaatse beveelt om zich te gaan vergewissen van de toestand van Van der V., de persoon van wie de opnemings ter observatie wordt gevraagd;

4.2. Overwegende dat het bovendien noodzakelijk voorkomt dat de rechtbank deskundig advies inwint bij een geneesheer-psychiater nopens de toestand van de heer Van der V., waartoe onderstaande onderzoeksmaatregel geraaden is;

Dat deze hierna aangestelde deskundige geneesheer-psychiater strikt gehouden is om uiterlijk tegen maandag 28 oktober 1991 zijn gemotiveerd schriftelijk deskundigenadvies ter griffie neer te leggen, alsook bij dezen wordt gewezen op zijn verantwoordelijkheid indien deze vastgestelde termijn niet wordt nageleefd, daar door zijn eventuele tardiviteit mogelijk de inmiddels genomen maatregel ter bescherming van de zieke onmiddellijk ten einde loopt, wanneer niet binnen de door artikel 30 bepaalde termijn een eindvonnis kan worden gewezen;

4.3. Overwegende dat daarenboven de griffier, met het oog op de behandeling ten gronde van deze zaak op de terechtzitting van maandag 4 november 1991 te 11 uur, het rechtsplegingsdossier in hoger beroep dient aan te vullen met het dossier dat aan het vredege recht van het eerste kanton Sint-Niklaas op 21 augustus 1991 is overgezonden (zie briefwisseling dossier beroep);

Dat de griffier tevens dient na te gaan, welke raadsman op verzoek van de vrederechter te Beveren, ambtshalve door de stafhouder der Orde van Advocaten of het bureau van consulatie en verdediging is aangewezen om de belangen van de zieke te behartigen;

Dat zo de zieke Van der V. niet of niet meer wordt bijgestaan door een advocaat, dit vonnis geldt als verzoek aan de stafhouder van de Orde van Advocaten te Dendermonde om in een ambtshalve aanwijzing te voorzien;

Om deze redenen, de Rechtbank, uitspraak doende in hoger beroep, alle strijdige conclusies verwerpend, verklaart het rechtsmiddel in deze instantie toelaatbaar en de opgeworpen exceptie van bevoegdheid gegrond;

Doet dientengevolge het vonnis a quo teniet, en opnieuw wijzend, het rechtsmiddel als volgt inwilligend, stelt de bevoegdheid ratione loci van de eerste rechter vast;

Zegt dat deze rechtbank ingevolge art. 1068 Ger.W. kennis neemt van de zaak zelf, maar, alvorens verder recht te doen, eerst genoot is de procedure te regulariseren alsook bijkomende inlichtingen in te winnen bij wege van hierna vermelde onderzoeksmaatregelen.

Beveelt dat Van de V., thans opgenomen in het Sint-Hiëronymusinstituut te Sint-Niklaas, door de rechtbank zal worden gehoord nopens het verzoek van het openbaar ministerie strekkende tot opnemning van deze man ter observatie;

Belast rechter Joseph Van Goethem, of bij zijn verhindering, ieder ander werkend of plaatsvervangend rechter daartoe aangewezen door de voorzitter van de rechtbank, of door de magistraat die er het ambt van waarneemt, met het bezoek ter plaatse op 16 oktober 1991, om 15.00 uur in het Sint-Hiëronymusinstituut te Sint-Niklaas om van de heer Van der V. een verhoor af te nemen.

Benoemt tot deskundige, de heer X met opdracht, onder naleving van de door het Gerechtelijk Wetboek op het stuk van «Deskundigenonderzoek» voorgeschreven formaliteiten, in een gemotiveerd en onder eed bevestigd ter griffie van deze rechtbank neer te leggen verslag:

a) van advies te dienen nopens de geestestoestand van Van der V.;

b) inzonderheid na te gaan of zijn geestestoestand zijn eigen gezondheid of veiligheid ernstig in gevaar brengt; dan wel of diens geestestoestand een ernstige bedreiging vormt voor andermans leven of integriteit; te onderzoeken of geen andere geschikte behandeling dan een opnemning in een instelling ter observatie mogelijk is;

c) de dienstige opmerkingen en vragen te beantwoorden;

Verstaat dat de deskundige zijn verslag dient in te leveren tegen uiterlijk maandag 28 oktober 1991;

Verwijst de zaak naar de terechtzitting van 4 november 1991, om 11.00 uur;

Belast de griffier met het aanvullen van het rechtsplegingsdossier zoals gevraagd sub 4.3 van bovengemelde motivering;

En voor het geval de heer Van de V. geen advocaat heeft gekozen, noch een advocaat toegewezen heeft gekregen, verzoekt de rechtbank de stafhouder van de Orde van Advocaten te Dendermonde of het Bureau van Consultatie en Verdediging, dringend ambtshalve een raadsman voor deze zieke persoon aan te wijzen;

Zegt dat de griffier, van dit vonnis kennis zal geven overeenkomstig artikel 30, § 4, van de wet van 26 juni 1990 bij gerechtsbrief aan het openbaar ministerie, en bij niet-ondertekend afschrift aan de wettelijke vertegenwoordiger van de zieke, zijnde (...), alsook aan diens gekozen of aan te wijzen raadsman, en ingevolge art. 30, § 5, bij gerechtsbrief aan de directeur van het Sint-Hiëronymusinstituut te Sint-Niklaas; onverminderd de bepalingen vervat in het Ger. W. nopens het deskundigenonderzoek.

Houdt de beslissing inzake de kosten aan.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (1e Kamer), 13 september 1991

Voorrecht — Curator van faillissement — Tegeldemaking van een met een hypotheek of een bijzonder voorrecht bezwaard goed — Beheerskosten en honorarium — Toerekening

Het bestreden arrest (Hof Antwerpen, 19 december 1989) wordt om de volgende redenen vernietigd:

«Overwegende dat schuldvorderingen die bevoorrecht zijn met betrekking tot bepaalde roerende goederen, na tegeldemaking van die goederen eerst met de opbrengst daarvan moeten worden betaald; dat hetzelfde geldt voor de hypotheecaire schuldvorderingen; dat ieder van de aldus bevoorrechte schuldeisers de tenuitvoerlegging, strekkende tot betaling van zijn schuldvordering, ook tijdens het faillissement van de schuldenaar kan vervolgen op het goed waarop zijn voorrecht of hypotheek betrekking heeft, zij het in een aantal gevallen pas na de sluiting van het proces-verbaal van verificatie van de schuldvorderingen; dat te dezen echter de goederen te gelde blijken te zijn gemaakt door de curators en het onderdeel de vraag aan de orde stelt van de kosten en honoraria van de curators;

«Overwegende dat, wanneer de curator een goed heeft verkocht waarop een voorrecht of een hypotheek betrekking heeft, dan krachtens de artikelen 17 en 21 van de Hypotheekwet de kosten en de honoraria van de curator die door de tegeldemaking noodzakelijk zijn gemaakt, eerst van de opbrengst van die tegeldemaking moeten worden afgenomen; dat het strijdig is met de vermelde artikelen 17 en 21 en met de aard van het bijzondere voorrecht en van de hypotheek, alle algemene kosten en honoraria van de curator aan te rekenen op de hele opbrengst van de tegeldemaking van alle activa, met inbegrip van de goederen waarop een bijzonder voorrecht of een hypotheek rust;

«Dat het arrest derhalve ten onrechte beslist 'dat, door de staat van onkosten en ereloon van de curator bij voorrang af te nemen van het te verdelen actief, alle schuldeisers in abstracto bijdragen tot de beheerskosten in ruime zin ook indien deze afnemende uitkering van de laatste in rang zijnde bevoorrechte schuldeiser zou beletten'».

(Voorzitter-rapporteur: de h. Caenepeel — Openbaar ministerie: de h. du Jardin — Advocaten: mrs. Geinger, Nellissen Grade en Simont — In de zaak: N.M.K.N. t/ Faillissement P.V.B.A. G. e.a.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 27 september 1991

Inkomstenbelastingen — Procedure voor het hof van beroep — Nieuwe grief — Niet aan de directeur voorgelegd feit — Belastbaar feit — Afzonderlijk zelfstandig onderdeel van de aanslag

Eiser voert aan dat het bestreden arrest (Hof Antwerpen, 26 september 1989) ten onrechte als nieuwe grief aanmerkt zijn argumentatie betreffende de vermogensaccresenbalans

hoewel «in de bezwaarschriften en in de navolgende correspondentie de volledige structuur van de vermogensaccres-senbalansen werd geattaqueerd». Het middel wordt als volgt verworpen :

«Overwegende dat het arrest vaststelt dat eiser in zijn aanvullende conclusie nieuwe feiten aanvoert, die niet voor de directeur der belastingen zijn aangebracht en evenmin door de directeur ambtshalve zijn onderzocht, namelijk dat hij bij de aanvang van het belastbaar tijdperk 'over belangrijke middelen zou hebben beschikt en bijkomende ontvangsten verwezenlijkt zou hebben ten bedrage van 170.699 fr.' voor het aanslagjaar 1976 en 'bijkomende ontvangsten zou hebben gehad ten bedrage van 125.000 fr., en dat hij over belangrijke geldmiddelen zou hebben beschikt bij de aanvang van het belastbaar tijdperk' voor het aanslagjaar 1977 ;

«Overwegende dat een grief moet worden aangemerkt als niet aan de directeur voorgelegd, met name wanneer hij betrekking heeft op een belastbaar feit waaromtrent voor de directeur geen geschil aanhangig is gemaakt of door hem geen beslissing is genomen, waarbij als belastbaar feit moet worden beschouwd, niet de grondslag van de aanslag in zijn geheel, maar als zelfstandig onderdeel daarvan afzonderlijk ;

«Dat de appelrechters, nu zij vaststellen dat de in het arrest gespecificeerde feiten die in eisers tweede aanvullende conclusie waren aangevoerd, niet voor de directeur waren aangebracht en evenmin door hem ambtshalve werden onderzocht, hun beslissing naar recht verantwoorden.»

(Voorzitter : de h. Rauws – Rapporteur : de h. Verougstraete – Openbaar ministerie : de h. Goeminne – Advocaten : mrs. Marck en Claëys Bouuaert – In de zaak : H. t/ Belgische Staat).

BOEKEN

E. VAN RAALTE, **Het Nederlandse Parlement**, zevende, geheel herziene druk, bewerkt door P.P.T. BOVEND'EERT en H.R.B.M. KUMMELING, SDU Uitgeverij, 's-Gravenhage, 1991, 437 pp.

Lange tijd was in Nederland de monografie van dr. E. van Raalte over het Nederlandse Parlement een standaardwerk. Sinds de laatste bewerking in 1976 was het evenwel sterk verouderd.

De onderhavige druk behelst een ingrijpende herziening van het boek ; het is een vrijwel volledig nieuw boek geworden, zij het met behoud van de oorspronkelijke structuur en het karakter ervan. De aandacht is dan ook vooral gericht op de staatsrechtelijke aspecten van het functioneren van de Staten-Generaal, toegelicht met voorbeelden uit de parlementaire geschiedenis.

Het boek opent met een heldere uiteenzetting over de werking van het parlementaire stelsel. Vervolgens worden geanalyseerd : het tweekamerstelsel ; de samenstelling van de Staten-Generaal ; de organisatie van de Staten-Generaal ; de bevoegdheden ; de werkwijze ; de plenaire behandeling ; de gebouwen.

Het boek biedt aldus een integrale, keurige beschrijving van de taken, bevoegdheden en werkwijze van beide kamers van de Staten-Generaal.

In vergelijking met België, is in Nederland o.m. opvallend de onverenigbaarheid tussen het kamerlidmaatschap en de functie van minister ; de lage opkomst bij de verkiezingen sinds de afschaffing van de kiesplicht ; de vergaande mate van parlementaire specialisatie en «verkokering».

Van Raaltes boek was een standaardwerk ; de nieuwe druk van Bovend'eert en Kummeling zal het ongetwijfeld blijven.

L.P.S.

M.G. FAURE, J.C. OUDIKJ en D. SCHAFFMEISTER (red.), **Zorg van heden – Opstellen over het milieustrafrecht in theorie en praktijk**, Arnhem, Gouda Quint, 1991, 528 pp.

Dit boek is het resultaat van een samenwerking tussen leden van de faculteit der rechtsgeleerdheid van de Rijksuniversiteit te Leiden en medewerkers van het Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht te Freiburg im Breisgau. Het bevat een twaalfdelig bijdragen ondergebracht in vier categorieën : «Milieustrafrecht in het spanningsveld van andere handhavingssystemen», «Materieel milieustrafrecht», «Strafrechtelijke handhaving van het milieurecht in de praktijk» en «Milieustrafrecht in internationaal perspectief». De redactie wil met deze bundeling een bijdrage leveren aan de theorievorming omtrent het milieustrafrecht in Nederland, er zorg voor dragende dat in de meeste artikelen ook een overzicht van de materiële en procesrechtelijke normen van het milieustrafrecht aan bod komt.

Een eerste opstel, van de hand van Th. G. Drupsteen en C.J. Kleijs-Wijnobel, behandelt de verschillende handhavingssystemen, het civiele, het administratieve en het strafrecht. Handhaving van milieuwetgeving is een afgeleide van milieubeleid en moet dan ook beleidsmatig worden opgezet. Het milieurecht is een functioneel rechtsgebied, d.w.z. het vormt een dwarsdoorsnede van de klassieke rechtsgebieden. De regels van het milieurecht zijn dus van een uiteenlopend karakter.

Het strafrechtelijk milieurecht is niet omvangrijk. Vervolging en veroordeling berust in belangrijke milieuzaken niet in eerste instantie op de ten laste gelegde specifieke milieudelicten maar op commune delicten zoals oplichting en valsheid in geschrifte.

Het overgrote deel van het milieurecht bestaat uit bestuursrechtelijke bepalingen. In hoeverre het opleggen van een administratieve boete inzake milieurecht zich verdraagt met artikel 6 E.V.R.M. is nog volop in discussie.

Bestuurlijke en strafsancities laten zich niet strikt onderscheiden. De eerste beogen de schade aan het milieu weg te nemen, de tweede voegen extra leed toe door het opleggen van een geldboete of een hechtenisstraf.

Over de effectiviteit van bestuursrechtelijke handhaving heerst wel wat optimisme. Niet zelden lopen situaties door bestuurlijk onvermogen uit de hand.

Gedurende enige tijd leek voor de overheid de privaatrechtelijke handhaving van overheidsvoorschriften uitgesloten (arrest Limmen-Houtkoop, H.R., 9 november 1973). Een eerste opening ontstond met het Nieuwe Meer-arrest (H.R., 27 juni 1986). En doorbraak in de sfeer van de handhaving kwam met het Benckiser-arrest, waarin het privaatrechtelijk optreden van de Staat ter verwijdering van bergen illegaal gestort afvalgips geoorloofd werd geacht (H.R., 14 april 1989).

De auteurs besluiten dat de vorm van handhaving van milieurecht afhankelijk is van praktische overwegingen en een goede coördinatie tussen openbaar ministerie en openbaar bestuur noodzakelijk maakt.

De tweede bijdrage, geschreven door J.F. Nijboer, draagt als titel «Milieuzorg en strafwet. Opmerkingen over de strafbaarstelling van verontreiniging van lucht, bodem en water in het licht van de systematiek van de strafrechtelijke codificatie». De auteur pleit tegen een strafrechtelijke bescherming van (juridisch) vage begrippen als milieu en milieuhygiëne. Een strafbaarstelling zou zich volgens de auteur moeten beperken tot de opzettelijke of uiterst roekeloze aantasting van de reinheid van de bodem, de lucht of het water. Abstracte gevaarzettingsdelicten zouden uit den boze zijn. Dr. J.F. Nijboer maakt ook kritische opmerkingen over de reikwijdte van de huidige bepalingen in artt. 173 en 173, b, Sr.

«De gevolgen van de 'administratieve afhankelijkheid' van het milieustrafrecht : een inventarisatie van knelpunten» is de titel van het derde en laatste opstel van de eerste afdeling en tevens het thema behandeld door dr. M.G. Faure LL.M. Na een bepaling van het begrip «administratieve afhankelijkheid» stelt de auteur (rechtsvergelijkend) de toetsingsbevoegdheid van overheidsbeschikkingen

door de Nederlandse strafrechter ter discussie. In België speelt de toetsingsbevoegdheid een grote rol maar het blijkt steeds om een wettigheidscontrole te gaan, al wordt dit ruim geïnterpreteerd. Het enige wat ook in België wordt afgewezen, is een autonome strafrechtelijke toetsing op grond van beginselen die vreemd zijn aan het bestuursrecht. Nederland lijkt voor een belangrijk deel in de Belgische richting te gaan.

Indien de administratieve rechter zich over de overheidsbeschikking heeft uitgesproken, is de strafrechter in beginsel gebonden aan deze uitspraak, terwijl zonder deze beslissing de toetsingsbevoegdheid van de strafrechter behouden blijft.

Een (rechtsvergelijkend) onderzoek naar de draagwijdte van een administratieve vergunning leidt de auteur tot de conclusie dat het naleven van de vergunningsvoorwaarden de wederrechtelijkheid van het handelen niet uitsluit. Ten aanzien van het bestuurlijk gedogen van illegaal handelen wordt op de grote formele en materiële onafhankelijkheid van de strafrechtelijke handhavingsorganen gewezen.

Het tweede deel onder de titel «Materieel milieustrafrecht» opent met beschouwingen van prof. dr. D. Schaffmeister over «De strafrechtelijke bescherming van ecologische rechtsgoederen». Na te hebben aangetoond dat de wortels van de milieubescherming teruggaan tot de antieke culturen rond de Middellandse Zee, stelt de auteur vast dat er qua aanleiding, doelstelling en toonaangevende gezichtspunten nauwelijks verschil is met het hedendaagse milieurecht. Het arsenaal van wettelijke strafbaarstellingen is aanzienlijk. Een belangrijk deel werd aangehaakt aan de Wet op de Economische Delicten (WED); voorts werden ook specifieke milieudelicten in het Wetboek van Strafrecht opgenomen zoals bronvergiftiging (art. 172, 173 Sr.). Ten slotte worden rechtsbelangen beschermd door strafbepalingen geput uit de zgn. commune delicten (valsheid in geschrifte, oplichting, omkoping, belastingfraude en deelneming aan een organisatie die het plegen van misdrijven tot oogmerk heeft). Milieuwetten stellen doorgaans algemene verboden op die gepaard gaan met een vergunningsstelsel. Regelmatig stelt men spanningen vast met het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel. Door interne verwijzingen, veelvuldige delegatie en niet-aanhaking aan bepaalde artikelen aan de WED moet de toepasselijke delictomschrijving bijeen worden geharkt. Het juridisch moeilijk te hanteren jargon maakt de regelgeving inzake milieu tot een moeilijk toegankelijke materie. Milieustrafrecht wordt dan ook wel eens betiteld als «een ondoordachte chaos».

Ook het veelvuldig gebruik van kaderwetten met ruimharige delegatie van regelings- en aanwijzingsbevoegdheden voor de uitvoerende overheden stuit op kritiek wegens strijdigheid met het strafrechtelijk legaliteitsprincipe.

De vraag of al dan niet strafbaar is gehandeld is onlosmakelijk gekoppeld aan het administratief recht. Hoever reikt de rechtvaardigende werking van een verleende vergunning? Hoe staat het met de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de ambtenaar en zijn meerdere? De auteur pleit o.m. voor het scheppen van uitgesproken strafbaarstellingen in de bijzondere milieuwetten zoals in Duitsland gebruikelijk is, en een scheiding tussen delicten die ecologische rechtsgoederen daadwerkelijk aantasten en zulke die bestuursrechtelijke regels schenden.

In dezelfde afdeling besteedt mr. L.T. Wemes aandacht aan de vraag of het schuld karakter van het positieve strafrecht specifieke eisen stelt aan de commune milieudelicten: «Commune delicten betreffende de milieuvervuiling in de sleutel van de schuld».

De schrijver geeft eerst enkele verkennende opmerkingen over de strafrechtelijke «schuld». Summier gaat hij in op de grondslagfunctie van de schuld voor het gecodificeerde strafrecht. Na het weergeven van enkele definities in het strafrecht («schuldbeginsel», «schuldbegrip» en «schuldverband») en het aanbrengen van enige relativeringen volgt een ruwe schets van het schuld beginsel in de vorm van een beschrijving van de verschillende functies die het beginsel in de literatuur worden toegedicht. Uitgangspunt is de onderverdeling van het strafrecht in een materieel, penitentiair en formeel deel. De auteur zet uiteen waarom een autonome, op eigen grondbeginselen gefundeerde doctrinaire uitwerking van de materieelstrafrechtelijke dogmatiek met betrekking tot de schuldproblematiek onontbeerlijk is. Hij besluit dat de vraag of het schuld karakter van het positieve strafrecht nog specifieke eisen stelt en wel toegespitst op de milieudelicten, abstract-theoretisch bevestigend

kan worden beantwoord. In de optiek van de rechtspraktijk moet het gegeven antwoord op de problemstelling worden herzien.

Mr. A.L.J. Van Strien behandelt de problematiek rond «Het daderschap van de rechtspersoon bij milieudelicten». Uitgangspunt hierbij is dat vrijwel alle delicten door rechtspersonen kunnen worden gepleegd. Het milieustrafrecht is de «proeftuin» waarin het leerstuk van het daderschap van de rechtspersoon verder wordt ontwikkeld. Rechtstheoretische invalshoeken beïnvloeden de grenzen van het daderschap van de rechtspersoon. Zo levert de psychologisch getinte visie van J. Remmelink problemen op bij de bestraffing van rechtspersonen. De Duitse auteur Schunemann kiest voor een schuldloos strafrecht voor rechtspersonen. Mr. Van Strien oordeelt dat zowel het schuld beginsel, in de zin van verwijtbaarheid, als het legaliteitsprincipe, beide hoekstenen van het strafrecht, ook gelden voor rechtspersonen. Twee daderschapscriteria spelen volgens mr. Van Strien een belangrijke rol bij de afgrenzing van het daderschap van de rechtspersoon: het zgn. criterium van Röling (voldoende bij de zgn. functionele delicten) en het IJzerdraad-criterium (toereikend bij zgn. niet-functionele delicten). Specifieke zorgvuldigheidsnormen die verbonden zijn met milieubelastende gedragingen, kunnen een belangrijke rol spelen bij de afgrenzing van het daderschap.

In een eerste bijdrage onder de categorie «Strafrechtelijke handhaving van het milieurecht in de praktijk» maakt mr. Y. Buruma enkele kanttekeningen bij het «Onderzoek in milieuzaken». Schrijver is beducht voor een «al te hartelijke omhelzing» door het meest repressieve instrument dat de staat tot zijn beschikking heeft. Hij geeft een overzicht in het ondoorzichtig geheel van instanties dat belast is met de handhaving van milieuwetgeving en de opsporing van milieudelicten. Verder gaat hij in op de bevoegdheden van controleurs en opsporingsambtenaren met aandacht voor de problemen rond de monsterneming en de toenemende rol van de deskundige. Het instrumentarium dat de overheid ter beschikking staat in haar strijd om het milieu is indrukwekkend. «Door een te hartelijke omhelzing van het strafrecht wordt het mogelijke structurele probleem gereduceerd tot fouten van individuele zondebokken: de scharrelende schoonmaker moet boeten onder het goedkeurend oog van medeplichtige notabelen» (p. 336).

Mr. dr. P.C. Van Duyn ziet als «Knelpunten in de Nederlandse strafrechtelijke milieurechtshandhaving» o.m. het feit dat milieurecht lange tijd niet onderkend werd door politie en justitie als een echt strafrechtelijke taak. De doolhofachtige inrichting van de op dat gebied bevoegde organen is hieraan niet vreemd. De auteur onderstreept het belang van de wijze waarop de schending van de normen wordt beleefd en gewaardeerd en inzonderheid de geringe neiging om milieuschendingen als een strafwaardig vergrijp te herkennen. De strafwaardigheid van vele feiten wordt binnen handel en economie «genuanceerder» beoordeeld dan de «traditionele vormen van zelfverrijking». Er is een voortdurende spanning met het bedrijfsleven dat milieuzorg als een kostprijsverhogende aangelegenheid ziet. Waarnemingstuigen van de milieuhandhaving zijn verstoepd en bij de politie bestaan sociaal-psychologische en organisatorische remmingsfactoren (p. 349). De politiecultuur lijkt ook veel meer gericht op actie en «duidelijk werk», terwijl milieuzaken een papierberg opleveren. De auteur pleit voor een overlegstructuur tussen openbaar ministerie en bestuur. De officier van justitie bevaakt de poort tot de rechter en is een soort «volumeregelaar» (p. 358). Schrijver ziet bestuursafhankelijkheid van het strafrecht niet als een axioma en oordeelt dat strafvervolgning een aanmoedigende werking heeft bij het falend bestuur. Strafrecht dient alleen gebruikt te worden als «ultimum remedium» als alle andere middelen falen.

De derde sectie wordt afgesloten met een artikel van mr. J.C. Oudijk onder de titel «Sancties in het economisch milieustrafrecht». Uitgaande van de belangrijkste doelstellingen van de sanctie (speciale en generale preventie) geeft hij een overzicht van de onderscheiden sancties. De economische analyse van het strafrecht gaat ervan uit dat de potentiële dader streeft naar een nutsmaximalisering. De auteur opteert voor het scheppen van een aparte «Wet op de milieudelicten», naar het model van de WED en o.m. verhoging van de geldboeten. «Het zou ernstig overwogen moeten worden om de rechterlijke straftoemetingseffecten te beperken en bij milieudelicten het herstel van de rechtmatige toestand dwingend voor te schrijven» (p. 399). Mr. Oudijk besluit met de wens om in een wetelijke regeling te voorzien ter veruiming van de sanctiemogelijkheden. Hij ziet ook een dringende behoefte aan voldoende opgeleide en gemotiveerde milieuspecialisten in de zittende en staande

magistratuur. «Met een scherp zwaard in de handen van een onkundige Justitia is niemand geholpen» (p. 406).

Het laatste deel van dit belangwekkende naslagwerk, «Milieustrafrecht in internationaal perspectief», bevat drie bijdragen.

Mr. H.G. Sevenster behandelt het thema «Milieustrafrecht in EEG-verband — Het Europa van de milieucrimineel». De Gemeenschap heeft ten tijde van haar oprichting het strafrecht niet willen bestrijken. Het strafrecht viel «buiten de EG» en onder de soevereiniteit van de lidstaten. Zulks bleek echter vrij snel onhoudbaar en een indirecte invloed van het EEG-recht is merkbaar, hoewel communautair milieustrafrecht als zodanig nog niet bestaat. De auteur onderzoekt in welke mate België en Nederland uitvoering hebben gegeven aan enkele richtlijnen en een verordening uit het EEG-milieurecht, en hij komt tot de vaststelling dat grote verschillen bestaan wat betreft de strafmaxima. De auteur pleit voor een harmonisatie van het milieustrafrecht, met name om aan de concurrentievervalsing en fraude het hoofd te kunnen bieden.

Dr. G. Heine maakt enkele beschouwingen bij het thema «Milieustrafrecht in West-Europa. Rechtspolitieke trends, voorwaarden voor strafbaarheid en praktische problemen bij de vervolging». De auteur ziet weinig punten van overeenstemming tussen milieustrafrecht en het klassieke strafrecht. Kernprobleem is de verhouding strafrecht/administratief recht. Schrijver ontwaart nieuwe criminaliseringstrends, o.m. als gevolg aan spectaculaire gevallen van milieuverontreiniging. In de verhouding met de administratiefrechtelijke regeling onderscheidt mr. Heine drie modellen met hun respectieve voor- en nadelen: het klassieke, volledig administratief afhankelijk, strafrecht, het kernstrafrecht dat gedeeltelijk afhankelijk is, en de strafbaarstelling die volledig is losgeweekt van het administratief recht (zeer ernstige milieuverstoring). De wijze van strafbaarstelling in West-Europa is gekenmerkt door een grote variëteit: gemeengevaarlijke delicten/gevaarzettingsdelicten, gevolgsdelicten en abstracte gevaarzettingsdelicten. De auteur stelt een tendens vast om ook sancties tegen de onderneming zelf mogelijk te maken. De discussie rond de strafbaarheid van ambtenaren (van toezichthoudende milieudienstes) wegens onjuist administratief optreden zou slechts in enkele landen worden gevoerd. De hoogte van de hoofdstraffen vertoont belangrijke verschillen van land tot land: België straft de waterveroontreiniging met maximaal zes maanden gevangenisstraf (wet ter bescherming van de oppervlaktewateren, art. 41), terwijl Zwitserland hetzelfde gedrag strafbaar stelt met een gevangenisstraf van maximaal drie jaren (p. 486). De auteur neemt een tendens waar van verwijdering van het klassieke sanctiestelsel.

Hekensluiser in deze bundel rechtskundige bijdragen over milieustrafrecht is dr. J. Martin, die het probleem aansnijdt van de «Grensoverschrijdende aantasting van het milieu en strafrecht». Hij ziet het zinvol om het eigen recht aan te wenden als instrument ter bestrijding van grensoverschrijdende aantasting van het milieu. De beoordeling van de strafbaarheid van in het buitenland verrichte handelingen ligt echter op het snijpunt van volkenrecht en internationaal strafrecht. Het strafrecht moet een voorschrift bevatten waaruit de wil tot vervolging blijkt, en in staten waarin het algemene volkenrecht interne werking heeft, is vereist dat dergelijke strafmacht niet met het volkenrecht in strijd is. De strafbaarheid van grensoverschrijdende aantasting van het milieu hangt ervan af van abstracte gevaarzettingsdelicten een tot de delictsinhoud behorend gevolg hebben. In het Duitse Strafwetboek is ook de plaats waar het gevolg optreedt «locus delicti» (§ 9 StGB). Als een in het buitenland veroorzaakt abstract gevaar ook in de Bondsrepubliek een uitwerking heeft, is de daad ook in het binnenland gepleegd, met het gevolg dat zij naar Duits strafrecht beoordeeld moet worden. Of de handeling naar buitenlands recht is toegestaan is voor de strafbaarheid naar Duits milieustrafrecht irrelevant. Mr. Martin ziet de bestraffing van grensoverschrijdende aantasting van het milieu met weinig optimisme tegemoet «zolang de mening overheerst, dat voor goede betrekkingen met het buurland handelsaspecten belangrijker zijn dan de bescherming van het milieu».

Zorg om heden heeft de verdienste dat het een grondig overzicht en representatieve doorsnede geeft van de strafrechtelijke milieuproblematiek in theorie en praktijk en zulks in relatie tot de andere rechtsgebieden, het klassieke strafrecht en de landen van de Europese Gemeenschap en inzonderheid de Duitse Bondsrepubliek die zowat als koploper fungeert inzake milieurecht. Het is ook een verzameling van ideeën, voorstellen en nieuwe inzichten in de bescher-

ming van ecologische goederen. Het werk is geïllustreerd met tal van wetenschappelijke verwijzingen naar rechtsleer en rechtspraak in binnen- en buitenland en getuigt van diepgaand onderzoekswerk. Een lijst van afkortingen vergemakkelijkt de toegankelijkheid. De materie werd bijgehouden tot 1 januari 1991.

Joris Luyckx

H. VAN IMPE, **De staat, wat is dat eigenlijk? Staat, democratie en recht**, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1990, XII + 196 pp.

De eerste uitgave van dit boekje van V.U.B.-professor Herman Van Impe verscheen in 1987. Toen lag het in de bedoeling van de auteur een *objectieve* beschrijving van het verschijnsel «staat» als waarneembare historisch-maatschappelijke werkelijkheid op papier te zetten. In die opzet slaagde hij maar gedeeltelijk, zijn (grotendeels sociologische) beschouwingen misten diepgang en sommige ingenomen standpunten waren hoogst betwistbaar.

Voor de nieuwe editie heeft Van Impe zijn tekst van 1987 aangevuld met twee nieuwe delen en probeert hij nu ook een antwoord te geven op de vragen wat democratie en recht zijn. Ook hier fronsen men wel even de wenkbrauwen als men bijvoorbeeld leest over de oorlogszucht en de veroveringsdrang van democratieën (p. 122), de overheersing van de rechterlijke instanties in die staten, waardoor de rechtsveiligheid van de burger in het gedrang komt (p. 131), de weldoende rol van de politieke partijen (p. 135), de gevaren van strakke familiestructuren en universele godsdiensten voor een rechtsstaat (p. 150), enz. Gelukkig waarschuwt de auteur zijn lezers in een woord vooraf dat zijn stellingen persoonlijk en dus *subjectief* zijn, nu democratie naast een werkelijkheid ook een ideaal is.

Ook in het laatste deel over het recht houdt prof. Van Impe er merkwaardige meningen op na. Zo kunnen de juristen, om hun brood te verdienen, niet anders dan in dienst treden van de machtingen (pp. 177 en 185) en door het hanteren van begrippen als «rechtvaardigheid» en «gerechtigheid» maken zij de machtingen nog sterker en bevestigen zij de bestaande maatschappelijke ongelijkheid (p. 183).

Het werkje is haastig opgesteld, dikwijls valt de auteur in herhaling en veel van zijn stellingen zijn weinig gerijpt en onvoldoende genuanceerd. Van een hoogleraar publiek recht kon men beter verwachten, te meer daar over staat, democratie en recht al talrijke interessante boeken geschreven zijn door onder andere de Jovenel, Burdeau, Hayek, Van Dun, Revel, Crozier, en zovele anderen.

A. Coppens

AANGEKONDIGD

P. LURKIN, N. DESCENDRE, A. GOMEZ, F. MAYEZ, M. VANDERSTEEN, *Lois coordonnées sur les sociétés commerciales. Coordination officielle au 1er août 1991*, Brussel, Bruylant, 194 p., 480 fr.

P. ORIANNE, *Apprendre le droit. Eléments pour une pédagogie juridique*, Brussel, Labor, 340 p., 995 fr.

G. SCHRANS, H. VAN HOUTTE, *Internationaal Handels- en Financieel Recht*, Leuven, Acco, 722 p., 2.900 fr.

C.J. VAN ZEBEN, T.A.W. STERK, *Arresten burgerlijk procesrecht met annotaties. Editie 1991*, Zwolle, Tjeenk Willink, 804 p., 45 fl.

M.J. GUNNING, *Gewaande rechten. Het denken over vrouwen en gelijkheid van Thomas van Aquino tot de Bataafsche Constitutie*, Zwolle, Tjeenk Willink, 364 p., 59,50 fl.

G. BONTEMPS, *Scolalex: 1. Personnel de l'enseignement 2. Les institutions 3. Législations scolaire*, Brussel, Story-Scientia, 2.650 fr. per deel (indien tesamen besteld 1.990 fr. per deel).

H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen* (Algemene Practische Rechtsverzameling), Brussel, Story-Scientia, 618 p., 5.386 fr.

SOCIALE DIENST V.E.V. (ed.), *Sociaal praktijkboek 1991-92*, Antwerpen, Kluwer, 486 p., 1.595 fr.

L.J. WINTGENS, *Rechtspositivisme en wetspositivisme. Een rechtstheoretische en rechtsfilosofische analyse*, Brussel, Story-Scientia, 306 p., 2.750 fr.