

DE NIEUWE VENNOOTSCHAPSWET VAN 18 JULI 1991 (eerste deel)

I. Inleiding

1. In het Belgisch Staatsblad van 26 juli 1991 verscheen de wet van 18 juli 1991 onder de titel «Wet tot wijziging van de wetten betreffende de handelsvennootschappen gecoördineerd op 30 november 1935 in het kader van een doorzichtige organisatie van de markt van de ondernemingen en van de openbare overnameaanbiedingen»¹. De wet is in werking getreden op 5 augustus 1991 (met uitzondering van de artt. 33 tot 38 van de wet tot wijziging van de artt. 80, 80bis, 177bis, 177ter, 177quinquies en 199 Venn.W., die later in werking treden).

2. De vorige belangrijke wetwijzigingen, namelijk die van 6 maart 1973 en van 5 december 1984, waren mede het resultaat van de aanpassing aan de E.E.G.-richtlijnen. De wet van 18 juli 1991 is in die optiek totaal anders, aangezien zij tot stand is gekomen op «eigen initiatief» van de Belgische wetgever, los van enige Europese richtlijn.

3. In de parlementaire voorbereiding worden de grondslagen vermeld waarop deze wet tot wijziging van het vennootschapsrecht moet steunen:

1) een inpassen van de rechtsregels, gegrond op het vergelijkend recht: zolang er geen Europese norm bestaat die

het juridisch kader tot bescherming van het kapitaal vastlegt, moet de nieuwe wet passen in het kader van de wetgeving van de verschillende ons omringende Europese landen²;

2) doorzichtigheid: het beleid dat een vennootschap voornemens is te voeren m.b.t. haar aandeelhoudersstructuur, moet klaar en duidelijk aan de aandeelhouders worden meegedeeld (zie bv. de verplichting voor de raad van bestuur tot redactie van een bijzonder verslag bij invoering van het toegestane kapitaal);

3) algemene vergadering: m.b.t. de beraadslaging over maatregelen die verband houden met de aandeelhoudersstructuur, moet de algemene vergadering worden verkozen boven de raad van bestuur (zie bv. de exclusieve bevoegdheid van de algemene vergadering voor de uitgifte van warrants uitsluitend bestemd voor bepaalde personen: art. 101quater Venn.W.);

4) evenredigheid: de wetgever beoogt een billijke verhouding in de maatregelen die door de vennootschappen kunnen worden genomen (bv. voor de vennootschappen die een publiek beroep doen of hebben gedaan op het spaarwezen, is het toegestane kapitaal begrensd tot het bedrag van het maatschappelijk kapitaal: art. 33bis, § 2, Venn.W.);

5) duur: maatregelen aangaande een bescherming van de aandeelhoudersstructuur moeten na verloop van tijd opnieuw ter discussie kunnen worden gesteld en moeten derhalve beperkt worden in de tijd (bv. de stemafspraken tussen aandeelhouders, die slechts geldig zijn voor een periode van vijf jaar: art. 74ter Venn.W.);

6) financiële tegenprestaties: de beschermende maatregelen moeten een werkelijke financiële weerslag bezitten in die zin dat daarvoor een prijs moet worden betaald (bv. bij opheffing van het voorkeurrecht ten voordele van bepaalde personen moet de uitgifteprijs minstens gelijk zijn aan de intrinsieke waarde van het effect: art. 34bis, § 4bis, Venn.W.);

7) geen buitensporige gestrengheid: de nieuwe wettelijke bepalingen mogen niet tot gevolg hebben dat de aandeelhoudersstructuur van de ondernemingen volledig versterkt raakt, zodanig dat de invoering van bepaalde al te verregaande regelen zoals bv. het in Nederland bestaande dubbel stemrecht niet wordt aangenomen;

8) bescherming van de minderheidsaandeelhouders: ten einde een evenwicht in de structuur van de vennootschappen te bewaren, wordt een regeling ter bescherming van de minderheidsaandeelhouders ingevoerd (bv. de minderheidsvordering neergelegd in art. 66bis, § 2, Venn.W. en het op verzoek van de minderheid bevolen deskundigenonderzoek van art. 191 Venn.W.);

¹ Aan de nieuwe wet zijn reeds verscheidene commentaren gewijd. Het is de grote verdienste van Lievens dat hij een eerste baanbrekende commentaar heeft geschreven: LIEVENS, J., *De nieuwe vennootschapswet*, Gent, Mys & Breesch, 1991, 175 pp. Inmiddels verschenen o.m. ook: *Het nieuwe vennootschappenrecht 1991*, VAN BAELE, J. (red.), met rapporten van F. BOUCKAERT, P. MASELIS en J. VAN BAELE, Koninklijke Federatie van Belgische Notarissen, Antwerpen, Kluwer, 1991, 492 pp.; Verslagboek van de te Leuven op 4 oktober 1991 gehouden studiedag: *N.V. en B.V.B.A. na de wet van 18 juli 1991*, Jan Ronse Instituut (red.), Kalmthout, Biblio, 1991, 261 pp.; MARCHANDISE, P., «Les sociétés cotées et la réforme 1991 du droit des sociétés», in *Tendensen in het bedrijfsrecht*, Belgische Vereniging van Bedrijfsjuristen, Antwerpen, Kluwer, 1991, pp. 103-121; *Het vernieuwd juridisch kader van de ondernemingen*, Verslagboek colloquium Financierwezen Nu en Morgen, studiedagen te Brussel op 22 en 23 november 1991, FLAMÉE, M. en MEULEMANS, D. (red.), ter perse, Brugge, Die Keure; Verslagboek van de op 3 december 1991 te Louvain-La-Neuve gehouden studiedag: *Le nouveau droit Belge des sociétés*, Louvain La Neuve, twee delen; Het nieuwe vennootschapsrecht in de praktijk, Recht van aankoop, goedkeuringsclausules en aandeelhoudersovereenkomsten, EH-SAL-FHS-Seminaries, 13 december 1991; Verslagboek van de op 14 en 18 december 1991 gehouden studiedag te Gent (U.G.) en te Antwerpen (U.I.A.), BRAECKMANS, H. en WYMEERSCH, E. (red.), ter perse, Maklu, Antwerpen. Zie ook de commentaren vóór de totstandkoming van de wet: MARCHANDISE, P., «De betekenis van het wetsontwerp voor de beursgenoteerde vennootschap»; VAN BRUYSTEGEM, B., «De rol van de kleine aandeelhouder in het wetsontwerp Wathelet»; VAN BAELE, J.W., «Recente wijzigingen in het vennootschapsrecht: betekenis van het wetsontwerp voor de notariële praktijk, een standpunt van de notaris» in *Financiële herregulering in België*, 1990, SCHRAANS, G. en WYMEERSCH, E. (red.) Antwerpen, Kluwer, 1991, resp. pp. 668-675, 677-696 en 699-707.

² Zie *Parl.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1107/3, p. 7: «Het onderhavige wetsontwerp is gegrond op en past in een Europees perspectief; het wijkt af van de al te strenge voorschriften vervat in het Duitse, Nederlandse, Zwitserse Recht (...); het bevindt zich veeleer in het midden tussen het Britse recht, dat in verschillende opzichten vrij open is, en het Franse recht, dat eerder beschermend is.»

9. deelname aan de algemene vergadering: de wetgever beoogt een grotere aanwezigheid op de algemene vergadering te bewerkstelligen (bv. door de invoering van het openlijk verzoek tot het verlenen van volmachten: art. 74, § 3 Venn.W.).

Die door de wetgever beoogde grondslagen worden gerealiseerd door een aantal maatregelen die in de volgende categorieën kunnen worden onderverdeeld: 1) wijzigingen inzake de regeling m.b.t. kapitaalverhogingen; 2) maatregelen tot waarborging van de stabiliteit van de ondernemingen (aandelen zonder stemrecht, goedkeurings- en voorkeepsclausules, stemafspraken, verwerving van eigen aandelen door de vennootschap, verlenen van voorschotten aan het personeel met het oog op de aankoop van effecten van de vennootschap, opheffing van de stemrechtreductie als neergelegd in art. 76); 3) stimulering van de deelneming aan de algemene vergadering en uitbreiding van de rechten van de minderheidsaandeelhouders (invoering van de mogelijkheid tot stemming per brief en tot openlijk verzoek om verlening van volmacht, vergemakkelijken van de toegang tot de algemene vergadering, mogelijkheid tot instellen van de minderheidsvordering, meer gedetailleerde regeling van het belangenconflict); 4) beperking en reglementering van een aantal praktijken waaronder de wederzijdse deelnemingen en de verkoop van activa van de vennootschap tijdens het verloop van een openbaar overnamebod; 5) mogelijkheid tot uitgifte van effecten die uitsluitend bestemd zijn voor het personeel.

Ten slotte zij opgemerkt dat de taakomschrijving van de externe accountant is gewijzigd. Ofschoon het oorspronkelijk wetsontwerp dienaangaande geen bepaling bevatte, werd het statuut van de externe accountant tengevolge van verscheidene amendementen aangepast en werden hem taken krachtens de nieuwe wet toevertrouwd die voorheen uitsluitend aan de bedrijfsrevisor waren voorbehouden³.

Bij de parlementaire voorbereiding werd o.m. in overweging genomen dat het onderscheid tussen bedrijfsrevisor en accountant in (bepaalde) andere Europese landen niet bestaat, dat de wet van 21 februari 1985 inzake de hervorming van het bedrijfsrevisoraat en de organisatie van het beroep van accountant geen monopolie heeft willen scheppen en dat beide beroepen wettelijk gegreglementeerd zijn⁴.

In deze bijdrage wordt geen specifieke aandacht besteed aan het overgangsrecht. Zulks zal geschieden in een andere bijdrage in dit tijdschrift.

II. Nieuwe regelen bij de oprichting: verbod van inschrijving op eigen aandelen

4. De wetswijziging van artikel 29, § 6, Venn.W. houdt een verbod in voor de vennootschap om op haar eigen aandelen in te schrijven, hetzij rechtstreeks, hetzij door een dochtervennootschap⁵ of door een persoon die handelt in

eigen naam maar voor rekening van de vennootschap of de dochtervennootschap. Aan deze bepaling eigen sancties werden ingebouwd: de persoon die in eigen naam, maar voor rekening van de vennootschap of van de dochtervennootschap op de aandelen heeft ingeschreven, wordt geacht te hebben gehandeld voor eigen rekening. Tevens blijven alle rechten, verbonden aan de aandelen waarop de vennootschap of haar dochtervennootschap heeft ingeschreven, geschorst zolang die aandelen niet zijn vervreemd⁶.

Deze wetswijziging wil ongetwijfeld paal en perk stellen aan een in België bestaande praktijk waarbij dochtervennootschappen inschreven op de aandelen van de moedervennootschap, zoals o.m. in de Generale-zaak⁷.

Het behoeft geen betoog dat artikel 29, § 6, Venn.W. vooral van toepassing is bij kapitaalverhoging. Op grond van artikel 34, § 1, Venn.W. moeten de door art. 29 Venn.W. voorgeschreven formaliteiten en voorwaarden ook worden nageleefd bij kapitaalverhoging. Het is immers een reeds eerder geformuleerde kritiek dat het door de wet van 5 december 1984 ingevoerde en thans gewijzigde artikel 29, § 6, weinig zin heeft bij de oprichting van vennootschappen⁸. Een nog niet opgerichte moeder kan uiteraard nog geen dochtervennootschappen hebben.

Volgens de memorie van toelichting wordt met het geval waarin een vennootschap bij haar oprichting rechtstreeks inschrijft op haar eigen aandelen, bedoeld het geval waarin in naam van de vennootschap bij de oprichting ervan een inschrijving wordt verricht, d.w.z. een verbintenis wordt aangegaan die overeenkomstig art. 13bis Venn.W. door de vennootschap binnen twee maanden na haar oprichting moet worden overgenomen⁹. De wetgever heeft hier blijkbaar niet ingezien dat in een dergelijk geval de inbreng volledig

ning (art. 53, tweede lid, van de wet van 18 juli 1991). Inmiddels werden de begrippen «moedervennootschap» en «dochtervennootschap» bepaald bij K.B. van 14 oktober 1991, *B.S.*, 24 oktober 1991, 23901.

⁶ Tevens wordt hierbij gewezen op art. 35bis Venn.W., op grond waarvan de comparanten bij de oprichtingsakte en, bij kapitaalverhoging, de bestuurders, hoofdelijk gehouden zijn tot volstorting van de aandelen waarop is ingeschreven in strijd met art. 29, § 6, Venn.W.; Hierbij zij herhaald dat art. 35bis Venn.W. van toepassing is op alle comparanten bij de oprichtingsakte en niet alleen op de aansprakelijke oprichters in de zin van art. 31, tweede lid, Venn.W. Er is ook een strafsancie (art. 206 Venn.W.). Zie, voor een ruimere bespreking van de sancties, GEENS, K., «Verwerving van eigen aandelen en personeelsaandelen», in *N.V. en B.V.B.A. na de wet van 18 juli 1991*, Jan Ronse Instituut (red.), pp. 33-35.

⁷ Zie aangaande die zaak o.m. de beschikking van 9 februari 1988 van de voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Brussel, *J.T.*, 1988, 223, en het arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 1 maart 1988, *J.T.*, 1988, 232, *T.R.V.*, 1988, 123, met noot van STEFAAN RAES, KOEN GEENS en MARIEKE WYCKAERT.

⁸ Cf. MASSAGE, M., *L'adaptation du droit des sociétés anonymes*, Brussel, Prolegomena, 1985, p. 35; VAN BRUYSTEGEM, B., *De vennootschapswet 1986*, Antwerpen, Kluwer, p. 24; BOUCKAERT, F., «De wet van 18 juli 1991», in *Nieuwe vennootschappenwet*, VAN BAELE, J. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1991, p. 105; KEUTGEN, G., «Le capital», in *Le nouveau droit belge des sociétés*, Louvain-la-Neuve, 3 december 1991, p. 2.

⁹ *Parl.St.*, *Senaat*, 1990-91, nr. 1107/1, p. 37.

³ Het geven van een opsomming van al die nieuwe taken valt buiten het raam van deze bijdrage.

⁴ Zie, meer uitvoerig aangaande de argumenten, *Parl.St.*, *Senaat*, 1990-91, nr. 1107/3, pp. 209-210. Zie, aangaande de wet van 21 februari 1985, MAES, J.P. en VAN HULLE, K., *De hervorming van het bedrijfsrevisoraat en de organisatie van het accountantsberoep*, Antwerpen, Kluwer, 1985, 215 pp.

⁵ De bepaling van het begrip «moedervennootschap» en «dochtervennootschap» wordt door de wetgever overgelaten aan de Ko-

fictief is, aangezien een vennootschap bij zichzelf geen inbreng kan doen ¹⁰.

III. Nieuwe regelen bij kapitaalverhoging

5. Naast de reeds bestaande mogelijkheid tot kapitaalverhoging door een besluit van de algemene vergadering, creëerde de wet van 5 december 1984 voor de N.V. een nieuwe mogelijkheid tot kapitaalverhoging, nl. de kapitaalverhoging door de raad van bestuur in het raam van de nieuwe regel van het toegestane kapitaal ¹¹. Aan de bestaande regelen (vereiste van statutaire regeling met aanduiding van het maximumbedrag, duur van vijf jaar die kan worden hernieuwd) zijn enkele belangwekkende bijkomende regelen toegevoegd.

§ 1. Rem op de omvang van het toegestane kapitaal

6. Voor de vennootschappen die een publiek beroep doen of hebben gedaan op het spaarwezen, mag het bedrag van het toegestane kapitaal niet hoger zijn dan het bedrag van het maatschappelijk kapitaal ¹². De wetgever heeft hierbij uitdrukkelijk voor ogen gehad een rem te plaatsen: indien de raad van bestuur met inachtneming van het voorkeurrecht gebruik maakt van de bevoegdheid om het kapitaal te verhogen binnen de grenzen van het toegestane kapitaal, kan dat de vroegere aandeelhouders verplichten hem daarin te volgen indien zij hun rechten naar evenredigheid wensen te handhaven, ofwel, indien de kapitaalverhoging heeft plaatsgevonden zonder inachtneming van het voorkeurrecht, ertoe leiden dat het stemrecht van de vroegere aandeelhouders wordt beperkt in vergelijking met dat van de nieuwe aandeelhouders. De wetgever achtte het wenselijk dat een bevoegdheid die dergelijke gevolgen kan hebben, niet onbeperkt is met betrekking tot het bedrag ervan in ven-

nootschappen die een publiek beroep doen of hebben gedaan op het spaarwezen ¹³.

In vennootschappen die geen publiek beroep doen of gedaan hebben op het spaarwezen, geldt deze rem op de omvang van het toegestane kapitaal niet.

§ 2. Inschrijving op een kapitaalverhoging door inbreng in natura

7. Vóór de totstandkoming van de wet van 5 december 1984 was het voorkeurrecht van de oude aandeelhouders niet wettelijk geregeld. De Commissie voor het Bank- en Financiewezen (toenmalige Bankcommissie) en de rechtsleer toonden zich voorstander van de toekenning van een voorkeurrecht aan de oude aandeelhouders ¹⁴. Wijziging van de machtsverhoudingen tussen de aandeelhouders en eventueel verlies in geval van uitgifte van nieuwe aandelen beneden de waarde van de oude (overheveling van substantie) waren de voornaamste argumenten voor de toekenning van dit voorkeurrecht.

De wet van 5 december 1984 regelde het voorkeurrecht van de oude aandeelhouders bij kapitaalverhoging door inbreng in geld ¹⁵. Er bestond echter geen regeling van voorkeurrecht bij kapitaalverhoging door inbreng in natura. Deze vorm van kapitaalverhoging bood echter toch aan bepaalde aandeelhouders de mogelijkheid om hun positie binnen de vennootschap te versterken en op die wijze invloed uit te oefenen op de beslissingsmechanismen van de onderneming ¹⁶. Talrijke vennootschappen verhoogden alzo hun kapitaal door middel van inbrengen in natura via het toegestane kapitaal, zodat minderheidsaandeelhouders niet echt de kans kregen deel te nemen aan de kapitaalverhoging en de meerderheidsaandeelhouders hun deelneming versterkten.

8. De nieuwe wet van 18 juli 1991 heeft tot voorwerp de bestaande hiaten op te vullen. Het nieuwe artikel 33bis, § 2, Venn.W. bepaalt dat in het raam van een regeling van het toegestane kapitaal aan de raad van bestuur niet de bevoegdheid kan worden toegekend voor kapitaalverhogingen die voornamelijk tot stand worden gebracht door een niet-geldelijke inbreng van een aandeelhouder die effecten bezit waaraan meer dan tien percent van de stemrechten verbonden zijn. Indien een dergelijk geval zich voordoet, is voor-

¹⁰ In dezelfde zin: MASSAGE, M., o.c., p. 35.

¹¹ Zogenaamde «uitgestelde kapitaalverhogingen» zijn mogelijk in het raam van o.m. de uitgifte van warrants.

¹² Het begrip «vennootschappen die een publiek beroep op het spaarwezen doen of hebben gedaan» is cruciaal ingevolge de wetwijziging van 18 juli 1991. De toepasselijkheid van vele bepalingen hangt hiervan af. Bedoeld worden niet alleen de beursgenoteerde vennootschappen, nl. die vennootschappen waarvan de effecten (niet alleen o.m. de aandelen, maar ook bv. warrants) op een beurs van België of een E.E.G.-lidstaat genoteerd zijn, maar ook de vennootschappen waarvan de aandelen onder het publiek verspreid zijn of waarvoor de belegger publiek wordt aangesproken (nl. de kredietinstellingen, de spaarbanken, de vennootschappen die aan de wet van 10 juni 1964 onderworpen zijn), alsook alle vennootschappen die een openbaar karakter hebben omdat zij onder de toepassing vallen van het K.B. van 9 januari 1991. Wanneer een vennootschap derhalve een uitgifte van obligaties heeft gedaan en hierdoor meer dan vijftig personen een beroep heeft gedaan, heeft zij een publiek beroep gedaan op het spaarwezen: zie DUPLAT, J.L., paneldiscussie Colloquium Leuven, 4 oktober 1991, in *N.V. en B.V.B.A. na de wet van 18 juli 1991*, Jan Ronse Instituut (red.), pp. 253-254; BRAECKMANS, H., paneldiscussie Colloquium Koninklijke Federatie van Notarissen, Antwerpen, 12 september 1991, in *Nieuwe vennootschappenwet 1991*, VAN BAEL, J. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1991, pp. 486-487.

¹³ Memorie van toelichting, *Parl.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1107/1, p. 38; zie dienaangaande ook BOUCKAERT, F., «Kapitaalverhoging, toegestane kapitaal, voorkeurrecht, recht van voorrang», in *N.V. en B.V.B.A. na de wet van 18 juli 1991*, Jan Ronse Instituut (red.), pp. 14-15.

¹⁴ Zie o.m. RONSE, J., «Overzicht van rechtspraak», *T.P.R.*, 1964, 131; *T.P.R.*, 1967, 717, *T.P.R.*, 1978, 857-858; VAN RYN, J., *Principes*, I, p. 496; FREDERICO, L., *Traité*, V, p. 740.

¹⁵ Zie, voor een uitvoerige toelichting en de door de wet geformuleerde afwijkingen door de algemene vergadering en de raad van bestuur (in casu op grond van de regeling i.v.m. het toegestane kapitaal, VAN BRUYSTEGEM, B., *De vennootschappenwet 86*, p. 47-50; MASSAGE, M., *L'adaptation du droit des sociétés anonymes*, p. 75; zie ook BRAECKMANS, H., «De nieuwe vennootschapswet van 5 december 1984», *R.W.*, 1984-85, 2462 e.v.

¹⁶ Zie o.m. memorie van toelichting, *Parl.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1107/1, p. 38.

taan alleen de algemene vergadering van aandeelhouders bevoegd om tot kapitaalverhoging te besluiten.

De in art. 33bis, § 2, Venn.W. neergelegde regel heeft alleen betrekking op kapitaalverhogingen die «voornamelijk tot stand worden gebracht door een niet-geldelijke inbreng». Uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat het woord «voornamelijk» betrekking heeft op de vraag of de kapitaalverhoging uitsluitend of gedeeltelijk uit een niet-geldelijke inbreng bestaat, die wordt verricht op initiatief van een aandeelhouder van de vennootschap. Het woord «voornamelijk» slaat dus wel degelijk op de woorden «niet-geldelijke inbreng» en duidt erop dat, indien de niet-geldelijke inbreng de meerderheid vertegenwoordigt van de bestanddelen van de kapitaalverhoging en ingebracht wordt door een aandeelhouder die tien percent van de aandelen van de vennootschap bezit, het besluit tot kapitaalverhoging door de algemene vergadering moet worden genomen ¹⁷. De beschrijving van de inbreng en de toegepaste methoden van waardering dient in casu te gebeuren door de bedrijfsrevisor (commissaris-revisor) en wordt opgenomen in het verslag. Het belang van de kapitaalverhoging voor de vennootschap en van de inbreng wordt toegelicht in het verslag van de raad van bestuur ¹⁸.

De verantwoordelijkheid om na te gaan of de inbreng in natura in casu het voornaamste bestanddeel is van de kapitaalverhoging komt toe aan de raad van bestuur. Het is in rechte aanneembaar dat de kapitaalverhoging die tot stand komt met miskenning van art. 33bis, § 2 (bv. wanneer de inbreng in natura van de aandeelhouder wel het hoofdbestanddeel van de inbreng uitmaakt en de kapitaalverhoging toch door de raad van bestuur wordt doorgevoerd) nietig kan worden verklaard: de raad van bestuur zou immers in een dergelijk geval een bevoegdheid uitoefenen die hij krachtens de wet niet kan bezitten ¹⁹. Bovendien kunnen de bestuurders aansprakelijk worden gesteld op grond van art. 62, tweede lid, Venn.W. (overtreding van de vennootschappenwet). De kapitaalverhoging waarbij een aandeelhouder die tien percent of meer van het kapitaal in zijn bezit heeft, een niet-geldelijke inbreng doet die het hoofdbestanddeel van de kapitaalverhoging vormt, kan derhalve alleen plaatsvinden op grond van een door de algemene vergadering genomen besluit. Voor alle duidelijkheid zij opgemerkt dat de wetgever alleen een inbreng in natura van een aandeelhouder regelt: een inbreng in natura (bv. van een schuldverdring) door een derde, niet-aandeelhouder wordt niet verboden en kan derhalve in ieder geval in het raam van het toe-

gestane kapitaal gebeuren ²⁰. Alleen invloedrijke aandeelhouders worden gevisieerd, namelijk diegenen die aandelen bezitten waaraan meer dan 10% van de stemrechten ²¹ verbonden zijn. Bij de bepaling van deze drempel moet niet alleen rekening worden gehouden met de effecten in het bezit van deze aandeelhouder, maar ook met de effecten in het bezit gehouden door: a) een derde die handelt in eigen naam maar voor rekening van de aandeelhouders; b) een met de aandeelhouders verbonden natuurlijke rechtspersoon; c) een derde die optreedt in eigen naam maar voor rekening van een met de aandeelhouders verbonden natuurlijke of rechtspersoon; d) personen die in onderling overleg handelen.

Deze bepaling is overgenomen uit art. 2 van de transparantiewet van 2 maart 1989 ²².

Art. 33bis, § 2, derde lid, Venn.W. bepaalt uitdrukkelijk wat moet worden verstaan onder personen die in onderling overleg handelen, namelijk de personen die een overeenkomst ²³ hebben gesloten met als doel of als gevolg dat de betrokken partijen een parallelle houding aannemen voor het bezit, de verkrijging of de overdracht van effecten. Behoudens bewijs van het tegendeel worden geacht in onderling overleg te handelen de personen: a) die overeenkomsten hebben gesloten die een blokkering van de effecten, een goedkeuring of een soortgelijk mechanisme inhouden, voor het bezit, de verkrijging of de overdracht van effecten; b) die overeenkomsten hebben gesloten waarin een recht van voorkoop dan wel opties of verplichtingen tot aankoop of verkoop zijn bedongen; c) die gezamenlijk een vennootschap controleren die een quotum effecten bezit waarvoor kennisgeving verplicht is.

Deze bepaling is overgenomen uit artikel 7 van het K.B. van 10 mei 1989 op de openbaarmaking van belangrijke deelnemingen in ter beurze genoteerde vennootschappen ²⁴.

²⁰ In dezelfde zin: BOUCKAERT, F., o.c., in *Nieuwe vennootschappenwet 1991*, VAN BAELE, J. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1991, p. 107, nr. 6; LIEVENS, J., o.c., p. 13.

²¹ Alle aandelen met stemrechten, zowel kapitaalaandelen, als winstaandelen waaraan met toepassing van art. 75, eerste lid, Venn.W. door de statuten stemrecht wordt verleend: LIEVENS, J., o.c., p. 14.

²² Zie, voor een bespreking van de transparantiewet van 2 maart 1989 en het K.B. van 10 mei 1989, BRESSELEERS, G. en WOUTERS, J., «De openbaarmaking van belangrijke deelnemingen in ter beurze genoteerde vennootschappen», *R.W.*, 1989-90, 689-704; MEULEMANS, D., «De invoering van een wettelijke regeling inzake transparantie en openbare overname-aanbiedingen», *T.R.V.*, 1989, 239-272 en 373-402; KEUTGEN, G. en DAL, G.A., «La transparence de l'actionnariat», *J.T.*, 1989, 449-457; DE BAUW, F., «La déclaration des participations importantes dans les sociétés cotées en bourse», *T.B.H.*, 1990, 276 e.v.; VAN ACKER, C., «De transparantiewet», in *Financiële herregulering in België*, SCHRANS, G. en WYMEERSCH, E. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1991, pp. 301-356.

²³ In art. 7 van het K.B. van 10 mei 1989 werd het woord «akkoord» vermeld.

²⁴ Zie, voor een bespreking van de noodzaak van uitdrukkelijke opname van deze regeling in art. 33, § 2, *Parl.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1107/3, pp. 66-70.

¹⁷ *Parl.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1107/3, p. 64.

¹⁸ Er kan niet worden volstaan met een verantwoording te geven of zelfs maar een eenvoudige beschrijving van de inbrengen, de aangenomen waarderingsmethodes en de resultaten waartoe die leiden. Het belang van de kapitaalverhoging en dat van de inbrengen zijn weliswaar aan elkaar gebonden, maar toch moet een onderscheid worden gemaakt: het verslag van de raad van bestuur vereist een dubbele verantwoording, nl. de verantwoording waarom het type van inbreng in het belang is van de vennootschap, en de verantwoording van de kapitaalverhoging zelf. Het belang van een of ander goed voor de vennootschap impliceert niet noodzakelijk een kapitaalverhoging: Verslag Bankcommissie, 1986-87, pp. 66 e.v.

¹⁹ Cf. de formulering van de wet: «Die bevoegdheid kan niet worden toegekend voor kapitaalverhogingen...», LIEVENS, J., o.c., p. 15.

§ 3. Redactie van een bijzonder verslag vóór invoering of hernieuwing van het toegestane kapitaal

9. De door de wet van 5 december 1984 ingevoerde techniek van het toegestane kapitaal, waarbij door de algemene vergadering aan de raad van bestuur een bevoegdheid was verleend om het maatschappelijk kapitaal in een of meer malen tot (of met) een bepaald bedrag te verhogen, bood een grote soepelheid inzake optreden van de raad van bestuur. Alzo kon de raad van bestuur o.m. snel reageren op gunstige ontwikkelingen in de kapitaalmarkt.

In de oude regeling was alleen een informatieplicht post facta opgelegd: op grond van art. 77, vijfde lid, Venn.W. was de raad van bestuur gehouden om in het jaarverslag verslag uit te brengen omtrent de kapitaalverhoging door gebruik van de techniek van het toegestane kapitaal.

De nieuwe wet beoogt de doorzichtigheid ten aanzien van de aandeelhouders op dit vlak te vergroten door informatieverstrekking vooraf²⁵: wanneer de raad van bestuur aan de algemene vergadering voorstelt om deze bevoegdheid toe te kennen of te hernieuwen, moet hij een met redenen omkleed verslag opstellen waarin wordt aangegeven in welke bijzondere omstandigheden hij gebruik zal kunnen maken van het toegestane kapitaal en welke doeleinden hij daarbij nastreeft. Dit verslag moet in de agenda van de algemene vergadering worden vermeld en een afschrift wordt, samen met de oproepingsbrief, verzonden aan de houders van aandelen op naam en aan degenen die hebben voldaan aan de door de statuten voorgeschreven formaliteiten om tot de vergadering te worden toegelaten. De ratio legis van de wet is dat de vennootschap haar beleid met betrekking tot het toegestane kapitaal duidelijk omschrijft, hetgeen de doorzichtigheid ten opzichte van de aandeelhouders ten goede komt²⁶. Zodoende kunnen de verslagen de bestemming van de verschillende gedeelten van het toegestane kapitaal bepalen: uitgifte ten voordele van het personeel, uitgifte voor inbrengen in natura, uitgifte voor een inbreng in geld²⁷.

De concrete bepaling van de inhoud van dit verslag wordt niet in de wet geregeld: de wet stelt (alleen) als vereisten dat de bijzondere omstandigheden worden aangeduid waarin de raad van bestuur van het toegestane kapitaal gebruik zal kunnen maken en welke doeleinden hij daarbij nastreeft. M.i. kan er geen bezwaar bestaan tegen de beleidskeuze dat het verslag een groot aantal hypotheses bevat (waaronder bv. de hypothese dat de raad van bestuur op voor de vennootschap gunstige ontwikkelingen op de kapitaalmarkt kan reageren) en dat het verslag derhalve talrijke, doch duidelijk omschreven bevoegdheden inzake aanwending van het toegestane kapitaal bevat. De wet wordt nageleefd en haar ratio legis geëerbiedigd als de aandeelhouders hiervan vooraf werden ingelicht door het hun meegedeelde verslag, zodat de doorzichtigheid van de hele operatie voor hen gewaarborgd is.

De raad van bestuur die geen verslag zou redigeren of die de inhoud van het verslag zou miskennen door het kapitaal te verhogen in omstandigheden die niet in het verslag zijn vermeld, kan aansprakelijk zijn op grond van art. 62 Venn.W. of 1382 B.W. Een dergelijke kapitaalverhoging is niet conform het door de raad van bestuur geredigeerde verslag, miskent de goede trouw en kan om die reden nietig worden verklaard²⁸.

§ 4. De clause inzake het toegestane kapitaal bij de oprichting van de vennootschap

10. Doordat de nieuwe wet van 18 juli 1991 het vereiste heeft ingevoerd dat de raad van bestuur een met redenen omkleed verslag opstelt inzake de bijzondere omstandigheden en doeleinden van de aanwending van het toegestane kapitaal, rijst de vraag of het toegestane kapitaal nog in de statuten kan worden bepaald bij de oprichting van de vennootschap, gelet op het feit dat alsdan nog geen raad van bestuur bestaat.

Het verslag van de senaatscommissie vermeldt daarover: «De vertegenwoordiger van de Minister geeft de voorkeur aan de vermelding in het verslag dat wanneer een vennootschap wordt opgericht, zij niet kan voorzien wat haar toegestaan kapitaal zal zijn: zij moet een besluit afwachten van een algemene vergadering»²⁹. Deze opmerking is aanneembaar, aangezien de vermelding van het toegestane kapitaal in de oprichtingsakte, zonder een uitdrukkelijke beslissing van een raad van bestuur omtrent het met redenen omkleed verslag over de bijzondere omstandigheden en doeleinden van het toegestane kapitaal, niet mogelijk is.

Er is echter geen bezwaar tegen dat eerst de raad van bestuur die onmiddellijk na het verlijden van de oprichtingsakte bijeenkomt en die in de courante praktijk o.m. de voorzitter van de raad van bestuur en de gedelegeerde bestuurder benoemt en de zetel bepaalt, ook het door artikel 33bis, § 2, vereiste verslag opstelt, en dat de comparanten-oprichters alsdan het bedrag van het toegestane kapitaal vaststellen na kennisneming van dit verslag³⁰.

11. Het is te betreuren dat de wetgever het sedert de wet van 5 december 1984 in art. 33, § 2, eerste lid, bestaande verschil tussen de Franse en de Nederlandse tekst niet heeft opgeheven. Volgens de Nederlandse tekst kunnen de statuten aan de raad van bestuur de bevoegdheid toekennen om het maatschappelijk kapitaal in een of meer malen «tot» een bepaald bedrag te verhogen, terwijl de Franse tekst de term «à concurrence de», d.w.z. «met» een bepaald bedrag te verhogen, vermeldt³¹.

²⁸ In dezelfde zin: LIEVENS, J., o.c., p. 16, die hierbij terecht aanvoert dat zulks een schending uitmaakt van het beginsel van de goede trouw in de vennootschapsbetrekkingen. Zie aangaande dit beginsel o.m. RONSE, J. en GEENS, K., «Misbruik van minderheidspositie», in *Van vennootschappelijk belang, Liber amicorum J. Maeijer*, Zwolle, Tjeenk Willink, p. 227; zie ook, aangaande de sancties, BOUCKAERT, F., o.c., in *N.V. en B.V.B.A. na de wet van 18 juli 1991*, Jan Ronse Instituut (red.), pp. 17-18.

²⁹ *Parl.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1107/3, p. 75.

³⁰ BOUCKAERT, F., o.c., *Nieuwe vennootschappenwet 1991*, VAN BAELE, J. (red.), pp. 109-110, nr. 10; LIEVENS, J., o.c., p. 17.

³¹ Dit verschil werd reeds aan de kaak gesteld: BRAECKMANS, H., *Recente wijzigingen in het vennootschapsrecht*, Antwerpen, Centrum

²⁵ Memorie van toelichting, *Parl.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1107/1, pp. 18-19.

²⁶ Memorie van toelichting en senaatsverslag: *Parl.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1107/1, pp. 18-19, en nr. 1107/3, p. 55; BOUCKAERT, F., o.c., in *Nieuwe vennootschappenwet 1991*, VAN BAELE, J. (red.), p. 109.

²⁷ Cf. Verslag senaatscommissie, *Parl.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1107/3, p. 55.

In haar jaarverslag 1984-85³² heeft de Commissie voor het Bank- en Financiewezen (toen : Bankcommissie) een standpunt ingenomen ten aanzien van dit probleem : de nieuwe wettelijke regeling komt volgens de CBF neer op een statutaire bevoegdheidsdelegatie door de algemene vergadering aan de raad van bestuur om het geplaatste kapitaal «met» («à concurrence de») een bepaald bedrag te verhogen, ongeacht eventuele tussentijdse beslissingen van de algemene vergadering tot verhoging of vermindering van het geplaatste kapitaal. Het toegestane kapitaal is derhalve het bedrag ten belope waarvan de raad van bestuur het maatschappelijk kapitaal kan verhogen. De Franse tekst moet in casu worden verkozen : wanneer de raad van bestuur gemachtigd wordt het maatschappelijk kapitaal «met» een bepaald bedrag te verhogen, is hij gerechtigd dat te doen boven de tussentijdse kapitaalverhogingen van de algemene vergadering³³.

§ 5. Lamlegging van de raad van bestuur bij een openbaar overnamebod

12. Het K.B. van 8 november 1989 op de openbare overnameaanbiedingen en de wijziging in de controle op vennootschappen trad op 21 november 1989 in werking (Staatsblad van 11 november 1989). Dit K.B., genomen ingevolge de wet van 2 maart 1989, heeft dezelfde doelstellingen als die wet : het verzekeren van de behoorlijke informatie en de gelijke behandeling van de beleggers, alsook van de transparantie en de goede werking van de financiële markt³⁴.

Gelet op de grote rechtsonzekerheid die tot betwistingen in de Generale-zaak aanleiding heeft gegeven, wordt in dit K.B. grote aandacht besteed aan de beginfase van het openbaar bod (artt. 4 tot 7). De procedure begint met een kennisgeving aan de Commissie voor het Bank- en Financiewezen (CBF). Zij verkrijgt het monopolie over de openbaarmaking van het bod en zorgt voor de mededeling aan de vennootschap.

Het nieuwe art. 33bis, § 3, Venn.W. neemt art. 8 van het genoemde K.B. van 8 november 1989 over. De wetgever beoogde hierbij, met het oog op de rechtszekerheid, die bepaling te integreren in de vennootschappenwet en beklemtoonde hierdoor dat die bepaling moet passen in een algemeen en evenwichtig kader van maatregelen tot stabilisering van het aandeelhouderschap in de vennootschappen.

Vanaf de ontvangst door de CBF van de mededeling van het openbaar overnamebod en tot aan het einde van het bod, worden de bevoegdheden van de raad van bestuur van de doelwitvennootschap beperkt, en kunnen een aantal ver-

richtingen niet meer worden uitgevoerd dan bij besluit van de algemene vergadering.

De volgende bevoegdheden worden in dat geval ontnomen aan de raad van bestuur : 1) de verhoging van het kapitaal door inbreng in geld met beperking of opheffing van het voorkeurrecht³⁵ of door inbreng in natura³⁶; 2) de uitgifte van effecten of het verlenen van rechten om in te schrijven op aandelen of deze te verwerven zonder de effecten of rechten bij voorkeur aan te bieden aan de aandeelhouders naar evenredigheid van het deel van het kapitaal dat hun aandelen vertegenwoordigen. De ratio legis van deze bepaling is de stemkrachtverwatering tegen te gaan ; 3) het nemen van beslissingen of het uitvoeren van verrichtingen die een gevoelige wijziging in de samenstelling van de activa of de passiva van de vennootschap tot gevolg zou hebben en het aangaan van verplichtingen zonder tegenprestatie. De wetgever beoogt te voorkomen dat de promotor van het openbaar overnamebod, indien het succes heeft, aan het hoofd komt te staan van een vennootschap die haar belangrijkste elementen heeft verloren³⁷.

Op die beperkingen van de bevoegdheden van de raad van bestuur zijn belangrijke uitzonderingen gemaakt in art. 33, § 4. De bovenvermelde bepalingen mogen geen afbreuk doen aan de verplichtingen³⁸ die op geldige wijze zijn aangegaan vóór de ontvangst van de bovenvermelde mededeling van de Commissie voor het Bank- en Financiewezen. Door deze bepaling worden een aantal beschermingsconstructies die door verscheidene vennootschappen na de Generale-zaak waren opgebouwd, aanvaard en gered. Ook nieuwe beschermingsconstructies zijn eveneens geoorloofd indien de verbintenis tijdig is aangegaan. Bedoeld worden o.m. de beschermingsconstructie van de uitgifte van converteerbare obligaties, obligaties met warrants, of autonome warrants ook indien de uitgifte, de conversie of de uitoefening van het recht op inschrijving afhankelijk worden gesteld van de opschortende voorwaarde van een vijandig bod³⁹. Ook worden

³⁵ Deze bepaling ligt volledig in de lijn van het standpunt van de Commissie voor het Bank- en Financiewezen (*Jaarverslag*, 1986-87, p. 85) en van de Engelse City Code, rule 21. Het gegeven stond centraal in het Generale-dossier : NELISSEN GRADE, J.M., o.c., p. 44.

³⁶ Gelet op het feit dat voor dergelijke kapitaalverhogingen de regel van het voorkeurrecht niet van toepassing was : zie supra nr. 7.

³⁷ *Parl.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1107/1, p. 41. Bedoeld worden de verkoop van de zogenaamde «crown-jewels», of soortgelijke verrichtingen, die ertoe strekken de vennootschap te verarmen teneinde ze voor de bieder minder aantrekkelijk te maken : NELISSEN GRADE, J.M., o.c., p. 44, met verwijzing naar art. 8 van de dertiende richtlijn.

³⁸ Het is van belang deze verplichtingen zo nauwkeurig mogelijk te omschrijven. De verplichting moet door de vennootschap onbetwistbaar zijn aangegaan in tempore non suspecto. Het moet daarbij gaan om een voor de vennootschap bindende verplichting die in voorkomend geval voorwaardelijk kan zijn. Soortgelijke verbintenissen, die later tot stand komen, moeten uiteraard overeenkomstig de wet worden aangegaan : zie *Parl.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1107/1, p. 41.

³⁹ Zie, aangaande de diverse beschermingsconstructies, GEENS, K., «Beschermingsconstructies : enkele recente evoluties», in *Openbaar bod en beschermingsconstructies*, Jan Ronse Instituut (red.), Kalmthout, Biblo, pp. 77-118 ; GEENS, K. en VAN GERVEN, D., «Beschermingsmaatregelen voor de doelwitvennootschap in het kader van de nieuwe O.O.B.reglementering», *T.R.V.*, 1990, 395 e.v.

voor Beroepsvervolmaking in de Rechten (CBR), 26 mei 1986, pp. 18-19.

³² Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1984-85, pp. 58-59.

³³ BRAECKMANS, H., o.c., pp. 18-19.

³⁴ Zie uitvoerig aangaande deze wetgeving o.m. NELISSEN GRADE, J.M., «Het openbaar bod en de beursoverval na het De Benedetti K.B.», in *Openbaar bod en beschermingsconstructies*, Jan Ronse Instituut (red.), Kalmthout, Biblo, p. 30 e.v.; BRUYNEEL, A., «Les offres publiques d'acquisition», *J.T.*, 1990, 156 e.v., nrs. 46 e.v.; BUYTTEBIER, K. en DE SCHRYVER, V., «Het overnamebod op beursgenoteerde vennootschappen», in *Financiële herregulering in België*, SCHRANS, G. en WYMEERSCH, E., (red.), pp. 515-545.

o.m. bedoeld de zogenaamde «poison pills», zoals koopopties die aan derden worden verleend op bepaalde activa van de vennootschap (bv. op haar participaties).

Een tweede uitzondering staat toch aan de raad van bestuur een beperkt gebruik van het toegestane kapitaal buiten voorkeurrecht toe: de raad van bestuur mag het kapitaal verhogen indien hij daartoe uitdrukkelijk en vooraf is gemachtigd door de algemene vergadering die beslist zoals inzake statutenwijziging en die ten hoogste drie jaar voor de ontvangst van de bovenvermelde mededeling van de Commissie voor het Bank- en Financieuzen plaatsheeft en voor zover: 1) de uitgegeven aandelen die de kapitaalverhoging vertegenwoordigen, vanaf de uitgifte (inschrijving) volledig zijn volgestort; 2) de uitgifteprijs van de uitgegeven aandelen niet minder bedraagt dan de prijs van het bod; 3) het aantal uitgegeven aandelen niet meer bedraagt dan een tiende van de vóór de kapitaalverhoging uitgegeven aandelen die het kapitaal vertegenwoordigen⁴⁰.

Op grond van die regel wil de wetgever verhinderen dat aanzienlijke kapitaalverhogingen worden doorgevoerd zonder inachtneming van het voorkeurrecht, teneinde te beletten dat een onvriendelijk openbaar overnamebod wordt uitgebracht⁴¹. Op grond van artikel 33, § 5, Venn.W. is de raad van bestuur verplicht onmiddellijk en op omstandige wijze de bieder en de Commissie voor het Bank- en Financieuzen in kennis te stellen van de beslissingen bedoeld in art. 33, § 3, 1°, 2° en 3°, en in art. 34, § 4, 1° en 2°, Venn.W.: tijdens het openbaar overnamebod moet immers zowel de bieder als de Commissie voor het Bank- en Financieuzen worden ingelicht omtrent de belangrijke beslissingen, genomen hetzij door de algemene vergadering, hetzij door de raad van bestuur. De Commissie voor het Bank- en Financieuzen maakt die beslissingen openbaar.

§ 6. Nieuwe regelen inzake voorkeurrecht van de oude aandeelhouders

13. Zoals boven is opgemerkt, werd het voorkeurrecht van de oude aandeelhouders ingevoerd door de wet van 5 december 1984: de aandelen waarop in geld wordt ingeschreven, moeten eerst worden aangeboden aan de aandeelhouders naar evenredigheid van het kapitaal, door hun aandelen vertegenwoordigd (art. 34bis, § 1, Venn.W.).

De wet van 18 juli 1991 heeft niet geraakt aan de basisregel, en heeft alleen enkele wijzigingen en/of verbeteringen aangebracht.

A. Aandelen zonder stemrecht

14. Aan de aandelen zonder stemrecht — een belangrijke innovatie van de wet van 18 juli 1991, opgenomen in de nieuwe bepaling van art. 48 (zie infra nrs. 27 e.v.) — wordt eveneens een voorkeurrecht verbonden bij de uitgifte van nieuwe aandelen met of zonder stemrecht (art. 34bis, § 1, tweede

lid). Wanneer de kapitaalverhoging echter geschiedt door uitgifte van twee evenredige schijven van aandelen — de ene met en de andere zonder stemrecht — wordt de eerste schijf bij voorkeur aangeboden aan de houders van aandelen met stemrecht en de tweede schijf aan de houders van aandelen zonder stemrecht. Op grond van art. 34bis, § 1, tweede lid, laatste zin, Venn.W. is deze regeling op dezelfde wijze van toepassing bij de uitgifte van converteerbare obligaties en warrants.

B. Het recht van voorrang

15. De innovatie is opgenomen in art. 34bis, § 4, tweede lid, Venn.W.: bij beperking of opheffing van het voorkeurrecht kan de algemene vergadering of de raad van bestuur (nl. bij beperking of opheffing van het voorkeurrecht in het belang van de vennootschap bij kapitaalverhoging binnen de grenzen van het toegestane kapitaal) bepalen dat bij de toekenning van nieuwe aandelen voorrang wordt verleend aan de vroegere aandeelhouders. In dat geval moet de inschrijvingstermijn minimaal tien dagen bedragen.

→ Wat is de ratio legis van de invoering van dit recht van voorrang? In de memorie van toelichting werd deze innovatie vooral geargumenteed vanuit de ervaring dat uitgiften (door beursgenoteerde vennootschappen) steeds vaker geschieden tegen de koers of tegen een prijs die de beurskoers van de vroegere aandelen benadert, hetzij om de aandeelhoudersstructuur uit te breiden, hetzij om een vermindering van de rechten van de bestaande aandeelhouders te voorkomen⁴². In die omstandigheden is het voorkeurrecht in beginsel echter waardeloos en is het risico van een mislukking aanzienlijk omdat derden niet kunnen inschrijven. Anderzijds was het voor de oude aandeelhouders hinderlijk dat een groot publiek op de aandelen kon inschrijven en zij hiervan nadelen, zoals bv. een kleinere winstdeling, ondervonden. Dat was des te pijnlijker wanneer tijdens de uitgifte een koersstijging plaatshad, die de uitgifteprijs te boven ging.

Het recht van voorrang werd also geïntroduceerd als een middel tot bescherming van de oude aandeelhouders⁴³. Het is vanzelfsprekend dat een recht van voorrang alleen kan worden ingevoerd bij een kapitaalverhoging buiten voorkeurrecht. Bij toekenning van de aangeboden effecten en wanneer de vraag naar effecten het aanbod overtreft, wordt voorrang verleend aan de inschrijvingen met een recht van voorrang en komen alleen de andere inschrijvingen voor een vermindering in aanmerking⁴⁴.

⁴² Zie memorie van toelichting, *Parl.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1107/1, p. 48.

⁴³ Zie memorie van toelichting, *Parl.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1107/1, p. 48.

⁴⁴ Een typisch voorbeeld van opheffing van het voorkeurrecht en invoering van het recht van voorrang was de uitgifte door Cockerill-Sambre van 35 miljoen tijdelijk bevoorrechte aandelen met warrants. Op grond van art. 34, § 4, Venn.W. had de raad van bestuur verantwoord dat, in het belang van de vennootschap, van het voorkeurrecht werd afgeweken: verbetering van de financiële structuur, uitbreiding van het privé-aandeelhouderschap, bevordering van de liquiditeit van de effecten en van de toegang tot de kapitaalmarkt. Het F.S.N.W., dat 98,2% van het kapitaal van Cockerill-Sambre bezit, had afgezien van de inschrijving op de kapitaalverhoging ten voordele van de andere aandeelhouders en aan het personeel werd

⁴⁰ Zie, voor een kritiek op deze bepaling, NELISSEN GRADE, J.M., o.c., p. 46, die stelt dat de beperking van het gebruik van het toegestane kapitaal tot 10% van de aandelen een belangrijke en overdreven hinderpaal vormt bij de bescherming van de bedoelde vennootschap.

⁴¹ *Parl.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1107/3, p. 43.

C. Opheffing of beperking van het voorkeurrecht door de raad van bestuur ten gunste van een of meer bepaalde personen

16. In art. 34bis, § 3, tweede lid, Venn.W. wordt een nieuwe beperking ingevoerd met betrekking tot de aan de raad van bestuur toegekende bevoegdheid om, in het belang van de vennootschap, het voorkeurrecht te beperken of op te heffen: de raad van bestuur kan het voorkeurrecht slechts beperken of opheffen ten gunste van een of meer bepaalde personen⁴⁵, andere dan personeelsleden⁴⁶ van de vennootschap of haar dochtervennootschappen, indien die mogelijkheid uitdrukkelijk in de statuten is vermeld. De ratio legis van deze bepaling is duidelijk: de beperking of opheffing ten gunste van bepaalde personen is meestal niet bedoeld om nieuwe middelen in de vennootschap te brengen, maar om de macht van bepaalde aandeelhouders te beschermen⁴⁷. Dit gevaar is des te groter, nu in de courante praktijk de meerderheid van de raad van bestuur de emanatie is van de meerderheid der aandeelhouders. Het is derhalve van belang om aangaande de al of niet invoering van deze statutaire regeling reflectie te maken bij de oprichting. De beperking of opheffing van het voorkeurrecht door de algemene vergadering kan geschieden zonder statutaire regeling.

D. Nieuwe bijzondere voorwaarden bij beperking of opheffing van het voorkeurrecht (art. 34bis, § 4bis)

17. In de gevallen waarin de beperking of opheffing van het voorkeurrecht door de raad van bestuur of door de algemene vergadering niet geschiedt ten gunste van personeelsleden van de vennootschap of van een van de dochtervennootschappen van de vennootschap, moeten drie nieuwe door de wet van 18 juli 1991 ingevoerde voorwaarden worden vervuld:

1° De identiteit van de begunstigde of begunstigten van de beperking of opheffing van het voorkeurrecht moet worden vermeld in het door de raad van bestuur te redigeren omstandig verslag dat inzonderheid betrekking heeft op de uitgiftekoers en op de financiële gevolgen van de verrichting voor de aandeelhouders. De identiteit van de begunstigde(n) moet eveneens worden vermeld in de oproeping.

2° Voor de beursgenoteerde vennootschappen mag de uitgifteprijs niet minder bedragen dan het gemiddelde van de koersen gedurende de dertig dagen voorafgaand aan de aanvangsdatum van de uitgifte, en voor de niet-beursgenoteerde vennootschappen moet de uitgifteprijs ten minste gelijk zijn aan de vastgestelde intrinsieke waarde van het effect die, behoudens eenparig akkoord tussen de aandeelhouders, wordt vastgesteld op grond van een verslag van de commissaris-revisor (of bij ontstentenis: bedrijfsrevisor of externe IDAC-accountant).

een recht van voorrang («droit de priorité») tot intekening ten belope van 2.200.000 aandelen toegekend: *Parl.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1107/3, p. 79.

⁴⁵ Het komt de Koning toe het begrip «bepaalde personen» te omschrijven: zie art. 53 van de wet van 18 juli 1991.

⁴⁶ De hierbij voor de personeelsleden gemaakte uitzondering is in overeenstemming met de tweede E.E.G.-richtlijn.

⁴⁷ LIEVENS, J., o.c., p. 24, met verwijzing naar het verslag van de kamercommissie: *Parl.St., Kamer*, 1990-91, nr. 1645/2, p. 17.

3° Het door de raad van bestuur te redigeren omstandig verslag moet ook de weerslag vermelden van de voorgestelde uitgifte op de toestand van de vroegere aandeelhouder, in het bijzonder wat diens aandeel in de winst en het eigen vermogen⁴⁸ betreft. Een omstandig advies van de commissaris-revisor (bedrijfsrevisor, externe IDAC-accountant) omtrent de elementen op grond waarvan de uitgifteprijs is berekend, alsmede omtrent de verantwoording ervan, is vereist⁴⁹.

E. Afwijking van de termijn van uitoefening van het voorkeurrecht

18. Het nieuwe art. 34bis, § 4, eerste lid, Venn.W. bepaalt dat de algemene vergadering die het voorkeurrecht beperkt of opheft, ook kan afwijken van de termijn van vijftien dagen gedurende welke het voorkeurrecht kan worden uitgeoefend.

IV. Aandelen

§ 1. Aandeelhoudersovereenkomsten: goedkeurings- en voorkoopclausules en overeenkomsten inzake uitoefening van stemrecht

A. Algemene beschouwingen

19. Het fenomeen van de aandeelhoudersovereenkomst⁵⁰ is reeds vele decennia bekend in de N.V.-praktijk: talrijke familiebedrijven gebruikten deze buitenstatutaire overeenkomsten (of statutaire bedingen) om het aandelenbezit in handen van de familie of in bevriende handen te houden.

De wetgever beoogde thans de onzekerheid over de rechtsgeldigheid van die overeenkomsten op te heffen en de voorwaarden voor de rechtsgeldigheid ervan vast te stellen⁵¹. Of de wetgever alle onzekerheid heeft weggenomen,

⁴⁸ De door de wet gebruikte term «eigen kapitaal» is ongelukkig. De Franse tekst vermeldt het meervoud «capitaux propres»; cf. LIEVENS, J., o.c., p. 24.

⁴⁹ Zie, meer uitvoerig, BOUCKAERT, F., o.c., in *N.V. en B.V.B.A. na de wet van 18 juli 1991*, pp. 23-25.

⁵⁰ De term werd o.m. aangewend door L. WEYTS, «De redactie van de aandeelhoudersovereenkomst», in *Liber amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story-Scientia, 1986, pp. 413-431. De ook vaak in de praktijk gebruikte term syndicaire overeenkomst is veel minder duidelijk en is niet verkieslijk. Zie, voor een uitvoerige commentaar van dit fenomeen vóór de wetswijziging, VAN OMMESELAGHE, P., «Les conventions d'actionnaires en droit belge», *R.P.S.*, 1989, 289 e.v.; NELISSAN GRADE, J.M., «De la validité et de l'exécution de la convention de vote dans les sociétés anonymes», noot onder Cass., 13 april 1989, *R.C.J.B.*, 1991, 214-257, met een uitvoerig citaat van de rechtsleer, p. 217, noot 3.

⁵¹ *Parl.St., Senaat*, 1991, nr. 1107/3, p. 88. Zie voor een commentaar van de nieuwe wet de waardevolle bijdrage van NELISSAN GRADE, J.M., «Goedkeurings- en voorkoopclausules in de naamloze vennootschap, overeenkomsten betreffende de uitoefening van het stemrecht», in *N.V. en B.V.B.A. na de wet van 18 juli 1991*, Jan Ronse Instituut (red.), pp. 53-90; zie ook GEENS, K., «Overdrachtbeperkingen in naamloze vennootschappen zijn niet meer zo vanzelfsprekend», *Balans*, 8 november 1991, 1-2; CORBISIER, I., «Les conventions d'actionnaires», in *Le nouveau droit belge des sociétés*, Louvain-la-Neuve, 3 december 1991, 44 pp.; BERQUIN, H., «Juridische aspecten

moet in ieder geval worden betwijfeld in het raam van de hiernavolgende beschouwingen.

In de verscheidenheid van mogelijke regelingen tussen aandeelhouders heeft de wetgever een onderscheid gemaakt tussen enerzijds de goedkeurings- en voorkoopclausules en anderzijds de overeenkomsten inzake uitoefening van stemrecht (zogenaamde stemovereenkomsten of stemafspraken)⁵².

De goedkeurings- en voorkoopclausules worden op omvangrijke wijze geregeld in art. 41, §§ 2 tot 4, de zogenaamde stemafspraken krijgen een wettelijke onderbouw in art. 74ter Venn.W.

De nieuwe regeling stuit op vele bezwaren bij de praktische toepassing. Bovendien worden een aantal modaliteiten van de goedkeurings- en voorkoopclausules wettelijk geregeld, zodat de voorheen bestaande vrijheid van de aandeelhouders (wilsautonomie) in aanzienlijke mate wordt beknot. De interventie van de wetgever op dit gebied is in die optiek slecht te noemen.

De *goedkeuringsclausule* houdt in dat de overdracht van de aandelen onderworpen wordt aan een voorafgaande goedkeuring door de raad van bestuur (of een ander orgaan of een bepaalde persoon). Door de invoering van een dergelijke clausule kunnen aspirant-aandeelhouders worden geweerd en kan het besloten karakter van de vennootschap gewaarborgd worden. Een *voorkoopclausule* is een clausule op grond waarvan een aandeelhouder gehouden is om, in geval van overdracht van zijn aandelen, deze eerst aan te bieden aan de andere aandeelhouders.

Ten aanzien van de *stemovereenkomsten* heerste lange tijd grote terughoudendheid. In de rechtsleer werd aanvaard dat het tussen de aandeelhouders mogelijk moet zijn om, ook in het belang van de vennootschap, onderlinge afspraken te maken, doch elke aandeelhouder uiteindelijk toch van zijn stemrecht, zijnde een aan zijn aandeel verbonden fundamenteel recht, gebruik moet kunnen maken⁵³.

In het belangrijke arrest van het Hof van Cassatie van 13 april 1989 werden de stemovereenkomsten als geldig gekwalificeerd mits bepaalde voorwaarden zijn vervuld⁵⁴.

Het is betreurenswaardig dat de wetgever geen duidelijke gehele regeling heeft uitgebouwd van de aandeelhoudersovereenkomsten: de goedkeurings- en voorkoopclausules worden nader bepaald en omschreven in art. 41, §§ 2 tot 4, Venn.W., de stemovereenkomsten worden geregeld in art. 74ter Venn.W. Het totaal gebrek aan een goed, doorzichtige

wetgeving blijkt tevens uit het feit dat de sanctie voor de schending van art. 41, §§ 2 tot 4, is neergelegd in art. 74ter, § 2.

Bovendien rijzen nu reeds problemen in de praktijk, zoals o.m. de vraag of de goedkeurings- en voorkoopclausules slechts kunnen worden overeengekomen voor een periode van vijf jaar, aangezien art. 74ter, § 1, bepaalt: «Aandeelhoudersovereenkomsten kunnen de uitoefening van het stemrecht regelen. Dergelijke overeenkomsten kunnen evenwel niet worden gesloten voor een periode van meer dan vijf jaar.»

↪ M.i. is in dezen argumenteerbaar dat aandeelhoudersovereenkomsten die alleen goedkeurings- en voorkoopclausules inhouden, en geen regeling bevatten aangaande de uitoefening van het stemrecht, niet beheerst worden door de in art. 74ter, § 1, opgenomen beperking van vijf jaar: deze bepaling inzake duurbeperking regelt louter en alleen de aandeelhoudersovereenkomsten die de uitoefening van het stemrecht inhouden. Uit de tekst van de wet kunnen dien-aangaande twee argumenten worden geput. De tweede zin van art. 74ter, § 1 («Dergelijke overeenkomsten») heeft duidelijk alleen betrekking op de aandeelhoudersovereenkomsten die de uitoefening van het stemrecht regelen. Bovendien wordt de sanctie op een schending van art. 41, §§ 2 tot 4, geregeld in een andere paragraaf, nl. 74ter, § 2 («aandeelhoudersovereenkomsten die strijdig zijn met de §§ 2 tot 4 van artikel 41 zijn nietig») en is noch in art. 74, § 2, noch in art. 41, §§ 2 tot 4, sprake van enige tijdslimiet van vijf jaar. Ook in de parlementaire voorbereiding wordt de cesuur tussen enerzijds goedkeurings- en voorkoopclausules en anderzijds stemafspraken beklemtoond⁵⁵.

Op die gronden moet afstand worden genomen van de stelling van Lievens, die de duurbeperking van vijf jaar van toepassing acht op alle aandeelhoudersovereenkomsten, zowel op goedkeurings- en voorkoopclausules als op stemovereenkomsten⁵⁶.

B. Goedkeurings- en voorkoopclausules

20. In de parlementaire voorbereiding m.b.t. de goedkeurings- en voorkoopclausules wordt het principe van de vrije verhandelbaarheid van de aandelen van een N.V. beklemtoond: in de N.V., zijnde een kapitaalvennootschap, speelt de persoon van de inbrenger geen rol⁵⁷.

Niettemin wordt de mogelijkheid uitdrukkelijk erkend om via goedkeurings- of voorkoopclausules de vrije overdracht van de aandelen te beperken en also aan de N.V. een besloten karakter te geven: statuten, authentieke akten betreffende de uitgifte van converteerbare obligaties of warrants en aandeelhoudersovereenkomsten kunnen de overdraagbaarheid van aandelen op naam of aan toonder (van war-

ten», in *Praktijkids KMO-overdracht*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1992, pp. 131 e.v.

⁵² Cf. aangaande deze omschrijving *Parl.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1107/1, p. 52.

⁵³ Zie vnl. MAEYENS, L. en ROOSE, P., «Syndicats d'actionnaires de société anonyme», *R.P.S.*, 1964, 62 e.v.; RONSE, J., «Overzicht van rechtspraak», *T.P.R.*, 1967, 705; VAN RYN, J. en VAN OMMESELAGHE, P., «Examen de jurisprudence», *R.C.J.B.*, 1973, 408; RESTEAU, CH., BENOIT-MOURY, A. en GRÉGOIRE, A., *Traité*, II, pp. 422 e.v., nrs. 1227 e.v.

⁵⁴ Zie infra; Cass., 13 april 1989, *R.W.*, 1989-90, 253, *T.R.V.*, 1989, 326, met noot van WYCKAERT, M., «De geldigheid van stemovereenkomsten betreffende de besluitvorming ter algemene vergadering — De ad nutum herroepbaarheid van het bestuursmandaat», *R.C.J.B.*, 1991, 205, met de noot van NELISSEN GRADE, J.M., bovengenoemd, *J.T.*, 753, met noot MICHIELS, D.

⁵⁵ *Parl.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1107/3, p. 88, al. 3 («Het ontwerp heeft in de veelheid van mogelijke afspraken een onderscheid gemaakt...») en p. 89, al. 1 («In de hele problematiek over de rechtsgeldigheid van de aandeelhoudersovereenkomst moet er een onderscheid worden gemaakt ...»).

⁵⁶ LIEVENS, J., o.c., p. 30.

⁵⁷ *Parl.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1107/3, p. 93.

rants en van converteerbare obligaties) beperken (art. 41, § 2, Venn.W.)⁵⁸.

Alle vormen van overdracht van aandelen kunnen door de goedkeurings- en voorkoopclausules worden beheerst: zowel elke handeling onder bezwarende titel tussen aandeelhouders (verkoop, ruil, inbreng) als een schenking⁵⁹.

De wet bevat twee belangrijke beperkingen, nl. de onmogelijkheid van toepassing van de goedkeurings- en voorkoopclausules in «familieaangelegenheden» en de beperking van deze clausules in de tijd.

21. Een van de ongelukkigste – en voor ernstige kritiek vatbare – bepalingen van de nieuwe wet is de uitzonderingsbepaling, neergelegd in de aanhef van art. 41, § 2: «Behoudens (cf. de Franse tekst: «sauf») de gevallen van erfopvolging, van vereffening van de gemeenschap tussen echtgenoten of van overdracht, hetzij aan een echtgenoot, hetzij aan een bloedverwant in de opgaande of neerdalende lijn...»

De gevallen van erfopvolging, van vereffening van de gemeenschap tussen echtgenoten of van overdracht aan een echtgenoot of bloedverwant in opgaande of neerdalende lijn kunnen blijkens die bepaling niet geregeld worden in een goedkeurings- of voorkoopclausule⁶⁰.

De mogelijkheid tot regeling via statuten of aandeelhoudersovereenkomsten van de overdrachten in familieverband wordt op die wijze zeer ernstig beknot. De keuze voor de N.V., louter en alleen gepaard gaand met een goedkeurings- of voorkoopclausule, lijkt in die omstandigheden niet meer aangewezen voor het «besloten familiebedrijf». Holdingstructuren of keuze voor andere vennootschapstypes kunnen een uitweg vormen. Men kan hierbij zelfs de vraag stellen of de wetgever alle consequenties van deze verregaande regeling heeft ingezien. Vervanging van het woord «behoudens» door «onverminderd» zou reeds een oplossing zijn voor deze zeer te bekritisieren bepaling.

22. De beperking in de tijd wordt omschreven in art. 41, § 2, eerste lid, in fine, Venn.W.: de toepassing van de goedkeurings- of voorkoopclausules mag niet tot gevolg hebben dat de onoverdraagbaarheid van de aandelen (warrants en converteerbare obligaties) wordt verlengd met meer dan drie maanden, te rekenen van de datum van het verzoek om goedkeuring of van de uitnodiging om het recht van voorkoop uit te oefenen⁶¹.

Indien binnen drie maanden vanaf het gedane verzoek om goedkeuring of vanaf de uitnodiging tot uitoefening van het recht van voorkoop het akkoord met de overdracht wordt

verleend, kan de overdracht plaatshebben⁶². Wanneer binnen die termijn geen beslissing is genomen, is de overdrager vrij. Indien de overdracht echter niet wordt goedgekeurd of indien de wens wordt uitgedrukt om het voorkooprecht uit te oefenen, loopt een tweede termijn van drie maanden, die een aanvang neemt op het einde van de tweede maand van de eerste driemaandentermijn. In een dergelijk geval wordt de totale periode derhalve verlengd tot vijf maanden vanaf het verzoek om goedkeuring of vanaf de uitnodiging tot uitoefening van het recht van voorkoop.

Gedurende die tweede periode van drie maanden die een aanvang neemt op het einde van de tweede maand van de eerste driemaandentermijn, moeten de aandelen worden verkregen door de voorgestelde koper (art. 41, § 2, tweede lid). De term «verkrijgen» wordt hier klaarblijkelijk aangewend in de gemeenrechtelijke betekenis van art. 1583 B.W., namelijk de verkrijging van eigendom door de koper zodra er overeenkomst is over zaak en prijs (hoewel de zaak nog niet geleverd is en de prijs nog niet betaald)⁶³.

De prijs wordt bepaald door de cedent. Indien er echter geen overeenstemming kan worden bereikt (o.m. wanneer de door de cessionaris geboden prijs lager ligt dan de door de cedent bepaalde prijs) moet de in art. 41, § 2, tweede lid, voorgeschreven procedure worden gevolgd: in gemeenschappelijk overleg tussen partijen wordt een deskundige aangesteld overeenkomstig art. 1851 B.W., of, indien geen overeenstemming wordt bereikt over de deskundige, wordt een deskundige aangesteld door de voorzitter van de rechtbank van koophandel die uitspraak doet als in kort geding.

De door de deskundige vastgestelde prijs kan volgens art. 1854 B.W. worden betwist, nl. wanneer hij blijkbaar strijdig is met de billijkheid. Marginale toetsing (cf. «kennelijk onbillijk») is hier mogelijk.

De nieuwe wet bevat geen specifieke sancties bij miskenning door een der partijen van de goedkeurings- en voorkoopclausules⁶⁴.

23. Art. 41, §§ 3 en 4, bevat een regeling met betrekking tot de goedkeurings- en voorkoopclausules bij een openbaar bod. De wetgever heeft hierbij de tekst overgenomen van art. 16 van het K.B. van 8 november 1989 op de openbare overnameaanbiedingen, zodat elke discussie inzake de rechtsgeldigheid van deze bepaling verdwenen is.

⁵⁸ De wetgever heeft zich laten inspireren door de Franse wetgeving: *Parl. St., Senaat*, 1990-91, nr. 1107/3, p. 94-95. Zie aangaande de aanvaardingsclausule o.m. GEENS, K., «Vooronderstelt een aanvaardingsclausule in een naamloze vennootschap dat de aandelen op naam zijn?», *T.R.V.*, 1989, 414-422.

⁵⁹ *Parl. St., Senaat*, 1990-91, nr. 1107/3, p. 99; LIEVENS, J., o.c., p. 31, die terecht opmerkt dat fusie en splitsing hierbij niet worden bedoeld. De wet zou niet van toepassing zijn op koop- en verkoopbeloften (put- en callopties): NELISSEN GRADE, J.M., o.c., in *N.V. en B.V.B.A. na de wet van 18 juli 1991*, Jan Ronse Instituut (red.), p. 65.

⁶⁰ Zie, voor een commentaar van deze gevallen, LIEVENS, J., o.c., pp. 32-34, en de verwijzingen aldaar.

⁶¹ Teneinde discussie omtrent de ingangsdatum van die termijn te vermijden, is het aangewezen het verzoek te doen bij aangetekende brief of gerechtsdeurwaardersexploot.

⁶² Merk op dat de wet geen bepaling inhoudt over aan wie de goedkeuring toekomt. Deze bevoegdheid kan worden toegekend aan de raad van bestuur, aan de algemene vergadering van aandeelhouders of zelfs aan een derde (bv. de syndicus); zie, voor een uitvoerige bespreking van de werking van de goedkeurings- en voorkoopclausules, NELISSEN GRADE, J.M., o.c., in *N.V. en B.V.B.A. na de wet van 18 juli 1991*, Jan Ronse Instituut (red.), pp. 68 e.v.

⁶³ Vraag is of de in art. 41, § 2, opgenomen termijnen kunnen worden verlengd. Aanvaard wordt dat, met toepassing van art. 1244 B.W., uitstel kan worden verleend. Lievens plaatst hierbij een zeer waardevolle bemerking: de rechter kan met toepassing van art. 1244 B.W. uitstel verlenen voor zover de in art. 41, § 2, vermelde termijnen in de statuten of in de aandeelhoudersovereenkomsten zijn overgenomen: de rechter kan immers alleen prestatie-uitstel verlenen m.b.t. hetgeen contractueel is vastgelegd: LIEVENS, J., o.c., p. 36.

⁶⁴ Zie dienaangaande o.m. LIEVENS, J., o.c., 39; VAN OMMESLAGHE, P., o.c., *R.P.S.*, 1989, 303 e.v., en de verwijzingen aldaar.

Merk op dat deze wetgeving blijkbaar geïnspireerd is op de Assubel-zaak⁶⁵. Deze formule brengt een bevredigend evenwicht tot stand tussen de bescherming van de vennootschap en de belangen van de aandeelhouders: de raad van bestuur behoudt het recht om een vijandig bod af te slaan aan de hand van deze beschermingsconstructie, waarbij het recht van de aandeelhouders om tegen de prijs van het bod uit te treden niet in het gedrang wordt gebracht⁶⁶.

Op grond van art. 41, § 4, Venn.W. kan de goedkeuringsclausule door de raad van bestuur van de bedoelde vennootschap worden tegengeworpen aan de bieder voor zover de weigering van de goedkeuring is verantwoord op grond van een blijvende en niet-discriminerende toepassing van de door de raad van bestuur vastgestelde en aan de CBF meegedeelde goedkeuringsregels en deze goedkeuringsclausules zijn opgenomen in de statuten (authentieke akten van uitgifte van converteerbare obligaties of warrants)⁶⁷.

24. Aandeelhoudersovereenkomsten die strijdig zijn met de paragrafen 2 tot 4 van art. 41 Venn.W. zijn nietig. Zulks wordt uitdrukkelijk bepaald in art. 74ter, § 2, Venn.W.⁶⁸.

C. Overeenkomsten inzake uitoefening van stemrecht

25. De overeenkomsten inzake uitoefening van stemrecht (zogenaamde stemovereenkomsten of stemafspraken) worden geregeld in art. 74ter Venn.W. Op grond van het zeer belangrijke arrest van het Hof van Cassatie van 13 april 1989 zijn stemovereenkomsten geldig indien zij de aandeelhouder

niet het recht ontzeggen deel te nemen aan de vennootschappelijke besluitvorming, in overeenstemming zijn met het belang van de vennootschap en niet door een of andere vorm van bedrog zijn aangetast⁶⁹.

De wetgever heeft deze evolutie in de rechtspraak neergelegd in een wet: stemovereenkomsten zijn in principe geldig. Anders dan aandeelhoudersovereenkomsten inhoudende goedkeurings- of voorkoopclausules, kunnen aandeelhoudersovereenkomsten die het stemrecht regelen echter slechts worden gesloten voor een duur van vijf jaar (cf. supra).

Het nieuwe art. 74ter, § 1, tweede lid, voegt hieraan een aantal nietigheidsgronden toe. Nietig zijn: 1° stemovereenkomsten die strijdig zijn met de vennootschappenwet⁷⁰ of met het belang van de vennootschap⁷¹; 2° overeenkomsten waarbij een aandeelhouder zich ertoe verbindt te stemmen overeenkomstig de richtlijnen van de vennootschap, van een dochtervennootschap of van een van de organen van de vennootschap; 3° overeenkomsten waarbij een aandeelhouder zich tegenover de vennootschap, een dochtervennootschap of de organen van die vennootschappen verbindt om de voorstellen van de organen van de vennootschap goed te keuren⁷². Dergelijke bijzondere, door de vennootschappenwet ingestelde nietigheden doen geen afbreuk aan de gemeenschappelijke nietigheid (bv. van bedrog).

De nietigheid is absoluut: dat blijkt duidelijk uit de parlementaire voorbereiding en uit de aard van de door deze regels beschermde belangen⁷³.

Wanneer slechts bepaalde bedingen van de overeenkomst strijdig zijn met de bepalingen van art. 74ter Venn.W., kan de leer van de partiële nietigheid toepassing vinden⁷⁴.

26. Artikel 74ter, § 3, bepaalt dat stemmen uitgebracht tijdens een algemene vergadering op grond van overeenkomst

⁶⁵ Zie aangaande de Assubel-zaak: Kort geding Kh. Brussel, 5 januari 1988, *J.T.*, 1988, 69; Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1987-88, 87-93. Zie, voor een bespreking, NELISSEN GRADE, J.M., «Het openbaar bod en de beursoverval na het De Benedetti K.B.», in *Openbaar bod en beschermingsconstructies*, Jan Ronse Instituut (red.), 52-54; BRUYNEEL, A., «Les offres publiques d'acquisition», *J.T.*, 1990, 171, nr. 81.

⁶⁶ NELISSEN GRADE, J.M., o.c., in *Openbaar bod en beschermingsconstructies*, Jan Ronse Instituut (red.), p. 53, nr. 33.

⁶⁷ Deze clausule is op maat geschreven voor een grote Belgische vennootschap wier raad van bestuur zijn goedkeuring slechts pleegt te geven wanneer de cessionaris een natuurlijke persoon is; cf. het in de senaatscommissie geciteerde voorbeeld (*Parl.St.*, *Senaat*, 1990-91, nr. 1107/3, p. 98): a) de aandeelhouder kan vrij aandelen van de vennootschap overdragen onder de levenden hetzij om niet, hetzij onder bezwarende titel, ten voordele van een natuurlijke persoon; b) indien de verwerver een rechtspersoon is, is de overdracht van de aandelen afhankelijk van de goedkeuring; c) in alle gevallen waarin de verwerver van de aandelen een rechtspersoon is, is de verwerving afhankelijk van de voorafgaande goedkeuring door de raad van bestuur. In het aangehaalde voorbeeld betekenen de woorden «blijvende en niet-discriminerende toepassing» dat de raad van bestuur de rechtspersonen op constante en niet discriminerende wijze moet verhinderen aandeelhouder te worden van de vennootschap. Zie ook NELISSEN GRADE, J.M., o.c., in *Openbaar bod en beschermingsconstructies*, Jan Ronse Instituut (red.), p. 54.

⁶⁸ Nergens wordt in de wet een uitzondering gemaakt op het gemeene recht, zodat de leer van de partiële nietigheid toepassing vindt: de aandeelhoudersovereenkomst zal alleen dan in haar geheel nietig worden verklaard wanneer de nietige bedingen een onplitsbaar geheel uitmaken met de andere bedingen van de overeenkomst: VAN GERVEN, W., *Algemeen deel*, p. 426; LIEVENS, J., o.c., p. 130, en de verwijzingen aldaar; Cass., 27 februari 1959, *Pas.*, 1959, I, 653; VAN OMMESSLAGHE, P., «Examen de jurisprudence. Les obligations», *R.C.J.B.*, 1975, 617.

⁶⁹ Cass., 13 april 1989, *R.W.*, 1989-90, 253, *J.T.*, 1990, 753, *R.C.J.B.*, 1991, 205, en de voor de doctrine waardevolle noot van NELISSEN GRADE, J.M., «De la validité et de l'exécution de la convention de vote dans les sociétés commerciales», en de p. 217 in noot 3 geciteerde rechtsleer. Zie ook WYCKAERT, M., «De geldigheid van stemovereenkomsten betreffende de besluitvorming ter algemene vergadering. De ad nutum herroepbaarheid van het bestuurdersmandaat», *T.R.V.*, 1989, 326; zie ook WEYTS, L., «De redactie van de aandeelhoudersovereenkomst», *Liber amicorum Jan Ronse*, p. 413; VAN OMMESSLAGHE, P., «Les conventions d'actionnaires en droit belge», *R.P.S.*, 1989, 309 e.v.

⁷⁰ Dat zou o.m. het geval zijn als de stemovereenkomsten de afzetbaarheid van de bestuurders geheel of ten dele beperken, o.m. door opzeggingstermijnen of vergoedingen, of wanneer zij de wettelijke taakverdeling tussen de organen aantasten: NELISSEN GRADE, J.M., o.c., *R.C.J.B.*, 1991, 247-249; LIEVENS, J., o.c., p. 127.

⁷¹ Zie aangaande het begrip vennootschapsbelang o.m. vnl. GEENS, K., «Het toegestaan kapitaal als afweermechanisme tegen overvallen», *T.R.V.*, 1988, 133 e.v., vnl. pp. 138-139; NELISSEN GRADE, J.M., o.c., *R.C.J.B.*, 1991, 234, nr. 35: «... l'intérêt de la société implique son existence, sa continuité, son développement, sa capacité à dégager des bénéfices, le tout dans l'intérêt de l'ensemble de ses actionnaires actuels et futurs.» In ieder geval is dit begrip niet identiek met het belang van de meerderheidsaandeelhouder.

⁷² Cf. reeds in de rechtsleer vóór de wetwijziging: WEYTS, L., o.c., in *Liber amicorum Jan Ronse*, p. 423.

⁷³ Zie vnl. *Parl.St.*, *Senaat*, 1990-91, nr. 1107/3, p. 121 (bescherming van het algemeen belang).

⁷⁴ Cf. supra voetnoot 68.

sten bedoeld in de §§ 1, tweede lid, en 2, nietig zijn. De gebrekkige formulering van deze wetgeving blijkt opnieuw: art. 74ter, § 2, heeft betrekking op aandeelhoudersovereenkomsten inhoudende goedkeurings- en voorkoopclausules, zodat uit hoofde van dergelijke overeenkomsten geen stemmen worden uitgebracht zoals verkeerdelijk bepaald in art. 74, § 3.

Die stemmen brengen de nietigheid mee van de genomen beslissingen, tenzij zij geen enkele invloed hebben gehad op de geldigheid van de gehouden stemming (art. 74ter, § 3, tweede zin). De omkering van de bewijslast houdt in dat het bewijs moet worden geleverd niet alleen dat de uitgebrachte stemmen geen enkele invloed hadden op de stemming, maar ook dat de stemgerechtigde geen invloed had bij de beraadslaging en overleg ter vergadering⁷⁵. De algemene vergadering wordt immers niet gehouden door een rekenkundige optelling van het aantal stemmen volgens van tevoren gemaakte afspraken, maar door beraadslaging en overleg ter vergadering waarvan haar besluiten het resultaat moeten zijn (verwerping van de theorie van het rekensommetje)⁷⁶. Het behoeft geen betoog dat de formulering in de notulen cruciaal zal zijn voor het leveren van dit bewijs.

Artikel 74ter, § 3, in fine, bepaalt dat de vordering tot nietigverklaring verjaart na verloop van zes maanden te rekenen van de stemming. De invoering van deze korte verjaringstermijn werd tijdens de parlementaire voorbereiding gemotiveerd op grond van de rechtszekerheid en het belang van de vennootschap: er mag niet te lang onzekerheid blijven bestaan over de geldigheid van de beslissingen van de algemene vergadering⁷⁷.

§ 2. Aandelen zonder stemrecht

27. Het nieuwe art. 48, § 1, eerste lid, bepaalt dat het kapitaal (van N.V.) vertegenwoordigd kan zijn door aandelen met of zonder stemrecht⁷⁸.

De aandelen zonder stemrecht zijn een innovatie in het vennootschappenrecht. Deze nieuwigheid werd ingevoerd als een middel om een inbreng van kapitaal mogelijk te maken zonder te raken aan de bestaande meerderheid. Op die wijze kan een kapitaalverhoging worden doorgevoerd waarbij de stabiliteit van de machtsstructuur niet wordt gewijzigd⁷⁹.

⁷⁵ Cf. *Parl.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1107/3, p. 121, waarin uitdrukkelijk wordt overwogen dat aan de rechter de bevoegdheid wordt gelaten om in elk dossier afzonderlijk te beslissen of de onregelmatigheid van de stemverrichting de nietigheid rechtvaardigt.

⁷⁶ RONSE, J., NELISSEN GRADE, J.M. en VAN HULLE, K., «Overzicht van rechtspraak», *T.P.R.*, 1978, 836, nr. 226, *T.P.R.*, 1986, 1325-1326, nr. 321.

⁷⁷ *Parl.St., Kamer*, 1990-91, nr. 1645/2, p. 19.

⁷⁸ Zie meer uitvoerig TYTECA, J., «Aandelen zonder stemrecht en winstbewijzen. Converteerbare obligaties en warrants», in *N.V. en B.V.B.A. na de wet van 18 juli 1991*, Jan Ronse Instituut (red.), pp. 91-146; LIEVENS, J., o.c., pp. 43-53; BEROQUIN, H., «De juridische aspecten», in *Praktijkids KMO overdracht*, Antwerpen, Kluwer, 1992, p. 152 e.v.

⁷⁹ *Parl.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1107/3, p. 100. Zie ook de memorie van toelichting van het Groot Ontwerp: *Parl.St., Kamer*, 1979-80, nr. 387/1, p. 36: «Zij moet de toegang tot de kapitaalmarkt vergemakkelijken van middelgrote vennootschappen, zonder de stabili-

Die techniek was niet onbekend in bepaalde nationale sectoren (textiel, staal)⁸⁰ en in de buitenlandse rechtssystemen⁸¹.

De uitgifte van aandelen zonder stemrecht kan plaatsvinden zowel bij de oprichting van de vennootschap als naar aanleiding van een kapitaalverhoging (mits de statuten dat uiteraard toelaten)⁸². Ook kunnen aandelen met stemrecht worden geconverteerd in aandelen zonder stemrecht, of omgekeerd, mits dat is geregeld in de statuten⁸³.

Het statuut van het aandeel zonder stemrecht is, met uitzondering uiteraard van het ontbreken van stemrecht en het bevoorrecht karakter, gelijk aan het gewone aandeel⁸⁴. Zij kunnen derhalve worden gecreëerd op grond van een inbreng in geld of in natura, met of zonder nominale waarde, op naam of aan toonder. Zij kunnen aan goedkeurings- of voorkoopclausules worden onderworpen (art. 41, § 2), zij komen in aanmerking voor inkoop van eigen aandelen (art. 52bis) en voor aflossing van kapitaal. Wanneer de aandeelhouder van deze aandelen één vijfde van het maatschappelijk kapitaal bezit, kan hij de bijeenroeping van een algemene vergadering eisen (art. 73, tweede lid, Venn.W.).

28. Art. 48, § 1, tweede lid, bepaalt de voorwaarden voor uitgifte van aandelen zonder stemrecht, die tot doel hebben de omvang ervan te beperken en die het bevoorrecht, preferent karakter van deze aandelen regelen: 1° de aandelen zonder stemrecht mogen niet meer dan een derde van het maatschappelijk kapitaal vertegenwoordigen; 2° ze moeten in geval van uitkeerbare winst in de zin van art. 77bis

teit van het bestuur van die vennootschappen die berust op een vaste meerderheid in de algemene vergadering, in het gedrang kan worden gebracht.»

⁸⁰ Zie de textielsector (K.B. van 23 maart 1982), de staalsector (K.B. van 31 december 1983), de nationale sectoren (K.B. van 7 mei 1985). Zie hierover o.m. SCHRANS, G., «De invoering van 'non-voting shares' in de textielsector», in *Liber Amicorum F. Dumon*, Antwerpen, Kluwer, 1983, pp. 245 e.v.; VAN BRUYSTEGEM, B., «Bevoorrechte aandelen zonder stemrecht», *R.W.*, 1984-85, 1906 e.v.; 'T KINT, F., «Les actions et les droit de vote», *R.P.S.*, 1989, 285 e.v., nrs. 46 e.v.; zie ook art. 71 van het Groot Ontwerp, *Parl.St., Kamer*, 1979-80, nr. 387/1, p. 36.

⁸¹ Cf. in Nederland: bij Philips zou het stemrecht voorbehouden zijn aan tien verankerde prioritaire aandelen (VERWILT, H., «Algemeen overzicht van de regulering», in *Financiële herregulering in België*, SCHRANS, G. en WYMEERSCH, E. (red.), p. 49). Zie m.b.t. Frankrijk: wet van 13 juli 1978; zie o.m. JAUFFRET-SPINOSI, C., «Les actions à dividende prioritaire sans droit de vote», *Rev.Soc.*, 1979, 25-45. Zie m.b.t. Luxemburg: artt. 45 tot 46 van de wet van 10 augustus 1915, gewijzigd door de wet van 8 augustus 1985. Zie m.b.t. het Verenigd Koninkrijk: PALMER's, *Company Law*, Londen, Stevens, 1987, p. 528, nr. 3409. Zie m.b.t. de USA: CARY, W. en EISENBERG, M.A., *Corporations*, Foundation Press, New York, 1988, pp. 1440-1444.

⁸² *Parl.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1107/3, p. 101. De raad van bestuur kan, in het raam van de regeling inzake het toegestane kapitaal, aandelen zonder stemrecht uitgeven.

⁸³ *Parl.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1107/3, p. 101; zie art. 48, § 3; zie dienaangaande LIEVENS, J., o.c., pp. 46-47; TYTECA, J., o.c., pp. 130-131.

⁸⁴ Zie TYTECA, J., «Aandelen zonder stemrecht en winstbewijzen. Converteerbare obligaties en warrants», in *N.V. en B.V.B.A. na de wet van 18 juli 1991*, Jan Ronse Instituut (red.), pp. 99-100.

Venn.W.⁸⁵ recht geven op een preferent en, behoudens andersluidende bepaling in de statuten, opvorderbaar dividend, alsook op een recht in de uitkering van het winstoverschot, waarvan het bedrag niet lager mag zijn dan dat van het winstoverschot van de aandelen met stemrecht; 3° ze moeten bij vereffening een voorrecht verlenen op de terugbetaling van de kapitaalbijbreng, in voorkomend geval vermeerderd met de uitgiftepremie, alsook op een aandeel in het vereffeningssaldo, dat niet lager mag zijn dan het aan de houders van aandelen met stemrecht uitgekeerde saldo.

Het preferent karakter van deze aandelen in de vorm van een dividend en een recht op bevoorrechte terugbetaling van het kapitaal geldt als tegenhanger voor het ontbreken van het stemrecht⁸⁶. Het bedrag van het preferent dividend wordt vastgesteld bij de uitgifte van de aandelen. Indien zou blijken dat het preferent dividend, wegens ontoereikende uitkeerbare winst, niet integraal kan worden gestort, wordt de winst evenredig verdeeld onder de houders van aandelen zonder stemrecht met preferent dividend⁸⁷.

29. In een aantal gevallen bepaald in art. 48, § 2 (en 74bis)⁸⁸ wordt aan de houders van aandelen zonder stemrecht toch stemrecht verleend⁸⁹: wanneer de aandelen zonder stemrecht meer dan een derde van het maatschappelijk kapitaal zouden vertegenwoordigen, bij wijziging van de diverse categorieën van aandelen, bij voor het bestaan en voortbestaan van de vennootschap cruciale beslissingen (o.m. ontbinding⁹⁰, fusie, splitsing, wijziging van doel, omzetting, kapitaalvermindering), wanneer de algemene vergadering zich moet uitspreken over een beperking of opheffing van het voorkeurrecht.

Een bijzondere sanctie is die neergelegd in art. 48, § 2, 5°, Venn.W.: het stemrecht van de aandelen zonder stemrecht herleeft wanneer, om welke reden ook, de preferente en opvorderbare dividenden gedurende drie opeenvolgende boekjaren niet volledig betaalbaar werden gesteld en dit tot wanneer die achterstallige dividenden volledig zijn uitbetaald. De reden van niet-betalbaarstelling is onverschillig: zowel de weigering van de algemene vergadering om het preferent dividend beschikbaar te stellen als het ontbreken van beschikbare winst geven er aanleiding toe⁹¹. Vereist is

dat het preferent dividend opvorderbaar is gesteld en de dividenden niet volledig zijn betaald gedurende drie opeenvolgende boekjaren. Wanneer het preferent dividend slechts één of twee jaar verhaalbaar is, dan is het onmogelijk om te eisen dat de achterstallige dividenden van de voorbije drie jaar volledig zijn betaald⁹².

30. Wederinkoop door de vennootschap van aandelen zonder stemrecht is mogelijk wanneer zulks uitdrukkelijk is bepaald in de statuten (art. 48, § 4, Venn.W.)⁹³. De wederinkoop moet worden goedgekeurd door de algemene vergadering die beraadslaagt zoals onder de voorwaarden van een kapitaalvermindering (art. 72 Venn.W.). De aandelen worden vernietigd en het kapitaal wordt van rechtswege vermindert: de wederinkoop van de aandelen komt immers neer op een effectieve kapitaalvermindering. De prijs van de wederinkoop wordt bepaald in gemeenschappelijk overleg tussen de vennootschap en een bijzondere vergadering van de verkopers-aandeelhouders die worden bijeengeroepen overeenkomstig de artt. 91 en 92 inzake de algemene vergadering van obligatiehouders en die besluiten met inachtneming van quorum en meerderheid van art. 71.

§ 3. Nieuwe regelen inzake inkoop van eigen aandelen

31. De door de wet van 5 december 1984 ingevoerde regeling was te streng en moeilijk in de praktijk toepasbaar. Bovendien was ze strenger dan de Tweede Richtlijn van 13 december 1976: art. 19 van de richtlijn legt geen voorwaarden op inzake quorum en vereist niet dat de aandelen binnen twee jaar worden vervreemd. Tevens bepaalt dit artikel dat de algemene vergadering niet hoeft op te treden indien de verkrijging van eigen aandelen noodzakelijk is «ter vermijding van dreigend ernstig nadeel voor de vennootschap».

De motieven vanuit de Europese vennootschapspraktijk voor de inkoop van eigen aandelen zijn bekend, zoals o.m. tijdelijk ondersteunen van de beurskoers, voorkomen van een dreigende overval, vereenvoudiging van een fusie of overname, als uitvloeisel van een blokkeringsregeling, ter uitvoering van een financiële reorganisatie, tot uitkering van aandelen aan het personeel, uit fiscale overwegingen⁹⁴.

De nieuwe wet beoogt also een evenwicht te bereiken tussen het streven naar versoepeling en de noodzaak van terughoudendheid ten aanzien van de inkoop van eigen aandelen, die uiteraard het maatschappelijk kapitaal aantast en een fictieve toestand creëert doordat de aandelen zowel als actief en als passief van de vennootschap worden geboekt.

Ten aanzien van de bevoegdheid van de algemene vergadering wordt niets gewijzigd: de N.V. kan haar eigen aandelen of winstbewijzen slechts verkrijgen op grond van een besluit van de algemene vergadering genomen met inachtneming van de in art. 70bis bepaalde voorschriften inzake

⁸⁵ Voor een goede analyse, aan de hand van cijfervoorbeelden: VAN BRUYSTEGEM, B., *De vennootschappenwet '86*, Antwerpen, Kluwer, 1986, pp. 70 e.v.; VAN HULLE, K., «Wettelijke beperkingen inzake winstuitkering», in *Het gewijzigd vennootschapsrecht, T.B.H.*, 1984, speciaal nummer, pp. 75-82. Zie ook BRAECKMANS, H., «De nieuwe vennootschapswet van 5 december 1984», *R.W.*, 1984-85, 2516-2517.

⁸⁶ De uitdrukking «preferent» wijst erop dat het niet alleen een bedrag betreft dat hoger ligt dan dat van de normale dividenden, maar ook dat het prioritair wordt toegekend, vóór elke andere aanwending: *Parl.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1107/3, p. 106.

⁸⁷ *Parl.St., Senaat*, 1990-91, nr. 117/3, p. 103.

⁸⁸ Art. 48, § 2, is van dwingend recht (cf. de libellering: «niet-tegenstaande enige andersluidende bepaling in de statuten»).

⁸⁹ Zie, voor een meer uitvoerige analyse, TYTECA, J., o.c., pp. 106-113. Deze auteur merkt hierbij op dat een statutaire uitbreiding van het aantal gevallen mogelijk is.

⁹⁰ Terecht merkt Lievens op dat bij de alarmbelprocedure wegens verliezen, neergelegd in art. 103 Venn.W., de ontbinding steeds op de agenda moet worden vermeld, zodat de aandelen zonder stemrecht in casu stemgerechtigd zijn: LIEVENS, J., o.c., p. 49.

⁹¹ TYTECA, J., o.c., p. 111.

⁹² TYTECA, J., o.c., p. 112.

⁹³ Zie, meer uitvoerig, art. 48, § 4, vijfde lid, Venn.W.

⁹⁴ Zie vnl. SCHUTTE-VEENSTRA, *Harmonisatie van het kapitaalbeschermingsrecht in de EEG*, Instituut voor Ondernemingsrecht R.U. Groningen, Deventer, Kluwer, 1991, pp. 111-112. Zie, voor een meer uitgebreide bespreking van de nieuwe wet, LIEVENS, J., o.c., pp. 57-65; GEENS, K., «Verwerving van eigen aandelen en personeels-aandelen», in *N.V. en B.V.B.A. na de wet van 18 juli 1991*, Jan Ronse Instituut (red.), pp. 36-42.

quorum en meerderheid⁹⁵. Nieuw is dat het maximumaantal aandelen, de duur die maximaal achttien maanden bedraagt, en de minimum- en maximumwaarde van de vergoeding niet alleen kunnen worden bepaald door de algemene vergadering, maar ook door de statuten.

Een belangrijke innovatie is dat de statuten kunnen bepalen dat geen besluit van de algemene vergadering vereist is wanneer de verkrijging van de eigen aandelen of winstbewijzen noodzakelijk is om te voorkomen dat de vennootschap een ernstig en dreigend nadeel lijdt. Blijkens de parlementaire voorbereiding kan er sprake zijn van een ernstig en dreigend nadeel wanneer het belang van de onderneming in gevaar is⁹⁶. Deze bepaling had reeds ingang gevonden in de Duitse wetgeving waarbij kan worden aangestipt dat de meerderheidsopvatting in de Duitse rechtsleer blijkbaar is dat het moet gaan om een ernstig nadeel, waarbij echter niet vereist is dat dit nadeel het bestaan van de vennootschap in gevaar brengt⁹⁷. Het nadeel moet in de onmiddellijke toekomst dreigend zijn, niet op lange termijn⁹⁸. Lievens wijst erop dat dit ernstig en dreigend nadeel zich niet alleen kan voordoen in beursgenoteerde vennootschappen, maar ook in KMO's, o.m. wanneer de overige aandeelhouders niet bij machte zijn om een voorkeepsrecht uit te oefenen ingeval een aandeelhouder zijn aandelen aan een concurrent van de vennootschap wil overdragen⁹⁹. Hieraan zij toegevoegd dat een ernstig en dreigend nadeel zich niet alleen kan voordoen bij een zeer plotseling optredende koersval, maar ook wanneer een aanzienlijke vermogensschade dreigt voor de vennootschap: dat zou o.m. mogelijk zijn wanneer de vennootschap een vordering heeft op een aandeelhouder, die door het inkopen van de aandelen van deze aandeelhouder kan worden voldaan¹⁰⁰. In de Duitse rechtspraak werd beslist dat het gevaar dat een vennootschap zal overgaan in buitenlandse handen alleen niet voldoende is om de inkoop te rechtvaardigen: de rechter kon in casu niet vaststellen of de

overnemende onderneming de bedoeling had de vennootschap te schaden of zelfs te vernietigen¹⁰¹.

De raad van bestuur die op grond van deze bepaling tot inkoop van eigen aandelen is overgegaan, moet de eerstvolgende algemene vergadering inlichten over de hele verrichting (art. 52bis, § 1, derde lid)¹⁰².

De aan de raad van bestuur toegekende bevoegdheid tot inkoop is slechts geldig voor drie jaar, te rekenen van de bekendmaking van de oprichtingsakte of van de statutenwijziging. Verlenging is mogelijk, conform art. 70bis Venn.W.

De voorwaarden tot verkrijging van eigen aandelen als ingevoerd door de wet van 5 december 1984, zijn niet gewijzigd: grens van 10% van het geplaatste kapitaal, verkrijging met conform art. 77bis voor uitkering vatbare bedragen, alleen volgestorte aandelen, voorstel tot alle aandeelhouders gericht, behoudens eenparige beslissing van een algemene vergadering¹⁰³. Nieuw is wel dat de beursgenoteerde vennootschappen hun eigen aandelen ter beurze kunnen opkopen zonder dat er een aanbod tot verkrijging moet worden gedaan aan de aandeelhouders (art. 52bis, § 1, voorlaatste lid). Deze nieuwe bepaling biedt mogelijkheden tot interventie voor koersregularisatie en vormt een zeer belangrijke en aanzienlijke versoepeling van de bestaande inkoopregeling: een eenparige beslissing van de algemene vergadering was in dergelijke vennootschappen in de praktijk uitgesloten¹⁰⁴.

Bij de bespreking van de wet van 5 december werd erop gewezen dat de sanctie voor overtreding van art. 52bis, § 1, namelijk dat de aandelen «rechtens van onwaarde» werden, een zowel taalkundig als juridisch slecht gekozen term is¹⁰⁵. De wetgever heeft zulks thans aangepast: aandelen of winstbewijzen, verkregen met overtreding van art. 52bis, § 1, zijn van rechtswege nietig (zie art. 52bis, § 1, laatste lid).

Overtreding van art. 52bis vormt uiteraard een inbreuk op de vennootschappenwet (art. 62, tweede lid) en kan strafrechtelijk worden gesanctioneerd¹⁰⁶.

De verplichting tot vorming van een onbeschikbare reserve, de schorsing van het stemrecht zolang de aandelen tot het vermogen van de vennootschap behoren en de regeling

⁹⁵ Zie dienaangaande o.m. VAN BRUYSTEGEM, B., *De vennootschapswet '86*, pp. 84 e.v.; MASSAGE, M., *L'adaptation du droit des sociétés anonymes*, pp. 151 e.v.; T KINT, J., *Les modifications apportées au droit des sociétés anonymes*, Brussel, Larcier, pp. 59 e.v.; SLUYTS, Ch., «Het kapitaalbehoud bij de naamloze vennootschap», in *Het nieuwe vennootschappenrecht*, WYMEERSCH, E. en BRAECKMANS, H. (red.), pp. 35 e.v.; BRAECKMANS, H., o.c., *R.W.*, 1984-85, 2465-2466.

⁹⁶ *Parl.St.*, *Senaat*, 1990-91, nr. 1107/3, p. 63.

⁹⁷ § 74, Abs. 1, nr. 1, j, en § 71, Abs. 2, Akt. G: «schweren, unmittelbar bevorstehenden Schaden»: zie o.m. KUBLER, F., *Gesellschaftsrecht*, Heidelberg, Müller, 1986, p. 160; GESSLER-HEFFERMEHL, *Aktiengesetz*, Bd. I, § 71, nr. 28. In andere zin: ZIEBE, J., «Die Regelung des Erwerbs eigener Aktien in den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft», *AG*, 1982, p. 176, die blijkbaar wel van mening is dat de omstandigheden zodanig moeten zijn dat zij de vennootschap in haar bestaan aantasten. Zie ook SCHUTTE-VEENSTRA, J.N., o.c., pp. 118-119.

⁹⁸ *Parl.St.*, *Senaat*, 1990-91, nr. 1107/1, p. 63; SCHUTTE-VEENSTRA, J.N., o.c., pp. 118-119.

⁹⁹ LIEVENS, J., o.c., p. 58, die een gedeeltelijke inkoop van eigen aandelen in dit geval verdedigbaar acht.

¹⁰⁰ Cf. GESSLER-HEFFERMEHL, *Aktiengesetz*, Bd. I, § 71, 436-437, en de aldaar geciteerde hypothesen waaronder «Rettung gefährdeter Forderungen».

¹⁰¹ Bundesfinanzhof, 16 februari 1977, *AG*, 1977, 230. Zie ook ZIEBE, J., o.c., *AG*, 1982, 176.

¹⁰² Merk op dat art. 77, vijfde lid, Venn.W. vereist dat een aantal gegevens m.b.t. de ingekochte aandelen worden vermeld in het jaarverslag: WYMEERSCH, E., «De nieuwe voorschriften inzake vennootschapsinformatie evenals inzake commissaristoezicht», in *Het nieuwe vennootschappenrecht*, WYMEERSCH, E. en BRAECKMANS, H. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1984, pp. 87-88.

¹⁰³ Diensangaande wordt verwezen naar de commentaren over de wet van 5 december 1984: VAN BRUYSTEGEM, B., o.c., pp. 84 e.v.; MASSAGE, M., o.c., pp. 157 e.v.; T KINT, J., o.c., pp. 60 e.v.; SLUYTS, Ch., o.c., in WYMEERSCH, E. en BRAECKMANS, H. (red.), pp. 35 e.v.; HORSMANS, G. en KEUTGEN, G., «Augmentation et réduction du capital», in *Les sociétés commerciales*, Ed. Jeune Barreau, 1985, pp. 155 e.v.

¹⁰⁴ *Parl.St.*, *Senaat*, 1990-91, nr. 1107/1, pp. 63-64. Kennisgeving aan de CBF is verplicht: art. 52bis, § 7.

¹⁰⁵ Zie o.m. BRAECKMANS, H., o.c., *R.W.*, 1984-85, 2465, voetnoot 57.

¹⁰⁶ LIEVENS, J., o.c., p. 62; RONSE, J. en LIEVENS, J., «La responsabilité des administrateurs et gérants après faillite», in *Les sociétés commerciales*, Ed. Jeune Barreau, 1985, p. 199; BRAECKMANS, H., o.c., *R.W.*, 1984-85, 2465.

aangaande de dividendbewijzen werden reeds ingevoerd door de wet van 5 december 1984 (zie de artt. 52bis, § 2 en § 3, derde en vierde lid, Venn.W.).

Een belangrijke innovatie is de afschaffing van de verplichting tot vervreemding binnen een termijn van twee jaar (wijziging van art. 52bis, § 3, eerste lid, Venn.W.). De Tweede Richtlijn legde die termijn overigens niet op. In de memorie van toelichting wordt erop gewezen dat door de opheffing van die verplichting aan de vennootschappen de mogelijkheid wordt geboden met meer soepelheid te handelen bij verrichtingen die verband houden met de herstructurering van het aandeelhouderschap¹⁰⁷.

De verplichting tot vervreemding aan het personeel binnen een termijn van 12 maanden te rekenen van de verkrijging van de effecten, is niet gewijzigd¹⁰⁸.

§ 4. Leningen en zekerheden verstrekt voor de verkrijging van aandelen

32. Art. 52ter als ingevoerd door de wet van 5 december 1984 verbiedt de vennootschap leningen toe te staan, zekerheden te stellen of middelen te verlenen met het oog op de verkrijging van haar aandelen of winstbewijzen door derden. Ingevolge die bepaling was het niet alleen verboden middelen aan derden te verstrekken waarmee dezen zouden inschrijven op aandelen die worden uitgegeven door de vennootschap bij een kapitaalverhoging, maar werd ook verboden middelen te verstrekken aan derden die hen in staat stellen om bestaande aandelen van de vennootschap onder bezwarende titel, door koop, te verkrijgen¹⁰⁹.

In art. 23 van de Tweede Richtlijn kwamen hierop drie belangrijke uitzonderingen voor, waaronder deze dat het verbod niet van toepassing is op verrichtingen ter verkrijging van aandelen door of voor het personeel van de vennootschap of van een met haar verbonden vennootschap. In het oorspronkelijk ontwerp dat leidde tot de invoering van bovengenoemd art. 52ter was aangekondigd dat de participatie van werknemers aan een bijzonder onderzoek onderworpen zou worden¹¹⁰. De Belgische wetgever had echter nagelaten die in de Tweede Richtlijn opgenomen uitzondering op te nemen in de wet van 5 december 1984¹¹¹.

De wet van 18 juli 1991 heeft in art. 52ter, § 2, tweede lid, een nieuwe bepaling ingevoerd, zodat het voor een vennootschap mogelijk is om voorschotten, leningen en zekerheden toe te kennen aan leden van het personeel van de vennootschap met het oog op de verkrijging van aandelen van die vennootschap. Ook kunnen voorschotten, leningen en zekerheden worden toegekend aan verbonden vennootschappen waarvan ten minste de helft van de stemrechten in het bezit is van de leden van het personeel van de vennootschap,

waardoor de verkrijging door die verbonden vennootschappen wordt gerealiseerd van aandelen van de vennootschap, waaraan ten minste de helft van de stemmen verbonden is. Laatstgenoemde bepaling speelt in op het geval dat het personeel een nieuwe vennootschap opricht, die de aandelen van de bestaande vennootschap zal verwerven¹¹². Blijkens de memorie van toelichting moet onder personeel worden verstaan de leden van het personeel als gedefinieerd in de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten¹¹³.

Deze nieuwe bepaling¹¹⁴ zet de poort wijd open voor de financiering van de overname van bedrijven door het personeel (zogenaamde «management buy-out»): aandelentransacties waarbij een substantieel gedeelte van de koopsom voor de aandelen direct of indirect wordt gefinancierd met middelen van de over te nemen vennootschap, worden o.m. mogelijk. Directe financiering vindt plaats wanneer de vennootschap een lening verstrekt aan de personen die haar overnemen; er is een indirecte financiering indien de activa van de over te nemen vennootschap worden aangewend als zekerheid voor een door de bank te verstrekken lening waarmee de koopsom van de aandelen wordt betaald¹¹⁵.

§ 5. Kruisparticipaties (wederzijdse deelnemingen)

33. Er is een kruisparticipatie (ook wederzijdse deelneming genoemd) wanneer van twee vennootschappen ieder een deelneming in het kapitaal van de andere vennootschap bezit. Een dergelijke vorm van verankering in elkaars kapitaal is uit den boze: het kapitaal, essentieel onderpand van de schuldeisers, is fictief ten belope van de kruisparticipatie, de rekeningen van de vennootschap zijn ondoorzichtig, de normale werking van de algemene vergadering wordt verstoord vooral door een overdreven autocontrole van de vennootschappen¹¹⁶. Anderzijds pleit voor een beperkte vorm

¹¹² Zie, voor kritiek op deze bepaling, GEENS, K., o.c., in *N.V. en B.V.B.A. na de wet van 18 juli 1991*, p. 44.

¹¹³ Sommige auteurs pleiten voor een ruim toepassingsveld, dat ook bestuurders en eventueel zelfstandige managers insluit (GEENS, K., o.c., in *N.V. en B.V.B.A. na de wet van 18 juli 1991*, p. 44). Zulk een interpretatie lijkt in te gaan tegen de memorie van toelichting, *Parl. St., Senaat*, 1990-91, nr. 1107/1, p. 67. Zie, voor een analyse van de bestuurder-bediende als personeelslid, LIEVENS, J., o.c., pp. 68-69.

¹¹⁴ Merk op dat geen wijziging is aangebracht in art. 128ter inzake de B.V.B.A.

¹¹⁵ Cf. SCHUTTE-VEENSTRA, J.N., o.c., p. 155. Zie aangaande de zogenaamde management-buy-out o.m. BLUMBERG, J.P. en NIEUW-DORP, R., «Juridische aspecten van de (Leveraged) Management Buy Out», *T.B.H.*, 1989, 108 e.v.; FAES, P., «De leveraged management buy out, een pleidooi voor aanpassing van de wetgeving», *T.R.V.*, 1988, 431 e.v.; TILQUIN, T. en PRIoux, R., «Management buyouts en leveraged management buyouts: considérations de droit des sociétés et de droit fiscal», *Bank.Fin.*, 1989, 195 e.v. Zie ook o.m. VERLOOP, P.J.P., «Stemfraude in het vennootschapsrecht», *N.V.*, 1988, 169 e.v.

¹¹⁶ Cf. *Parl. St., Senaat*, 1990-91, nr. 1107/1, p. 67, en nr. 1107/3, p. 163. Soms kan zulks zelfs tot onafzetbaarheid van de bestuurders leiden (cf. de oude rechtsleer: FRANKEN, W.K., *Aspecten van concernrecht*, Groningen, Tjeenk Willink, 1976, p. 251; WURDINGER, H., *German Company Law*, Londen, Oyez, 1975, p. 135; WESTBROEK,

¹⁰⁷ *Parl. St., Senaat*, 1990-91, nr. 1107/1, p. 65.

¹⁰⁸ De kritiek op deze relatief korte termijn blijft onverminderd gelden: BRAECKMANS, H., o.c., *R.W.*, 1984-85, 2465.

¹⁰⁹ Zie o.m. VAN BRUYSTEGEM, B., o.c., pp. 92-93.

¹¹⁰ Memorie van toelichting, *Parl. St., Kamer*, 1979-80, nr. 388/1, pp. 8-9.

¹¹¹ Sommige auteurs hebben daarom aanvaard dat het verstrekken van leningen of zekerheden door de vennootschap aan haar personeel of dat van een verbonden vennootschap met het oog op de verkrijging van aandelen, toegelaten is: VAN BRUYSTEGEM, B., o.c., p. 94.

van kruisparticipatie o.m. dat hierdoor een bepaalde toenadering tussen vennootschappen mogelijk is ¹¹⁷, of dat een band tussen twee ondernemingen wordt bezegeld ¹¹⁸.

Vóór de wet van 18 juli 1991 ontbrak een regeling dien-aangaande en vormde de kruisparticipatie een van de «ziekten» van de Belgische vennootschapspraktijk. De Commissie voor het Bank- en Financiewezen had tegen dit fenomeen reeds bezwaren geformuleerd. In verscheidene verslagen heeft de CBF gesteld dat zij in het algemeen haar nihil obstat voor de uitgifte van effecten afhankelijk maakte van de wegwerking van de kruisparticipaties of de verbintenis om daaraan binnen een bepaalde termijn een einde te maken ¹¹⁹. Ook in de schaarse rechtsleer werd gewezen op dit fenomeen en zijn gevaren ¹²⁰.

De nieuwe wet bevat in de artt. 52*quinquies* en 52*sexies* Venn. W. een regeling inzake kruisparticipaties. Daarmee hinkt België na t.a.v. de wetgeving van de ons omringende landen, waar de wet reeds had ingegrepen ¹²¹.

Onderscheid wordt gemaakt tussen kruisparticipaties tussen moeder- en dochtervennootschappen (zie art. 52*quinquies*) en kruisparticipaties tussen onafhankelijke vennootschappen (zie art. 52*sexies*) ¹²². Voor de toepassing van eerstgenoemde regeling is vereist dat de moeder een Belgische N.V. is, voor de toepassing van de regeling inzake kruisparticipaties tussen onafhankelijke vennootschappen is vereist dat een van de vennootschappen een Belgische N.V. is.

34. Art. 52*quinquies*, § 1, eerste lid, bepaalt dat dochtervennootschappen *samen* ¹²³ geen aandelen of winstbewijzen van hun moedervennootschap (die de rechtsvorm van een N.V. heeft aangenomen) mogen bezitten die meer dan tien percent vertegenwoordigen van de stemmen verbonden aan

het geheel van de door die moedervennootschap uitgegeven effecten ¹²⁴.

Voor de toepassing van de wet is vereist dat de werkelijke zetel (hoofdvestiging) van de moedervennootschap in België gevestigd is ¹²⁵.

Tevens is vereist dat er een verhouding bestaat van moeder en dochter. Het begrip moedervennootschap en dochtervennootschap werd in het K.B. van 14 oktober 1991 ¹²⁶ (dat duidelijk geïnspireerd was op de boekhoudwet ¹²⁷) bepaald op basis van het begrip «controle», zijnde de bevoegdheid om in rechte of in feite een beslissende invloed uit te oefenen op de aanstelling van de meerderheid van de bestuurders of zaakvoerders of op de oriëntatie van het beleid (art. 2, § 1, eerste lid). Onweerlegbare vermoedens van controle werden omschreven (zoals o.m. het bezit van de meerderheid der stemrechten verbonden aan het totaal van de aandelen). Ook in feite weerlegbare vermoedens werden aangeduid (zoals o.m. het vermoeden van controle indien een aandeelhouder op de voorlaatste en de laatste algemene vergadering van de vennootschap een meerderheid van bestaande stemrechten heeft uitgeoefend (art. 2, § 3, tweede lid) ¹²⁸.

De aandelen die de moedervennootschap zelf bezit, worden meegerekend voor de berekening van de participatiedrempel (art. 52*quinquies*, § 1, tweede lid).

De wetgever onderkende tevens dat het fenomeen van de zelfcontrole kan worden omzeild door een beroep op onafhankelijke vennootschappen ¹²⁹. Om die reden werd in art. 52*quinquies*, § 2, tweede lid, bepaald dat, indien de moedervennootschap aandelen (of winstbewijzen) bezit in het kapitaal van een zogenaamde onafhankelijke vennootschap buiten de groep, en die vennootschap op haar beurt een deelneming bezit in de moedervennootschap, de aan die deelneming verbonden stemrechten meegerekend moeten worden voor de berekening van de grens van tien percent ¹³⁰.

Ook de in het raam van een inkoop van eigen aandelen verkregen aandelen moeten worden meegerekend (art. 52*quinquies*, § 1, laatste lid).

De tienpercentdrempel wordt berekend op grond van de stemrechten van de aandelen en winstbewijzen in verhou-

W., *Zijn wettelijke bepalingen gewenst in concernverhoudingen*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1969, p. 48.

¹¹⁷ Cf. Memorie van toelichting, *Parl.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1107/1, p. 67.

¹¹⁸ Cf. o.m. LAGARDE, H., *Droit commercial*, II, Parijs, Dalloz, 1980, nr. 771. Vgl. met de inmiddels afgesprongen toenadering tussen de Generale Bank en de Amro-Bank: *Parl.St., Senaat*, nr. 1107/3, pp. 164 e.v.

¹¹⁹ Zie o.m. *Jaarverslag*, 1947-48, p. 70; 1950-51, pp. 69-73, 1986-87, pp. 89 e.v.; *R.P.D.B.*, Complément V, Tw. «Epargne publique», pp. 624-625.

¹²⁰ Zie o.m. RESTEAU, CH., BENOIT-MOURY, A. en GRÉGOIRE, A., *Traité*, II, p. 23.

¹²¹ Zie o.m. Frankrijk: artt. 358 en 359 van de wet van 24 juli 1966; zie o.m. FLORES, G. en MESTRE, J., «La réglementation de l'autocontrôle», *Rev.Soc.*, 1985, 776-787. Duitsland: § 19 Aktiengesetz: toegelaten kruisparticipatie (wechselseitige Beteiligung) tot één vierde; KUBLER, F., *Gesellschaftsrecht*, Heidelberg, Müller, 1986, pp. 361 e.v. Groot-Brittannië: PENNINGTON, R.R., *Company Law*, Londen, Butterworths, 1979, p. 645; PALMERS, *Company Law*, vol. I, p. 688.

¹²² Zie voor een uitstekende bespreking o.m. GEENS, K. en SERVAES, B., «Het nieuwe verbod op de kruisparticipaties: een bescheiden rem op de autocontrole», in *N.V. en B.V.B.A. na de wet van 18 juli 1991*, pp. 167-193.

¹²³ De participaties van de dochtervennootschappen worden op geconsolideerde basis berekend.

¹²⁴ Merk op dat de moedervennootschap een N.V. moet zijn, doch dat de rechtsvorm van de dochter niet ter sprake is.

¹²⁵ Cf. art. 197 Venn.W. De zetel van de dochtervennootschap is hierbij irrelevant. Merk op dat zulks wel expliciet is bepaald in art. 52*sexies*. Zie in algemene zin aangaande art. 197 Venn.W.: RIGAUX, F., *Droit international privé*, II, Brussel, Larcier, 1979, p. 136, nr. 711.

¹²⁶ B.S., 24 oktober 1991.

¹²⁷ Hoofdstuk III, deel I, IV, A, van het koninklijk besluit van 8 oktober 1976.

¹²⁸ Art. 2, § 4, 1°, van het K.B. van 14 oktober 1991 bepaalt dat, om de controlebevoegdheid vast te stellen, de onrechtstreekse controlebevoegdheid via een dochtervennootschap bij de rechtstreekse controlebevoegdheid wordt geteld. Deze regel kan worden aangegrepen om de zogenaamde circulaire participaties (A in B, B in C, C in A) te regelen in het raam van deze wet; cf. GEENS, K. en SERVAES, B., o.c., in *N.V. en B.V.B.A. na de wet van 18 juli 1991*, pp. 186-187.

¹²⁹ Memorie van toelichting, *Parl.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1107/3, p. 173.

¹³⁰ Memorie van toelichting, *Parl.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1107/3, p. 173.

ding tot het totaal aantal stemrechten ¹³¹. Aandelen zonder stemrecht komen derhalve niet in aanmerking, behoudens wanneer zij wel stemrecht krijgen ¹³². Bij vruchtgebruik en blote eigendom van aandelen is verdedigbaar dat, behoudens specifieke statutaire regeling, de aan de vruchtgebruiker toekomende stemmen voor berekening van de tienpercentdrempel in aanmerking komen: algemeen wordt immers aanvaard dat het stemrecht aan de vruchtgebruiker toekomt ¹³³.

35. Teneinde de moeder vennootschap op de hoogte te brengen – en inzonderheid ter bepaling van het stemrecht op de algemene vergadering van de moeder vennootschap – wordt een kennisgevingsplicht opgelegd in art. 52quinquies, § 2: binnen twee dagen te rekenen, hetzij van de dag waarop de nieuwe gecontroleerde vennootschap in kennis is gesteld van de verkrijging van de controle met betrekking tot de effecten die zij voor die datum in haar bezit had, hetzij van de dag van de verrichting met betrekking tot latere verkrijgingen of vervreemdingen, moet de dochter vennootschap aan de moeder vennootschap kennisgeving doen van het aantal en de aard van de effecten met stemrecht die zij in bezit heeft, alsook van elke wijziging hierin ¹³⁴. Tevens moet elke vennootschap in de toelichting op de jaarrekening de structuur van haar aandeelhouderschap vermelden op de dag van de jaarafsluiting, zoals die blijkt uit de kennisgevingen die zij heeft ontvangen (art. 52quinquies, § 2, tweede en derde lid) ¹³⁵.

36. Wanneer een participatie in de moeder bestaat van meer dan 10% als gevisieerd door het boven besproken art. 52quinquies, eerste en tweede lid, beschikken partijen over een jaar teneinde de toestand te regulariseren (art. 52quinquies, § 3). De termijn vangt aan bij het ontstaan van de onregelmatige toestand.

De sanctie op de niet-regularisatie binnen een jaar na intrede van de onregelmatige toestand is de schorsing van het stemrecht verbonden aan de te vervreemden aandelen ¹³⁶.

De vervreemding moet plaatsvinden naar evenredigheid van het aantal stemrechten die elke vennootschap in haar bezit heeft.

Deze bepalingen zijn ook van toepassing op verkrijgingen door een persoon die handelt in eigen naam, maar voor rekening van de dochter vennootschap.

37. Kruisparticipaties tussen onafhankelijke vennootschappen ¹³⁷ waarvan één der betrokken vennootschappen een N.V. is met zetel in België, worden op minder strenge wijze geregeld: één van beide vennootschappen mag de tienpercentgrens overschrijden (art. 52sexies, §§ 1 en 2, Venn.W.). De Belgische of buitenlandse vennootschap die eigenaar wordt van meer dan tien percent van de stemgerechtigde aandelen (of winstbewijzen) van een Belgische N.V., moet daarvan onmiddellijk kennis geven bij een ter post aangetekende brief, met opgave van aantal aandelen of winstbewijzen waarvan zij eigenaar is en van het aantal eraan verbonden stemmen. Bij daling onder de tienpercentgrens is een nieuwe kennisgeving vereist. Die kennisgevingen zijn niet vereist als ze reeds zijn verricht in het raam van de transparantiewet van 2 maart 1989 (art. 52sexies, § 2, tweede en derde lid).

Het stemrecht verbonden aan aandelen en winstbewijzen waarvan geen kennis is gegeven overeenkomstig § 2, wordt geschorst voor zover het de tienpercentgrens overschrijdt (art. 52sexies, § 5). Het uitoefenen van het stemrecht, tegen de schorsing in, wordt strafrechtelijk gesanctioneerd (art. 200, derde lid, Venn.W.).

Twee bepalingen beheersen mede de berekening van de tienpercentgrens: de aandelen of winstbewijzen van een dochter vennootschap of van een derde die in eigen naam maar voor rekening van genoemde vennootschap of dochter vennootschap handelt, worden mee in aanmerking genomen voor de berekening van de tienpercentgrens; met schorsingen van stemrecht krachtens art. 52bis, § 3 (geschorst stemrecht bij inkoop van eigen aandelen) of stemrechtbeperkingen krachtens art. 75, tweede lid (beperkingen op stemrecht voor aandelen die het in de statuten vastgestelde kapitaal niet vertegenwoordigen) en krachtens de statuten (opname van art. 76 Venn.W.) wordt geen rekening gehouden voor de toepassing van art. 52sexies. Deze stemrechten moeten derhalve wel in aanmerking worden genomen ¹³⁸.

Elke vennootschap is gehouden om in de toelichting bij de jaarrekening de structuur van het aandeelhouderschap op de dag van de jaarafsluiting te vermelden.

De vennootschap die de in § 2, eerste lid, bedoelde kennisgeving heeft ontvangen, mag alleen aandelen en winstbewijzen van de kennisgevende vennootschap verkrijgen voor zover, als gevolg van de verkrijging, het stemrecht verbonden aan het geheel van de aandelen en winstbewijzen, waarvan zij eigenaar is geworden, niet meer bedraagt dan tien percent van de stemmen verbonden aan het geheel van de door haar uitgegeven effecten (art. 52sexies, § 3). Deze bepaling houdt op bij de kennisgeving dat het percentage van de stemrechten geen tien percent meer bedraagt.

¹³¹ Cf. *Parl.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1107/3, p. 172.

¹³² Zie, over de aandelen zonder stemrecht, supra nrs. 27 e.v.

¹³³ Zie o.m. RESTEAU, C., BENOIT-MOURY, A. en GRÉGOIRE, A., *Traité*, II, p. 359, nr. 1162.

¹³⁴ Het toepassingsgebied van deze regel is ruimer dan dat van de transparantiewet, die enkel geldt voor ter beurze genoteerde vennootschappen en voor vennootschappen die publiek beroep op het spaarwezen hebben gedaan: artt. 1 en 15 van de wet van 2 maart 1989.

¹³⁵ Indien dat niet zou gebeuren, maakt het een overtreding uit van de Vennootschappenwet, hetgeen bij bewezen schade aanleiding kan geven tot bestuurdersaansprakelijkheid (art. 62, tweede lid, Venn.W.).

¹³⁶ Deze sanctie houdt in dat het, afhankelijk van de concrete machtsstructuur op grond van aandelenbezit, in bepaalde gevallen mogelijk is dat, om strategische redenen, een hogere participatie dan toegelaten aan de kant van de dochter in de moeder bestaat.

¹³⁷ Bedoeld worden vennootschappen die niet in een verhouding van moeder- en dochter vennootschap staan.

¹³⁸ Hierin kan een argument worden gevonden voor de stelling dat alle effecten waarvan het stemrecht geschorst is, in alle door de wet onderkende hypothesen (ook moeder-dochter verhoudingen) in aanmerking komen voor de berekening van de participatiedrempel GEENS, K. en SERVAES, B., o.c., in *N.V. en B.V.B.A. na de wet van 18 juli 1991*, p. 177. Deze zienswijze vindt indirect steun in de wet en is ook de meest doorzichtige in deze complexe reglementering.

De met overtreding van art. 52^{sexies}, § 3, verkregen aandelen of winstbewijzen moeten worden vervreemd binnen één jaar te rekenen van de onregelmatige toestand, behoudens overeenstemming tussen partijen om de kruisparticipatie beneden de grens van tien percent te brengen.

Het stemrecht verbonden aan de te vervreemden aandelen of winstbewijzen wordt geschorst (art. 52^{sexies}, § 4, tweede lid, Venn.W.).

V. Aandelen voor het personeel (art. 52^{septies}) ¹³⁹

38. Artikel 52^{septies} Venn.W. voert de mogelijkheid in tot financiële participatie van werknemers ¹⁴⁰. Dit gebeurde niet zonder slag of stoot en slechts na een vurig parlementair debat ¹⁴¹.

De nieuwe bepaling van art. 52^{septies} Venn.W. regelt slechts één onderdeel van het hele fenomeen van werknemersparticipatie, nl. de mogelijkheid voor werknemers om in te tekenen bij kapitaalverhoging. Het toepassingsgebied is beperkt: alleen vennootschappen die in de loop van de laatste drie boekjaren ten minste twee dividenden hebben uitgekeerd, komen in aanmerking (art. 52^{septies}, § 1). Alleen aandelen met stemrecht mogen worden uitgegeven en de uitgifte moet geheel of gedeeltelijk ¹⁴² bestemd zijn voor het

geheel van de personeelsleden ¹⁴³ van de vennootschap (of van de dochtervennootschappen). Het gebruik van de term «personeelslid» kan erop duiden dat alleen personen die in een normale contractuele arbeidsverhouding staan met de emitterende vennootschap (of dochtervennootschappen) in aanmerking komen ¹⁴⁴.

Over het beginsel om over te gaan tot de uitgifte bestemd voor geheel het personeel moet overleg worden gepleegd in de centrale ondernemingsraad van de vennootschap ¹⁴⁵.

Het maximumbedrag van de kapitaalverhoging mag over een periode van vijf jaren niet meer bedragen dan twintig percent van het maatschappelijk kapitaal, rekening houdend met de voorgenomen kapitaalverhoging.

De aandelen moeten op naam zijn; zij mogen niet worden overgedragen gedurende een periode van vijf jaar, te rekenen van de inschrijving (art. 52^{septies}, § 1) ¹⁴⁶. Art. 52^{septies}, § 3, voorziet in een aantal uitzonderingen (o.m. afdanking, pensionering, overlijden).

Artikel 52^{septies}, § 2, bevat een aantal voorwaarden o.m. inzake anciënniteit van de personeelsleden, de inschrijvings-termijn, de termijn voor volstorting van de aandelen en de uitgifteprijs ¹⁴⁷.

(Slot in volgend nummer)

Herman BRAECKMANS
Universiteit Antwerpen (U.I.A.)

¹³⁹ Een ruime bespreking van alle mogelijke vormen van participatie van werknemers valt buiten het raam van deze bijdrage. Hiervoor kan o.m. worden verwezen naar SWENNEN, H., «De uitgifte van aandelen voor het personeel», rapport studiedag Brussel, 22 november 1991, in het boek dat onder de titel *Verslagboek Colloquium Financieuzen Nu en Morgen* door de editors Flamee, M. en Meulemans, D., zal verschijnen bij Die Keure, Brugge; DUBOIS, B. en DELCOURS, M., «De plaats van het nieuw artikel 52^{septies} (wet 18 juli 1991) in de financiële participatie van werknemers», rapport studiedag Gent (U.G.) en Antwerpen (U.I.A.), 14 en 18 december 1991, te publiceren in het boek dat door de editors Braeckmans, H. en Wymeersch, E. wordt uitgegeven bij Maklu, Antwerpen; KEUTGEN, G., «Le capital», in *Le nouveau droit belge des sociétés*, Louvain-la-Neuve, 3 december 1991, pp. 33 e.v. Zie, aangaande art. 52^{septies}, GEENS, K., «Verwerving van eigen aandelen en personeels-aandelen, in *N.V. en B.V.B.A. na de wet van 18 juli 1991*, Jan Ronse Instituut (red.), pp. 47 e.v.

¹⁴⁰ Bekend is o.m. het Solvay-initiatief van de herfst van 1991, waarbij aan de directieleden warrants werden toegekend: *Financieel Economische Tijd*, 5 november 1991.

¹⁴¹ Zie o.m. *Parl.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1107/3, pp. 179-197; *Parl.St., Kamer*, 1990-91, nr. 1645/2, pp. 21-24. Zie ook o.m. de opmerkingen van senator Stroobant: «Als participerende vennoten kunnen de personeelsleden regelrecht in botsing komen met de bonden die de belangen van de ondergeschikte werknemers verdienen. Dit kan leiden tot de totale ontbinding van ons huidig stelsel van arbeidsverhoudingen. (...) Het nieuw type van arbeidsverhoudingen dat met het aandeelhouderschap wordt beoogd, zal in zijn globale structuur wellicht leiden tot een onmondige werknemer met weinig bewustzijn omtrent zijn specifieke sociale status in de onderneming en, meer algemeen, in de maatschappij» (*Parl.Hand., Senaat*, 1990-91, 4 juni 1991, pp. 2267 e.v.).

¹⁴² De discussie over de vraag wie als personeelslid kan worden gekwalificeerd, is niet van cruciaal belang nu de wet ook toelaat dat de uitgifte van de aandelen deels voor personeelsleden, deels voor niet-personeelsleden kan worden gereserveerd. Laatstgenoemden moeten eventueel wel op andere voorwaarden intekenen.

¹⁴³ Het voorbehoud voor een bepaalde categorie zou derhalve niet mogelijk zijn (met uitzondering van de voorwaarden inzake anciënniteit).

¹⁴⁴ Zie o.m. KEUTGEN, G., o.c., in *Le nouveau droit belge des sociétés*, Louvain-la-Neuve, 3 december 1991, p. 37.

¹⁴⁵ De term «overleg plegen» houdt een raadpleging in, en geen formele stemming (cf. *Parl.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1107/3, p. 180). Vraag is of het ontbreken van een ondernemingsraad een formeel beletsel vormt voor werknemersparticipatie. Deze vraag kan ontkennend worden beantwoord bij gebreke van een specifiek wettelijk verbod.

¹⁴⁶ Hierbij kan gewezen worden op het belang van voorkoopclausules, teneinde te vermijden dat de aandelen na vijf jaar worden overgedragen aan een concurrent.

¹⁴⁷ De uitgifteprijs van de aandelen mag niet meer dan twintig percent lager zijn dan de overeenkomstig de wet door de raad van bestuur gerechtvaardigde prijs. Dit voordeel zou een compensatie zijn voor het nadeel van de blokkering gedurende vijf jaar.

RECHTSpraak

BENELUX-GERECHTSHOF

6 FEBRUARI 1992

President: de h. Hess

Openbaar ministerie: de h. Janssens de Bisthoven

Dwangsom — Bij bevel tot herstel van de plaats in de vorige staat inzake stedenbouw

Art. 1, § 1, van de eenvormige wet betreffende de dwangsom laat toe dat een dwangsom wordt opgelegd ten einde de tenuitvoerlegging te verzekeren van een maatregel die, ofschoon van burgerrechtelijke aard, behoort tot de strafvordering en die meer in het bijzonder bedoeld is om de tenuitvoerlegging te verzekeren van een bevel tot herstel van de plaats in de vorige staat, welke burgerrechtelijke maatregel krachtens de nationale wet door het strafrecht moet worden uitgesproken als verplichte aanvulling van de strafrechtelijke veroordeling.

N. en C. t/ Het Waalse Gewest

Conclusie van plaatsvervangend advocaat-generaal B. Janssens de Bisthoven

1. Eisers tot cassatie Yves N. en Francine C. werden bij arrest van het Hof van Beroep te Luik van 4 oktober 1988 veroordeeld tot een geldboete, daar zij een bijgebouw zonder machtiging op een aan hun toebehorend stuk grond bouwden om er tuingereedschappen in op te bergen en dat gebouw in stand hielden, waarbij zij de artikelen 41 en 66 van het in het besluit van de Waalse Gewestexecutieve van 14 mei 1984 tot codificatie van de wetgevende en verordende bepalingen betreffende de stedenbouw en de ruimtelijke ordening van toepassing op het Waalse Gewest vervatte Waalse Wetboek van ruimtelijke ordening en stedenbouw overtraden.

Door het hof van beroep wordt tevens het herstel van de plaats in de vorige staat bevolen en wordt aan die veroordeling een dwangsom verbonden van 2.000 fr. per dag vertraging, te rekenen van het verstrijken van een termijn van vijf maanden voor het geval dat de plaats niet in de vorige staat zou zijn hersteld. Te dezen was het herstel van de plaats in de vorige staat overeenkomstig artikel 67, § 1, van het Waalse Wetboek door de gemachtigde ambtenaar gevorderd.

De door bovengenoemden ingestelde voorzieningen tegen het arrest van het Hof van Beroep te Luik werden verworpen bij arrest van het Hof van Cassatie van 13 december 1989, behalve in zoverre deze gericht waren tegen de beslissingen waarbij betrokkenen tot betaling van een dwangsom werden veroordeeld.

2. Het Hof van Cassatie heeft de uitspraak omtrent de voorzieningen binnen deze grenzen aangehouden tot het Benelux-Gerechtshof over de onderstaande vraag uitspraak zal hebben gedaan: mag op grond van artikel 1, § 1, van de eenvormige wet betreffende de dwangsom een dwangsom worden opgelegd ten einde de tenuitvoerlegging te verzeke-

ren van een maatregel die, ofschoon van burgerlijke aard, behoort tot de strafvordering en die meer in het bijzonder bedoeld is om de tenuitvoerlegging te verzekeren van een bevel tot herstel van de plaats in de vorige staat, welke burgerlijke maatregel krachtens de nationale wet door het strafrecht moet worden uitgesproken als verplichte aanvulling van de strafrechtelijke veroordeling?

Aan de hand van de inhoudelijke weergave van de toepasselijke wetsbepalingen, de analyse daarvan alsmede de studie van de rechtspraak van het Hof van Cassatie betreffende de aard van de maatregel van herstel van de plaats in de vorige staat, is het mogelijk de strekking van de gestelde vraag nauwkeuriger aan te geven.

3. In het besluit van de Waalse Gewestexecutieve van 14 mei 1984 worden onder de benaming Waalse Wetboek van ruimtelijke ordening en stedenbouw de daarin opgesomde bepalingen zoals ze werden gewijzigd, gecodificeerd en met name in artikel 1, 1° en 2°, de bepalingen van de wet van 29 maart 1962 houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en van de stedenbouw en van de wet van 22 december 1970 tot wijziging van voornoemde wet van 29 maart 1962¹.

In het Waalse Wetboek werden naderhand wijzigingen aangebracht. Daarvan wordt in deze conclusie melding gemaakt, voor zover deze voor de behandeling van de aan uw Hof gerichte vraag van belang zijn.

Hieronder volgen de voornaamste bepalingen welke in de zaak worden toegepast.

— *Artikel 41, § 1*, dat is vervat in titel II van het Waalse Wetboek, die het opschrift «Bouwvergunning» draagt.

In dat artikel is onder meer bepaald:

«Niemand mag zonder voorafgaande schriftelijke en uitdrukkelijke vergunning van het college van burgemeester en schepenen:

1° bouwen, een grond gebruiken voor het plaatsen van een of meer vaste inrichtingen, afbreken, herbouwen, verbouwen van een bestaande woning, instandhoudings- of onderhoudswerken uitgezonderd».

Die bepaling is volkomen gelijk aan die van artikel 44, § 1, 1, van de wet van 29 maart 1962.

— *De artikelen 65 t/m 71 van het Waalse Wetboek*, welke zijn vervat in hoofdstuk IV, dat het opschrift «Strafbepalingen» draagt.

4. In artikel 66 van genoemd wetboek is met name in lid 1 bepaald:

«Met gevangenisstraf van acht tot vijftien dagen en geldboete van 26 tot 2.000 fr., of met één van deze straffen alleen worden gestraft, zij die door het uitvoeren van werken, het in stand houden ervan, (door wijziging van het gebruik van gebouwen), door het verkavelen van grondeigendom of hoe dan ook, inbreuk maken op de voorschriften der bijzondere plannen van aanleg, op de bepalingen van de titels II en III

¹ De wet van 29 maart 1962 houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en van de stedenbouw en het Waalse Wetboek van ruimtelijke ordening en stedenbouw zullen in het vervolg kortheids halve met «wet», «wet van 29 maart 1962» en «Waals Wetboek» worden aangeduid.

of op die van de verordeningen, vastgesteld ter uitvoering van titel III en van het eerste hoofdstuk van titel IV van dit boek.»

in lid 4:

«Alle bepalingen van het eerste boek van het Strafwetboek, met inbegrip van hoofdstuk VII en van artikel 85, zijn van toepassing op bovenbedoelde misdrijven evenals op die welke in de artikelen 68 en 70 zijn omschreven.»

De hierboven weergegeven leden van artikel 66 van het Waalse Wetboek zijn ongeveer gelijk aan die van artikel 64 van de wet van 29 maart 1962, behalve dat de woorden tussen haakjes in het Waalse Wetboek werden toegevoegd door artikel 2 van het decreet van het Waalse Gewest van 23 augustus 1985.

5. In artikel 67 van het Waalse Wetboek is onder meer bepaald:

«§ 1. Benevens de straf beveelt de rechtbank, op vordering van de gemachtigde ambtenaar of van het college van burgemeester en schepenen, doch met hun gezamenlijk akkoord in de sub 2° en 3° bedoelde gevallen:

1° ofwel de plaats in de vorige staat te herstellen (of de staking van het wederrechtelijke gebruik);

2° ofwel bouwwerken of aanpassingswerken uit te voeren;

3° ofwel een geldsom te betalen, gelijk aan de meerwaarde die het goed door het misdrijf heeft verkregen.

De rechtbank bepaalt daarvoor een termijn, die in de sub 1° en 2° bedoelde gevallen een jaar niet mag overschrijden.

In geval van veroordeling tot betaling van een geldsom, bepaalt de rechtbank deze som op het geheel of een deel van de door het goed verkregen meerwaarde en beveelt zij dat de veroordeelde zich op geldige wijze zal kunnen kwijten door de plaats binnen een jaar in de vorige staat te herstellen. De betaling van de geldsom geschiedt in handen van de ontvanger der registratie, op een speciale rekening van de begroting.

De rechten van de burgerlijke partij zijn in geval van rechtstreeks herstel, beperkt tot de door de bevoegde overheid gekozen wijze van herstel, onverminderd het recht om vergoeding van schade te eisen van de veroordeelde.

§ 2. — (Onverminderd de toepassing van hoofdstuk XXIII van boek IV van het vierde deel van het Gerechtelijk Wetboek) beveelt het vonnis dat, voor het geval dat de plaats niet in de vorige staat wordt hersteld of dat de bouw- of aanpassingswerken niet binnen de gestelde termijn worden uitgevoerd, de gemachtigde ambtenaar, het college en eventueel de burgerlijke partij van ambtswege in de uitvoering ervan kunnen voorzien. De overheid of de particulier die het vonnis uitvoert, is gerechtigd de van de herstelling van de plaats afkomende materialen en voorwerpen te verkopen, te vervoeren, op te slaan en te vernietigen op een door hen gekozen plaats.

De veroordeelde is gehouden alle uitvoeringskosten, verminderd met de opbrengst van de verkoop der materialen en voorwerpen, te vergoeden op vertoon van een staat, begroot en invorderbaar verklaard door de beslagrechter.»

Paragraaf 1 van artikel 67 van het Waalse Wetboek stemt overeen met paragraaf 1 van artikel 65 van de wet van 29 maart 1962, behoudens de woorden tussen haakjes, die in het Waalse Wetboek werden toegevoegd bij decreet van het Waalse Gewest van 23 augustus 1985.

Paragraaf 2 stemt eveneens overeen met paragraaf 2 van voornoemd artikel 65, onder voorbehoud van de in deze paragraaf aangebrachte wijziging bij decreet van het Waalse Gewest van 27 maart 1985 door invoeging van de woorden tussen haakjes, op de betekenis waarvan ik nog zal terugkomen.

6. In artikel 69 van het Waalse Wetboek is bepaald:

«De gemachtigde ambtenaar of het college van burgemeester en schepenen kan voor de burgerlijke rechtbank vorderen dat de plaats in de vorige staat wordt hersteld. In gemeenschappelijk overleg kan de ene of de andere eveneens vorderen dat ofwel bouwwerken of aanpassingswerken worden uitgevoerd, ofwel een geldsom wordt betaald gelijk aan het geheel of een deel van de meerwaarde die het goed door het misdrijf heeft verkregen.

In geval van een voor de burgerlijke rechtbank ingestelde vordering zijn de bepalingen van artikel 67, § 1, tweede en derde lid, §§ 2 en 4, mede van toepassing.

De rechten van de derde benadeelde, die samen met de openbare overheid of afzonderlijk optreedt, zijn in geval van rechtstreeks herstel beperkt tot de door de bevoegde overheid gekozen wijze van herstel, onverminderd het recht om vergoeding van schade te eisen van de veroordeelde.»

Dat artikel stemt behoudens de nummering van de daarin aangehaalde artikelen overeen met artikel 67 van de wet van 29 maart 1962.

Aangezien de in de wetten van 29 maart 1962 en 22 december 1970 neergelegde regels en beginselen, behoudens enige wijzigingen achteraf, onverkort in het Waalse Wetboek werden overgenomen, geldt de onderstaande commentaar zonder onderscheid voor al die wetsbepalingen.

7. In de wetgeving op de stedenbouw worden ruime bevoegdheden toegekend aan een gemeentelijke instelling, het college van burgemeester en schepenen, met name op het stuk van de verlening en de weigering van de bouwvergunning, alsmede de naleving van de wetsvoorschriften door derden. Die bevoegdheden zijn echter niet onbeperkt. Het college dient zich te houden aan de ruimtelijke plannen. Voorts is het onder verschillende voorwaarden onderworpen aan de controle van de centrale c.q. regionale overheden wier taak het is het algemene beleid inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw uit te stippelen en te voeren. Die overheden hebben op zichzelf, in bepaalde gevallen, bevoegdheden die normaliter aan het college zijn toegekend. Die bevoegdheden van de overheid worden uitgeoefend door een ambtenaar, die bij volmacht van de bevoegde minister of van de Waalse Executieve handelt en die «gemachtigd ambtenaar» wordt genoemd. Die ambtenaar treedt onder het gezag van de bevoegde nationale c.q. regionale minister op. Hij heeft een adviserende, een controle- en in bepaalde gevallen een beslissingsbevoegdheid. Hij stelt de rechtsvorderingen en beroepen in, welke in de wet of het Waalse Wetboek nader zijn omschreven en dient de daarin bepaalde vorderingen in ².

8. In geval van overtreding van de voorschriften m.b.t. de bouwvergunning kan de gemachtigde ambtenaar aldus wanneer strafvervolgingen worden ingesteld, met het oog op de bescherming van het algemeen belang, een vordering bij de strafrechter instellen, die bijvoorbeeld ertoe strekt te horen

² Wet, artikel 45, en Waals Wetboek, artikel 42.

bevelen dat de plaats in de vorige staat wordt hersteld (art. 65 van de wet en art. 67 van het Waalse Wetboek). Worden geen strafvervolgelingen ingesteld, dan kan de gemachtigde ambtenaar volgens de regels van de burgerlijke rechtspleging voor de civiele rechter de rechtsvorderingen instellen die hem voor het vervullen van zijn taak zijn toegekend, onder meer die welke strekt tot herstel van de plaats in de vorige staat ³.

Ook kan de gemachtigde ambtenaar samen met het college van burgemeester en schepenen de rechtbank vragen te bevelen dat ofwel bouw- of aanpassingswerken worden uitgevoerd, ofwel een geldsom wordt betaald, gelijk aan de meerwaarde die het goed door het misdrijf heeft verkregen (art. 65 van de wet en art. 67 van het Waalse Wetboek). Hij kan onder dezelfde voorwaarden en in de in artikel 65, § 3, van de wet en art. 67, § 3, van het Waalse Wetboek bepaalde gevallen een vergelijk treffen met de overtreder, hoewel hij niet de hoedanigheid van vervolgende partij heeft.

9. De wet van 29 maart 1962 en het Waalse Wetboek voorzien in twee categorieën sancties: strafrechtelijke sancties, gevangenisstraf en geldboete, en civielrechtelijke sancties die, zoals in de wet is vermeld, benevens de eigenlijke straffen worden opgelegd.

Die civielrechtelijke sancties vormen, zoals deze thans zijn bepaald, het sluitstuk van een door de wetgever gewenste ontwikkeling. In de opzet van de wet van 1962, vóór de wijziging ervan bij wet van 22 december 1970, behoorde het herstel van de plaats in de vorige staat, de enige sanctie waarin benevens de eigenlijke straffen werd voorzien, hoewel het geen straf was en geacht werd van burgerlijke aard te zijn, significant tot de strafvordering. Stelde de rechter het bestaan van het misdrijf vast, dan diende hij immers die maatregel zelfs ambtshalve te bevelen.

De wet van 1962 werd ingrijpend door de wet van 22 december 1970 gewijzigd, met name wat de sancties betreft. De nadruk kwam ditmaal te liggen op het herstel en er werd daartoe in een scala van maatregelen voorzien, met inachtneming van de in het geding zijnde belangen.

10. In de nieuwe wet zijn benevens de eigenlijke straffen drie soorten «herstel»-sancties opgenomen:

- herstel van de plaats in de vorige staat,
- uitvoering van bouw- of aanpassingswerken,
- betaling van een geldsom gelijk aan de meerwaarde die het goed door het misdrijf heeft verkregen.

Het Waalse Wetboek voorziet onder de sancties tevens in de staking van het wederrechtelijk gebruik ⁴.

11. Wanneer vervolgingen voor de strafrechter worden ingesteld, is deze enkel verplicht een van die sancties te gelasten voor zover zulks uitdrukkelijk door de gemachtigde ambtenaar of het college van burgemeester en schepenen, of, in een aantal gevallen, door die beide autoriteiten samen is gevorderd.

De keuze van de vorm van herstel wordt aan de beoordeling van het bestuur overgelaten. De rechter die dit beveelt, dient zich naar die keuze te gedragen. Hij mag de sanctie niet ambtshalve bevelen. Het openbaar ministerie mag deze niet eisen zonder een vordering van de administratieve overheid.

In dit verband volstaat een eenvoudig schriftelijk verzoek. Het bestuur behoeft voor de strafrechter noch zich burgerlijke partij te stellen noch in het geding tussen te komen.

Bij het vorderen van de toepassing van de wet vraagt het openbaar ministerie, vervolgende partij, de strafrechter, als jùdeze het bestaan van het misdrijf vaststelt, de in de wet bepaalde straffen en benevens de straffen de door de bevoegde administratieve overheid gevraagde maatregel uit te spreken. Het staat aan het openbaar ministerie de rechtsmiddelen aan te wenden ingeval de rechter zou weigeren of nalaten die vordering toe te wijzen.

12. Op grond van de wet alsook van het Waalse Wetboek kan de bevoegde administratieve overheid voor bepaalde misdrijven een vergelijk treffen. Door het vergelijk vervalt de strafvordering, hoewel het bestuur geen vervolgende partij is.

De sommen tot de betaling waarvan de overtreder op grond van zijn civiele sancties wordt veroordeeld en die welke ten gevolge van een vergelijk door hem worden betaald, worden gestort aan de ontvanger der registratie op een speciale rekening van de begroting, die dient om een studiefonds inzake ruimtelijke ordening te stijven.

13. Ten slotte kunnen de gemachtigde ambtenaar, het college van burgemeester en schepenen of in voorkomend geval beiden samen, zoals iedere eisende partij, voor de civiele rechter optreden en de verschillende hierboven aangegeven vormen van herstel vorderen. Hun vordering is niet gericht op het herstel van een schade die de staat of het gewest zou hebben geleden, doch is erop gericht de in de wet bepaalde sancties van algemeen belang te horen uitspreken.

Voor zover de staat of het gewest persoonlijk schade heeft geleden, staat evenwel niets eraan in de weg dat herstel ervan wordt gevorderd voor de strafrechter door de burgerlijke-partijstelling of voor de civiele rechter, ditmaal op grond van de artikelen 1382 en volgende van het Burgerlijk Wetboek. Dat zelfde recht komt vanzelfsprekend toe aan benadeelde derden. Dat herstel kan bestaan in het herstel van de plaats in de vorige staat ⁵.

14. Aldus blijkt dat er een onderscheid dient te worden gemaakt tussen het herstel van de door het misdrijf veroorzaakte schade en de civiele herstelmaatregelen tot het vorderen waarvan de gemachtigde ambtenaar en het college van burgemeester en schepenen gerechtigd zijn.

Het herstel van de uit het misdrijf voortvloeiende schade wordt volgens de normale procesregels gevorderd, door een civielrechtelijke vordering die hetzij bij de strafrechter dan wel bij de civiele rechter wordt ingesteld. De civiele herstelmaatregelen worden door het bestuur gevorderd, dat binnen zijn ressort door een bijzondere procedure de bescherming van het algemeen belang nastreeft.

⁵ M.b.t. het vorenstaande, zie de parlementaire voorbereiding van de wet van 22 december 1970 tot wijziging van de wet van 29 maart 1962 houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en van de stedenbouw, met name *Gedr.St., Senaat*, 1968-69, memorie van toelichting, nr. 559, blz. 8, 19 t/m 21, 48 t/m 55; 1969-70, verslag, nr. 525, blz. 5, 11 en 12, 66 t/m 75; *Kamer van Volksvertegenwoordigers*, 1970-71, verslag, nr. 773/2, blz. 17 en 39 t/m 42; zie ook de conclusie van advocaat-generaal LIEKENDAEL, voor het arrest van het Hof van Cassatie, dat op 26 april 1989 in voltallige terechtzitting werd gewezen, *Pas.*, 1989, I, nr. 486.

³ Wet, art. 67, en Waals Wetboek, artikel 69.

⁴ Waals Wetboek, art. 67, § 1, 1°.

15. Het bovenstaande en de daarin vervatte commentaar op de geldende wetsbepalingen werpen een licht op de rechtsleer van het Hof van Cassatie wanneer het zich erop toelegt de aard te bepalen van de door de strafrechter bevolen maatregel van herstel van de plaats in de vorige staat.

Het Hof van Cassatie heeft bij een arrest dat op 26 april 1989 in voltallige terechtzitting werd gewezen op de conclusie van advocaat-generaal Liekendael in dit verband zijn vroegere rechtspraak bevestigd en beslist dat, wanneer de gemachtigde ambtenaar inzake ruimtelijke ordening het strafrecht heeft gevorderd om het herstel van de plaats in de vorige staat te bevelen overeenkomstig artikel 65 van de wet van 29 maart 1962 of artikel 67 van het Waalse Wetboek, de beslissing van de strafrechter waarbij die vordering wordt toegewezen onder de strafvordering valt, niettegenstaande het burgerlijk karakter van de maatregel, waarvan de uitspraak in een dergelijk geval door de wet wordt voorgeschreven als verplichte aanvulling van de strafrechtelijke veroordeling ⁶.

In de overwegingen van dat arrest is door het Hof van Cassatie verklaard :

- dat het herstel van de plaats in de vorige staat geen straf is ;

- dat ondanks het burgerlijk karakter van de daartoe door de gemachtigde ambtenaar ingestelde vordering bij de rechter die van de strafvervolgning kennis neemt, deze laatste in beginsel die vordering moet toewijzen «naast de straf die hij oplegt»;

- dat de beslissing van de strafrechter op die vordering verbonden is met de strafvordering, aangezien het opzet van de wetgever was het algemeen belang van de gemeenschap, namelijk een goede ruimtelijke ordening, te beschermen.

De aldus omschreven bijzondere aard van de maatregelen die door de strafrechter kunnen worden gelast op vordering van de gemachtigde ambtenaar, meer bepaald van de maatregel van herstel van de plaats in de vorige staat, heeft het Hof van Cassatie ertoe doen besluiten de voor uw Hof aanhangige vraag te stellen.

16. Het lijkt geen twijfel dat de maatregelen die benevens de eigenlijke straffen kunnen worden bevolen, en met name het herstel van de plaats in de vorige staat, van civiele aard zijn. Die maatregelen zijn geen straffen. De vordering tot herstel van de plaats in de vorige staat heeft een burgerlijk karakter. De beslissing waarbij een zodanige maatregel wordt bevolen, is een burgerlijke beslissing ⁷.

Sommigen zijn van oordeel dat de vordering tot herstel van de plaats in de vorige staat niet tot de uitoefening van de strafvordering behoort, aangezien zij niet strekt tot toepassing van een hoofd- of bijkomende straf ; dat zij echter niet de uitvoering van de civielrechtelijke vordering vormt ; dat zij een vordering «sui generis» is, welke toekomt aan het

bestuur voor de behartiging en bescherming van het algemeen belang ⁸.

De in de wet bepaalde maatregelen vormen evenmin administratieve sancties nu zij niet kunnen worden bevolen zonder tussenkomst van de rechtbanken van de rechterlijke orde.

17. In feite dienen maatregelen uit een tweeledig oogpunt te worden beschouwd : het herstel en de sanctie.

Het herstel

Het gaat hier om het herstel, niet van de persoonlijke schade van het slachtoffer van het misdrijf, doch van de collectieve gevolgen van een individuele schuld die erin bestaat dat de wetsvoorschriften niet zijn nageleefd.

Het herstel wordt op een van de volgende manieren verwezenlijkt :

- het herstel van de plaats in de vorige staat, herstel in natura dat aan de teruggave verwant is ;

- de staking van het wederrechtelijk gebruik, een maatregel die aan de staking van ongeoorloofde praktijken inzake concurrentie verwant is ;

- de uitvoering van bouw- of aanpassingswerken, een andere vorm van herstel in natura ;

- de betaling van een geldsom gelijk aan de meerwaarde die het goed door het misdrijf heeft verkregen, een vorm van gelijkwaardig herstel, die bestaat in een aan de gemeenschap toegekende schadevergoeding, niet in een boete.

Uit die opsomming blijkt duidelijk dat de in de wet bepaalde maatregelen van burgerlijke aard zijn.

De sanctie

Die maatregelen vormen tevens de sanctie voor een inbreukmakende situatie. De wenselijkheid ervan wordt evenwel alleen door het bestuur beoordeeld. Het is het bestuur dat de toepassing ervan voor de rechtbanken kan vorderen krachtens de hem bij wet toegekende bevoegdheden. Die sanctie is van burgerlijke aard. De strafrechtelijke sanctie wordt door de eigenlijke straffen verzekerd.

Rekening houdend met de modaliteiten waarin is voorzien, de diversiteit van de maatregelen die kunnen worden bevolen, de flexibiliteit van het systeem en de beoordelingsbevoegdheid van het bestuur, krijgt het aspect herstel onbetwistbaar de overhand over het aspect sanctie ⁹.

18. Hoewel de sanctie van burgerlijke aard is, ressorteert deze voor een deel onder het publiekrecht. De vordering die strekt tot de toepassing van de ter zake bepaalde maatregelen, betreft immers de betrekkingen tussen de gemeenschap en particulieren, ongeacht of het nu om privaat- of publiekrechtelijke personen gaat. Zij belangt in eerste instantie de gemeenschap aan en wordt toevertrouwd aan het bestuur met het oog op de bescherming en de vrijwaring van het algemeen belang. Het bestuur beschikt over een beoordelingsbevoegdheid t.a.v. de wenselijkheid om de toepassing van een maatregel te vorderen en t.a.v. de aard van de gevorderde maatregel, een en ander in het licht van een goede

⁶ Cass., 26 april 1989, voltallige terechtzitting, *Arr.Cass.*, 1988-89, nr. 486, en de conclusie van advocaat-generaal Liekendael alsmede de daarin opgenomen verwijzingen, met name betreffende de rechtspraak van het Hof van Cassatie omtrent de aard van de maatregel van herstel van de plaats in de vorige staat (voetnoten 17 t/m 33).

⁷ Cass., 26 april 1989, aangehaald in noot 6 ; 13 december 1989, *Arr.Cass.*, 1989-90, nr. 236.

⁸ D. D'HOOGHE, «De herstelmaatregelen inzake stedenbouw», *R.W.*, 1988-89, 1001 e.v.

⁹ M.b.t. het bovenstaande, zie de parlementaire voorbereiding van de wet van 22 december 1970 en de in noot 5 aangehaalde verwijzing ; CONSTANT, *Précis de droit pénal*, éd. 1975, blz. 565 e.v.

ruimtelijke ordening. De rechter heeft noch de vrijheid noch de bevoegdheid te weigeren de gevorderde maatregel uit te spreken, als hij de overtreding van de wetsvoorschriften vaststelt. De sommen tot betaling waarvan de overtreder kan worden veroordeeld, moeten aan een speciaal fonds worden gestort.

Uit een aantal niet onbelangrijke oogpunten beschouwd, valt de vordering van het bestuur, los van de vorm waarin deze wordt ingesteld, dus zowel onder het burgerlijk recht als onder het publiekrecht, in de ruime zin.

Ongeacht of het nu om het herstel of de sanctie gaat, de vordering en de beslissing behouden een overheersend burgerlijk karakter. Is de grens tussen burgerlijk recht en publiekrecht trouwens niet moeilijk te trekken ¹⁰?

19. Laten we, na aldus de aard te hebben gekenschetst van de vordering die ertoe strekt één van de in de wet bepaalde burgerlijke maatregelen te laten bevelen, alsmede die van de beslissing waarbij deze wordt gelast, in ieder van de gevallen waarin een zodanige vordering wordt ingesteld en een dergelijke beslissing wordt genomen, nagaan of de dwangsom kan worden opgelegd.

De vordering wordt bij de civiele rechter ingesteld. Dit kan gebeuren op twee manieren.

Eerste manier: het bestuur dat beweert persoonlijk door het misdrijf te zijn benadeeld, vordert het herstel van zijn schade bij de civiele rechter, met name in de vorm van een herstel van de plaats in de vorige staat. Het betreft hier een volstrekt rechtmatige vordering tot herstel in natura, welke op de artikelen 1382 en volgende van het Burgerlijk Wetboek is gebaseerd. Nu in dit geval ontegensprekelijk aan de voorwaarden voor het opleggen van een dwangsom is voldaan, kan deze op vordering van de eisende partij worden bevolen.

Tweede manier: de gemachtigde ambtenaar die op grond van zijn volmacht handelt en gebruik maakt van de hem bij wet toegekende bevoegdheid, stelt bij de civiele rechter een vordering tot herstel van de plaats in de vorige staat in. Ditmaal vindt zijn vordering haar wettelijke grondslag in de artikelen 67 van de wet en 69 van het Waalse Wetboek. Het bestuur streeft hier niet naar het herstel van een schade die het persoonlijk zou hebben geleden, doch het ongedaan maken, in de vorm van herstel in natura, van een situatie waarbij het algemeen belang wordt aangetast.

Kan een dwangsom worden verbonden aan een naar aanleiding van een zodanige vordering genomen beslissing, hoewel deze – zoals wij hebben gezegd – uit een aantal oogpunten beschouwd tot het publiekrecht in de ruime zin behoort?

Mijns inziens staat niets eraan in de weg.

20. In de conclusie die door de advocaat-generaal Dumon vóór uw arrest van 11 mei 1982 is genomen, zet hij uiteen dat zowel uit de tekst van de eenvormige wet als uit de Nederlandse en Franse wettelijke bepalingen welke tot richtsnoer zijn genomen, alsmede uit de jurisprudentie en de doctrine die deze nationale wettelijke bepalingen hebben toegelicht en geïnterpreteerd, blijkt dat de eenvormige wet een algemene strekking heeft en slechts één uitzondering

behelst die van strikte limitatieve toepassing moet blijven ¹¹.

Bij het onderzoek naar de vraag of de dwangsom tot het privaatrecht beperkt moet blijven, sluit de heer Dumon, daarbij steunend op de Nederlandse en Franse rechtspraak, niet uit dat zij toepassing kan vinden t.a.v. veroordelingen in het procedurerecht, in het handelsrecht, in het staatsrecht, in het strafrecht en in de strafvordering ¹².

In genoemd arrest wordt door uw Hof verklaard dat uit artikel 3 van de Benelux-Overeenkomst – en wel in het bijzonder uit de tegenstelling tussen de leden 1 en 2 van dat artikel – valt af te leiden dat de Overeenkomstsluitende Partijen ervan zijn uitgegaan dat in ieder geval rechtsvorderingen op het gebied van het burgerlijk recht in beginsel tot het toepassingsgebied van de eenvormige wet behoren ¹³.

21. In de conclusie die door eerste advocaat-generaal Wampach vóór uw arrest van 1 juli 1988 werd genomen, verklaarde hij dat hij de overwegingen van advocaat-generaal Dumon kon beamen en op zijn beurt kon betogen dat niets eraan in de weg staat dat het toepassingsgebied van de eenvormige wet eveneens wordt uitgebreid tot de rechtsvorderingen die uit het publiek- en administratief recht voortvloeien ¹⁴.

22. De in de gemeenschappelijke memorie van toelichting bij de eenvormige wet op de voorgrond gestelde redenen welke voor de dwangsom pleiten, namelijk het belang van de schuldeiser bij werkelijke nakoming door de schuldenaar van zijn verbintenis en het belang van de maatschappij bij naleving van een door de rechter gegeven gebod of verbod, moeten ons ook tot richtsnoer dienen bij de beoordeling van de omvang van het toepassingsgebied van de dwangsom ¹⁵.

Het spreekt vanzelf dat het instituut zijn doel zou missen indien belangrijke gebieden van het recht ten gevolge van een te enge interpretatie van de eenvormige wet buiten haar werkingssfeer zouden vallen.

23. Uit de gemeenschappelijke memorie van toelichting bij de eenvormige wet blijkt dat het openbaar ministerie steeds als het als hoofdpartij optreedt, oplegging van een dwangsom door de rechter zal kunnen vorderen. Zulks betekent, zoals overigens in de toelichting is vermeld, dat het openbaar ministerie op één lijn staat met elke andere eisende partij wanneer het partij is in het geding, door daarin anders dan bij wege van advies tussen te komen ¹⁶.

Het openbaar ministerie dat in de hoedanigheid van partij optreedt, streeft geen ander doel na, mag geen ander doel nastreven dan de bescherming van het openbaar belang. De auteurs van de Overeenkomst en van de eenvormige wet wijzen derhalve de mogelijkheid niet af dat een bij de burgerlijke rechter ingestelde vordering tot rechtstreeks of onrechtstreeks herstel van een aan het algemeen belang toe-

¹¹ Arrest A 81/6, Wassenburg / Petit, conclusie van advocaat-generaal F. Dumon, *Jurisprudentie*, deel 3, blz. 70 e.v.

¹² *Ibid.*, blz. 75.

¹³ *Ibid.*, blz. 59.

¹⁴ Arrest A 87/1, Servais / Commune de Blégny, conclusie van de heer C. WAMPACH, eerste advocaat-generaal, hoofd van het parket, *Jurisprudentie*, deel 9, blz. 56.

¹⁵ *Basisteksten*, deel 4/II, Gemeenschappelijke memorie van toelichting bij de eenvormige wet, blz. 27.

¹⁶ *Basisteksten*, deel 4/II, Gemeenschappelijke memorie van toelichting bij de Overeenkomst, blz. 29.

¹⁰ C. ASSER, *Burgerlijk recht, Algemeen recht, Privaat en publiek recht*, blz. 26 e.v.; G. MARTY en P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. I, blz. 66 e.v.

gebrachte schade vergezeld gaat van een vordering tot dwangsom en dat de dwangsom kan worden opgelegd indien de voorwaarden voor toepassing daarvan zijn vervuld.

24. Een probleem mag echter niet aan de aandacht ontsnappen. De gemachtigde ambtenaar, het college van burgemeester en schepenen of beiden samen zijn partij voor de burgerlijke rechtbank. Zij handelen op grond van het recht dat hun bij wet is toegekend. Zij vorderen het herstel niet van een persoonlijk geleden schade doch van een collectieve schade. Aan wie zal de dwangsom moeten worden betaald en door wie zal zij worden verworven?

Dat de dwangsom aan de gemachtigde ambtenaar of aan het college van burgemeester en schepenen zou worden betaald en dat de sommen daarvan aan hen zouden toekomen, is ondenkbaar. Zowel de gemachtigde ambtenaar als het college handelen, eerstgenoemde bij volmacht, laatstgenoemde op grond van de bevoegdheden die hem door de gemeentewet en de wet houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en van de stedenbouw zijn toegekend, in het algemeen belang.

De dwangsom zou derhalve moeten worden betaald aan de staat of het gewest, die dat belang bewaken. Voor de rechter zou een andere oplossing erin bestaan artikel 65 van de organieke wet of artikel 67 van het Waalse Wetboek van overeenkomstige toepassing te verklaren en te bevelen dat de dwangsom zou worden gestort in handen van de ontvanger der registratie op een speciale rekening.

Die moeilijkheden m.b.t. de uitvoering, waarvoor de wetgever eventueel een oplossing zou kunnen aandragen, komen mij echter op zichzelf niet van zodanige aard voor dat daardoor de toepassing van de dwangsom wordt uitgesloten.

25. Dezelfde vordering wordt voor het strafrecht ingesteld.

De vordering die strekt tot het civiele herstel van het misdrijf volgens een van de in de wet op de ruimtelijke ordening en de stedenbouw bepaalde modaliteiten, onder meer de vordering tot herstel van de plaats in de vorige staat, kan bij de strafrechter worden ingesteld, hetzij door ieder privaaf of publiekrechtelijk persoon die beweert door het misdrijf te zijn benadeeld, in de vorm van een burgerlijke-partijstelling, dan wel door de gemachtigde ambtenaar in de vorm welke in de wetbepalingen inzake stedenbouw is bepaald.

In het eerste geval behoort de bevolen maatregel uitsluitend tot de civielrechtelijke vordering en staat niets de oplegging van een dwangsom in de weg indien de voorwaarden voor toepassing daarvan voorts zijn vervuld. Het Hof van Cassatie heeft in verscheidene arresten in die zin uitspraak gedaan¹⁷.

26. Dient op grond van doorslaggevende juridische redenen anders te worden beslist wanneer de veroordeling tot herstel van de plaats in de vorige staat door de strafrechter

wordt uitgesproken op vordering niet van een burgerlijke partij, doch van de gemachtigde ambtenaar¹⁸?

Twee doorslaggevende redenen hebben voor de invoering van de dwangsom door de eenvormige wet gepleit: ten eerste het belang van de schuldeiser bij werkelijke nakoming door de schuldenaar van zijn verbintenis, en voorts het belang van de maatschappij bij naleving van een door de rechter gegeven gebod of verbod¹⁹.

Het door de strafrechter gelaste herstel van de plaats in de vorige staat verandert niet van aard naargelang dat het op vordering van hetzij een burgerlijke partij dan wel de gemachtigde ambtenaar wordt uitgesproken. Het gaat steeds om een burgerlijke maatregel. In dit laatste geval heeft het collectieve belang evenwel de overhand. Is dat belang echter niet het voornaamste punt van zorg van de wetgever? Wanneer de wetgever zich inlaat met het belang van de schuldeiser bij werkelijke nakoming door de schuldenaar van zijn verbintenis, overweegt hij dan enkel het particuliere belang van de persoon, sluit hij dan het collectieve belang van de maatschappij uit?

Wanneer de dwangsom verschillend wordt toegepast naargelang van de wijze waarop de vordering wordt ingesteld, wordt dan niet ingegaan tegen de bestaansgrond van dat instituut?

27. Hoewel de bevolen maatregel niet van aard verandert naar gelang van de vorm van de vordering, behoort hij — zoals gezegd — hetzij tot de civielrechtelijke vordering dan wel tot de strafvordering. Is de omstandigheid dat genoemde maatregel door bepaalde aspecten onder de strafvordering valt van zodanige aard dat daardoor de veroordeling van het toepassingsgebied van de dwangsom wordt uitgesloten?

Ter beantwoording van die vraag dient de precieze strekking van de doctrine van het Hof van Cassatie t.a.v. de koppeling van de beslissing aan de strafvordering te worden bepaald.

Nogmaals, de maatregel van herstel van de plaats in de vorige staat is geen straf. Het gaat om een burgerlijke maatregel. De vordering van de gemachtigde ambtenaar is een burgerlijke vordering.

Waarom behoort de n.a.v. een zodanige vordering genomen beslissing tot de strafvordering? Omdat het doel daarvan is de bescherming van het algemeen belang van de gemeenschap, t.w. de verwezenlijking van een goede ruimtelijke ordening, te waarborgen. Omdat de rechter die van de strafvervolgk kennis neemt, in beginsel die vordering moet toewijzen, naast de straf die hij oplegt. Omdat de wet vereist dat de rechter, naast de strafrechtelijke veroordeling, het burgerlijk herstel van de plaats in de vorige staat beveelt. Dit zijn de redenen die door het Hof van Cassatie worden aangevoerd.

Wij hebben gezien dat het nastreven van een maatschappelijk belang de toepassing van de dwangsom onverlet laat, dat deze door het openbaar ministerie kan worden gevorderd voor zover zij betrekking heeft op een civielrechtelijke veroordeling. Voorts weten wij dat de strafrechter de maatregel van herstel van de plaats niet ambtshalve mag uit-

¹⁷ Cass., 4 januari 1984, *Arr. Cass.*, 1983-84, nr. 227; 28 april 1987, *ibid.*, 1986-87, nr. 502; 9 juni 1987, *ibid.*, 1986-87, nr. 606; 19 september 1989, *ibid.*, 1989-90, nr. 41; 5 december 1989, *ibid.*, 1989-90, nr. 220. Raadpl. ook I. MOREAU-MARGRÈVE, «L'astreinte», *Ann. Dr. L.*, 1982, 61; G.L. BALLON, A.P.R., *Dwangsom*, nrs. 97 en 98; *id.*, «Le juge répressif et l'astreinte», *Rev. dr. comm.*, 1984, 411 t/m 413; DE LEVAL, *Jurisprudence du Code judiciaire*, hdst. XXIII, «De l'astreinte, art. 1385bis», *blz.* 9-1 t/m 9-3; A. VANDEPLAS, «Het herstel van de plaats en de dwangsom», *R.W.*, 1989-90, 777.

¹⁸ Zoals hierboven is uiteengezet, kan die vordering eveneens van het college van burgemeester en schepenen uitgaan.

¹⁹ *Basisteksten*, deel 4/II, Gemeenschappelijke memorie van toelichting bij de eenvormige wet, *blz.* 27.

spreken, dat het openbaar ministerie het initiatief niet mag nemen om deze te vorderen.

Al is het juist dat de strafrechter deze moet uitspreken, zulks geldt enkel voor zover de vordering daartoe is ingesteld, niet door het openbaar ministerie, doch door de gemachtigde ambtenaar, nu het de wil van de wetgever was dat alleen het bestuur de wenselijkheid zou kunnen beoordelen om een herstelmaatregel te eisen en die maatregel zou kunnen kiezen, welke het meest gepast voorkomt. De strafrechter voor wie een dergelijke maatregel wordt gevorderd, dient zich naar de keuze van het bestuur te gedragen. Door die uit de wet voortvloeiende verplichtingen van de rechter verkrijgt de door hem bevolen maatregel evenwel geen strafrechtelijk karakter.

Wanneer door het Hof van Cassatie naar voren wordt gebracht dat de burgerlijke beslissing waarbij het herstel van de plaats in de vorige staat wordt bevolen, door de wet wordt voorgeschreven als verplichte aanvulling van de straf, betekent zulks niet dat genoemde maatregel een accessorium van de straf of een bijkomende straf is, maar dat de rechter, indien hij de telastlegging bewezen verklaart, de maatregel dient te gelasten als de vordering daartoe is ingesteld. Dat de maatregel niet verbonden is met de oplegging van een straf volgt tevens daaruit dat, wanneer de strafvordering verjaard is, dus wanneer van geen enkele straf sprake is, de maatregel moet worden bevolen.

Daaruit volgt dat de beslissing, al behoort zij door bepaalde aspecten tot de strafvordering, daarmee slechts vrij losse banden heeft; dat de wetgever deze niet heeft willen opsluiten in het kader van de strafvordering in de enge betekenis des woords, die enkel strekt tot de toepassing van straffen, maar deze om redenen van doelmatigheid en vereenvoudiging, heeft verbonden aan de strafvordering in de ruime zin, die de rechtsvordering omvat voor de toepassing van de burgerlijke maatregelen die verband houden met de constatacie van een misdrijf.

Naar het mij toeschijnt mag derhalve worden aangenomen dat het door het Hof van Cassatie gemaakte onderscheid m.b.t. de koppeling van de maatregel aan de burgerlijke rechtsvordering of de strafvordering in wezen is ingegeven door redenen van procedurele aard ²⁰.

In het licht van het vorenstaande komt het mij niet voor dat de door de strafrechter genomen beslissing, zoals die aldus is opgevat, van het toepassingsgebied van de eenvormige wet dient te worden uitgesloten.

28. Voor het overige is voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van de dwangsom. Er bestaat een hoofdveroordeling. Deze veroordeling, herstel van de plaats in de vorige staat, is een verplichting om te doen. De dwangsom mag niet ambtshalve door de rechter worden opgelegd. Zij moet door de gemachtigde ambtenaar worden gevorderd.

Strikt genomen is de gemachtigde ambtenaar geen partij in het geding. In zijn arrest van 2 april 1984 heeft uw Hof echter gesteld dat moet worden aangenomen dat aan de woorden «op vordering van een der partijen» die in artikel 1, lid 1, van de eenvormige wet zijn vervat, geen verdere be-

tekenis toekomt dan dat de rechter van de hem in genoemde bepaling gegeven bevoegdheid geen gebruik mag maken als dat niet door een partij is gevorderd, en dat die bepaling de partij die de dwangsom vordert niet verplicht het bedrag of de modaliteiten in haar vordering op te nemen ²¹.

Uit die overwegingen van uw arrest volgt dat de eenvormige wet aldus moet worden opgevat dat wordt vereist dat een vordering wordt ingesteld, zonder dat acht dient te worden geslagen op de vorm of de modaliteiten van die vordering.

Ten slotte is de dwangsom gericht op de nakoming in natura van de verbintenis en de tenuitvoerlegging van de door de rechter uitgesproken hoofdveroordeling. Het doel van het instituut wordt aldus in acht genomen ²².

29. In artikel 3 van de eenvormige wet is bepaald dat de dwangsom, eenmaal verbeurd, ten volle toekomt aan de partij die de veroordeling heeft verkregen. Staat die bepaling in de weg aan de oplegging van een dwangsom door de strafrechter, wanneer deze door de gemachtigde ambtenaar wordt gevorderd?

Zoals ik hierboven heb gesteld i.v.m. de vordering die bij de civiele rechter wordt ingesteld door dezelfde personen die in dezelfde hoedanigheid optreden, is de moeilijkheid betreffende de toekenning en de verkrijging van de dwangsom op zich niet van zodanige aard dat daardoor de toepassing daarvan wordt uitgesloten ²³.

30. Het is niet zonder belang om benevens de vorenstaande overwegingen op te merken, zij het dat daaraan geen enkel argument over de interpretatie van de eenvormige wet kan worden ontleend, dat de Belgische wetgever, zowel de nationale als de communautaire, zich aandachtig heeft betoond voor de toepassing van de dwangsom inzake stedenbouw.

In het ontwerp dat moest leiden tot de goedkeuring van de wet van 22 december 1970 werd aanvankelijk voorzien in de betaling van een «wettelijke» dwangsom in geval van niet-uitvoering van het vonnis waarbij onder meer het herstel van de plaats in de vorige staat werd bevolen. Bij wet werd het bedrag van de dwangsom vastgesteld op een som van 500 tot 5000 fr. per dag vertraging. Deze diende door de rechter te worden bevolen, waarbij het bedrag alleen van de dwangsom ter beoordeling aan de rechter werd overgelaten.

Tijdens de bespreking voor de commissies voor de Justitie en de Openbare Werken van de Senaat werd om verschillende redenen van die bepaling afgezien. Het karakter van geldboete van de overwogen maatregel en de vrees voor de gevolgen welke deze voor de minvermogenen kon hebben, waren niet vreemd aan deze beslissing ²⁴. De nadruk werd tevens gelegd op de bevoegdheid van het bestuur om van ambtswege in de uitvoering van het vonnis te voorzien. Zulks is overigens uitdrukkelijk in de wet bepaald ²⁵.

²¹ Arrest van 2 april 1984, A 83/3, *Jurisprudentie*, deel 5, blz. 51 en blz. 52.

²² Conclusie van de heer KRINGS, advocaat-generaal, hoofd van het parket, in de zaak A 84/3, vóór het arrest van 5 juli 1985, deel 6, blz. 121.

²³ Zie nr. 24.

²⁴ Parlementaire voorbereiding van de wet van 22 december 1970, aangehaald in noot 5, verslag nr. 525, blz. 69 t/m blz. 71.

²⁵ Wet van 29 maart 1962, artikel 65, § 2.

²⁰ Het ging met name om het antwoord op de vraag of de veroordeling tot herstel van de plaats in de vorige staat het onderwerp kon uitmaken van een ambtshalve door het Hof van Cassatie aangevoerd middel.

Toentertijd was de dwangsom nog niet in de Belgische wetgeving ingevoerd. De dwangsom waarin het ontwerp voorzag, was een wettelijke dwangsom die op vele vlakken verschilde van de gerechtelijke dwangsom die later door de wet van 31 januari 1980 houdende goedkeuring van de Benelux-Overeenkomst houdende eenvormige wet betreffende de dwangsom werd ingevoerd. De destijds opgeworpen bezwaren zouden vandaag de dag niet meer even relevant zijn.

Getuige het decreet van het Waalse Gewest van 27 maart 1985, waarbij artikel 67 van het Waalse Wetboek werd gewijzigd doordat paragraaf 2, eerste lid, van dat artikel werd voorafgegaan door de woorden «Onverminderd de toepassing van hoofdstuk XXIII van boek IV van het vierde deel van het Gerechtelijk Wetboek». Dat hoofdstuk van het Gerechtelijk Wetboek betreft de gerechtelijke dwangsom.

In de toelichting op het ontwerp-decreet is gepreciseerd dat het dienstig werd geacht uitdrukkelijk te refereren aan de mogelijkheid gebruik te maken van de in het Gerechtelijk Wetboek bepaalde dwangsom om de uitvoering van de door de rechter bevolen maatregelen te waarborgen. Door de Raad van State die deze toevoeging overbodig noemt en dus de toepassing van de dwangsom niet uitsluit, is het advies uitgebracht dat het aan de gemachtigde ambtenaar staat de rechter te vorderen de dwangsom op te leggen voor zover zulks natuurlijk op grond van de artikelen 1385bis en volgende van het Gerechtelijk Wetboek mogelijk is ²⁶.

31. Ik meen aldus te hebben aangetoond:

1. dat het bevel tot herstel van de plaats in de vorige staat, dat door de strafrechter op vordering van de gemachtigde ambtenaar wordt uitgesproken, een burgerlijke veroordeling is, die hoofdzakelijk op het herstel van de collectieve gevolgen van het misdrijf betrekking heeft;

2. dat, al behoort die maatregel luidens de doctrine van het Hof van Cassatie tot de strafvordering in de ruime betekenis des woords, de koppeling ervan aan de strafvordering in wezen wordt ingegeven door redenen van procedurele aard;

3. dat met betrekking tot de toepassing van de dwangsom op de veroordeling tot herstel van de plaats in de vorige staat een onderscheid naargelang van de voor de vordering daarvoor gevolgde procedures niet gegrond is.

M.i. dient de gestelde vraag mitsdien bevestigend te worden beantwoord.

Arrest

1. Gezien het arrest op 13 december 1989 door de tweede kamer van het Hof van Cassatie van België gewezen in de zaak rolnummer 7156 (...) bij welk arrest, overeenkomstig artikel 6 van het Verdrag betreffende de instelling en het statuut van een Benelux-Gerechthof, hierna genoemd het Verdrag, aan dit Hof een vraag van uitleg van de Eenvormige Beneluxwet betreffende de dwangsom wordt gesteld;

Ten aanzien van de feiten

2. Overwegende dat de feiten blijkens het arrest kunnen worden samengevat als volgt:

Beklaagden N. en C. werden vervolgd omdat zij in strijd met het Waalse Wetboek van ruimtelijke ordening en stedenbouw een bouwwerk hadden opgericht en in stand gehouden zonder in het bezit van een bouwvergunning te zijn; het Hof van Beroep te Luik, dat over de door het openbaar ministerie ingestelde vordering uitspraak deed, veroordeelde hen tot geldboeten, beval het door de gemachtigde ambtenaar van de Waalse Gewestexecutieve gevorderde herstel van de plaats in de vorige staat en veroordeelde beklaagden tot betaling van een dwangsom van 2000 frank per dag vertraging, te rekenen van het verstrijken van de door dat Hof vastgestelde termijn van vijf maanden, voor het geval dat de plaats niet in de vorige staat zou zijn hersteld.

Het Hof van Cassatie heeft de cassatieberoepen van de eisers afgewezen doch zijn uitspraak aangehouden voor zover deze beroepen gericht zijn tegen de beslissingen waarbij zij tot betaling van een dwangsom werden veroordeeld;

Ten aanzien van het verloop van het geding

3. Overwegende dat het Hof van Cassatie het Benelux-Gerechthof in het arrest verzoekt over onderstaande vraag van uitleg uitspraak te willen doen:

«Laat artikel 1, § 1, van de eenvormige wet betreffende de dwangsom toe dat een dwangsom wordt opgelegd ten einde de tenuitvoerlegging te verzekeren van een maatregel die, ofschoon van burgerrechtelijke aard, behoort tot de strafvordering en die meer in het bijzonder bedoeld is om de tenuitvoerlegging te verzekeren van een bevel tot herstel van de plaats in de vorige staat, welke burgerrechtelijke maatregel krachtens de nationale wet door het strafgerecht moet worden uitgesproken als verplichte aanvulling van de strafrechtelijke veroordeling?»;

Ten aanzien van het recht

7. Overwegende dat artikel 1, § 1, van de Eenvormige Beneluxwet betreffende de dwangsom luidt: «De rechter kan op vordering van een der partijen de wederpartij veroordelen tot betaling van een geldsom, dwangsom genaamd, voor het geval dat aan de hoofdveroordeling niet wordt voldaan, onverminderd het recht op schadevergoeding indien daartoe gronden zijn. Een dwangsom kan echter niet worden opgelegd in geval van een veroordeling tot betaling van een geldsom»;

8. Overwegende dat het Hof van Cassatie in zijn arrest heeft overwogen dat het bevel tot herstel van de plaats in de vorige staat een maatregel is, die door de wet is voorgeschreven als een verplichte aanvulling van de strafrechtelijke veroordeling; dat het Hof op grond van de aan deze maatregel door het Hof van Cassatie gegeven kwalificatie ervan uitgaat dat het bedoelde bevel tot herstel van de plaats in de vorige staat een maatregel is van burgerrechtelijke aard;

9. Overwegende dat het Hof in zijn arrest van 11 mei 1982 in de zaak A 81/6 van oordeel was dat in ieder geval rechtsoverredingen op het gebied van het burgerlijk recht in beginsel tot het toepassingsgebied van de eenvormige wet behoren;

10. Overwegende dat artikel 1 van de eenvormige wet geen uitzondering op dat beginsel maakt voor rechtsoverredingen, ingesteld door een bestuursorgaan of het openbaar ministerie met het oog op de bescherming, niet van particuliere belangen doch van het algemeen belang;

²⁶ Waalse Gewestraad, 1984-85, Stukken van de Raad, 129, nrs. 1 en 2.

11. dat in de gemeenschappelijke memorie van toelichting weliswaar melding is gemaakt van problemen samenhangende met de tenuitvoerlegging van gerechtelijke beslissingen op het gebied van het privaatrecht; dat evenwel in die memorie expressies verbijs is vermeld dat het vanzelf spreekt dat de bepalingen van de eenvormige wet eveneens van toepassing zijn op de Staat en andere publiekrechtelijke rechtspersonen, of zij schuldeiser dan wel schuldenaar zijn en dat het openbaar ministerie gerechtigd is steeds als het als hoofdpartij optreedt, oplegging van een dwangsom te vorderen; dat de dwangsom dus niet is uitgesloten wanneer de hoofdveroordeling op het algemeen belang betrekking heeft;

12. dat de gemeenschappelijke memorie van toelichting erop wijst dat voor invoering van de dwangsom niet enkel het belang van de schuldeiser pleit doch tevens het belang van de maatschappij bij naleving van een door de rechter gegeven gebod of verbod; dat daarmee niet zou stroken dat de dwangsom niet zou kunnen worden opgelegd omdat deze ten doel heeft de uitvoering te verzekeren van een bevel dat in het algemeen belang is gegeven;

13. Overwegende dat voorts de bevoegdheid om een dwangsom op te leggen in artikel 1, § 1, van de eenvormige wet aan de «rechter» is voorbehouden;

14. dat die bepaling, gelet op de algemeenheid van de gebezigde uitdrukking, onder meer op de strafrechter slaat, wanneer deze maatregelen van burgerrechtelijke aard dient te gelasten;

15. dat die uitdrukking het blijkens de gemeenschappelijke memorie van toelichting mogelijk maakt de tekst van toepassing te laten zijn op de verschillende gerechtelijke instanties van de drie landen; dat de maatregel van herstel van de plaats in de vorige staat — ervan uitgaande dat deze naar de vaststelling van het Hof van Cassatie een verplichting van burgerrechtelijke aard is — tot het toepassingsgebied van de eenvormige wet behoort, onverschillig of deze maatregel door de burgerlijke dan wel door de strafrechter is gelast;

16. Overwegende dat de rechter op grond van artikel 1, § 1, van de eenvormige wet een dwangsom kan opleggen ingeval aan de hoofdveroordeling niet wordt voldaan; dat in de tekst geen onderscheid is gemaakt naar gelang de rechter al dan niet verplicht is de hoofdvordering toe te wijzen;

17. Overwegende dat daaruit volgt dat de door het Hof van Cassatie van België gestelde vraag bevestigend dient te worden beantwoord;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 20 SEPTEMBER 1991

Voorzitter rapporteur: de h. Rauws, afdelingsvoorzitter
Openbaar ministerie: de h. D'Hoore, advocaat-generaal
Advocaten: mrs. Bützler en Simont

Onrechtmatige daad — Aansprakelijkheid — Gebrekkige zaken — Gebrek — Begrip

Uit de omstandigheid dat het defect van een zaak veroorzaakt is door het gebruik dat de bewaarder van de zaak ervan gemaakt

heeft, volgt als zodanig niet dat die zaak geen gebrek vertoont in de zin van art. 1384, eerste lid, B.W.

W. t/ Van der A.

Gelet op het bestreden arrest, op 6 december 1989 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 1384, eerste lid, en voor zoveel nodig 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek en 97 van de Grondwet,

doordat het hof van beroep verweerders hoger beroep gegrond verklaart, het vonnis van de rechtbank van eerste aanleg tenietdoet en eisers oorspronkelijke vordering ertoe strekkend vergoeding te krijgen voor de schadelijke gevolgen van het ongeval, als ongegrond afwijst, op grond: «dat (eiser) uitsluitend zijn eis baseert op de toepassing van artikel 1384, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek; dat voor de toepassing van artikel 1384, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek (eiser) dient aan te tonen dat de crossmotorfiets, bestuurd door (verweerder) en waardoor de schade werd veroorzaakt waarvan de vergoeding wordt gevorderd, aangetast was door een gebrek; dat het gebrek erin kan bestaan hebben hetzij dat de motorfiets aangetast was door een abnormaal kenmerk, hetzij dat de motorfiets in een abnormale gesteldheid verkeerde waardoor hij ongeschikt was voor het normaal gebruik waartoe hij moest dienen; dat het organiseren van een motorcross zowel voor de deelnemende bestuurders als voor de toeschouwers en voor de bij de organisatie betrokken personen, een risicovolle onderneming is; dat zulks voortspruit uit het feit dat bij het beoefenen van zulk een sport, zowel de deelnemers als het gebruikte materiaal (motorfiets) maximaal belast worden teneinde de deelnemers aan de competitie te rangschikken naar hun best behaalde resultaten; dat tot de essentie van deze beoefende sport behoort, niet alleen de individuele kundigheid van de deelnemers, maar evenzeer hun menselijk falen alsmede het falen van het door hen gebruikte materiaal (motorfiets); dat derhalve het mogelijk mechanisch falen van het gebruikte materiaal, in dezen een motorfiets, niet noodzakelijk aantoonst dat de motorfiets, zijn motor of zijn gashendel door een inherent gebrek was aangetast; dat het mogelijk mechanisch falen van de motorfiets of van zijn onderdelen het evenmin mogelijk maakt af te leiden dat de motorfiets of zijn onderdelen ongeschikt was of waren voor het gebruik waartoe ze aangewend worden, nl. de deelname aan een wedstrijd; dat in dezen het materieel technisch bewijs van het ingeroepen gebrek, dat de motorfiets en/of zijn mechanische onderdelen zou hebben aangetast, niet wordt geleverd, en er geen gegevens bestaan om zulks aan te tonen, en nu voorzeker niet meer door het verloop van de tijd sedert de dag van het ongeval, zijnde 13 september 1981; dat het gebrek eventueel doelmatig aangetoond zou kunnen worden, indien elke andere mogelijke oorzaak, behoudens het beweerd gebrek, met de vereiste zekerheid zou kunnen worden uitgesloten om de abnormale gedraging van de motorfiets uit te leggen; dat (eiser) zulks niet aantoonst; dat trouwens in dezen niet uitgesloten kan worden, dat zoals door (verweerder) en getuigen wordt beweerd, het niet afsluiten van de gastoevoer veroorzaakt werd door zandkorrels waarvan het opwerpen inherent is aan het wedstrijdgebeuren, hetgeen een aan de motorfiets en zijn onderdelen externe oorzaak is die het falen van de mechaniek heeft veroorzaakt; dat

evenmin kan worden uitgesloten dat, tijdens het wedstrijdgebeuren, het maximaal belasten van de motorfiets, zijn motor en gashendel, het mechanisch falen heeft veroorzaakt of heeft bevorderd; dat zulks niet wijst op een inherent gebrek dat de motorfiets of zijn onderdelen aantast, maar een risico is eigen aan deze beoefende sport; dat (eiser) ten onrechte aanvoert dat (verweerder) in de ongevalsangifte, in het strafrechtelijk onderzoek i.v.m. het ongeval, en in zijn conclusie genomen in het strafrechtelijk geding, toegegeven heeft, zij het impliciet, dat de door hem bestuurde motorfiets door een gebrek aangetast was; dat de uitdrukkelijke verwijzingen van (eiser) i.v.m. de verklaringen van (verweerder) of aanhalingen uit de conclusie die voor rekening van (verweerder) werd genomen, uit hun context worden gehaald en niet de toedracht hebben, noch kunnen bezitten die (eiser) eraan wil hechten; dat immers zowel de verklaringen van (verweerder) als de motieven van de voor zijn rekening genomen conclusie niet anders begrepen kunnen worden dan dat het gebrek is van de motorfiets ontstond tijdens het wedstrijdgebeuren; dat niet werd toegegeven dat de motorfiets, zijn motor of zijn gashendel, bij het vertrek van de wedstrijd door een inherent gebrek waren aangetast; dat de omstandigheid dat de mechaniek van een motorfiets tijdens het wedstrijdgebeuren faalt, niet noodzakelijk aantoonde noch toestaat af te leiden dat de motorfiets en/of zijn mechanische onderdelen door een inherent gebrek waren aangetast»;

...

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat eiser in zijn appelconclusie heeft aangevoerd dat crossmotoren zo moeten zijn geconstrueerd en beveiligd dat hun gashendel en gasschuif niet geblokkeerd of defect geraakt door het opstuiven van zandkorrels, aangezien die machines speciaal gemaakt zijn om te rijden op een zanderig en oneffen terrein;

Dat het arrest dat dienend verweer niet beantwoordt door te zeggen dat het niet-sluiten van de gastoevoer veroorzaakt kan zijn door zandkorrels, waarvan het opwerpen inherent is aan het wedstrijdgebeuren, zodat het ten aanzien van de motor een externe oorzaak is;

Dat het onderdeel in zoverre gegrond is;

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat het arrest niet uitsluit dat te dezen «het mechanisch falen», dit is de onmogelijkheid om de gashendel van de crossmotor waarmee verweerder deelnam aan een motorcrosswedstrijd te sluiten, veroorzaakt is door het tot het uiterste belasten door verweerder van zijn crossmotor, de motor en de gashendel tijdens de wedstrijd; dat het arrest oordeelt dat dit niet wijst op een inherent gebrek dat de motor of zijn onderdelen aantast, maar op een risico dat eigen is aan de beoefende sport;

Overwegende dat uit de omstandigheid dat het defect van een zaak veroorzaakt is door het gebruik dat de bewaarder van de zaak ervan heeft gemaakt, als zodanig niet volgt dat die zaak geen gebrek vertoont in de zin van artikel 1384, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek;

Dat het onderdeel in zoverre gegrond is;

...

NOOT – Zie, in dezelfde zin, Cass., 7 november 1980, *Arr. Cass.*, 1980-81, 271, met conclusie van de procureur-gene-

raal Dumon, F., *R.W.*, 1980-81, 1708, met conclusie, *Pas.*, 1981, I, 294; zie daarover eveneens Dumon, F., conclusie voor Cass., 18 januari 1978, *R.G.A.R.*, 1979, nr. 10.091/3, en conclusie voor Cass., 7 november 1980, *Arr. Cass.*, 1980-81, 272, *R.W.*, 1980-81, 1709; Vandenbergh, H. en Van Quickenborne, M., m.m.v. Geelen, K. en De Coster, S., «Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1979-1984)», *T.P.R.*, 1987, (1255), 1398-1399, nr. 74, en 1554-1556, nr. 187.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 26 SEPTEMBER 1991

Voorzitter-rapporteur: de h. Sace

Openbaar ministerie: mw. Liekendael

Advocaat: mr. De Bruyn

Arbeidsongeval – Arbeidsongevallenvergoeding – Vergoeding naar gemeen recht – Samenloop – Werkgever – Aansprakelijkheid – Voorwaarden

De getroffen en zijn rechthebbenden kunnen van de werkgever, diens lasthebber of aangestelde de in artikel 46, § 2, tweede lid, Arbeidsongevallenwet bedoelde vergoeding naar gemeen recht slechts vorderen als de werkgever, zijn lasthebber of aangestelde het arbeidsongeval opzettelijk heeft veroorzaakt, de werkgever opzettelijk een ongeval heeft veroorzaakt dat een arbeidsongeval tot gevolg heeft, of het ongeval zich voordoet op de weg naar en van het werk.

N.V. De S. en D. t/ F.

Gelet op het bestreden arrest, op 20 december 1989 door het Hof van Beroep te Luik gewezen;

...

Overwegende dat artikel 46, § 2, tweede lid, van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971, gewijzigd bij artikel 4 van de wet van 7 juli 1978, bepaalt dat de volgens het gemeen recht toegekende vergoeding, die geen betrekking kan hebben op de vergoeding van de lichamelijke schade zoals zij gedekt is door deze wet, mag worden samengevoegd met de krachtens deze wet toegekende vergoedingen;

Overwegende dat die wijziging niets afdoet aan de toepassing van artikel 46, § 1, 1°, 3° en 5°, van de wet van 10 april 1971 waaruit blijkt dat de getroffen en zijn rechthebbenden van de werkgever, diens lasthebber of aangestelde de in artikel 46, § 2, tweede lid, bedoelde vergoeding naar gemeen recht enkel kunnen vorderen als de werkgever, zijn lasthebber of aangestelde het arbeidsongeval opzettelijk heeft veroorzaakt, de werkgever opzettelijk een ongeval heeft veroorzaakt dat een arbeidsongeval tot gevolg heeft of het ongeval zich voordoet op de weg naar en van het werk;

Overwegende dat het arrest erop wijst dat verweerder op 12 augustus 1980 werd getroffen door een arbeidsongeval, toen zij gebeten werd door de hond van haar werkgever, eiser; dat het arrest, ofschoon het vaststelt, enerzijds, dat verweerder, na schadeloos gesteld te zijn door de arbeidsongevallenverzekeraar, van eiser, als bewaarder van het dier, en van eiseres, verzekeraar van eisers burgerlijke gezinsaan-

sprakelijkheid, vergoeding vordert van het overige gedeelte van haar schade, anderzijds, dat de werkgever zich niet bevond in één van de in het bovenaangehaalde artikel 46, § 1, 1°, 3° en 5°, opgesomde gevallen, niettemin beslist de vordering van verweerster toe te wijzen;

Overwegende dat het hof van beroep aldus de beslissing niet naar recht verantwoordt;

Dat het middel, in zoverre het een schending aanvoert van artikel 46, §§ 1 en 2, van de wet van 10 april 1971, gegrond is;

...

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 7 OKTOBER 1991

Voorzitter: de h. Soetaert, eerste voorzitter

Rapporteur: mevr. Charlier

Openbaar ministerie: de h. Leclercq

Advocaat: mr. Simont

Werkloosheid – Recht op uitkeringen – Arbeid voor derde – Begrip

In de zin van art. 126 Werkloosheidsbesluit is arbeid voor een derde, al dan niet in loondienst verricht, en waarvoor enig loon of materiaal voordeel wordt verkregen dat tot het levensonderhoud van de werkloze of van zijn gezin kan bijdragen, elke werkzaamheid met productief karakter die voor een derde wordt verricht in het maatschappelijk verkeer.

R.V.A. t/ F.

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

Over het middel: schending van de artikelen 126, inzonderheid het eerste lid, secundo, a, zoals dat artikel is gewijzigd en aangevuld bij de koninklijke besluiten van 22 juli 1975, 5 oktober 1979 en 12 oktober 1982, 128, inzonderheid § 1, 1°, zoals dat artikel is gewijzigd en aangevuld bij de koninklijke besluiten van 28 april 1966, 29 januari 1974, 26 april 1976, 194, 195, zoals dat is gewijzigd bij het koninklijk besluit van 5 oktober 1979, en 210 van het koninklijk besluit van 20 december 1963 betreffende arbeidsvoorziening en werkloosheid,

doordat het arrest er eerst op wijst dat verweerder, die deel uitmaakt van de voetbalploeg van de V.Z.W. R., en oorspronkelijk als amateur was aangesloten, in de loop van het seizoen 1982-1983 werd gekozen voor de eerste ploeg ter vervanging van sommige onbeschikbare spelers, en op zondag met de eerste ploeg heeft gespeeld, en vervolgens zegt dat die sportieve prestaties, die in een niet-beroepscompetitie en onder de omstandigheden die het beschrijft werden geleverd, bijgevolg niet onder toepassing kunnen vallen van de bepalingen van de artikelen 126 en 128 van het koninklijk besluit van 20 december 1963, nu zij niet onder het begrip «arbeid» vallen als bedoeld in de wettelijke teksten, en bijgevolg het beroepen vonnis vernietigt evenals de beslissing van de gewestelijke werkloosheidsinspecteur die, nu hij verweerder heeft uitgesloten voor het recht op werkloosheidsuitkeringen wegens het niet-aangeven van een werkzaam-

heid, van 1 november 1982 tot 30 november 1982 en van 21 februari 1983 tot 31 mei 1983, hem een sanctie van uitsluiting van vijf weken heeft opgelegd en de terugvordering heeft bevolen van sommige betaalde uitkeringen, hetzij voor de wedstrijden, hetzij voor de dagen met oefenstunden,

...

Overwegende dat, naar luid van artikel 126 van het koninklijk besluit van 20 december 1963 betreffende arbeidsvoorziening en werkloosheid, aanspraak heeft op werkloosheidsuitkering de werknemer die, gedurende zijn werkloosheid, geen arbeid voor een derde, al dan niet in loondienst, verricht, waarvoor hij enig loon of materieel voordeel ontvangt, dat tot zijn levensonderhoud en dat van zijn gezin kan bijdragen;

Overwegende dat elke werkzaamheid met productief karakter die voor een derde wordt verricht in het maatschappelijk verkeer, een arbeid uitmaakt in de zin van die wettelijke bepaling;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat «de oefenmeester (van de R.-Club wegens de onbeschikbaarheid in de loop van het seizoen 1982-1983 van sommige spelers van de eerste ploeg, (verweerder) heeft aangewezen om op zondag met de eerste (voetbal)ploeg te spelen; de selectie voor die zondagwedstrijd in beginsel affhang van het bijwonen van de oefenstunden tijdens de week; het deelnemen aan de wedstrijden tijdens het weekeinde recht gaf op terugbetaling van de kosten en bij overwinning of gelijkspel op wedstrijdpremies»; dat het arrest nog zegt dat «(verweerder) van september 1982 tot oktober 1983 een maandelijks bedrag gaande van 1.600 tot 18.000 frank heeft ontvangen»;

Overwegende dat het arrest uit die vaststellingen niet wettelijk heeft kunnen afleiden dat «de sportieve prestaties, althans wanneer zij in een niet-beroepscompetitie en in de bovenvermelde omstandigheden worden geleverd, niet onder toepassing kunnen vallen van de bepalingen van de artikelen 126 en 128 (van voormeld koninklijk besluit), nu zij niet onder het begrip ‘arbeid’ vallen, zoals dat begrip in de wettelijke tekst is aangewezen»;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 22 NOVEMBER 1991

Voorzitter: de h. Rauws

Rapporteur: mevr. Baeté

Openbaar ministerie: de h. Goeminne

Advocaat: mr. Houtekier

Burgerlijke rechtspleging – 1. Vonnis – a) Eindvonnis – b) Vonnis alvorens recht te doen – 2. Conclusie – Te laat ingediend – Sanctie

1.a) Een beslissing die een door een partij vóór het sluiten van het debat ter griffie neergelegde en terzelfder tijd aan de tegenpartij of haar advocaat gezonden conclusie uit het debat weert, is een beslissing waardoor de rechter zijn rechtsmacht over een geschilpunt volledig uitoefent.

b) De rechter die beslist dat hij een zaak die op de rol van de zitting van zijn kamer is geplaatst, niet kan voegen met een

zaak die niet op de rol van de zitting van zijn kamer is geplaatst omdat daarvoor geen dagbepaling is aangevraagd, neemt een beslissing alvorens recht te doen.

2. Wanneer de omstandigheden van de zaak het rechtvaardigen, o.m. wanneer een onverantwoorde te late neerlegging van een conclusie van die aard is dat ze de behandeling van de zaak zonder noodzaak vertraagt, vermag de rechter te weigeren die conclusie in het debat te behouden. Hij is niet verplicht onder alle omstandigheden een op de zitting genomen conclusie onder alle omstandigheden in het debat te houden.

T. t/ De N.

Gelet op het bestreden vonnis, op 20 maart 1989 door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Leuven in hoger beroep gewezen;

Gelet op het verzoekschrift tot cassatie, dat aan dit arrest is gehecht en daarvan deel uitmaakt;

...

Over het middel van niet-ontvankelijkheid van de voorziening door het openbaar ministerie ambtshalve opgeworpen, en overeenkomstig artikel 1097 van het Gerechtelijk Wetboek ter kennis gebracht, te weten : de voorziening is gericht tegen een vonnis alvorens recht te doen;

Overwegende dat het bestreden vonnis beslist dat de tweede conclusie die eiser op 3 februari 1989 neerlegde, uit het debat wordt geweerd;

Overwegende dat een beslissing die een door een partij voor het sluiten van de debatten, ter griffie neergelegde en terzelfder tijd aan de tegenpartij of haar advocaat gezonden conclusie, uit het debat weert, een beslissing is waardoor de rechter zijn rechtsmacht over een geschilpunt uitput;

Dat het middel van niet-ontvankelijkheid in zoverre moet worden verworpen;

Over het eerste middel:

...

Wat het tweede onderdeel betreft :

Overwegende dat uit artikel 748 van het Gerechtelijk Wetboek volgt dat, wanneer de omstandigheden van de zaak het rechtvaardigen, en onder meer wanneer een onverantwoorde laattijdige neerlegging van een conclusie van die aard is dat zij de behandeling van de zaak zonder noodzaak vertraagt, de rechter vermag te weigeren die conclusie in het debat te behouden; dat uit het bepaalde in artikel 747 van het Gerechtelijk Wetboek niet volgt dat de rechter onder alle omstandigheden verplicht is op de zitting genomen nieuwe conclusies in het debat te houden;

Overwegende dat het bestreden vonnis, op vordering van verweerster, de tweede conclusie van eiser uit het debat weert, omdat zij pas op vrijdag 3 februari 1989 te 15 uur aan verweerster was meegedeeld, de zaak voor behandeling was vastgesteld op maandag 6 februari 1989 en verweerster dus niet meer kon antwoorden, terwijl verweerster zelf haar conclusie reeds op 21 oktober 1988 had neergelegd;

Dat het bestreden vonnis de in het onderdeel aangewezen wetsbepalingen niet schendt, door op voormelde gronden de tweede conclusie van eiser uit het debat te weren;

Dat het onderdeel niet kan worden aangenomen;

Over het tweede middel:

Overwegende dat de rechter die beslist dat hij een zaak die op de rol van de zitting van zijn kamer is geplaatst, niet kan voegen met een zaak die niet op de rol van de zitting van zijn kamer is geplaatst omdat daarvoor geen dagbepaling is aangevraagd, een beslissing neemt alvorens recht te doen;

Dat de voorziening in zoverre niet ontvankelijk is;

...

NOOT – Zie, i.v.m. tardief neergelegde conclusies, in dezelfde zin : Brussel, 25 maart 1987, *R.W.*, 1987-88, 716, *Ann.Dr.Liège*, 1987, 334, noot De Leval, G., en *Jur.Liège*, 1987, 858, noot Parmentier, C.; Brussel, 4 februari 1988, *R.W.*, 1987-88, 1368; Brussel, 31 maart 1988, *J.L.M.B.*, 1989, 926; Brussel, 24 mei 1988, *J.T.*, 1989, 513, noot Gérard, Ph.; Kh. Brussel, 11 april 1989, *J.T.*, 1989, 515; Rb. Brussel, 23 februari 1991, *J.L.M.B.*, 1991, 406; Storme, M.E., «De goede trouw in het geding? De invloed van de goede trouw in het privaat proces- en bewijsrecht», *T.P.R.*, 1989, (353), 458, nr. 69; anders : Brussel, 7 januari 1988, *J.L.M.B.*, 1988, 909; Rb. Charleroi, 4 maart 1988, *J.L.M.B.*, 1988, 934; Rb. Mechelen, 19 december 1989, *T.B.B.R.*, 1991, 92; Baert, G., *Comm.-Ger.*, art. 747, nr. 2 en art. 748, nr. 8.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

1e KAMER – 14 NOVEMBER 1990

Voorzitter : de h. Spaas

Raadsheren : de hh. De Vel en Verstreken

Advocaten : mrs. Borin loco Brusseeleers en Wachstock

Gerechtsdeurwaarder – Betekening van vonnis met keuze van woonplaats en bevel tot betaling – Betekening, voor de tegenpartij, van hoger beroep door dezelfde deurwaarder – Lastgeving – Gevolg

Een gerechtsdeurwaarder heeft namens geïntimeerde, met keuze van woonplaats voor geïntimeerde op zijn kantooradres en met bevel tot betaling in zijn handen, het beroepen vonnis betekend aan de appellanten.

Die keuze van woonplaats maakt het bewijs uit van het bestaan van een overeenkomst van lastgeving tussen geïntimeerde en de gerechtsdeurwaarder. De vermelding ervan in het exploit van betekening is tevens een mededeling van het bestaan van de lastgeving aan de appellanten. De lastgeving nam geen einde met het in ontvangst nemen van betalingen, daar het vonnis bij voorraad uitvoerbaar was en het rechtsmiddel van hoger beroep voor de appellanten openbleef. Overeenkomstig het algemene rechtsbeginsel dat een lasthebber niet mag optreden als tegenpartij, is derhalve nietig de betekening van het hoger beroep die dezelfde gerechtsdeurwaarder namens de appellanten heeft gedaan aan geïntimeerde. De nietigheid betreft een grondvoorwaarde.

N.V. De L. e.a. t/ S.

Overwegende dat geïntimeerde zich beroept op de nietigheid van de op 26 juni 1987 betekende akte van hoger beroep

en diententevolgde vraagt de niet-ontvankelijkheid van het hoger beroep uit te spreken;

Overwegende dat geïntimeerde als grond voor de nietigheid opwerpt: dat zij aan gerechtsdeurwaarder De R. opdracht gaf om tot de betekening en uitvoering van het bestreden vonnis, dat uitvoerbaar verklaard was, over te gaan, dat deze gerechtsdeurwaarder op 18 juni 1987 namens geïntimeerde met keuze van woonplaats van geïntimeerde bij hem aan zijn kantooradres overging tot betekening van het bestreden vonnis, met bevel tot betaling in zijn handen, en dat dezelfde gerechtsdeurwaarder op verzoek van appellanten met keuze van woonplaats door appellanten bij dezelfde gerechtsdeurwaarder aan hetzelfde kantooradres op 26 juni 1987 de akte van hoger beroep tegen het bestreden vonnis aan geïntimeerde betekende;

...

Overwegende dat de keuze van woonplaats van geïntimeerde bij de persoon van gerechtsdeurwaarder De R. aan diens kantooradres in zijn exploit van betekening van het bestreden vonnis en het door hem gegeven bevel, overeenkomstig art. 39, Ger.W. voor appellanten inhoudt dat deze aan de persoon en het kantooradres van deze gerechtsdeurwaarder rechtsgeldig de betekeningen en kennisgevingen mogen richten welke betrekking hebben op dit tussen geïntimeerde en appellanten bestaande geschil en procedure;

dat de voornoemde keuze van woonplaats het bewijs uitmaakt voor het bestaan tussen geïntimeerde en gerechtsdeurwaarder De R. van een overeenkomst van lastgeving, nu geïntimeerde door deze keuze van woonplaats aan de gerechtsdeurwaarder de macht geeft om voor geïntimeerde en in haar naam rechtshandelingen te verrichten, te weten betekeningen en kennisgevingen in verband met de tussen appellanten en geïntimeerde hangende bepaalde procedure als geadresseerde rechtsgeldig te ontvangen;

dat de vermelding in het aan appellanten betekende exploit tevens een mededeling van het bestaan van dit mandaat aan appellanten is;

dat aan het tussen geïntimeerde en de gerechtsdeurwaarder bestaande mandaat, buiten de wijzen omschreven in art. 2003 B.W., waarvan niet wordt aangetoond dat zij te dezen aanwezig zijn, slechts een einde komt wanneer de tussen appellanten en geïntimeerde bestaande procedure binnen welke de keuze van woonplaats werd gedaan, een einde heeft genomen;

dat nu door het exploit van betekening van het bestreden vonnis van 18 juni 1987 inhoudende de woonstkeuze van geïntimeerde, wordt aangetoond dat de gerechtsdeurwaarder het uit deze keuze van woonplaats voortvloeiende mandaat op zich nam vanaf de betekening van dit vonnis, hij van toen af is opgetreden als lasthebber van geïntimeerde;

dat zijn mandaat geen einde nam met het in ontvangst nemen van de betalingen, welke appellanten ingevolge het hun gegeven bevel aan de gerechtsdeurwaarder deden, nu het vonnis ingevolge hetwelk appellanten de betalingen deden, uitvoerbaar was verklaard bij voorraad, en het rechtsmiddel van het hoger beroep voor appellanten ondanks hun betaling nog openbleef;

dat de tussen appellanten en geïntimeerde bestaande procedure, welke aanleiding was tot het betekende vonnis en binnen welke de keuze van woonplaats gebeurde, derhalve

niet ten einde was gekomen, evenmin als het mandaat van de gerechtsdeurwaarder;

dat overeenkomstig het algemene rechtsbeginsel, waarvan art. 1596 B.W. de exponent is, een lasthebber niet mag optreden als tegenpartij van zijn lastgever, en elke handeling verricht in strijd met dit beginsel nietig is;

dat te dezen de gerechtsdeurwaarder van wie vaststaat dat hij de vertegenwoordiger-mandataris was van geïntimeerde in de tussen geïntimeerde en appellanten bestaande procedure, door het betekenen van de akte van hoger beroep namens appellanten aan geïntimeerde, zijn lastgever, is opgetreden als tegenpartij van zijn lastgever;

dat hij dit bovendien deed samen met de mededeling dat hij tevens als mandataris in dezelfde procedure optrad voor appellanten ingevolge hun keuze van woonplaats bij hem en zijn kantooradres;

dat hij wel degelijk als de tegenpartij van geïntimeerde is opgetreden, nu hij zich met appellanten vereenzelvigde bij de betekening van de akte van hoger beroep en voor het verder verloop van de procedure, ingevolge zijn opdracht en de keuze van woonplaats van appellanten;

dat de omstandigheid dat de gerechtsdeurwaarder de akte van hoger beroep niet aan zichzelf betekende doch aan geïntimeerde zelf, geen afbreuk doet aan het feit dat hij als lasthebber van appellanten, met wie hij zich vereenzelvigde en die de tegenpartij van geïntimeerde waren, door de enkele betekening van de akte van hoger beroep een handeling verrichtte waarbij hij tegen geïntimeerde, zijn lastgever, optreedt en diens tegenpartij voor die akte en verdere procedure was;

dat de «ministerieplicht» van de gerechtsdeurwaarder, hem opgelegd door art. 517 Ger.W. en de daarin bepaalde uitzonderingen, niet belet dat hij buiten deze uitzonderingen, tevens gerechtigd is om zijn optreden aan een verzoeker te weigeren, wanneer zijn optreden een schending met zich zou brengen van een algemeen rechtsbeginsel, zoals te dezen het beginsel dat een lasthebber tijdens de duur van zijn mandaat niet kan optreden als tegenpartij van zijn mandant binnen het kader van zijn mandaat;

dat een zelfde persoon als mandataris door verschillende partijen met tegengestelde belangen kan worden aangewezen en hij voor deze partijen kan optreden zonder schending van het voornoemde algemeen rechtsbeginsel, mits de normale structuur van het mandaat op dat punt gewijzigd werd door de wil van deze partijen, waardoor deze gewijzigde structuur overeenkomstig art. 1134 B.W. hun wettelijke verplichting werd;

dat, daar de door geïntimeerde aangewezen nietigheid van de akte van hoger beroep als gevolg van de schending van voornoemd algemeen rechtsbeginsel geen schending van een voorgeschreven vormvoorwaarde van deze akte betreft, maar wel van een grondvoorwaarde, geïntimeerde geen geschaad eigen belang dient aan te tonen opdat de nietigheid van deze akte uitgesproken kan worden;

Overwegende dat, nu geïntimeerde terecht de nietigheid van de akte van hoger beroep aanwees, het hoger beroep als niet ontvankelijk moet worden afgewezen;

...

NOOT – Er is derdenverzet van de Nationale Kamer van Gerechtsdeurwaarders en van de betrokken gerechtsdeurwaarder.

HOF VAN BEROEP TE GENT

1e KAMER — 25 APRIL 1991

Voorzitter: de h. De Smet

Raadsheren: de hh. Staessens en Brugmans

Openbaar ministerie: de h. De Wilde, eerste advocaat-generaal

Advocaten: mrs. Claeys Bouuaert en Delafontaine

Belasting over de toegevoerde waarde — Creditsaldo volgens aangifte — Recht op teruggaaf of verrekening met werkelijk belastingsschuld

Op grond van een controle heeft het Bestuur ambtshalve een aanslag vastgesteld, waartegen de belastingplichtige in verzet is gekomen. De rechtbank heeft dat geschil nog niet beslist. Bij afzonderlijke dagvaarding heeft de belastingplichtige teruggaaf geëist van een creditsaldo dat zijn BTW-rekening-courant vertoont.

Onjuist is de stelling dat de belastingplichtige een onvoorwaardelijk recht op teruggaaf van het creditsaldo heeft. Alleen het werkelijk te veel gekweten bedrag komt voor aftrekking in aanmerking, niet automatisch het bedrag dat in de aangifte als zodanig aangewezen wordt. De afrekening moet geschieden met inachtneming van alle gegevens die voor de berekening van de werkelijk verschuldigde belasting nodig zijn.

Belgische Staat t/ N.V. M.

1. Op grond van vaststellingen die door de hoofdcontroleur van de BTW-Administratie neergelegd werden in een proces-verbaal van 14 juni 1983, werd geïntimeerde bij ter post aangetekende brief van 15 juni 1983 ervan op de hoogte gebracht dat de Bijzondere Belastinginspectie over het district Kortrijk voornemens was om op grond van art. 66, tweede lid, W.B.T.W. ambtshalve een aanslag vast te stellen met betrekking tot het tijdvak van 1 januari 1979 tot 31 december 1982.

Die voorgenomen aanslag werd vastgesteld op 23 december 1983 en aan geïntimeerde betekend op 29 december 1983, waarna haar bij ter post aangetekende brief van 3 januari 1984 verzocht werd om binnen twintig dagen 19.743.597 fr. te betalen aan BTW-belastingen, vermeerderd met 9.871.799 fr. boete.

Bij gebreke van betaling werd op 23 januari 1984 een dwangbevel uitgevaardigd tot betaling van 19.743.597 fr. met rente ad 1% per maand vanaf 21 januari 1983, evenals 39.487.194 fr. boete, vermeerderd met wettelijke rente.

Tegen dat dwangbevel, dat uitvoerbaar verklaard werd op 9 februari 1984 en haar betekend werd op 16 maart 1984, heeft geïntimeerde op 4 juni 1984 verzet ingesteld dat op 15 juni 1984 ingeleid werd voor de Rechtbank van Eerste Aanleg te Kortrijk, maar vooralsnog niet ten gronde behandeld werd.

Waar bleek dat de BTW-rekening-courant van geïntimeerde per 31 januari 1984 een belastingcredit van 1.242.900 fr. vertoonde, heeft de administratie dit creditsaldo niet terugbetaald maar overgedragen aan het BTW-Ontvangkantoor te Roeselare alwaar het provisioneel en met uitvoering per 31 januari 1984 geboekt werd tot aanzuivering van de volgens het dwangbevel verschuldigde bedragen.

2. Met dagvaarding van 19 april 1984 heeft geïntimeerde dan terugbetaling van laatstgenoemd bedrag gevorderd, vermeerderd met schadevergoeding, evenals met gerechtelijke interesten en met de kosten van het geding.

3. De eerste rechter heeft die vordering gegrond verklaard en appellant jegens geïntimeerde veroordeeld tot teruggaaf van 1.242.900 fr., vermeerderd met 12% interesten op 571.165 fr. vanaf 1 april 1984 en op 671.735 fr. vanaf 20 april 1984, evenals met de kosten van het geding.

Oordelend dat het bestaan van schade pas zal blijken bij de beslissing over het verzet tegen het dwangbevel, werd in het bestreden vonnis geen schadevergoeding toegekend.

4. Het hoofdberoep beoogt volledige afwijzing van de oorspronkelijke vordering. Van haar kant besluit geïntimeerde tot bevestiging van het bestreden vonnis, doch zij vordert een «bijkomende dwangsom van 1.000 fr. per dag, na de achtste dag volgend op het tussen te komen arrest». Door middel van incidenteel beroep blijft zij ook aanspraak maken op 25.000 fr. schadevergoeding.

5. De vordering van geïntimeerde is gebaseerd op de stelling dat in het BTW-stelsel twee betalingslijnen bestaan die elkaar in geen geval kunnen en mogen kruisen: een eerste betalingslijn met als uitgangspunt de door de belastingplichtige ingediende maand- of kwartaalaangifte die de belasting effen en eisbaar maakt maar tevens geldt als aanvraag om teruggaaf: een tweede betalingslijn waarlangs betaling van naheffingen door middel van dwangbevel ingevorderd worden wanneer na controle is komen vast te staan dat de aangifte verkeerd was en een hoger bedrag aan BTW had dienen te worden betaald.

Die stelling wordt door geïntimeerde opgebouwd op een strakke tekstuitlegging van art. 76 W. B.T.W. (zoals dit luidde vóór de wijziging door art. 47 der wet van 28 december 1983 die van kracht werd vanaf 1 april 1984) en van art. 8 van het K.B. nr. 4 van 29 december 1969 (zoals dit luidde vóór de wijziging door art. 1 van het K.B. van 15 mei 1984, eveneens van kracht vanaf 1 april 1984). Volgens geïntimeerde blijkt uit die wetteksten en uit de hele economie van de BTW-wetgeving dat art. 76 met «de door de belastingplichtige verschuldigde belasting» uitsluitend bedoelt de belasting zoals deze blijkt uit de door de belastingplichtige opgestelde en ingediende aangiften, dus uit de loutere gegevens van die aangiften. Steeds volgens geïntimeerde doet ook de zesde richtlijn van de E.E.G. blijken van zulk een binding van het terug te betalen tegoed met de aangifte en wel zoals dit tegoed aangegeven is. Zij besluit dat de administratie het door de belastingplichtige in de aangifte aangewezen belastingcredit blindelings moet teruggeven, zelfs wanneer uit controle gebleken mocht zijn dat naheffing toegepast moet worden en er ten laste van de belastingplichtige een schuld aan BTW bestaat omdat bepaalde belastbare handelingen niet in zijn boekhouding opgenomen zijn en/of omdat hij ten onrechte BTW in aftrek gebracht heeft waarop geen recht op aftrek bestaat.

6. Dat de twee door geïntimeerde aangewezen «betalingslijnen» elkaar in geen geval kunnen kruisen, blijkt uit geen enkele wettekst en een bewijs daarvan kan niet worden afgeleid uit de vaststelling dat in de BTW-wetgeving geen uitdrukkelijke tekst te vinden is die inhouding van uit aangifte blijkend belastingcredit toelaat.

Daarentegen blijkt uit de tekst van de artt. 46 en 47 W. B.T.W. en uit die van art. 18, tweede lid, van de zesde

E.E.G.-richtlijn dat het uit periodieke BTW-aangifte in het voordeel van de belastingplichtige blijkend creditsaldo in principe als aftrekbare BTW naar het volgend aangiftetijdvak overgedragen moet worden, terwijl de teruggaaf ervan opengelaten wordt als een mogelijkheid. Aan die mogelijkheid wordt uitwerking verleend door art. 76, eerste lid, W. B.T.W., dat evenwel niet als principe vooropstelt dat inhouding van of op het creditsaldo altijd verboden is.

De interpretatie van de door geïntimeerde ingeroepen wetteksten moet stroken met het systeemgebonden karakter ervan en moet rekening houden met het geheel van de wettelijke bepalingen die op de werking van de BTW betrekking hebben. In het BTW-stelsel komt de belastingplichtige ter zake van de door hem verrichte leveringen van goederen en diensten inderdaad naar voren als belast met het innen van de belasting, als belastingontvanger. In het BTW-systeem speelt hij evenwel ook een essentiële rol bij de aanwijzing en omschrijving zelf van de belastbare handelingen die hij in de uitoefening van zijn geregelde werkzaamheid verricht heeft. In beginsel maken alle door hem verrichte leveringen en diensten de belasting verschuldigd en hij heeft als voornaamste verplichting die verschuldigde belasting te betalen (cf. hoofdstuk XI van het BTW-Wetboek). Daarnaast rusten op hem nog tal van andere verplichtingen, zoals indienen van periodieke aangiften, uitreiken van facturen, indienen van jaarlijkse opgaven met betrekking tot de aan belastingplichtigen geleverde goederen en verstrekte diensten (cf. hoofdstuk XII van het BTW-Wetboek).

Aan de administratie wordt in het BTW-systeem niet alleen de passieve rol toegewezen van boekhoudkundige en financiële registratie van de door de belastingplichtige in de aangifte verstrekte gegevens, maar ook de actieve rol van controle en, zo nodig, van rechtzetting ervan.

De stelling van geïntimeerde komt erop neer dat, wanneer de periodieke aangiften en de bij deze gelegenheid door de belastingplichtige toegepaste aftrekken in een creditsaldo in zijn voordeel resulteren, de belastingplichtige alsdan een onvoorwaardelijk recht op teruggaaf verwerft en een titel tegen de administratie, die het bij passief registreren moet laten en de teruggaaf in geen geval kan beletten.

Evenwel kan niemand zichzelf een titel verschaffen. Bovendien lijkt het niet de minste twijfel dat de belastingplichtige gehouden is om in periodieke aangiften opgave te doen van alle belastbare handelingen die hij verricht heeft, en enkel werkelijk gerechtvaardigde aftrekken van voorbelasting toe te passen. Zulks blijkt overigens duidelijk uit de artt. 45, 47 en 50 W. B.T.W. waarin telkens sprake is van het «verschuldigde» en van «alle» gegevens die tot berekening daarvan nodig zijn. Logischerwijze volgt daaruit dat ook art. 76 W. B.T.W. en het K.B. nr. 4 van 29 december 1969, met de daarin besproken teruggaafregeling, enkel die belastingplichtigen betreffen die, als zich bevindend in een economische kringloop waarvan alle schakels belastbaar zijn, alle binnen hun schakel te innen belastingen daadwerkelijk geïnd hebben en in hun desbetreffende aangiften werkelijk «alle» gegevens bezorgd hebben zoals de wet en de burgerzin het van hen verwachten.

Op grond van de artt. 45 en 48 W. B.T.W. komt enkel het werkelijk te veel gekweten bedrag voor aftrek in aanmerking en niet automatisch het bedrag dat in de aangifte als verschuldigd aangewezen wordt, terwijl het belastingcredit volgens art. 50 W. B.T.W. enkel het gevolg kan zijn van het feit

dat de werkelijk aftrekbare BTW meer bedraagt dan de werkelijk verschuldigde BTW, zodat de afrekening moet geschieden met inachtneming van alle gegevens die voor berekening van de werkelijk verschuldigde belasting nodig zijn.

Luidens art. 3 van het K.B. nr. 4 ontstaat de vordering tot teruggaaf op het tijdstip waarop de «oorzaak van de teruggaaf zich voordoet».

De mogelijke oorzaken, beperkend opgesomd in de artt. 76 en 77 W. B.T.W. zijn alle gelegen in het feit dat de belastingplichtige meer BTW betaalde dan «wettelijk verschuldigd» was of BTW betaalde waar geen verschuldigd was. Op zulk een oorzaak kan een belastingplichtige die ten aanzien van belastbare handelingen geen factuur uitgereikt heeft wanneer hij daartoe gehouden was, of die een factuur uitgereikt heeft met onjuiste vermelding van de op de betrokken handeling verschuldigde belasting en wiens aangifte om die reden onjuist of vals is, zich niet beroepen.

Vindt de teruggaaf luidens art. 8, § 2, laatste lid, van het K.B. nr. 4 niet plaats wanneer niet alle aangiften met betrekking tot de handelingen van het lopend jaar tijdig ingediend zijn, dan sluit zulks in dat die aangiften volledig moeten zijn en dat van teruggaaf geen sprake kan zijn zo uit controle gebleken is dat dit niet het geval was omdat, bijvoorbeeld, van bepaalde belastbare handelingen in de aangiften geen melding gemaakt werd.

Het is ook ondenkbaar dat de Staat, zoals in art. 91.63 B.T.W. bepaald met betrekking tot de sommen die met toepassing van art. 76, eerste lid, terugggegeven moeten worden, van rechtswege een per maand te berekenen interest verschuldigd zou zijn aan belastingplichtigen die zich door middel van onjuiste aangiften een fictief creditsaldo weten op te bouwen. Het is evenzeer ondenkbaar dat de Staat, ook nadat zulk een fictief creditsaldo door controle aan het licht is gekomen, op straffe van zulke wettelijke interesten tot teruggaaf gehouden zou zijn. Grond tot teruggaaf van een overschot kan er alleen zijn wanneer vaststaat dat de Staat jegens de belastingplichtige enig bedrag «verschuldigd» is en dat de belastingplichtige er «recht» op heeft. Wanneer blijkt dat de belastingplichtige zich door onjuiste aangifte een onrechtmatig credit gecreëerd heeft, dan kan hij zulk een creditsaldo, dat er in werkelijkheid geen is, niet naar recht «verschuldigd» zijn.

Gezien in het kader van het hele BTW-systeem is het eveneens ondenkbaar dat de administratie, die jegens een belastingplichtige die tegen een dwangbevel verzet betekent een provisionele betaling kan eisen (art. 92 W. B.T.W.), niet gerechtigd zou zijn om de sommen die zij in handen heeft, in te houden en om geen gevolg te geven aan de desbetreffende vraag tot teruggaaf van een belastingcredit dat op niets berust.

Hoe dan ook geschiedt de BTW-aangifte, met eenzijdige verklaring van de belastingplichtige die zelf het saldo bepaalt en daarop zelf de BTW aanrekent waarop hij een aftrekrecht claimt en de teruggaaf waarop hij aanspraak maakt, onder controle van de administratie. Op grond van de algemene rechtsbeginselen is het de belastingplichtige die de juistheid en getrouwheid van de afgetrokken of tot teruggaaf aangerekende bedragen moet aantonen. In beginsel rust de bewijslast op degene die een recht wil uitoefenen. Is de administratie van haar kant gehouden te bewijzen dat de aangegeven belastbare handelingen beneden de werkelijkheid liggen, dan beschikt zij daartoe over alle bewijsmid-

delen die de wet haar verleent, met inbegrip van wettelijke vermoedens.

Dat de administratie bedragen waarvan geïntimeerde in aangifte teruggaaf gevraagd heeft, ter zake ingehouden en zelfs overgeschreven heeft, kan niet voor geïntimeerde een recht op teruggaaf in het leven roepen. Haar recht op teruggaaf kan enkel steunen op het werkelijk bedrag van haar fiscale schuld.

Het door de administratie per 14 juni 1984 opgesteld proces-verbaal geldt tot bewijs van het tegendeel. De daarin genoteerde gegevens uit twee kasboeken over hetzelfde boekjaar 1979 die aantonen dat ontvangsten tot beloop van 27.934.268 fr. niet in officiële boekhouding opgenomen werden, vormen genoegzaam bepaalde, gewichtige en met elkaar overeenstemmende vermoedens en het daaruit voortspuitend bewijs wordt door de blote ontkenning van geïntimeerde niet ontkracht.

Gelet op het voorgaande begaat de administratie geen feitelijkheid wanneer zij in het kader van goed beheer de belastingcredieten niet teruggeeft maar inhoudt en daarop ondoken of te veel afgetrokken belasting provisioneel in mindering brengt, in afwachting van de beëindiging van het ingesteld onderzoek en van beslechting van de ingestelde rechtsgedingen.

7. Gelet op de gegrondheid van het hoofdberoep is het incidenteel beroep ongegrond.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

8e KAMER – 17 OKTOBER 1991

Voorzitter-rapporteur: de h. Vandeplas
Raadsheren: de hh. Luyckx en Michielsen
Openbaar ministerie: mevr. Van Leuven
Advocaat: mr. Van Eekhout

Vennootschap – Verbod bepaalde werkzaamheden uit te oefenen – K.B. van 24 oktober 1934

De zaakvoerder die de oprichtingsakte van een coöperatieve vennootschap ondertekent, valt onder de toepassing van art. 1 van het K.B. nr. 22 van 24 oktober 1934, als hij, ingevolge een vroegere veroordeling, onder de verbodsbepaling van dat besluit valt, zelfs als hij in feite nooit effectief enige functie heeft uitgeoefend bij de betrokken vennootschap.

B.

Overwegende dat de beklaagde werd veroordeeld door de Correctionele Rechtbank te Gent op 29 april 1986 wegens valsheid in geschrifte en zware diefstal tot een hoofdgevangenisstraf van zes maanden; dat hij door de Correctionele Rechtbank te Gent bij vonnis van 29 augustus 1986 werd veroordeeld tot een hoofdgevangenisstraf van negen maanden wegens zware diefstal en poging tot diefstal, en hij door het Hof van Beroep te Gent bij arrest van 22 oktober 1986 werd veroordeeld tot een hoofdgevangenisstraf van een jaar wegens zware diefstallen en poging tot diefstal en heling;

Overwegende dat de beklaagde de onderhavige feiten derhalve heeft gepleegd in staat van wettelijke herhaling daar het arrest van het Hof van Beroep te Gent van 22 ok-

tober 1986 in kracht van gewijsde was gegaan op het ogenblik van de huidige feiten en dat er geen vijf jaar waren verlopen sedert het ondergaan van zijn straf;

Overwegende dat de beklaagde aanvoert dat hij niet wist dat hij geen bestuurder mocht zijn van een vennootschap, na de veroordelingen die hij had opgelopen; dat hij ter terechtzitting heeft uitgelegd dat hij bepaalde bescheiden had ondertekend zonder ook maar te beseffen welke draagwijdte die documenten hadden; dat hij ook verklaart de taak van bestuurder nooit te hebben uitgevoerd;

Overwegende dat de beklaagde bezwaarlijk kan beweren dat hem geen enkele schuld treft; dat hij de oprichtingsakte van de coöperatieve vennootschap H. heeft ondertekend; dat zijn gebrek aan juridische kennis niet van die aard is dat hij zich geen rekenschap heeft kunnen geven van het strafbaar karakter van de feiten;

Overwegende dat hij evenwel zijn ontslag heeft ingediend als zaakvoerder en dat hij in feite nooit effectief enige functie heeft uitgeoefend bij de betrokken vennootschap;

Overwegende dat er echter aanleiding bestaat om rekening te houden met verzachtende omstandigheden, enerzijds omdat de feiten verband houden met zijn gebrekkige juridische kennis, anderzijds omdat de betrokkene in werkelijkheid zijn taak van zaakvoerder slechts theoretisch heeft waargenomen en hij, zodra hem op zijn beroepsverbod werd gewezen, onmiddellijk gevolg heeft gegeven aan de aanmaningen om zijn functie neer te leggen;

...

NOOT – *Het beroepsverbod van het K.B. nr. 22 van 24 oktober 1934: een bot zwaard van een blinde justitie*

1. Er bestaan twee soorten van beroepsverbod (zie voor een – jammer genoeg niet meer actuele – opsomming en bespreking, *Nov., Droit pénal*, 1956, I, 1, nrs. 1147 tot 1186). Dat van de eerste categorie is een straf waarbij aan de beoefenaar van een bepaald beroep, die een beroepsmisdrif heeft gepleegd, de verdere uitoefening ervan verboden wordt. Dat van de tweede categorie heeft tot oogmerk personen met bepaalde strafrechtelijke antecedenten, ongeacht of die in verband staan met de uitoefening van een beroep, te beletten zekere beroepen uit te oefenen, omdat het gevaar bestaat dat ze dan misdrijven zullen plegen: hier is het beroepsverbod, al naar het geval, een straf of een werkelijk negatieve voorwaarde voor de uitoefening van een welomschreven beroep (Screvens, R., *L'interdiction professionnelle en droit pénal*, 1957, nr. 14; Dupont, L. en Verstraeten, R., *Handboek Belgisch Strafrecht*, 1990, nr. 721).

2. De invoering van het beroepsverbod van rechtswege door het K.B. nr. 22 van 24 oktober 1934 was het gevolg van de financiële rampen van de jaren 1929 en 1930. Dit beroepsverbod treft: 1) hen die wegens bepaalde misdrijven veroordeeld zijn tot een vrijheidsstraf van ten minste drie maanden, zelfs voorwaardelijk; 2) de niet in eer herstelde gefailleerden (Marchal, A. en Jaspar, J., *Droit criminel*, 2e uitg., 1965, I, nr. 1365). Het oorspronkelijk beroepsverbod van het K.B. nr. 22 van 24 oktober 1934 behoort dus tot de tweede categorie, met dien verstande dat het geen straf is maar een negatieve beroepsvoorwaarde. Omdat het geen straf is en van rechtswege werkt, d.i. automatisch, hoeft de rechter het niet uit te spreken (Cass., 13 juli 1936, *Pas.*, I, 351).

Economische crisissen doen de wetgever vaak naar het strafrecht of soortgelijke sanctieregelingen grijpen. De wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering breidde het beroepsverbod van het K.B. nr. 22 verder uit. Het beroepsverbod van rechtswege werd verruimd, terwijl ook een facultatief beroepsverbod bij wijze van rechterlijke maatregel werd ingevoerd. Het kan onder bepaalde voorwaarden opgelegd worden door de rechtbank van koophandel, die het faillissement uitsprak. De bedoeling was om de markt te zuiveren van oneerlijke handelaars of bestuurders van vennootschappen (De Wilde, L., «Het hiernieuwde K.B. nr. 22 van 24 oktober 1934», *R.W.*, 1978-79, 937 e.v., nrs. 4 en 5; Spreutels, J., «Aspects actuels du droit pénal des affaires en Belgique», *R.D.P.*, 1983, 27 e.v., nr. 48).

Terloops zij nog aangestipt dat art. 20 van de wet van 12 juli 1989 houdende verscheidene maatregelen tot toepassing van de E.E.G.-Verordening nr. 2137/85 van de Raad van 25 juli 1985 tot instelling van de Europese Economische Samenwerkingsverbanden het beroepsverbod van rechtswege van het K.B. nr. 22 ook toepasselijk heeft gemaakt op de zaakvoerders van de E.E.S.V. en de E.S.V., die in staat van faillissement verklaard is, terwijl het facultatieve beroepsverbod ook geldt voor het uitoefenen van een beroep of werkzaamheid in een E.E.S.V., in een E.S.V. of in een Belgische vestiging ervan (zie, in dit verband, Swennen, H., «Europese Economische Samenwerkingsverbanden en (Belgische) Economische Samenwerkingsverbanden», *T.B.H.*, 1990, 99 e.v.).

Aan de andere kant werd, eerst door art. 28 van de wet van 9 maart 1989 en later door art. 192 van de wet van 4 december 1990, het nieuwe delict van misbruik van voorkennis toegevoegd aan de misdrijven waarvan de bestraffing met drie maanden aanleiding geeft tot een beroepsverbod van rechtswege (Lambrecht, Ph., «La réforme financière de 1990. Du délit d'initié», *J.T.*, 1991, 671 e.v., nr. 20). Het is natuurlijk fout daaruit af te leiden dat de rechtbank van koophandel aldus voor een insidertrading een beroepsverbod zou dienen uit te spreken (zoals wij lezen in Krekels, P., «Misbruik van voorkennis naar Belgisch recht : de represieve keerzijde van de informatiemedaille?», *T.B.H.*, 1992, 3 e.v., nr. 72): ze heeft daar de bevoegdheid niet toe.

3. Inbreuken op het beroepsverbod van rechtswege van het K.B. nr. 22 gaven geen aanleiding tot veel rechtspraak.

Het beroepsverbod is ook van toepassing op vennootschappen, die een louter burgerlijke activiteit hebben, maar de vorm van een handelsvennootschap hebben aangenomen, bv. een P.V.B.A. waarvan de bedrijvigheid bestaat in de exploitatie van een landbouwbedrijf en het fokken van paarden (Gent, 4 maart 1982, *R.W.*, 1982-83, 2143; Spreutels, J., «Chronique de jurisprudence (1982-1983). Droit pénal des affaires», *T.B.H.*, 1985, 5 e.v., nr. 24).

Het beroepsverbod geldt zowel voor vennootschappen in volle activiteit als voor slapende (Brussel, 6 juni 1974, *Pas.*, 1975, II, 37).

Een inbreuk vereist geen daadwerkelijke uitoefening van de verboden functie : de wetgever wilde vermijden dat de betrokkene zelfs maar in de mogelijkheid zou worden gesteld om nadeel te berokkenen. Een beklagde wierp dan ook tevergeefs op dat hij de functie van commissaris reeds had aangenomen, maar dat hij ze pas zou uitoefenen nadat hij in eer zou zijn gesteld. Hij werd niettemin veroordeeld. Hij had overigens bij de aanvaarding van zijn mandaat geen enkele

voorwaarde gesteld en bovendien had hij slechts meerdere maanden nadat hij door de gerechtelijke politie was onder-vraagd, ontslag genomen (Cass., 26 februari 1980, *Arr.Cass.*, 1979-80, 771, *Pas.*, 1980, I, 69).

Het feit dat de vennootschap nooit actief is geweest, of – zoals in het geval waarover het Hof van Beroep te Antwerpen te oordelen had – een zaakvoerder zijn ontslag heeft ingediend en in feite in de vennootschap nooit enige functie heeft uitgeoefend, kan natuurlijk wel als verzachtende omstandigheden in aanmerking genomen worden.

Het misdrijf is niet alleen gepleegd bij de aanvaarding van de verboden functie, maar loopt door zolang ze wordt uitgeoefend (Corr. Hasselt, 10 juni 1981, *R.W.*, 1983-84, 1632, noot Vandeplass, A.; Merckx, D. en Vandeplass, A., «Overzicht van rechtspraak inzake economisch strafrecht betreffende de periode 1984-1987», *T.B.H.*, 1988, 90 e.v., 135).

4. Het facultatieve beroepsverbod is slechts korte tijd gehanteerd en blijkbaar vooral in Brussel. Vanaf 1982 valt de toepassing ervan stil (Troisfontaines, P., *Les clairs-obscur de la répression en droit pénal des affaires*, 41e séminaire-Commission Droit et Vie des Affaires, 24-26 januari 1991, 27 en 28, met de daar geciteerde, Diamant, N., «Réflexions au sujet des interdictions professionnelles», in *Questions pratiques et actuelles du droit de la faillite*, Association belge des femmes juristes d'entreprise, 30 januari 1986).

De procedure van het facultatieve beroepsverbod leidde echter tot twee belangwekkende cassatiearresten.

De rechtbank van koophandel neemt eigener beweging kennis van een procedure tot handelsverbod (autosaisine), een procédé dat trouwens zeer bedenkelijk kan worden genoemd (Krings, E., «Het ambt van de rechter bij de leiding van de rechtsgeding?», *R.W.*, 1983-84, 341 en 342). Bij ontstentenis van een wettelijke regeling is het niet vereist dat de rechtbank voltallig, of de bevoegde kamer, vooraf een vonnis wijst dat de verschijning van de betrokkene beveelt om gehoord te worden (Cass., 12 januari 1982, *Arr.Cass.*, 1981-82, 604, *R.W.*, 1982-83, 500, concl. O.M.).

In eerste aanleg heeft het debat in raadkamer en wordt alleen het vonnis in het openbaar uitgesproken (K.B. nr. 22, art. 3bis, § 5). In hoger beroep daarentegen dient het voorschrift van art. 96 Gw. nageleefd te worden en moet de behandeling van de zaak in het openbaar gebeuren (Cass., 9 december 1981, *Arr.Cass.*, 1981-82, 489; *R.D.P.*, 1982, 695, concl. O.M., *R.W.*, 1982-83, 92, noot).

5. De Belgische wetgever grijpt vaak naar het beroepsverbod (Screvens, R., «Actualité de l'interdiction professionnelle», in *Liber Amicorum, Herman Bekaert*, 1977, 366, nr. 11). De verschillende beroepsverboden vormen echter geen coherent systeem: het enige oogmerk van de wetgever is de doeltreffendheid (Franchimont, M., «Le système légal des interdictions professionnelles envisagées comme sanction pénale», *R.D.P.*, 1965-66, 148 e.v., meer bepaald 162). Het beroepsverbod is nochtans een uitzonderlijk zware bestraffing: het opleggen ervan zou dan ook dienen te gebeuren met inachtneming van het recht van verdediging en op criminologisch vlak zou het effect ervan voortdurend moeten worden gecontroleerd en geëvalueerd (Quarré, Ph., «L'interdiction professionnelle en droit pénal belge», in *Liber amicorum Raymond Screvens – L'interdiction professionnelle en droit comparé*, 1986, 39).

Het meest storende in een beroepsverbod van rechtswege als dat van het K.B. nr. 22 is dat het werkt als een automa-

tisme. Soms zal de verdediging en wellicht ook de strafrechter uit het oog verliezen wat het gevolg is van de straf die wordt uitgesproken. Anderzijds is het wegens zijn definitief karakter veel te streng. Het komt — naar onze ervaring — nogal eens voor dat iemand die in zijn vlegeljaren voor een feit veroordeeld werd dat een beroepsverbod tot gevolg had, twintig of dertig jaar later door zijn werkgever voor zijn trouwe diensten beloond wordt met een verantwoordelijke functie in diens vennootschap, bv. procuratiehouder. Na de aanstelling wordt dan de inbreuk ontdekt, met alle moeilijkheden en ontsteltenis van dien voor de bediende die men heeft willen belonen.

Iedereen zal wellicht instemmen met het voorstel van koninklijk commissaris R. Legros om het beroepsverbod in het algemeen te regelen (artt. 130 en 131), het te doen opleggen door de strafrechter, het te beperken in de tijd en bovendien dan nog te voorzien in de mogelijkheid om de uitvoering te verzachten.

6. Wat er ook van moge komen, het beroepsverbod van rechtswege van het K.B. nr. 22 is ver van efficiënt. De echte bedrieger komt er gemakkelijk onderuit. Hij zal werken met een tussenpersoon. Toegegeven dat de wetgever dat heeft begrepen en daarom op verschillende plaatsen de term «tussenpersoon» gebruikt. Wie kan en zal die gecamoufleerde inbreuken echter opsporen? Voor zover het ons bekend is, zullen ze alleen maar ontdekt worden na een faillissement en dan is het natuurlijk te laat.

Met enig sarcasme zou men kunnen stellen dat een open inbreuk op het K.B. nr. 22 bijna uitsluitend het werk zal zijn van iemand die te goeder trouw is, ofschoon hem dat niet ontslaat van strafrechtelijke verantwoordelijkheid, zoals het besproken arrest illustreert.

Het facultatieve beroepsverbod is nog minder efficiënt. Het wordt haast niet meer toegepast.

De vraag is dan ook of het niet beter zou zijn een inbreuk op een beroepsverbod te straffen met een civiele sanctie, bv. met de mogelijkheid om de overtreder persoonlijk medeaansprakelijk te verklaren voor de schulden van de vennootschap, waarin hij de verboden functie uitoefende.

6. Zie ook Hof Brussel, 6 juni 1974, *Pas.*, 1975, II, 37. *Anders*: Hof Brussel, 22 juni 1977, *J.T.*, 1977, 657, en de noot.

Luc Huybrechts

ARBEIDSHOF TE GENT AFDELING BRUGGE

1e KAMER — 12 SEPTEMBER 1991

Voorzitter: de h. Peene

Raadsheren in sociale zaken: de hh. Cornette en Lapauw

Openbaarministerie: de h. Dhaeyer

Advocaten: mrs. Flamme en Leenknecht loco Crombez

Arbeidsongeval — Vergoedingen — Basisloon — Gepensioneerde — Toegelaten arbeid — Verschuldigd loon — Loon lager dan grensbedrag — Onvolledige referteperiode — Aanvulling

Het basisloon voor de vergoedingen van de getroffene die een pensioen geniet mits naleving van de wettelijk vastgestelde per-

ken van toegestane arbeid, wordt vastgesteld uitsluitend met inachtneming van het loon dat hem verschuldigd is voor de verrichte arbeid. Dat loon kan lager zijn dan de toegestane grens. Wanneer de referteperiode onvolledig is, wordt enkel dat loon aangevuld overeenkomstig de artt. 35 en 36 Arbeidsongevallenwet.

N.V. R. t/ D.

De vraag is of het basisloon van de getroffene van een arbeidsongeval, die een rustpensioen geniet dat slechts wordt toegekend op voorwaarde dat de wettelijk vastgestelde perken van toegelaten arbeid voor gepensioneerden niet worden overschreden, moet worden vastgesteld met inachtneming van ofwel het reëel verdiende loon maar beperkt tot het maximaal toegelaten bedrag van de toegelaten arbeid, ofwel dat maximumbedrag.

...

De partijen zijn het er terecht over eens dat, de toegelaten arbeid niet over een volledige referteperiode werd verricht, het loon moet worden aangevuld met een hypothetisch loon (art. 36) en dat ook alle loonelementen in aanmerking moeten komen (art. 35).

Het in aanmerking te nemen loon is echter uitsluitend «het loon dat verschuldigd is» en niet een loon dat niet verschuldigd is. Met verschuldigd loon kan enkel bedoeld zijn: het loon dat in de arbeidsovereenkomst is overeengekomen of dat door de wet of een collectieve arbeidsovereenkomst is bepaald.

Het «verschuldigd loon» is datgene wat van de werkgever kan worden gevorderd.

Ook aan een gepensioneerde die toegelaten arbeid verricht binnen de wettelijk vastgestelde perken, is slechts voormeld loon verschuldigd voor het verrichten van zijn arbeid. Het hem «verschuldigd» loon is niet het maximaal toegelaten loon. Het hem verschuldigd loon staat in verhouding tot zijn prestaties; het is hem enkel «verschuldigd ingevolge het verrichten» van de toegelaten arbeid, en in de mate waarin hij toegelaten arbeid verricht. Indien aan een gepensioneerde een «loon verschuldigd is, ingevolge het verrichten van de toegelaten arbeid», dat lager is dan de maximaal toegelaten grens, dan komt uitsluitend dat loon in aanmerking om het basisloon vast te stellen.

Geen wet bepaalt de economische capaciteit van een gepensioneerde. De wet bepaalt enkel cumulatierregels van inkomen uit arbeid met pensioen.

Indien het de bedoeling ware geweest om voor de gepensioneerden als basisloon het maximaal toegelaten loon in aanmerking te nemen, dan had artikel 37 anders moeten zijn gesteld, bijvoorbeeld als volgt: «Als basisloon wordt in aanmerking genomen het loon dat mag worden verdiend ingevolge het verrichten van de toegelaten arbeid.»

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (1e Kamer), 9 maart 1990

Handelshuur – Uitzettingsvergoeding – Niet binnen zes maanden ten uitvoer brengen van het voornemen op grond waarvan de verhuurder de huurder uit het gehuurde goed heeft kunnen doen uitzetten – Aanvang van de termijn – Datum waarop de uitzetting werkelijk plaatsvond

Het cassatieberoep van de eisers tegen de bestreden beslissing (Rb. Antwerpen, 11 mei 1988) wordt o.m. om de volgende redenen verworpen:

«Overwegende dat, luidens de bepalingen van artikel 25, 3°, van de Handelshuurwet, de huurder recht heeft op een vergoeding gelijk aan drie jaar huur, wanneer de verhuurder, zonder van een gewichtige reden te doen blijken, het voornemen op grond waarvan hij de huurder uit het goed heeft kunnen zetten, niet ten uitvoer brengt binnen zes maanden; dat artikel 27 van dezelfde wet bepaalt dat de afgaande huurder het goed in gebruik kan houden zolang hij de vergoeding wegens uitzetting waarop hij recht heeft, niet heeft ontvangen;

«Overwegende dat uit het samenlezen van die wetsbepalingen voortvloeit dat de in artikel 25, 3°, van de Handelshuurwet, bepaalde termijn van zes maanden een aanvang neemt op de dag dat de huurder het goed niet meer gebruikt en de 'uitzetting' werkelijk plaatsvond;

«Overwegende dat het vonnis vermeldt dat de handelshuurovereenkomst tussen partijen beëindigd was op 28 februari 1986; dat het vaststelt, zonder dat die vaststelling wordt aangevochten, dat niet betwist wordt dat verweerder op 28 februari 1986 het pand 'effectief' heeft ontruimd, en dat verweerder de sleutels behield in afwachting van de uitbetaling van de uitwinningsvergoeding, hetgeen gebeurde op 16 april 1986;

«Overwegende dat, nu blijkt de vaststellingen verweerder het gehuurde goed niet meer in gebruik hield na 28 februari 1986 en de 'uitzetting' werkelijk plaatsvond op die laatste datum, het vonnis wettig beslist dat de in artikel 25, 3°, van de Handelshuurwet, bepaalde termijn van zes maanden een aanvang nam op 1 maart 1986; dat daaraan te dezen niet afdoet de omstandigheid dat verweerder, na het verlaten van het gehuurde goed, de sleutels nog behield tot 16 april 1986.»

(Voorzitter: de h. Caenepeel – Rapporteur: mevr. Baet-Swinnen – Openbaar ministerie: de h. du Jardin – Advocaten: mrs. Houtekier en Bützler – In de zaak: W. en D. t/T.)

NOOT – Zie Cass., 13 maart 1959, *Pas.*, 1959, I, 713; Pauwels, A., *Handelshuur*, A.P.R., Brussel, Larcier, 1971, p. 178, nr. 422; La Haye, M. en Vankerckhove, J., *Les baux commerciaux*, in Nov., Droit civil, VI-2, Brussel, Larcier, 1984, p. 323, nr. 1936.

Hof van Cassatie (1e Kamer), 21 november 1991

Inkomstenbelastingen – Aanslagtermijn – Art. 263 W.I.B. – Termijn van vijf jaar – Kennisneming van bewijskrachtige gegevens over niet aangegeven inkomsten – Termijn van twaalf maanden voor de vaststelling van de belasting – Vanaf de kennisneming – Onaantastbare beoordeling van de datum

Het cassatieberoep van de Belgische Staat tegen het bestreden arrest (Hof Luik, 9 mei 1990) wordt om de volgende redenen verworpen:

«Overwegende dat, luidens artikel 263, § 1, 4°, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, de belasting of de aanvullende belasting mag worden vastgesteld, zelfs nadat de in artikel 259 van hetzelfde wetboek bepaalde termijn is verstreken, in geval bewijskrachtige gegevens uitwijzen dat belastbare inkomsten niet werden aangegeven in de loop van één der vijf jaren vóór het jaar waarin het bestuur kennis krijgt van die gegevens; dat krachtens § 2, 4°, van dat artikel 263, de belasting of de aanvullende belasting in dat geval moet worden vastgesteld binnen twaalf maanden te rekenen vanaf de datum waarop het bestuur kennis krijgt van de bewijskrachtige gegevens;

«Overwegende dat, zoals uit die bepalingen voortvloeit, het gerecht waarbij het geschil aanhangig is, moet vaststellen op welke datum het bestuur kennis heeft gekregen van die bewijskrachtige gegevens, en dus nazien of de belasting of de aanvullende belasting is vastgesteld binnen de bij voormeld artikel 263, § 2, 4°; op straffe van verval vastgestelde termijn;

«Overwegende dat het arrest zegt: 'dat de door de partijen ter terechtzitting van 21 maart 1990 neergelegde stukken aantonen dat het bestuur bij de lezing alleen al van de belastingaangifte en van de bijgevoegde stukken kennis kon hebben van de wijziging door de B.T.W.-dienst; dat immers, terwijl de aangifte zelf op bladzijde 2, vak II, a en b, de respectieve bedragen vermeldde van 475.078 frank en van 78.000 frank, zijnde de niet aftrekbare belasting en geldboeten, straffen en verbeurdverklaring van allerlei aard, in bijlage 5 bij die aangifte echter duidelijk vermeld was: B.T.W.-regularisatie: 392.758 frank; andere belastingen: 95.379 frank; nalatigheidsinterest regularisatie-B.T.W.: 82.320 frank; en dat die belastingaangifte zelf alle gegevens inhield om het bestuur over het onderhavige geschilpunt in te lichten»;

«Overwegende dat het arrest trouwens vaststelt dat de aangifte op 30 juni 1982 is ontvangen;

«Dat het hof van beroep dat aldus, aan de hand van de desbetreffende gegevens van de zaak in feite heeft vastgesteld op welke datum het bestuur van de bewijskrachtige gegevens kennis heeft gekregen, zijn beslissing dat de op 28 februari 1984 ten kohiere gebrachte aanvullende aanslag te laat was vastgesteld in de zin van voormeld artikel 263, § 2, 4°, naar recht verantwoordt.»

(Voorzitter-rapporteur: de h. Sace – Openbaar ministerie: de h. Velu, eerste advocaat-generaal – Advocaten: mrs. Van Fraeyenhoven en Marlière – In de zaak: Belgische Staat t/ B.V.B.A. Entreprise D.)

Hof van Cassatie (3e Kamer), 2 december 1991

Inkomstenbelastingen — Procedure voor het hof van beroep — Art. 281 W.I.B. — Neerlegging van stukken door de directeur der belastingen — Termijn en vorm — Overlegging van een stuk nadat het fiscaal dossier reeds is neergelegd

Eisers betoogt komt erop neer dat, daar de directeur een machtiging tot inzage van een strafdossier had moeten neerleggen samen met het fiscaal dossier, en hij zulks niet later mocht doen, het bestreden arrest (Hof Gent, 24 april 1990), doordat het die stelling verwerpt, art. 281 W.I.B. schendt. Het middel wordt als volgt verworpen:

«Overwegende dat artikel 281 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen bepaalt dat de directeur der belastingen, onmiddellijk na de betekening van het beroep, ter griffie van het hof van beroep een eensluidend verklaarde uitgifte van de bestreden beslissing neerlegt, alsmede al de stukken betreffende de betwisting;

«Dat die wetbepaling geen formele termijn inhoudt waarvan de niet-naleving de nietigheid van de procedure of de verwijdering van de neergelegde stukken uit het debat tot gevolg moet hebben; dat die bepaling evenmin voorschrijft dat alle stukken samen met het fiscaal dossier moeten worden neergelegd;

«Overwegende dat het arrest in die zin beslist ten aanzien van de neerlegging van de stukken waaruit het bewijs blijkt dat het bestuur op regelmatige wijze op grond van artikel 235 van hetzelfde wetboek inzage verkreeg en afschrift nam van het litigieuze strafdossier.»

(Voorzitter-rapporteur: de h. Rauws — Openbaar ministerie: de h. Lenaerts, procureur-generaal — Advocaat: mr. Delafontaine — In de zaak: S. t/ Belgische Staat)

BOEKEN

L.J.A. DAMEN en R. UYLENBURG (red.), **Rechtsbescherming in het milieurecht**, Zwolle, Tjeenk Willink, 1990, 108 pp.

De meeste Nederlandse universiteiten hebben thans bijzondere aandacht voor het milieurecht. Vaak uit zich deze belangstelling in de oprichting van een Centrum voor Milieurecht. Deze toenemende belangstelling voor het milieurecht in Nederland heeft al tot heel wat juridische literatuur op dit gebied geleid. Eerder kwamen in dit tijdschrift al verzamelbundels op het gebied van het milieurecht aan de orde van de Jonge Balie (*Zand erover*, besproken in *R.W.*, 1989-90, 966-967) en van het Utrechts milieurecht platform (*Milieurecht in stelling*, besproken in *R.W.*, 1990-91, 478-479). De onderhavige bundel (en hetzelfde geldt voor de hierna te bespreken Tilburgse bundel) is wederom het produkt van zo'n centrum, ditmaal van het Centrum voor Milieurecht van de Universiteit van Amsterdam. Het boekje is het resultaat van een op 15 december 1989 door het Centrum voor Milieurecht georganiseerde studiedag. Tien auteurs hebben te samen acht bijdragen geschreven en de meeste daarvan zijn ook voor de beoefenaren van het Belgische milieurecht het lezen meer dan waard.

De spits wordt afgebeten door de Amsterdamse hoogleraar milieurecht Koeman die onder de titel «Rechtsbescherming en handhaving van het milieurecht» (pp. 1-8) enkele algemene bedenkingen maakt ter introductie van de bundel. Hij besteedt ook aandacht aan de handhaving van het milieurecht en lanceert het voorstel om bin-

nen een bedrijf een externe controleur te belasten met de naleving van de van toepassing zijnde milieuvorschriften. Net zoals externe accountants de boeken van een bedrijf controleren en daarvan verslag doen, zou een externe milieucontroleur (die aan bepaalde vereisten van deskundigheid en onafhankelijkheid voldoet) dienen na te gaan of het bedrijf de milieuwetgeving nakomt en daarvan verslag doen. Volgens Koeman blijft daarnaast de mogelijkheid van bestuursrechtelijke, privaatrechtelijke en strafrechtelijke handhaving bestaan. Hoewel Koeman meent dat zelfs op basis van de bestaande Nederlandse milieuwetgeving een dergelijke externe deskundige zou kunnen worden aangesteld, stelt hij toch voor om deze «geprivatiseerde controle» een wettelijke grondslag te geven via de Wet Algemene Bepalingen Milieuhygiëne. De tweede bijdrage is van de hand van M.D. van Wolferen, die lid is van de Raad van State en als zodanig voorzitter van de «milieukamer» van de Afdeling voor de Geschillen van Bestuur. In zijn bijdrage (pp. 9-15) gaat hij onder meer in op de taak van de Afdeling voor de Geschillen van Bestuur en meer bepaald op het «zelf voorzien in de zaak». Dit betekent dat de hoogste administratieve rechter in Nederland de mogelijkheid heeft om vergunningsvoorschriften te vervangen en aan te vullen. De Afdeling Geschillen van de Raad van State staat ook centraal in de bijdrage van de bekende Utrechtse milieurechtsdeskundigen Van Buuren en Widdershoven (pp. 16-25) en in de bijdrage van C. Lambers van de Rijksuniversiteit Groningen (pp. 26-41). Deze laatste besteedt aandacht aan de rol van de voorzitter van de Afdeling Geschillen sinds de invoering van de Tijdelijke Wet Kroongeschillen. Deze voorzitter heeft de mogelijkheid om verzoeken tot schorsing of tot voorlopige voorziening te behandelen. Daarbij wordt door de voorzitter vooruitgelopen op de definitieve uitspraak in de hoofdzaak en wordt nagegaan of de aangevallen beslissing al dan niet in stand kan blijven, rekening houdende met de criteria die krachtens artikel 2 van de Tijdelijke Wet Kroongeschillen door de rechter in de hoofdzaak moeten worden gebruikt. Indien de beslissing gerede kans loopt vernietigd te worden, heeft de betrokkene duidelijk belang bij een schorsing of voorlopige voorziening. Hoewel deze procedure bij de voorzitter in het kader van de schorsing en de voorlopige voorziening niet bedoeld is als een zelfstandig administratiefrechtelijk kort geding, krijgt zij steeds meer die functie. Lambers wijst er eveneens op dat de facto de «voorlopige» uitspraak van de voorzitter veelal als einduitspraak fungeert. Het nadeel hiervan is volgens hem dat de voorzitter niet de waarborgen biedt die behoren bij een werkelijke procedure in kort geding. Belangrijk is voorts dat Lambers bij de beoordeling over schorsingen en voorlopige voorzieningen pleit voor een zogenaamd ecologisch criterium. Dit betekent dat de schorsing van de beschikking zal worden toegestaan indien het gebruik ervan zou leiden tot voor het milieu schadelijke consequenties, die niet meer ongedaan gemaakt zouden kunnen worden in geval van vernietiging van de beschikking in beroep. De bedoeling is dus dat de schorsing door de voorzitter wordt uitgesproken indien het direct gebruik van de beschikking niet meer terug te draaien ecologische gevolgen meebrengt. Naar de mening van Lambers wordt evenwel door de voorzitter te weinig van dat criterium gebruik gemaakt.

Het tweede gedeelte van het boekje opent met een opvallende bijdrage van mevr. M. Holsink over gedogen in het milieurecht (pp. 46-57). Het gedogen door de bestuurlijke overheid heeft in het Nederlandse milieurecht al heel wat aandacht gekregen. Sommige auteurs (waaronder Van Buuren in zijn oratie *Gedogend besturen*, Deventer, 1988) achten het gedogen door de administratieve overheid onder bepaalde — strikte — voorwaarden aanvaardbaar, onder meer indien er sprake is van expliciet gekwalificeerd gedogen, waarbij de voorwaarden van de gedoogverklaring door de betrokkene worden nageleefd. Mevr. Holsink, juriste bij de landelijke vereniging tot behoud van de Waddenzee, houdt in haar bijdrage een overtuigend pleidooi om aan deze gedoogpraktijk paal en perk te stellen. Zij stelt zich op het standpunt dat bij een gedoogsituatie steeds een wettelijke norm wordt overschreden, die werd geschreven om het milieu te beschermen. Dit betekent volgens haar steeds dat er dus bij gedogen van milieubescherming wordt afgezien of dat deze tenminste wordt uitgesteld. Hieruit volgt volgens haar dat gedoogsituaties «te vuur en te zwaard» (p. 48) bestreden dienen te worden. Gedogen door de administratieve overheid wordt veelal verklaard door een beroep te doen op het economisch of werkgelegenheidsbelang. Mevr. Holsink meent dat een beroep op dit soort belangen de overtreding van de milieuwetgeving niet kan goedpraten, omdat die be-

langenafweging reeds op het niveau van de wetgever werd gemaakt. Terecht stelt zij dat het bestuur niet op de stoel van de wetgever mag gaan zitten. Mevr. Holsink is onder meer tegenstander van sommige bestuursrechtelijke literatuur die, zoals gezegd, onder voorwaarden het gedogen toelaatbaar acht. Zij meent voorts dat het gedogen door de administratieve overheid voor milieu-organisaties de mogelijkheden beperkt om langs civielrechtelijke weg de naleving van de milieuwetgeving af te dwingen. De overtreder die de voorwaarden van een gedoogverklaring naleeft, zal immers veelal opwerpen niet onrechtmatig te handelen. En de in Nederland geldende relativiteitseis zal veelal een succesvolle actie uit onrechtmatige daad van een milieu-organisatie tegen de gedogende overheid zelf in de weg staan. Het gedogen door de overheid heeft ook een invloed op de strafrechtelijke handhaving. In de «ultimum remedium»-visie op het strafrecht gaat het openbaar ministerie veelal niet tot vervolging over bij gedoogsituaties. Haar algemene conclusie is dan ook dat veeleer met een gevarieerder pakket aan handhavingsmiddelen gewerkt dient te worden in plaats van het formaliseren van het gedoogbeleid in vele nota's, zoals dit thans in Nederland gebeurt. Deze conclusie kan zeker worden onderschreven.

In een volgende bijdrage gaat L. Damen in op enkele leemten in de rechtsbescherming in het milieurecht (pp. 58-68). Daarbij passeren verschillende processuele en materiële leemten in de rechtsbescherming de revue. Hij bespreekt onder meer de problematiek van de zogenaamde milieuconvenanten: overeenkomsten tussen de rijksoverheid en groepen of organisaties van ondernemingen, gericht op het bereiken van bepaalde milieudoelstellingen. Een dergelijke milieuconvenant is volgens Damen een bindende overeenkomst, die ook het overheidsorgaan bindt, bijvoorbeeld indien het heeft toegezegd af te zien van het gebruik van publiekrechtelijke bevoegdheden. Dit laatste zou voor het bedrijf volgens Damen zelfs strafrechtelijke immuniteit meebrengen; een standpunt waarop, gelet op HR, 17 december 1985 (*NJ*, 1986, 591) wel wat af te dingen valt.

R. van Acht, eveneens verbonden aan het Centrum voor Milieurecht van de Universiteit van Amsterdam, geeft in een helder geschreven bijdrage een goed overzicht van het gebruik van het aansprakelijkheidsrecht als handhavingsmiddel in het milieurecht. Terecht wijst hij erop dat het privaatrecht bij de handhaving van de milieuwetgeving een belangrijke rol kan spelen, enerzijds doordat een toetsing aan het ongeschreven privaatrecht (bijvoorbeeld via de onrechtmatige-daadsactie) het materiële milieurecht vorm kan geven en anderzijds omdat het gebruik van het privaatrecht tot een uitbreiding van de handhavingsmogelijkheden van bestaande wettelijke milieunormen leidt. Hij gaat uitgebreid in op de problematiek die is gerezen sinds het Benckiser-arrest aangaande de mogelijkheid voor de overheid om als belanghebbende langs privaatrechtelijke weg maatregelen te eisen om een (dreigende) normschending op te heffen. Uit dit Benckiser-arrest lijkt volgens sommige auteurs te volgen dat de privaatrechtelijke weg afgesneden zou zijn indien voor de overheid andere, publiekrechtelijke middelen openstonden. Volgens van Acht is dat evenwel niet op ondubbelzinnig duidelijke wijze uit het Benckiser-arrest af te leiden. Meer duidelijkheid geeft het Windmill-arrest (HR, 26 januari 1990, *R.v.d.W.*, 36) waarin de Hoge Raad beslist dat de privaatrechtelijke bevoegdheden door de overheid niet gebruikt kunnen worden indien daarvoor de betrokken publiekrechtelijke regeling op onaanvaardbare wijze doorkruist zou worden. Van belang daarbij is of de overheid, door gebruikmaking van de publiekrechtelijke regeling, een vergelijkbaar resultaat kan bereiken als door gebruikmaking van de privaatrechtelijke bevoegdheid. Indien dit het geval is vormt dit, volgens de Hoge Raad, een belangrijke aanwijzing dat er geen plaats is voor de privaatrechtelijke weg.

Een laatste bijdrage in de bundel is van de hand van J. Jans, thans hoogleraar internationaal milieurecht aan de Universiteit van Amsterdam. Deze bijdrage handelt over de directe werking van Europese milieurichtlijnen in de Nederlandse rechtspraak (pp. 81-102), een thema waarmee Jans, gelet op zijn vele publikaties op dit terrein, zeer goed vertrouwd is. Jans bespreekt de rechtstreekse werking die onder meer als particulier afweermechanisme tegenover de overheid in strafzaken wordt aangewend: dit is een klassiek geval van wettigheidsaanspraak waarbij nationale normen die in strijd zijn met een richtlijn in het concrete geval onverbindend worden verklaard, met ontslag van alle rechtsvervolgning als einduitspraak (p. 85). Ook bespreekt hij de vraag of het niet tijdig nakomen van Eu-

ropeesrechtelijke richtlijnverplichtingen een onrechtmatige daad van de Staat oplevert en hij gaat in op de belangrijke vraag of richtlijnen verplichtingen aan particulieren kunnen opleggen. De vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie is dat een richtlijn geen verplichtingen aan particulieren kan opleggen, indien er nog geen nationale uitvoeringswetgeving bestaat. De burger kan de richtlijn dus wel inroepen tegen de overheid, maar niet tegenover een andere particulier. De bijdrage van Jans eindigt met een overzicht van de Nederlandse jurisprudentie betreffende de rechtstreekse werking van Europese milieurichtlijnen.

De bundel eindigt met een weergave van een op de studiedag gevoerde discussie en met een jurisprudentieregister.

M. Faure

Ph. EIJLANDER, P.C. GILHUIS, M.G.W.M. PEETERS, J.A.F. PETERS en W.J.M. VOERMANS (red.), *Milieu als wetgevingsvraagstuk*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1991, 169 pp.

Ook deze bundel is het produkt van een door een universitaire centrum georganiseerde studiedag. In dit geval ging het om een op 28 februari 1991 gehouden symposium dat werd georganiseerd door het Centrum voor Wetgevingsvraagstukken in samenwerking met de vakgroep Staatsrecht, Bestuursrecht en Bestuurskunde van de Katholieke Universiteit Brabant. De bundel opent met een inleiding van P.H. Eijlander (pp. 1-6), waarin een samenvatting van de in de bundel opgenomen bijdragen wordt gegeven. Vervolgens is in deze inleiding ook een speech opgenomen van de Nederlandse milieuminister Hans Alders. De overige bijdragen zijn geconcentreerd rond een viertal thema's: het waarborgkarakter van milieuwetgeving, de integratie van milieuwetgeving, de systematiek in EG-milieuwetgeving en de effectiviteit van milieuwetgeving.

Het eerste onderdeel, het waarborgkarakter van milieuwetgeving, opent met een gelijknamige bijdrage van de Amsterdamse hoogleraar Konijnenbelt (pp. 21-28). Hij vraagt aandacht voor de waarborgseisen die aan wetgeving moeten worden gesteld en onderscheidt daarbij rechtstatelijke eisen (zoals legaliteitsbeginsel, rechtsgelijkheid, rechtszekerheid en eerbiediging van grondrechten) en democratische eisen (mogelijkheid tot inspraak, openbaarheid van bestuur, etc.). Vervolgens geeft hij een overzicht van de artikelen die in het *Tijdschrift voor Milieu en Recht* aan deze waarborgseisen aandacht besteedden.

De volgende bijdrage in dit eerste onderdeel is van Henk Menninga, directeur van de dienst Milieu en Water van de Provincie Groningen, en handelt over centralisatie, decentralisatie en uitvoerbaarheid (pp. 29-36). Hij beoordeelt de praktische uitvoerbaarheid van de milieuwetgeving en snijdt met name het probleem aan of er sprake is van eenvoudige, doorzichtige en gemakkelijk toegankelijke milieuwetten. Een goed toegankelijke milieuwetgeving is, aldus Menninga, van groot belang voor burgers, bedrijven en voor een slagvaardige taakuitoefening door de overheid. Aan deze praktische uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid door de doelgroepen en de uitvoerende instanties schort het vaak. Een volgend bezwaar dat hij aanhaalt, is dat zeer veel werk is gemaakt van het uitwerken van het milieubeleid (onder meer in de rapporten Zorgen voor Morgen en het Nationaal Milieubeleidsplan) maar dat het milieu van al deze nota's en plannen op zich niet schoner is geworden. Menninga pleit er dan ook voor dat dit beleid nu eindelijk eens moet worden uitgevoerd. In dit verband brengt Menninga de oude Romeinse spreuk in herinnering: «niets verhindert een genezing zozeer als het voortdurend veranderen van geneesmiddelen». De bijdragen van Konijnenbelt en Menninga worden gevolgd door een samenvatting van de over het eerste thema gevoerde discussie door Wim Voermans.

Het tweede onderdeel, de integratie van milieuwetgeving, opent met een bijdrage van de Tilburgse hoogleraar Gilhuis, waarin deze zich afvraagt of een integratie van de milieuwetgeving in de Wet Algemene Bepalingen Milieuhygiëne (WABM) een zinvolle onderneming is (pp. 49-60). Zoals bekend is de WABM ontstaan als reactie op de sectorale milieuwetgeving. De bedoeling van de WABM is algemene regelingen, zoals de financiële bepalingen en de bestuurlijke dwangsom, in een algemene wet op te nemen. Dit zal nog worden uitgebreid door onder meer een regeling met betrekking tot handhaving, milieubeleidsplannen en milieuprogramma's in te voeren, evenals een integrale milieuvergunning. Toch merkt Gilhuis op

dat de uitbouw van de WABM minder verstrekkend is dan op het eerste gezicht zou kunnen worden gedacht. In de eerste plaats behelst zij geen codificatie van algemene beginselen van het milieurecht, hetgeen men in Duitsland wel voor ogen heeft (beginselen zoals openbaarheid, voorafgaand onderzoek, inspraak en participatie, en de milieubeginselen zoals pollutor pays, «stand still»-beginsel, as low as reasonably achievable, etc.) en in de tweede plaats betekent de uitbreiding van de WABM alleen een integratie van de milieuhygiënische wetgeving en niet van de natuurbeschermingswetgeving. Terecht wijst Gilhuis ook op de problematiek die door de Europese regelgeving wordt gecreëerd: het nationale milieurecht wordt immers in toenemende mate door het EG-milieurecht gevormd. Nu blijkt deze EG-milieuwetgeving bepaald niet over een heldere systematiek te beschikken, waardoor ook het structureren van de nationale milieuwetgeving wordt bemoeilijkt (pp. 58-59). De volgende bijdrage over integratie is van de hand van de Leidse hoogleraar Thijs Drupsteen. Ook hij plaatst enkele kritische kanttekeningen bij een algehele integratie van de milieuwetgeving. Hij wijst er onder meer op dat integratie van wetgeving geen doel op zichzelf mag worden, doch slechts een middel is om te komen tot een beter hanteerbare wetgeving. De discussie rond het thema integratie van milieuwetgeving werd samengevat door Jonathan Verschuuren.

Het reeds aangeraakte probleem van de kwaliteit van de EG-milieuwetgeving komt uitgebreid aan bod in het derde onderdeel van de bundel dat handelt over de systematiek in EG-milieuwetgeving. De eerste bijdrage is van de hand van Ludwig Krämer, werkzaam bij de Commissie van de Europese Gemeenschappen. In een Engelstalige bijdrage, «The European Communities and Environmental Policy: the System of Legislation» (pp. 79-88), geeft hij een overzicht van de totstandkoming van de Europese milieuwetgeving en van de basisbeginselen van het Europees milieubeleid, zoals deze vanaf 1973 in verschillende actieprogramma's zijn neergelegd. Ook in deze bundel blijkt dat Jans de Nederlandse specialist bij uitstek is wat betreft het EG-milieurecht. Hij heeft dan ook de volgende bijdrage in dit onderdeel voor zijn rekening genomen (pp. 89-110). Hij stelt dat de Europese milieuwetgeving gekenmerkt wordt door een gebrek aan interne consistentie en geeft daarvan verscheidene voorbeelden. Bovendien stelt Jans dat in de Europese milieuwetgeving een groot aantal onduidelijke bepalingen voorkomt, dat tot stand is gekomen door politieke compromissen. Ook raakt Jans de problematiek van de gebrekkige rechtsbescherming in het Europees milieurecht aan, evenals het feit dat het Europees milieurecht een gebrekkige legitimatie heeft. De facto is er volgens Jans alleen een adviesrecht van het Europees Parlement, zodat de invloed van het Parlement op de communautaire besluitvorming inzake leefmilieu zeer gering is. Dit wordt op het nationale vlak nog versterkt aangezien daar veelal gebruik wordt gemaakt van machtigingsbepalingen om de Europese richtlijnen te implementeren in het nationale recht. Jans heeft ook kritiek op de stelling van Krämer dat milieuwetgeving voornamelijk het domein van experts is en niet van juristen. Volgens Jans is de systematiek en kwaliteit van de communautaire milieuwetgeving bepaald geen luxeprobleem en hij pleit dan ook voor een sterke inschakeling van de juridische dienst van de Commissie bij de totstandkoming van communautaire wetgeving teneinde de kwaliteit van het uiteindelijke produkt te verbeteren. Al te vaak wordt volgens Jans immers uit het oog verloren dat een milieurichtlijn niet alleen een instrument voor het voeren van een communautair milieubeleid is, maar tevens een wetgevingsdaad, waaraan specifieke kwaliteitseisen dienen te worden gesteld. Ook dit onderdeel eindigt met een samenvatting van de discussie, dit keer door Jacqueline Bonnes.

Het laatste onderdeel in de bundel, effectiviteit van milieuwetgeving, begint met een inleiding van de bijzonder hoogleraar milieuvraagstukken Nico Nelissen (pp. 123-143). Hij geeft eerst een aantal algemene beschouwingen over de wijze waarop wetsevaluatief onderzoek dient te worden verricht; dit betreft vooral de vraag hoe men effectiviteit van wetgeving kan meten. Vervolgens geeft hij een overzicht van de effectiviteitsstudies die met betrekking tot de verscheidene sectorale milieuwetten werden uitgevoerd. Een volgende bijdrage over de effectiviteit van milieuwetgeving is van Marian Peeters. Haar bijdrage is juridischer van aard dan die van Nelissen; zij besteedt in een helder en interessant betoog aandacht aan de verschillende wettelijke instrumenten die kunnen worden gebruikt om het milieubeleid te realiseren. Zij maakt daarbij onderscheid tussen verschillende reguleringsvormen en meer bepaald tussen directe en

indirecte regulering. Bij directe regulering heeft de normstelling rechtstreeks betrekking op het gedrag dat de overheid wenst te sturen; bij indirecte regulering worden geen gedetailleerde gedragsvoorschriften voorop gesteld, maar worden de gedragsalternatieven aan de gereuleerden zelf overgelaten. Zij besteedt ook aandacht aan financiële prikkels die in het milieubeleid kunnen worden gebruikt en vooral aan de zogenaamde verhandelbare emissierechten. Ook dit onderdeel van de bundel eindigt met een weergave van de discussie, samengevat door Hans Peters.

Samenvattend bieden zowel dit als het hierboven beschreven boekje interessante inlichtingen voor de in het milieurecht geïnteresseerde Vlaamse jurist.

Rechtsbescherming in het milieurecht is wellicht interessanter voor degene die in recente ontwikkelingen in het positief Nederlands milieurecht is geïnteresseerd, vooral wat betreft de bestuursrechtelijke aspecten daarvan. *Milieu als wetgevingsvraagstuk* lijkt vooral interessant voor beleidsmakers en juristen met belangstelling voor een fundamentele hervorming van het milieurecht. Een aantal fundamentele problemen die bij een dergelijke hervorming naar de voorgrond komen, zoals de noodzaak van integratie van wetgeving en het meten van effectiviteit van wetgeving worden in deze bundel uitgebreid besproken. Het lijkt nuttig om bij de discussie over de hervorming van het milieurecht in Vlaanderen met de desbetreffende Nederlandse ervaring rekening te houden.

M. Faure

MEDEDELINGEN

Jonge Balie Zwolle

Ter gelegenheid van haar twintigjarig bestaan organiseert de Jonge Balie in het arrondissement Zwolle op 3 april 1992 een symposium met aansluitend een lustrumdiner en feest.

Inlichtingen: De Jonge Balie Lustrum Commissie, Postbus 1182, 8001 BD Zwolle (tel. 038/217.804).

Seminarie «Omroep en business» te Amsterdam

Het Instituut voor Informatierecht (IVIR) van de Universiteit van Amsterdam en het Seminarie voor Mediarecht van de Universiteit van Gent organiseren op 27 en 28 maart 1992 een seminarie over «Omroep en business» in het Vlaams Cultureel Centrum De Brakke Grond, Nes 45 te Amsterdam.

Inlichtingen: Stichting IVIR, Kloveniersburgwal 72, 1012 CZ Amsterdam (tel. 020-525.3406); Seminarie voor Mediarecht, Universiteitstraat 8, 9000 Gent (tel. 091/64.68.87).

Driejaarlijkse prijs van het gerechtelijke privaatrecht

De v.z.w. Algemene Modellenverzameling voor de Rechtspraak, bij wie de auteursrechten berusten van de gelijknamige driedelige verzameling, heeft de inzending opengesteld van de A.M.R.-prijs.

De prijs bedraagt 200.000 fr. en wordt driejaarlijks toegekend aan de auteur of auteurs van een Nederlandstalig wetenschappelijk werk m.b.t. de studie van het gerechtelijk privaatrecht of een onderdeel ervan.

Inzendingen moeten uiterlijk op 31 december 1992 worden ingediend op het secretariaat van de vereniging, waar het volledige reglement kan worden aangevraagd.

Inlichtingen: mr. J. Uyttersprot, v.z.w. A.M.R., Koningsstraat 87, 1000 Brussel (tel. 02/218.80.70; fax: 02/218.37.69).