

ASPECTEN VAN OVERGANGSRECHT IN DE NIEUWE VENNOOTSCHAPSWET VAN 18 JULI 1991

1. Bij een bespreking van het overgangsrecht van een wet kunnen steeds twee hypothesen worden onderkend: ofwel bevat de nieuwe wet uitdrukkelijke overgangsbepalingen, ofwel bepaalt zij niets en zijn de algemene beginselen inzake overgangsrecht richtinggevend ter oplossing van het gerezen probleem¹. Deze beide hypothesen zullen hierna worden behandeld. In de eerste plaats zal aandacht worden besteed aan de specifieke overgangsbepalingen van de wet van 18 juli 1991. Voor de niet in deze specifieke overgangsbepalingen geregelde gevallen wordt een beroep gedaan op de bestaande algemene beginselen van het overgangsrecht.

§ 1. De inwerkingtreding van de wet van 18 juli 1991

2. 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»².

Op grond van art. 4 van de wet van 31 mei 1961 betreffende het gebruik van talen in wetgevingszaken, het opmaken, bekendmaken en in werking treden van wetten en verordeningen, treedt een wet in werking de tiende dag na de publikatie in het Belgisch Staatsblad. De vennootschapswet van 18 juli 1991 was derhalve van kracht sedert 5 augustus 1991. Na deze datum opgerichte vennootschappen vallen uiteraard onder het toepassingsgebied van deze wet.

§ 2. Bestaande vennootschappen

3. De vóór de inwerkingtreding van de wet (nl. 5 augustus 1991) bestaande vennootschappen moeten hun statuten in overeenstemming brengen met de bepalingen van de wet

¹ Zie o.m. DE PAGE, H., *Traité*, I, 329, nr. 230 B; VAN GERVEN, W., *Algemeen deel*, Reeks Beginselen van Belgisch Privaatrecht, 66. Zie in algemene zin aangaande overgangsrecht: ROUBIER, P., *Le droit transitoire*, Parijs, Dalloz, 1960, 590 p.; HIJMANS VAN DEN BERGH, L.J., *Opeenvolgen van rechtsregels*, Utrecht, 1928; VAN ZEBEN, C.J., «Overgangsrecht», en VAN DER VEN, J.J.M., «Overgangswetgeving als rechtsverschijnsel», in *Met eerbiedigende werking. Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. L.J. Hijmans Van den Bergh*, Kluwer, Deventer, 1971, 23-32 en 33-41.

² Voor een overzicht van de tot recent verschenen publicaties over deze wet, zie BRAECKMANS, H., «De nieuwe vennootschapswet van 18 juli 1991», *R.W.*, 1991-92, 1001, voetnoot 1. Voor een bespreking van het overgangsrecht specifiek, zie GEENS, K., «De overgangsregeling in de nieuwe vennootschapswetten van 18 juli en 20 juli», *T.R.V.*, 1991, 281-291; BOUCKAERT, F., «De wet van 18 juli 1991, in *Nieuwe vennootschapswet 1991*, VAN BAELE, J., (red.), 154-156; VAN HOOCHTEN, P., Aspecten van overgangsrecht in de nieuwe vennootschapswet van 18 juli 1991. Syllabus, Instituut der Bedrijfsrevisoren, Studiedag 17 december 1991.

van 18 juli 1991 binnen achttien maanden te rekenen van de inwerkingtreding (derhalve uiterlijk op 5 februari 1993). Zulks is uitdrukkelijk bepaald in art. 50, § 2, eerste zin, van de wet van 18 juli 1991. In de tussenperiode blijven deze vennootschappen krachtens art. 50, § 2, tweede zin, van de nieuwe wet «onder de regeling van de vroegere wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen». Wanneer nog bepalingen van de oude wet opgenomen zijn in deze statuten, blijven ze als contractueel beding gelden tot 5 februari 1993³. Wanneer de bestaande vennootschappen geen enkele bepaling in hun statuten bevatten die strijdig is met de wet van 18 juli 1991, dan zijn deze vennootschappen uiteraard vanaf 5 augustus 1991 onderworpen aan de nieuwe wet.

Art. 50, § 4, bepaalt dat de in art. 50, § 2, vermelde aanpassing kan worden vervangen door een omzetting van de vennootschap volgens de wettelijke bepalingen. Deze bepaling zal wellicht weinig succes hebben in de praktijk: een vlucht naar een andere vennootschapsvorm dan N.V. en B.V.B.A. heeft verregaande consequenties, o.m. op het niveau van aandeelhouderschap en bestuur.

4. Wanneer de bestaande vennootschappen niet uiterlijk op 5 februari 1993 overgaan tot aanpassing van hun statuten, worden de statutaire bepalingen die strijdig zijn met de wet van 18 juli 1991, voor niet-geschreven gehouden en zijn de bepalingen van dwingend recht van de nieuwe wet toepasbaar (art. 50, § 5, van de wet van 18 juli 1991).

Indien door deze toepassing van de nieuwe wet de werking van de vennootschap onmogelijk zou worden, kan elke belanghebbende de ontbinding van de vennootschap vorderen (art. 50, § 5, tweede zin). Deze bepaling geeft aan de rechter een grote beoordelingsruimte: vereist is in ieder geval dat de werking van de vennootschap onmogelijk is geworden; discussies of meningsverschillen tussen aandeelhouders (meerderheids- en minderheidsaandeelhouders) hebben niet noodzakelijk tot gevolg dat de werking van de vennootschap onmogelijk is geworden (vgl. de gerechtelijke ontbinding om wettige redenen op grond van art. 102, tweede lid, als ingevoerd door de wet van 5 december 1984).

5. De overgangsregeling, zoals ze is neergelegd in art. 50, § 2, en art. 50, § 5, munt niet uit door helderheid. De algemene regelen van overgangsrecht kunnen hierbij behulpzaam zijn⁴. Als regel van overgangsrecht wordt aanvaard dat de nieuwe wet geen onmiddellijke en exclusieve werking heeft ten aanzien van de toekomstige gevolgen van onder de oude wet gesloten contracten (cf. statuten); deze regel van de eerbiedigende werking van de nieuwe wet ten aanzien

³ Cf. BRAECKMANS, H., «Aspecten van overgangsrecht in de nieuwe vennootschapswet van 5 december 1984», *R.W.*, 1984-85, 2746, nr. 43; LIEVENS, J., *De nieuwe vennootschapswet (wet van 18 juli 1991)*, Gent, Mys en Breesch, 1991, p. 173.

⁴ Zie dienaangaande o.m. BRAECKMANS, H., o.c., *R.W.*, 1984-85, 2734 e.v.

van overeenkomsten (cf. statuten) moet echter wijken ten aanzien van bepalingen van dwingend recht ⁵.

Artikel 50, §§ 2 en 5, van de wet van 18 juli 1991 lijkt hierop een uitzondering te maken, in zoverre de inwerkingtreding van de dwingende bepalingen van de nieuwe wet kan worden uitgesteld op zijn laatst tot 5 februari 1993 (achttien maanden) indien de statuten van de bestaande vennootschappen op 5 augustus 1991 clausules bevatten die strijdig zijn met deze «nieuwe» dwingende bepalingen. De «oude» statutaire bepaling(en) (bv. een opname in de oude statuten van de «oude» wettelijke regeling van art. 60 inzake belangenconflicten) die in strijd zouden zijn met de nieuwe dwingende wetsbepaling (in casu de nieuwe wettelijke regeling van art. 60 Venn.W. inzake belangenconflicten) blijven geëerbiedigd totdat deze oude statutaire bepaling(en) is (zijn) aangepast. Aan deze eerbiedigende werking ten aanzien van de oude statutaire bepalingen komt een einde op 5 februari 1993, zodanig dat na die datum de nieuwe dwingende bepaling in ieder geval van kracht wordt, ook al zijn de oude statutaire bepalingen nog niet aangepast. De strijdige clausule uit de statuten zal in dat geval voor niet geschreven worden gehouden ⁶.

6. De bepalingen in de nieuwe wet, die voordien niet bestonden (bv. de minderheidsvordering op grond van art. 66bis Venn.W.), en die bijgevolg niet opgenomen konden zijn in de statuten van de bestaande N.V.'s en B.V.B.A.'s, hebben uiteraard onmiddellijk toepassing sedert 5 augustus 1991: de nieuwe wet heeft onmiddellijke en exclusieve werking ⁷ (zie ook infra nr. 12).

§ 3. De verlenging van de datum van inwerkingtreding

A. Openbaarmaking van de jaarrekeningen

7. Door artikel 50, § 1, van de wet van 18 juli 1991 wordt aan de Koning de bevoegdheid gegeven om de datum te bepalen waarop de artt. 33 tot en met 38 in werking treden. Deze bepalingen hebben betrekking op de openbaarmaking van de jaarrekeningen, waarbij de Nationale Bank de centrale spil wordt ⁸. Het koninklijk besluit van 25 november 1991 op de openbaarmaking van akten en stukken van vennootschappen en ondernemingen heeft aan deze wettelijke regeling uitvoering gegeven ⁹.

B. Kruisparticipaties

8. Met betrekking tot kruisparticipaties (wederzijdse deelnemingen) is een bijzondere bepaling van overgangs-

recht opgenomen in artikel 219 Venn.W. ¹⁰. Het onderscheid in de wet tussen enerzijds kruisparticipaties tussen moeder- en dochtervennootschappen (art. 52quinquies Venn.W.) en anderzijds kruisparticipaties tussen onafhankelijke vennootschappen (art. 52sexies Venn.W.) wordt enigszins doorgetrokken in de overgangsregeling.

De regeling inzake kruisparticipaties tussen onafhankelijke vennootschappen (art. 52sexies) is onmiddellijk van toepassing: de vennootschap die bij de inwerkingtreding van de wet, nl. op 5 augustus 1991, meer dan tien percent bezit van de stemgerechtigde aandelen (of winstbewijzen) van een Belgische N.V. (of omgekeerd), 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 ¹¹. Aanvaard mag worden dat bij gebreke van melding de sanctie, nl. schorsing van het stemrecht boven de tien percent, eveneens onmiddellijk geldt ¹².

Bestaan er op 5 augustus 1991 wederzijdse deelnemingen als bedoeld in art. 52sexies (nl. tussen onafhankelijke vennootschappen), dan beschikken deze vennootschappen over een termijn van een jaar om in onderling overleg de nodige maatregelen te nemen, zodat ten minste één van beide haar participatie in de andere tot ten hoogste tien percent vermindert.

Indien geen overeenstemming wordt bereikt, moet elk van de betrokken vennootschappen binnen een jaar, te rekenen vanaf 5 augustus 1991, haar deelneming verminderen tot ten hoogste tien percent. Indien binnen deze termijn van een jaar geen regelmatige vervreemding is geschied, worden de stemrechten verbonden aan de te vervreemden aandelen of winstbewijzen geschorst (art. 219, § 2, laatste lid, Venn.W.). De boven aangestipte meldingsplicht die van toepassing is sedert 5 augustus 1991, is in die optiek cruciaal.

9. Voor kruisparticipaties tussen moeder- en dochtervennootschappen ¹³ wordt in de overgangsregeling van art. 219, § 3, derde lid, Venn.W. bepaald dat de dochtervennootschap binnen zes maanden, te rekenen vanaf 5 augustus 1991, nl. uiterlijk op 5 februari 1992, kennis moet geven aan de moedervennootschap van aantal en aard van de door de moedervennootschap uitgegeven effecten met stemrecht die zij in haar bezit heeft (alook van elke wijziging van haar effectenportefeuille) ¹⁴.

Op analoge wijze als tussen onafhankelijke vennootschappen, werd ook hier een overgangsperiode van een jaar in-

¹⁰ Zie aangaande de regeling omtrent kruisparticipaties (wederzijdse deelnemingen) BRAECKMANS, H., o.c., *R.W.*, 1991-92, 1015 e.v. en de verwijzingen aldaar.

¹¹ Bij daling onder de tienpercentgrens is een nieuwe kennisgeving vereist.

¹² GEENS, K., «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*, Jan Ronse Instituut (red.), Kalmthout, Biblo, 1992, p. 192.

¹³ Het begrip moeder- en dochtervennootschap werd in het K.B. van 14 oktober 1991 bepaald op basis van het begrip «controle» (B.S., 24 oktober 1991).

¹⁴ Een soortgelijke meldingsplicht van de moeder ten aanzien van de dochtervennootschap is niet geregeld. Argumenten zijn voorhanden om de onmiddellijke meldingsplicht te aanvaarden: cf. GEENS, K., o.c., *T.R.V.*, 1991, 286-288 en 290.

⁵ Cf. DE PAGE, H., *Traité*, I, 341, nr. 231quinquies; VAN GERVEN, W., *Algemeen deel*, 72; BRAECKMANS, H., o.c., *R.W.*, 1984-85, 2738.

⁶ In dezelfde zin: GEENS, K., o.c., *T.R.V.*, 1991, 288, die op dit punt overigens uitdrukkelijk stelt dat deze overgangsregeling geldt voor elke statutaire bepaling afzonderlijk die strijdig is met een dwingende bepaling van de nieuwe wet.

⁷ Cf. BRAECKMANS, H., o.c., *R.W.*, 1991-92, 2736.

⁸ Zie voor een bespreking BRAECKMANS, H., o.c., *R.W.*, 1991-92, 1055, nrs. 79 e.v.

⁹ B.S. van 24 december 1991, 29347 e.v. (met inbegrip van het verslag aan de Koning en een commentaar bij de diverse bepalingen); zie ook het ministerieel besluit van 23 januari 1992, B.S., 1 februari 1992, 2134 e.v.

geschreven: de betrokken vennootschappen kunnen binnen die termijn (nl. tot 5 augustus 1992) de nodige maatregelen nemen om de verboden kruisparticipatie op te heffen en alzo de globale reductie beneden 10% te realiseren. Indien tussen de betrokken vennootschappen over die maatregelen geen overeenstemming wordt bereikt, moet de vervreemding plaatsvinden naar evenredigheid van het aantal stemrechten verbonden aan de effecten die ieder van de betrokken vennootschappen bezit. Bij gebreke van vervreemding vóór 5 augustus 1992 worden de stemrechten verbonden aan de te vervreemden aandelen of winstbewijzen geschorst.

10. De wetgever heeft blijkbaar de bestaande kruisparticipaties in bepaalde vennootschapsgroepen willen sparen. Een andere zinnige uitleg kan niet worden gegeven aan artikel 219, § 4, Venn.W.

Percentages van deelnemingen berekend volgens de wet van 2 maart 1989¹⁵ die ontstaan zijn vóór de indiening van het wetsontwerp (nl. 8 november 1990) en die zijn medege-deeld aan de Commissie voor het Bank- en Financiewezen, hoeven niet te worden verminderd in de zin van de artt. 52quinquies en 52sexies Venn.W. Voorwaarde is dat de betrokken vennootschappen een publiek beroep doen of hebben gedaan op het spaarwezen.

C. De afschaffing van de stemkrachtbeperking

11. De wetgever van 18 juli 1991 heeft het dwingend karakter van art. 76 Venn.W. afgeschaft¹⁶ en bezorgde aan deze bepaling een «conventioneel statuut»: de statuten kunnen bepalen dat de regel die thans is omschreven in artikel 76 Venn.W., wordt toegepast.

Deze nieuwe bepaling van art. 76 Venn.W. — en de daarin opgenomen facultatieve regeling inzake de opname van art. 76 Venn.W. in de statuten — treedt onmiddellijk in werking vanaf 5 augustus 1991: de afschaffing van de stemrecht-reductie is derhalve van toepassing op vennootschappen die de tekst van art. 76 niet in hun statuten hebben opgenomen, alsook op sedert die datum nieuw opgerichte vennootschap-pen¹⁷.

¹⁵ Wet van 2 maart 1989 op de openbaarmaking van belangrijke deelnemingen in ter beurze genoteerde vennootschappen en tot reglementering van de openbare overnameaanbiedingen. Zie voor een commentaar van deze wet en van 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 wet-telijke regeling inzake transparantie en openbare overname-aanbie-dingen», *T.R.V.*, 1989, 239-272 en 373-402; KEUTGEN, G. en DAL, G.A., «La transparence de l'actionariat», *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.

¹⁶ Cf. memorie van toelichting, *Parl.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1107/1, p. 90.

¹⁷ Cf. de algemene regel van de onmiddellijke en exclusieve wer-king van de nieuwe wet: ROUBIER, P., *Le droit transitoire*, Parijs, Dal-loz, 1960, p. 293, nr. 63; DE PAGE, H., *Traité*, I, pp. 336-337, nr. 231ter; VAN GERVEN W., *Algemeen deel*, p. 66. Cf. ook VON STAU-DINGER, J. en COING, H., *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlin, Schweitzer Verlag, p. 110, nr. 243; DEKEUWER-DEFOSSEZ, F.,

Artikel 23, tweede lid, van de wet van 18 juli 1991 heeft een overgangsregeling ingevoerd voor de vennootschappen die art. 76 in hun statuten hebben overgenomen: de bepa-lingen in de statuten die art. 76 overnemen, houden op ge-volg te hebben twee jaar na de inwerkingtreding van de wet van 18 juli 1991, nl. op 5 augustus 1993. Na die datum houdt de uitwerking van deze statutaire bepalingen op, behoudens wanneer deze bepalingen, die art. 76 Venn.W. overnemen, zijn bekrachtigd door een algemene vergadering die beraad-slaagt en besluit zoals bij een statutenwijziging.

Bij de toepassing van deze overgangsregeling kunnen pro-blemen rijzen. In vele statuten is een clause opgenomen dat de stemkrachtbeperking ophoudt te bestaan zodra de wet is aangepast. Men mag aannemen dat in een dergelijk geval de stemkrachtbeperking is opgeheven¹⁸.

Ook kunnen problemen rijzen wanneer, bij wege van sta-tutenwijziging, vóór 5 augustus 1993, artikel 76 is bekrach-tigd conform bovengenoemd art. 23, tweede lid. Dit pro-bleem werd door F. Bouckaert terecht onderkend: derden kunnen op grond van de gecoördineerde tekst van de sta-tuten moeilijk opmaken of de stemkrachtbeperking tijdelijk gehandhaafd blijft, dan wel door de algemene vergadering is bekrachtigd. Verduidelijking is hierover in de gecoördi-neerde tekst van de statuten gewenst¹⁹. Het is derhalve aan-gewezen in de statuten in te schrijven: «De oprichtersver-gadering (algemene vergadering van...) heeft besloten over-eenkomstig de wet van 18 juli 1991 de hiernavolgende clau-sule uitdrukkelijk in de statuten in te schrijven / te handha-ven»²⁰.

De wetgever heeft dit overgangsregime van art. 23, tweede lid, niet opgenomen voor de B.V.B.A. Voor de B.V.B.A.'s die art. 76 niet in hun statuten hebben vermeld, heeft de nieuwe wet onmiddellijke werking en heeft de opheffing van het dwingend karakter van art. 76 derhalve direct gevolg. Voor de B.V.B.A.'s waarvan de statuten wel het oude art. 76 Venn.W. bevatten, kan art. 50, § 2, van de wet van 18 juli 1991 worden toegepast: de vóór 5 augustus 1991 opgerichte vennootschappen moeten hun statuten in overeenstemming brengen met de bepalingen van de nieuwe wet binnen acht-tien maanden te rekenen van de inwerkingtreding (derhalve uiterlijk op 5 februari 1993)²¹.

«Conflits de lois dans le temps», *Jurisclasseur civil*, art. 2, fasc. 1, 4, nr. 4 en vnl. fasc. 2, 2, nrs. 1 e.v.

¹⁸ Cf. BRAECKMANS, H., o.c., *R.W.*, 1991-92, 1055; WEYTS, L., «Be-raadslaging en stemming», in *N.V. en B.V.B.A. na de wet van 18 juli 1991*, Jan Ronse Instituut (red.), p. 210. Cf. ook BRAECKMANS, H., o.c., *R.W.*, 1984-85, 2732, nr. 17, sub d.

¹⁹ BOUCKAERT, F., «De wet van 18 juli 1991» in *Nieuwe vennoot-schappenwet 1991*, VAN BAEL, J. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1991, p. 146, nr. 65.

²⁰ MASELIS, P., «Enkele modellen aangepast aan de wet van 18 juli 1991», in *Nieuwe vennootschappenwet 1991*, VAN BAEL, J. (red.), p. 182.

²¹ Cf. LIEVENS, J., o.c., 172.

§ 4. Toepassing van de algemene beginselen van overgangsrecht op specifieke gevallen

A. De algemene beginselen van overgangsrecht

De algemene beginselen van overgangsrecht zijn in België en de ons omringende landen (Nederland, Frankrijk, Duitsland) in grote mate dezelfde ²².

12. Een eerste belangrijk beginsel is dat van de niet terugwerkende kracht van de nieuwe wet: behoudens uitdrukkelijke of stilzwijgende (maar dan zekere) afwijking in de wet zelf, beschikt de nieuwe wet alleen voor het toekomstende (art. 2 B.W.) ²³. Zulks houdt in dat de nieuwe wet geen rechtsverhoudingen kan en mag aantasten die vóór haar in werking treden definitief zijn ontstaan.

Een tweede algemene regel is die van de onmiddellijke en exclusieve werking van de nieuwe wet ²⁴. Deze regel houdt in dat de nieuwe wet onmiddellijk van toepassing is, niet alleen op feiten die zich voordoen na het in werking treden van de nieuwe wet, maar ook op toekomstige rechtsgevolgen van feiten die voorgevallen zijn onder de oude wet. Onder de oude wet voorgevallen feiten worden derhalve vanaf de uitvaardiging van de nieuwe regeling, door deze laatste beheerst ²⁵. De rechtsgevolgen van onder de oude wet tot stand gekomen rechtsverhoudingen, die onder de nieuwe wet continueren, vallen onder het toepassingsgebied van de nieuwe wet ²⁶. Rechtsverhoudingen die echter ontstaan zijn en volledig voltooid onder de oude wet, kunnen niet meer worden beïnvloed door de nieuwe wet.

De derde regel is die van de eerbiedigende werking van de nieuwe wet, in die zin dat de nieuwe wet geen onmiddellijke en exclusieve werking heeft ten aanzien van de toekomstige gevolgen van onder de oude wet gesloten contracten: de onder de oude wet tot stand gekomen contracten blijven beheerst door de oude wet. Deze regel van de eerbiedigende werking van de nieuwe wet ten aanzien van overeenkomsten moet echter op zijn beurt wijken ten aanzien van bepalingen van dwingend recht of wanneer de nieuwe wet bepaalt onmiddellijk van toepassing te zijn op bestaande overeenkomsten ²⁷.

²² Zie voor een overzicht BRAECKMANS, H., o.c., *R.W.*, 1984-85, 2734 e.v. en de verwijzingen aldaar.

²³ Cf. VAN GERVEN, W., *Algemeen deel*, 63, nr. 21; DE PAGE, H., *Traité*, I, 322-323; GHESTIN, J. en GOUBEAUX, G., *Traité de droit civil, Introduction générale*, Parijs, L.G.D.J., 1977, 251, nr. 334.

²⁴ ROUBIER, P., o.c., 293, nr. 63; DE PAGE, H., o.c., I, 336-337, nr. 231ter; VAN GERVEN, W., *Algemeen deel*, 66; VON STAUDINGER, J. en COING, H., *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin, Schweizer Verlag, 110, nr. 243; DEKEUWER-DEFOSSEZ, F., «Conflits de lois dans le temps», *Jurisclasser civil*, art. 2, gasc. 1, 4, nr. 4 en vnl. fasc. 2, 2, nrs. 1 e.v.; GHESTIN, J. en GOUBEAUX, G., o.c., 263, nr. 356, en 277, nr. 370.

²⁵ Cf. DE PAGE, H., *Traité*, I, 336, nr. 231ter. Cf. het voorbeeld van Hijmans Van den Bergh: de nieuwe wet bevat een huurprijsregeling die vanaf haar in werking treden ook toepasselijk is op alle vóór dat tijdstip aangegane huurovereenkomsten: HIJMANS VAN DEN BERGH, o.c., 11.

²⁶ VAN GERVEN, W., *Algemeen deel*, 70; DEKEUWER-DEFOSSEZ, F., o.c., *Jurisclasser civil*, art. 2, fasc. 2, nr. 16.

²⁷ DE PAGE, H., *Traité*, I, 341, nr. 231quinquies; VAN GERVEN, W., *Algemeen deel*, 72; VON STAUDINGER, J. en COING, H., o.c., 116, nr. 260, en 120, nr. 277.

B. Toepassingen

1) Aandeelhoudersovereenkomsten

13. De wet van 18 juli 1991 heeft een ruime regeling ingevoerd aangaande aandeelhoudersovereenkomsten, zowel met betrekking tot goedkeuringsclausules en voorkoopclausules, als met betrekking tot stemovereenkomsten (art. 41, §§ 2 tot 4, en art. 74ter Venn.W.) ²⁸.

De overgangsregeling van art. 50, § 2, nl. dat voordien opgerichte vennootschappen hun statuten in overeenstemming moeten brengen met de bepalingen van de wet van 18 juli 1991 binnen achttien maanden, zijnde vóór 5 februari 1993, is alleen van toepassing op de statuten van de bestaande N.V.'s en B.V.B.A.'s. De aandeelhoudersovereenkomsten die buitenstatutaire regelingen bevatten, zijn derhalve niet onderworpen aan deze bepaling, en vallen bijgevolg onder de toepassing van het gemene recht. De logica van de wetgever is zoek: voorkoopclausules of goedkeuringsclausules die zijn opgenomen in de statuten en die in strijd zijn met de nieuwe wet, genieten het overgangsstelsel van de nieuwe wet, dat maximaal achttien maanden duurt. Dezelfde clausules, opgenomen in een buitenstatutaire aandeelhoudersovereenkomst, vallen onmiddellijk onder het toepassingsgebied van de nieuwe wet.

De bovenvermelde regel, nl. dat onder de oude wet tot stand gekomen overeenkomsten beheerst blijven door de oude wet, behoudens wanneer de nieuwe wet ter zake dwingende bepalingen oplegt, is immers van toepassing. De nieuwe wettelijke regeling inzake aandeelhoudersovereenkomsten is van dwingend recht, en de regeling van art. 74ter inzake stemovereenkomsten raakt zelfs de openbare orde ²⁹. Zulks houdt in dat de nieuwe bepalingen van de wet van 18 juli 1991 onmiddellijk van toepassing zijn op de bestaande overeenkomsten ³⁰. Wanneer bestaande overeenkomsten strijdig zijn met de paragrafen 2 tot 4 van art. 41 Venn.W., zijn ze nietig ³¹. De nietigheid wordt overigens uitdrukkelijk bepaald in art. 74ter, § 2, Venn.W. Een aandeelhoudersovereenkomst die strijdig is met art. 74ter en derhalve een verboden stemovereenkomst uitmaakt, is eveneens nietig ³². 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 vinden ³³.

²⁸ Zie voor een uitvoerige bespreking BRAECKMANS, H., o.c., *R.W.*, 1991-92, 1008-1012, en de verwijzingen aldaar.

²⁹ Zie de parlementaire voorbereiding: *Parl.St.*, Kamer, 1990-91, nr. 1645/2, p. 15.

³⁰ Cf. *Parl.St.*, *Senaat*, 1990-91, nr. 1107/3, p. 244; NELISSEN 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.), p. 89.

³¹ De leer van de partiële nietigheid vindt hierbij toepassing: 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, en de verwijzingen aldaar; Cass., 27 februari 1959, *Pas.*, 1959, I, 653. Cf. BRAECKMANS, H., o.c., *R.W.*, 1991-92, 1011.

³² De nietigheid is absoluut: zie vnl. *Parl.St.*, *Senaat*, 1990-91, nr. 1107/3, p. 121 (bescherming van het algemeen belang).

³³ Zie supra voetnoot 31.

Ten slotte moet worden aangestipt dat het nieuwe art. 74ter ten aanzien van stemovereenkomsten een maximumduurtijd van vijf jaar oplegt die begint te lopen ten aanzien van bestaande stemovereenkomsten vanaf 5 augustus 1991³⁴.

2) Minderheidsvordering

14. De vordering tegen de bestuurders op grond van het nieuwe art. 66bis Venn.W., komt toe aan de minderheidsaandeelhouders, mits voldaan is aan de in deze bepaling gestelde vereisten (o.m. drempelvereiste inzake bezit van aandelen, bewijs van afwezigheid van goedkeuring van de aan de bestuurders te verlenen kwijting).

Vraag is of de minderheidsvordering ook kan worden ingesteld op grond van feiten gepleegd door bestuurders vóór de inwerkingtreding van de wet op 5 augustus 1991. De regel van onmiddellijke en exclusieve werking van de nieuwe wet vindt hierbij toepassing³⁵. Zulks houdt in dat de nieuwe wet onmiddellijk van toepassing is, niet alleen op feiten die zich voordoen na het in werking treden van de nieuwe wet, maar ook op toekomstige rechtsgevolgen van feiten die voorgevallen zijn onder de oude wet. De onder de oude wet voorgevallen feiten worden derhalve vanaf de uitvaardiging van de

nieuwe regeling beheerst door de nieuwe wet³⁶. Zulks impliceert dat door bestuurders vóór 5 augustus 1991 gepleegde feiten in aanmerking kunnen komen voor het instellen van de minderheidsvordering, indien uiteraard voldaan is aan de door het nieuwe art. 66bis gestelde vereisten. Indien de minderheidsaandeelhouder de kwijting echter heeft goedgekeurd, kan hij hierop niet meer terugkomen: de rechtsverhouding is in casu ontstaan en voltooid onder de oude wet. Bovendien is aan een der in art. 66bis voorgeschreven vereisten niet meer voldaan.

3) Deskundigenonderzoek

15. Dezelfde redenering als die m.b.t. de minderheidsvordering kan toepassing vinden. De aanstelling van een deskundige op grond van het nieuwe art. 191 Venn.W. kan gevraagd worden voor feiten die plaats hadden vóór 5 augustus 1991: onder de oude wet voorgevallen feiten worden vanaf de uitvaardiging van de nieuwe regeling door deze laatste beheerst³⁷.

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

³⁴ Er zijn goede gronden om te argumenteren dat de goedkeurings- en voorkoopclausules zoals neergelegd in art. 41, §§ 2 tot 4, niet aan deze maximumduurtijd van vijf jaar onderworpen zijn: zie m.b.t. die argumenten BRAECKMANS, H., *o.c.*, *R.W.*, 1991-92, 1009.

³⁵ Zie supra nr. 12.

³⁶ Zie supra nr. 12; BRAECKMANS, H., *o.c.*, *R.W.*, 1984-85, 2736, nr. 25.

³⁷ Zie supra nr. 12; cf. BRAECKMANS, H., *o.c.*, *R.W.*, 1984-85, 2736, nr. 25.

DE UITWISSING VAN VEROORDELINGEN EN HET HERSTEL IN EER EN RECHTEN IN STRAFZAKEN

I. Inleiding

1. In het Belgisch Staatsblad van 5 februari 1991¹ verscheen de wet van 9 januari 1991 betreffende de uitwissing van veroordelingen en het herstel in eer en rechten in strafzaken. Deze wet, die in werking is getreden op 15 februari 1991, brengt een aantal fundamentele wijzigingen aan in de artikelen 619, 621, 624 tot 626 en 628 van het Wetboek van Strafvordering, schaft artikel 627 van voormeld wetboek af en voegt ten slotte een derde lid toe aan artikel 8, § 1, van de wet van 29 juni 1964 betreffende de opschorting, het uitsstel en de probatie².

2. De nieuwe wet vindt haar oorsprong in een wetsvoorstel op 13 maart 1990 ingediend door de senatoren Truffaut, Herman-Michielsens, Henrion, Baert, Erdman en Cerexhe³. De draagwijdte ervan was evenwel veel minder groot dan die van onderhavige wet: het ging er inderdaad enkel om de termijnen voor de automatische uitwissing (art. 619 Sv.) terug te brengen van vijf tot drie jaar en de duur van de proeftermijn inzake eerherstel (art. 625 Sv.) in dezelfde mate te verminderen voor straffen die vijf jaar niet overtroffen. Voor veroordelingen tot meer dan vijf jaar blijft de proeftermijn van vijf jaar behouden en in geval van herhaling zijn voor beide gevallen langere termijnen bepaald.

3. Het voorstel werd besproken in de commissie van de Senaat, waarin de leden het weliswaar eens waren met het

¹ *B.S.*, 5 februari 1991, 2221.

² M. DE SWAEF, «De wet van 9 januari 1991 tot wijziging van de probatiewet», *R.W.*, 1990-91, 1141.

³ *Parl.St.*, *Senaat*, 1989-90, toelichting, nr. 905/1.

voorstel maar vonden «dat het niet ver genoeg gaat»⁴. Ook de vertegenwoordiger van de minister vond dat met name de uitwissing niet mocht worden beperkt tot de politiestrafen⁵, zodat de oorspronkelijke tekst gevoelig werd gewijzigd en uitgebreid.

Op minder dan een jaar tijd kwam aldus de nieuwe wetgeving tot stand. Wij hadden reeds de gelegenheid, bij de bespreking van de nieuwe wet op de voorlopige hechtenis, de kwaliteiten van een dergelijke snelwetgeving te betrouwen⁶. De analyse van de wet van 9 januari 1991 kan die opvatting slechts versterken. Men kan niet aan de indruk ontkomen dat deze wet tot stand is gekomen zonder het advies te hebben ingewonnen van de betrokkenen (parketten, diensten strafuitvoering, centraal strafregister). Bepaalde fundamentele principes van het strafrecht en strafprocesrecht worden op de helling gezet, inzonderheid wat de uitwissing betreft. Met bepaalde gevolgen zowel op het juridisch als op het praktisch vlak is totaal geen rekening gehouden en ten slotte kan zelfs een bezwaar van ongrondwettigheid worden ingeroepen.

II. De uitwissing van veroordelingen

A. Begrip «uitwissing» — Draagwijdte van art. 619 Sv.

4. De uitwissing verschilt van het herstel in eer en rechten doordat ze automatisch is, zonder aanvraag van de betrokkene, zonder onderzoek betreffende het ondergaan van de straffen, het vergoeden van de benadeelden en het betalen van de gerechtskosten en zonder controle over het gedrag van de verzoeker. De uitwissing gebeurt van rechtswege na het verstrijken van een zekere termijn.

5. Over de omvang van de automatische uitwissing werden verschillende amendementen ingediend op het oorspronkelijke voorstel, allemaal in de zin van een uitbreiding.

Een eerste amendement betrof de uitwissing, niet alleen van de politiestrafen zoals vermeld in het oorspronkelijk voorstel, maar ook van alle geldboeten wegens wanbedrijven. Dit werd evenwel afgewezen omdat daardoor zeer hoge boeten, opgelegd in bijzondere wetten (drugs, sociale wetgeving, dierenbescherming) zouden worden uitgewist⁷.

Een tweede amendement voorzag in de uitwissing van de politiestrafen, de correctionele gevangenisstraffen tot zes maanden en de geldboeten tot 500 frank. Dit amendement was o.a. gemotiveerd door «de wens de gevangenisstraf beneden zes maanden af te schaffen»⁸. Op bladzijde 3 van het verslag in de kamercommissie kan men trouwens — met enige verbazing — lezen dat «de intentie bestaat om in de toekomst gevangenisstraffen beneden de zes maanden niet meer uit te spreken(!)». Dit amendement kon evenwel de goedkeuring van de vertegenwoordiger van de minister van Justitie niet wegdragen, omdat het gestelde maximum voor de geldboeten te laag was, inzonderheid wat de verkeerszaken betreft. Vandaar dat er uiteindelijk geen maximum

meer werd aangenomen voor de geldboeten opgelegd met toepassing van de Wegverkeerswet.

6. Het nieuwe artikel 619 Sv. bepaalt thans dat worden uitgewist *na verloop van drie jaar* vanaf de dag van de rechterlijke beslissing waarbij ze zijn uitgesproken :

- de veroordelingen tot politiestrafen ;
- de veroordelingen tot correctionele gevangenisstraffen van ten hoogste zes maanden ;
- de veroordelingen tot correctionele geldboeten van ten hoogste 500 fr. ;
- de veroordelingen tot correctionele geldboeten, *ongeacht hun bedrag*, opgelegd krachtens het K.B. van 16 maart 1968 tot coördinatie van de wetten betreffende de politie van het wegverkeer.

Volgens het tweede lid van art. 619 Sv. is de vorige bepaling niet van toepassing op veroordelingen die vervallenverklaringen of ontzettingen inhouden waarvan de gevolgen zich over meer dan drie jaar uitstrekken (met uitzondering voor het verval van het recht tot sturen wegens lichamelijke ongeschiktheid).

B. Omvang van de uitwissing

7. Alle veroordelingen tot politiestrafen worden uitgewist na drie jaar, ongeacht voor welke misdrijven en door welke rechter ze zijn uitgesproken⁹. De veroordeling, met aanneming van verzachtende omstandigheden, wegens een wanbedrijf wordt eveneens van rechtswege uitgewist¹⁰. Indien een politiestraf wordt uitgesproken in samenhang met andere straffen (die niet uitwisbaar zijn), zal enkel de politiestraf worden uitgewist¹¹.

De politiestrafen zijn de gevangenisstraf van één tot zeven dagen en de geldboete van één tot vijftientwintig frank (artt. 28 en 38 Sw.), behoudens de gevallen van herhaling van overtredingen bepaald in de artikelen 562 en 564 Sw., waarbij de politiegevangenisstraf kan worden opgetrokken tot negen en twaalf dagen.

Het lijkt ons van belang de aandacht te vestigen op de algemene formule «politiestrafen»: de wetgever heeft het niet nodig geacht, zoals wel is gebeurd voor de correctionele straffen, om de opdeling te maken van politiegevangenisstraf en politiegeldboete. Dit betekent derhalve dat een geldboete die bijkomend wordt opgelegd met een politiegevangenisstraf, een politiestraf is en derhalve uitwisbaar, ongeacht het bedrag ervan.

Een voorbeeld zal dit verduidelijken : art. 369bis Sw. bestraft het wanbedrijf van ontvoering van minderjarigen met een gevangenisstraf van acht dagen tot een jaar en met een geldboete van 26 tot 1000 frank. Indien de rechter, met toepassing van art. 85 Sw., slechts zeven dagen gevangenisstraf en 1000 frank geldboete oplegt, is deze veroordeling uitwisbaar, daar het karakter van de straf wordt bepaald door de hoofdgevangenisstraf, in casu een politiestraf. Mocht de rechter daarentegen enkel een geldboete van 1000 frank uit-

⁴ Parl.St., Senaat, 1990-91, verslag, nr. 905/2.

⁵ Parl.St., Kamer, 1990-91, verslag, nr. 1370/2.

⁶ A. WINANTS, «Enkele aspecten van de nieuwe wet op de voorlopige hechtenis», in *Liber Amicorum Prof. E. Krings*, p. 423.

⁷ Senaat, verslag, nr. 905/2, pp. 3 en 4.

⁸ Id., p. 4.

⁹ L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Belgisch Strafrecht*, pp. 804-805.

¹⁰ H. BEKAERT, «Het uitwissen van de veroordelingen», *R.W.*, 1960-61, 75.

¹¹ A. MEEUS, «La loi du 7 avril 1964 relative à l'effacement des condamnations et à la réhabilitation en matière pénale», *R.D.P.*, 1964-65, 615.

spreken, hetgeen eveneens mogelijk is bij de aanneming van verzachtende omstandigheden, dan staan we voor een hoofdstraf van correctionele aard, die niet vatbaar is voor uitwissing. Men zal toegeven dat de logica van dit systeem niet evident is!

8. Wat de correctionele straffen betreft worden in principe een veroordeling tot een gevangenisstraf van zes maanden en een veroordeling tot een geldboete van ten hoogste 500 frank uitwisbaar.

Indien een veroordeling *enkel* een correctionele gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden met zich brengt of *enkel* een geldboete van ten hoogste 500 frank, leidt de toepassing van deze bepaling tot geen moeilijkheden.

De situatie wordt evenwel verschillend wanneer in één veroordeling beide straffen *samen* worden opgelegd en één van de onderdelen de wettelijk bepaalde grens overschrijdt.

Het lijkt ons vanzelfsprekend dat de criteria m.b.t. de gevangenisstraf en de geldboete niet afzonderlijk kunnen worden toegepast om, naar gelang van het geval, enkel de gevangenisstraf of enkel de geldboete uit te wissen. De uitwissing betreft immers de veroordeling en niet de straf: een gedeeltelijke uitwissing zou in de praktijk neerkomen op een genademaatregel en zou met zich brengen dat het niet uitgewiste gedeelte van de veroordeling vermeld blijft op het strafregister en het inlichtingsbulletin, waarbij zou worden voorbijgegaan aan het karakter van de automatische uitwissing die, overeenkomstig art. 620 Sv., dezelfde uitwerking heeft als het herstel in eer en rechten.

9. De vraag rijst of de criteria voor de uitwissing cumulatief dienen te worden aangewend, dan wel of enkel rekening wordt gehouden met de hoofdstraf, in casu de gevangenisstraf.

Ter illustratie het volgende voorbeeld: a) veroordeling tot veertien dagen gevangenisstraf en 1000 frank geldboete; b) veroordeling tot acht maanden gevangenisstraf en 200 frank geldboete. Indien men enkel rekening houdt met de hoofdstraf, is de veroordeling sub a uitwisbaar niettegenstaande de geldboete hoger is dan 500 frank, en is die sub b niet uitwisbaar omdat de gevangenisstraf de grens overtreft en ondanks het feit dat de geldboete lager is dan 500 frank.

Indien daarentegen de criteria cumulatief worden toegepast, hetgeen betekent dat beide onderdelen van de veroordeling vatbaar moeten zijn voor uitwissing, dan is in het aangehaalde voorbeeld geen van beide veroordelingen uitwisbaar, die sub a omdat de geldboete de grens van 500 frank overtreft en die sub b omdat de gevangenisstraf te hoog ligt. Deze regel lijkt ons in dezen de enig juiste.

Men zou kunnen opwerpen dat de cumulatieve toepassing indruist tegen het bijkomend karakter van de geldboete. De vrijheidsstraf bepaalt dan immers het karakter van de geldboete¹², die dus ook het lot zou volgen van de hoofdstraf. Het komt ons evenwel voor dat de regels betreffende de aard van de straf niet als dusdanig van toepassing zijn op het instituut van de uitwissing. Centraal hierbij staat *de veroordeling*, waarbij de straf slechts gehanteerd wordt als criterium om de toepassing van het recht op uitwissing te toetsen.

Daarenboven pleit de redactie van art. 619 Sv., wat de correctionele straffen betreft, voor deze interpretatie, aange-

zien het onderscheid tussen gevangenisstraf en geldboete hier wel degelijk wordt gemaakt, in tegenstelling met de bepaling voor de politiestrafen.

10. De uitwissing laten afhangen van het lot van de hoofdgevangenisstraf zou trouwens leiden tot paradoxale en onaanvaardbare situaties: aldus zou een veroordeling tot een geldboete van 600 frank niet vatbaar zijn voor uitwissing, terwijl een veroordeling tot vier maanden gevangenisstraf én 600 frank geldboete dat wel zou zijn. Een persoon die zwaarder is gestraft, zou zich dus m.b.t. de uitwissing in een gunstiger positie bevinden dan diegene die slechts een geldboete heeft opgelopen.

Ten slotte houdt die stelling nog een ander gevaar in: veroordelingen tot een gevangenisstraf van minder dan zes maanden, maar met een zeer belangrijke geldboete – hetgeen zich kan voordoen bij de drugwetgeving, de sociale wetgeving, de dierenbescherming, het witwassen van geld – zouden aldus worden uitgewist. Dit gaat regelrecht in tegen de wil van de wetgever zoals die blijkt uit de parlementaire voorbereiding¹³.

Volledigheidshalve wijzen we er nog op dat de straf die in aanmerking dient te worden genomen, die is van de veroordeling, zonder rekening te houden met eventuele kwijtscheldingen, verminderingen of strafomzettingen.

11. De veroordelingen tot correctionele geldboeten uitgesproken op basis van het K.B. van 16 maart 1968 tot coördinatie van de wetten op de politie van het wegverkeer zijn uitwisbaar *ongeacht hun bedrag*.

Indien samen met de geldboete een gevangenisstraf wordt opgelegd van ten hoogste zes maanden, zal deze eveneens worden uitgewist met toepassing van de algemene regels.

Wanneer evenwel samen met de geldboete een gevangenisstraf van meer dan zes maanden wordt uitgesproken, is deze veroordeling, gelet op de cumulatie van criteria, niet uitwisbaar.

Minnelijke schikkingen, die geen veroordelingen zijn, vallen niet onder art. 619 Sv., maar maken het voorwerp uit van afzonderlijke richtlijnen van het Ministerie van Justitie die in feite een analoge toepassing maken van de principes.

Opschorting en probatieopshorting komen niet in aanmerking voor uitwissing.

C. De uitzondering bepaald in art. 619 Sv., tweede lid

12. De veroordelingen die vervallenverklaringen of ontzettingen inhouden waarvan de gevolgen zich over meer dan drie jaar uitstrekken, zijn niet vatbaar voor uitwissing, wat ook de strafmaat zij. Een soortgelijke bepaling bestond reeds in het vroegere artikel 619, maar dan enkel voor veroordelingen tot politiestrafen die ontzettingen of vervallenverklaringen met zich brachten van meer dan vijf jaar.

De ratio legis van deze uitzondering is te beletten dat door een automatische uitwissing ook vroegtijdig een einde zou worden gemaakt aan deze bijkomende straffen¹⁴.

13. Terwijl deze bepaling onder gelding van het vroegere artikel geen aanleiding gaf tot moeilijkheden, lijkt de situatie thans fundamenteel te zijn gewijzigd.

¹³ Senaat, verslag, nr. 905/2, pp. 3-4.

¹⁴ Zie de parlementaire voorbereiding van de wet van 7 april 1964, *Parl.St.*, Senaat, 1962-63, memorie van toelichting.

¹² Cass., 11 december 1972, *Pas.*, 1973, I, 344, *Arr.Cass.*, 1973, 356.

De wet maakt namelijk geen enkel onderscheid tussen de vervallenverklaringen en ontzettingen die door de rechter zijn uitgesproken en die welke rechtstreeks door de wet aan een veroordeling zijn verbonden. Vóór de nieuwe wet bestond dit onderscheid evenmin, maar in de praktijk kwam het zelden voor dat aan een politiestraf een dergelijke bijkomende straf of een wettelijk gevolg was verbonden, dat dan nog vijf jaar moest overtreffen.

Door echter de termijn terug te brengen tot drie jaar en vooral door de draagwijdte van de automatische toepassing gevoelig uit te breiden, heeft de wetgever de praktische toepassing van art. 619 Sv. aanzienlijk beperkt en het aantal uitzonderingen gebaseerd op het tweede lid van dit artikel vermenigvuldigd.

Dergelijke veroordelingen kunnen enkel ongedaan worden gemaakt volgens de procedure voor het herstel in eer en rechten.

14. De veroordelingen die een door de rechter uitgesproken vervallenverklaring of ontzetting met zich brengen, leveren geen moeilijkheid van identificatie op: het gaat hier immers om *bijkomende straffen* die vermeld staan op het strafregister en uit het vonnis blijken.

Anders is het evenwel gesteld met de ontzettingen of vervallenverklaringen die geen straffen zijn maar ambtshalve voortvloeien uit de veroordeling. Het gaat hier om ontzettingen uit burgerlijke of politieke rechten, vervallenverklaringen van bepaalde rechten en zeer dikwijls om een verbod een bepaald beroep uit te oefenen. Aangezien de rechter ze niet uitspreekt, is er geen spoor van terug te vinden in het vonnis noch op het strafregister. Men staat hier voor hetgeen sommigen betitelen met de naam «peines occultes»¹⁵. Merken we trouwens op dat koninklijk commissaris Legros in zijn Voorontwerp van Strafwetboek pleit voor de kennisgeving aan de veroordeelde van de gevolgen van het vonnis¹⁶.

15. Het is in het kader van deze uiteenzetting onbegonnen werk een volledig overzicht te geven van de wettelijke bepalingen die dergelijke ambtshalve vervallenverklaringen of ontzettingen met zich brengen. Zij zijn immers bijzonder talrijk en verspreid over de meest diverse wetten, waarbij het onmogelijk is ze alle te kennen.

Wij zullen ons dan ook beperken tot het aanhalen van de meest gangbare.

16. In de eerste plaats dient het Kieswetboek te worden vermeld.

Artikel 7, 2°, bepaalt dat gedurende zes jaar wordt opgeschort de uitoefening van het kiesrecht van diegenen die veroordeeld zijn tot een *correctionele hoofdgevangenisstraf van drie maanden* wegens een *opzettelijk wanbedrijf* of tot een *militaire gevangenisstraf van minstens drie maanden*. Bedoeld wordt hier een *effectieve* gevangenisstraf van drie maanden, daar artikel 9 bepaalt dat, bij een veroordeling met uitstel, de opschorting van het kiesrecht zelf is geschorst tijdens de termijn van uitstel.

17. Het is met betrekking tot die ontzetting dat de nieuwe wet een probleem van grondwettigheid doet rijzen.

¹⁵ F. CLOSE, «Déchéance du droit de conduire et effacement des condamnations», noot onder Corr. Luik, 30 april 1991, *J.L.M.B.*, 1991, 1364.

¹⁶ R. LEGROS, *Voorontwerp van Strafwetboek*, uitg. Belgisch Staatsblad, pp. 171-172.

Om kiesgerechtigd te zijn moet men namelijk de Belgische nationaliteit bezitten, zodat de ontzetting uit het kiesrecht alleen Belgen kan betreffen.

Indien een Belg en een vreemdeling als mededaders worden veroordeeld wegens het opzettelijk wanbedrijf van slagen en verwondingen, elk tot een effectieve gevangenisstraf van drie maanden, zal deze straf ten opzichte van de vreemdeling automatisch uitgewist worden na drie jaar, terwijl de Belgische onderdaan de procedure van het herstel in eer en rechten zal moeten volgen, die veel strengere voorwaarden oplegt (straf uitgevoerd, boeten betaald, schade vergoed, reclassering).

De artikelen 6 en *6bis* van de Grondwet poneren het principe van de gelijkheid tussen de Belgen, terwijl artikel 128 aan de vreemdelingen op Belgisch grondgebied dezelfde bescherming waarborgt m.b.t. zijn persoon en zijn goederen als aan Belgische onderdanen. Het Arbitragehof heeft in een arrest van 5 juli 1990¹⁷ geoordeeld dat artikel 128 van de Grondwet zich niet verzet tegen het inroepen door vreemdelingen van de artikelen 6 en *6bis*. Hieruit dient a contrario te worden afgeleid dat Belgen ook over dezelfde rechten moeten kunnen beschikken als vreemdelingen die zich in een indientieke positie bevinden. Dit is thans niet het geval daar de wet op de uitwissing zich voor bepaalde gevolgen baseert op een concept van nationaliteit.

We staan hier voor hetgeen in de Amerikaanse rechtspraak een «*reverse discrimination*» wordt genoemd¹⁸. Men zou tegen dit verwijt van ongrondwettigheid eventueel kunnen inbrengen dat de ontzetting uit het kiesrecht een wettelijk gevolg is van een veroordeling die op iedere veroordeelde van toepassing is, ongeacht zijn leeftijd, zijn al dan niet inschrijving op de kiezerslijsten of zijn nationaliteit. Een dergelijke opvatting lijkt ons evenwel niet overtuigend: indien men ze nog kan begrijpen wat betreft de inschrijving op de kiezerslijsten of de leeftijd (de veroordeelde kan inmiddels de kiesgerechtigde leeftijd bereikt hebben), gaat ze voor de nationaliteit slechts op indien de vreemdeling inmiddels Belg zou zijn geworden. Maar kan men werkelijk staande houden dat een persoon die vreemdeling was op het ogenblik van de veroordeling en dat nog altijd is na verloop van de drie jaar, niet de uitwissing van zijn veroordeling zal kunnen genieten op grond van de overweging dat hij een «potentiële» ontzetting heeft opgelopen? Men zou met andere woorden de gevolgen inroepen van de ontzetting uit een recht waarover de veroordeelde niet kon beschikken. Hier moeten we niet meer spreken van een gebrek aan logica, maar bewegen we ons op het surrealistische vlak!

In ieder geval lijkt een beroep bij het Arbitragehof tegen de wet niet a priori ondenkbaar.

18. Het K.B. nr. 22 van 24 oktober 1934, waarbij aan bepaalde veroordeelden en aan gefailleerden verbod wordt opgelegd bepaalde ambten, beroepen of werkzaamheden uit

¹⁷ Arbitragehof, nr. 25, 5 juli 1990, *B.S.*, 6 oktober 1990, 19196; zie ook *R.C.J.B.*, 1991, 621, met commentaar van R. ERGEC.

¹⁸ A.H. GOLDMAN, «Justice and reverse discrimination», *Princeton University Press*, 1974; L. LUSKY en M. BOTEIN, «The law of equality in the United States», in *Equality*, 1975, Sykloff, pp. 18 tot 153; L. DEL RUSSO, «L'oeuvre jurisprudentielle de la Cour Suprême des Etats-Unis en matière d'égalité raciale», *R.B.D.I.*, 1967, 84 tot 101; F. TULKENS, «Egalité et discriminations en droit pénal belge», *R.I.D.P.*, pp. 63 e.v.

te oefenen, legt een automatische ontzetting op van *onbepaalde* duur aan diegenen die zijn veroordeeld tot een *vrijheidsstraf van ten minste drie maanden, zelfs voorwaardelijk*, uit hoofde van: valse munt, namaking of vervalsing van openbare effecten, aandelen, obligaties, bankbiljetten, zegels, stempels en merken, valsheid in geschrifte en gebruik, omkoping van ambtenaren of knevelarij, diefstal, afpersing, verduistering, misbruik van vertrouwen, oplichting, heling, eenvoudige of bedrieglijke bankbreuk, fictieve inloopbrenging van handelseffecten, overtreding van de bepalingen inzake fondsbezorging en inbreuk op artikel 509^{quater} Sw. Deze ontzetting is geen straf en bestaat van rechtswege, zonder dat de rechter ze hoeft te hebben uitgesproken¹⁹. Veroordelingen uit dien hoofde zijn dus niet vatbaar voor automatische uitwissing.

19. Bijzondere aandacht dient te worden besteed aan een aantal wettelijke bepalingen in de financiële sector en in het bankwezen, waarbij een *ontzetting van onbepaalde duur* uit de functies van zaakvoerder, beheerder of directeur wordt opgelegd aan diegenen die zich bevinden in een van de gevallen bepaald in de artikelen 1 tot 3 en 3bis van het bovenvermelde K.B.: men vindt deze bepaling terug, steeds in dezelfde bewoordingen, in het K.B. nr. 185 op de bankcontrole en het uitgifteregime voor titels en effecten, als gewijzigd bij de wet van 17 juli 1985, in de wet van 10 juni 1964 op het openbaar aantrekken van spaargelden, eveneens gewijzigd bij de wet van 17 juli 1985, in het K.B. van 23 juni 1967 tot coördinatie van de bepalingen betreffende de controle op de private spaarkassen, eveneens gewijzigd bij de wet van 17 juli 1985 en ten slotte in de wet van 4 december 1990 op de financiële transacties en de financiële markten.

De ontzetting die hier wordt bedoeld, is gebaseerd op dezelfde gronden als die waarvan sprake is hierboven (nr. 18). De bepaling van ontzetting bevat echter een tweede lid, waarvan de redactie aanleiding geeft tot zeer grote interpretatiemoeilijkheden en dat eveneens in dezelfde bewoordingen voorkomt in de geciteerde wetten. Dit tweede lid luidt als volgt:

«De functies opgesomd in het eerste lid (zaakvoerder, beheerder of directeur) mogen evenmin worden uitgeoefend:

1° door personen die veroordeeld werden tot een gevangenisstraf van minder dan drie maand wegens een in het koninklijk besluit nr. 22 van 24 oktober 1934 beoogd misdrijf».

Wat wordt bedoeld met «een in het K.B. nr. 22 beoogd misdrijf»? Bij een eerste analyse zou men denken dat hiermee een van de misdrijven opgesomd in artikel 1 van voornoemd K.B. wordt geïmagineerd. Maar dan had de tekst ook als dusdanig moeten zijn opgesteld en zou er gestaan hebben «wegens een in artikel 1 van het K.B. nr. 22 beoogd misdrijf».

Zoals de tekst thans is opgesteld, wordt een inbreuk op de bepalingen zelf van het K.B. van 24 oktober 1934 bedoeld, met name het uitoefenen van een bepaalde functie niettegenstaande men als gevolg van een veroordeling of een faillissement daartoe een verbod heeft opgelopen. Dit is evenwel niet in overeenstemming te brengen met de vermelding «veroordeeld tot een gevangenisstraf van minder dan drie maanden» zoals deze voorkomt in de ontzettingsbepaling, aangezien overtredingen van het K.B. van 24 oktober

1934 overeenkomstig artikel 4 worden gestraft met... gevangenisstraf van drie maanden tot twee jaar en geldboete van 1000 tot 10.000 frank! Verzachtende omstandigheden zijn weliswaar mogelijk, maar het lijkt toch weinig waarschijnlijk dat de wetgever de toepassing ervan vermoedt.

De raadpleging van de parlementaire voorbereiding leert dat het inderdaad de in artikel 1 van het K.B. van 24 oktober 1934 opgesomde misdrijven zijn waaraan wordt gerefereerd²⁰. Daarmee is echter de kous nog niet af: er bestaat namelijk een tegenstrijdigheid tussen de Nederlandse en de Franse tekst van de ontzettingsbepaling. In de Franse tekst staat «condamnées à une peine inférieure à trois mois d'emprisonnement», terwijl de Nederlandse tekst spreekt van «een gevangenisstraf van minder dan drie maand». Indien men deze laatste tekst toepast, betekent dit dat de ontzetting enkel geldt in geval van een veroordeling tot een *gevangenisstraf* van minder dan drie maanden, terwijl de Franse tekst de ontzetting toelaat voor *elke straf* die lager is dan drie maanden gevangenis, dus ook voor een geldboete. De teksten zijn trouwens zo vaag en onduidelijk dat zelfs een politiegangenisstraf en, in de Franse versie, ook een politiegeldboete hieronder zouden vallen.

20. Het K.B. van 3 april 1953 tot samenordering van de wetbepalingen inzake de slijterijen van gegiste dranken houdt de ontzetting in uit het recht slijter te zijn voor personen die veroordeeld zijn tot een *straf zonder uitstel*²¹ of waarvan het uitstel is herroepen tijdens de proeftijd, uit hoofde van:

- misdrijven omschreven in de hoofdstukken IV, V, VI en VII, titel VII, boek II Sw. (d.w.z. ontvoering van minderjarigen, aanranding van de eerbaarheid en verkrachting, bederf van de jeugd en prostitutie, openbare schennis van de zeden), alsmede wegens het misdrijf van heling, op voorwaarde dat het gaat om een veroordeling tot een *geldboete van meer dan 50 frank* of tot een *gevangenisstraf, ongeacht de duur ervan*, maar niet uitgesproken als vervangende straf (art. 1, 3° en 4°, en art. 4, §§ 4 en 5);

- het houden van een speelhuis, het onwettig aanvaarden van weddenschappen op paardenwedrennen, het houden van een kantoor voor andere weddenschappen, *onverschillig de (effectieve) straf* (art. 1, 5°, en art. 4, §§ 4 en 5).

Overeenkomstig art. 1, 6°, van het K.B. geldt de ontzetting eveneens voor diegenen die *driemaal veroordeeld* zijn wegens het slijten van geestrijke dranken. Dit betekent derhalve dat de drie veroordelingen niet vatbaar zijn voor uitwissing, op voorwaarde evenwel dat de twee vorige niet reeds zijn uitgewist op het ogenblik dat de derde in kracht van gewijsde gaat. De drie veroordelingen moeten dus binnen het tijdsbestek van drie jaar zijn uitgesproken.

21. Ingevolge art. 129 van de algemene wet op de douane en accijnzen kunnen personen die zijn veroordeeld *zonder uitstel tot om het even welke straf*, wegens bedrog op het stuk van directe, indirecte of daarmee gelijkgestelde belastingen, wegens diefstal, heling, oplichting, misbruik van vertrouwen of eenvoudige of bedrieglijke bankbreuk, wegens knevelarij

²⁰ Parl.St., Senaat, 1984-1985, verslag, nr. 891/2, pp. 16 en 17.

²¹ Zie art. 1 en art. 4, § 4, van het K.B. Het K.B. gebruikt de verouderde terminologie van «voorwaardelijke straf» nog, inmiddels afgeschaft door de wet van 29 juni 1964 op de opschorting, het uitstel en de probatie.

¹⁹ Cass., 13 juli 1936, *Pas.*, 1936, I, 351.

of omkoping van ambtenaren, niet worden ingeschreven in het register van de douane-expediteurs of wordt de inschrijving ingetrokken.

22. De wet van 10 april 1990 op de bewakingsondernemingen houdt ook een ontzetting in om in een bewakingsonderneming een leidende functie te bekleden voor personen die veroordeeld zijn *zelfs met uitstel tot een gevangenisstraf van ten minste zes maanden wegens enig misdrijf* of tot een *lagere gevangenisstraf* wegens diefstal, afpersing, misbruik van vertrouwen, oplichting, valsheid in geschrifte, aanranging van de eerbaarheid, verkrachting of bij de artikelen 379 tot 386^{ter} Sw. bepaalde misdrijven.

23. Tal van andere wetten houden soortgelijke bepalingen in die aan zekere veroordelingen gevolgen verbinden met betrekking tot de uitoefening of de toegang tot een beroep of de uitoefening van een burgerlijk of politiek recht.

Ze zijn verspreid over de meest uiteenlopende materies en zullen in sommige gevallen totaal onbekend zijn voor de betrokkene of zijn raadsman. Voorzeker weet de praktijkjurist dat dergelijke ontzettingen bestaan in de wet van 24 februari 1921, gewijzigd bij wet van 9 juli 1975 op de verdovende middelen, in de wet van 2 april 1965 betreffende de dopingpraktijken bij sportcompetities, in de wetten van 30 april 1962 en 20 februari 1980 op de dienstplicht en het statuut van de gewetensbezwaarden.

Het is evenwel niet zeker dat hij ook het bestaan van dergelijke ontzettingen zal vermoeden in het decreet van de Vlaamse Raad van 20 maart 1984 houdende het statuut van de logiesverstrekkende bedrijven of in het K.B. van 8 februari 1984 houdende het statuut van nationale erkentelijkheid ten voordele van de zeevissers die tijdens de oorlog 1914-1918 de zeevisserij hebben beoefend vanuit Franse, Britse of Belgische havens of vanuit Britse havens tijdens de oorlog 1940-1945, om nog maar te zwijgen over de wet van 24 juli 1923 op de bescherming van de militaire duiven en de be-teugeling van het gebruik van duiven voor spionage...

Het opstellen van een inventaris van die ontzettingen lijkt ons dan ook onbegonnen werk. Daarenboven zal enkel de lezing van de betrokken wetteksten uitsluitend kunnen brengen: verschillende ontzettingen zijn namelijk het gevolg van de reglementaire bevoegdheid van een of andere overheid en kunnen niet worden beschouwd als ontzettingen in de zin van art. 619 Sv. Dit artikel viseert enkel die ontzettingen of vervallenverklaringen die als straf worden uitgesproken of ambtshalve voortvloeien uit de wet. Een ontzetting die niet zou voortspuiten uit de wet, vormt derhalve geen beletsel voor de uitwissing.

24. De analyse van een aantal van de ontzettingen leidt onvermijdelijk tot de conclusie dat het systeem zeer surrealistisch is. Men komt er inderdaad toe de uitwissing te belletten door een beroep te doen op gevolgen van een veroordeling die de betrokkene niet kent en die hem, in de meeste gevallen, ook niet direct aanbelangt. Het zal een garagehouder een zorg wezen dat hij als gevolg van een bepaalde veroordeling geen slijter van gegiste dranken mag zijn of geen douane-expediteur! Des te meer zal hij er onaangenaam door verrast worden dat deze ontzetting de uitwissing van de veroordeling belet.

Op rechtstheoretisch vlak dient daarenboven te worden opgemerkt dat de situatie van de veroordeelde hier wordt bepaald, niet op basis van de hoofdstraf, maar op basis van de bijkomende straf.

Ten slotte moet men zich afvragen of ontzettingen die specifiek gebonden zijn aan een bepaald beroep (bv. militairen) geen andere behandeling van die personen met zich brengen, waarmee opnieuw het grondwettigheidsprincipe van de gelijkheid wordt aangeraakt.

D. Juridische en praktische problemen m.b.t. de automatische uitwissing

25. Afgezien van hetgeen tot nu toe is uiteengezet – en dat onzes inziens de vraag oproept of deze wet geen maat voor niets betekent – stelt art. 619 Sv. een aantal fundamentele begrippen uit het strafrecht en het strafprocesrecht op de helling en wel in die mate dat men zich dient af te vragen of de wetgever de gevolgen wel heeft ingezien.

De implicaties laten zich voornamelijk gelden op het vlak van de verjaring van de straf, de wet op de opschorting, het uitstel en de probatie en de wettelijke herhaling.

26. Artikel 92 Sw. bepaalt dat correctionele straffen beneden de drie jaar verjaren door verloop van vijf jaren te rekenen van de dagtekening van het arrest of het in laatste aanleg gewezen vonnis, of te rekenen van de dag dat het in eerste aanleg gewezen vonnis niet meer kan worden bestreden bij wege van hoger beroep.

Art. 619 Sv. daarentegen schrijft de automatische uitwissing voor van straffen tot maximaal zes maanden na verloop van drie jaren.

Kan men derhalve stellen dat art. 619 Sv. een nieuwe verjaringstermijn van drie jaar invoert naast de reeds bestaande termijnen van vijf en tien jaar?

27. Op het theoretisch vlak lijkt het ons onbetwistbaar dat art. 619 Sv. geen wijzigingen aanbrengt in de bestaande regels inzake verjaring van de straffen. De benaming van de wet en haar object zijn zeer specifiek en beperkt. Daarenboven is er een essentieel verschil tussen de verjaring van de straf en de automatische uitwissing: eerstgenoemde heeft alleen betrekking op de uitvoering van de straf, maar laat de veroordeling bestaan²², terwijl de uitwissing de veroordeling zelf doet verdwijnen (en uiteraard de uitvoering onmogelijk maakt), zodat deze niet meer kan dienen als basis voor wettelijke herhaling of geen beletsel kan vormen voor de toekenning van een mogelijk uitstel.

Dit betekent dat, in principe, een straf van maximaal zes maanden gevangenisstraf onderworpen blijft aan de verjaringstermijn van vijf jaar en aan de regels inzake stuiting en schorsing.

In de praktijk is de toestand echter helemaal anders: daar na drie jaar automatisch de veroordeling zelf verdwijnt, valt hiermee de legale basis voor de strafuitvoering weg. Zelfs indien er stuitingen of schorsingen van de verjaring zouden hebben plaatsgehad, dan nog zal na verloop van drie jaar de veroordeling verdwijnen. De stuiting of de schorsing blijven immers zonder invloed op de veroordeling.

De facto komt dit erop neer dat de regels inzake stuiting en schorsing van de verjaring van de straf *niet van toepassing* zijn op straffen tot maximaal zes maanden, aangezien de termijn van de automatische uitwissing korter is dan de verjaringstermijn. Zo zal de bepaling van art. 96 Sw. volgens welke de verjaring van de straf gestuit wordt door de aanhou-

²² Cass., 13 november 1985, *Arr. Cass.*, 1985-86, 336.

ding van de veroordeelde, dode letter blijven voor een persoon die is veroordeeld tot zes maanden gevangenisstraf: indien deze persoon gevat wordt nadat reeds twee jaar en acht maanden zijn verlopen sedert de veroordeling, zal er nog slechts gedurende vier maanden tot uitvoering kunnen worden overgegaan. Een persoon daarentegen die tot zeven maanden gevangenisstraf is veroordeeld en die één dag voor het verstrijken van de verjaringstermijn van vijf jaar wordt gevat, zal zijn hele straf moeten uitzitten.

28. Art. 619 Sv. is van toepassing zowel op effectieve straffen (gevangenisstraf en geldboete), als op straffen met uitstel. Tijdens de duur van het uitstel kan echter de straf niet ten uitvoer worden gelegd²³; de verjaring van de straf is dan geschorst.

Aangezien evenwel de termijn van drie jaar voor de uitwissing slaat op de veroordeling en slechts zijdelings de niet-uitvoering van de straf met zich brengt, lijkt de schorsing van de verjaring ons niet van toepassing te zijn op straffen van zes maanden of op geldboeten, wanneer die straffen met uitstel zijn opgelegd. De uitwissingstermijn loopt immers wel verder gedurende die periode.

Dit heeft niet het minste belang indien er tijdens de duur van het uitstel (die ingevolge een wijziging van de wet van 29 juni 1964 voor dergelijke veroordelingen is verminderd tot drie jaar) geen strafbaar feit wordt gepleegd dat een herroeping van het uitstel zou rechtvaardigen.

Totaal anders is de toestand wanneer er wel aanleiding is tot een dergelijke herroeping, daar in dat geval de eerder met uitstel uitgesproken straffen uitvoerbaar worden. Art. 18 van de wet van 29 juni 1964 bepaalt dat de verjaring van de straffen, geschorst tijdens de duur van het uitstel, ingaat op het ogenblik van de uitspraak van de straf voor het nieuwe misdrijf (bij herroeping van rechtswege) of op het ogenblik van het definitief worden van de beslissing van herroeping (bij facultatieve herroeping).

Doordat de schorsing zonder invloed is op de uitwissingstermijn, heeft dit tot gevolg dat de bepalingen van art. 18 niet van toepassing zijn op veroordelingen die in aanmerking komen voor uitwissing. De herroeping van het uitstel neemt immers niet weg dat de veroordeling *uitwisbaar blijft* na verloop van drie jaar.

In de praktijk zal dit er dus op neerkomen dat bij een veroordeling tot zes maanden gevangenisstraf met uitstel gedurende drie jaar en waarbij een nieuw strafbaar feit wordt gepleegd dat aanleiding geeft tot herroeping van ambtswege, deze herroeping slechts zelden effectief zal zijn. De kans is inderdaad zeer groot (behalve indien het nieuwe feit vrij vlug na de veroordeling wordt gepleegd) dat, vooreerst de nieuwe veroordeling in kracht van gewijsde is gegaan, die met uitstel reeds is uitgewist.

Deze analyse leidt ertoe te stellen dat art. 619 Sv. niet verenigbaar is met de regels betreffende de verjaring van de straf, regels die van openbare orde zijn, en tevens indruist tegen de bepalingen van de artikelen 14 en 18 van de wet van 29 juni 1964 op de opschorting, het uitstel en de probatie.

29. Art. 619 Sv. gaat ook totaal voorbij aan de problematiek van de specifieke termijnen voor de bijzondere herha-

ling die voorkomen zowel in het Strafwetboek als in de bijzondere strafwetten.

De wet van 24 februari 1921, gewijzigd bij wet van 9 juli 1975, op de handel in verdovende middelen, stelt een bijzondere herhaling in *gedurende een termijn van vijf jaar*, na een veroordeling wegens overtreding van deze wet. Wanneer de veroordeling gelijk is aan of lager is dan zes maanden, zal de staat van herhaling niet meer kunnen worden ingeroepen wanneer drie jaar zijn verstreken, daar de veroordeling is uitgewist²⁴. Dezelfde opmerking geldt voor de specifieke herhaling bij familieverlating (art. 391bis Sw.).

Men kan zich al inbeelden tot welke toestanden dit in de praktijk aanleiding zal geven! Het is immers zeer goed mogelijk dat op het ogenblik van het opstellen van de vordering of bij de verwijzing door de raadkamer de wettelijke herhaling nog bestaat, maar dat ze niet meer geldt bij de behandeling van de zaak of op het ogenblik van de uitspraak. De rechter zal dus bijzonder attent moeten zijn om geen strafverzwaring toe te passen op basis van een uitgewiste veroordeling.

De uitwissing verhindert tevens de voeging van dossiers m.b.t. de vroegere veroordeling.

30. Ook het begrip «gewoontemisdadiger» lijkt nog moeilijk in overeenstemming te brengen met art. 619 Sv. Volgens art. 23 van de wet van 9 april 1930 zijn gewoontemisdadigers zij die na sedert vijftien jaar ten minste drie misdrijven te hebben gepleegd welke een correctionele gevangenisstraf van ten minste *zes maanden* hebben meegebracht, een aanhoudende neiging tot wetsovertreding blijken te hebben.

Daar de straffen van ten hoogste zes maanden automatisch zijn uitgewist na drie jaar, zal de staat van gewoontemisdadigheid slechts zeer uitzonderlijk kunnen worden ingeroepen, hetgeen dus ook de mogelijkheid van terbeschikkingstelling van de regering beïnvloedt.

31. Een bijzonder ingewikkeld probleem rijst met betrekking tot de veroordelingen die een ontzetting uit het recht tot sturen inhouden.

Ingevolge art. 40 van het K.B. van 16 maart 1968 gaat een verval uit het recht tot sturen dat is uitgesproken als straf, in de vijfde dag na de kennisgeving door het openbaar ministerie aan de veroordeelde. Art. 41 bepaalt evenwel dat de straffen van verval slechts tegelijkertijd worden ondergaan wanneer zij verschillende vervoermiddelen betreffen. Dit betekent dus dat, wanneer de vervallenverklaringen dezelfde categorie voertuigen betreffen, de wet de cumulatie van de vervallenverklaringen oplegt, d.w.z. dat de nieuwe vervallenverklaring pas een aanvang neemt wanneer de vorige ten einde loopt.

Het is dus mogelijk dat de totale effectieve duur van de ontzetting uit het recht tot sturen als gevolg van een pluraliteit van veroordelingen drie jaar overtreft. Kan men daaruit afleiden dat al die veroordelingen (op voorwaarde uiteraard dat ze nog niet zijn uitgewist op het ogenblik dat de veroordeling die de totale duur van de ontzetting boven de drie jaar brengt in kracht van gewijsde gaat) niet vatbaar zijn voor uitwissing?

Een dergelijk systeem bestaat in de wet van 30 april 1962 op de dienstplicht en die van 20 februari 1980 op de gewetensbezwaarden. Het reeds vermelde K.B. van 3 april 1953

²³ Cass., 16 oktober 1906, *Pas.*, 1906, I, 15.

²⁴ Cass., 13 november 1991, nog niet gepubliceerd.

op de slijterijen van gegiste dranken houdt een soortgelijke regeling in. Er bestaat nochtans een groot verschil met de Wegverkeerswet van 1968: in de geciteerde wetteksten wordt uitdrukkelijk bepaald dat de ontzetting het gevolg is van het bereiken van een bepaalde drempel door de cumulatie van de straffen of van een bepaald aantal veroordelingen, terwijl men hier in feite omgekeerd te werk gaat en de ontzettingen gaat cumuleren om dan te besluiten tot de niet-uitwisbaarheid van de straffen.

De vraag is of die handelwijze geen afbreuk doet aan het automatisch karakter van de uitwissing. Het lijkt ons trouwens bijzonder aleatoir een dergelijke interpretatie af te leiden uit art. 41 van de Wegverkeerswet, dat in feite slechts de *uitvoering* van het verval tot sturen betreft.

Mocht deze interpretatie echter wel worden aangenomen, dan kan men zich afvragen of bij analogie andere vervallenverklaringen en ontzettingen eveneens niet moeten worden samengevoegd om de uitwisbaarheid van de veroordelingen te meten.

Tot slot nog een laatste opmerking m.b.t. de ontzettingen uit het recht tot sturen. De rechter kan het herstel in het recht tot sturen afhankelijk maken van het slagen van examens (art. 38 K.B. 16 maart 1968). Heeft dit een invloed op de mogelijkheid tot uitwissing van de veroordeling? Wij zijn van mening dat hierop positief dient te worden geantwoord. Het afleggen van examens kan worden bevolen bij de vervallenverklaring uit het recht tot sturen uitgesproken *als straf*: zolang de betrokkene die examens niet heeft afgelegd, kan hij niet in het recht tot sturen worden hersteld. Men zal dus dienen na te gaan of de examens zijn afgelegd om de uitwisbaarheid te beoordelen; zijn ze niet afgelegd, dan staat men, onzes inziens, voor een vervallenverklaring «waarvan de gevolgen zich over meer dan drie jaar uitstrekken» (tekst van art. 619 Sv.).

32. De praktische moeilijkheden die de toepassing van art. 619 Sv. met zich brengt zijn bijzonder groot.

Het is vooral op het niveau van de uitvoering van de straffen dat een aanpassing vereist zal zijn. Gelet op het automatische en «onstuitbare» karakter van de uitwissing, zal de uitvoering van de veroordelingen behoorlijk moeten worden versneld. Het is dan ook zeer de vraag of bepaalde faciliteiten die voorheen werden toegekend (bv. afbetalingstermijnen voor de boeten) nog zullen kunnen worden toegepast.

Lopende strafuitvoeringen zullen dienen te worden stopgezet; signalementen in het C.S.B. zullen volledig moeten worden herzien en eventueel ingetrokken. Daarenboven zal men bij het opstellen van de nieuwe signalementen rekening moeten houden met de uitgesproken straf: aldus heeft het geen zin, wanneer het gaat om een straf die uitwisbaar wordt na drie jaar, nog de datum van verjaring van de straf te vermelden. Daarentegen zal de datum van uitwissing wel een noodzakelijke aanduiding worden.

Bijzondere aandacht dient te worden besteed aan de toepassing van de collectieve genadebesluiten. Het gevaar bestaat immers dat een veroordeling waarop reeds een collectieve genademaatregel is toegepast na drie jaar is uitgewist, zodat deze gunstmaatregel opnieuw zou worden toegepast op de veroordeelde.

Het spreekt vanzelf dat men geen uitlevering kan vragen op basis van een uitgewiste veroordeling en dat ook rekening

moet worden gehouden met de mogelijkheid tot uitwissing bij de beoordeling van een uitleveringsaanvraag.

Aangezien het voor bepaalde ontzettingen van belang is te weten wat de *effectief uitgesproken straf* is, zal dit duidelijk uit de veroordeling moeten blijken. Een vermelding als «gevangenisstraf van zes maanden met uitstel voor hetgeen de voorhechtenis overtreft» moet derhalve worden vermeden.

Tot slot zal ook ter zitting een grote oplettendheid van het openbaar ministerie in zijn vorderingen en van de rechter in zijn vonnis noodzakelijk zijn, om te vermijden dat op een of andere manier een uitgewiste veroordeling in aanmerking wordt genomen om de strafmaat te bepalen.

III. Herstel in eer en rechten

33. De juridische moeilijkheden m.b.t. het herstel in eer en rechten zijn minder groot dan bij de uitwissing. We zullen ons dan ook hoofdzakelijk beperken tot een bespreking van de essentiële wijzigingen die de nieuwe wet teweegbrengt.

34. Terwijl voorheen de strafmaat geen invloed had op de duur van de proeftijd, worden thans verschillende proeftermijnen bepaald, afhankelijk van de opgelopen straf (art. 626 Sv.).

De minimumduur van de proeftijd bedraagt *drie jaar* voor veroordelingen tot politiestraffen of tot correctionele straffen die een gevangenisstraf van vijf jaar niet te boven gaan.

Voor veroordelingen tot criminele straffen of tot correctionele straffen die een gevangenisstraf van vijf jaar te boven gaan, bedraagt de termijn vijf jaar.

In geval van wettelijke herhaling of terbeschikkingstelling van de regering worden die termijnen respectievelijk gebracht op zes en tien jaar.

Wat «voorwaardelijke veroordelingen» betreft, mag de duur van de proeftermijn niet minder bedragen dan de duur van het uitstel, tenzij deze bij genademaatregel is verminderd. Het is te betreuren dat hier opnieuw de verouderde en verwarrende terminologie van voorwaardelijkheid wordt gebruikt.

Het is evident dat door het terugbrengen van de minimumproeftijd tot drie jaar de onverenigbaarheid met de regels inzake de herhaling enkel maar wordt versterkt, daar ook voor de wettelijke herhaling een termijn van vijf jaar geldt (art. 56, tweede lid, Sw.).

35. De algemene voorwaarden voor de toekenning van het herstel in eer en rechten blijven ongewijzigd: geen eerherstel sedert ten minste tien jaar (art. 621 Sv.), ondergaan van de vrijheidsstraffen en kwijting van de geldstraffen (art. 622 Sv.), voldaan hebben aan de verplichting tot teruggave, schadevergoeding en betaling van de kosten (art. 623 Sv.), vaste verblijfplaats tijdens de proeftijd en blijk van verbetering en goed gedrag (art. 624 Sv.).

Ook de procedure is praktisch onveranderd gebleven. Wel dient erop te worden gewezen dat art. 625 Sv. thans bepaalt dat de proeftijd voortduurt tot de dag waarop het arrest van eerherstel wordt gewezen. Onder gelding van de oude wet duurde de proeftijd tot op het ogenblik van de indiening van de vraag tot eerherstel, hetgeen impliceerde dat de proefperiode langer kon zijn dan de termijn bij de wet bepaald, afhankelijk van het ogenblik waarop verzoeker zijn aanvraag deed.

De wetgever heeft thans de mogelijkheid willen inbouwen om de aanvraag tot eerherstel in te dienen vóór het verstrij-

ken van de proeftermijn, zodat men in feite de tijd uitspaart die om administratieve redenen verloopt tussen de aanvraag en het arrest ²⁵. Art. 628 Sv. werd dan ook aangevuld met een derde lid dat inhoudt dat de aanvraag ten vroegste een jaar vóór het verstrijken van de proeftermijn kan worden ingediend.

36. In principe is het herstel in eer en rechten ondeelbaar. Het Hof van Cassatie had inderdaad aangegeven dat een partieel herstel in eer en rechten in principe uitgesloten was, daar het belang van de veroordeelde erin bestaat een absoluut moreel herstel te horen uitspreken, hetgeen door de maatschappij slechts erkend kan worden wanneer de betrokkene tijdens de proeftijd niet hervalt in andere misdrijven ²⁶.

Op die regel was echter ingevolge de wet van 8 februari 1954 een uitzondering aangebracht, door in art. 627 Sv. een aantal veroordelingen in aanmerking te nemen, opgelopen tijdens de proeftijd, die geen beletsel vormden voor het herstel in eer en rechten.

Dit artikel 627 Sv. wordt opgeheven door de wet van 9 januari 1991, zodat het absoluut karakter van de ondeelbaarheid van het eerherstel is hersteld. De meeste van de veroordelingen vermeld in het art. 627 Sv. zullen als gevolg van de uitbreiding van de gevallen van uitwissing onder de toepassing vallen van art. 619 Sv., hoewel het zou kunnen dat een geldboete van meer dan 500 frank, niet uitgesproken wegens een overtreding van de Wegverkeerswet, uiteindelijk het eerherstel belet, terwijl dit vroeger niet het geval was.

Quid indien op het ogenblik waarop het hof moet beslissen over het herstel in eer en rechten een *uitwisbare maar nog niet uitgewiste veroordeling* bestaat? Een dergelijke veroordeling komt niet in aanmerking voor eerherstel en kan dus ook niet door het arrest van herstel worden beïnvloed. Daarentegen is een dergelijke veroordeling wel een element van appreciatie nopens de verbetering en het goed gedrag van de verzoeker. De wetgever heeft dan ook een derde lid toegevoegd aan art. 624 Sv. dat inhoudt dat het hof oordeelt of een dergelijke veroordeling een beletsel vormt voor het herstel in eer en rechten. Het enkele bestaan van een veroordeling van die aard is dus geen reden van onontvankelijkheid van het verzoek.

IV. Slotbeschouwingen

37. De rechterlijke macht maakt momenteel het voorwerp uit van allerhande aanvallen en kritieken, waarvan

sommige zonder twijfel gefundeerd zijn, maar andere in zeer vele gevallen totaal onterecht zijn.

Men mag dan ook, onzes inziens, niet voorbijgaan aan de belangrijke verantwoordelijkheid van de wetgevende macht in dezen. Men roeit met de riemen waarover men beschikt; magistraten zijn aangewezen op de wetteksten die hun ter beschikking worden gesteld.

In die optiek kan een tekst zoals de wet van 9 januari 1991 alleen maar betreurd worden: we staan hier voor een document dat klaarblijkelijk overhaast tot stand is gebracht en waarbij de meest directe betrokkenen op generlei wijze werden geraadpleegd. Het is onbegrijpelijk dat men niet alleen de enorme praktische moeilijkheden heeft miskend, maar ook de totale onverenigbaarheid van deze wet met een aantal fundamentele gegevens en begrippen uit het strafrecht en het strafprocesrecht niet heeft ingezien. Dit is des te verbazingwekkender omdat de uiteindelijke draagwijdte van de wet tot stand kwam op initiatief van de vertegenwoordiger van de minister van Justitie.

Men kan ook niet genoeg beklemtonen dat het strafrecht en het strafprocesrecht *een geheel* vormen en dat fragmentarische aanpassingen de logica van een heel systeem op de helling zetten.

38. Gelet op de toepassingsmoeilijkheden die zijn uiteengezet, voornamelijk wat de automatische uitwissing betreft, en tevens op het groot aantal uitzonderingen in het leven geroepen door art. 619, tweede lid, Sv., dient men zich af te vragen wat het praktische nut is van deze wet.

Het is dan ook niet ondenkbaar dat deze wet een totaal averechts effect zal hebben. De rechter die de bepalingen met betrekking tot de niet-uitvoering van de korte gevangenisstraffen kent, die thans ook beperkt is ten opzichte van het uitstel en de herroeping ervan, die de uitwisbaarheid van de veroordeling voor ogen heeft, die weet dat er collectieve genadebesluiten verwacht kunnen worden of andere kwijtscheldingen, verminderingen of strafomzettingen, zou geneigd kunnen zijn om hogere straffen uit te spreken.

Zonder dat het met zoveel woorden wordt gezegd, is het duidelijk dat ook aan deze wet de bedoeling mede ten grondslag ligt de penitentiaire overbevolking te doen afnemen. Een dergelijke doelstelling kan evenwel niet worden verwezenlijkt door een geïsoleerde wetswijziging, die in tegenspraak is met een aantal fundamentele rechtsprincipes en die daarenboven op geen enkel vlak structureel wordt ondervangen.

De gevolgen van deze wet gaan veel verder dan hetgeen oorspronkelijk was beoogd. Talleyrand zei het reeds: «On ne va jamais aussi loin que lorsqu'on ne sait pas où l'on va.»

Alain WINANTS

²⁵ *Parl.St., Senaat*, 1990-91, verslag, nr. 905/2, p. 10; *Parl.St., Kamer*, 1990-91, verslag, nr. 1370/2, p. 2.

²⁶ Cass., 14 december 1908, *Pas.*, 1909, I, 51.

DE FISCALE ASPECTEN VAN MUSEUMSPONSORING *

1. Sponsoring houdt in dat ondernemingen financieel bijdragen in de kosten van werking en organisatie van culturele of sportieve instellingen en manifestaties. Aan de basis ervan ligt in juridisch opzicht een overeenkomst, waarvan de inhoud en modaliteiten door de partijen principieel vrij worden bepaald.

Vanuit een juridisch standpunt is sponsoring op het eerste gezicht eigenlijk een zonderling begrip. De onderneming wordt in ons handels- en economisch recht gewoonlijk omschreven als een zelfstandige en duurzame organisatie van menselijke, materiële en immateriële middelen waarmee zowel natuurlijke personen als rechtspersonen goederen en diensten produceren en verdelen tegen betaling van een op rentabiliteit berekende vergoeding. Dit economisch doel van de onderneming maakt het financieren van culturele instellingen en activiteiten niet meteen tot een vanzelfsprekende bezigheid.

In beginsel kan sponsoring uitgaande van een onderneming dan ook nooit worden beschouwd als een onbaatzuchtig gebeuren. De onderneming verwacht van haar inspanningen ten behoeve van de cultuur in het algemeen en ten behoeve van de musea in het bijzonder een grotere naambekendheid, een zekere goodwill bij een bepaald publiek of eenvoudig een reclame voor een of meer van haar producten. Sponsoring zal bijgevolg steeds aan bepaalde commerciële voorwaarden moeten voldoen om vanuit een ondernemingsrechtelijk standpunt aanvaardbaar te zijn.

Met betrekking tot ondernemingen die geëxploiteerd worden door natuurlijke personen, wordt dit alles wellicht niet zo scherp gesteld, omdat de scheiding tussen de privé-sfeer en het professionele leven slechts bestaat in boekhoudkundig en, in zekere mate, in fiscaal opzicht. De natuurlijke persoon heeft civielrechtelijk slechts één ondeelbaar vermogen, waarmee hij binnen de grenzen van de wettelijkheid en de redelijkheid doet wat hij wil. Bij ondernemingen die door vennootschappen worden geëxploiteerd, spelen de bovenstaande overwegingen daarentegen ten volle hun rol. Vennootschappen zijn uitsluitend opgericht om winstgevende activiteiten uit te oefenen; hun vertegenwoordigingsorganen hebben wettelijk niet de bevoegdheid om aan vrijgevigheid te doen. De kritische inzichten van de laatste decennia omtrent de maatschappelijke verantwoordelijkheid van de ondernemingen (arbeidstoestanden, welvaartsschepping, milieu, enzovoort) hebben er wel voor gezorgd dat begrippen als winstgevende activiteit en vrijgevigheid een stuk soepeler worden ingevuld. Maar zij veroorloven beslist niet ondernemingen te zien als dragers en behoeders van de cultuur.

2. Het begrip sponsoring komt in de fiscale wetgeving niet voor en heeft bijgevolg geen vaststaande fiscaal-juridische

betekenis. Het ziet er trouwens ook niet naar uit dat het woord in het dagelijkse spraakgebruik door iedereen in dezelfde betekenis wordt opgevat. Meestal denkt men bij het uitspreken van het woord sponsor aan iemand die de kosten van iets draagt en die daarvan een zekere publiciteit of zelfs alleen maar een persoonlijke voldoening verwacht, al verwijst dat laatste misschien eerder naar het begrip mecenaat. Het lijkt dan ook aangewezen de fiscale gevolgen van zowel sponsoring in de enge zin van het woord als mecenaat onder ogen te zien. De steun van ondernemingen aan culturele instellingen en manifestaties kan ook bestaan in de aankoop van min of meer grote hoeveelheden toegangsbewijzen die dan onder het personeel worden verdeeld. Dergelijke aankopen kunnen worden georganiseerd in de vorm van cultuurcheques. Ofschoon het daarbij zelden om echte sponsoring gaat, lijkt het volledigheidshalve niet onnuttig ook daarvan de fiscale gevolgen in ogenschouw te nemen.

3. Bij de studie van de gevolgen van een verrichting op het vlak van de inkomstenbelastingen moet men meestal twee gezichtspunten onderscheiden. Wat voor de genietter een ontvangst of een inkomensstroom uitmaakt, is voor de financier of betaler een besteding of een kostenstroom. Er moeten bijgevolg steeds twee vragen worden gesteld: die naar de belastbaarheid van de ontvangst en die naar de aftrekbaarheid van de uitgave.

Ter zake van musea kan de eerste vraag snel worden beantwoord. De meeste musea hebben geen afzonderlijke rechtspersoonlijkheid, maar maken deel uit van een gemeente, een provincie of een andere openbare rechtspersoon. De overkoepelende openbare rechtspersoon is onderworpen aan de rechtspersonenbelasting (art. 136, 1°, W.I.B.). Sommige musea worden beheerd door V.Z.W.'s. Ook de V.Z.W.'s die zich niet in hoofdzaak met een exploitatie of met verrichtingen van winstgevende aard bezighouden, zijn slechts aan de rechtspersonenbelasting onderworpen. De grondslag van deze belasting is zeer beperkt (art. 137 W.I.B.) en omvat geenszins de ontvangsten uit sponsoring.

Dit betekent dat nog alleen het fiscaal regime van de sponsor van naderbij moet worden bekeken. Zijn de uitgaven of bestedingen voor museale sponsoring op enigerlei wijze aftrekbaar? Vanuit een fiscaal-juridisch standpunt kan daarbij het best een onderscheid worden gemaakt tussen de materie van de bedrijfsuitgaven of -lasten en die van de mecenaatsgiften.

a. Bedrijfsuitgaven of -lasten

4. Zowel bij natuurlijke personen als bij vennootschappen is het een basisprincipe van het inkomstenbelastingrecht dat de belasting uitsluitend het netto-inkomen of de nettowinst treft. Ter zake van bedrijfsinkomsten is dit principe neergelegd in artikel 44 W.I.B. In beginsel mogen alle lasten die op het bedrijfsinkomen drukken, daarvan worden afgetrokken.

* Tekst van een voordracht gehouden te Gent op 27 april 1992 voor de studiedag «Sponsoring in musea», georganiseerd door de Vlaamse Museumvereniging.

«Aftrekbare bedrijfsuitgaven of -lasten zijn die welke de belastingplichtige tijdens het belastbare tijdperk heeft gedaan of gedragen om de belastbare inkomsten te verkrijgen of te behouden en waarvan hij de echtheid en het bedrag verantwoordt door middel van bewijsstukken of, ingeval zulks niet mogelijk is, door alle andere door het gemeen recht toegelaten bewijsmiddelen, met uitzondering van de eed» (art. 44, eerste lid, W.I.B.).

Deze tekst lijkt op het eerste gezicht eigenlijk niets anders te zijn dan de fiscale vertaling van een elementair bedrijfs-economisch principe: men mag nooit zijn bruto-inkomen beschouwen als werkelijke verrijking. Dat is het gezond verstand zelf. Maar tegelijkertijd houdt de tekst ook beperkingen in. Uitgaven die hun oorzaak niet in de uitoefening van de bedrijfsactiviteit vinden, mogen niet van de bedrijfsinkomsten worden afgetrokken: het gaat dan om privé-uitgaven, giften of zelfs fictieve lasten. Om aftrekbaar te zijn als bedrijfsuitgaven, moeten de uitgaven volgens de rechtspraak van het Hof van Cassatie een noodzakelijk (oorzakelijk) verband vertonen met het bedrijf of, met andere woorden, inherent zijn aan het bedrijf.

Of de uitgaven die een onderneming doet voor museale sponsoring, als bedrijfsuitgaven aftrekbaar zullen zijn, hangt bijgevolg af van de mate waarin zij kunnen worden geacht hun oorzaak te vinden in aan het bedrijf eigen omstandigheden. Dat is een feitenkwestie. Veel hangt af van de bedoeling die de onderneming met haar sponsoringuitgaven nastreeft, van de objectieve mogelijkheid dat die bedoeling überhaupt verwezenlijkt wordt, en van het al dan niet normaal en redelijk bedrag van de uitgaven.

Mocht een onderneming aan sponsoring doen in het uitsluitend belang van een museum, zonder daar zelf enig voordeel uit te halen, dan zou men haar uitgaven als niet-aftrekbare giften moeten beschouwen. Het bestuur kan (en moet) de aftrekbaarheid verwerpen van uitgaven of lasten die door een belastingplichtige zonder adequate tegenprestatie worden gedaan of gedragen in het belang van derden of die niet voor het geheel beantwoorden aan werkelijke prestaties ten behoeve van het bedrijf. Het ligt voor de hand dat zulks ter zake van sponsoring niet de normale gang van zaken is. Normaal streeft een onderneming met haar sponsoring reclame- en publiciteitsdoeleinden na.

Het is precies die doelstelling die de sponsoringuitgaven naar de heersende mening tot aftrekbare bedrijfsuitgaven maakt. Het bestuur aanvaardt hun aftrekbaarheid wanneer zij ertoe kunnen bijdragen de bloei van de zaak van de belastingplichtige te stimuleren, doordat ze aan het bestaan ervan grotere ruchtbaarheid geven en haar activiteiten in een gunstig daglicht stellen bij het publiek. Dit alles moet in feite worden beoordeeld. De belastingplichtige zal moeten aantonen dat zijn naam of die van zijn produkten door de gesponsorde of ter gelegenheid van de gesponsorde manifestatie voldoende voor het voetlicht wordt gebracht. Men kan denken aan vermeldingen op de affiches, in de catalogi, op de toegangsbewijzen, enzovoort.

Voor de aftrekbaarheid is niet vereist dat deze publiciteitscampagne ook effectief zichtbare vruchten afwerpt, zoals bijvoorbeeld een spoedige stijging van het zakencijfer. Het komt het bestuur niet toe over de opportuniteit van bedrijfsuitgaven te oordelen. Uitgaven kunnen niet worden verworpen om de enkele reden dat zij niet het beoogde resultaat hebben bereikt.

Het ligt voor de hand dat de sponsoringuitgaven van de sponsor ook niet de grenzen van het normale en het redelijke te buiten mogen gaan. De wet staat niet toe abnormaal hoge of onredelijke uitgaven als bedrijfsuitgaven af te trekken (artt. 24, derde lid, 44 en 50bis, 2°, W.I.B.). Het gaat natuurlijk weer om een feitenkwestie.

5. Reeds hierboven is erop gewezen dat het begrip sponsoring geen precieze juridische of fiscaal-juridische betekenis heeft. De precieze inhoud ervan hangt in elk afzonderlijk geval geheel af van wat tussen de sponsor en de gesponsorde is overeengekomen.

Zo is het denkbaar dat een onderneming zelf de eigendom van kunstwerken verwerft en deze vervolgens aan een museum in langdurige bruikleen geeft. Het fiscaal stelsel van zulk een handelwijze is minder aantrekkelijk dan dat van de eenvoudige bijdrage in de werkings-, organisatie- en andere kosten van het museum. Sommen die worden besteed aan de verwerving van kunstwerken, zijn fiscaal-juridisch te beschouwen als sommen gebruikt tot uitbreiding van de onderneming en kunnen niet van de belastbare winst worden afgetrokken (art. 22, 4°, W.I.B.). Bovendien wordt meestal aangenomen dat kunstwerken geen beperkte gebruiksduur hebben, niet geleidelijk in waarde verminderen en dus niet kunnen worden afgeschreven. Alleen bij accidentele waardevermindering kan een waardevermindering worden afgetrokken. Ook de onderhouds- en beveiligingskosten die de onderneming op zich neemt, zal men normaal als onmiddellijk aftrekbare bedrijfslasten mogen beschouwen. Ingrijpende restauratiekosten lijken daarentegen weer eerder niet-aftrekbare sommen tot uitbreiding van de onderneming te zijn.

In dit verband kan ook worden gedacht aan het geval waarin een onderneming een gebouw dat haar eigendom is, gratis ter beschikking stelt van een museum. De huur die zij derft, kan niet worden toegevoegd aan de belastbare basis, omdat de wet, behoudens het geval van abnormale of goedgunstige voordelen, geen winst belast, die men niet gemaakt heeft. Gelet op de maatschappelijke rol die ondernemingen heden ten dage geacht worden te vervullen, zou het nogal overtrokken zijn de gratis terbeschikkingstelling van een gebouw aan een museum te beschouwen als iets abnormaals, mits althans zonder bedrog wordt gehandeld. Of de onderneming ook de afschrijvingen en eventuele onderhoudskosten mag blijven aftrekken, is een delicatesse kwestie. Voor de aftrekbaarheid van de afschrijvingen pleit reeds de enkele omstandigheid dat het gebouw deel blijft uitmaken van het bedrijfsvermogen. De aftrekbaarheid van onderhouds- en herstellingskosten die de onderneming nog op zich zou nemen, is verdedigbaar in de mate waarin de gratis terbeschikkingstelling van het gebouw aan het museum publiek bekend is en dus een gunstig effect kan hebben op het imago van de onderneming (zie boven, nr. 4). Het verdient ook nog opmerking dat de gratis terbeschikkingstelling van een gebouw aan een museum geen aanleiding geeft tot enige vrijstelling van de onroerende voorheffing (artt. 8 en 157, 1°, W.I.B.).

6. Ten slotte kan in de sfeer van de bedrijfslasten ook nog melding worden gemaakt van de zogenaamde cultuurcheques. Dit zijn documenten die aan de houder ervan toegang verschaffen tot bepaalde culturele manifestaties. De cultuurcheques worden aangekocht door ondernemingen en gratis verdeeld onder de personeelsleden, die dan tegen afgifte ervan toegang krijgen tot de culturele manifestatie. De

organisatoren van de manifestatie kunnen de binnengekomen cheques dan innen bij de emittent.

Het systeem van de cultuurcheques is er in wezen niet op gericht musea of tentoonstellingen te sponsoren, maar is bedoeld als een fiscaal-vriendelijke beloningstechniek van personeel. Volgens de normale principes zou men de cultuurcheques moeten beschouwen als voordelen van alle aard, die boven op het loon in geld komen en dus voor de genietters belastbaar zijn als bezoldigingen (art. 26, tweede lid, 2°, W.I.B.).

Voor de werkgever zouden ze dan als bedrijfslasten aftrekbaar zijn. Maar in 1980 heeft de wetgever de geringe voordelen behaald uit hoofde of naar aanleiding van gebeurtenissen die niet rechtstreeks in verband staan met de beroepswerkzaamheid, vrijgesteld van belasting als «sociale voordelen» (art. 41, § 4, W.I.B.). In 1986 heeft hij dan de aftrekbaarheid als bedrijfslasten van deze «sociale voordelen» afgeschaft (art. 50, 7°, W.I.B.).

In strijd met de wet heeft het bestuur niettemin een lijst gepubliceerd van sociale voordelen die, ondanks hun vrijstelling bij de werknemer, toch verder als aftrekbare bedrijfslasten zouden worden beschouwd bij de werkgever (B.S., 28 november 1986). In het verlengde daarvan heeft de minister van Financiën in 1989 laten weten dat de prijs van cultuurcheques als bedrijfslast kan worden aanvaard wanneer zij worden uitgereikt overeenkomstig de volgende voorwaarden en begrenzingen:

- cheques met een totale maximumwaarde van 1.000 fr. die aan de personeelsleden worden gegeven ter gelegenheid van ofwel Kerstmis ofwel Nieuwjaar;
- cheques met een totale maximumwaarde van 3.000 frank die aan de betrokken werknemers worden overhandigd bij het uitreiken van een eervolle onderscheiding of ter gelegenheid van hun pensionering;
- de cheques moeten op naam zijn;
- de cultuurcheque moet duidelijk vermelden dat hij slechts kan dienen voor de toegang tot culturele activiteiten met uitzondering van sportieve manifestaties (Parl.Vr., nr. 31 van 9 november 1988, gesteld door senator Lafosse, *Bull. Bel.*, 1989, 1561).

b. Mecenaatsgiften

7. De financiering van musea is bij uitstek een taak van de overheid. Maar elke inbreng van de particuliere sector, die het mogelijk maakt de overheidslasten te verminderen of de door de overheid toegekende middelen aan te vullen, is natuurlijk aardig meegenomen.

Daarom tracht de fiscale wetgever dergelijke particuliere bijdragen te stimuleren. Artikel 71 W.I.B. organiseert een aftrek van de mecenaatsgiften aan diverse instellingen en organisaties, waaronder musea. Het regime verschilt naargelang de giften worden gedaan door natuurlijke personen dan wel door vennootschappen.

8. Natuurlijke personen mogen de giften aan de rijksmusea en, op voorwaarde dat zij voor hun musea worden bestemd, de giften aan de Gemeenschappen, de provincies, de agglomeratie Brussel, de gemeenten, de openbare centra voor maatschappelijk welzijn en de intercommunale openbare centra voor maatschappelijk welzijn aftrekken van hun totaal belastbaar netto-inkomen (art. 71, § 1, 10°, W.I.B.). De giften kunnen gebeuren in geld of in de vorm van kunst-

werken waarvan de internationale faam door de minister van Financiën wordt *erkend* op eensluidend advies van de bevoegde technische commissie bedoeld in de artikelen 7 tot 9 K.B. van 23 augustus 1933, dat betrekking heeft op de Koninklijke Musea voor Schone Kunsten, gewijzigd bij K.B. van 14 september 1934 en 24 december 1934, of van het bevoegde sectiecomité bedoeld in de artikelen 8 en 9 Rg. B. van 15 mei 1949 houdende organiek reglement der Koninklijke Musea voor Kunst en Geschiedenis, al naar gelang de aard van het kunstwerk (art. 71, § 1, a en b, W.I.B.).

De aftrek van giften in de vorm van kunstwerken wordt *aanvaard* na akkoord van de minister van Financiën, op eensluidend advies van een commissie waarvan de Koning de opdracht, de bevoegdheid, de samenstelling en de werking bepaalt (K.B. van 24 augustus 1987, B.S., 3 september 1987) en die, inzonderheid, advies verstrekt over de in aanmerking te nemen geldwaarde; de betrokken belastingplichtige kan, vooraleer hij de schenking doet, van de minister van Financiën de erkenning en de aanvaarding verkrijgen (art. 71, § 3ter, W.I.B.).

Opdat de gift in geld of in de vorm van kunstwerken voor aftrek in aanmerking kan komen, moet de begiftigde een kwitantie daarvoor afgeven en moet de gift een bedrag van ten minste 1.000 frank bereiken (art. 71, § 2, tweede lid, W.I.B.).

Het totaal van de giften – niet alleen aan musea maar ook aan andere instellingen bedoeld in artikel 71, § 1, 4°, 5° en 10°, W.I.B. (universiteiten, academiën, Rode Kruis, enzovoort) – gedaan in een belastbaar tijdperk mag slechts worden afgetrokken tot een beloop van 10 procent van het totale netto-inkomen, zonder 10 miljoen frank te mogen overschrijden (art. 71, § 2, derde lid, W.I.B.). Laatstgenoemd bedrag wordt jaarlijks geïndexeerd (art. 8 Hervormingswet van 7 december 1988) en beloopt voor het aanslagjaar 1993 10.998.000 frank.

De aftrek moet worden gedaan van de inkomsten van het belastbaar tijdperk waarin de giften werkelijk zijn uitbetaald (art. 71, § 2, eerste lid, W.I.B.). De aanrekening gebeurt evenredig op de verschillende bestanddelen van het inkomen (art. 47octies K.B. W.I.B.).

Voor de aftrek op basis van artikel 71 W.I.B. is het helemaal niet vereist dat de gift enig verband houdt met de beroepswerkzaamheid van de schenker. Dat is trouwens de reden waarom men in dit verband gewoonlijk spreekt van mecenaatsgiften, eerder dan van sponsoring.

9. De fiscale wet maakt de aftrekbaarheid van mecenaatsgiften in geld als bedoeld door artikel 71, § 1, 10°, a, W.I.B. ook toepasselijk op vennootschappen (artt. 96 en 110 W.I.B.). De voorwaarden zijn evenwel verschillend van die van natuurlijke personen. Het percentage van 10 en het maximumbedrag van 10 miljoen frank worden bij vennootschappen respectievelijk gebracht op 5 procent en 20 miljoen frank (art. 110, tweede lid, W.I.B.). Dit bedrag van 20 miljoen frank is niet geïndexeerd. Giften in de vorm van kunstwerken zijn blijkens artikel 110, eerste lid, W.I.B. bij vennootschappen niet aftrekbaar.

In dit verband moeten twee bijzondere problemen worden signaleerd. De in artikel 71 W.I.B. bedoelde mecenaatsgiften hoeven volgens de fiscale wet niet hun oorzaak te vinden in aan het bedrijf eigen omstandigheden om aftrekbaar te zijn. Het is m.a.w. niet nodig dat zij, zoals bedrijfslasten, passen in het kader van een publiciteitscampagne. Evenwel

missen de organen van een vennootschap op grond van het vennootschapsrecht de bevoegdheid om aan zuivere vrijgevigheid te doen. Dit bezwaar kan niet worden ondervangen door de overweging dat de fiscale wet met betrekking tot mecenaatsgiften een uitzondering zou maken op de vennootschapsrechtelijke principes. De fiscale wet is op dat punt neutraal. Zij heeft niet toe te laten wat een andere wet zou verbieden. Zij heeft slechts de ambitie te worden toegepast op wat werkelijk gebeurt, ongeacht of het al dan niet toegelaten is. Dit is een aspect van het realiteitsbeginsel in het fiscaal recht. Het voorafgaande probleem van de geoorloofdheid van mecenaatsgiften moet op het vennootschapsrechtelijk vlak worden bekeken. In het licht van de moderne opvattingen omtrent de maatschappelijke rol en verantwoordelijkheid van ondernemingen lijkt de geoorloofdheid van mecenaatsgiften die de grenzen van de redelijkheid niet te buiten gaan, ons perfect verdedigbaar.

Een tweede probleem houdt verband met de regel dat vennootschappen geen aftrekbare giften in de vorm van kunstwerken kunnen doen op grond van artikel 71 W.I.B. (art. 110, eerste lid, W.I.B.). Sluit die regel de aftrekbaarheid van elke gift van kunstwerken uit? Wij menen van niet. Het komt ons voor dat zulk een aftrek nog steeds kan worden verantwoord als bedrijfslast (art. 44 W.I.B.) in het kader van een publiciteitscampagne (zie boven, nrs. 4-5). Men zou kunnen denken aan een onderneming die in het verleden een kunstverzameling heeft aangelegd en die een van de werken met veel publiciteit aan een museum schenkt. Uiteraard zal het weer een feitenkwesie zijn of een dergelijke gift werkelijk en voor het geheel beantwoordt aan een bedrijfslast. Veel zal afhangen van de al of niet redelijke verhouding tussen de waarde van het geschonken kunstwerk, die uit het vermogen van de onderneming verdwijnt, en de publicitaire effecten die van de verrichting kunnen worden verwacht. Dit is gewoon het klassieke probleem van de beoordeling van het bedrag van de bedrijfslasten.

Giften van kunstwerken, die wegens de feitelijke omstandigheden niet kunnen worden geacht voor het geheel werkelijke bedrijfslasten te zijn, zullen fiscaal als volgt worden behandeld. De afboeking van de boekwaarde van het weggegeven kunstwerk in de boekhouding van de onderneming moet als bedrijfslast worden verworpen, omdat en in de

mate waarin zij slechts vrijgevigheid tot uitdrukking brengt. Het verschil tussen de boekwaarde en de prijs die de onderneming in geval van verkoop voor het kunstwerk zou kunnen krijgen, is een potentiële winst waarvan de onderneming afziet. Volgens de klassieke principes bestaat er geen aanleiding om die gemiste winst aan de belastbare basis toe te voegen, tenzij de fiscus kan aantonen dat het hier gaat om een abnormaal voordeel (art. 24, derde lid, W.I.B.). Dat is een feitenkwesie. Gelet op de moderne inzichten omtrent de maatschappelijke rol en verantwoordelijkheid van de ondernemingen, komt het ons voor dat niet te snel mag worden besloten tot het bestaan van een abnormaal voordeel. De gemeenschap heeft er meer belang bij dat een kunstwerk in de collecties van een Belgisch museum wordt opgenomen dan dat het naar het buitenland wordt verkocht en de overheid enkel een eenmalige belastingopbrengst oplevert.

Besluit

10. Het hierboven geschetste overzicht laat zien dat sponsoring en mecenaat nooit de overheidsfinanciering van de werking en uitbouw van onze musea zullen vervangen, laat staan overbodig maken. Nog vóór men over de fiscale gevolgen ervan spreekt, moet men zelfs de vraag stellen naar de vennootschapsrechtelijke geoorloofdheid van sponsoring en mecenaat.

Wij hebben kunnen vaststellen dat sponsoring vennootschapsrechtelijk geoorloofd is in de mate waarin de uitgaven kunnen worden beschouwd als een onderdeel van het publiciteitsbudget van de onderneming. In dezelfde mate zijn die uitgaven dan ook fiscaal aftrekbaar. Om mecenaatsgiften van vennootschappen als geoorloofd te kunnen beschouwen moet men al een beroep doen op de maatschappelijke rol en verantwoordelijkheid van de onderneming.

Dit alles brengt een haast natuurlijke begrenzing van de sponsoringuitgaven en mecenaatsgiften mee. Meer moet men er niet van verwachten. De financiering van musea is en blijft in de eerste plaats de verantwoordelijkheid van de overheid.

S. VAN CROMBRUGGE
U.G. en U.I.A.

RECHTSPRAAK

BENELUX-GERECHTSHOF

15 APRIL 1992

Voorzitter: de h. Martens

Openbaar ministerie: de h. Ten Kate

Advocaten: mrs. Van Staden ten Brinck en De Wijkerslooth

Dwangsom – Art. 1385quinquies en 1385septies – 1. «Rechter die de dwangsom heeft opgelegd» – 2. Hoger beroep

1. Indien de rechter in eerste aanleg aan een of meer door hem uitgesproken hoofdveroordelingen een veroordeling tot betaling van een dwangsom heeft verbonden en vervolgens de rechter in hoger beroep in enigerlei vorm eveneens tot een of meer hoofdveroordelingen en een daaraan verbonden veroordeling tot betaling van een dwangsom komt, heeft als regel de rechter in eerste aanleg te gelden als de «rechter die de dwangsom heeft opgelegd» in de zin van de artt. 4 en 6 van de Een-vormige Beneluxwet betreffende dwangsom.

Dit wordt alleen anders wanneer in het dictum van de beslissing in hoger beroep:

a) uitdrukkelijk is uitgesproken dan wel uit het dictum duidelijk blijkt dat de appelrechter de uitspraak van de rechter in eerste aanleg op het stuk van de hoofdveroordeling waaraan de veroordeling tot betaling van de dwangsom was verbonden, dan wel op het stuk van laatstbedoelde veroordeling geheel of ten dele heeft vernietigd en op een van deze punten een van de uitspraak in eerste aanleg afwijkende beslissing heeft gegeven, in welk geval de rechter in hoger beroep heeft te gelden als de «rechter die de dwangsom heeft opgelegd»; of

b) de appelrechter met instandhouding van de door de rechter in eerste aanleg uitgesproken hoofdveroordeling en de daaraan verbonden dwangsom een nieuwe hoofdveroordeling heeft uitgesproken en daaraan hetzij een nieuwe dwangsom hetzij de reeds door de rechter in eerste aanleg opgelegde dwangsom heeft verbonden, in welk geval de appelrechter ook ten aanzien van de door hem in stand gehouden hoofdveroordeling met de daaraan verbonden dwangsom heeft te gelden als de «rechter die de dwangsom heeft opgelegd».

2. Ingeval de rechter in eerste aanleg moet worden aangemerkt als «de rechter die de dwangsom heeft opgelegd», brengt art. 4 niet mee dat van zijn beslissing tot opheffing, opschorting of vermindering van de dwangsom geen hoger beroep openstaat wanneer volgens algemene regels van nationaal procesrecht daarvan wel hoger beroep openstaat.

W. e.a. t/ N.

Arrest nr. A 91/2

Conclusie van de eerste advocaat-generaal Th. B. ten Kate

1. De Hoge Raad der Nederlanden heeft bij arrest van 19 april 1991, nr. 14.213, *N.J.*, 1991, 629 (JBMV) vragen van uitleg gesteld betreffende art. 4 van de Eenvormige Wet betreffende de Dwangsom behorende bij de desbetreffende Benelux-Overeenkomst van 26 november 1973 (*Trb.*, 1974, 6), welk artikel in de Beneluxlanden overeenkomstig art. 1 van de Overeenkomst letterlijk overgenomen is, in Nederland met name in art. 611d Rv. en in België in art. 1385*quinquies* Ger.W.

2. In art. 4 van de Overeenkomst zijn de bepalingen van de Overeenkomst en de EW ter uitvoering van art. 1, lid 2, van het Verdrag betreffende de instelling en het statuut van uw Hof aangewezen als gemeenschappelijke rechtsregels voor de toepassing van de hoofdstukken III en IV van dat Verdrag.

3. Ingevolge art. 6 van laatst genoemd Verdrag is uw Hof aldus bevoegd van voormelde vragen kennis te nemen en daarop te beslissen.

4. De vragen van uitleg zijn de volgende:

«1. Moet ingeval de rechter in eerste aanleg een dwangsom heeft opgelegd en zijn vonnis op dit punt in hoger beroep al dan niet met wijziging of aanvulling van de veroordeling is bekrachtigd, de rechter in eerste aanleg dan wel de rechter in hoger beroep worden aangemerkt als 'De rechter die een dwangsom heeft opgelegd' als bedoeld in art. 4 van de Eenvormige Wet?

2. Indien de rechter in eerste aanleg als zodanig moet worden aangemerkt, brengt dan art. 4 mee dat slechts deze rechter bevoegd is ter zake van de in dat artikel bedoelde vordering tot opheffing, schorsing of vermindering, in dier voege dat van zijn beslissing geen hoger beroep openstaat,

ook al zou volgens algemene regels van nationaal procesrecht wel hoger beroep openstaan?»

5. Voor de aan deze vragen ten grondslag liggende feiten mag ik verwijzen naar de door de Hoge Raad overeenkomstig art. 6, lid 5, van meergenoemd Verdrag onder 3.3 van zijn arrest gegeven samenvatting. Men zie daarvoor ook de aan het arrest voorafgaande conclusie van de advocaat-generaal mr. Hartkamp.

6. Vooropgesteld mag worden dat niet de strekking van het verdrag is met de dwangsomregeling tevens een desbetreffende procesrechtelijke eenvormige regeling voor de drie landen te treffen.

7. In art. 1 EW wordt dan ook gesproken over «de rechter» waarmee blijkens de Gemeenschappelijke Toelichting aan de Raadgevende Interparlementaire Beneluxraad, 1 juni 1970 (108-1, p. 16; Basisteksten Benelux 4, II, onder «Dwangsom», p. 29) tot uitdrukking is gebracht het mogelijk te maken «de tekst van toepassing te laten zijn op de verschillende gerechtelijke instanties van de drie landen».

8. In art. 4 EW heeft de wetgever evenwel de regel nauwkeuriger opgesteld. Als bevoegde rechter met betrekking tot de in het artikel bedoelde maatregelen wordt aangewezen: «De rechter die een dwangsom heeft opgelegd». «Het blijkt dan ook niet mogelijk», aldus de advocaat-generaal Krings onder 3 (slot) vóór BenGH, 25 september 1986, A 84/5, *N.J.*, 1987, 909 (WHH); *R.W.*, 1986-87, 1333, «die tekst anders uit te leggen dan in die zin dat alleen de rechter die de dwangsom heeft opgelegd, bevoegd is om die veroordeling op te heffen, op te schorten of te verminderen».

9. Dit brengt mee, dat de uitleg van deze regel, die in afwijking van het onder 6 hierboven geformuleerde uitgangspunt in het nationale procesrecht kan ingrijpen, tenslotte aan uw Hof is voorbehouden. Zo ook de advocaat-generaal Krings t.a.p. onder 2-4. In de aangehaalde uitspraak heeft uw Hof dan ook beantwoord vragen van uitleg omtrent de bevoegde rechter, in het geval dat de dwangsom in kort geding is opgelegd. De bevoegde rechter is bij uitsluiting de President die de dwangsom oplegde, en niet de rechter die in de bodemprocedure over een geschil met betrekking tot de executie van het in kort geding gewezen vonnis moet beslissen.

10. Voor wat betreft de eerste te beantwoorden vraag, vermeld onder 4 hierboven, zij vooropgesteld, dat noch de tekst van de EW noch de «parlementaire» behandeling daarvan enig licht werpt, of en – zo ja – welke drijfveer achter de gekozen formulering schuilgaat.

11. Zoals ook uit het in de Gemeenschappelijke Toelichting gegeven historische overzicht blijkt (1977-78, 353, stuk nr. 1, hoofdstuk III, pp. 8-15; Benelux-Basisteksten 4, II, pp. 19-27), heeft het Nederlandse recht goeddeels model gestaan. Vgl. Storme, *T.P.R.*, 1980, 240, nr. 34.

12. In het destijds geldende art. 611b Rv. werd art. 611 Rv. van overeenkomstige toepassing verklaard. Aldus werd de rechter in kort geding bevoegd verklaard op vordering van de veroordeelde te beslissen dat de dwangsom niet of niet verder ten uitvoer zou worden gelegd, in het geval dat de veroordeelde buiten staat was aan de tegen hem uitgesproken veroordeling te voldoen. Vgl. Van Opstall, «De Dwangsom in het Nederlandse Recht», Preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, *Jaarboek 1961-1962*, pp. 145 e.v.

13. Aangezien art. 611 Rv. de kwestie voor de ingrijpende maatregel «gijzeling» regelde, lag het voor de hand dat hier voor een actie door de veroordeelde de voorkeur op een spoedvoorziening gevallen was.

14. Mogelijk is evenwel ook dat de oorspronkelijke eiser zelf behoefte heeft nog eens te doen vaststellen dat de dwangsom inderdaad verbeurd is alvorens tot executiemaatregelen over te gaan. Art. 611b Rv., derde lid (oud), gaf daartoe destijds de gelegenheid. «Hiervan zal wel dezelfde rechter moeten kennis nemen als die voor welke een executiegeschil moet worden gebracht», aldus Van Opstall t.a.p. (zie 12 hierboven), p. 153, «d.w.z. in de regel de rechter die het vonnis wees waarbij de dwangsom werd bepaald, tenzij deze rechter is de kantonrechter, in welk geval men zich tot de Arrondissements-Rechtbank zal hebben te wenden; vgl. de artt. 354 en 435 (inmiddels «oud»; t.K.) Rv. Veelal zal de zaak dus niet voor de President in kort geding kunnen worden gebracht. Mocht de veroordeelde echter tegen de vordering van zijn wederpartij als bedoeld in het derde lid van art. 611b als verweer willen voeren, dat hij buiten staat is aan de veroordeling te voldoen, dan zal hij dat steeds kunnen doen, ook al staat hij niet voor de President in kort geding, de rechter die ingevolge art. 611 anders tot kennisneming van een dergelijke bewering uitsluitend bevoegd is. Het derde lid van art. 611b staat hem dit uitdrukkelijk toe».

15. In het Ontwerp-Meijers voor een NBW kwam de kwestie aan de orde in art. 3.11.5, lid 3.. Hierin werd onder meer bepaald dat, wanneer de nakoming van de verplichting waaraan de dwangsom verbonden was, onmogelijk geworden was, de dwangsom daarna alleen opeisbaar zou zijn indien die onmogelijkheid aan de schuld van de veroordeelde te wijten zou zijn. Zoals in de Gemeenschappelijke Toelichting t.a.p. (zie 11 hierboven), pp. 13/14 resp. Basisteksten, p. 25 is weergegeven, had de Vaste Commissie voor Justitie van de Tweede Kamer bezwaar; zij meende dat juist omgekeerd op de veroordeelde de bewijslast behoorde te rusten dat de onmogelijkheid van de nakoming niet alleen niet door zijn schuld is ontstaan maar ook niet voor zijn risico komt. Vgl. Van Zeben, *Parlementaire Geschiedenis*, NBW, Boek 3, p. 903-904.

16. Het is duidelijk dat bij deze redactie de bevoegde rechter de executierechter zou zijn, waarvoor in het onderhavige verband art. 354 Rv. dat uit art. 472 oude Franse Code de procédure civile is voortgekomen van belang kan zijn, zoals Van Opstall reeds in het hierboven onder 14 opgenomen citaat aantekende.

17. Vermelding verdient hierbij dat het voorgestelde art. 3.11.5 nog een vierde lid kende, waarin – zoals in de Toelichting Meijers (Van Zeben, t.a.p., Boek 3, p. 902) werd gezegd – aan de rechter een matigingsbevoegdheid werd toegekend met betrekking tot dwangsommen die op dat ogenblik nog niet opeisbaar waren. Wat verbeurd is aan dwangsommen, bleef verbeurd.

18. Te zamen nemen van de voormelde leden 3 en 4 en het ter harte nemen van de kritiek van de Vaste Commissie hebben geleid tot een voorgesteld nieuw art. 3.11.5c, dat overeenstemde met art. 4 EW, waarover thans de vragen van uitleg zijn gesteld. Vgl. Van Zeben, t.a.p., Boek 3, p. 907, 908.

19. De in voormeld licht niet onbegrijpelijke aanduiding van de tot wijziging bevoegde rechter luidde: «De rechter die een dwangsom heeft opgelegd.»

20. De motivering van deze keuze zocht de advocaat-generaal Krings in zijn onder 8 hierboven vermelde conclusie onder 5 in het verlengde hiervan: «Er moet bovendien worden gewezen op het feit, dat die rechter beter weet hoe de uitvoering moet gebeuren en of omstandigheden die worden aangevoerd om tot wijziging van de oorspronkelijke beslissing te komen, al dan niet opwegen tegen de redenen die tot de veroordeling tot een dwangsom aanleiding hebben gegeven.»

21. Het is ook deze motivering die voor de wetgever destijds de voorkeur deed bepalen op die rechter als de rechter bij wie een gegeven uitspraak wordt tenuitvoergelegd. Vgl. Van Rossem-Cleveringa I (1972), aant. 2, bij art. 354, p. 903.

22. Omdat art. 354 Rv. met ingang van 1 januari 1992 in het kader van de invoering van het NBW in Nederland zal vervallen ingevolge Wet van 7 mei 1986, *Stb.*, 295, laat ik de tekst daarvan hier volgen:

«1. In geval het vonnis is bekrachtigd, zal hetzelfde ten uitvoer worden gelegd bij den regter die in eersten aanleg heeft uitspraak gedaan.

2. In geval het vonnis is te niet gedaan, hetzij voor het geheel of voor een gedeelte, zal de uitspraak in hoger beroep ten uitvoer gelegd worden bij den regter die dezelfde gewezen heeft, of bij dien welke bij deze uitspraak daartoe zal zijn aangewezen (zoals mede de regel is in cassatie, indien de Hoge Raad ten principale recht heeft gedaan, ingevolge art. 420, lid 2, Rv. dat bij dezelfde wet zal vervallen; t.K.); behoudens...»

23. De tekst van art. 472 (oud) Franse D.d.Pr.C. voeg ik volledigheidshalve toe:

«Si le jugement est confirmé, l'exécution appartiendra au tribunal qui l'a rendu.

Si le jugement est infirmé en totalité, l'exécution entre les mêmes parties appartiendra à la juridiction d'appel.

En cas d'infirmité partielle, la juridiction d'appel pourra soit retenir l'exécution, soit renvoyer au même tribunal composé d'autres juges, si elle l'estime nécessaire, ou à un autre tribunal. Le tout, sauf...». (Art. 570 Nouveau C.d.Pr.C. neemt tot uitgangspunt executie bij de rechter die in eerste aanleg besliste).

24. In het Belgische Gerechtelijk Wetboek, ingevoerd bij Wet van 10 oktober 1967, *Stb.*, 31 oktober 1967, zijn intussen alle geschillen over tenuitvoerlegging van vonnissen en arresten geconcentreerd bij de rechtbank van eerste aanleg (art. 569 onder 5°, en art. 1395). Ook in het per 1 januari 1992 in Nederland in werking tredende nieuwe procesrecht zal dit het geval zijn (art. 438, nieuw Rv.).

25. Tegen de achtergrond dat niet verzekerd is dat in feite dezelfde rechters aanwezig zijn om over de voorgelegde vraag te oordelen, is de onder 20 hierboven gegeven motivering, ofschoon in abstracto aantrekkelijk, in concreto ook niet zo sterk te achten.

26. Uit de aangehaalde artikelen zelf blijkt trouwens de tendens aan een behandeling door de rechter in eerste aanleg de voorkeur te geven, indien de onder 20 hierboven gegeven motivering niet volledig gelding heeft. Immers de tenuitvoerlegging blijft bij de eerste rechter bij een bekrachtiging door de appelrechter, ook al heeft deze de bekrachtiging naar de aard van de appelprocedure uitgesproken na een volledig onderzoek naar de feiten en het toepasselijke recht binnen de rechtsstrijd in appel. Hierin verschilt overigens een bekrachtiging in appel principieel van een verwer-

ping van een cassatieberoep, aan welk verschil in de toelichtingen van weerszijde aan uw Hof (Mr. van Staten ten Brink onder 2.5; De Wijkerslooth onder 2) ten onrechte voorbijgegaan is. Eerst indien de cassatierechter een vernietiging uitspreekt en zelf ten principale recht doet, zoals in Nederland de Hoge Raad kan doen, treedt er een vergelijkbare situatie op. Wanneer de hoogte van de dwangsom niet reeds vaststaat, zal de Hoge Raad echter niet zelf recht doen maar verwijzen.

27. De hierboven vermelde tendens past bij het gezichtspunt de appelrechter, gelet op de aard van het college als zodanig, niet te belasten met de beoordeling en beslissing van bij hem nieuw in te leiden geschillen dan in gevallen waarin dit om bijzondere redenen gewenst is.

28. Naar ik meen dient de eerste vraag van uitleg (zie 4 hierboven) tegen deze achtergrond, waartegen de regeling min of meer tot stand kwam, te worden beantwoord, ook al is het invoeren van de wijzigingsbevoegdheid in beginsel geen executiegeschil (vgl. bijv. Ballon, *R.W.*, 1979-80, 2027, 2028 onder nr. 9.2; Storme, *T.P.R.*, 1980, 233, onder 19), nu het de mogelijke wijziging van de inhoud van de te executeren titel zelf tot object heeft en niet slechts de executie daarvan. Vgl. De Leval en Van Compernelle in *Tien jaar toepassing van de dwangsom* (1991), pp. 266/267 onder nr. 29; Jansen in Kluwers losbladige *Burgerlijke Rechtsvordering*, Boek 2, aant. 1 bij art. 611d (p. 324d), anders echter in aant. 3 bij dat artikel (p. 326b). Vgl. ook 9 hierboven.

29. Het antwoord op de vraag, wie na hoger beroep de rechter is die de dwangsom heeft opgelegd, lijkt mij te zijn: de rechter die het dictum (de titel) formuleerde, waaraan de dwangsom in de te executeren vorm en omvang werd verbonden. Bij een zuivere bekrachtiging blijft deze de rechter in eerste aanleg; bij een herformulering door het Hof in appel is deze rechter het Hof. Laat het Hof het bij een enkele verbetering van het dictum zonder dit te herformuleren, dan zal dit moeten worden opgevat als een bekrachtiging in verbeterde vorm, zodat in het kader van art. 4 EW de eerste rechter de bevoegde rechter blijft.

30. De duidelijkheid in het procesrecht vereist een volledige keuze. Een oplossing dat de eerste rechter en appelrechter elk voor hun deel van het dictum bevoegd zouden zijn, geeft alleen maar problemen, bijv. reeds wanneer de dwangsom in zijn geheel aan elk deel van de opgelegde nakoming verbonden is. De onder 22 en 23 geciteerde artikelen formuleerden daarvoor oplossingen (zoals bijv. de bij de uitspraak aangewezen rechter), die in het kader van de beperkte omschrijving in art. 4 EW m.i. niet tot ontwikkeling kunnen komen.

31. Vgl. over problemen hangende appel nog De Leval en Van Compernelle op de onder 28 aangehaalde plaats, pp. 267/268 onder nr. 30. Zij schijnen in noot 566 de grens meer te trekken in de richting van de appelrechter.

32. Ook voor wat betreft de beantwoording van de tweede vraag van uitleg (zie onder 4 hierboven) geldt het onder 6 en 7 hierboven aangegeven uitgangspunt.

33. In de nationale rechtsstelsels wordt van de mogelijkheid van appel uitgegaan, tenzij de wet haar uitsluit. Vgl. onder meer: Hof van Cassatie, 1 februari 1990, *R.W.*, 1990-91, 392; H.R., 24 november 1989, *N.J.*, 1990, 383 (WHH) met gegevens in mijn voorafgaande conclusie onder 18 en 19; H.R., 3 april 1981, *N.J.*, 1982, 184 met gegevens in mijn voorafgaande conclusie op p. 661 *r.k.*

34. Zoals hierboven bleek, is in art. 4 EW met de gekozen bewoordingen wel aangegeven, wie de rechter is, die in eerste aanleg bevoegd is van een vordering tot wijziging kennis te nemen.

35. Uit de tekst van de eenvormige wet blijkt niet zonder meer — en in de toelichting en verdere parlementaire behandeling is daaromtrent niets te vinden — dat ook de bedoeling voorzat in afwijking van het onder 33 hierboven omschreven beginsel hoger beroep van de beslissing op een gevorderde wijziging uit te sluiten.

36. Wel blijkt uit art. 8 EW (art. 611h Nederlandse Rv.; art. 1385nonies Belgische Ger.W.) dat men geen invloed van de dwangsom heeft gewild op de bepaling van de primaire bevoegdheid van de rechter dan wel van het antwoord op de vraag of een mogelijk bestaande appellabiliteitsgrens is overschreden. Vgl. Gemeenschappelijke Toelichting t.a.p. (zie 11 hierboven), p. 24, *Benelux-Basisteksten*, 4, II onder «Dwangsom», p. 11, 38; Ballon, *R.W.*, 1979-80, 2035, 2036 onder nr. 13.1.

37. De tweede vraag van uitleg dient mitsdien aldus te worden beantwoord dat in art. 4 EW met de aanduiding van de bevoegde rechter in de woorden «De rechter die een dwangsom heeft opgelegd» niet besloten ligt de beoordeling tot die rechter te beperken en appel uit te sluiten, ook indien appel naar de nationale regeling op zichzelf zou openstaan.

38. Het is duidelijk dat — zoals gebruikelijk — in geval van appel de appelrechter moet doen hetgeen naar de mening van deze rechter de als bevoegd in eerste aanleg aangewezen rechter had behoren te doen.

39. In deze zin reeds: Heemskerk in zijn noot 1 onder BenGH, 25 september 1986, A 84/5, *N.J.*, 1987, 909; Ballon, *Dwangsom*, (1980), nrs. 204, 205, p. 73. Tjittes, *WPNR*, 5908 (1989), p. 158 *m.k.* verwijst naar de laatstvermelde plaats.

40. De bij de toelichting voor uw Hof bepleite parallel naar het request-civiel (art. 382 Ned. Rv. e.v.) of herroeping van het gewijsde (art. 1132 Belg. Ger.W. e.v.) zou ik niet willen bijvallen. Bij die regeling gaat het om herstel tegen uitspraken, die beïnvloed zijn door een in het geding gepleegde ernstige oneerlijkheid, in de Nederlandse regeling in beginsel nog steeds beperkt tot uitspraken die in laatste (hoogste) ressort gewezen zijn en die dus reeds om die reden niet meer voor appel vatbaar zijn. Het doorbreken van «gewijsde zaak» wordt in dat verband verder met inachtneming van bijzondere procesvormen toegelaten, waarna — in geval van succes — in de hoofdzak (opnieuw) moet worden voortgeprocedeerd naar de gewone procesregels.

41. In casu gaat het om een wijzigingsbevoegdheid, die verleend is aan de rechter voor het geval dat — veelal later — een onmogelijkheid ontstaan of gebleken is om aan het met dwangsom gezeekerde dictum te voldoen. Het betreft hier een geheel andere regeling, waarvan niet blijkt dat men daarbij het oog heeft gehad op de bedoelde herzieningsregelingen, die in de betrokken landen bovendien nog verschillen. Vgl. 35 hierboven.

De conclusie strekt tot beantwoording van de door de Hoge Raad der Nederlanden gestelde vragen van uitleg in de zin als hierboven onder 29 onderscheidenlijk onder 37 uiteengezet.

Arrest

1. Gezien het arrest van de Hoge Raad der Nederlanden van 19 april 1991 in de zaak nummer 14.213 van 1. Antonie Pieter Wewer, wonende te Doorn, en 2. Stichting Belangenbehartiging Participanten Wynnewood, gevestigd te Doorn, eisers tot cassatie, tegen Willem Nije, wonende te Amsterdam, verweerder in cassatie, bij welk arrest overeenkomstig artikel 6 van het Verdrag betreffende de instelling en het statuut van een Benelux-Gerechtshof aan dit Hof twee vragen van uitleg van de Eenvormige Beneluxwet betreffende de dwangsom zijn gesteld;

Ten aanzien van de feiten

2. Overwegende dat de Hoge Raad de feiten waarop de door het Benelux-Gerechtshof te geven uitleg moet worden toegepast, heeft omschreven als volgt:

Wewer c.s. hebben in een procedure in kort geding voor de President van de Rechtbank te Amsterdam, welke aan de onderhavige procedure is voorafgegaan, een veroordeling verkregen van een aantal gedaagden, onder wie ook Nije, strekkende tot afgifte van onder meer (A) de notulen van de bestuursvergaderingen van de Stichting Wynnewood 1977, de Stichting Wynnewood 1978 en de Stichting Financiering Wynnewood en (F) het concept van de notulen opgesteld door de tweede notulist Verheij van het verhandelende in de participanten-vergadering van 22 november 1985. Het betreffende vonnis is door de President uitgesproken op 16 juli 1987. Aan deze veroordeling is door de President een dwangsom verbonden van f 1.000 voor iedere dag dat de toenmalige gedaagden in gebreke zouden blijven om aan deze veroordeling te voldoen met een maximum van f 100.000.

Het vonnis van de President is, voor zover thans van belang, bekrachtigd bij arrest van het Gerechtshof te Amsterdam van 31 maart 1988, met dien verstande dat dit Gerechtshof ter zake van de voormelde veroordeling heeft overwogen dat deze in verband met het bepaalde in artikel 611d van het Nederlandse Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, zijnde het bepaalde in artikel 4 van voormelde Eenvormige Beneluxwet, telkens aldus moet worden verstaan dat elke veroordeling gold voor die oorspronkelijke gedaagden die niet in de onmogelijkheid verkeerden daaraan te voldoen.

Wewer c.s. hebben het voormelde vonnis van 16 juli 1987 aan Nije doen betekenen. Zij hebben zich op het standpunt gesteld dat Nije in gebreke is gebleven aan de voormelde veroordeling te voldoen en dat hij derhalve de daarop betrekking hebbende dwangsom heeft verbeurd.

Nije heeft daarop de onderhavige op voormeld artikel 611d gegronde vordering ingesteld, eveneens voor de President van de Rechtbank te Amsterdam. Nadat de President de gevraagde voorzieningen had geweigerd, is Nije in hoger beroep gekomen bij het Gerechtshof te Amsterdam. Zijn vordering, zoals in hoger beroep gewijzigd, strekte ertoe – voor zover thans nog van belang – dat de rechter zal vaststellen dat hij in de onmogelijkheid verkeerde aan de veroordeling tot afgifte van de onder (A) en (F) bedoelde stukken te voldoen. Het is deze vordering die door het Hof is toegewezen.

3. Overwegende dat de Hoge Raad de volgende vragen van uitleg van de Eenvormige Beneluxwet betreffende de dwangsom heeft gesteld:

«1) Moet ingeval de rechter in eerste aanleg een dwangsom heeft opgelegd en zijn vonnis op dit punt in hoger beroep al dan niet met wijziging of aanvulling van de veroordeling is bekrachtigd, de rechter in eerste aanleg dan wel de rechter in hoger beroep worden aangemerkt als 'De rechter die een dwangsom heeft opgelegd' als bedoeld in artikel 4 van de Eenvormige Wet?

2) Indien de rechter in eerste aanleg als zodanig moet worden aangemerkt, brengt dan artikel 4 mee dat slechts deze rechter bevoegd is ter zake van de in dat artikel bedoelde vordering tot opheffing, schorsing of vermindering, in dier voege dat van zijn beslissing geen hoger beroep openstaat, ook al zou volgens algemene regels van nationaal procesrecht wel hoger beroep openstaan?»

...

Ten aanzien van het recht Betreffende de eerste vraag

8. Overwegende dat deze vraag ziet op een van de gevallen welke zich voordoen wanneer de rechter in eerste aanleg aan een of meer door hem uitgesproken hoofdveroordelingen een veroordeling tot betaling van een dwangsom heeft verbonden en vervolgens de rechter in hoger beroep in enigerlei vorm eveneens tot een of meer hoofdveroordelingen en een daaraan verbonden veroordeling tot betaling van een dwangsom komt;

9. Overwegende dat in dergelijke gevallen aanleiding bestaat tot twijfel ten aanzien van de vraag wie in de zin van de artikelen 4 of 6 van de Eenvormige wet betreffende de dwangsom heeft te gelden als «de rechter die de dwangsom heeft opgelegd»; de rechter in eerste aanleg dan wel de rechter in hoger beroep;

10. dat deze twijfel zich in die gevallen ook kan voordoen met betrekking tot de vraag wat in de zin van artikel 1, lid 3, van de Eenvormige wet, waarin is bepaald dat de dwangsom niet kan worden verbeurd vóór de betekening van de uitspraak waarbij zij is vastgesteld, heeft te gelden als de uitspraak waarbij de dwangsom is vastgesteld;

11. Overwegende dat noch aan de tekst of de voorgeschiedenis van de wet, noch aan de Gemeenschappelijke Memorie van Toelichting overtuigende argumenten vallen te ontleenen voor een uitleg van de genoemde bepalingen in de ene of de andere zin;

12. dat daarom, mede in verband met het belang dat beide partijen – degene die de veroordelingen heeft verkregen en degene tegen wie zij zijn uitgesproken – erbij hebben dat ter zake zo min mogelijk onzekerheden bestaan en andere geschillen zo veel mogelijk worden voorkomen, die uitleg moet worden aanvaard die het meest tegemoet komt aan het vereiste van eenvoudige hanteerbaarheid en de minste kans biedt op meningsverschillen;

13. dat daartoe in de eerste plaats moet worden aangenomen dat in de onder 8 bedoelde gevallen als regel de rechter in eerste aanleg in de zin van voormelde bepalingen heeft te gelden als de «rechter die de dwangsom heeft opgelegd»;

14. dat zulke alleen dan anders wordt en de rechter in hoger beroep heeft te gelden als «de rechter die de dwangsom heeft opgelegd» wanneer in het dictum van de beslissing in hoger beroep:

A) uitdrukkelijk is uitgesproken dan wel uit het dictum onmiskenbaar duidelijk blijkt dat de appelrechter de uitspraak van de rechter in eerste aanleg op het stuk van de hoofdveroordeling waaraan de veroordeling tot betaling van de dwangsom was verbonden, dan wel op het stuk van laatstbedoelde veroordeling geheel of ten dele heeft vernietigd en op een van deze punten een van de uitspraak in eerste aanleg afwijkende beslissing heeft gegeven; of

B) de appelrechter met instandhouding van de door de rechter in eerste aanleg uitgesproken hoofdveroordeling en de daaraan verbonden dwangsom een nieuwe hoofdveroordeling heeft uitgesproken en daaraan hetzij een nieuwe dwangsom hetzij de reeds door de rechter in eerste aanleg opgelegde dwangsom heeft verbonden;

15. dat voorts, nu aldus het dictum van de appelrechter als beslissend wordt aanvaard:

A) moet worden aangenomen dat in het hierboven in 14 onder B bedoelde geval de appelrechter ook ten aanzien van de door hem in stand gehouden hoofdveroordeling van de rechter in eerste aanleg met de daaraan verbonden dwangsom heeft te gelden als «de rechter die de dwangsom heeft opgelegd»;

B) opmerking verdient dat niet ter zake doet of in de rechtsoverwegingen van de uitspraak in hoger beroep de bekrachtiging of bevestiging van de uitspraak van de eerste rechter op andere gronden wordt gebaseerd, dan wel aan de hoofdveroordeling of aan de dwangsom een andere uitleg wordt gegeven of daarin op enige andere wijze verandering wordt gebracht;

16. dat ten slotte moet worden aangenomen dat in de zin van artikel 1, lid 3, van de Eenvormige wet als «uitspraak waarbij de dwangsom is vastgesteld» heeft te gelden de uitspraak van de rechter die met toepassing van voormelde maatstaven heeft te gelden als «de rechter die de dwangsom heeft opgelegd»;

Betreffende de tweede vraag

17. Overwegende dat noch de tekst of de voorgeschiedenis van de Eenvormige wet noch de Gemeenschappelijke Memorie van Toelichting toelaat aan te nemen dat in de gevallen waarin de rechter in eerste aanleg moet worden aangemerkt als de rechter die de dwangsom heeft opgelegd, van zijn beslissing op een vordering tot opheffing, opschorting of vermindering van de dwangsom geen hoger beroep openstaat wanneer volgens algemene regels van nationaal procesrecht hoger beroep daarvan wel openstaat;

18. dat de tweede vraag dan ook ontkennend moet worden beantwoord;

...

Verklaart voor recht:

24. Ten aanzien van de eerste vraag:

Indien de rechter in eerste aanleg aan een of meer door hem uitgesproken hoofdveroordelingen een veroordeling tot betaling van een dwangsom heeft verbonden en vervolgens de rechter in hoger beroep in enigerlei vorm eveneens tot een of meer hoofdveroordelingen en een daaraan verbonden veroordeling tot betaling van een dwangsom komt, heeft als regel de rechter in eerste aanleg te gelden als de «rechter die de dwangsom heeft opgelegd» in de zin van de artikelen 4 en 6 van de Eenvormige Beneluxwet betreffende de dwangsom; dit wordt alleen anders wanneer in het dictum van de beslissing in hoger beroep:

a) uitdrukkelijk is uitgesproken dan wel uit het dictum onmiskenbaar duidelijk blijkt dat de appelrechter de uitspraak van de rechter in eerste aanleg op het stuk van de hoofdveroordeling waaraan de veroordeling tot betaling van de dwangsom was verbonden, dan wel op het stuk van laatstbedoelde veroordeling geheel of ten dele heeft vernietigd en op een van deze punten een van de uitspraak in eerste aanleg afwijkende beslissing heeft gegeven, in welk geval de rechter in hoger beroep heeft te gelden als de «rechter die de dwangsom heeft opgelegd»; of

b) de appelrechter met instandhouding van de door de rechter in eerste aanleg uitgesproken hoofdveroordeling en de daaraan verbonden dwangsom een nieuwe hoofdveroordeling heeft uitgesproken en daaraan hetzij een nieuwe dwangsom hetzij de reeds door de rechter in eerste aanleg opgelegde dwangsom heeft verbonden, in welk geval de appelrechter ook ten aanzien van de door hem in stand gehouden hoofdveroordeling van de eerste rechter met de daaraan verbonden dwangsom heeft te gelden als «de rechter die de dwangsom heeft opgelegd»;

25. Ten aanzien van de tweede vraag:

Ingeval de rechter in eerste aanleg moet worden aangemerkt als «de rechter die de dwangsom heeft opgelegd», brengt artikel 4 van de Eenvormige wet niet mee dat van zijn beslissing op een vordering tot opheffing, opschorting of vermindering van de dwangsom geen hoger beroep openstaat wanneer volgens algemene regels van nationaal procesrecht daarvan wel hoger beroep openstaat.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 10 JANUARI 1992

Voorzitter: de h. Soetaert, eerste voorzitter

Rapporteur: de h. Rauws

Openbaar ministerie: de h. De Swaef

Advocaten: mrs. Simont en Bützler

Arbeidsongeval — Aansprakelijkheid — Derde — Gedeeltelijke aansprakelijkheid — Arbeidsongevallenverzekeraar — Indeplaatsstelling — Omvang

Wanneer een deel van de door een arbeidsongeval ontstane schade door de schuld van een aansprakelijke derde is veroorzaakt, is de arbeidsongevallenverzekeraar die de wettelijke vergoedingen heeft betaald, tot beloop van het betaalde in de plaats gesteld van de getroffene of zijn rechthebbenden wat betreft hun recht op integrale vergoeding van de schade die hun door de derde is toegebracht, voor zover daarbij het bedrag van de schadeloosstelling die hun krachtens het gemene recht toekomt, niet wordt overschreden. Die subrogatie is niet beperkt tot de fractie van de betaalde wettelijke vergoedingen die gelijk is aan de fractie van de aansprakelijkheid die ten laste van de derde komt.

De Federale Verzekeringen t/ N.V. B.

Conclusie van de advocaat-generaal M. De Swaef

Eiseres is de verzekeraar van N.V. L. tegen arbeidsongevallen. In december 1972 werd een arbeider van L. het slachtoffer van een arbeidsongeval, waarbij hij, ten gevolge van

een fout aan een betonplaat, gefabriceerd door verweerster, zwaar werd gewond.

Tussen partijen werd overeengekomen dat verweerster twee derde van de aansprakelijkheid voor het ongeval draagt.

Eiseres dagvaarde verweerster tot terugbetaling van de vergoedingen die ze als arbeidsongevallenverzekeraar heeft uitgekeerd.

Verweerster meent dat ze, ingevolge de aansprakelijkheidsverdeelsleutel, slechts gehouden is tot terugbetaling van twee derde van de uitgekeerde wettelijke vergoedingen.

Eiseres stelt vast dat de vergoedingen in het gemene recht, berekend op twee derde van de aansprakelijkheid, hoger zijn dan de wettelijke vergoedingen die ze heeft uitgekeerd, zodat ze meent recht te hebben op volledige terugbetaling van laatstgenoemde uitkeringen.

Het vonnis van 15 november 1984 van Rb. Brussel en het bestreden arrest menen dat verweerster enkel gehouden is tot betaling van twee derde der wettelijke vergoedingen, gelet op de aansprakelijkheidsverdeelsleutel.

Het enige middel tot cassatie voert een schending aan van de artt. 46 en 47 Arbeidsongevallenwet en de artt. 1382 en 1383 B.W. De arbeidsongevallenverzekeraar is, aldus eiseres, voor het geheel van de gedane uitkeringen in de rechten van het slachtoffer gesubrogeerd in zoverre dit bedrag de vergoeding in het gemene recht waarop het slachtoffer aanspraak kan maken, niet overtreft en voor zover ten laste van het slachtoffer van het arbeidsongeval geen fout werd vastgesteld, wat door het bestreden arrest niet werd gedaan.

De problematiek die hier aldus aan de orde is gesteld, betreft de gevolgen van de samenloop van de vergoedingsregelingen in het gemene recht en in het arbeidsongevallenrecht t.a.v. de rechten van de arbeidsongevallenverzekeraar in geval van gedeelde aansprakelijkheid. Meer in het bijzonder wordt de vraag gesteld of de rechtsvordering van de arbeidsongevallenverzekeraar kan reiken tot het bedrag dat de derde aansprakelijke in het gemene recht verschuldigd is, dan wel of het integendeel zelf beperkt is tot dat deel van de wettelijke schadevergoeding dat evenredig is met de graad van aansprakelijkheid van die derde.

Art. 19, zesde lid, van de vroegere gecoördineerde wetten op de arbeidsongevallen bepaalde dat de werkgever, (of diens verzekeraar) in geval van gedeeltelijke aansprakelijkheid van een derde, gehouden bleef tot betaling van het deel der wettelijke vergoedingen dat overeenstemde met het aandeel der aansprakelijkheid dat niet ten laste van de derde werd gelegd. Hieruit vloeide voort dat de rechtsvordering van de arbeidsongevallenverzekeraar beperkt bleef tot het gedeelte dat evenredig was met het deel van de aansprakelijkheid dat op de derde werd gelegd (zie Cass., 13 juni 1972, *A.C.*, 1972, 954).

Deze bepaling werd echter niet meer overgenomen in de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971, die te dezen van toepassing is. De wetgever achtte dit toen overbodig, nu de verzekeraar verplicht werd de arbeidsongevallenvergoeding in elk geval onmiddellijk uit te betalen, zodat de gerechtigden de bedragen waarop zij recht hebben, zullen ontvangen (zie Cass., 11 juni 1974, *A.C.*, 1974, 1119, met conclusie adv.-gen., thans proc.-gen. H. Lenaerts).

Terwijl, volgens de vroegere wetgeving, de arbeidsongevallenverzekeraar, schuldenaar van de forfaitaire schade-loosstelling, niet verplicht was die schadeloosstelling te be-

talen aan de getroffen of de rechthebbenden die de moeilijke en soms lange weg van de rechtsvordering volgens het gewone recht hadden gekozen, diende daarentegen sinds de wet van 10 april 1971 de verzekeraar, zonder hiertoe te moeten worden uitgenodigd, de wettelijke vergoedingen te betalen.

Deze formule bood volgens de wetgever van 1971 de volgende voordelen: a) de getroffen van een arbeidsongeval ontvangt onmiddellijk de bedragen waarop hij krachtens de Arbeidsongevallenwet recht heeft; b) de rechter die te oordelen heeft over een eis in het gemene recht zal, zo het slachtoffer de zaak voor hem aanhangig heeft gemaakt, nog slechts schadevergoeding kunnen toekennen voor de schade die niet gedekt is door de arbeidsongevallenwetgeving; c) de verzekeraar zal de nodige maatregelen moeten treffen om op de aansprakelijke het deel waarvoor hij moet instaan, terug te vorderen (memorie van toelichting, *Gedr.St., Senaat*, 1969-70, nr. 328, 27-28).

De wet van 10 april 1971 houdt in art. 46 een ondubbelzinnig cumulatieverbod in waarbij de schadeloosstelling toegekend krachtens de arbeidsongevallenwetgeving, in geen geval kan worden samengevoegd met de schadeloosstelling toegekend krachtens het gemene recht. Hierbij dient eraan te worden herinnerd dat gemeenrechtelijke schadevergoeding en arbeidsongevallenvergoeding, ook al dekken zij dezelfde schade, grondig van elkaar verschillen. De gemeenrechtelijke schadevergoeding heeft immers betrekking op de werkelijk geleden schade die het ongeval heeft veroorzaakt; de arbeidsongevallenvergoeding is een forfaitaire vergoeding.

Nu kunnen luidens art. 46 Wet van 10 april 1971 de getroffen of zijn rechthebbenden de gemeenrechtelijke vordering instellen, maar die vordering is beperkt tot de lichamelijke schade die volgens de Arbeidsongevallenwet niet vergoed wordt, alsmede tot die schade waarvoor volgens diezelfde wet hoe dan ook geen vergoeding kan worden verkregen (zoals morele schade en schade aan goederen).

Het cumulatieverbod heeft aldus twee gevolgen: de voorrang van de Arbeidsongevallenwet enerzijds en het verbod tweemaal vergoeding te verkrijgen voor een zelfde schade-post anderzijds. Het slachtoffer of zijn rechthebbenden mogen zodoende voordeel noch nadeel ondervinden van het specifiek karakter van het ongeval.

Daarnaast kent de Arbeidsongevallenwet in art. 47 aan de arbeidsongevallenverzekeraar een rechtsvordering toe waarbij deze verzekeraar, schuldenaar van de forfaitaire arbeidsongevallenuitkeringen, zijn uitgaven onder bepaalde voorwaarden kan verhalen op de voor het ongeval aansprakelijke derde. Deze vordering kan slechts worden ingesteld in die gevallen waarin ook het slachtoffer van het ongeval (of zijn rechthebbenden) over een burgerlijke vordering beschikken en de verzekeraar kan niet meer rechten doen gelden dan de getroffen zelf (Cass., 30 nov. 1976, *A.G.*, 1977, 367; Cass., 21 maart 1984, *ibid.*, 1983-84, nr. 416; Cass., 17 maart 1987, *A.R.* nr. 377, *ibid.*, 1986-87, nr. 423).

Het regresrecht van de verzekeraar is dus steeds beperkt tot het bedrag dat de derde volgens het gemene recht verschuldigd is. Bovendien kan de vordering van de verzekeraar tegen de aansprakelijke derde niet hoger zijn dan de door hem zelf uitbetaalde forfaitaire schadevergoeding. Deze dubbele grendel is wettelijk vastgelegd (zie Cass., 16 sept.

1985, *A.C.*, 1985-86, nr. 27 met conclusie adv.-gen., thans proc.-gen. H. Lenaerts).

Over de problematiek van de gedeelde aansprakelijkheid van een derde voor het arbeidsongeval, verklaarde de minister van Sociale Voorzorg tijdens de parlementaire besprekingen van de wet van 10 april 1971, dat deze maar gehouden kan zijn tot beloop van het deel van de verantwoordelijkheid dat op hem rust (*Hand., Senaat*, 11 febr. 1971, 887-888).

Deze zienswijze moet worden onderschreven, maar ze dient m.i. als volgt te worden uitgelegd, gelet op het hiervoor aangehaalde verschil tussen de vergoedingen in het gemeene recht enerzijds en de arbeidsongevallenvergoeding anderzijds.

De verdeling van de aansprakelijkheid is onbetwistbaar een gemeenrechtelijk gegeven. Uit deze vaststelling moet worden afgeleid dat bij gedeelde aansprakelijkheid de verdeelsleutel ongetwijfeld dient te worden toegepast op de schadevergoeding, door de aansprakelijke derde verschuldigd in het gemeene recht.

De alzo verrichte beperking zal uiteraard ook eventueel dienen te worden gedragen door de arbeidsongevallenverzekeraar, met name wanneer de wettelijk uitgekeerde arbeidsongevallenvergoeding de aldus gemeenrechtelijk bekende schadevergoeding zou overschrijden. Dit is het gevolg van het subrogatoir karakter van de vordering van de verzekeraar.

Maar verder zou niet mogen worden gegaan. De aansprakelijkheidsverdeelsleutel ook toepassen op de vergoedingen, betaald ingevolge het arbeidsongevallenrecht, zou er immers toe leiden de rechtsvordering van de verzekeraar een tweede maal te verminderen (zie C. Persyn, «Problemen bij de samenloop van vergoedingsregelingen; het gemeene recht, arbeidsongevallen en ziekteverzekering», *R.W.*, 1990-91, 273, nr. 25).

De Arbeidsongevallenwet houdt zulk een beperking trouwens formeel niet (meer) in. Luidens art. 47 treedt de verzekeraar in de rechten welke de getroffene of zijn rechthebbenden hebben tegen de voor het arbeidsongeval aansprakelijke en dat tot beloop van wat hij hun heeft betaald, en van een bedrag gelijk aan het kapitaal dat de door hem verschuldigde waarde van de jaarlijkse vergoeding of rente vertegenwoordigt (Cass., 17 maart 1987, A.R. nr. 377, *A.C.*, 1986-87, nr. 423). Sociaalrechtelijk gezien heeft gedeelde aansprakelijkheid inderdaad geen invloed op de hoegrootheid der forfaitaire vergoedingen.

Van doorslaggevende aard lijkt bovendien de vaststelling, bevestigd door cijfermodellen¹ dat, indien de verzekeraar zijn vordering verder zou moeten beperken tot dat deel van de wettelijke vergoeding door nogmaals rekening te houden met de verdeling der aansprakelijkheid, aan het slachtoffer of zijn rechthebbenden alzo de mogelijkheid wordt geboden om wettelijke en gemeenrechtelijke vergoedingen voor dezelfde schade te cumuleren (zie J. Clesse, «La réparation des accidents du travail et la responsabilité civile», *R.G.A.R.*, 1984, 10797, nrs. 40 en 41; J. Petit, «Schadeloosstelling bij arbeidsongeval», in *Liber amicorum J. Ronse*, 549, nr. 9).

Dat is echter zoals gezegd wettelijk verboden. Vandaar dat de arbeidsongevallenverzekeraar op de aansprakelijke

derde de bedragen die hij heeft betaald, integraal moet kunnen verhalen, zonder dat die derde evenwel tot meer gehouden is dan wat hij naar het gemeene recht bij toepassing van de aansprakelijkheidsverdeling aan de getroffene verschuldigd was indien de arbeidsongevallenverzekeraar niets zou hebben uitgekeerd.

Deze regeling voorkomt tevens dat de aansprakelijke derde zich een onwettig voordeel zou kunnen verschaffen door de schade die hij heeft veroorzaakt, niet integraal te hoeven vergoeden.

Deze zienswijze wijkt af van die welke het Hof heeft ontwikkeld, in zijn arrest van 6 januari 1981 (*A.C.*, 1980-81, nr. 256). Volgens deze beslissing treedt de arbeidsongevallenverzekeraar, wanneer hij verhaal uitoefent op de voor het ongeval aansprakelijke derde, in de rechten van de rechthebbende in evenredigheid met de vastgestelde aansprakelijkheidsverdeling.

Het aldus beperken van de rechtsvordering van de arbeidsongevallenverzekeraar lijkt mij echter zoals reeds aangeduid niet in overeenstemming te kunnen worden gebracht met het bepaalde in de artt. 46 en 47 van de Arbeidsongevallenwet.

Daarbij kan trouwens worden verwezen naar de thans bestaande soortgelijke wettelijke regeling bij de ziekte- en invaliditeitsverzekering. Luidens art. 76quater, § 2, Z.I.V.-wet wordt het ziekenfonds voor het geheel van de betaalde bedragen in de rechten van de verzekerde gesteld die ze kan verhalen op de aansprakelijke derde, ook al is deze maar gedeeltelijk aansprakelijk voor de schade; in dat geval strekt de vordering van de verzekeringsinstelling zich uit tot het geheel van de sommen die de aansprakelijke derde ter vergoeding van de door de wet bedoelde schade verschuldigd is, zonder dat het bedrag van de door haar verleende prestaties mag worden overschreden (Cass., 11 april 1988, A.R. nr. 5851, *A.C.*, 1987-88, nr. 483). De analogie tussen beide stelsels is treffend en de te geven gelijklopende oplossing bij gedeelte aansprakelijkheid dan ook evenzeer gewenst (zie noot V. Lumay, onder Cass., 11 juni 1974, *J.T.T.*, 1974, 231).

Nu te dezen de bestreden beslissing, door de proportionaliteitsvisie niet alleen toe te passen op de schadevergoeding in het gemeene recht maar ook op de rechtsvordering van de arbeidsongevallenverzekeraar, alzo de artt. 46 en 47 Arbeidsongevallenwet schendt, dient de vernietiging ervan hierop te worden uitgesproken.

Cijfermodel

Als gegeven wordt de aansprakelijkheid van een derde voor een arbeidsongeval vastgesteld op twee derde en het slachtoffer ontvangt van de arbeidsongevallenverzekeraar een wettelijke vergoeding van 6.000 fr. De totale schade bedraagt 12.000 fr. De derde is aldus gehouden tot de gemeenrechtelijke schadevergoeding ingevolge toepassing van de aansprakelijkheidsverdeelsleutel: $12.000 \times \frac{2}{3} = 8.000$ fr.

Eerste hypothese: de aansprakelijkheidsverdeelsleutel wordt ook toegepast op de rechtsvordering van de arbeidsongevallenverzekeraar tegen de derde. Deze vordering bedraagt dan maximaal $6.000 \times \frac{2}{3} = 4.000$ fr.

Opdat de aansprakelijke derde tot volledige schadevergoeding zou gehouden zijn (i.c. 8.000 fr.) kan de rechtsvordering van de getroffene of zijn rechthebbenden aldus nog 4.000 fr. bedragen.

¹ Zie cijfermodel.

In dat geval echter zullen het slachtoffer of zijn rechthebbenden de schadevergoedingen kunnen cumuleren (6.000 fr. forfaitaire vergoeding in het kader van de arbeidsongevallenwetgeving en 4.000 fr. van de aansprakelijke derde, dus in totaal 10.000 fr., terwijl wanneer de maximale vergoeding in het gemene recht slechts 8.000 fr. kan belopen).

Houdt men integendeel bij de vordering van het slachtoffer of zijn rechthebbenden rekening met de werkelijk van de arbeidsongevallenverzekeraar ontvangen uitkering, dan kan nog hoogstens 2.000 fr. van de aansprakelijke derde worden gevorderd (8.000 fr. - 6.000 fr. arbeidsongevallenvergoeding : 2.000 fr.). Maar dan zal de aansprakelijke derde niet tot algehele vergoeding overgaan, daar hij slechts 4.000 fr. aan de arbeidsongevallenverzekeraar en 2.000 fr. aan de getroffene of zijn rechthebbenden verschuldigd is, ofschoon hij in totaal tot 8.000 fr. schadevergoeding is gehouden.

Tweede hypothese: er wordt geen toepassing gemaakt van de aansprakelijkheidsverdeelsleutel op de rechtsvordering van de arbeidsongevallenverzekeraar. Deze zal dan van de aansprakelijke derde de volledig door hem aan het slachtoffer uitgekeerde som (6.000 fr.) kunnen terugvorderen, zodat de vordering van de getroffene of zijn rechthebbenden nog 2.000 fr. zal kunnen bedragen. Deze laatsten ontvangen aldus de volledige vergoeding waarop ze recht hebben, (6.000 fr. + 2.000 fr. = 8.000 fr.), terwijl de aansprakelijke derde meteen gehouden is tot algehele vergoeding van het schadebedrag dat hij in het gemene recht overeenkomstig de aansprakelijkheidsverdeelsleutel verschuldigd is (nl. ook 8.000 fr.).

Arrest

Gelet op het bestreden arrest, op 2 mei 1990 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 46 en 47 van de wet van 10 april 1971 betreffende de arbeidsongevallen, als gewijzigd door artikel 5 van de wet van 7 juli 1978, alsook door artikel 95 van de wet van 1 augustus 1985 en artikel 11 van het koninklijk besluit nr. 530 van 31 maart 1987, en van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek,

doordat het arrest het hoger beroep van eiseres onvanke-lijk doch slechts gedeeltelijk gegrond heeft verklaard en dientengevolge de beslissing van de eerste rechter, behoudens de verhoging van het terug te betalen bedrag, in al zijn beschikkingen heeft bevestigd, op grond van de overwegingen dat «inderdaad, de rechten van (eiseres) in haar hoedanigheid van arbeidsongevallenverzekeraar tot die van het slachtoffer beperkt zijn (cf. observ. bij Cass., 3 maart 1969 en 9 november 1976, *Bull.Ass.*, 1969, 381 en 528), zonder dat deze nochtans het bedrag der werkelijk uitgevoerde betalingen mogen overtreffen (Cass., 12 mei 1969, *Pas.*, 1969, I, blz. 830); zoals door B. uitdrukkelijk in haar conclusie wordt erkend, blijktens de door appellante overgelegde bescheiden, haar uitbetalingen 3.968.748 frank bedragen, terwijl partijen overeenkwamen slechts twee derde van de aansprakelijkheid voor het ongeval ten laste van B. — of haar verzekeraar — te laten, zodat B. enkel in die mate gehouden is tot tussenkomst in de door (eiseres) werkelijk gedane uitgaven, d.i. ten belope van 2.645.832 frank, een bedrag waarvan niet is bewezen dat het hoger zou liggen dan de vergoedingen waarop het slachtoffer naar gemeen recht aanspraak had kunnen maken; in geval van aansprakelijkheidsverdeling, de

verzekeringinstelling slechts gerechtigd is een met die verdeling overeenstemmend deel dat ten laste van haar verzekerde is, van de door haar verrichte uitkeringen terug te vorderen (Cass., 11 juni 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 1119), principe daarna nog bevestigd door ons Hoogste Hof (Cass., 1 juni 1976, *R.W.*, 1976-77, 528) volgens hetwelk immers «de verzekeringsinstelling gehouden blijft tot de uitbetaling van het gedeelte dat evenredig is met het deel van de aansprakelijkheid dat niet op de derde berust»; bijgevolg en mutatis mutandis, (eiseres) verkeerdelijk meent, in haar hoedanigheid van gesubrogeerde arbeidsongevallenverzekeraar recht te hebben op betaling van de totaliteit van haar uitkeringen ten laste van B., niettegenstaande deze laatste slechts voor twee derde aansprakelijk is; een dergelijke thesis immers noch in de wet noch in enig rechtsprincipe steun vindt, terwijl appellante zich ten deze beroept — zonder de minste commentaar en argumentatie trouwens — op rechtsleer en rechtspraak die in de feiten en gegevens van het onderhavige geding geen toepassing vinden en appellantes versie dan ook geenszins beamen, wel integendeel; zoals reeds aangestipt, B. of haar verzekeraar onder alle voorbehoud en zonder enige nadelige erkenning in totaal twee miljoen frank aan appellante heeft betaald, zodat laatstgenoemde nog enkel op een saldo van 645.832 frank aanspraak kan maken; betreffende de hoegrootheid van de vergoeding, appellante op 1 februari 1977 door de arbeidsrechtbank werd veroordeeld — na expertise van dr. V., die onder andere de consolidatiedatum op 1 januari 1975 vaststelde, evenals een blijvende gedeeltelijke invaliditeit van 85% — om aan het slachtoffer de wettelijke forfaitaire toelagen en vergoedingen uit te betalen op grond van voormelde deskundige bestatigingen; het slachtoffer een forfaitaire vergoeding heeft verkozen en er geen enkele vordering tot herziening van laatstvermelde beslissing binnen de wettelijke termijn is ingesteld; zoals reeds supra herhaald en in het aangevochten vonnis aangestipt, partijen overeenkwamen de aansprakelijkheid van B. tot twee derde te begrenzen en tevens de besluiten van de gerechtelijke deskundige hebben aanvaard,

terwijl artikel 47 van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971, gewijzigd door de wetten van 7 juli 1978 (*B.S.*, 12 oktober 1978), van 1 augustus 1985 (*B.S.*, 6 augustus 1985) en het koninklijk besluit nr. 530 van 31 maart 1987 (*B.S.*, 16 april 1987) bepaalt: «De verzekeraar en het Fonds voor Arbeidsongevallen kunnen een rechtsvordering instellen tegen de voor het arbeidsongeval aansprakelijke tot beloop van de krachtens artikel 46, § 2, eerste lid, gedane uitkeringen, de ermee overeenstemmende kapitalen, alsmede de bedragen en kapitalen bedoeld bij de artikelen 51bis en 59quinquies. Zij kunnen de burgerlijke vordering instellen op dezelfde wijze als het slachtoffer of zijn rechthebbenden en worden gesubrogeerd in de rechten die de getroffene of zijn rechthebbenden bij niet-vergoeding overeenkomstig artikel 46, § 2, eerste lid, krachtens het gemene recht hadden kunnen uitoefenen; de wetswijzigingen geen afbreuk deden aan de omvang van het subrogatierecht van de arbeidsongevallenverzekeraar zoals het in de oorspronkelijke versie van dit artikel 47 werd geformuleerd en dat als volgt luidde: «De verzekeraar en het Fonds voor Arbeidsongevallen kunnen de rechtsvordering waarvan sprake in artikel 46, § 1, op eigen risico instellen. Zij treden alsdan in de rechten welke de getroffene of zijn rechthebbenden hebben tegen de voor het arbeidsongeval aansprakelijke, tot beloop van wat zij kun-

nen hebben betaald en van een bedrag gelijk aan het kapitaal dat de door hen verschuldigde waarde van de jaarlijkse vergoeding of rente vertegenwoordigt»;

en terwijl dit artikel 47 van de Arbeidsongevallenwet inhoudt dat in geval van samenlopende fouten of oorzaken van een arbeidsongeval, zoals in casu door partijen in de vorm van een gedeeltelijke aansprakelijkheid ten laste van verweerster werd aangenomen en door de feitenrechters is vastgesteld, de indeplaatsstelling van de arbeidsongevallenverzekeraar enerzijds geldt tot beloop van de gevestigde of betaalde kapitalen of uitkeringen, zonder dat het aandeel van het slachtoffer, van een derde of van een andere oorzaak in het tot stand komen van de schade, op deze kapitalen of uitkeringen dient te worden aangerekend, doch anderzijds beperkt is tot het bedrag waarop de rechthebbende naar gemeen recht aanspraak zou kunnen maken ;

en terwijl schade die het gevolg is van meerdere oorzaken, het slachtoffer ervan de mogelijkheid geeft de volledige aansprakelijkheid ten laste te leggen van elk rechtssubject waaraan een der oorzaken toerekenbaar is, behalve wanneer het slachtoffer door een persoonlijke fout zijn schade mee heeft veroorzaakt en tot een ten aanzien van het slachtoffer gedeelde aansprakelijkheid is te besluiten; de uitbetaling, krachtens de Arbeidsongevallenwet, door de arbeidsongevallenverzekeraar aan het slachtoffer van de forfaitaire vergoedingen, enkel de verhouding tussen de werkgever, de arbeidsongevallenverzekeraar en de werknemer betreft en de arbeidsongevallenverzekeraar, overeenkomstig de artikelen 46 en 47 van de Arbeidsongevallenwet, voor het geheel van de gedane uitkeringen in de rechten van het slachtoffer gesubrogeerd is in de mate waarin dit bedrag de vergoeding naar gemeen recht waarop het slachtoffer aanspraak kan maken, niet overtreft, wat, volgens dit arrest, in casu niet het geval was, en in de mate waarin ten laste van het slachtoffer van het arbeidsongeval geen fout werd vastgesteld, wat door het bestreden arrest evenmin is gedaan, zodat het hof van beroep door in strijd met die rechtsregels te beslissen dat het verhaal van eiseres op verweerster slechts kon worden uitgeoefend in de mate van de ten aanzien van verweerster vastgestelde aansprakelijkheidsverdeling, zonder die in verband te brengen met een eventuele fout van het slachtoffer, de artikelen 46 en 47 van de wet van 10 april 1971 betreffende de arbeidsongevallen, als gewijzigd door de wetten van 7 juli 1978, 1 augustus 1985 en het koninklijk besluit nr. 530 van 31 maart 1987 en de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek heeft geschonden :

Overwegende dat artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek diegene die door zijn schuld aan een ander schade berokkent, verplicht die schade integraal te vergoeden, wat impliceert dat de gelaedeerde teruggeplaatst wordt in de toestand waarin hij zich zou hebben bevonden indien de onrechtmatige daad niet was begaan ; dat wanneer, zoals te dezen, een schade slechts voor een deel door de schuld van de pleger van een onrechtmatige daad is veroorzaakt, deze het deel van de schade dat door zijn schuld is veroorzaakt integraal moet vergoeden ;

Overwegende dat de vordering die de arbeidsongevallenverzekeraar ingevolge de artikelen 46 en 47 van de Arbeidsongevallenwet kan instellen tegen de derde die voor een arbeidsongeval aansprakelijk is, berust op een indeplaatsstelling waardoor de schuldvordering zelf van de getroffene of

van diens rechthebbenden uit hun vermogen overgaat naar de verzekeraar tot beloop van de door deze betaalde vergoedingen en van het kapitaal dat de door hem verschuldigde waarde van de jaarlijkse vergoedingen of renten vertegenwoordigt ;

Overwegende dat uit de artikelen 1382 van het Burgerlijk Wetboek junctis 46 en 47 van de Arbeidsongevallenwet volgt dat, wanneer een deel van de door een arbeidsongeval ontstane schade door de schuld van een aansprakelijke derde is veroorzaakt, de arbeidsongevallenverzekeraar die aan de getroffene of zijn rechthebbenden de wettelijke vergoedingen heeft betaald, en aldus de door de derde berokkende schade geheel of gedeeltelijk heeft vergoed, tot beloop van het betaalde in de plaats is gesteld van de getroffene of zijn rechthebbenden wat betreft hun recht op integrale vergoeding van de schade die hun door de derde is toegebracht, voor zover daarbij het bedrag van de schadeloosstelling die hun krachtens het gemene recht toekomt, niet wordt overschreden ;

Dat die subrogatie niet beperkt is tot de fractie van de betaalde wettelijke vergoedingen die gelijk is aan de fractie van de aansprakelijkheid die ten laste van de derde komt ; dat het beperken van het subrogatierecht van de arbeidsongevallenverzekeraar tot die fractie, hetzij de getroffene of zijn rechthebbenden, in strijd met het in artikel 46 van de Arbeidsongevallenwet bepaalde, de mogelijkheid zou kunnen bieden om wettelijke en gemeenrechtelijke vergoedingen voor dezelfde schade te cumuleren, hetzij de aansprakelijke derde de mogelijkheid zou bieden om zich een onwettig voordeel te verschaffen doordat hij de schade die hij heeft veroorzaakt, niet integraal vergoedt ;

Overwegende dat het arrest derhalve de artikelen 1382 van het Burgerlijk Wetboek en 46 en 47 van de Arbeidsongevallenwet schendt door de subrogatoire vordering van eiseres tegen verweerster te beperken tot twee derde van de door eiseres aan de getroffene betaalde wettelijke vergoedingen, op de enkele grond dat verweerster slechts voor twee derde aansprakelijk is voor de ontstane schade ;

Dat het middel in zoverre gegrond is ;

...

NOOT – Het arrest is in voltallige zitting van de eerste kamer gewezen.

HOF VAN BEROEP TE GENT

13e KAMER – 9 APRIL 1990

Voorzitter : de h. Castermans

Advocaten : mrs. Tillekaerts en De Troyer

Concubinaat – Concubinaatsvermogen – Verdeling

De vermogensrechtelijke verhoudingen tussen concubinerenden worden beheerst door het gemene recht. Het concubinaat doet geen maatschap ontstaan, evenmin ontstaat een feitelijke huwelijksgemeenschap. Elke partner behoudt het exclusieve eigendomsrecht over de goederen die hij vóór het ontstaan van het concubinaat bezat of die hij tijdens het samenleven persoonlijk heeft verworven.

De C. t/ De T.

2. De appellant stelt dat hij vanaf oktober 1980 samenleefde met de geïntimeerde in haar woning en dat hij door haar aan de deur werd gezet einde 1982. Zijn vordering strekt ertoe teruggave te krijgen van de meubelen en andere roerende goederen die hij aanbracht, subsidiair te horen zeggen dat hij voor de helft medeëigenaar is van de beschreven goederen en een notaris te horen aanstellen om over te gaan tot de vereffening en verdeling.

De eerste rechter oordeelde dat de vordering gebaseerd was op een overspelig concubinaat en wees de vordering af als ongegrond.

3. Uit de overgelegde stukken blijkt dat de appellant bij vonnis van de Correctionele Rechtbank te Dendermonde van 21 januari 1982 veroordeeld werd wegens overspel gepleegd met de geïntimeerde, meermaals in de periode van 1 november 1980 tot 2 oktober 1981. Uit het strafdossier blijkt dat de geïntimeerde bij haar verhoor op 2 oktober 1981 verklaarde dat zij de appellant sinds drie jaar kende, dat die persoon bij haar woonde, dat zij met hem samenleefde als man en vrouw, dat zij hetzelfde bed deelden en geslachtsomgang met elkaar hadden.

Uit voormelde gegevens blijkt voldoende dat de partijen een tijd lang hebben samengeleefd terwijl de geïntimeerde niet betwist dat zij de appellant aan de deur gezet heeft, volgens haar in april 1982. Er mag aangenomen worden dat er werkelijk een leefgemeenschap heeft bestaan. Het wordt ook niet betwist dat de appellant tijdens dit samenleven nog steeds gehuwd was, terwijl de geïntimeerde uit de echt gescheiden is sinds 9 maart 1981.

4. De wetgever erkent het concubinaat als dusdanig niet. Behoudens enkele bepalingen, hoofdzakelijk in het sociale zekerheidsrecht, bevat de Belgische wetgeving geen algemene regeling van het concubinaat. Het wordt nergens verboden maar het wordt evenmin uitdrukkelijk erkend als bron van specifieke rechtsverhoudingen.

Het eenvoudig concubinaat wordt sinds geruime tijd door rechtsleer en rechtspraak niet langer in strijd geacht met de openbare orde of met de goede zeden.

Hoewel de verhouding tussen een gehuwde persoon met een andere dan zijn wettige partner weliswaar een ongeoorloofd karakter heeft, daar die verhouding indruist tegen de plicht van getrouwheid die binnen het huwelijk geldt, dient aangenomen te worden dat het gaat om een betrekkelijke ongeoorloofde situatie, in die zin dat alleen de beledigde echtgenoot zich op het ongeoorloofde karakter ervan kan beroepen. Samenlevingsovereenkomsten tussen concubinerenden moeten als geldig worden beschouwd voor zover zij binnen de perken van het gemene recht blijven en met dit voorbehoud dat de echtgenoot van de gehuwde concubijn – en hij alleen – zich op het ongeoorloofde karakter van het overspelig concubinaat kan beroepen (P. Senaev, *Samenlevingsovereenkomsten*, Post-universitaire lessencyclus W. Delva 1989/90, nrs. 18 en 19; vergelijk Cass., 1 februari 1989, R.W., 1989-90, 83).

5. De vermogensverhoudingen van concubinerenden, die daarover niet bijzonder gecontracteerd hebben, zijn niet die van vennoten in een vennootschap. Zij betreffen evenmin een feitelijke huwelijksgemeenschap. Die verhoudingen moeten beoordeeld worden overeenkomstig de regels van het gemene recht. Elke partner behoudt het exclusieve ei-

gendomsrecht over de goederen die hij vóór de aanvang van het concubinaat bezat of die hij persoonlijk om baat of om niet tijdens het samenleven heeft verkregen. De geïntimeerde kan zich niet beroepen op artikel 2271 B.W. nu haar bezit niet als ondubbelzinnig aanvaard kan worden. Goederen die samen werden gekocht of door één van hen in gemeenschappelijke naam, vallen in een conventionele onverdeeldheid die aanleiding kan geven tot toepassing van artikel 815 B.W.

6. Het is niet bewezen dat de geïntimeerde tijdens het samenwonen van partijen over geen eigen inkomsten kon beschikken. Het bewijs wordt geleverd dat haar een onderhoudsgeld van 60.000 frank per maand werd uitbetaald. De appellant geeft verder toe dat zijn vriendin bij hem werkte en hem behulpzaam was in zijn beroepspraktijk, zodat zij ook gerechtigd was hiervoor een persoonlijke vergoeding te ontvangen.

In acht genomen de door de partijen overgelegde stukken en de gegevens van de overgelegde geseponeerde strafinformatie en aan de hand van de toen opgestelde lijst van de door de appellant gerevindiceerde goederen, dient vastgesteld te worden:

- dat de factuur van aankoop van de goederen sub 1 tot 5 de naam van beide partijen vermeldt. Hoewel niet betwist wordt dat de appellant de koopprijs heeft betaald, bewijst de geïntimeerde dat zij enkele dagen later die koopprijs via de bank aan haar partner terugbetaalde, zodat die goederen als persoonlijke goederen van de geïntimeerde dienen te worden aangemerkt;

- dat ook de goederen sub 21 tot 24 door de geïntimeerde werden gekocht en aan haar werden geleverd. De appellant betwist niet dat de geïntimeerde betaald heeft. Een kwitantie voor een deel van die goederen staat op naam van de geïntimeerde. De appellant bewijst niet dat hij die aankopen voor zijn rekening heeft genomen. Die goederen blijven eigendom van de geïntimeerde;

- dat de goederen sub 7 tot 11 tijdens het samenleven aangekocht werden doch het bewijs van de exclusieve eigendom van één der partijen niet wordt geleverd zodat zij tot de onverdeeldheid behoren;

- dat het afdoende bewezen voorkomt dat de goederen sub 6, 13, 20, 34 en 35 persoonlijke eigendom zijn van de appellant als persoonlijk door hem gekocht tijdens het samenleven of als hem voordien reeds in eigendom toebehoorend, zodat zijn vordering tot afgifte van die goederen gerechtvaardigd voorkomt;

- dat de goederen sub 14, 17, 18, 19 en 26 tot 33 bij de inbeslagneming door de rijkswacht bij de geïntimeerde niet teruggevonden werden en het bewijs niet is geleverd dat ze zich bij haar hebben bevonden bij het einde van het samenwonen en door haar werden verduisterd;

- dat, wat betreft de goederen sub 12, 15, 16 en 25, het eigendomsrecht van partijen of van één van hen hic et nunc niet bewezen voorkomt, zo o.m. de herkomst van het speelfteltje, van de door de appellant teruggevorderde vazen en van het opdientafteltje, en de partijen behoren hun beweringen en aanspraken verder te bewijzen voor de notaris die gelast wordt over te gaan tot de vereffening en verdeling van de onverdeeldheid die tussen partijen heeft bestaan.

ARRONDISSEMENTSRECHTBANK TE ANTWERPEN

11 FEBRUARI 1992

Voorzitter: de h. Van Wijmeersch

Rechters: de hh. Kiebooms en Vermunicht

Openbaar ministerie: de h. Van Hemel

Advocaat: mr. Bruneel

Bevoegdheid en aanleg – 1. Materiële bevoegdheid – Vordering betreffende een kredietovereenkomst (art. 591, 21°, Ger.W.) – Geen exclusieve, doch louter bijzondere bevoegdheid van de rechter – 2. Territoriale bevoegdheid – Omschrijving van de vordering in de dagvaarding

1. In beginsel is voor de rechtbank van eerste aanleg de exceptie van onbevoegdheid *ratione materiae* niet van openbare orde; zij kan niet van ambtswege worden opgeworpen.

Dat is het geval t.a.v. de bevoegdheid van de vrederechter i.v.m. vorderingen betreffende een kredietovereenkomst (art. 591, 21°, Ger.W.): die bevoegdheid is geen «uitsluitende», maar een bijzondere of specifieke bevoegdheid.

2. Ingevolge art. 628, 8°, Ger.W. is de rechter van de woonplaats van de consument bevoegd voor een vordering betreffende een kredietovereenkomst geregeld bij de wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet.

Om uit te maken of de vordering op zodanige overeenkomst betrekking heeft, kan geen rekening gehouden worden met gegevens waarvan geen melding is gemaakt in de dagvaarding.

G.c.v. L. t/ M.

Partijen hebben de bevoegdheid van de rechtbank van eerste aanleg niet betwist; de rechtbank heeft van ambtswege zijn bevoegdheid, zowel de volstreckte als de territoriale, ter discussie gesteld.

1. Wat de volstreckte bevoegdheid betreft

In beginsel is voor de rechtbank van eerste aanleg de exceptie van onbevoegdheid *ratione materiae* niet van openbare orde; zij kan niet van ambtswege worden opgeworpen (Fettweis, *Bevoegdheid*, deel II, Handboek voor Gerechtelijk Recht, nr. 76 en 77; Cass., 12 oktober 1978, met noot J. Laenens, *R.W.*, 1978-79, 2811; J. Laenens, *Gerechtelijk Recht*, Artikelsgewijze commentaar onder art. 568 Ger.W.);

Uitzondering op die regel bestaat enkel voor het geval van «uitsluitende» bevoegdheid die toegewezen is aan een bepaalde rechter of gerecht.

De bevoegdheid aan de vrederechter verleend door art. 591, 21°, Ger.W. is wel een bijzondere of specifieke bevoegdheid, doch kan niet aangemerkt worden als een «uitsluitende» bevoegdheid van de vrederechter (zie o.m. *Droit judiciaire privé*, van Fettweis, Kohl en De Leval, deel I, 1980, nrs. 36 en 37).

2. Wat de territoriale bevoegdheid betreft

Artikel 628, 8°, Ger.W. bepaalt dat de rechter van de woonplaats van de consument bevoegd is wanneer het gaat om een vordering betreffende een kredietovereenkomst geregeld bij de wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet (art. 114, § 4).

Eisende partij stelt evenwel thans in haar conclusie voor de arrondissementsrechtbank dat de financiehuur betrekking heeft op bedrijfsmateriaal voor bedrijfsdoeleinden, en dus niet onderworpen is aan voormelde wet; zij verwijst naar de overeenkomst die zij overlegt.

Op grond van de thans verstrekte gegevens, kan de stelling van eisende partij onderschreven worden; er dient evenwel opgemerkt te worden dat er van die specifieke gegevens geen melding is gemaakt in de dagvaarding.

De zaak dient aldus terugverwezen te worden naar de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen.

VREDEGERECHT TE SINT-NIKLAAS

1e KANTON – 14 JANUARI 1991

Rechter: de h. Van Gysel

Advocaten: mrs. Van Keer en Van Buynder

Overeenkomst – Retentierecht – Schuldvordering zeker en opeisbaar – Uitvoering te goeder trouw – Garagehouder – Achterhouden van voertuig bij weigering van de klant de kostprijs van de herstelling te betalen.

Om aanleiding te kunnen geven tot het uitoefenen van het retentierecht, moet de schuldvordering van de retentor zeker en opeisbaar zijn.

Om het retentierecht te kunnen uitoefenen is ook goede trouw van de retentor vereist. In dit geval had een garagehouder, die na de demontage van de achteras van een wagen vaststelde dat die as was gebroken als gevolg van abnormale slijtage, de klant hiervan in kennis moeten stellen alvorens tot herstelling over te gaan. Op dat ogenblik had de cliënt kunnen instemmen met het verval van de herstellingswaarborg of hadden de partijen of een van hen een deskundigenonderzoek kunnen uitlokken.

B. t/ Van D.

1. De eiser heeft op 16 januari 1990 van de verweerder een personenwagen Mercedes gekocht, volgens factuur nummer 36.190 en dit voor een bedrag van 375.000 frank. De wagen is van 1986. Het is niet betwist dat de eiser een jaar waarborg geniet op de motor, achteras en versnellingsbak.

Begin december 1990 heeft de eiser een defect aan de wagen, die achteraan is weggezaakt. De verweerder komt de wagen wegslepen en herstelt ook met tweedehandsstukken.

Wanneer de eiser zich op 7 december 1990 in de garage aanmeldt, om zijn wagen af te halen, vraagt verweerder eerst betaling van de factuur. De eiser weigert zulks, omdat hij van oordeel is dat de wagen onder garantie had dienen te worden hersteld.

Volgens de verweerder diende niet onder garantie hersteld te worden, omdat de breuk het gevolg zou geweest zijn van een te zware belasting van de wagen.

De eiser is dan onverrichterzake huiswaarts gegaan en heeft contact opgenomen met een raadsman, die de verweerder op 10 december 1990 aanmaande de wagen onmiddellijk ter beschikking van de eiser te stellen.

Met een brief van 11 december 1990 wordt door de raadsman van de verweerder geantwoord, dat slechts afgifte van

de wagen zal geschieden na betaling van de herstelkosten. Deze belopen 29.335 frank volgens een factuur van 5 december 1990;

Daarop heeft de eiser zich dan genoodzaakt gezien de verweerder te dagvaarden met een gezegeld exploit van 24 december 1990 tot afgifte, van de wagen (...)

De verweerder vraagt, bij tegeneis, betaling van de herstelfactuur en ook de aanstelling van een deskundige teneinde te laten nagaan wat de oorzaak is geweest van het defect aan de achterbrug en of de herstelling volgens de regels der kunst is geschied.

2. In zijn conclusie stelt de verweerder: «Concluant heeft terecht toepassing gemaakt van het retentierecht. Het betreft een onmiddellijk opeisbare som wegens herstellingskosten die slaan op het voertuig dat in bezit wordt gehouden. Concluant zal onmiddellijk het voertuig vrijgeven zodra de verschuldigde som wordt betaald.»

De strategie van verweerder als retentor, is eenvoudig. Door de wagen niet af te geven beschikt hij over een pressiemiddel, dat gewoonlijk efficiënt zal werken. Omdat de wagen moeilijk gemist kan worden, zal de «klant» doorgaans betalen en de retentor krijgt volledige voldoening. In de meeste gevallen zal het daar ook wel bij blijven. Wij denken dat het al niet alledaags is dat de klant, die de factuur heeft betaald, onder druk van het «retentierecht», nadien zal dagvaarden tot gehele of gedeeltelijke terugbetaling. De kans dat dit niet gebeurt stijgt dan nog in verhouding met de geringheid van het terug te vorderen bedrag. Het verloop en het resultaat van een dergelijk geding blijft altijd min of meer onvoorspelbaar. Ook het moeten voorschieten van de gerechtskosten en het zich (moeten) laten bijstaan door een raadsman zijn remmende factoren, zeker voor one shotters.

Ondanks de veronderstelde vordering tot terugbetaling blijft de situatie van de retentor comfortabel. Hij wordt in het proces een gewone verweerder, en een ieder die enige proceservaring heeft, weet hoeveel gemakkelijker een verweerder het heeft, afgezien van gelijk of ongelijk. De positie van de retentor wordt minder gunstig, wanneer, zoals in casu, de klant niet betaalt en dagvaardt tot afgifte van de wagen. Een dergelijke situatie zal zich ons inziens maar zelden voordoen, omdat het vooruitzicht van het langer moeten missen van de wagen niet ertoe aanzet een dergelijk geding te beginnen.

Nu moet de retentor zich niet alleen verdedigen, namelijk aantonen dat hij terecht gebruik blijft maken van het retentierecht in afwachting van de betaling van de herstelkosten. Hij kan ook moeilijk anders dan een tegeneis te stellen tot betaling van de herstelkosten. Derhalve heeft in ons geval de retentor er ook belang bij dat de zaak zo vlug mogelijk wordt afgehandeld, want dan moet hij niet langer als bewaarder optreden van de wagen, en hij heeft ook voordeel bij zo vlug mogelijke betaling. De eiser draagt nu niet alleen de last van het doen vooruitgaan van het proces. Bovendien zal de retentor, bij dagvaarding, toch ook wel eens beginnen nadenken over de ingenomen positie en zich misschien ook zorgen beginnen te maken over het oordeel van de rechter, die bij onrechtmatige retentie, de retentor tot betaling van schadevergoeding zal veroordelen. Het hoeft dan ook geen verwondering te wekken dat de verweerder er mee voor gezorgd heeft, dat deze zaak, reeds bij de inleiding in beraad kon worden genomen.

3. De retentie van de verweerder is gebaseerd op de *exceptio non adimpleti contractus*. Volgens de verweerder moest hij herstellen, wat is gebeurd en diende de eiser te betalen, wat dus niet is gebeurd. Omdat de eiser dus niet betaalt, houdt de verweerder de wagen. Een dergelijke houding is onder bepaalde voorwaarden niet verboden. Zie R. Kruithof, «Enkele recente ontwikkelingen in het verbintenissenrecht», studieavond CBR 12 maart 1990, publikatie aangekondigd in *T.P.R.*, blz. 205 e.v., in het bijzonder blz. 205, 206, nr. 120: «Zoals men weet, is in ons land eigenrichting in beginsel niet toegelaten. Het verbod zijn eigen rechter te zijn, is, volgens ons Hof van Cassatie, een algemeen rechtsbeginsel (Cass., 24 mei 1976, *A.C.*, 1976, 1053). Dit beginsel geldt echter niet zonder uitzonderingen. De *exceptio non adimpleti contractus* is zo'n uitzondering. Het lijdt immers geen twijfel dat de *exceptio* een vorm is van eigenrichting, d.i. het eigenmachtig optreden ter handhaving van een — *in casu* civielrechtelijke — aanspraak: zonder tussenkomst van de rechter mag de ene partij overgaan tot het opschorten van de uitvoering van de eigen verbintenissen tot op het ogenblik dat de andere partij haar verbintenissen uitvoert of aanbiedt uit te voeren (Dirix, E., «Eigenrichting in het privaatrecht», in *Liber amicorum Jan Ronse*, Brussel, 1986, p. 597 e.v. en i.h.b. p. 602). Herhaaldelijk heeft het Hof van Cassatie beslist — impliciet weliswaar — dat de *exceptio non adimpleti contractus* eveneens een algemeen rechtsbeginsel is (Cass., 15 juni 1981, *A.C.*, 1980-81, 1190; Cass., 6 maart 1986, *A.C.*, 1985-86, 935).»

Voor de goede orde zal eerst de aard van de schuldvordering van de verweerder dienen te worden onderzocht (tegeneis). Daarna zal nagegaan worden of de verweerder terecht de wagen onder zich hield, in afwachting van betaling.

4. Ten onrechte stelt de verweerder dat zijn schuldvordering aanleiding kon geven tot het uitoefenen van het retentierecht. De *schuldvordering* van de retentor moet immers *zeker en opeisbaar zijn*. Zie Lamine, «Het retentierecht», nr. 132, blz. 426 in J. Herbots, *Bijzondere overeenkomsten*, 1980. De verweerder vraagt immers bij tegeneis de aanstelling van een deskundige om te mogen bewijzen dat de herstelling is veroorzaakt door een abnormale belasting van de achterbrug. Het is mogelijk dat een deskundig onderzoek zal uitwijzen, dat de verweerder gelijk heeft. Dat deskundig onderzoek kan ook uitwijzen, dat de herstelling noodzakelijk is geworden als gevolg van gewone slijtage. In ieder geval is het door de verweerder gedaan bewijsaanbod, dienstig en er dient derhalve een deskundig onderzoek te worden bevolen, zoals hierna bepaald.

Het feit dat de verweerder zelf en terecht vindt dat hij bewijsaanbod moet doen, namelijk dat het defect het gevolg is van overbelasting, bewijst dat zijn schuldvordering niet zeker is. De bevindingen van de deskundige zullen wellicht doorslaggevend zijn, om later te beslissen of de eiser de herstelfactuur al of niet moet betalen of minstens voor een deel moet betalen. De schuldvordering van de verweerder is dus onzeker en voor een onzekere schuld kan geen retentierecht worden uitgeoefend (*R.P.D.B.*, *Rétention*, nr. 43: «... la créance dont la certitude dépend d'une condamnation éventuelle ne pouvant servir de base à l'exercice du droit de rétention»).

5. De verweerder had na de demontage van de achteras, vaststellende dat die gebroken was als gevolg van abnormale slijtage, de eiser hiervan moeten in kennis stellen, alvorens

te herstellen. Dan had de eiser ofwel kunnen instemmen met het verval van garantie ofwel hadden partijen of een van de partijen, een deskundig onderzoek kunnen uitlokken, kwestie van het probleem opgelost te zien.

Nu heeft de verweerder hersteld en de eiser voor een volledige feit willen stellen, want uit onze beschouwingen sub 2 blijkt dat slechts zelden zal worden gehandeld, zoals de eiser dat heeft gedaan, zeker tot niet geringe verwondering van de verweerder.

De verweerder heeft duidelijk misbruik willen maken van zijn sterkere positie. Dit is des te meer het geval, omdat de eiser zijn wagen steeds bij de verweerder liet herstellen. De hieruit voortvloeiende kosten hebben nooit aanleiding gegeven tot betaalmoeilijkheden, ondanks het feit dat de eiser niet steeds contant betaalde. Op de ontstane gewoonte contant te betalen kan de verweerder zich dus ook niet beroepen;

Uit dit alles blijkt dat de verweerder niet te goeder trouw heeft gehandeld. Door het retentierecht in deze omstandigheden te hanteren, heeft hij rechtsmisbruik gepleegd. Welnu, een voorwaarde om het retentierecht te mogen uitoefenen, is ook de goede trouw van de retentor, en die goede trouw was er niet en is er nog steeds niet, want de verweerder blijft de wagen bijhouden (zie R. Kruithof, *o.c.*, 214, nr. 127; L. Lamine, *o.c.*, blz. 427, nr. 17).

6. De verweerder kan het bijhouden en blijven bijhouden van de wagen ook niet verantwoorden doordat hij terecht oordeelde dat een deskundig onderzoek zou volgen. De verweerder heeft nu eenmaal het risico genomen te herstellen, zonder de eiser te verwittigen – na montage van de achterbrug – dat deze gebroken zou zijn, niet als gevolg van normale slijtage, maar van een abnormale belasting.

Of de wagen nu nog langer in de garage van de verweerder blijft of dat de eiser er reeds enige tijd mee zal rijden, alvorens de deskundige zijn opdracht zal kunnen uitvoeren, bemoeilijkt de taak van de deskundige niet, voor zover beide partijen hun samenwerkingsplicht met de deskundige loyaal naleven.

Het ware natuurlijk eenvoudiger geweest vaststellingen te laten verrichten, wanneer de defecte achterbrug nog niet vervangen was.

7. *Conclusie.* De verweerder dient de wagen af te geven, bij voorkeur onmiddellijk, dit wil zeggen vanaf de kennisgeving van de uitspraak en onder verbeurte van een dwangsom van 2.500 frank per dag, zoals gevraagd, vanaf de betekening van het vonnis tot op de datum van de teruggave. Daarbij heeft de eiser principieel recht op schadevergoeding wegens het onrechtmatig uitgeoefend retentierecht. Omdat wij nu nog niet kunnen weten, hoelang die onrechtmatige toestand nog zal duren, zouden wij alleen een provisie kunnen toekennen. Het lijkt dan ook beter deze schadepost later in zijn geheel te begroten, te meer daar er mogelijk compensatie kan ontstaan, indien zou blijken dat de eiser de factuur geheel of gedeeltelijk verschuldigd is.

NOOT – Bovenstaand vonnis is in kracht van gewijsde gegaan.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (1e Kamer), 14 februari 1992

Burgerlijke rechtspleging – Onsplitsbaar geschil – Hoger beroep – Appellant die te laat hoger beroep heeft ingesteld – In beroep komende partij in de zin van art. 1053, tweede lid, Ger.W.

Tegen het bestreden arrest (Hof Brussel, 14 maart 1990) voeren de eisers aan dat het art. 1053 Ger.W. schendt. Het middel wordt als volgt afgewezen:

«Overwegende dat het arrest vaststelt dat de verweerders sub 1 tot 7 op 31 januari 1989 een principaal hoger beroep hebben ingesteld tegen een vonnis dat op 29 december 1988 aan de verweerster sub 7 was betekend en aldus, wat die verweerster betreft, tardief was; dat het oordeelt, zonder deswege te worden bekritiseerd, dat het geschil onsplitsbaar is;

«Overwegende dat luidens artikel 1053 van het Gerechtelijk Wetboek, wanneer het geschil onsplitsbaar is, het hoger beroep moet worden gericht tegen alle partijen wier belang in strijd is met dat van de eiser en dat deze eiser de andere niet in beroep komende, niet in beroep gedagvaarde of niet opgeroepen partijen binnen de gewone termijnen van hoger beroep en op zijn laatst voor de sluiting van de debatten in de zaak moet betrekken;

«Overwegende dat een partij die een principaal hoger beroep heeft ingesteld, ook al is dit te laat ingesteld, een in beroep komende partij is in de zin van voornoemd artikel 1053 van het Gerechtelijk Wetboek;

«Overwegende dat de appelrechters, die oordelen dat ondanks de onsplitsbaarheid van het geschil, de verweerders sub 1 tot 6 de verweerster sub 7, die met hen een principaal hoger beroep had ingesteld, niet hoefden te dagvaarden of op te roepen, de in het middel aangevoerde wetsbepaling niet schenden.»

(Voorzitter: de h. Rauws – Rapporteur: de h. Verougstraete – Openbaar ministerie: de h. D'Hoore – Advocaten: mrs. Bützler, Verbist en Simont – In de zaak: M. en L. t/ P. e.a.)

NOOT – *Onsplitsbaarheid en hoger beroep*

Ontoelaatbaar is het hoger beroep dat, in een onsplitsbaar geschil, niet gericht is tegen alle partijen wier belang in strijd is met dat van de eiser in hoger beroep (art. 1053 Ger.W.). De appellant moet «de andere niet in beroep komende, niet in beroep gedagvaarde of niet opgeroepen partijen» binnen de gewone termijnen van hoger beroep en ten laatste voor de sluiting van de debatten in de zaak betrekken.

Wanneer is er sprake van een «niet in beroep komende» partij? Betreft het «elke partij die niet, binnen de voor haar geldende beroepstermijn, op toelaatbare wijze hoger beroep heeft aangetekend tegen de betreffende beslissing»?

In het geannoteerde arrest geeft het Hof van Cassatie een duidelijk antwoord op voormelde vragen. Een partij die een principaal hoger beroep heeft ingesteld, *ook al is dit tardief en bijgevolg ontoelaatbaar*, is een in beroep komende partij in de zin van voornoemd art. 1053 Ger.W.

Bijgevolg hoeven in een onsplitsbaar geschil de andere appellanten de partij(en) die met hen een principaal hoger beroep had(den) ingesteld, niet te dagvaarden of op te roepen.

Jean Laenens

Hof van Cassatie (1e Kamer), 14 februari 1992

Bevoegdheid en aanleg – Schadevergoeding wegens miskenning van de regels van de evenredige verdeling – Beslagrechter niet bevoegd

De beslagrechter te Brussel werd geadieerd om uitspraak te doen over een vordering tot schadevergoeding wegens de miskenning van de regels van de evenredige verdeling.

Op grond van art. 88, § 2, Ger.W. oordeelde de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel «dat er geen aanleiding bestaat tot wijziging van de toebedeling van de zaak».

Tegen deze beschikking werd door de procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Brussel een cassatievoorziening ingesteld.

Het Hof van Cassatie vernietigt de beschikking en verwijst de zaak naar de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel, door een andere magistraat vervangen :

«Overwegende dat de vordering tot schadevergoeding wegens de miskenning van de regels van de evenredige verdeling niets uit te staan heeft met een betwisting betreffende de tenuitvoerlegging maar een zelfstandige vordering is waarvan de burgerlijke rechtbank in zijn gewone samenstelling kennis neemt».

(Voorzitter : de h. Rauws – Rapporteur : de h. Verougstraete – Openbaar ministerie : de h. D'Hoore – In de zaak : procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Brussel in zake De L. t/ A.S.L.K. e.a.)

NOOT – Zie Dirix, E. en Broeckx, K., «Overzicht van rechtspraak. Beslagrecht (1970-1990)», *T.P.R.*, 1991, (79), 87, nr. 7; Top, F., art. 1395, in *Comm.Ger.R.*, nr. 14.

Hof van Cassatie (1e Kamer), 20 februari 1992

Inkomstenbelastingen – Administratieve geldboete (art. 335 W.I.B.) – Mensenrechten – Gebrek aan motivering – Geen schending van art. 6, lid 1, E.V.R.M. in de veronderstelling dat die bepaling toepasselijk is, als niet vaststaat dat het proces niet eerlijk is geweest of dat het recht van verdediging is geschonden

Aan eiser was wegens overtreding van art. 221 W.I.B. een administratieve geldboete opgelegd. Eiser voert aan dat het bestreden arrest (Hof Luik, 30 mei 1990) art. 6, lid 1, E.V.R.M. schendt door te beslissen dat de arresten van het Europees Hof van 8 juni 1976 in zake Engel en van 27 mei 1983 in zake Ozurk en bijgevolg het E.V.R.M. niet kunnen worden toegepast. Het middel wordt als volgt verworpen :

«Overwegende dat het arrest vermeldt dat 'de opmerkingen van (eiser) omtrent de aard van de opgelegde geldboete en de weerslag van twee arresten van het Europees Hof voor

de Rechten van de Mens op die geldboete te dezen niet ter zake doen»;

«Dat uit die vermelding niet valt af te leiden dat het hof van beroep artikel 6, lid 1, van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden niet heeft toegepast ;

«Overwegende dat uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan blijkt dat eiser enkel het materieel bestanddeel van de overtreding van artikel 221 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen had betwist, waar hij aanvoerde dat hij niet had geweigerd zijn boeken en bescheiden zonder verplaatsing over te leggen, aangezien geen enkele ambtenaar zich bij hem thuis had gemeld om ze in te zien ;

«Overwegende dat het arrest over die betwisting uitspraak doet waar het erop wijst dat 'het voor het bestaan van het misdrijf niet vereist is dat de ambtenaar verplicht was zich aan huis aan te melden, aangezien (eiser) hem schriftelijk had laten weten dat hij niet bereid was hem te ontvangen»;

«Dat voor het overige, in de veronderstelling dat artikel 6, lid 1, van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden te dezen van toepassing is, het aangevoerde gebrek aan motivering geen schending van dat artikel oplevert, aangezien het niet vaststaat dat het proces niet eerlijk is geweest of dat het recht van verdediging van eiser is geschonden ;

«Dat het middel niet kan worden aangenomen.»

(Voorzitter : de h. Sace – Rapporteur : mevr. Charlier – Openbaar ministerie : de h. Velu, eerste advocaat-generaal – Advocaat : mr. De Bruyn – In de zaak : B. t/ Belgische Staat)

BOEKEN

I. DE WEERDT, **Artikel 91 van de Belgische Zeewet. Het verhandelbaar cognossement**, Antwerpen, European Transport Law, 1991, 142 p. met een voorwoord van prof. em. Lionel Tricot

De weg die het zeerecht de laatste decennia is opgegaan heeft enigszins de indruk gewekt dat we haast te maken hebben met een perpetuum mobile. Dit moet geen verwondering baren. Deze door particularisme en autonomie gekenmerkte rechtstak (Roland, R., «Scheepvaartrecht», *T.P.R.*, 1979, 885-901) moet nu eenmaal gelijke tred houden met de evolutie van de scheepvaarttechniek en beantwoorden aan de noden van de internationale handel (Tricot, L., «Het zeerecht morgen», *R.W.*, 1987-88, 1417-1423). In een recent verleden werd de tekst van vier internationale zeerechtovereenkomsten in onze nationale wetgeving opgenomen en werd art. 91 Zeewet aangepast aan de tekst van het Protocol van 23 februari 1968 tot wijziging van het Internationaal Verdrag voor de eenmaking van bepaalde regelen inzake cognossementen, hetgeen de wet van 11 april 1989 is geworden (Simon, P. en Hennebicq, M.R., «La modification de la convention du 25 août 1924 en matière de connaissance. Protocole de Bruxelles du 23 février 1968», *Rev.Dr.Int.Comp.*, 1969, 11-65; De Weerd, I., «De nieuwe wet inzake zee- en binnenvaart», *R.W.*, 1989-90, 665-677; De Decker, M., «De aansprakelijkheid van de scheepseigenaar. De Wet van 11 april 1989», *T.B.H.*, 1991, 95-122; Tricot, L., «De wet betreffende de beperking van aansprakelijkheid inzake zeevorderingen», *Rechtspr. Antw.*, 1988, 167-193; Huybrechts, M.A., «Het Verdrag over de beperking van aansprakelijkheid inzake maritieme schuldvorderingen ondertekend te Londen op 19 november 1976», in *Liber Amicorum Lionel Tricot*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1988, 325-337). Moge daarbij aangestipt worden dat die evolutie zeker niet tot een eind-

punt gekomen is. Zo werd te Londen op 28 april 1989 een nieuw bergingsverdrag ondertekend (Berlingieri, F., «Le projet d'une nouvelle convention sur l'assistance et le sauvetage, et le sauvetage d'épaves maritimes», in *Liber Amicorum Lionel Tricot*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1988, 61-68; Brice, G., «The new Salvage Convention: green seas and grey areas», *Lloyd's Maritime and commercial Law Quarterly*, 1990, 32-63) en wordt bij ons gedokterd aan een aanpassing van de zeewet aan de noden van het maritieme containervervoer (Van Doosselare, J., «Het internationaal containervervoer en de noodzakelijkheid van een aanpassing van de betreffende Belgische wetgeving», in *Liber Amicorum Lionel Tricot*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1988, 537-551; De Weerd, I., «Deklading. Artikelen 66 en 91 van de Zeewet», *T.B.H.*, 1989, 1046-1055).

De studie die voor ons ligt, is een monografie gewijd aan het cognossement in het licht van het Brusselse cognossementsverdrag van 25 augustus 1924 (traditioneel ook inhoudelijk bekend onder de naam «Hague Rules») en het wijzigingsprotocol van 23 februari 1968 («Visby-rules») en van 21 december 1979 (invoering van de speciale trekkingsrechten) zoals deze internationale akten in art. 91 Zeewet werden opgenomen. Met deze studie is andermaal het bewijs geleverd dat het Zeerecht definitief zijn intrede heeft gedaan in de Nederlandstalige Belgische rechtsliteratuur, en het is een verheugend feit dat een jurist die zich onderscheiden heeft door zijn publikaties in verband met het taalgebruik, niet alleen in het bedrijfsleven in het algemeen (De Weerd, I., *Taalgebruik in het bedrijfsleven*, Antwerpen, Maarten Kluwer, 1980, 122 pp.), maar ook in het maritieme bedrijfsleven (De Weerd, I., «Taalgebruik in het Zeerecht», *R.W.*, 1985-86, 200-202) aan deze gelukkige evolutie heeft meegewerkt.

Reeds bij de eerste kennismaking met de inhoud valt het op dat de studie hoofdzakelijk bestemd is voor practici. De voedingsbodem is de tekst van art. 91 Zeewet, de zeer omvangrijke rechtspraak en de rechtsleer. Voor de historische evolutie die de Hague-Visby rules voorafging en voor de aan de basis ervan liggende filosofie is het aangewezen een beroep te doen op vroegere literatuur (o.m. Simon, P. en Hennebicq, M.R., *l.c.*, en Cleton, R., «De totstandkoming van de Hague Rules en Visby Rules», in *Hague-Visby Rules*, European Transport Law (red.), Antwerpen, 1979).

Wegens de invalshoek vanuit de praktijk komt de thans wel eens meer gestelde fundamentele vraag naar nut en noodzaak van een cognossement (Wildeboer, I.H., «Naar de afschaffing van het cognossement?», in *Zeerecht in het licht van Boek Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Van Bakelen, F.A., (red.), Zwolle, Tjeenk Willink, 1983, 26-33) niet aan de orde.

De grote verdienste is, zoals prof. em. L. Tricot dit in het voorwoord uitdrukt, de stelselmatige aanpak met telkens de aanduiding van de recentste rechtspraak. Misschien heeft deze zeer sterke praktijkgerichtheid een rijke documentatie die een in de maritieme rechtspraak zeer bedreven auteur verraadt, tot gevolg gehad dat de voorafbestaande kennis van de lezer soms wel eens overschat wordt. Deze eerbied voor de lezer getuigt van fijnzinnigheid en dient geapprecieerd te worden. Maar toch is het en blijft het een feit dat niet iedereen de bestaande rechtsliteratuur in onmiddellijk handbereik heeft.

Zo zou de vraag kunnen gesteld worden waarom de situatie bij niet-toepassing van art. 17 Europees Executieverdrag sub nr. 6, p. 4, niet uitvoeriger wordt beschreven. Een soortgelijke opmerking zou geformuleerd kunnen worden wat het vervoer van gevaarlijke goederen betreft. Het zou de niet goed geïnformeerde lezer wellicht geïnteresseerd hebben waarom het aanbrengen van uiterlijke symbolen op gevaarlijke goederen (nr. 124, p. 88) niet voldoende geacht wordt, hetgeen volgens het arrest van het Antwerpse Hof van Beroep van 1 december 1982 een onregelmatige aanlevering uitmaakt (o.m. wegens verpakking niet volgens voorschriften, geen vraag tot behandeling en inschepping aan de havenkapiteinsdienst en andere in het arrest vermelde feiten). Ten slotte zal de jurist die niet goed thuis is in de haven- en maritieme praktijk zich afvragen, wat een «interchange report» (nr. 91bis, p. 62) eigenlijk kan betekenen.

Bijzonder saillante punten in het maritieme vervoersrecht zijn het gecombineerd vervoer, de borgbrief en de Antwerp reception clause. Deze problemen hebben een zeer groot praktisch belang en er wordt derhalve niet aan uit de weg gegaan. Zeer terecht wordt het doorvoercognossement in het raam van dit gecombineerd vervoer behandeld. De through bill of lading is inderdaad gecombi-

neerd vervoer avant la lettre. Ook wordt op de rechtspraak gewezen volgens welke degene die een doorvoercognossement uitdeeft, uiteraard als vervoerder optreedt. Dit werd trouwens ook nog door andere dan de in het werk vermelde onuitgegeven rechtspraak in het bijzonder wat een «cognossement direct aller» betreft (Kh. Antwerpen, 27 september 1988, Laiterie centrale de Bujumbura en A. Maas & C^o v. Agence maritime internationale, onuitg., A.R. nr. 7147) bevestigd.

Er wordt verwezen naar de Tokyo Rules 1969 maar men mag niet uit het oog verliezen dat de figuur van de «combined transport operation» in de laatste twee decennia nog een verdere evolutie heeft gekend. Men denkt in het bijzonder aan de I.C.C.-Uniform rules for a combined transport document 1973 herzien in 1975 die weliswaar geen verdragsrechtelijke teksten uitmaken maar waarvan de invloed o.m. op de FIATA («Fédération internationale des associations de transitaires et assimilés») combined transport bill of lading niet te onderschatten is. Er is ten slotte ook nog het U.N.-verdrag «on international multimodal transport of goods» van 1980, maar buiten een vermelding hoeft men zich vooralsnog om deze internationale akte niet druk te maken: einde 1991 waren er maar vijf bekrachtigingen en het verdrag treedt eerst in werking twaalf maanden na de dertigste bekrachtiging.

Onder de titel «garantiebrief» wordt de borgbrief behandeld die door de inlander ondertekend wordt om een schoon cognossement van de zeevervoerder te krijgen. Voorbehoud dient evenwel gemaakt te worden wat het onder die titel vermelde vonnis van de Antwerpse rechtbank van koophandel van 19 december 1984 betreft. Dit vonnis blijkt betrekking te hebben op de borgbrief voor ontbrekende cognossementen. Het is trouwens aan dit soort borgbrief dat prof. J.H. Herbots zijn bijdrage «Een Antwerpse borgbrief is geen borgtocht» (*R.W.*, 1983-84, 1183-1194) heeft gewijd. Het is ook vermeldenswaard dat de Hamburg-rules (U.N. Convention on the carriage goods by sea, 1978) rekening houden met de bestaande praktijk van de garantiebrieven voor het uitgeven van cognossementen zonder voorbehoud. Wat de Antwerp reception clause betreft gaat de auteur er terecht van uit dat in de praktijk de geadresseerde van de goederen afziet persoonlijk of door tussenkomst van een door hem zelf aangewezen veembedrijf de goederen in ontvangst te nemen maar de keuze van de ontvangstnatie aan de zeevervoerder overlaat. Dit is inderdaad de praktijk. Vergeten we evenwel niet dat in haar oorsprong deze clausule in de ambtshalve inontvangstneming alleen voorzag als deze werkelijk gewettigd was, d.w.z. als de goederenbelanghebbende zich niet aanbiedt om de goederen in ontvangst te nemen (Kh. Antwerpen, 9 maart 1972, *Rechtspr. Antw.*, 1973, 467; Libouton, J., «L'intermédiaire («commissionnaire») de transport en droit belge», in *Les auxiliaires de transport dans les pays du Marché Commun*, Institut du Droit International des Transports (red.), Rouen, 1977, (87), 152-156). Uit de praktijk in de Antwerpse haven blijkt ook dat de scheepsagent met een regelmatige klant van de zeevervoerder vooraf in verbinding treedt en zijn akkoord vraagt met de voorgestelde natie, hetgeen de door I. De Weerd vooropgezette stelling staft.

Het laatste hoofdstuk is gewijd aan recht op komst, nl. de Hamburg-rules waarbij verwezen wordt naar de belangrijkste wijzigingen die deze in het UNO-verdrag van 1978 voorziene regels met zich brengen. De (beknpte) bespreking van deze regeling is zeker op haar plaats. Laten we niet vergeten dat einde 1991 twintig bekrachtigingen werden geregistreerd, wat tot gevolg zal hebben dat einde 1992 de Hamburg rules toepasselijk zullen zijn, en waarom zou een Belgisch rechter, zelfs bij ontstentenis van een bekrachtiging door België, niet geneigd zijn de Hamburg rules toe te passen daar deze aan de goederenbelanghebbenden (c.q. de Belgische importeur) een grotere bescherming bieden dan de Hague Visby-rules?

Hoe dan ook, om een goed begrip te hebben van de Hamburg-rules is een degelijke kennis van de Hague Visby-rules onontbeerlijk en daarvoor zorgt in ieder geval het besproken werk van I. De Weerd.

H. Libert