

PATSTELLINGEN IN VENNOOTSCHAPPEN

1° Inleiding

1. In het wetsvoorstel 1005/1 tot wijziging van de gecoördineerde wetten op handelsvennootschappen¹ wordt de invoering van een geschillenregeling in de vennootschappenwet beoogd. Meer bepaald de artikelen 42 en 43 van het wetsvoorstel bepalen de invoering van de artikelen 190ter en 190quater. Deze artikelen houden een geschillenregeling naar Nederlands model in, waarbij door de gedwongen overdracht of de gedwongen overname van de aandelen van een aandeelhouder, waarvan men in redelijkheid hetzij niet meer kan vergen, hetzij niet meer kan dulden dat hij aandeelhouder blijft, de patstelling ten gronde wordt opgelost. Een overzicht van de bestaande oplossingen en middelen ter voorkoming van de patstelling blijft actueel. Immers, zolang dit wetsvoorstel geen wet is, blijft het gemene recht toepasselijk. Zelfs wanneer het wetsvoorstel wet wordt, is de geschillenregeling subsidiair. De vordering tot gedwongen overdracht of overname is slechts ontvankelijk indien de statuten of een overeenkomst tussen de vennoten geen regeling bevatten voor de oplossing van geschillen tussen vennoten, tenzij gebleken is dat met toepassing van deze regeling geen oplossing kan worden verkregen.² Deze bijdrage behandelt de patstelling op bestuursniveau en in de algemene vergadering. Tot slot worden enkele technieken ter voorkoming en oplossing van patstellingen besproken.

2° Begrip patstelling

2. Het begrip patstelling moet ruim geïnterpreteerd worden. Er is sprake van een «patstelling» wanneer de besluitvorming in een vennootschap chronisch en systematisch onmogelijk is geworden.³ Het feit dat naar aanleiding van een bepaalde beraadslaging van de raad van bestuur of de algemene vergadering geen meerderheid wordt bereikt, is op zich geen patstelling. Uiteenlopende opvattingen tussen de bestuurders of aandeelhouders blijven mogelijk. Vormen de bestuurders of de aandeelhouders echter blokken, die tegen elkaar opwegen zodat er chronisch en systematisch geen meerderheid meer kan worden gevonden, dan is er sprake

van een patstelling. Patstellingen ontstaan niet alleen in de raad van bestuur⁴ of in de algemene vergadering⁵, ze komen ook voor naar aanleiding van conflicten tussen de raad van bestuur en de algemene vergadering.⁶ De oorzaak van de patstelling is niet altijd een onenigheid. Quid bij het plotselinge en onverwachte overlijden van de enige zaakvoerder van een B.V.B.A.?⁷ Quid ingeval de toepassing van art. 60 Venn.W. verhindert dat het vereiste quorum wordt bereikt in de raad van bestuur?⁸

3° Patstelling op bestuursniveau⁹

3. Sedert de wijziging van art. 54 Venn.W. door de wet van 6 maart 1973,¹⁰ ligt het zwaartepunt van de besluitvorming in een vennootschap op bestuursniveau. Onenigheid tussen bestuurders, een belangenconflict of zelfs het plotselinge

⁴ Voor een typologie van de meest voorkomende gevallen waarin het bestuursorgaan in gebreke blijft: MAEYENS, L., o.c., R.W., 1961-62, 354, en de verwijzingen aldaar. Hij noemt onder meer: het geval waarin er geen raad van bestuur meer bestaat omdat de bestuurders in blok ontslag hebben genomen, het mandaat van de bestuurders verstreken is, de benoeming van de bestuurders door de algemene vergadering nietig is verklaard, het aanwezigheidsquorum in de raad van bestuur niet bereikt kan worden, het naast elkaar bestaan van twee raden van bestuur en de ontroef en wanbeheer van bestuurders», RESTEAU, CH., BENOIT-MOURY, A. en GRÉGOIRE, A., *Traité des sociétés anonymes*, Brussel, Swinnen, 1982, II, 320, nr. 1123*decies*.

⁵ Bijvoorbeeld naar aanleiding van een fifty-fiftyverhouding of bij een blokkeringsminderheid.

⁶ TILLEMANS, B., «De voorlopige bewindvoerder: een laatste redmiddel», noot onder Kort ged. Kh. Charleroi, 11 juli 1989, T.R.V., 1990, 327.

⁷ Kort ged. Kh. Brussel, 23 december 1983, *Rev.Not.B.*, 1984, 295, geannoteerd door R. DE VALKENEEER.

⁸ BRAECKMANS, H., «Nieuwe regelen voor bestuurders en aandeelhouders: belangenconflict, minderheidsvordering, nieuwe regelen bij het houden van een algemene vergadering, deskundig onderzoek», in *Het gewijzigde vennootschapsrecht 1991*, BRAECKMANS, H. en WYMEERSCH, E. (red.), Antwerpen, Maklu, 1992, 325-371; OLIVIER, H., BONTE, J.-Ph. en DEBOECK, K., *Vademecum van de bestuurder van naamloze vennootschappen*, Brussel, Creadif, 1992, 70, nr. 100; DUPLAT, J.L., «Het nieuw artikel 60 wet handelsvennootschappen. Belangenconflicten», *De Belgische accountant*, 1992, nr. 2, 16; DE WOLF, P. en FERON, B., «La dualité d'intérêts des administrateurs d'une société anonyme», *R.P.S.*, 1993, 22; ERNST, Ph., «Belangenconflicten in naamloze vennootschappen», *R.W.*, 1991-92, 585 e.v.

⁹ In het N.V.- en B.V.B.A.-recht worden andere begrippen gehanteerd. In het N.V.-recht spreekt men van de raad van bestuur en aandeelhouders, terwijl men in het B.V.B.A.-recht spreekt van zaakvoerder of college van zaakvoerders en vennoten. Voortaan zal er enkel sprake zijn van raad van bestuur of aandeelhouders. Tenzij uitdrukkelijk anders vermeld geldt hetgeen gezegd wordt over de N.V. ook voor de B.V.B.A.

¹⁰ De wet van 3 maart 1973 (*B.S.*, 23 juni 1973) hield de aanpassing van het Belgisch vennootschapsrecht aan de Eerste E.E.G.-richtlijn van 9 maart 1968 in.

¹ *Parl.Stukken*, 1992-93, *Kamer*, nr. 1005/1. De geschillenregeling was ook het voorwerp van een amendement naar aanleiding van de beraadslaging van de wet op de fusies en splitsingen van vennootschappen (*Parl.Stukken*, 1990-91, nr. 1214/5-89/90). Het amendement werd echter ingetrokken om het te behandelen als een onderdeel van de wet tot wijziging van de gecoördineerde wetten op handelsvennootschappen. Voor meer details zie MAEIJER, J.M.M., «Gedwongen overdracht en overname van aandelen», *T.P.R.*, 1993, 756.

² *Parl.Stukken*, 1992-93, *Kamer*, nr. 1005/1, meer bepaald art. 190ter, § 7, en art. 190quater, § 2; MAEIJER, J.M.M., o.c., *T.P.R.*, 1993, 756.

³ GOOSSENS, B., «Het voorkomen en oplossen van patsituaties in de algemene vergadering van de vennootschap: het creëren van wip-aandelen», *Jura Falconis*, 1985-86, 156 e.v.; LIEVENS, J., *Conflicten in vennootschappen (cursusnotities)*, Brussel, K.U. Brussel, 1993, 1; MAEYENS, L., «Voorlopig vermogensbeheer en/of sekwestrener vennootschap», *R.W.*, 1961-62, 345.

overlijden van de enige zaakvoerder van een B.V.B.A.¹¹ kan de besluitvorming op bestuursniveau onmogelijk maken en de werking van de vennootschap stilleggen. De patstelling op bestuursniveau kan binnen de vennootschap worden opgelost.¹² Het bestuursorgaan kan de aangelegenheid aan de algemene vergadering voorleggen.¹³ Indien in de algemene vergadering een meerderheid kan worden gevormd, is de werking van de vennootschap verzekerd. In het andere geval zal ook de algemene vergadering in een patstelling verzeild raken.

a. Onenigheid binnen het bestuursorgaan

4. In vele gevallen zal een onenigheid tussen de bestuurders verhinderen dat de algemene vergadering kan worden samengeroepen.¹⁴ Een interessant aspect aan een dergelijke patstelling is de bijeenroeping van de algemene vergadering. Artikel 73, tweede lid, tweede zin, Venn.W.¹⁵ bepaalt dat de raad van bestuur, de commissarissen-revisoren, zo die er zijn, en de andere commissarissen de algemene vergadering moeten bijeenroepen wanneer aandeelhouders die een vijfde van het maatschappelijk kapitaal vertegenwoordigen, het vragen. De verplichting de algemene vergadering bijeen te roepen rust afzonderlijk op de raad van bestuur en de commissaris-revisor of de andere commissarissen.¹⁶⁻¹⁷ Het recht om de algemene vergadering bijeen te roepen kan statutair niet worden beperkt. Art. 73, tweede lid, Venn.W.

wordt geacht van openbare orde te zijn.¹⁸ Alleen staatare regelingen die het recht van de minderheidsaandeelhouder uitbreiden en de drempel tot het bijeenroepen van de algemene vergadering verlagen tot een kleinere participatie, zijn geldig.¹⁹ Alleen aandeelhouders die een vijfde van het maatschappelijk kapitaal vertegenwoordigen, kunnen de bijeenroeping vragen, met uitsluiting van de houders van winstbewijzen.²⁰ De bewijslast van het wettelijk of statutair vereiste aandeel in het maatschappelijke kapitaal rust op de aandeelhouder die de bijeenroeping van de algemene vergadering vraagt.²¹ De aandeelhouders, die het verzoek tot bijeenroeping van de algemene vergadering formuleren, hebben het recht en zelfs de plicht de agenda van de algemene vergadering te bepalen.²² De raad van bestuur heeft niet de bevoegdheid te oordelen over de opportuniteit van het verzoek tot bijeenroeping van de algemene vergadering²³ of de voorgestelde agenda.²⁴ Blijft de raad van bestuur of de commissarissen in gebreke de algemene vergadering bijeen te roepen, dan kunnen de aandeelhouders zich tot de rechtbank wenden.²⁵ De vordering wordt gebracht voor de rechtbank van koophandel of bij urgentie voor de rechtbank van koophandel in kort geding.²⁶ De vordering wordt gericht tegen de

¹¹ Dit zal het geval zijn als de statuten van een B.V.B.A. geen regeling inhouden m.b.t. de overgang van aandelen na het overlijden van de enige zaakvoerder en meerderheidsvennoot (in casu 799 op 800 aandelen). De lidmaatschapsrechten verbonden aan de aandelen van de erfgenamen zijn geschorst tot zij door de vennootschap als vennoten aanvaard worden. De overblijvende vennoot vertegenwoordigt niet 1/5 van het maatschappelijk kapitaal en kan geen algemene vergadering bijeenroepen. De B.V.B.A. is onbestuurbaar. In de rechtspraak werd dat verholpen door het aanstellen van een voorlopig bewindvoerder (Kort ged. Kh. Brussel, 23 december 1983, *Rev.Not.B.*, 1984, 295, geannoteerd door R. DE VALKENEEER).

¹² FORIERS, P.-A., «Les situations de blocage dans les sociétés anonymes», *T.B.H.*, 1992, 467.

¹³ Cass., 10 maart 1977, *Pas.*, 1977, I, 748, *R.W.*, 1978-79, 359.

¹⁴ Dit zal zeker het geval zijn indien de raad van bestuur onevenredig is samengesteld en in de algemene vergadering een meerderheid gevormd kan worden. Zie hierover D. VAN GERVEN, «De evenredige en onevenredige vertegenwoordiging van aandeelhouders in de raad van bestuur van een N.V.», *T.B.H.*, 1991, 850 e.v.

¹⁵ Art. 136 Venn.W. voor de B.V.B.A.

¹⁶ FREDERICO, L., *Traité de droit commercial belge*, Gent, Fechey, 1950, 667, nr. 473; RESTEAU, Ch., BENOIT-MOURY, A. en GRÉGOIRE, A., o.c., 1982, II, 334, nr. 1129; VAN HILLE, J.-M., *La société anonyme. Aspects juridiques et pratiques*, Brussel, Bruylant, 1990, 176, nr. 396; VAN RYN, J., *Principes de droit commercial*, Brussel, Bruylant, 1954, 435, 690; WAUWERMANS, P., *Manuel pratique des sociétés anonymes*, Brussel, Bruylant, 1933, 347, nr. 515.

¹⁷ LIEVENS, J., «De wettelijke bescherming van de minderheidsaandeelhouder», *De bescherming van de minderheidsaandeelhouder*, *T.R.V.* (speciaal nummer), 1988, 7; *Contra*: RESTEAU, Ch., BENOIT-MOURY, A. en GRÉGOIRE, A., o.c., 1982, II, 339, nr. 1138). Ch. Resteau is de mening toegedaan dat de aandeelhouders, die zich tot de rechtbank willen wenden, moeten aantonen dat zij zich tot alle vennootschapsorganen hebben gewend die de bevoegdheid bezitten om de algemene vergadering bijeen te roepen.

¹⁸ Kort ged. Kh. Brussel, 17 mei 1988, *Jur.Liège*, 1988, 978; FREDERICO, L., o.c., 1950, 668, 474; RESTEAU, Ch., BENOIT-MOURY, A. en GRÉGOIRE, A., o.c., 1982, II, 336, nr. 1132; BENOIT-MOURY, A., «Dix ans de jurisprudence en matière de sociétés», *Actualités du droit*, 1991, 116; LIEVENS, J., o.c., *De bescherming van de minderheidsaandeelhouder*, *T.R.V.* (speciaal nummer), 1988, 4.

¹⁹ FREDERICO, L., o.c., 1950, 668, nr. 474; RESTEAU, Ch., BENOIT-MOURY, A. en GRÉGOIRE, A., o.c., 1982, II, 336, nr. 1132; LIEVENS, J., o.c., *De bescherming van de minderheidsaandeelhouder*, *T.R.V.* (speciaal nummer), 1988, 7.

²⁰ FREDERICO, L., o.c., 1950, 668, nr. 474; RESTEAU, Ch., BENOIT-MOURY, A. en GRÉGOIRE, A., o.c., 1982, II, 336, nr. 1132; LIEVENS, J., o.c., *De bescherming van de minderheidsaandeelhouder*, *T.R.V.* (speciaal nummer), 1988, 7.

²¹ FREDERICO, L., o.c., 1950, 668, nr. 474. In geval van toonderaandelen kan het bewijs van de participatie geleverd worden door een bankattest of door het deponeren van de aandelen op de maatschappelijke zetel van de vennootschap. In het laatste geval is het raadzaam een deurwaarder in een akte van bevinding de volgnummers van de aandelen te laten registreren.

²² FREDERICO, L., o.c., 1950, 669, nr. 474; RESTEAU, Ch., BENOIT-MOURY, A. en GRÉGOIRE, A., o.c., 1982, II, 336, nr. 1132; LIEVENS, J., «De bescherming van de minderheidsaandeelhouder in de vennootschap naar geldend en komend recht», *R.W.*, 1983-84, 2419.

²³ Kh. Luik, 2 april 1917, *Pas.*, 1917, III, 293; Kh. Brussel, 17 mei 1988, *R.P.S.*, 1988, 218; RESTEAU, Ch., BENOIT-MOURY, A. en GRÉGOIRE, A., o.c., 1982, II, 336, nr. 1132; WAUWERMANS, P., o.c., 1933, 348, nr. 521; BENOIT-MOURY, A., o.c., *Actualités du droit*, 1991, 116; LIEVENS, J., o.c., *R.W.*, 1983-84, 2419.

²⁴ WAUWERMANS, P., o.c., 1933, 348, nr. 521; LIEVENS, J., o.c., *R.W.*, 1983-84, 2419.

²⁵ RESTEAU, Ch., BENOIT-MOURY, A. en GRÉGOIRE, A., o.c., 1982, II, 338, nr. 1137decies; LIEVENS, J., o.c., *De bescherming van de minderheidsaandeelhouder*, *T.R.V.*, 1988, 7; RONSE, J., VAN HULLE, K., NELISEN, J.-M. en VAN BRUYSTEGEM, B., o.c., *T.P.R.*, 1978, 830, nr. 215.

²⁶ FREDERICO, L., o.c., 1950, 669, nr. 475; RESTEAU, Ch., BENOIT-MOURY, A. en GRÉGOIRE, A., o.c., 1982, II, 340, nr. 1139; VAN HILLE, J.-M., o.c., 1990, 176, nr. 396; VAN RYN, J., o.c., 1954, 435, nr. 691; WAUWERMANS, P., o.c., 1933, 349, nr. 522; LIEVENS, J., o.c., *De bescherming van de minderheidsaandeelhouder*, *T.R.V.* (speciaal nummer), 1988, 4.

bestuurders.²⁷ De vennootschap hoeft niet in de procedure betrokken te worden, aangezien zij zelf niet bij machte is de algemene vergadering bijeen te roepen.²⁸ De gevorderde maatregelen kunnen ertoe strekken, hetzij onder verbeurte van een dwangsom de bestuurders te horen veroordelen om de algemene vergadering bijeen te roepen,²⁹ hetzij een voorlopig bewindvoerder te horen aanstellen met als opdracht de algemene vergadering bijeen te roepen en toe te zien op het goede verloop van de algemene vergadering.³⁰ Volledigheidshalve kan nog aangestipt worden dat het verzuim van de bestuurders of commissarissen-revisoren de algemene vergadering bijeen te roepen binnen drie weken na het hun gedane verzoek, krachtens art. 201, 5°, Venn.W. met strafsancities beteugeld wordt.³¹

5. Krachtens art. 73, tweede lid, eerste zin, Venn.W. kunnen de commissarissen-revisoren, zo die er zijn, of de andere commissarissen het initiatief nemen tot het bijeenroepen van de algemene vergadering.³² Het uitoefenen van dit initiatiefrecht door de commissaris-revisor stelt belangrijke vragen naar de grenzen ervan. De uitoefening van dit initiatiefrecht mag niet leiden tot inmenging in het bestuur van de vennootschap. De commissaris-revisor zal zich neutraal moeten opstellen op gevaar af zijn onafhankelijkheid in het gedrang te brengen. Indien de patstelling van de raad van bestuur leidt tot een schending van de Vennootschappenwet of de statuten, is de commissaris-revisor gehouden de raad van bestuur en, bij diens stilzitten, de algemene vergadering in te lichten over de gevolgen hiervan.³³ Dit zal bijvoorbeeld het geval zijn indien de onenigheid tussen de bestuurders de afsluiting van het boekjaar en de bijeenroeping van de algemene vergadering conform art. 73, tweede lid, Venn.W. verhin-

dert. Maar, houdt art. 73, tweede lid, eerste zin, Venn.W. ook in dat de commissaris-revisor verplicht is de algemene vergadering bijeen te roepen in geval van schending van de Vennootschappenwet of de statuten of, meer algemeen, telkens als de vennootschap een ernstig en onmiddellijk gevaar loopt en de eerstvolgende jaarvergadering niet kan worden afge wacht? Foriers lijkt beide vragen positief te beantwoorden. De commissaris-revisor zal zich immers niet gedragen hebben zoals een normaal, voorzichtig en zorgvuldig commissaris-revisor in dezelfde omstandigheden wel gedaan zou hebben en zal zijn beroepsaansprakelijkheid in het gedrang gebracht hebben.³⁴ Toch kan men de vraag stellen of er wel sprake kan zijn van een fout van de commissaris-revisor en het niet louter een bestuursfout betreft. Daarenboven zal het bewijs van het oorzakelijk verband tussen het niet-uitoefenen van het initiatiefrecht door de commissaris-revisor en de schade slechts zelden voorhanden zijn.

b. De regeling inzake belangenconflicten

6. De wet van 18 juni 1991 heeft de regeling inzake belangenconflicten grondig gewijzigd. Het nieuwe artikel 60 Venn.W.³⁵ bepaalt dat de bestuurder die een rechtstreeks of zijdelings persoonlijk belang heeft bij een verrichting of een reeks verrichtingen, de beraadslagingen van de raad van bestuur niet mag bijwonen, noch aan de stemming deelnemen. Deze bepaling kan tot gevolg hebben dat alle leden van de raad van bestuur, of zodanig veel leden van de raad van bestuur,³⁶ de vergadering moeten verlaten zodat het wettelijk of statutair quorum niet meer bereikt kan worden.³⁷ Deze situatie is niet door de wetgever geregeld.³⁸ De commentatoren van de nieuwe wet aanvaarden dat, zoals dit het geval was onder het oude artikel 60 Venn.W., de aangelegenheid aan de algemene vergadering kan worden voorgelegd. De wet van 6 maart 1973 heeft de raad van bestuur weliswaar de bevoegdheid verleend om alle handelingen te verrichten die nodig of dienstig zijn tot verwezenlijking van het doel van de vennootschap, behoudens die waarvoor volgens de wet alleen de algemene vergadering bevoegd is. Artikel 70, eerste lid, Venn.W. werd echter niet gewijzigd en bepaalt nog steeds dat de algemene vergadering de meest uitgebreide bevoegdheid heeft «om de handelingen die de vennootschap aangaan te verrichten of te bekrachtigen». Algemeen wordt aangenomen dat art. 54 Venn.W. de bevoegdheid van de algemene vergadering heeft beperkt, maar dat deze beperking slechts geldt in de mate waarin de raad van bestuur zijn bevoegdheden kan uitoefenen. Raakt de werking van de raad van be-

²⁷ Brussel, 21 april 1909, *R.P.S.*, 1909, 292; Kh. Brussel, 27 februari 1923, *R.P.S.*, 1923, 193; Kh. Brussel, 20 augustus 1923, *R.P.S.*, 1923, 354; FREDERICO, L., o.c., 1950, 670, nr. 476; RESTEAU, CH., BENOIT-MOURY, A. en GRÉGOIRE, A., o.c., 1982, II, 340, nr. 1139; WAUWERMANS, P., o.c., 1933, 349, nr. 522; LIEVENS, J., o.c., in *De bescherming van de minderheidsaandeelhouder, T.R.V.* (speciaal nummer), 1988, 4. *Contra*: VAN HILLE, J.-M., o.c., 1990, 187, nr. 406, die beweert dat de vennootschap gedagvaard kan worden.

²⁸ LIEVENS, J., o.c., *De bescherming van de minderheidsaandeelhouder, T.R.V.* (speciaal nummer), 1988, 7.

²⁹ Kh. Luik, 2 april 1917, *Pas.*, 1917, III, p. 293; Kh. Brussel, 17 mei 1988, *R.P.S.*, 1988, 218.

³⁰ Kort ged. Kh. Antwerpen, 11 maart 1963, *R.P.S.*, 1963, 282; Kort ged. Kh. Gent, 18 maart 1964, *R.P.S.*, 1964, 308; Kort ged. Kh. Brussel, 9 juni 1964, *R.P.S.*, 1964, 309; Kort ged. Kh. Kortrijk, 24 juni 1968, *R.P.S.*, 1969, 268; Kort ged. Kh. Antwerpen, 12 augustus 1970, *R.P.S.*, 1971, 129; Kort ged. Kh. Brussel, 24 april 1975, *R.P.S.*, 1975, 101; Kort ged. Kh. Brussel, 23 december 1983, *R.P.S.*, 1984, 299; Kort ged. Brussel, 2 maart 1988, *R.P.S.*, 1988, 197; Kort ged. Brussel, 17 mei 1988, *R.P.S.*, 1988, 218; Kort ged. Brussel, 18 oktober 1988, *T.R.V.*, 1989, 145, met noot van BVB.

³¹ RONSE, J., VAN HULLE, K., VAN BRUYSTEGEM, B. en NELISSEN, J.M., «Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen», *T.P.R.*, 1978, 830, nr. 215; LIEVENS, J., o.c., *R.W.*, 1983-84, 2419.

³² RESTEAU, CH., BENOIT-MOURY, A. en GRÉGOIRE, A., o.c., 1982, II, 334, nr. 1129.

³³ Art. 64octies Venn.W. bepaalt dat de commissarissen slechts van hun aansprakelijkheid worden ontheven wanneer zij aantonen dat zij hun taak naar behoren hebben vervuld en zij die overtredingen hebben aangeklaagd bij de raad van bestuur en, indien daaraan geen passend gevolg werd gegeven, op de eerste algemene vergadering nadat zij er kennis van hadden gekregen.

³⁴ FORIERS, P.-A., o.c., *T.B.H.*, 1992, 469.

³⁵ Voor de B.V.B.A. art. 133, § 1, Venn.W.

³⁶ LIEVENS, J., *De nieuwe vennootschapswet (1991)*, Gent, Mys & Breesch, 1991, 92-93.

³⁷ BRAECKMANS, H., o.c., *Het gewijzigde vennootschapsrecht 1991*, BRAECKMANS, H. en WYMEERSCH, E. (red.), 1992, 325-371; OLIVIER, H., BONTE, J.-PH. en DEBOECK, K., o.c., 1992, 70, nr. 100; DUPLAT, J.-L., o.c., *De Belgische accountant*, 1992, nr. 16; DE WOLF, P. en FERON, B., o.c., *R.P.S.*, 1993, 22; ERNST, Ph., o.c., *R.W.*, 1991-92, 585 e.v.

³⁸ In het wetsvoorstel nr. 1005/1 wordt een wijziging van art. 60 Venn.W. in het vooruitzicht gesteld. Art. 60, § 1, tweede lid, zou worden opgeheven, zodat er zich geen patstelling meer kan voordoen naar aanleiding van een belangenconflict.

stuur geblokkeerd, dan wordt art. 70, eerste lid, opnieuw van toepassing.³⁹⁻⁴⁰

7. Welke maatregelen kan de algemene vergadering dan nemen? Ten eerste kan de algemene vergadering de beslissing zelf nemen. Een tweede mogelijkheid bestaat erin dat de algemene vergadering de raad van bestuur machtigt om de beslissing te nemen of de verrichting of de reeks van verrichtingen te doen. Foriers argumenteert dit door enerzijds te wijzen op art. 70, eerste lid, Venn.W. en anderzijds stelt hij dat de machtiging van de algemene vergadering aan de raad van bestuur niets anders is dan een voorafgaand afzien van de actio mandati.⁴¹ Enige voorzichtigheid is nochtans geboden voor de gevolgen van een eventuele actie van een derde. De schending van art. 60 Venn.W. maakt immers een schending uit van de Vennootschappenwet of de statuten in de zin van art. 62, tweede lid, Venn.W., zodat de fout van de bestuurder in wiens persoon het belangenconflict bestaat, vaststaat.⁴² Ten slotte rijst de vraag of de algemene vergadering met het oog op het doen van de verrichting of de reeks van verrichtingen zou kunnen overgaan tot het aanstellen van een lasthebber ad hoc. In overweging genomen dat deze oplossing wettelijk bestaat voor de B.V.B.A. en dat men specifiek voor de N.V. aanknopingspunten kan vinden in de artt. 66, 66bis⁴³ en 70 Venn.W., lijkt de aanstelling van lasthebber ad hoc ook mogelijk voor de N.V.⁴⁴

8. Vraag is in welke mate de raad van bestuur en de commissaris-revisor, of bij diens ontstentenis, een bedrijfsrevisor of een IDAC-accountant, de krachtens art. 60, § 1, zesde lid, Venn.W. vereiste verslagen nog moeten opstellen als de algemene vergadering, krachtens art. 70, eerste lid, Venn.W., in plaats van de raad van bestuur optreedt. P.-A. Foriers is de mening toegedaan dat het verslag van de commissaris-revisor ertoe strekt de aandeelhouders, a posteriori, in te lichten over de genomen beslissing of verrichting en dat deze principes evenzeer gelden bij een voorafgaande raadpleging van de algemene vergadering.⁴⁵ Men kan nochtans de vraag stellen of dat juist is. De verslagen van de raad van bestuur en van de commissaris-revisor conform art. 60, § 1, vijfde en zesde lid, Venn.W. zijn bedoeld om de algemene vergadering in te lichten over de handelwijze van de raad van bestuur en haar in staat te stellen de besluitvorming van de raad van bestuur bij een belangenconflict te controleren. Het verslag van de commissaris strekt ertoe de getrouwheid en de toereikendheid van de verklaringen van de raad van bestuur te beoordelen.⁴⁶ Indien de algemene vergadering in plaats van de raad van bestuur de beslissing neemt of de verrichting doet,

is het niet duidelijk hoe de raad van bestuur een verslag zou kunnen uitbrengen over de omstandigheden waarin tot bedoelde verrichtingen of beslissingen is besloten, over de voorwaarden waaronder zij tot stand zijn gekomen, en over de gevolgen ervan voor de vennootschap.

9. Art. 133, §§ 2 en 3, Venn.W. regelen respectievelijk de gevallen waarin de enige zaakvoerder en de zaakvoerder-enige vennoot van een B.V.B.A. een belangenconflict hebben. De enige zaakvoerder die zich in een belangenconflict bevindt, moet de vennoten daarvan in kennis stellen en de beslissing mag slechts worden genomen of de verrichting mag slechts worden gedaan voor rekening van de vennootschap door een lasthebber ad hoc.⁴⁷ De zaakvoerder-enige vennoot die zich in een belangenconflict bevindt, kan de beslissing nemen of de verrichting doen onder de verplichting hierover een bijzonder verslag tegelijk met de jaarrekening in te dienen. Daarenboven creëerde de wet een bijzondere aansprakelijkheid op grond waarvan de zaakvoerder-enige vennoot zowel ten aanzien van de vennootschap als van derden gehouden is de schade te vergoeden die voortvloeit uit een voordeel dat hij ten koste van de vennootschap onrechtmatig zou hebben verkregen.

4° Patstelling in de algemene vergadering

10. Het begrip patstelling op het niveau van de algemene vergadering verschilt op twee punten van de patstelling op bestuursniveau. Enerzijds speelt de regeling inzake belangenconflicten niet in de algemene vergadering en kan ze geen oorzaak van patstelling zijn. Anderzijds kan de algemene vergadering de aangelegenheid niet meer voorleggen aan een ander vennootschapsorgaan. Voor het overige kan worden verwezen naar wat eerder werd gezegd over het begrip patstelling. In geval van patstelling in de algemene vergadering is de positie van de commissaris-revisor of de andere commissarissen delicaat. Hun juridische middelen, die de medewerking veronderstellen van de raad van bestuur of de algemene vergadering, zullen zonder gevolg blijven. De commissaris-revisor of de andere commissarissen zullen geval voor geval moeten beoordelen welke maatregelen zij kunnen nemen. Deze maatregelen mogen echter niet tot gevolg hebben dat de commissaris-revisor of de andere commissarissen zich inmengen in het bestuur van de vennootschap. In dit opzicht komt het, in de regel, de commissarissen niet toe het initiatief te nemen tot een gerechtelijke procedure. Zij zullen dit slechts kunnen in uitzonderlijke omstandigheden.⁴⁸ In de praktijk zal echter een van de aandeelhouders het initiatief nemen tot een gerechtelijke procedure. De patstelling is niet wettelijk geregeld. De aandeelhouder zal gebruik moeten maken van het gemene recht, nl. de aanstelling van een voorlopig bewindvoerder of de ontbinding van

³⁹ RONSE, J., *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Acco, Leuven, 1975, 405; hierin gevolgd door BRAECKMANS, H., «De nieuwe vennootschapswet van 18 juli 1991», *R.W.*, 1991-92, 1042, nr. 42; LIEVENS, J., o.c., 1991, 91; FORIERS, P.-A., o.c., *T.B.H.*, 1992, 470.

⁴⁰ DUPLAT, J.L., o.c., *De Belgische accountant*, 1992, 17, nr. 2; FORIERS, P.A., o.c., *T.B.H.*, 1992, 471.

⁴¹ FORIERS, P.-A., o.c., *T.B.H.*, 1992, 471.

⁴² DE WOLF, P. en FERON, B., o.c., *R.P.S.*, 1993, 29.

⁴³ Beide artikelen voorzien in de mogelijkheid voor de algemene vergadering om de vennootschapsvordering in te laten stellen «door een of meer lasthebbers».

⁴⁴ FORIERS, P.-A., o.c., *T.B.H.*, 1992, 471.

⁴⁵ FORIERS, P.-A., o.c., *T.B.H.*, 1992, 472.

⁴⁶ BRAECKMANS, H., o.c., *Het gewijzigde vennootschapsrecht 1991*, BRAECKMANS, H. en WYMEERSCH, E. (red.), 1992, 325-371.

⁴⁷ In de actuele redactie staat art. 133, § 2, Venn.W., de vennoten enkel toe zich uit te spreken over de aanstelling van een lasthebber ad hoc en niet over de opportuniteit van de beslissing of verrichting zelf. Foriers heeft deze bepaling bekritiseerd omdat de vennoten niet tot aanstelling van een lasthebber ad hoc zullen overgaan, wanneer ze zelf niet akkoord gaan met de te nemen beslissing en dit voorschrift derhalve onnodig ingewikkeld voorkomt (FORIERS, P.A., o.c., *T.B.H.*, 1992, 470).

⁴⁸ FORIERS, P.-A., o.c., *T.B.H.*, 1992, 473.

de vennootschap om wettige redenen nastreven, dan wel de combinatie van beide.

a. Het gemene recht

aa. De aanstelling van een voorlopig bewindvoerder

11. De aanstelling van een voorlopig bewindvoerder is niet uitdrukkelijk wettelijk geregeld.⁴⁹ Voorheen was de juridische grondslag van de aanstelling van een voorlopig bewindvoerder betwist.⁵⁰ Thans wordt aanvaard dat de juridische grondslag ligt in artikel 584 Ger.W. De vordering tot aanstelling van een voorlopig bewindvoerder moet aan geen andere vereisten voldoen dan die, die in het algemeen gelden voor de tussenkomst van de rechter in kort geding: het geval moet spoedeisend zijn en de uitspraak moet bij voorraad gewezen worden, hetgeen inhoudt dat de uitspraak geen nadeel aan de zaak zelf mag toebrengen.⁵¹ De aanstelling van een voorlopig bewindvoerder is een uitzonderlijke en subsidiaire maatregel. De maatregel kan slechts bevolen worden als er dringende en bijzondere omstandigheden zijn die een normale toepassing van de vennootschappelijke bestuursregelen onmogelijk maken, het bestaan van de vennootschap of de belangen van bepaalde aandeelhouders bedreigen en minder ingrijpende maatregelen niet effectief zijn.⁵² De aanstelling van een voorlopig bewindvoerder kan dan ook niet bevolen worden als de aandeelhouders niet eerst gepro-

⁴⁹ De figuur van de voorlopig bewindvoerder werd geconsacreerd in art. 12, § 3, Venn.W., dat de bekendmaking van diens benoeming voorschrijft: LINDEMANS, D., «Een sekwester als beheerder bij vennootschapsgechillen», *T.B.H.*, 1987, 328; RONSE, J., *De vennootschapswetgeving 1973*, Gent, Story-Scientia, 1973, nr. 88; RONSE, J., NELISSEN GRADE, J.-M., VANHULLE, K., LIEVENS, J. en LAGA, H., o.c., *T.P.R.*, 1986, 1015; TILLEMANS, B., o.c., *T.R.V.*, 1990, 324.

⁵⁰ Cf. HORSMANS, G., «Le juge des référés et le droit des sociétés», *R.P.S.*, 1969, 47 e.v. De auteur onderzoekt de vier belangrijkste pogingen tot het juridische funderen van het voorlopig bewind, nl. het gerechtelijk sekwestre, de voogdij over de onbekwaamverklaarden, het instituut van de vennootschap en het dringend en voorlopig karakter van de maatregel. De eerste juridische grondslag (art. 1961 B.W.) was echter onaanpast en onvoldoende voor het verantwoorden van een actief bestuur: Het sekwestre is zoals bekend een louter bewarende maatregel. De tweede grondslag is evenmin dienend. De aanstelling van een voorlopig bewindvoerder wordt niet gebaseerd op de onbekwaamheid van de vennootschap. Het argument dat de aanstelling van een voorlopig bewindvoerder zijn grondslag zou vinden in de structuur van de vennootschap is ook niet gegrond. RESTEAU, CH., BENOIT-MOURY, A. en GRÉGOIRE, A., o.c., 1982, 325; LINDEMANS, D., o.c., *T.H.B.*, 1987, 328.

⁵¹ Cf. artt. 584 en 1039 Ger.W.

⁵² Brussel, 24 juni 1959, *R.P.S.*, 1961, 103; Brussel, 20 december 1972, *R.P.S.*, 1973, 162; Kort ged. Kh. Brussel, 31 mei 1968, *R.P.S.*, 1969, 71; Kort ged. Kh. Bergen, 10 juli 1979, *R.P.S.*, 1979, 254; Kort ged. Kh. Brussel, 17 maart 1987, *R.P.S.*, 1988, 69; Kort ged. Kh. Brussel, 7 maart 1990, *T.R.V.*, 1990, 567; Kort ged. Kh. Brussel, 18 mei 1990, *T.R.V.*, 1991, 432; Kort ged. Kh. Brussel, 20 juni 1990, *T.R.V.*, 1991, 51, geannoteerd door B. TILLEMANS; Kort ged. Kh. Luik, 15 november 1990, *T.B.H.*, 1991, 914; Kort ged. Kh. Brussel, 5 maart 1991, *T.R.V.*, 1992, 557; Kort ged. Kh. Luik, 16 augustus 1991, *T.R.V.*, 1992, 38; Kort ged. Kh. Veurne, 16 oktober 1991, *T.R.V.*, 1991, 532; HORSMANS, G., «Le rôle du juge dans la vie des sociétés», *Les sociétés commerciales*, Jeune Barreau, (red.), Brussel, 1985, 428; FORIERS, P.-A., o.c., *T.B.H.*, 1992, 476; TILLEMANS, B., o.c., *T.R.V.*, 1990, 325.

beerd hebben het conflict op te lossen in het kader van de vennootschapsorganen zelf.⁵³

12. De onenigheid tussen de aandeelhouders wordt in de rechtspraak beschouwd als een dringende en bijzondere omstandigheid, die de aanstelling van een voorlopig bewindvoerder rechtvaardigt.⁵⁴ Het begrip onenigheid wordt in de rechtspraak evenwel restrictief opgevat: het moet gaan om gekarakteriseerde onenigheid.⁵⁵ De onenigheid moet elke beslissing onmogelijk maken en de werking van de vennootschap lamleggen.⁵⁶ De onenigheid mag nochtans niet zover gaan dat elke verzoening uitgesloten is.⁵⁷ Het is hierbij irrelevant of de patstelling zich voordoet binnen of tussen de vennootschapsorganen.⁵⁸

bb. De ontbinding van de vennootschap om wettige redenen

13. Van oudsher wordt de patstelling in de rechtspraak en de rechtsleer aanvaard als een wettige reden tot ontbinding van de vennootschap.⁵⁹ De ontbinding van de vennootschap om wettige redenen wordt geregeld door art. 102, tweede lid, Venn.W. Het bepaalt dat, indien de duur van de vennootschap niet bepaald is,⁶⁰ de artikelen 1865, 5°, en 1869 van het

⁵³ Voorz. Kh. Brussel, 17 maart 1987, *R.P.S.*, 1988, 68.

⁵⁴ Bergen, 25 juni 1990, *R.P.S.*, 1991, 188; Kh. Brussel, 31 mei 1968, *R.P.S.*, 1969, 71; Kh. Brussel, 16 december 1971, *R.P.S.*, 1971, 318; Kh. Brussel, 9 november 1972, *R.P.S.*, 1974, 160; Kh. Bergen, 10 juli 1979, *R.P.S.*, 1979, 254; Kort Ged. Kh. Luik, 15 november 1990, *T.B.H.*, 1991, 914; RESTEAU, CH., BENOIT-MOURY, A. en GRÉGOIRE, A., o.c., 1982, 321; TILLEMANS, B., o.c., *T.R.V.*, 1990, 327.

⁵⁵ TILLEMANS, B., o.c., *T.R.V.*, 1990, 327.

⁵⁶ Brussel, 24 juni 1959, *R.P.S.*, 1961, 103; Kort ged. Kh. Bergen, 10 juli 1979, *R.P.S.*, 1979, 256; TILLEMANS, B., o.c., *T.R.V.*, 1990, 327.

⁵⁷ TILLEMANS, B., o.c., *T.R.V.*, 1990, 327.

⁵⁸ TILLEMANS, B., o.c., *T.R.V.*, 1990, 326, en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

⁵⁹ Brussel, 20 november 1892, *R.P.S.*, 1893, 15; Brussel, 17 januari 1908, *R.P.S.*, 1909, 202; Luik, 31 januari 1929, *R.P.S.*, 1928, 127; Brussel, 2 juni 1944, *R.P.S.*, 1948; Brussel, 22 maart 1947, *R.P.S.*, 1947; Brussel, 10 februari 1964, *R.P.S.*, 1964, 153; Brussel, 2 april 1968, *R.P.S.*, 1968, 264; Brussel, 15 oktober 1971, *R.P.S.*, 1972, 217; Kh. Brussel, 27 maart 1890, *R.P.S.*, 1890, 257; Kh. Antwerpen, 12 oktober 1900, *R.P.S.*, 1900, 319; Kh. Brussel, 5 maart 1925, *Jur. Comm. Brux.*, 1925, 287; Kh. Brussel, 24 januari 1941, *Jur. Comm. Brux.*, 1943, 301; Kh. Brussel, 8 juni 1946, *R.P.S.*, 1947, 329; Kh. Brussel, 5 maart 1954, *Jur. Comm. Brux.*, 1954, 251; Rb. Brussel, 23 juni 1955, *R.P.S.*, 1961, 174; Kh. Antwerpen, 3 maart 1962, *R.P.S.*, 1964, 154; Kh. Brussel, 10 november 1965, *R.P.S.*, 1966, 87; Rb. Brussel, 12 juni 1973, *Pas.*, 1973, III, 72; Kh. Gent, 5 januari 1989, *T.R.V.*, 1992, p. 554; Kh. Brussel, 18 mei 1990, *T.B.H.*, 1991, p. 66; Kh. Hasselt, 8 april 1991, *T.R.V.*, 1992, p. 315; Kh. Hasselt, 29 april 1992, *T.R.V.*, 1992, p. 553; RONSE, J., *Vennootschappen. Algemeen deel*, Leuven, Acco, 1975, 522; BENOIT-MOURY, A., «Des justes motifs de dissolution des sociétés commerciales de l'art. 1871 du Code civil à l'art. 102 des l.c.s.c.», in *Liber amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story-Scientia, 1986, 159; COPPENS, P., «Le cas des sociétés anonymes paralysées par deux groupes hostiles et le 'juste motif' de dissolution de l'article 1871 du Code civil», *R.P.S.*, 1954, 209, nr. 4398; LEHRER, J., «La dissolution des sociétés pour justes motifs», *R.P.S.*, 1962, 194; TILLEMANS, B., «De gerechtelijke ontbinding een laatste redmiddel», *T.R.V.*, 1992, 498.

⁶⁰ Terecht werd de libellering van art. 102 Venn.W. bekritiseerd. De indruk wordt immers gewekt dat art. 102 Venn.W. enkel toepasselijk is op vennootschappen van onbepaalde duur. Algemeen wordt echter aangenomen dat art. 102 Venn.W. ook toepasselijk is op ven-

Burgerlijk Wetboek niet van toepassing zijn en de ontbinding van de vennootschap om wettige redenen in rechte gevorderd kan worden. Het principe dat een vennootschap om wettige redenen ontbonden kan worden is van dwingend recht. Het beoogt enkel de bescherming van private belangen.⁶¹ Het Hof van Cassatie heeft het dwingend karakter van art. 1871 B.W. bevestigd in zijn arrest van 2 februari 1973.⁶² Algemeen wordt aangenomen dat ook art. 102 Venn.W. van dwingend recht is.⁶³ Hieruit volgt dat het recht om de ontbinding van de vennootschap om wettige redenen te vorderen in de statuten of bij een bijzondere overeenkomst niet kan worden uitgesloten of beperkt.⁶⁴ Evenmin zou men de uitoefening van het recht aan bepaalde statutaire voorwaarden kunnen onderwerpen.⁶⁵ Men kan ook niet statutair bepalen dat de algemene vergadering bij gewone meerderheid beslist over de ontbinding van de vennootschap.⁶⁶ Uit het imperatief karakter werd ook afgeleid dat de beoordelingsvrijheid van de rechter met betrekking tot de aangevoerde wettige redenen niet in de statuten beperkt kan worden.⁶⁷ De rechter is derhalve nooit verplicht de ontbinding uit te spreken.⁶⁸ De vordering tot ontbinding van de vennootschap staat open voor iedere vennoot. De vennoot die aan de oorsprong van de patstelling ligt, zal de ontbinding echter niet kunnen vorderen.⁶⁹ De vordering moet op straffe van onontvankelijkheid gericht worden tegen de vennootschap.⁷⁰ Het zal evenwel nodig zijn medevennoten in de procedure te betrekken, indien men hun iets verwijt.⁷¹ De beoordeling of er een wettige reden tot ontbinding bestaat, is een feitenkwestie, die op onaantastbare wijze door de bo-

nootschappen van bepaalde duur. De argumenten die men hiervoor aanhaalt, zijn tweërlei. Enerzijds zou het voldoende zijn een buitensporig lange termijn te bepalen om art. 102 Venn.W. buiten werking te stellen. Anderzijds wordt uit de Franse tekst van de wet een argument gehaald uit het woord «en outre» (BRAECKMANS, H., «De nieuwe vennootschapswet van 5 december 1984», *R.W.*, 1984-85, 2455; RALET, O. en KILESTE, P., «Droits et protections de l'actionnaire minoritaire», *T.B.H.*, 1989, 869).

⁶¹ BENOIT-MOURY, A., o.c., *Liber Amicorum Jan Ronse*, 1986, 155; RONSE, J., o.c., 1975, 518; TILLEMANS, B., o.c., *T.R.V.*, 1992, 494.

⁶² In een arrest van 11 maart 1966 (*R.C.J.B.*, 1967, 205) besliste het Hof van Cassatie dat art. 1871 B.W. van openbare orde was. In het arrest van 2 februari 1973 (*R.C.J.B.*, 1975, 394) kwam het Hof van Cassatie hierop terug en het besliste terecht dat art. 1871 B.W. slechts van dwingend recht was daar het de bescherming van private belangen beoogde. Volledigheidshalve kan nog vermeld worden dat J. Lehrer in 1962 heeft gesteld dat art. 1871 B.W. van aanvullend recht was (LEHRER, J., o.c., *R.P.S.*, 1962, 178-181).

⁶³ LIEVENS, J., *T.R.V.* (speciaal nummer), 1988, 54; TILLEMANS, B., o.c., *T.R.V.*, 1992, 494; TILQUIN, T., o.c., *R.P.S.*, 1991, 18, nr. 14; VERHAEGEN, M. en VERBRAEKEN, C., o.c., *J.T.*, 1985, 550, nr. 20.

⁶⁴ RONSE, J., o.c., 1975, 519; TILLEMANS, B., o.c., *T.R.V.*, 1992, 494.

⁶⁵ TILLEMANS, B., o.c., *T.R.V.*, 1992, 494.

⁶⁶ RONSE, J., o.c., 1975, 519; TILLEMANS, B., o.c., *T.R.V.*, 1992, 494.

⁶⁷ TILLEMANS, B., o.c., *T.R.V.*, 1992, 494.

⁶⁸ TILLEMANS, B., o.c., *T.R.V.*, 1992, 494.

⁶⁹ BENOIT-MOURY, A., o.c., *Liber amicorum Jan Ronse*, 1986, 163; LEHRER, J., o.c., *R.P.S.*, 1962, 199; TILQUIN, T., o.c., *R.P.S.*, 1991, 18, nr. 14.

⁷⁰ Cass., 18 januari 1963, *R.W.*, 1962-63, 1963; RONSE, J., o.c., 1975, 524; TILLEMANS, B., o.c., *T.R.V.*, 1992, 507; TILQUIN, T., o.c., *R.P.S.*, 1991, 19, nr. 14.

⁷¹ RONSE, J., o.c., 1975, 524; LEHRER, J., o.c., *R.P.S.*, 1962, 200; TILLEMANS, B., o.c., *T.R.V.*, 1992, 507.

demrechter wordt beoordeeld. De uitlegging van het begrip wettige reden is derhalve niet onderworpen aan de controle van het Hof van Cassatie.⁷²

14. Alleen de gekarakteriseerde onenigheid komt in aanmerking als grond voor de gerechtelijke ontbinding van de vennootschap. Met andere woorden, de onenigheid moet blijvend en diepgaand zijn en een weerslag hebben op het vennootschapsleven.⁷³ Uit een overzicht van de rechtspraak van de hand van Tillemans,⁷⁴ blijkt dit met name het geval te zijn bij: woordenwisselingen tussen partijen en wederzijdse verwijten; het vruchteloos karakter van eerdere verzoeningspogingen; het instellen van rechtsvorderingen of het ondernemen van andere gerechtelijke stappen; het slechts met deurwaardersexploaten communiceren met elkaar van vennoten; het niet-naleven van statutaire bepalingen of andere wettelijke voorschriften; meningsverschillen aangaande essentiële bepalingen van de statuten; het onafhankelijk en eigenmachtig optreden van bepaalde vennoten.

b. Restrictieve toepassing van het gemene recht

15. De aanstelling van een voorlopig bewindvoerder en de gerechtelijke ontbinding van de vennootschap zijn verregaande maatregelen. Krachtens art. 12, § 3, Venn.W. moet de aanstelling van een voorlopig bewindvoerder in het Belgische Staatsblad gepubliceerd worden. Deze bekendmaking kan de kredietwaardigheid van de vennootschap in het gedrang brengen.⁷⁵ Daarenboven zal de aanstelling van een voorlopig bewindvoerder niet efficiënt zijn, als de patstelling te wijten is aan de onverzettelijke houding van de aandeelhouders. In dat geval zou alleen de ontbinding van de vennootschap een oplossing kunnen bieden.⁷⁶ De gerechtelijke ontbinding van de vennootschap doet afbreuk aan de continuïteit van de onderneming. De ontbinding heeft verregaande economische, fiscale en sociale gevolgen.⁷⁷

16. Wegens die verregaande economische, fiscale en sociale gevolgen hebben de rechtspraak en de rechtsleer een steeds grotere terughoudendheid aan de dag gelegd om die juridische oplossingen toe te passen. Deze terughoudendheid blijkt duidelijk uit de correcties die de rechtspraak en de rechtsleer hebben aangebracht op de toepassingsvoorwaarden van de aanstelling van een voorlopig bewindvoerder of de ontbinding om wettige redenen. Allereerst wordt in de rechtspraak en de rechtsleer het begrip wettige reden of onenigheid tussen aandeelhouders steeds restrictiever geïnterpreteerd. Alleen de gekarakteriseerde onenigheid komt in aanmerking. Met andere woorden, de onenigheid moet een

⁷² LEHRER, J., o.c., *R.P.S.*, 1962, 200; TILLEMANS, B., o.c., *T.R.V.*, 1992, 507.

⁷³ LIEVENS, J., o.c., 1993, 1; B. TILLEMANS, o.c., *T.R.V.*, 1992, 498.

⁷⁴ TILLEMANS, B., o.c., *T.R.V.*, 1992, 498, en de aldaar geciteerde rechtspraak.

⁷⁵ Kort ged. Kh. Brussel, 4 oktober 1983, geciteerd in HORSMAN, G., o.c., *Les sociétés commerciales*, 1985, 426; FORIERS, P.-A., o.c., *T.B.H.*, 1992, 477.

⁷⁶ Kort ged. Brussel, 5 maart 1991, *T.R.V.*, 1992, 557.

⁷⁷ Deze vaststellingen hebben Foriers ertoe gebracht te stellen dat de gerechtelijke ontbinding «peut être l'instrument utile d'une politique d'assainissement économique, elle est une solution généralement peu heureuse des conflits entre actionnaires», (FORIERS, P.-A., o.c., *T.B.H.*, 1992, 479).

weerslag hebben op het vennootschapsleven. Vervolgens is er de ruime appreciatiebevoegdheid van de rechter. De rechter is nooit verplicht een voorlopig bewindvoerder aan te stellen of de ontbinding van de vennootschap uit te spreken. Ook al zijn alle voorwaarden vervuld, dan nog behoudt de rechter een vrije appreciatiebevoegdheid met betrekking tot de opportuniteit van de gevraagde maatregel. In de rechtspraak zijn goede voorbeelden te vinden waarbij de rechter gebruik maakt van zijn appreciatiebevoegdheid en de belangen van de onderneming, d.w.z. de onderscheiden belangen van de kapitaalverschaffers, werknemers en derden, tegen elkaar gaat afwegen.⁷⁸ Zo oordeelde de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen dat de ontbinding van een vennootschap niet kon worden uitgesproken op grond van het feit dat de ene of de andere vennoot weigert met de anderen samen te werken en deze familievete boven het economisch en sociaal belang van het bestaan van de zaak stelt.⁷⁹ Ook de Rechtbank van Koophandel te Gent heeft beslist dat de gerechtelijke ontbinding van de vennootschap niet meer zou kunnen worden uitgesproken, indien er een ernstig voorstel tot uitkoop van een aandeelhouder voorligt.⁸⁰ Ten slotte wordt in de rechtspraak en de rechtsleer het subsidiair karakter van de aanstelling van een voorlopig bewindvoerder of de ontbinding om wettige reden van een vennootschap benadrukt. Met name moet de rechter zich de vraag stellen of geen minder ingrijpende maatregelen even effectief zijn.⁸¹ In de rechtspraak wordt regelmatig toepassing gemaakt van dit principe. Zo werden onder andere de volgende maatregelen bevolen in plaats van de aanstelling van een voorlopig bewindvoerder: de aanstelling van een derde met controlebevoegdheden;⁸² de aanstelling van een expert-bewaarnemer;⁸³ tijdelijke beperking van de bevoegdheden van de raad van bestuur⁸⁴ en de consignatie van bepaalde fondsen.⁸⁵ Ook de gerechtelijke ontbinding van een vennoot-

schap heeft een subsidiair karakter.⁸⁶ De ontbinding wordt slechts uitgesproken indien minder ingrijpende maatregelen, zoals de benoeming van een voorlopig bewindvoerder,⁸⁷ van een accountant⁸⁸ of de gerechtelijke uitsluiting van een vennoot⁸⁹ niet effectief zijn om de patstelling op te lossen. Volgens Tillemans is het subsidiair karakter van de vordering tot de gerechtelijke ontbinding gegrond op de verplichting tot goede trouw. Immers, als een aandeelhouder het rechtsmiddel uitkiest waardoor hij de belangen van de andere aandeelhouders het meest schaadt, begaat hij een inbreuk op de verplichting van de goede trouw.⁹⁰

c. Alternatieve oplossingen

17. Om reden van de terughoudendheid van de rechters om het gemene recht toe te passen, heeft men in de Belgische rechtsleer naar alternatieve oplossingen gezocht. Een eerste alternatief werd gevonden in de leer van het misbruik van staken van stemmen (*abus d'égalité*). De gerechtelijke uitsluiting van een vennoot is een tweede alternatief.

aa. Het misbruik van staken van stemmen

18. Aandeelhouders wier stemkracht tegen elkaar opweegt, kunnen verhinderen dat in de algemene vergadering een beslissing wordt genomen. Zo heeft het Hof van Beroep te Dijon een vennoot veroordeeld tot schadevergoeding op grond van zijn systematisch verzet tegen de voorstellen van zijn, besturende, medevenoot.⁹¹ In België bestaat hierover nog geen rechtspraak. In de rechtsleer is de vraag naar het bestaan van een leer van het misbruik van staken van stemmen (*abus d'égalité*) gesteld. Het staken van stemmen kan op zich bezwaarlijk als een misbruik worden aangemerkt. Op grond van de marginale toetsing kan de rechter echter nagaan of de houding van de bestuurder of de aandeelhouder die was van een normale bestuurder of aandeelhouder geplaatst in dezelfde omstandigheden, ermee rekening houdend dat er meerdere redelijke oplossingen kunnen bestaan ter oplossing van het economisch probleem.⁹² Volgens P.-A. Foriers zou de rechter die een misbruik van staken van stem-

⁷⁸ BENOIT-MOURY, A., o.c., *Liber amicorum Jan Ronse*, 1986, 166; LIEVENS, J., o.c., 1993, 19; RONSE, o.c., 1975, 522.

⁷⁹ Kh. Antwerpen, 17 juli 1958, *R.C.J.B.*, 1959, 359, met noot van A. DE BERSAQUES; zie ook Kort ged. Kh. Bergen, 10 juli 1979, *R.P.S.*, 1979, 264; Voorz. Kh. Brussel, 19 mei 1983, geciteerd door HORSMANS, G., «Le rôle du juge dans la vie des sociétés», in *Les sociétés commerciales*, Jeune Barreau (red.), Brussel, 1985, 441.

⁸⁰ Kh. Gent, 5 januari 1989, *T.R.V.*, 1992, 554, geciteerd door TILLEMANS, B., o.c., *T.R.V.*, 1992, 504.

⁸¹ HORSMANS, G., o.c., *Les sociétés commerciales*, 1985, 426; TILLEMANS, B., o.c., *T.R.V.*, 1990, 328.

⁸² Kort ged. Kh. Verviers, 9 april 1971, *R.P.S.*, 1971, 253; benoeming van een bedrijfsrevisor, Kort ged. Kh. Brugge, 28 februari 1983, *T.B.H.*, 1984, 32; benoeming van een commissaris; Kort ged. Kh. Brussel, 7 maart 1989, *T.R.V.*, 1990, 567; TILLEMANS, B., o.c., *T.R.V.*, 1990, 328.

⁸³ Kort ged. Kh. Brussel, 13 maart 1980, *R.P.S.*, 1980, 201; Kort ged. Kh. Brussel, 16 juni 1988, *R.P.S.*, 1988, 278; Kort ged. Kh. Brussel, 18 mei 1989, *R.P.S.*, 1989, 144; TILLEMANS, B., o.c., *T.R.V.*, 1992, 328.

⁸⁴ Voorz. Kh. Brussel, 27 april 1978, *R.P.S.*, 1978, 237; Voorz. Kh. Brussel, 31 maart 1983, en Voorz. Kh. Brussel, 19 november 1983, beide geciteerd in G. HORSMANS, «Le juge dans la vie des sociétés», in *Les sociétés commerciales*, 1985, 427; opschorting van de één-handtekeningsclausule.

⁸⁵ Voorz. Kh. Verviers, 10 juni 1964, *R.P.S.*, 1965, 28.

⁸⁶ Kh. Brussel, 24 januari 1941, *Jur. Comm. Brux.*, 1942, 301; Rb. Brussel, 23 juni 1955, *R.P.S.*, 1961, 174; Kh. Brussel, 4 januari 1958, *Jur. Comm. Brux.*, 241, Rb. Brussel, 1973, *R.P.S.*, 1974, 270; TILLEMANS, B., o.c., *T.R.V.*, 1992, 503; TILQUIN, T., o.c., *R.P.S.*, 1991, 13.

⁸⁷ Kort ged. Kh. Bergen, 10 juli 1979, *R.P.S.*, 1979, 254. *Contra*: Kh. Brussel, 5 maart 1991, *T.R.V.*, 1992, 557: «Zij (de vordering tot aanstelling van een voorlopig bewindvoerder) biedt geen oplossing voor wanbeheer uit het verleden en evenmin voor gebeurlijke onenigheid tussen de vennoten: dan helpt alleen ontbinding of uittreding»; TILLEMANS, B., o.c., *T.R.V.*, 1992, 504.

⁸⁸ Kh. Antwerpen, 16 februari 1962, *R.W.*, 1961-62, 1665; Kh. Brussel, 16 juni 1988, *R.P.S.*, 1988, 279; TILLEMANS, B., o.c., *T.R.V.*, 1992, 505.

⁸⁹ Hof Reims, 24 april 1989, geciteerd door TILQUIN, T., o.c., *R.P.S.*, 1991, 2 e.v.; in extenso, *R.P.S.*, 1991, 55.

⁹⁰ TILLEMANS, B., o.c., *T.R.V.*, 1992, 503.

⁹¹ Hof Dijon, 16 november 1983, *Gaz. Pal.*, 1983, II, 740, met noot van A.P.S. geciteerd door FORTIERS, P.-A., o.c., *T.B.H.*, 1992, 473.

⁹² CORNELIS, L., *Beginnelen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Maklu, 1989, p. 52 e.v., nrs. 35 en 36; FORTIERS, P.-A., o.c., *T.B.H.*, 1991, 474; RONSE, J., «Marginale toetsing in het privaatrecht», *T.P.R.*, 1977, 207.

men vaststelt, de beslissing die geen meerderheid verkregen heeft, toch geldig kunnen verklaren.⁹³ Wat echter niet zou kunnen, is dat de rechter onder verbeurte van een dwangsom een bepaalde aandeelhouder zou opleggen te stemmen in een bepaalde zin.⁹⁴ Hierdoor zou de rechter in de plaats treden van de vennootschapsorganen en zich inmengen in de besluitvorming van de vennootschap.⁹⁵ Het misbruik van staken van stemmen is slechts van gering praktisch belang. De vennootschap kan in een patsituatie verzeild raken doordat beide aandeelhouders, naar aanleiding van een te nemen beleidsoptie op lange termijn, een fundamenteel verschillende, maar economisch verdedigbare zienswijze aannemen. De goede trouw verplicht partijen te zoeken naar oplossingen, maar dit principe kan niet zover gaan dat de ene aandeelhouder zou moeten buigen voor de andere.⁹⁶ Daarenboven zal het voor de rechter een onmogelijke taak worden in een dergelijke tegenstelling een schuldige partij aan te wijzen en haar vervolgens te verplichten haar aandelen over te dragen.

bb. De gerechtelijke uitsluiting van een aandeelhouder

19. Naar aanleiding van een arrest van het Hof van Beroep te Reims⁹⁷ is in de Belgische rechtsleer de vraag aan de orde gekomen of de patstelling niet opgelost kan worden door een aandeelhouder gerechtelijk te dwingen zijn aandelen over te dragen. Dit veronderstelt dat men, los van enig statutair of conventioneel beding, in rechte de veroordeling van een aandeelhouder kan nastreven tot het verplicht overdragen van al zijn aandelen tegen een door de rechtbank bepaalde prijs.⁹⁸ Deze oplossing biedt het voordeel dat de patstelling ten gronde wordt opgelost door het uittreden van een aandeelhouder, terwijl de vennootschap zelf onaangevoerd blijft. Tilquin heeft in een recente bijdrage aangetoond dat het misbruik van het recht om niet te contracteren als juridische grondslag van de gerechtelijke uitsluiting van een aandeelhouder kan dienen.⁹⁹ Is het misbruik van het recht om niet te contracteren eenmaal vastgesteld, dan zou de rechtbank het herstel in natura kunnen opleggen.¹⁰⁰ Opdat de rechtbank de gerechtelijke uitsluiting van een vennoot kan uitspreken, moeten echter twee voorwaarden vervuld zijn. Allereerst moet er een aanbod tot overname gedaan zijn. Daarenboven moet de geadresseerde van het aanbod een misbruik van recht begaan door niet in te gaan op het aanbod.¹⁰¹ Dit laatste veronderstelt het bewijs dat de geadresseerde geen enkel rechtmatig belang heeft om vennoot

te blijven, minstens dat er een kennelijke onevenwichtigheid bestaat tussen zijn belang om niet te contracteren en de belangen van de andere vennoot.¹⁰² Dit misbruik zal slechts in uitzonderlijke gevallen voorhanden zijn. Het enkele weigeren in te gaan op het aanbod is op zich geen misbruik van het recht om niet te contracteren. Het is mogelijk dat de weigerende aandeelhouder zijn inbreng in natura wil terugnemen of dat hij een einde wil maken aan een concurrerende handelsactiviteit, die hij overigens maar aanvaard had omdat het een gemeenschappelijke activiteit was. Ten slotte is het ook mogelijk dat de aandeelhouder bij wie de wettige reden tot ontbinding van de vennootschap bestaat, aan zijn tegenpartij een aanbod tot overname van zijn aandelen doet, om dan te stellen dat zij misbruik van recht begaat door het aanbod niet te aanvaarden.¹⁰³ Een goede illustratie van dit principe vindt men in de recente bijdrage van Tilquin, waarin hij stelt dat de aandeelhouder die, ondanks een ernstig en redelijk voorstel tot uitkoop, aanstuurt op de ontbinding van de vennootschap, misbruik kan maken van het recht om niet te contracteren.¹⁰⁴

5° Patstelling door het aanwenden van een minderheids-participatie

20. Een bijzondere vorm van patstelling in de algemene vergadering ontstaat bij het aanwenden van een minderheidsparticipatie. De Vennootschappenwet schrijft in een aantal gevallen een gekwalificeerde meerderheid voor ter bescherming van de minderheidsaandeelhouder.¹⁰⁵ Ook statutair kan in dergelijke beschermingsmaatregelen voorzien worden.¹⁰⁶ De minderheid kan hierdoor bepaalde beslissingen tegenhouden. Het aanwenden van deze blokkeringsminderheid is op zich niet laakbaar. Het is voor de minderheid een middel om een voor haar nadelige beslissing tegen te houden.¹⁰⁷ De rechtspraak heeft reeds verschillende malen de gelegenheid gehad zich uit te spreken over het aanwenden van een blokkeringsparticipatie.¹⁰⁸ De rechterlijke toetsing is marginaal. Het misbruik zal slechts vastgesteld kunnen worden indien de minderheid geen enkel belang heeft bij het tegenstemmen, of minstens haar belang in kennelijke onevenwichtigheid staat met het belang van de meerderheid. Volgens de meerderheid van de auteurs kunnen de

¹⁰² LIEVENS, J., o.c., 1993, 25.

¹⁰³ FORIERS, P.-A., o.c., T.B.H., 1992, 481.

¹⁰⁴ TILQUIN, Th., o.c., R.P.S., 1991, 48; TILLEMANS, B., o.c., T.R.V., 1992, 504.

¹⁰⁵ Voor een overzicht: SIMONT, L., o.c., *Liber amicorum Jan Ronse*, 1986, 308-309. Na de wetwijziging van 18 juli 1991 werd art. 76 Venn.W. evenwel opgeheven.

¹⁰⁶ Voor zover in de statuten de besluitvorming in de raad van bestuur afhankelijk wordt gemaakt van gekwalificeerde meerderheden op bepaalde punten, kan het aanwenden van een minderheid zich ook in de raad van bestuur voordoen. Art. 67 Venn.W. staat toe de beraadslaging en de besluitvorming in de raad van bestuur statutair te regelen.

¹⁰⁷ FORIERS, P.-A., o.c., T.B.H., 1992, 488.

¹⁰⁸ De gepubliceerde rechtspraak is beperkt: Brussel, 20 maart 1981, R.P.S., 1981, 133; Luik, 9 november 1981, R.P.S., 1982, 145; Bergen, 23 maart 1989, R.P.S., 1989, 196; Kort ged. Kh. Brussel, 31 december 1976, R.P.S., 1978, 265; Kh. Brussel, 15 juni 1979, R.P.S., 1980, 65; Kh. Luik, 20 januari 1981, R.P.S., 1981, 292; Kh. Brussel, 13 december 1984, R.P.S., 1985, 122.

⁹³ FORIERS, P.-A., o.c., T.B.H., 1992, 475.

⁹⁴ FORIERS, P.-A., o.c., T.B.H., 1992, 475.

⁹⁵ SIMONT, L., o.c., *Liber Amicorum Jan Ronse*, 1986, 330.

⁹⁶ FORIERS, P.-A., o.c., T.B.H., 1992, 476.

⁹⁷ Hof Reims, 24 april 1989, geciteerd door TILQUIN, T., o.c., R.P.S., 1991, 2 e.v.; in extenso, R.P.S., 1991, 55.

⁹⁸ FORIERS, P.-A., o.c., T.B.H., 1992, 480; MAEIJER, J.M.M. en GEENS, K., «L'exclusion et la démission judiciaires d'un actionnaire dans les sociétés privées: l'exemple néerlandais», *Principes et exigences du droit des sociétés*, XIVes Journées d'études juridiques Jean Dabin (red.) Louvain-La-Neuve, 19-20 november 1992; TILQUIN, T., o.c., R.P.S., 1991, 4.

⁹⁹ TILQUIN, T., o.c., R.P.S., 1991, 31 e.v.

¹⁰⁰ FORIERS, P.-A., o.c., T.B.H., 1992, 480.

¹⁰¹ FORIERS, P.-A., o.c., T.B.H., 1992, 480.

belanghebbende aandeelhouders in rechte de geldigverklaring van de verworpen beslissing vorderen.¹⁰⁹

6° Middelen ter voorkoming van patstellingen

21. Toekomstige aandeelhouders kunnen er ook voor opteren in de oprichtingsakte of bij een afzonderlijke overeenkomst een regeling op te nemen om patstellingen te voorkomen of op te lossen. In de praktijk worden de volgende middelen aangewend: de doorslaggevende stem van de voorzitter van de algemene vergadering of van de raad van bestuur, de creatie van wipaandelen, de onherroepelijke volmacht, de bindende derdenbeslissing en de wederzijdse verkoopbelofte.

a. Doorslaggevende stem van de voorzitter van de raad van bestuur

22. De meeste statuten bepalen dat in geval van staken van stemmen in de raad van bestuur de stem van de voorzitter doorslaggevend is. Dit statutair beding is rechtsgeldig. In de raad van bestuur wordt gestemd per hoofd en niet per aandeel.¹¹⁰ Het is echter zeer de vraag of dit beding op lange termijn een oplossing kan bieden in geval van tegenstellingen binnen de raad van bestuur. Het arbitraire karakter van deze clause wordt in de praktijk getemperd door de benoeming van de voorzitter in de tijd te beperken en een beurtrol in te voeren onder de aandeelhouders om de voorzitter van de raad van bestuur voor te dragen. Een dergelijke regeling zal er immers toe leiden dat in geval van conflict de beslissingen die het ene jaar worden genomen, ongedaan worden gemaakt in het andere. Met J. Lievens mag aanvaard worden dat het raadzamer is, statutair te bepalen dat de raad van bestuur uit een oneven aantal bestuurders zal worden samengesteld.¹¹¹

b. Doorslaggevende stem van de voorzitter van de algemene vergadering

23. Daarentegen, het statutair beding van de doorslaggevende stem van de voorzitter van de algemene vergadering¹¹² is niet geldig. Deze statutaire clause verleent in de algemene vergadering, waar per aandeel en niet per hoofd wordt gestemd, een meervoudig stemrecht aan de voorzitter, terwijl art. 74bis Venn.W. het meervoudig stemrecht in de algemene vergadering verbiedt.¹¹³ Een dergelijke clause is

derhave nietig.¹¹⁴

c. Creatie van wipaandelen

24. Een andere techniek bestaat in de creatie van wipaandelen. Hieronder verstaat men de toebedeling, bij de oprichting of later,¹¹⁵ van aandelen¹¹⁶ aan een derde, die het vertrouwen van de twee aandeelhouders of aandeelhoudersgroepen geniet en die als eigenaar van die aandelen aan de algemene vergadering deelneemt, waar hij zo nodig beslissende stemkracht kan uitoefenen om een meerderheidsbesluit tot stand te brengen.¹¹⁷ De wipaandeelhouder kan een natuurlijk of een rechtspersoon zijn.¹¹⁸ Om praktische problemen in geval van overlijden van een natuurlijk persoon te vermijden, verdient het aanbeveling een rechtspersoon als wipaandeelhouder te gebruiken.¹¹⁹ Wipaandelen zijn in de regel aandelen op naam. De wipaandeelhouder is immers een vertrouwenspersoon van de aandeelhouders en derhalve intuïtu personae gekozen. Dit is begrijpelijk als men bedenkt dat het van zijn stem afhangt welke beslissing wordt genomen.¹²⁰ Toonderaandelen kunnen echter wipaandelen zijn in de mate waarin hun overdracht beperkt wordt bij een aandeelhoudersovereenkomst.¹²¹ Wipaandelen zijn noodzakelijkerwijze kapitaal aandelen. De wipaandelen moeten

tegen interne moeilijkheden en tegen inmenging van buiten», *Juridische aspecten van het familiebedrijf*, Antwerpen, Standaard, 1969, 204; COPPENS, P., noot onder Kh. Hasselt, 2 april 1971, *R.P.S.*, 1973, 52; RONSE, J., VAN HULLE, K., NELISSEN J.-M. en VAN BRUYSTEGEM B., o.c., *T.P.R.*, 1978, 833 e.v.; RONSE, J., NELISSEN GRADE, J.-M., VAN HULLE, K., LIEVENS, J. en LAGA, H., o.c., *T.P.R.*, 1986, 1327.

¹¹⁴ COPPENS, P., noot onder Kh. Hasselt, 2 april 1971, *R.P.S.*, 1973, 52; RONSE, J., VAN HULLE, K., NELISSEN, J.-M. en VAN BRUYSTEGEM, B., o.c., *T.P.R.*, 1978, 833 e.v.; RONSE, J., NELISSEN GRADE, J.-M., VAN HULLE, K., LIEVENS, J. en LAGA, H., o.c., *T.P.R.*, 1986, 1327.

¹¹⁵ Een bespreking van de wijzen van overdracht van de wipaandelen gaat buiten het bestek van dit werk. Er kan volstaan worden met erop te wijzen dat de overdracht van de aandelen kan gebeuren, bij de oprichting, door een inbreng ten behoeve van een derde of, later, door een koop-verkoop of schenking van de aandelen. Voor meer details: GOOSSENS, B., «Het voorkomen van patsituaties in de algemene vergadering van de vennootschap: het creëren van wipaandelen», *Jura Falc.*, 1985-86, 156.

¹¹⁶ Deze aandelen worden «wipaandelen» genoemd omdat de vertrouwenspersoon op de wip gaat zitten tussen de twee aandeelhouders of aandeelhoudersgroepen, die anders met gelijke stemkracht tegen elkaar zouden opwegen. LIEVENS, J., o.c., Brussel, K.U. Brussel, 1993, 3; GOOSSENS, B., o.c., *Jura Falc.*, 1985-86, 156; RONSE, J., NELISSEN GRADE, J.-M., VAN HULLE, K., LIEVENS, J. en LAGA, H., o.c., *T.P.R.*, 1986, 1327, nr. 324.

¹¹⁷ LIEVENS, J., o.c., Brussel, K.U. Brussel, 1993, 3; GOOSSENS, B., o.c., *Jura Falc.*, 1985-86, 164; RONSE, J., NELISSEN GRADE, J.-M., VAN HULLE, K., LIEVENS, J. en LAGA, H., o.c., *T.P.R.*, 1986, 1327, nr. 324.

¹¹⁸ Cass., 12 december 1980, *R.W.*, 1980-81, 1998; LIEVENS, J., o.c., Brussel, K.U. Brussel, 1993, 3; GOOSSENS, B., o.c., *Jura Falc.*, 1985-86, 177.

¹¹⁹ J. Ronse wijst er terecht op dat in dat geval de rechtspersoon die fungeert als wipaandeelhouder, vrijwel vanzelfsprekend andere aandeelhouders heeft dan de vennootschap waarin hij wipaandeelhouder is (RONSE, J., NELISSEN GRADE, J.-M., VAN HULLE, K., LIEVENS, J. en LAGA, H., o.c., *T.P.R.*, 1986, 1327, nr. 324.

¹²⁰ LIEVENS, J., o.c., Brussel, K.U. Brussel, 1993, 4; GOOSSENS, B., o.c., *Jura Falc.*, 1985-86, 156.

¹²¹ In de praktijk blijkt dit geen echte problemen te stellen. De meeste evenwichtsvennootschappen zijn immers B.V.B.A.'s, waar-

¹⁰⁹ Zie supra nr. 20. RONSE, J. en GEENS, K., o.c., *Van vennootschappelijk belang*, 1988, 231; SIMONT, L., o.c., *Liber amicorum Ronse*, 1986, 330; FORIERS, P.A., o.c., *T.B.H.*, 1992, 475.

¹¹⁰ LIEVENS, J., o.c., *Cursusnotities VAO-vennootschappen*, K.U. Brussel 1992-93, 2; RONSE, J., VAN HULLE, K., NELISSEN, J.-M. en VAN BRUYSTEGEM, B., o.c., *T.P.R.*, 1978, 834; RONSE, J., NELISSEN GRADE, J.-M., VAN HULLE, K., LIEVENS, J. en LAGA, H., o.c., *T.P.R.*, 1986, 1327, nr. 323.

¹¹¹ LIEVENS, J., o.c., *Cursusnotities VAO-vennootschappen*, K.U. Brussel, 1992-93, 2.

¹¹² Zie Kh. Hasselt, 2 april 1971, *R.P.S.*, 1973, 51, met afwijzende noot van P. COPPENS.

¹¹³ LIEVENS, J., o.c., *Cursusnotities VAO-vennootschappen*, K.U. Brussel, 1992-93, 2; MAEYENS, L., «Nader onderzoek van enkele bijzondere regelingen en clausules tot bescherming van het bedrijf

recht geven om deel te nemen aan de beraadslaging en de stemming in de algemene vergadering.¹²²

25. Voor de geldigheid¹²³ van deze constructie is echter essentieel dat de wipaandeelhouder de wipaandelen in eigendom verkregen heeft en als eigenaar van die aandelen aan de beraadslaging en de stemming in de algemene vergadering deelneemt. Art. 200, 1°, Venn.W. stelt immers strafbaar het deelnemen aan de stemming van een algemene vergadering met deelbewijzen waarvan men wist dat ze geen eigendom waren. Sedert de wet van 18 juli 1991 moet de geldigheid van de creatie van wipaandelen ook getoetst worden aan art. 74ter Venn.W. Artikel 74ter Venn.W. bepaalt dat aandeelhoudersovereenkomsten nietig zijn als 1) ze strijdig zijn met de Vennootschappenwet of het belang van de vennootschap, 2) de aandeelhouder er zich toe verplicht te stemmen volgens de richtlijnen van de vennootschap, van een dochtervennootschap of nog van een van de organen van die vennootschappen, of 3) de aandeelhouder zich verbindt tegenover voornoemde vennootschappen of organen van voornoemde vennootschappen om de voorstellen van de organen van de vennootschap goed te keuren. De creatie van wipaandelen zal in de regel in het belang van de vennootschap zijn, maar de vraag kan gesteld worden of ook aan de twee andere voorwaarden voldaan zal zijn. Dit zal niet meer het geval zijn indien de overeenkomst in modaliteiten voorziet met het oog op de uitoefening van het stemrecht. De geldigheid van aandeelhoudersovereenkomsten is beperkt in de tijd tot vijf jaar.

26. De creatie van wipaandelen stelt ook enkele bijzondere problemen. Op de eerste plaats is er de vraag hoe de wipaandeelhouder zijn stemrecht moet uitoefenen. B. Goossens, hierin gevolgd door P.-A. Foriers, stelt dat het stemrecht van de wipaandeelhouder functioneel is. De wipaandeelhouder neemt deel aan de stemming, niet met het oog op zijn eigen belang, maar in het belang van de vennootschap.¹²⁴ J. Ronse, hierin gevolgd door J. Lievens, meent dat de wipaandeelhouder zijn stemrecht uitoefent uit eigen hoofde en naar eigen inzicht.¹²⁵ Het belang van deze vraag is echter niet te onderschatten. In de eerste zienswijze heeft de wipaandeelhouder een functionele bevoegdheid. De beslissing van de algemene vergadering kan dan nietig ver-

klaard worden naar aanleiding van het bewijs van afwending van bevoegdheid.¹²⁶ Een tweede probleem is de vraag of een fiduciaire overdracht van de wipaandelen, d.w.z. met voorbehoud van het recht op uitkering van het dividend voor de overdrager mogelijk is? Volgens P.-A. Foriers kan men uit de afschaffing van de beperking van het stemrecht¹²⁷ afleiden dat de fiduciaire overdracht van wipaandelen mogelijk is. Het toepassingsgebied van art. 200 Venn.W. is recent gewijzigd. Terwijl art. 200 Venn.W. vóór de wetwijziging van 18 juli 1991 een sanctie inhield voor de omzeiling van de beperking van het stemrecht, is het thans nog slechts een regel met het oog op de transparantie van het aandeelhouderschap. De fiduciaire overdracht van de aandelen in zoverre het het stemrecht betreft, zou dus niet langer in strijd zijn met art. 200 Venn.W. omdat het de werkelijke bedoeling is van de aandeelhouders de eigendom van de wipaandelen over te dragen zodat de wipaandeelhouder het stemrecht in de algemene vergadering kan uitoefenen.¹²⁸ Een laatste probleem is de vraag naar het lot van de wipaandelen als de aandeelhouders het vertrouwen verliezen in de wipaandeelhouder of andere redenen de beëindiging van het wipaandeelhouderschap noodzakelijk maken. Met andere woorden, hoe kan men de wipaandeelhouder dwingen zijn wipaandelen, die hij in eigendom verkregen heeft, terug over te dragen aan de aandeelhouders? Een eerste mogelijkheid bestaat in de eenzijdige verkoopbelofte.¹²⁹ Volgens art. 1589 geldt verkoopbelofte als verkoop wanneer er wederzijdse toestemming van de partijen is omtrent de zaak en omtrent de prijs. Toegepast op de constructie van wipaandelen, houdt dit in dat de wipaandeelhouder, ongeacht de wijze van verkrijging van de wipaandelen, de eenzijdige verbintenis aangaat waarbij hij zich onherroepelijk verbindt de aandelen te verkopen aan de overige aandeelhouders indien deze laatsten de wil uitdrukken de aandelen te verwerven. De vraag rijst of op de verkoopbelofte door alle aandeelhouders samen moet worden ingegaan dan wel of het mogelijk is dat één van de aandeelhouders zijn optie uitoefent. Voor de geldigheid is vereist dat wilsovereenstemming bestaat over de prijs en de zaak (art. 1592 B.W.). Een andere mogelijkheid is een koop-verkoop met een beding van wederinkoop.¹³⁰ De aandeelhouders houden zich het recht voor, tegen terugbetaling van de koopprijs en de vergoeding van de wettig gemaakte kosten van de verkoop, de verkochte aandelen terug te nemen.¹³¹ Het recht van wederinkoop mag voor niet langer bedongen worden dan vijf jaar.¹³²

27. De creatie van wipaandelen kan een oplossing bieden voor de patstelling in de algemene vergadering, doch niet voor de patstelling op bestuursniveau. Daarenboven noopt de rechtsonzekerheid met betrekking tot het uitoefenen van het stemrecht door de wipaandeelhouder, de mogelijkheid tot overdracht van kapitaalaandelen met voorbehoud van het recht op uitkering van het dividend of het terugkrijgen

van de aandelen steeds op naam zijn (GOOSSENS, B., o.c., *Jura Falc.*, 1985-86, 170).

¹²² GOOSSENS, B., o.c., *Jura Falc.*, 1985-86, 170.

¹²³ In de Belgische rechtspraak heeft men de gelegenheid gehad de geldigheid van de creatie van wipaandelen te beoordelen. Het Hof van Cassatie vernietigde een arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen op grond van de overwegingen dat (a) de creatie van wipaandelen in de persoon van een derde niet-eigenaar van aandelen niet het recht op tussenkomst in de algemene vergadering van de N.V. creëerde en dat (b) een vennootschap volledig rechtsbekwaam is en vennoot kan worden in een andere vennootschap. Het Hof van Cassatie beperkte aldus zijn uitspraak tot de vernietiging van het arrest van het hof van beroep en sprak zich niet uit over de geldigheid van de constructie als dusdanig (Antwerpen, 20 juni 1979, *R.P.S.*, 1982, 30, en vernietigd door Cass., 12 december 1980, *R.P.S.*, 1982, 26, en *R.W.*, 1980-81, 1998).

¹²⁴ GOOSSENS, B., o.c., *Jura Falc.*, 1985-86, 178; FORIERS, P.-A., o.c., *T.B.H.*, 1992, 487.

¹²⁵ RONSE, J., NELISSEN GRADE, J.-M., VAN HULLE, K., LIEVENS, J. en LAGA, H., o.c., *T.P.R.*, 1986, 1327, nr. 324; LIEVENS, J., o.c., Brussel, K.U.Brussel, 1993, 3.

¹²⁶ GOOSSENS, B., o.c., *Jura Falc.*, 1985-86, 179.

¹²⁷ Art. 76 Venn.W.

¹²⁸ FORIERS, P.-A., o.c., *T.B.H.*, 1992, 487.

¹²⁹ GOOSSENS, B., o.c., *Jura Falc.*, 1985-86, 172; LIEVENS, J., o.c., Brussel, K.U.Brussel, 1993, 6.

¹³⁰ GOOSSENS, B., o.c., *Jura Falc.*, 1985-86, 173; LIEVENS, J., o.c., Brussel, K.U.Brussel, 1993, 7.

¹³¹ Art. 1659 juncto art. 1673 Burgerlijk Wetboek.

¹³² Art. 1660 Burgerlijk Wetboek.

van de aandelen bij de beëindiging van het wipaandeelhouderschap ertoe deze techniek met de nodige voorzichtigheid te gebruiken.

d. Onherroepelijke volmacht

28. Nauw verwant met de creatie van wipaandelen, is de onherroepelijke volmacht. De twee rivaliserende aandeelhouders of aandeelhoudersgroepen geven aan een derde, een vertrouwenspersoon van beide aandeelhouders, een onherroepelijke volmacht om op de algemene vergadering met een beperkt aantal aandelen te stemmen en dus op de wip te gaan zitten tussen de twee aandeelhoudersgroepen met gelijke stemkracht.¹³³ Het beding van onherroepelijke volmacht kan statutair of in een aparte overeenkomst bepaald worden. Indien het een statutair beding betreft, kan het beding slechts opgenomen, gewijzigd of afgeschaft worden met de meerderheid vereist voor de wijziging van de statuten. De derde, houder van de onherroepelijke volmacht, is bij voorkeur een onafhankelijk en neutraal vertrouwenspersoon van de aandeelhouders. Het is opportuun slechts één gemeenschappelijke volmachtdrager aan te wijzen.¹³⁴ Principieel treedt een lasthebber in naam en voor rekening van de lastgever op en staat het de lastgever vrij instructies te geven. Toch kan men de vraag stellen of het wel zinvol is instructies te geven. Van de lasthebber wordt verwacht dat hij de patstelling oplost en derhalve naar eigen inzicht stemt.¹³⁵

29. De geldigheid van de constructie is tot op heden nog niet aan een rechterlijke toetsing onderworpen. In de algemene vergadering van de N.V. kunnen alle stemgerechtigde aandeelhouders in persoon of bij volmacht stemmen (art. 74, § 2, eerste lid, Venn.W.). Vóór de wet van 18 juli 1991 bepaalde art. 74 Venn.W. dat het stemmen per volmacht toegelaten was «niettegenstaande enige hiermee strijdige bepaling, mits zij zich naar de voorschriften van de statuten gedragen». Deze beperking is niet meer opgenomen in de nieuwe tekst. Volgens H. Braeckmans betekent deze wijziging niet dat de bestaande regel dat de statuten de vertegenwoordiging ter algemene vergadering kunnen regelen, doch niet ontzeggen, is afgeschaft.¹³⁶ Krachtens art. 135, derde lid, Venn.W. is, voor zover de statuten niets anders bepalen, stemming per volmacht mogelijk in de B.V.B.A. De techniek van de onherroepelijke volmacht kan maar aangewend worden voor zover statutair niet is bepaald dat alleen aandeelhouders elkaar als lasthebbers kunnen aanwijzen.¹³⁷ Het verdient derhalve aanbeveling erop te letten dat deze clausule niet in de statuten wordt opgenomen.

30. Het onherroepelijk mandaat heeft als voordelen dat het mandaat naar voorwerp en tijd beperkt is. Het eindigt immers na de algemene vergadering. Daarenboven worden de aandelen niet in eigendom overgedragen zodat het probleem van de uitkering van het dividend en van de teruggave van de aandelen bij het beëindigen van het wipaandeelhouderschap zich niet voordoet.¹³⁸ Deze techniek is echter niet bruikbaar in geval van patstelling in de raad van bestuur.

e. Bindende derdenbeslissing¹³⁹

31. Een volgende techniek is de bindende derdenbeslissing. Onder de bindende derdenbeslissing verstaat men de techniek waarbij door de twee rivaliserende aandeelhouders een derde wordt aangewezen die een voor de aandeelhouders in het belang van de vennootschap bindende beslissing zal nemen.¹⁴⁰ De aanwijzing van de derde kan volgen uit de statuten of uit een afzonderlijke overeenkomst tussen de aandeelhouders. De derde is het best een onafhankelijke derde. Met onafhankelijk wordt bedoeld dat de derde geen aandeelhouder, bestuurder of zaakvoerder, noch commissaris is in de vennootschap. De derde hoeft niet nominatim in de statuten of de afzonderlijke overeenkomst te worden vermeld. In dit laatste geval moet voor een sluitend benoemingssysteem worden gezorgd.¹⁴¹ De derde kan zowel vóór het ontstaan als na het ontstaan van het geschil worden aangewezen. De derde wordt verondersteld naar eigen inzicht, maar in het belang van de vennootschap een beslissing te vellen.¹⁴² De aldus tot stand gekomen beslissing vervangt de beslissing van de raad van bestuur of de algemene vergadering. Deze beslissing zal rechterlijk getoetst worden alsof het een beslissing van de raad van bestuur of de algemene vergadering betrof. De toetsing is derhalve marginaal.¹⁴³ De techniek van de bindende derdenbeslissing biedt het voordeel dat ze toegepast kan worden op een patstelling in de raad van bestuur of in de algemene vergadering. De techniek biedt echter geen sluitende oplossing. De patstelling wordt niet voorkomen, maar de bindende derdenbeslissing is slechts een middel om de gerezen betwisting te beslechten.

f. Wederzijdse verkoopbeloften

32. De voorgaande technieken tot voorkoming en oplossing van patstellingen kunnen de werking van de vennootschapsorganen verzekeren, maar lossen het conflict niet op. Integendeel, in vele gevallen zal het in het ongelijk stellen van een van de aandeelhouders tot frustraties leiden, waardoor het conflict nog scherpere vormen kan aannemen. Alleen de uittreding van een van de aandeelhouders biedt in een dergelijke situatie perspectief. In vele familievennootschappen behoort de overdracht van de aandelen aan derden niet-aandeelhouders echter niet tot de mogelijkheden.¹⁴⁴ Ofwel wordt een dergelijke overdracht door de statuten uit-

¹³⁸ LIEVENS, J., *Conflicten in vennootschappen. (cursusnotities)*, Brussel, K.U. Brussel, 1993, 9.

¹³⁹ Over de bindende derdenbeslissing als rechtsfiguur, zie STORME, M., «De bindende derdenbeslissing of het bindend advies als middel ter voorkoming van gedingen», *T.P.R.*, 1984, 1243; STORME, M. en STORME, M.E., «De bindende derdenbeslissing naar Belgisch recht», *T.P.R.*, 1985, 713.

¹⁴⁰ LIEVENS, J., *o.c.*, cursusnotities VAO-vennootschappen, K.U. Brussel, 1992-93, 7.

¹⁴¹ LIEVENS, J., *o.c.*, Brussel, K.U. Brussel, 1993, 8.

¹⁴² LIEVENS, J., *o.c.*, Brussel, K.U. Brussel, 1993, 9.

¹⁴³ LIEVENS, J., *o.c.*, Brussel, K.U. Brussel, 1993, 9.

¹⁴⁴ DU FAUX, H., «De bescherming der minderheid in de handelsvennootschap», *T.Not.*, 1962, 4.

¹³³ LIEVENS, J., *o.c.*, Brussel, K.U. Brussel, 1993, 9; MAEYENS, L., *o.c.*, *Juridische aspecten van het familiebedrijf*, 1969, 205; COPPENS, P., noot onder Kh. Hasselt, 2 april 1971, *R.P.S.*, 1973, 53.

¹³⁴ LIEVENS, J., *o.c.*, Brussel, K.U. Brussel, 1993, 10.

¹³⁵ LIEVENS, J., *o.c.*, Brussel, K.U. Brussel, 1993, 10.

¹³⁶ BRAECKMANS, H., *o.c.*, *Het gewijzigde vennootschapsrecht 1991*, BRAECKMANS, H. en WYMEERSCH, E. (red.), 1992, 358-359.

¹³⁷ LIEVENS, J., *o.c.*, Brussel, K.U. Brussel, 1993, 10.

gesloten of bemoeilijkt, ofwel is de prijs die de aandeelhouder voor zijn aandelen krijgt, dermate laag dat hij in geval van overdracht een te groot nadeel zou lijden.¹⁴⁵ Wederzijdse verkoopbeloften kunnen hier een oplossing bieden. Het zijn statutaire¹⁴⁶ of contractuele bepalingen op grond waarvan aandeelhouders elkaar wederzijds onherroepelijk beloven in geval van een patstelling hun aandelen te vervreemden. Dergelijke clausules zijn geldig voor zover ze het «jus fraternitatis» respecteren, d.w.z. voor zover ze geen discretionaire uitsluitingsgrond vormen, de gelijkheid tussen de aandeelhouders respecteren en de rechterlijke controle niet uitsluiten.¹⁴⁷

33. Bij de redactie van wederzijdse verkoopbeloften moet men rekening houden met een aantal bepalingen van dwingend recht. Voor zover de wederzijdse verkoopbeloften worden opgenomen in aandeelhoudersovereenkomsten, zullen de dwingende bepalingen van art. 41, § 2, Venn.W. en, voor zover ook de uitoefening van het stemrecht zou worden geregeld, van art. 74ter Venn.W. moeten worden nageleefd. In de praktijk zal de beperking van de geldigheidsduur tot vijf jaar een struikelblok vormen. Voor het overige lijken wederzijdse verkoopbeloften in de regel niet in strijd met art. 41, § 2, en art. 74ter Venn.W. Er doet zich echter nog een probleem voor van een heel andere aard. Na het arrest van het Hof van Beroep te Brussel,¹⁴⁸ waarbij een portageovereenkomst nietig werd verklaard omdat ze in strijd werd geacht met art. 1855 van het Burgerlijk Wetboek, moet onderzocht worden of deze wederzijdse verkoopbeloften niet onder het verbod van het leeuwbeding kunnen vallen. Wederzijdse verkoopbeloften zijn immers, zoals de portageovereenkomst, buitenstatutaire overeenkomsten die nauw verbonden zijn met het vennootschapscontract of de statuten.¹⁴⁹

34. Uiteraard is het gemene recht inzake de verkoopbelofte (art. 1589 jo. 1592 B.W.) toepasselijk op de wederzijdse verkoopbeloften. Voor de geldigheid van de wederzijdse verkoopbeloften is allereerst vereist dat er overeenstemming bestaat over de te verkopen zaak en de prijs bepaald, minstens bepaalbaar is. Enerzijds kan hierbij gedacht worden aan de tussenkomst van een deskundige. Deze deskundige kan nominatim in de overeenkomst worden aangewezen. In dit geval hoeft de overeenkomst geen nadere gegevens te bevatten om de prijs te bepalen.¹⁵⁰ Verder zou de overeenkomst kunnen verwijzen naar een deskundige zonder meer

of de aanwijzing van een deskundige kunnen overlaten aan een bepaalde instelling. In dit geval moet de optie, op straffe van nietigheid, de elementen aangeven op grond waarvan de deskundige de prijs moet bepalen.¹⁵¹ Anderzijds zouden partijen een opbiedingssysteem kunnen overeenkomen. Voorbeelden van dergelijke opbiedingssystemen zijn de clausules waarbij een van de aandeelhouders zijn aandelen tegen een bepaalde, of bepaalbare, prijs¹⁵² te koop aanbiedt aan zijn medeaandeelhouder en waarbij de geadresseerde van het aanbod, in geval van weigering, zijn aandelen te koop moet aanbieden tegen dezelfde prijs, vermeerderd met een vooraf bepaald vast percentage.¹⁵³ Daarenboven moeten de wederzijdse verkoopbeloften bepalen wanneer het ontstekingsmechanisme in werking treedt. Dit houdt in dat partijen in hun overeenkomst precies moeten omschrijven onder welke omstandigheden de blokkering derwijze wordt geacht dat ze niet meer op te lossen is en de wederzijdse verkoopbeloften in werking moeten worden gesteld.

7° Besluit

35. De patstelling is in het Belgisch recht niet bevredigend geregeld. Behoudens de wederzijdse verkoopbeloften, kunnen geen van de besproken oplossingen of middelen ter voorkoming van een patstelling én de belangen van de aandeelhouders én de continuïteit van de onderneming waarborgen. Het gemis aan een wettelijke geschillenregeling laat zich in de praktijk dan ook erg gevoelen. Immers, in geval van een diepgaande en blijvende onenigheid tussen aandeelhouders is een wettelijke geschillenregeling de enige uitweg. Het ingediende wetsvoorstel kan rechtszekerheid bieden aan de aandeelhouders en de schuldeisers van een vennootschap waarvan de werking door een patstelling geblokkeerd is. Het uittreden van een aandeelhouder beëindigt het conflict, terwijl aan het voortbestaan van de onderneming niet geraakt wordt. Daarenboven is de uittredende aandeelhouder verzekerd van een reële prijs in ruil voor zijn aandelenpakket.

J. VERHAERT

¹⁴⁵ WYCKAERT, M., «De conventionele bescherming van de minderheidsaandeelhouder», *De bescherming van de minderheidsaandeelhouder*, T.R.V., 1988, (speciaal nummer), 28.

¹⁴⁶ Het is echter niet raadzaam de wederzijdse verkoopbeloften op te nemen in de statuten. Immers, voor zover voor hun uitvoering de tussenkomst van de vennootschapsorganen is vereist, zullen in geval van blokkering ook de wederzijdse verkoopbeloften niet meer uitgevoerd kunnen worden. Statutaire wederzijdse verkoopbeloften zijn ook steeds bekend aan derden (FORIERS, P.-A., o.c., T.B.H., 1992, 482-483).

¹⁴⁷ FORIERS, P.-A., o.c., T.B.H., 1992, 482-483.

¹⁴⁸ Brussel, 3 december 1986, R.C.J.B., 1989, 542, met noot van M. COIPEL, «Réflexions sur le 'portage' d'actions au regard de l'article 1855 du Code civil. Le porteur et le lion», R.C.J.B., 1989, 553.

¹⁴⁹ Brussel, 3 december 1986, R.C.J.B., 1989, 542, met noot van M. COIPEL; FORIERS, P.-A., o.c., T.B.H., 1992, 485.

¹⁵⁰ LIEVENS, J., o.c., Brussel, K.U. Brussel, 1993, 12; FORIERS, P.-A., o.c., T.B.H., 1992, 485.

¹⁵¹ LIEVENS, J., o.c., Brussel, K.U. Brussel, 1993, 12.

¹⁵² Bijvoorbeeld tegen balanswaarde of door een deskundige vastgestelde prijs.

¹⁵³ FORIERS, P.-A., o.c., T.B.H., 1992, 485. Het spreekt vanzelf dat deze clausules een onherroepelijk karakter moeten hebben. De aandeelhouders moeten zich immers verbinden tot het kopen of het verkopen. Is dit niet het geval, dan zal de patstelling niet opgelost raken.

DE GARANTIEREGELING IN DE WET BREYNE ¹

A. Probleemstelling

1. Met de wijziging, bij de wet van 3 mei 1993 van de wet van 9 juli 1971 tot regeling van de woningbouw en de verkoop van te bouwen of in aanbouw zijnde woningen, is een einde gemaakt aan elke twijfel omtrent het antwoord op de vraag of de in deze wet ingevoerde wettelijke regeling van bindende dan wel van optionele aard was. Voortaan is de wet duidelijk: de niet-naleving van de garantieregeling leidt tot nietigheid van de overeenkomst, welke nietigheid alleen door de verkrijger of opdrachtgever kan worden opgeworpen (art. 13, tweede lid). De vraag of aan de garantieverplichtingen is voldaan, is derhalve van wezenlijk belang. Daarover blijkt zich een betwisting voor te doen die vooral betrekking heeft op de bouwwerken die worden opgericht door projectontwikkelaars, die al dan niet samen met een aannemer van het werk het goed op plan hebben verkocht aan de opdrachtgever, wiens belangen de wet beoogt te beschermen.

Men kan het probleem in zijn hoofdlijnen als volgt schetsen. De garantieregeling als bedoeld in artikel 12 stelt een tweevoudig stelsel in: wordt het te bouwen onroerend goed verkocht door een erkende aannemer, dan is een garantie vereist van 5%; in de andere gevallen geldt een garantie van 100%. Aangezien er onduidelijkheid heerst betreffende het toepassingsgebied, en gelet op de uiteenlopende opinies die in diverse geschriften werden vertolkt, ² houdt onder meer de notariële praktijk zich aan de veiligste norm, namelijk een garantie ten belope van 100%, telkens wanneer er de minste twijfel is over de erkenning van de aannemer of de erkende aannemer solidair optreedt met een niet erkende aannemer of een partner die niet voor erkenning in aanmerking komt. Het gevolg hiervan blijkt te zijn dat heel wat notariële verkopen wachten op afhandeling, wat aldus de financiering van de bouwwerken in het gedrang brengt.

B. De garantieregeling in de wet Breyne

2. Artikel 12 van de wet van 9 juli 1971, hierna wet Breyne te noemen, bepaalt:

«Wanneer de verkoper of de aannemer, wat de aard en de omvang van de hem opgedragen werken betreft, voldoet aan de eisen (van de wet van 20 maart 1991), houdende erkenning der aannemers, is hij verplicht zekerheid te stellen, waarvan de Koning het bedrag bepaalt, alsmede de wijze waarop ze wordt gedeponneerd en bevrijd.

Wanneer de verkoper of de aannemer aan de eisen (van de wet van 20 maart 1991), zoals bepaald in voorafgaande alinea, niet voldoet, is hij ertoe gehouden te waarborgen hetzij

de voltooiing van het huis of het appartement, hetzij, bij ontbinding van het contract wegens niet-voltooiing, de terugbetaling van de gestorte bedragen.

De Koning bepaalt de aard van de waarborg en de voorwaarden waaronder deze wordt verleend, alsook de wijze waarop de koper of de opdrachtgever daarvan wordt ingelicht. Deze hebben op die waarborg een voorrecht, dat rang neemt onmiddellijk na het voorrecht voorzien in artikel 27, 5°, van de hypotheekwet.»

De ratio legis van deze bepaling streeft na de koper of opdrachtgever – eigenlijk een consument of belegger die, geheel of ten dele, voor eigen huisvesting een huis of appartement wil doen bouwen – een waarborg te verschaffen die de voltooiing van het werk moet verzekeren. Indien hij hierbij een beroep doet op een «erkende aannemer» – met andere woorden op een aannemer die ook voor de overheid als degelijk en solvabel wordt beschouwd – zullen geen aanzienlijke bijkomende waarborgen worden verlangd. Een garantie ten belope van 5% van de «werken» zal volstaan. Immers, de waarborg van de koper ligt vervat in de financiële eisen die worden gesteld naar aanleiding van de erkenning van de aannemer, en waarvan de naleving om de vijf jaren wordt gecontroleerd door de Commissie voor de erkenning van de aannemers. ³

Ten aanzien van bouwwerken aangeboden door andere dan erkende aannemers, of door personen die geen aannemer zijn, legt de wet een voltooiingsverbintenis op, waarvan bedrag en modaliteiten bij K.B. zijn bepaald. Deze regel geldt ook voor overeenkomsten met een erkende aannemer wat betreft de projecten die de grenzen overschrijden waarvoor deze aannemer de erkenning bezit.

Luidens het tweede lid van artikel 12 dient alsdan een waarborg ten belope van 100% gesteld te worden. ⁴

3. Welke aannemers komen in aanmerking voor de 5%-regel?

Art. 12, eerste lid, betreft het geval «wanneer de verkoper of de aannemer... voldoet aan de eisen van de wet van 20 maart 1991...» Men zou zich derhalve kunnen afvragen of de verkoper van het huis of appartement, behoudens een aannemer, ook een verkoper-niet-aannemer zou kunnen zijn. Deze logische interpretatie is evenwel misleidend en stemt niet overeen met de wil van de wetgever.

Uit de memorie van toelichting ⁵ blijkt dat de term «verkoper» in het eerste lid dient te worden begrepen als de «aannemer-verkoper» (in het Frans: «l'entrepreneur-vendeur»), wat elke twijfel wegneemt ten aanzien van de vraag of ook een niet-aannemer als verkoper voor de 5%-regel in aanmerking kan komen. Deze lezing is ook logisch: alleen aannemers komen voor erkenning in de zin van de wet van 20 maart 1991 in aanmerking.

¹ De tekst van deze nota is het resultaat van een bespreking, en werd eenparig goedgekeurd door de heren P. Moulin, H. Rutsaert, D. Van Haesebrouck, notarissen; de heren G. Baert, G. Lauwers, J. Mertens, R. Honoré, advocaten.

² Zie hierover CHANDELLE, J.M., «La loi Breyne», *Rép.Not.*, VII, p. 89; RENARD, A. en VAN DER SMISSEN, P., *La loi Breyne*, Nemesis, 1989, p. 199; VAN ROYEN, A. en VAN TRICHT, S., «Wijzigingen aan de wet Breyne», *Notarius*, 1993/8-9, p. 245.

³ Zie art. 18 van de wet van 20 maart 1991.

⁴ Op de kenmerken van deze waarborg wordt hier niet ingegaan.

⁵ *Gedr.St.*, Senaat, 639, zitting 1969-70, blz. 10: «In alinea 1 van dit artikel slaat de term 'verkoper' wel te verstaan op de 'aannemer-verkoper'».

Omgekeerd kan men evenmin aanvaarden dat de «aannemer» uit het eerste lid zou verwijzen naar een persoon die niet ook optreedt als verkoper. Deze aannemer zou uitsluitend worden belast met de uitvoering van het werk, bv. door een verkoper-projectontwikkelaar. De koper heeft met een dergelijke aannemer geen rechtsverhouding, terwijl de verhouding projectontwikkelaar/aannemer buiten het toepassingsgebied blijft van deze wetgeving.⁶

Deze ontleding leidt ertoe dat de «verkoper of de aannemer» uit het eerste lid uitsluitend kan worden begrepen als de aannemer-verkoper. Daarbij is van geen belang of deze aannemer-verkoper het werk ook zelf zal uitvoeren, dan wel daartoe op een of meer al dan niet erkende aannemers een beroep zal doen. De verminderde financiële waarborg vindt zijn grondslag in zijn erkenning als aannemer, met het daarbijhorend toezichtsbestel.

De verbinding van de verminderde garantie aan het optreden van een aannemer-verkoper beantwoordt aan het werkschema zoals dat in de jaren zestig en zeventig werd gevolgd. Sindsdien worden de meeste bouwprojecten door of met projectontwikkelaars afgehandeld.

4. Wie zijn de «erkende aannemers».

De regeling van de erkenning van aannemers van werken ligt vervat in de wet van 20 maart 1991 «houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken». ⁷ Deze wet strekt ertoe de overheid te beschermen tegen tekortkomingen, onder meer op het financiële vlak, voor de uitvoering van werken opgedragen aan deze aannemers. Tot de erkenningsvoorwaarden behoort het vereiste dat de kandidaat «voldoende financiële en economische draagkracht (moet) hebben». Deze voorwaarde wordt door de Commissie voor de erkenning grondig gecontroleerd. De erkenning wordt verleend volgens de categorieën werken, en voor de bedragen, per klasse, van de werken waarvoor kan worden ingeschreven.⁸

5. De wet Breyne verwijst in voormeld artikel 12, eerste lid, door naar de wet van 20 maart 1991 en zulks «wat de aard en de omvang van de hem opgedragen werken betreft». Deze doorverwijzing geldt voor die verkopers-aannemers «die voldoen aan de eisen van de wet van 20 maart 1991». Hierbij wordt niet gesteld dat deze aannemers erkend zouden zijn: zij moeten voldoen aan de eisen van de wet van 20 maart 1991.

De wet van 20 maart 1991 bevat immers meerdere regelingen.

Artikel 3 bepaalt dat grotere opdrachten slechts gegund kunnen worden aan aannemers die «1° hetzij hiervoor erkend zijn, 2° hetzij de bewijzen hebben geleverd dat zij voldoen aan de voorwaarden gesteld door of krachtens deze wet». In dit laatste geval is een bijzondere ministeriële beslissing vereist.⁹

Daarenboven gelden evenzeer als erkend de aannemers uit andere EG-lidstaten die aldaar op een officiële lijst zijn ingeschreven. Geen opdrachten kunnen deze aannemers

worden gegund dan na een ministeriële gelijkwaardigheidsverklaring.¹⁰

Voor kleine werken ¹¹ ten slotte kunnen opdrachten worden gegund aan aannemers die, zonder over een erkenning te beschikken, voldoen aan de voorwaarden bepaald in art. 4, § 1, 1°, 4° en 7°, van de wet, dat wil zeggen, beantwoorden aan het nationaliteitsvereiste, niet veroordeeld zijn en hun sociale en fiscale verplichtingen nageleefd hebben.

Ten slotte kan een voorlopige erkenning worden verleend aan aannemers die de bedoelde activiteit gedurende minstens vijf jaren hebben uitgeoefend.¹²

6. Bijzondere aandacht vereist het bepaalde in artikel 11 van deze wet wat het statuut betreft van de tijdelijke verenigingen van aannemers. De tijdelijke vereniging kan als vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid niet worden erkend. De toepassing van de rechtsregel kan nochtans rekening houden met het bestaan van deze vennootschapsovereenkomst. Aldus bepaalt artikel 11:

«§ 1. De tijdelijke verenigingen van aannemers worden tot de uitvoering der werken toegelaten, voor zover ten minste één der deelgenoten over een erkenning beschikt die overeenstemt met de voor die werken vereiste klasse en categorie of ondercategorie of daartoe de bewijzen heeft geleverd bepaald in artikel 3, § 1, 2°, en voor zover de andere deelgenoten beantwoorden aan de voorwaarden gesteld bij artikel 4, § 1, 1°, 2°, 3°, 4° en 7°. De deelgenoten mogen in geen geval het voorwerp uitmaken van een uitsluiting, schorsing of intrekking van erkenning in de zin van artikel 19.

§ 2. De tijdelijke verenigingen waarvan ten minste twee deelgenoten erkend zijn in dezelfde klasse en categorie of ondercategorie of, overeenkomstig artikel 3, § 1, 2°, bewijzen aan de voorwaarden voor die erkenning te voldoen, worden geacht de vereiste erkenning te bezitten voor de uitvoering van de in de onmiddellijk hogere klasse ingedeelde werken van die categorie of ondercategorie.

De bepaling van het vorig lid vindt geen toepassing wanneer de deelgenoten van de tijdelijke vereniging slechts erkend zijn in de laagste klasse.»

Op grond van deze bepaling kan tot de uitvoering van de werken worden toegelaten de tijdelijke vereniging van aannemers, rekening houdend met de erkenning – of met de toestand van aannemer die de nodige bewijzen heeft geleverd in de zin van art. 3, § 1, 2° – in de persoon van één van de leden-aannemers. Niet alle leden dienen derhalve de erkenning te bezitten: het bestuur is voldoende beschermd door zijn hoofdelijk verhaal tegen de erkende aannemer (zie art. 175, tweede lid, Venn.W.). De toevoeging van andere, niet erkende partijen versterkt slechts het verhaal van het bestuur, kan het niet verzwakken.

De andere aannemers die bij de tijdelijke vereniging zijn betrokken, moeten, zonder erkend te zijn, wel voldoen aan minimale vereisten: ¹³ nationaliteitsvereiste, inschrijving in het handelsregister, geen veroordelingen, naleving van fiscale of sociale plichten. Opvallend is dat zij niet dienen te vol-

¹⁰ Art. 6, eerste lid, W. 20 maart 1991.

¹¹ Art. 2, eerste lid, van het K.B. van 26 oktober 1991, B.S., 18 oktober 1991.

¹² Art. 10. Deze erkenning is 20 maanden geldig, tweemaal hernieuwbaar.

¹³ Art. 11, § 1, W. 20 maart 1991.

⁶ Artikel 2, eerste lid, 3°, wet Breyne.

⁷ Deze wet heeft de besluitwet van 3 februari 1947 opgeheven.

⁸ Art. 7 W. 20 maart 1991.

⁹ Zie art. 6 W. 20 maart 1991.

doen aan het vereiste van de «voldoende technische bekwaamheid» noch aan dat van de «voldoende financiële en economische draagkracht» (art. 4, § 1, 5° en 6°).

De bijzondere regeling voor de tijdelijke vereniging is een verstrenging van het wettelijke stelsel: immers, indien het erkende lid zich met al dan niet erkende partners associeert, heeft het bestuur hiermee in beginsel niets uitstaande. Art. 11 beperkt de toegang tot de tijdelijke vereniging tot aannemers die aan de vermelde voorwaarden voldoen.

De klasse en categorie waarin de werken mogen worden uitgevoerd, zal worden bepaald rekening houdend met de toestand van dat erkende lid. Zijn twee of meer leden erkend, dan kunnen zij in aanmerking komen voor een categorieverhoging. Hierin ligt dan wel een versoepeling van het basisstelsel vervat.

7. De wet Breyne verwijst met andere woorden naar een conceptie van aannemer die heel wat ruimer is dan die van de «erkende aannemer». Ze verlangt niet dat de verkoper-aannemer erkend is. Ze verlangt dat hij «wat de aard en de omvang van de hem opgedragen werken betreft, voldoet aan de eisen van de wet van 20 maart 1991».

In die zin kunnen worden geacht te voldoen aan de eisen van de wet van 20 maart 1991 de aannemers die, zonder erkend te zijn, hetzij

- a. «2° de bewijzen hebben geleverd dat zij voldoen aan de voorwaarden gesteld door of krachtens deze wet»
- b. in een andere EU-lidstaat een gelijkwaardige erkenning bezitten
- c. een voorlopige erkenning bezitten, verleend door de bevoegde minister.

In de gevallen bedoeld in a, b en c is een voorafgaande beslissing van de minister, na advies van de Commissie voor erkenning der aannemers vereist.¹⁴

- d. de leden van de tijdelijke vereniging.

Minstens een van de leden moet een erkenning bezitten of het bewijs hebben geleverd als bedoeld in art. 3, § 1, 2°. De andere leden dienen aan de volgende voorwaarden te voldoen:

- zij moeten aannemer zijn;
- nationaliteit, handelsregisterinschrijving, geen veroordeling en, naleving van sociale en fiscale verplichtingen.

8. Het in het vorige randnummer vermelde vereiste naar luid waarvan alleen «aannemers» tot de tijdelijke vereniging mogen behoren, vergt bijkomende uitleg. Vanzelfsprekend gaat het niet om «erkende» aannemers. Het begrip «aannemer» wordt in sommige wetten verduidelijkt.

Het B.W. klasseert de aanneming onder huur van werk of diensten (art. 1779 B.W.), en verschaft in artikel 1787 B.W. een iets preciezer omschrijving als «iemand belasten met het maken van een werk». De fiscale wet, die als grondslag dient voor de registratie van de aannemers, bevat slechts een reglementaire bepaling. Toch kan men artikel 405 W.I.B. 1992 als aanknopingspunt hanteren voor zover hierin sprake is van de definitie van de hoofdaannemer als de «natuurlijke persoon of de rechtspersoon die er zich toe verbindt om tegen een bepaalde prijs voor een opdrachtgever werken uit te voeren of te laten uitvoeren die overeenstemmen met door

de Koning bepaalde werkzaamheden». ¹⁵ Vandaar dat deze definitie – die overigens met de gemeenrechtelijke overeenstemt – als uitgangspunt kan worden gebruikt voor de interpretatie van het begrip aannemer in de wet van 20 maart 1991.

Niet erkende aannemers kunnen lid zijn van een tijdelijke vereniging mits zij daarenboven aan de voorwaarden van nationaliteit, eerbaarheid enz. voldoen. Welnu, deze voorwaarden treft men evenzeer aan onder de vereisten voor de registratie van de aannemer. Dit kan tot het besluit leiden dat aannemers die overeenkomstig het K.B. van 5 oktober 1978 zijn geregistreerd, in elk geval in aanmerking komen om als lid van een tijdelijke vereniging voor de toepassing van de wet Breyne in aanmerking te komen. Het bewijs van de naleving van de voorwaarden wordt meteen aanzienlijk vereenvoudigd aangezien alleen bewijs van de registratie moet worden voorgebracht.

Aannemers die niet zijn geregistreerd, dienen te bewijzen dat zij voldoen aan de bovenvermelde vereisten zoals gesteld in art. 11 van de wet van 20 maart 1991.

Voor zover de leden van een tijdelijke vereniging aannemers zijn die voldoen aan de vereisten van de wetgeving op de registratie van aannemers, of anderszins art. 4, § 1, 1°, 2°, 3°, 4° en 7°, van de wet van 20 maart 1991 naleven, komt deze vereniging voor de toepassing van art. 12, eerste lid, van de wet Breyne in aanmerking, en derhalve voor de 5%-waarborg, die door de erkende aannemer dient te worden gesteld. De toevoeging van bijkomende, niet-erkende, aannemers als leden geeft bij hen geen aanleiding tot het stellen van enige waarborg.

Het is daarbij voldoende dat deze bijkomende leden aannemers zijn, zonder dat de aard van hun activiteit, bv. als zijnde van materiële of van intellectuele aard, weerslag zou vertonen op het vlak van de toepassing van deze regel: in die zin kunnen projectleiders, die algemene organisatiediensten presteren voor de uitvoering van een bouwproject, als aannemers aangemerkt worden.

Voormelde interpretatie is conform de bedoeling van de wetgever: deze heeft willen verzekeren dat de kopers van te bouwen onroerende goederen beschikken over een volwaardig verhaal tegen de aannemer. De toevoeging van een aannemer, gespecialiseerd in andere dan de klassieke bouwfuncties, doet hieraan geen afbreuk, doch verruimt het verhaalsrecht van de koper dat zich tot alle leden van de tijdelijke vereniging uitstrekt, op grond van de in de vennootschapswet bepaalde hoofdelijkheid.

C. Berekeningsbasis voor de waarborg

De 5%-waarborg

9. Artikel 3, eerste lid, van het K.B. van 21 oktober 1971, als gewijzigd door het K.B. van 21 september 1993, hierna Uitvoeringsbesluit te noemen, bepaalt:

«Het bedrag van de zekerheidstelling of borgtocht, bedoeld in artikel 12, eerste lid, van dezelfde wet, belooft 5 pct. van de prijs van het gebouw, zo nodig afgerond naar het hoger liggend duizendtal».

¹⁴ Art. 6, eerste lid, en 10, eerste lid, W. 20 maart 1991.

¹⁵ De Koning heeft deze lijst omschreven in artikel 1 van het K.B. van 5 oktober 1978, B.S., 7 oktober 1978.

Wat dient onder «de prijs van het gebouw» te worden verstaan: de prijs van het gebouw waarvan een appartement deel uitmaakt, dan wel het huis of het appartement op zich?

Artikel 1, § 1, tweede lid, van het Uitvoeringsbesluit bepaalt dat, naargelang de overeenkomst respectievelijk betrekking heeft op nieuwbouw of verbouwingswerken, als prijs van het gebouw dient te worden beschouwd ofwel de «totale prijs verminderd met de prijs van het terrein» ofwel de «totale prijs van de verbouwings- of uitbreidingswerken».

De «totale prijs» waarnaar wordt verwezen is de totale prijs van het huis of van het appartement ¹⁶ welke krachtens artikel 7, e, wet Breyne verplicht dient te worden opgenomen in iedere overeenkomst die aan de toepassing van de wet Breyne onderworpen is. Het lijkt daarbij geen twijfel dat de prijs wordt bedoeld zoals deze is bedongen in de overeenkomst die aan het toepassingsgebied van de wet Breyne is onderworpen, en derhalve dat bedoeld zijn: de koop prijs, verminderd met de grond prijs, vermeerderd met de prijs van het aandeel in de gemeenschappelijke delen, voor zover dit aandeel niet reeds in de koop prijs is begrepen. Met prijs herzieningen en meerwerken ¹⁷ dient geen rekening gehouden te worden.

De verwijzing in artikel 1, § 1, tweede lid, van het uitvoeringsbesluit naar «totale prijs» kan alleen maar betrekking hebben op een aan deze wet onderworpen overeenkomst, niet op het bouwcontract voor het gehele project, en derhalve niet op de overeenkomst tussen de professionele projectontwikkelaar en de aannemer. ¹⁸ De belegger die als opdrachtgever optreedt voor het gehele gebouw, zal derhalve voor een 5%-waarborg voor het gehele gebouw in aanmerking komen.

Voormelde regeling verschilt fundamenteel van die welke bepaald is in artikel 12, tweede lid, wet Breyne. In dit laatste geval wordt aan de koper een voltooiingswaarborg gegeven; dit onderstelt dat het gebouw, waarvan het appartement deel uitmaakt, wordt voltooid. ¹⁹ In het geval geregeld in het eerste lid van artikel 12 wet Breyne, wordt aan de koper daarentegen geen garantie gegeven dat het gebouw zal worden voltooid. Wel krijgt hij de waarborg dat hij, ingeval de aannemer-verkoper zijn verplichtingen niet nakomt, verhaal op het deposito kan nemen ten belope van de geleden schade tot ten hoogste 5% van de verkoopprijs, als voormeld. ²⁰

De 100%-waarborg

Krachtens het tweede lid van artikel 12 van de wet Breyne dient de niet-erkende aannemer of de verkoper hetzij de voltooiing van het huis of van het appartement te waarborgen, hetzij bij ontbinding van het contract de terugbetaling van de gestorte bedragen.

¹⁶ In voorkomend geval van de verbouwing of de uitbreiding. Het is immers precies met betrekking tot deze bedongen prijs dat het uitvoeringsbesluit in art. 1, § 1, derde lid, de limieten aangeeft waarbinnen een gebeurlijke herziening van de initieel overeengekomen prijs in aanmerking kan komen.

¹⁷ Tenzij deze een bijkomende woongelegenheden tot voorwerp hebben.

¹⁸ Zie art. 2, 3°, wet Breyne.

¹⁹ Cf. infra nr. 10.

²⁰ CHAMPION B., «Borgtocht en voltooiingswaarborg een merkwaardig verschil», *Notarius*, 1994/2, 38.

Daarnaast bepaalt artikel 4, eerste lid, van het Uitvoeringsbesluit:

«De waarborg van voltooiing bedoeld in artikel 12, tweede lid van dezelfde wet, wordt verstrekt bij wege van een hoofdelijke borgstelling waarbij een kredietinstelling, ..., zich ertoe verbindt, bij het in gebreke blijven van de verkoper of de aannemer, aan de verkoper of de opdrachtgever de sommen te betalen die nodig zijn voor de voltooiing van het huis of van het gebouw waarvan het appartement deel uitmaakt of, in het desbetreffende geval, van de verbouwings- of de uitbreidingswerken.»

Een eerste lezing doet een ogenschijnlijke tegenstrijdigheid vermoeden tussen de tekst van de wet en de tekst van het uitvoeringsbesluit. Op grond van eerstgenoemde kan worden gesteld dat alleen met de contractsprijs rekening moet worden gehouden, zoals het geval is in de 5%-regeling. Uit het uitvoeringsbesluit vloeit daarentegen voort dat de prijs van het gehele gebouw waarvan het appartement deel uitmaakt als berekeningsbasis moet worden genomen.

Beide teksten zijn evenwel niet tegenstrijdig. Door de rechtsleer wordt daarbij terecht geargumenteed dat een appartement als dusdanig niet kan bestaan, zonder het gebouw waarvan het deel uitmaakt. Opdat een appartement bijgevolg als voltooid kan worden beschouwd, is eveneens vereist dat het gebouw, waarvan het deel uitmaakt, is voltooid. ²¹

Het begrip «voltooiing» dient daarbij te worden begrepen als de volledige afwerking van het huis of het appartement tot en met de voorlopige oplevering. ²² De voltooiingswaarborg omvat daarentegen niet de tienjarige aansprakelijkheid van de aannemer. ²³

Een dergelijke «open» garantie ²⁴ plaatst de borgtochtverlenende financiële instellingen voor onoverbrugbare problemen op het vlak van het precies bepalen van de mogelijke risico's en van de omvang van de te verlenen garantie.

Besluit

De wet Breyne, zoals ze thans is geformuleerd, is op vele punten onduidelijk. Deze onduidelijkheid is grotendeels toe te schrijven aan het verbinden van twee wetgevingen die niet zijn geconcipieerd in functie van elkaars wederzijdse behoeften. Het geheel is niet grondig doordacht en leidt tot onredelijke oplossingen. Het is wenselijk dat de wetgever deze

²¹ CHANDELLE J.-M., «La loi Breyne», *Rép. Not.*, VII, p. 86: «Un appartement n'a, en soi, aucune matérialité sans le gros-oeuvre et les constructions qui forment l'ensemble dans lequel il est intégré». In dezelfde zin RENARD A. en VAN DER SMISSEN P., *La Loi Breyne*, Nemesis, 1989, p. 189; CHAMPION B., *o.c.*, 40.

²² Derhalve rekening houdend met de omvang van de opdracht: CHAMPION B., *o.c.*, 40 met verwijzingen.

²³ Zie artikel 1792 B.W.; vgl. CHANDELLE J.-M., *o.c.*, p. 87. Men vergelijkte met de afbouwregeling onder het regime van de 5%-waarborg: de waarborg wordt met de helft verminderd bij de voorlopige oplevering, en geheel gesaldeerd bij de definitieve oplevering (art. 3, vijfde lid, van het K.B. 21 oktober 1971). Dit regime geldt niet onder de 100%-garantieregeling.

²⁴ Met de garantie wordt een bepaald resultaat gewaarborgd, namelijk de voltooiing van het betrokken bouwwerk, ongeacht de kostprijs hiervan. Zie in dit verband ook CHANDELLE J.-M., *o.c.*, p. 86, nr. 115.

wetgeving grondig op haar doelstellingen en werkbaarheid herziet.

In de voormelde studie werden slechts enkele van de vele vraagpunten aangeraakt en voor sommige een op de rechtsregel gefundeerde oplossing geformuleerd. Dit is in het bijzonder het geval voor het beroep op de tijdelijke vereniging als samenwerkingsvorm tussen een aannemer en andere bij een bouwproject betrokken ondernemers. Vooral ten gevolge van de hoofdelijke aansprakelijkheid van de leden verschaft de tijdelijke vereniging voor de opdrachtgevers vol-

doende waarborgen terwijl het beroep op deze rechtsvorm de letter van de wet eerbiedigt.

Eddy WYMEERSCH
Hoogleraar
Frank NICHELS en
Dominique BLOMMAERT
Wetenschappelijke medewerkers
U. Gent

RECHTSpraak

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 4 JANUARI 1994

Voorzitter-rapporteur: de h. D'Haenens

Openbaar ministerie: de h. du Jardin

Advocaat: mr. Lust

Bewijs – Strafzaken – 1. Regelmatigheid – Voorwaarde – 2. Onregelmatig verkregen bewijs – Gevolg

1. Wanneer iemand strafbare feiten aangeeft op grond van de inzage van documenten waartoe hij krachtens zijn dienstverband toegang heeft, en die omstandigheid geen misdrijf of enige andere onrechtmatige verkrijging oplevert, dan houdt het bewijs dat hierdoor kan worden geleverd, geen onregelmatigheid in.

2. De rechter vermag niet een misdrijf bewezen te verklaren indien het daartoe aangewende bewijs is verkregen door middel van een strafbaar feit of op een andere onrechtmatige wijze, hetzij door de overheid die met de opsporing, de vaststelling of de vervolging ervan belast is, hetzij door de aangever van het misdrijf. In dat geval vermag de rechter niet het aan de beklaagde ten laste gelegde feit bewezen te verklaren, behalve indien het bewijs van het misdrijf geleverd wordt door andere bewijsgegevens die rechtstreeks noch onrechtstreeks uit het onrechtmatig verkregen bewijs voortvloeien.

Procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Gent t/ L.
e.a.

Conclusie van advocaat-generaal J. du Jardin

Over de casuspositie: een nachtwaker maakt misbruik van zijn vertrouwenspositie om gegevens uit de zwarte boekhouding van het hotel waar hij werkt, in een anonieme brief aan de bevoegde diensten van de fiscus kenbaar te maken. Strafrechtelijke vervolgingen worden ingesteld, o.m. wegens fis-

cale ontduiking, ten laste van de werkgever maar die wordt van alle rechtsvervolging ontslagen bij gebreke van regelmatig bewijs. De appelrechters hebben namelijk geoordeeld dat het bewijs op onrechtmatige wijze was verkregen, hoewel de beklaagde hiervoor geen misdrijf had gepleegd.

Tegen dat arrest beroept de procureur-generaal bij het hof van beroep te Gent zich in cassatie (...).

In het arrest leest men het volgende: «De aangever schoot in zeer ernstige mate tekort, niet alleen in zijn morele, maar ook aan zijn wettelijke plicht tot geheimhouding van vertrouwelijke gegevens die hij als werknemer slechts in het kader van zijn werkzaamheden had kunnen vernemen.» Dienaangaande verwijzen de appelrechters naar art. 17, 3, a, van de wet van 3 juli 1978 op de arbeidsovereenkomsten: krachtens die wettelijke bepaling is de werknemer verplicht zich ervan te onthouden «a) fabrieksgeheimen, zakengeheimen of geheimen in verband met persoonlijke of vertrouwelijke aangelegenheden, waarvan hij in de uitoefening van zijn beroepsarbeid kennis kan hebben, bekend te maken».

Een eerste vraag dient beantwoord te worden om de regelmatigheid van het aldus verkregen bewijs te toetsen:

Valt de «zwarte boekhouding» onder de «geheimen» die de werknemer krachtens voormeld art. 17 verplicht is te bewaren?

Het kenbaar maken van de zwarte boekhouding van de werkgever door de werknemer brengt ongetwijfeld de vertrouwensrelatie die tussen beiden dient te bestaan in het gedrang; schending van die vertrouwensrelatie kan in dit opzicht zelfs een contractuele fout opleveren, die tot ontslag wegens dringende reden aanleiding kan geven.

Maar dit belet niet dat documenten, die fiscaal frauduleus zijn, toch bezwaarlijk beschouwd kunnen worden als vallend onder de door art. 17 bedoelde geheimen.

Ik ben geneigd mij aan te sluiten bij de rechtsleer die zegt: «L'ordre public interdit (...) de voir un secret de fabrication ou d'affaires dans un fait qui violerait l'ordre public, comme une fraude fiscale. (...) Mais si l'employé a divulgué les frau-

des fiscales de son employeur, de sa propre initiative, sans y être contraint par une obligation légale, il manque à la bonne foi toute particulière qu'implique l'exécution de son contrat. (...) Alors qu'il n'est lié, dans ce domaine par aucun secret professionnel, il commet pourtant une faute contractuelle dont le juge appréciera la gravité.»¹

Niemand zal betwisten dat de werknemer t.o.v. zijn werkgever op onbehoorlijke wijze gehandeld heeft, maar, zolang hij geen misdrijf pleegt en ook geen onregelmatigheid begaat om van de frauduleuze boekhouding kennis en nota te nemen, dan is zijn handelwijze, hoe laakbaar ook, niet als dusdanig onrechtmatig.

Wat het juridisch aspect van de zaak betreft, rijst de vraag onder welke voorwaarden een bewijs in strafzaken in rechte ontoelaatbaar moet worden verklaard.

Waar ligt de grens van het *ontoelaatbare*? De vraag dient op die wijze geformuleerd te worden, omdat *toelaatbaarheid* van welk bewijs dan ook de regel is, en het *ontoelaatbare* de uitzondering.

De strafrechter beoordeelt vrij de bewijswaarde van alle elementen die hem worden voorgelegd.

Indien er beperkingen zijn, dan hebben die betrekking op de *bewijsvoering*. Men moet immers een significant onderscheid maken tussen de problematiek van het bewijsmiddel en de problematiek van de bewijsvoering.²

1. In het kader van de vrije beoordeling van het bewijs, kan de wet voor bepaalde bewijzen vormen opleggen, zelfs op straffe van nietigheid.

Schending van zodanige regel van formeel strafprocesrecht bij het verkrijgen van een bewijs noopt de rechter ertoe dat bewijs wegens nietigheid te verwerpen.

Die eerste stelling sluit aan bij een reeds oude en constante rechtspraak van het Hof.³ Voorbeelden uit de meest recente rechtspraak van het Hof kunnen als illustratie dienen: daarin ging het meer bepaald om het verhoor onder ede van een getuige die vervallen was van het recht om te getuigen; het verhoor van een verdachte onder ede; het verrichten van een bloedanalyse met schending van de wettelijke reglementering.

2. Buiten de gevallen van onwettigheid door schending van een formele tekst van de wet, is ook ontoelaatbaar het bewijs verkregen door het plegen van een misdrijf.

Voorbeelden tot staving van die stelling zijn eveneens te vinden in de recente rechtspraak van het Hof, meer bepaald met betrekking tot het beroepsgeheim, de bedrieglijke wegneming van bewijsstukken, en het briefgeheim.⁴

¹ R.P.D.B., Compl. III, «Contrat de travail et contrat d'emploi», nr. 295; M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, Univ. Liège, 1956, II, 41-42, nrs. 31 en 32.

² Zie in *Strafrecht en Strafvordering. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer* de twee studies van D. HOLSTERS, gewijd enerzijds aan «De bewijsmiddelen in strafzaken» en anderzijds aan «De bewijsvoering in strafzaken».

³ Cass., 10 december 1923, *Pas.*, 1924, 67, met concl. van P. LECLERCQ; Cass., 26 februari 1992, *A.C.*, 1991-92, nr. 338; 6 mei 1993; 23 januari 1990, *A.C.*, 1989-90, nr. 320; Ph. TRAEST, *Het bewijs in strafzaken*, Mys en Breesch, 1990, nr. 673.

⁴ Cass., 22 december 1992, met een relativerende en uitzonderlijke toepassing van de regel; zie ook Cass., 29 oktober 1991, *A.C.*,

3. Eveneens ontoelaatbaar, heeft het Hof gezegd, is «het bewijs verkregen door een daad die onverenigbaar is met de algemene rechtsbeginselen die de strafrechtspleging beheersen, t.w. met de inachtneming van het recht van verdediging, zelfs indien die daad niet uitdrukkelijk door de wet is verboden».⁵

Met dat cassatiearrest van 13 mei 1986 werd voor het eerst een onderscheid gemaakt tussen *onwettigheid* en *onrechtmatigheid*.

Rijst dan de vraag hoe dit begrip *onrechtmatigheid* moet worden omlijnd?

Dat levert geen grote moeilijkheid op wanneer het gaat om een daad van de met de opsporing of met de vervolging belaste overheid, of nog om de daad van een derde die in opdracht van die overheid of op haar aanvraag, of zelfs met haar medeweten gehandeld heeft.

In dat verband oordeelt de rechtspraak dat een bewijsmiddel ontoelaatbaar is, wanneer het verkregen is door een opsporingspraktijk die de «waardigheid» van het gerecht in het gedrang brengt.⁶

Volgens de rechtsleer is dat criterium van «de waardigheid van het gerecht», dat men in 1960 voor het eerst in de rechtspraak van het Hof aantreft, moeilijk hanteerbaar omdat «die blanco-norm (...) aan zeer subjectieve beoordelingen onderhevig is»,⁷ wat, m.i., gelet op de onaantastbare beoordelingsbevoegdheid van de feitenrechter, nog geen voldoende reden is om dat criterium te verwerpen. Het staat overigens aan de rechter die zogenaamde blanco-norm te omlijnen.

Dat criterium zou ook weinig nut vertonen – zo meent de rechtsleer – omdat het «te weinig concreet» en «te beperkt» is. Een meer concrete omschrijving van het criterium lijkt mij evenwel moeilijk te vinden. De rechter moet namelijk rekening houden met de rechtspraak van het Europese Hof volgens welke de bewijsgaring moet worden beoordeeld in het kader van *het procesverloop in zijn geheel* genomen.⁸ Een meer concrete definitie van het criterium van rechtmatigheid van een bewijs zou in dat opzicht leiden tot een vereniging in plaats van een verruiming van het vereiste van totaalbeoordeling.

Anderzijds zou een ruimer criterium, door zijn vaagheid, rechtsonzekerheid doen ontstaan, waardoor het criterium zijn dienend karakter zou verliezen.

Uiteindelijk lijkt mij de *waardigheid van het gerecht* met het daaraan verbonden vereiste van *loyauteit van het bewijs* een bruikbaar criterium te kunnen zijn, zeker wanneer het erom gaat de aanvaardbaarheid van politiepraktijken te beoorde-

1991-92, nr. 197; Cass., 18 juni 1962, *Pas.*, 1962, I, 1176; lees A. DE NAUW, «De anonieme getuige», *R.W.*, 1985-86, 1873.

⁵ Cass., 13 mei 1986, *A.C.*, 1985-86, nr. 558, met de conclusie van het O.M.

⁶ Cass., 2 mei 1960, waarin voor het eerst gewaagd wordt van de «waardigheid» van het gerecht, *A.C.*, 1960, 783; Ph. TRAEST, *op.cit.*, nr. 628.

⁷ Ph. TRAEST, *op.cit.*, nr. 629.

⁸ E.H.R.M., 12 juli 1988 inzake Schenk, *Publ.Cour.*, reeks A, vol. 140, nr. 46; 20 november 1989 inzake Kostovski, *Publ.Cour.*, reeks A, vol. 166, nr. 39, P. LEMMENS, «Het strafproces en het E.V.R.M.», in *Strafrecht voor rechtspractici* (1985) 178; Ph. TRAEST, *op.cit.*, nr. 633.

len, alsmede bijvoorbeeld de daden van de onderzoeksrechter of van het O.M.⁹

«Waardigheid» en «loyauteit» van het gerecht kan men in een formule uitdrukken: het vereiste van behoorlijkheid in de opsporing, zoals dat in het Nederlandse strafprocesrecht bestaat.¹⁰

4. Is dat vereiste van behoorlijkheid, dat kan leiden tot de uitsluiting van een bewijs, ook bruikbaar t.o.v. een derde? Indien men zonder veel aarzelen het niet behoorlijk handelen van politie of magistraat afkeurt, moet men dit ook doen t.a.v. een derde?

Er is m.i. geen probleem, wanneer het bewijs, dat de derde aanvoert, zelf door illegaliteit is aangetast. Overeenkomstig een reeds oude rechtspraak, mag geen enkele onwettigheid tot de veroordeling van de verdachte bijdragen.¹¹

Er wordt in die rechtspraak – men kan tot in 1923 teruggaan – doorgaans geen onderscheid gemaakt naar gelang van de oorsprong van de illegaliteit: geen onderscheid dus naargelang de onwettigheid het feit is van de vervolgende partij dan wel van een derde, zelfs wanneer de derde handelt zonder medewerking of medeweten van de overheid.¹² Het is aldus de onwettigheid op zich die determinerend is en niet de hoedanigheid van de persoon die ze heeft begaan.

Dat schijnt evenwel, voor het ogenblik, door het Hof niet als een regel te worden aangenomen.

Blijkens twee recente arresten (Cass., 17 januari 1990 en 17 april 1991,¹³ moet uit het enkele feit dat (bewijs)stukken bedrieglijk zijn weggenomen niet noodzakelijk afgeleid worden dat de overlegging ervan voor de rechter onwettig is. In de betreffende gevallen werd vastgesteld dat de onderzoekers en de aangever geen onregelmatigheid kon worden verweten, en ook – en dit schijnt wel het determinerend criterium te zijn geweest – dat er geen verband bestond tussen de bedrieglijke wegneming van de litigieuze stukken en hun gebruik als bewijs in rechte.¹⁴

⁹ A. DE NAUW, «L'application et l'interprétation de l'art. 6.1 et 3 de la C.E.D.H. dans la jurisprudence belge en matière pénale», in *Les droits de la défense en matière pénale*, Luik, 1985, 300; C. DE VALKENEEER, «Le principe de la loyauté dans la recherche de preuves en droit pénal», *R.D.P.*, 1990, 665; zie ook J. VELU, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1990, nr. 494; F. GÖLCÜKLÜ, «Le procès équitable et l'administration des preuves dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», in *Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruylant, 1992, 1361, 1367, 1368 en de vermelde arresten.

¹⁰ A. DE NAUW, noot bij Brussel, 3 maart 1987, *R.W.*, 1987-88, 643.
¹¹ Cass., 10 december 1923, *Pas.*, 1924, I, 67; Ph. TRAEST, *op. cit.*, nr. 673.

¹² Cass., 29 oktober 1962, *Pas.*, 1963, I, 272.

¹³ Lees L. HUYBRECHTS, «Het door de aangever onrechtmatig verkregen bewijs» met betrekking tot het arrest van 17 januari 1990, *R.W.*, 1990-91, 464; en m.b.t. Cass., 17 april 1991, enkel gepubliceerd in *R.D.P.*, 1992, 94, de noot get. C. DE VALKENEEER, «De l'illégalité commise par un tiers dans l'administration de la preuve».

¹⁴ Vgl. met Cass., 29 oktober 1962, *Pas.*, 1963, I, 272: de burgerlijke partij had bewijsstukken bedrieglijk weggenomen met de bedoeling die stukken in rechte te gebruiken; Cass., 6 september 1977, *A.C.*, 1978, 23, met een subtiel onderscheid tussen het door een misdrijf verkregen bewijs of de vaststelling van misdrijf, gepaard gaande met het plegen van een misdrijf.

Ph. Traest¹⁵ meent, m.i. terecht, dat die argumenten niet overtuigend kunnen zijn: geen enkele onwettigheid mag tot een veroordeling bijdragen, ook niet de onwettige daad van een derde, zelfs gepleegd met een andere bedoeling dan het verkrijgen van een bewijs. Met de rechtsleer meen ik te moeten vaststellen dat die twee arresten van de door het Hof tot dan toe gevolgde lijn afwijken.

5. De problematiek van de toelaatbaarheid van een bewijs spitst zich toe wanneer de derde, zoals in het onderhavige geval, *zonder enige betrokkenheid* van de overheid, niet onwettig maar onbehoorlijk heeft gehandeld om een bewijs te verschaffen.¹⁶

De uitsluitingsregel is dan niet meer stringent, zoals in het geval van een onwettigheid, of in het geval van een onbehoorlijke praktijk van de onderzoekers.

In de gedachtengang van het bestreden arrest, mag de feitenrechter niet zo maar afzien van de omstandigheid dat de personen die ambtelijk optraden niets onwettigs of onregelmatigs kan worden verweten. Maar daarmee is de kous nog niet af.

Aangenomen nog dat *ambtelijk* niets verkeers is gebeurd, dan nog staat de feitenrechter voor de vraag of de onbehoorlijke handelwijze van de derde, die geen misdrijf of onregelmatigheid begaan heeft, van dien aard is dat zij in de totaalbeschouwing van het proces, waartoe de rechter volgens de rechtspraak van het Europese Hof gehouden is, (8) het bewijs ontoelaatbaar maakt.

Om de bewijsvoering naar billijkheid te beoordelen, moet de rechter het proces in zijn geheel in aanmerking nemen; in dit opzicht telt vooral de wijze waarop het bewijs wordt gebruikt in verband met de vereiste eerbiediging van het recht van verdediging, meer dan de wijze waarop het bewijs wordt ingebracht.¹⁷

De feitenrechter zal zodanig bewijs wellicht uitsluiten indien hij, met inachtneming van het geheel van de zaak, meent dat er geen sprake meer kan zijn van een eerlijke procesvoering.

De uitsluitingsregel moet aldus gerelativeerd worden.¹⁸ Een strak en abstract antwoord is niet meer mogelijk. Zodanig antwoord zou overigens indruisen tegen het vereiste van een totaalbeoordeling van het procesverloop.

Om terug te komen tot het bestreden arrest, ben ik de mening toegedaan dat de appelrechters met hun oordeel dat de telastleggingen «geen steun vinden in enig wettig, regelmatig of rechtmatig bewijsmiddel» verkeerd hebben geoordeeld, in die zin dat de vaststelling van het onbehoorlijk handelen van de derde, die geen misdrijf maar ook geen onrechtmatigheid heeft gepleegd, niet kan volstaan om tot de uitsluiting van het aldus verkregen bewijs te concluderen, evenmin trouwens als de eventuele contractuele fout van die derde, steeds op voorwaarde dat hij geen onrechtmatige daad verricht.

Er anders over oordelen zou het lot van de strafvordering op onomkeerbare wijze afhankelijk maken van de handelwijze van iemand die, vóór en los van het onderzoek, dus zonder

¹⁵ Ph. TRAEST, *op. cit.*, nr. 672.

¹⁶ Ph. TRAEST, *op. cit.*, nrs. 671 e.v.

¹⁷ F. GÖLCÜKLÜ, geciteerd in noot 9.

¹⁸ Ph. TRAEST, *op. cit.*, nrs. 677 e.v.

enige betrokkenheid van de met opsporing belaste ambtenaren, verkeerd zou handelen.¹⁹

Dit zou indruisen tegen het vereiste van een totaalbeoordeling van het proces.

Anderzijds kan men, om een bewijs toe te laten, ook niet volstaan met vast te stellen dat aan het gerecht niets kan worden verweten. (...)

Mijn conclusie is derhalve: cassatie op grond van een middel van ambtswege afgeleid hetzij uit de schending van de regels over het bewijs in strafzaken of, geïnspireerd door het arrest van 13 mei 1986, wegens miskenning van de algemene rechtsbeginselen die de strafrechtspleging of het strafprocesrecht beheersen.

Arrest

Gelet op het bestreden arrest, op 7 januari 1992 door het Hof van Beroep te Gent gewezen;

Over het ambtshalve aangevoerde middel: miskenning van de bewijsregels in strafzaken;

Overwegende dat de rechter niet vermag een misdrijf bewezen te verklaren, indien het daartoe aangewende bewijs, hetzij door de overheid die met de opsporing, de vaststelling of de vervolging ervan is belast, hetzij door de aangever van dat misdrijf door een strafbaar feit of op een andere onrechtmatige wijze is verkregen; dat hij in dat geval – en behalve indien het bewijs van het misdrijf geleverd wordt door andere bewijsgegevens die rechtstreeks noch onrechtstreeks uit het onrechtmatig verkregen bewijs voortvloeien – geen aan de beklaagde ten laste gelegde feit bewezen vermag te verklaren;

Overwegende dat de appelrechters de verweerders vrijspreken op de gronden dat de bewijsvoering van de hun ten laste gelegde misdrijven in haar geheel op onrechtmatig verkregen bewijs stoelt en derhalve moet worden geweerd, nu meer bepaald die bewijsvoering haar oorsprong vindt in de bij de anonieme aangifte gevoegde bijlagen, bevattende «gedetailleerde gegevens uit de ‘zwarte’ boekhouding van het hotel» waar de aangever als nachtportier werkzaam was, deze gegevens «tijdens zijn werkuren ongemerkt en buiten weten van (de verweerders)» werden overgeschreven en hij de bijlagen «slechts ingevolge een onregelmatige verkrijging heeft kunnen opstellen door grof misbruik te hebben gemaakt van de vertrouwensrelatie die bestond tussen hem en zijn werkgevers»;

Overwegende dat de omstandigheid dat de aangever nota neemt van documenten waartoe hij krachtens zijn dienstverband toegang heeft, geen misdrijf of een andere onrechtmatige verkrijging oplevert, zodat het bewijs van een misdrijf dat hierdoor eventueel kan worden geleverd, geen onregelmatigheid inhoudt;

Overwegende dat de appelrechters door de verweerders vrij te spreken op grond van de hierboven gegeven motivering de bewijsregels in strafzaken schenden, mitsdien hun beslissing niet naar recht verantwoordend;

...

NOOT–Gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs in het strafproces: is het tij reeds gekeerd?

1. A. *De feiten.* C.D. werkt als nachtportier in een hotel. C.D. wordt ontslagen. Tijdens de opzeggingstermijn en gedurende de arbeidsuren schrijft hij gegevens over uit de zwarte boekhouding van het hotel. In een anonieme brief deelt C.D. aan de procureur des Konings de overgepende gegevens mee waaruit blijkt dat de hotelhouders hun fiscale en sociale verplichtingen niet nakomen.

Op basis van deze brief vordert de procureur het instellen van een gerechtelijk onderzoek. Voor de correctionele rechtbank voert de verdediging aan dat de gegevens op delictuele wijze waren verkregen. De eerste rechter onderkent de onrechtmatige oorsprong, doch meent dat het verkrijgen van deze gegevens niet in oorzakelijk verband staat met het gerechtelijk onderzoek en veroordeelt de hotelhouders.

Het Hof van Beroep te Gent spreekt de hotelhouders vrij op de gronden dat de bewijsvoering van de hun ten laste gelegde misdrijven in haar geheel op onrechtmatig verkregen bewijs stoelt en derhalve voor de strafrechter geen toegelaten bewijs wordt geleverd van die ten laste gelegde misdrijven.

Op voorziening van de procureur-generaal oordeelt het Hof van Cassatie in bovenstaand arrest dat «de omstandigheid dat de aangever nota neemt van documenten waartoe hij krachtens zijn dienstverband toegang heeft *geen misdrijf of een andere onrechtmatige verkrijging* oplevert, zodat het bewijs van een misdrijf dat hierdoor desgevallend kan worden geleverd geen onregelmatigheid inhoudt». Het arrest van het hof van beroep wordt wegens schending van de bewijsregels in strafzaken verboden.

2. B. *Precedenten.* Met bovenstaand arrest lijkt het Hof van Cassatie te hebben aangenomen dat stukken overhandigd aan de overheid en verkregen niet door een «misdrijf» of op «een andere *onrechtmatige* wijze» maar wel door een door een derde gepleegde contractuele fout (in casu, een inbreuk op de arbeidsovereenkomst), voor de strafrechter ook toelaatbaar bewijsmateriaal uitmaken.

3. Door aldus te beslissen lijkt het hoogste Hof verder te wandelen op de weg die haar Franstalige Kamer koos op 17 januari 1990 (A.C., 1989-90, nr. 310, R.W., 1990-91, 463-464, met noot Huybrechts) toen het oordeelde dat «uit het enkele feit dat een stuk bedrieglijk is weggenomen van de eigenaar, niet noodzakelijk volgt dat de overlegging ervan in rechte *onrechtmatig* is» en dat als wordt vastgesteld «dat de met het onderzoek belaste personen en de aangever geen enkele *onrechtmatige daad* hebben gepleegd om in het bezit te komen van het stuk en dat er geen verband bestaat tussen de diefstal van het litigieuze boekje en de overhandiging ervan aan de met het onderzoek belaste personen», uit die vaststelling kan worden afgeleid dat de tegen eiser ingestelde strafvordering ontvankelijk was.

4. In dezelfde zin werd op 17 april 1991 (R.D.P., 1992, 94-109, met noot door De Valkeneer) door het Hof beslist dat het arrest «qui constate que les enquêteurs sont entrés en possession desdits documents à la suite de persquisitions régulières et qu'aucun lien n'existe entre le vol des documents litigieux et leur remise aux enquêteurs, justifie légalement sa décision que l'action publique exercée contre le propriétaire de ces documents était recevable».

¹⁹ Zie Cass., 6 september 1977, A.C., 1978, 23; Cass., 17 januari 1990, A.C., 1989-90, nr. 310.

5. *C. Evaluatie.* In welke mate kan/mag onregelmatig bewijsmateriaal gebruikt worden in het strafproces en is het de taak van de strafrechter om na te gaan of bewijs (on)regelmatig is verkregen?

6. Over het kanaal meende J. Mellor dienaangaande in de case *Jones v. Owens* (1870): «It would be a dangerous obstacle to the administration of justice if we were to hold, because evidence was obtained by illegal means, it could not be used against a party charged with an offence» (Andrews, J. en Hirst, M., *Criminal evidence*, Londen, Sweet & Maxwell, 1992, nr. 14.02; zie ook May, R., *Criminal Evidence*, Londen, Sweet & Maxwell, 1990, nr. 9-06, waar ook de Leatham-case (1861) wordt geciteerd die stelt: «It matters not how you get it: if you steal it even, it would be admissible»).

7. In België nam het Hof van Cassatie in een arrest van 12 maart 1923 als basisprincipe aan dat onwettig verkregen bewijsmateriaal niet tot het bewijs van het misdrijf mag meewerken (Traest, Ph., *Het bewijs in strafzaken*, Gent, Mys & Breesch, 1992, nr. 664) en gaf het impliciet de strafrechter de opdracht mee onregelmatig verkregen bewijs uit het debat te weren (over de problematiek van de toe te passen sanctie ten aanzien van onrechtmatig verkregen bewijs, zie Traest, o.c., nrs. 668-669).

8. Het onderlinge verschil in de basisfilosofieën van beide rechtsstelsels is merkwaardig. In België steunde procureur-generaal Leclercq op art. 8 Sv. om te stellen dat «les agents (...) ne peuvent – précisément parce qu'ils n'existent que pour faire respecter la loi, accomplir aucune action illégale. Toute illégalité dont ils se rendraient coupables est sans effet au point de vue de l'exécution de leur tâche. Le fait que cette action illégale leur aurait permis de constater, légalement n'est pas constaté» (Traest, o.c., nr. 664). Het weren van onrechtmatig verkregen bewijs wordt aldus verbonden aan het door de wet omschreven mandaat, gegeven aan de vervolgende instantie om op basis van de door de wet aangeboden middelen tot vervolging over te gaan.

9. Daartegenover staat de case *R.v.Sang* waarin Lord Diplock betreffende het door de vervolgende instantie onrechtmatig verkregen bewijs oordeelde: «If such evidence was obtained, there will be a remedy in civil law; if it was obtained legally but in breach of the rules of conduct for the police, this is a matter for the appropriate disciplinary authority to deal with» (Andrews, J. en Hirst, M., o.c., nr. 14.13). De enige zorg voor de Engelse strafrechter is echter het achterhalen van de waarheid, met als doel te vermijden dat een beklaagde onschuldig veroordeeld wordt.

10. Wanneer we de doelstelling van beide basisfilosofieën met elkaar vergelijken, stellen we vast dat ze elk uitgaan van de bescherming van een waardevol rechtsgoed.

11. In de Belgische basisfilosofie prevaleert «de zorg om de wet», het vervolgend orgaan dient zich naar die wet te schikken en het doel (waarheidsvinding) heiligt niet de middelen (geen gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs).

12. In de Engelse basisfilosofie prevaleert de waarheidsvinding, met het oog op een optimale berechting van de verdachte; dat andere belangen worden geschonden, kan door het primaat van deze waarheidsvinding verantwoord zijn.

13. Toetsen we deze twee doelstellingen aan elkaar, dan blijkt dat ze elkaar in de weg staan, telkens als de waarheid achterhaald wordt door bewijs verkregen door schending van de wet (bv. bewijs verkregen op basis van diefstal) of omgekeerd telkens als de bewijsvoering ertoe leidt dat de waar-

heid uiteindelijk niet achterhaald wordt (bv. bekentenis door (psychische) tortuur).

14. Daarom moet voor de praktische toepassing het punt bepaald worden – voor België – waar het bewijs onrechtmatig wordt of – voor Engeland – waarop het bewijs niet meer geacht kan worden de waarheid te dienen.

15. Opmerkelijk is dat in de zoektocht naar dit cruciale punt de Belgische wetgever zich in het grootste stilzwijgen hult. Dit in tegenstelling tot Engeland waar o.a. Section 78 van de Police and Criminal Evidence Act 1984 bepaalt: «In any proceedings, the court may refuse to allow evidence on which the prosecution proposes to rely to be given if it appears to the court that, having regard to all the circumstances, including the circumstances in which the evidence was obtained, the admission of the evidence would have such an adverse effect on the fairness of the proceedings that the court ought not to admit it» (voor de ontstaansgeschiedenis van Section 78: Wolchover, D., *The exclusion of Improperly Obtained Evidence*, Chichester, Barry Rose, 1986, 207-214; hier kan ook nog Section 82(3) van de Police and Criminal Evidence Act 1984 vermeld worden die bepaalt: «Nothing in this Part of this Act shall prejudice any power of court to exclude evidence (whether by preventing questions from being put or otherwise at its discretion)»). Vertaald in de rechtspraak (Cases: *Kuruma*, *Sang*, *Apicella*, alle geciteerd in May, R., o.c., 9-08 t.e.m. 9-11) werd als standpunt aangenomen: «What the judge at the trial is concerned with is *not* how the evidence sought to be adduced by the prosecution has been obtained but with how it is used by the prosecution at the trial» (Andrews, J. en Hirst, M., o.c., nr. 14.13). Samen-gevat kan men stellen dat de Engelse rechtbanken bewijsmateriaal uitsluiten telkens als blijkt dat het aanwenden van het bewijs een *adverse effect on the fairness of the proceedings* zou hebben. Dit zal het geval zijn wanneer bv. blijkt dat het recht op tegenspraak geschonden wordt – bv. de schriftelijke weergave van een ondervraging werd door de verdachte niet ondertekend – (*unreliable evidence* (Andrews, J. en Hirst, M., o.c., nr. 14.19)) of wanneer bv. de aangewende methode zou leiden tot (verplichte) zelfbeschuldiging (*self-incrimination* (Andrews, J. en Hirst, M., o.c., nr. 14.20)). De bewijsvoering zal als fair worden beschouwd als «the objective bystander would say that the defendant would not have fair play if this evidence were included in his trial» (May, R., o.c., 9-43).

16. In de rand kan opgemerkt worden dat indirect toch controle wordt uitgeoefend door de Engelse strafrechter ten aanzien van het geleverde politiewerk in die zin dat «where bad faith can be shown» – bv. de politiedienst wist pertinent zeker dat hij de hem toegestane bevoegdheid overtrad – «a court or judge would have little difficulty in concluding that resulting evidence should be excluded, whereas the matter might require more careful consideration in the absence of such bad faith» (Andrews, J. en Hirst, M., o.c., 14.22). Slordig politiewerk brengt finaal een verhoogde waakzaamheid van de Engelse strafrechter mee...

17. Boven stelden wij reeds dat de Belgische wetgever weinig hulp biedt om te bepalen wanneer het bewijs onrechtmatig wordt. De voor de justitiabele naspeurbare richtlijnen worden enkel geboden door een paar arresten van het Hof van Cassatie, enkele blanco-normen zoals «waardigheid van het gerecht» en «loyauteit van het bewijs» en de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (zie hierover Traest, Ph., o.c., 282 e.v.). Deze situatie betekent

onzekerheid voor de justitiabele en door de heersende onduidelijkheid een handicap voor de vervolgende instanties.

18. Het is misschien een verdienste van de Engelse wetgever dat hij principieel de beoordeling over de (on)regelmaticheid van het verkregen bewijs heeft losgekoppeld van het strafproces (o.a. Lord Hailsman vreesde voor «a great increase in the incidence of trials within trial»; zie Wolchover, D., o.c., 213) en enkel de schending van het fundamentele recht van verdediging ter zitting als criterium heeft genomen om een bewijs te gaan uitsluiten. De Engelse strafrechter heeft geen opdracht om na te gaan hoe elk bewijs is verkregen; zijn taak bestaat enkel hierin ervoor te zorgen dat geen bewijsmateriaal tegen de beklaagde wordt gebruikt dat het faire verloop van het proces kan obstrueren. Zijn hiermee ook niet alle problemen opgelost, het voordeel bestaat dat duidelijk(er) standpunt is gekozen.

19. Voor België kan men – op basis van de boven geciteerde arresten – naar onze mening stellen dat het tot op heden gehanteerde principe zoals destijds geformuleerd door procureur-generaal Leclercq thans – en niet in het minst door de boven geciteerde arresten van het Hof van Cassatie – zodanig is afgezwakt, dat het niet meer schragend is of misschien zelfs verlaten is. Immers, terwijl vroeger gesteld werd dat wat op onwettige wijze werd verkregen, op geen enkele manier, noch direct, noch indirect tot het bewijs van het misdrijf mocht bijdragen, blijkt thans dat onrechtmatig verkregen bewijs nog enkel uit het debat wordt geweerd indien het bewijs onrechtmatig (en wellicht wordt hier bedoeld, door misdrijf) is verkregen door de vervolgende instantie zelf of indien er een verband bestaat tussen de onrechtmatige verkrijging door een derde en de met het onderzoek belaste personen, een verband dat toegeschreven moet worden aan een tekortkoming van de vervolgende instantie. Een bewijsmiddel dat op andere wijze dan door een misdrijf via een derde is verkregen, mag – hoe laakbaar deze manier ook zij – altijd worden gebruikt.

20. Rebus sic stantibus zal de spontane of gestimuleerde loslippigheid van een (gepensioneerde) bankbediende m.b.t. hem bekende gegevens regelmatig bewijs kunnen opleveren. Hoe zal men echter nog kunnen controleren of die (anonieme) aangifte in werkelijkheid niet het resultaat is van een niet-contradictoire ondervraging (door een territoriaal onbevoegde?) van die bankbediende? Kan in de toekomst nog gecontroleerd worden of er sprake is/was van machtsafwending (détournement de pouvoir: zie hieromtrent o.a. Nijboer, J.F., *Inleiding tot het strafrechtelijk bewijsrecht*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1992, 82) door een bijzondere vervolgende instantie? De enige toetsingsmogelijkheid voor de verdediging blijft wellicht de strafrechter te verzoeken de beweerdelijke aangever als getuige te ondervragen... wordt dit de Europese *cross-examination*?

21. In het belang van de goede rechtsbedeling en de doorzichtigheid van ons bewijssysteem zou een wettelijke principiële (her)ijking van ons strafrechtelijk bewijsrecht en de filosofie ervan welkom zijn. Dat hierbij afgestapt zou worden van het vroeger gehanteerde principe van legaliteit en men zou neigen naar het hierboven summier beschreven Engelse model of naar de in Nederland fel gepropageerde *Schutz-normtheorie* (een leer die globaal gezegd inhoudt dat het oordeel dat bepaald normschendend gedrag onrechtmatig is, afhangt van het antwoord op de vraag of de gelaedeerde door dat gedrag is geschaad in een (rechts)belang dat juist door de

overtreden norm wordt beschermd; zie o.a. Nijboer, J.F., *Inleiding tot het strafrechtelijk bewijsrecht*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1992, nrs. 17.4 e.v.) is vanuit pragmatisch standpunt wellicht een voordeel. Het is comfortabeler werken voor een vervolgende instantie als minstens principieel, maar vooral bij de wet vaststaat dat niet elk onrechtmatig bewijs sowieso het gehele onderzoek moet kelderen. Het lijkt ons – gelet op de concrete moeilijkheden die eigen zijn aan het hedendaagse opsporingswerk – maatschappelijk ook aanvaardbaar op voorwaarde dat aan het fundamentele recht van verdediging – dat wel wettelijk is beschreven – niet wordt geraakt.

22. De geciteerde regels van het Engelse strafrechtelijk bewijsrecht tonen alvast aan dat het toelaten van een ruim scala aan bewijsmateriaal, inclusief onrechtmatig bewijs, niet noodzakelijk en met een alerte rechterlijke macht, met het schrikbeeld van de politiestaat moet samengaan. Integendeel blijkt dat – hoewel doctrinaal totaal verschillend onderbouwd – beide systemen in de praktijk tot nagenoeg dezelfde resultaten zijn geëvolueerd. Het zou de duidelijkheid ten goede komen zo de wetgever de door het hoogste Hof ingeslagen weg in een (principiële) wet zou willen bestendigen. De verfijning van het geboden principe blijft naar onze mening werk voor creatieve rechters.

Filip D'Hont

Assistent Universiteit Gent

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 20 JANUARI 1994

Voorzitter: de h. Sace

Rapporteur: de h. Parmentier

Openbaar ministerie: de h. Piret

Advocaat: mr. Baltus

Inkomstenbelastingen – Bewijsvoering – Vroegere houding van het bestuur

Wanneer het hof van beroep uitspraak doet over het beroep tegen een beslissing van de directeur, moet het, binnen de perken van het aanhangig gemaakte geschil, de bewijswaarde van de voorgelegde gegevens beoordelen. Dienaangaande is het niet gebonden door de vroegere houding van het bestuur of door de resultaten van de administratieve fase betreffende vorige aanslagjaren.

Belgische Staat t/ F. en R.

Gelet op het bestreden arrest, op 19 maart 1993 door het Hof van Beroep te Bergen gewezen;

Overwegende dat het arrest de door de verweerders gevolgde wijze van berekening van de kostprijs aanneemt op grond dat «zij al vele jaren de kostprijs van de uitgaande aankopen vaststelden door het omzetcijfer te vermenigvuldigen met een forfaitaire coëfficiënt en dat de administratie die berekeningswijze had aangenomen bij de verificatie van de aangiften voor de aanslagjaren 1975 en 1976» en uit die omstandigheden afleidt «dat tussen de (verweerders) en de administratie stilzwijgend een individueel akkoord gesloten

was over een element ter raming van de belastbare grondslag»;

Overwegende dat nu de belastingwetten van openbare orde zijn, het hof van beroep zelf in feite en in rechte, binnen de perken van het aanhangig gemaakte geschil, de bewijswaarde moet beoordelen van de voorgelegde gegevens; dat het dienaangaande niet gebonden is door de vroegere houding van de administratie of door de resultaten van de administratieve fase betreffende vorige aanslagjaren;

Overwegende dat derhalve het hof van beroep, door aldus uitspraak te doen, de beslissing niet naar recht verantwoordt;

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 21 FEBRUARI 1994

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Verougstraete

Openbaar ministerie: mevr. De Raeve

Advocaat: mr. Bützler

Arbeidsovereenkomst – Einde – Kwijting voor saldo van rekening – Afgifte – Ogenblik dat de overeenkomst een einde neemt – Begrip

De woorden «op het ogenblik dat de overeenkomst een einde neemt» in art. 42 van de Arbeidsovereenkomstenwet wijzen erop dat deze bepaling alleen toepasselijk is op de afrekening die bij het beëindigen van de overeenkomst wordt opgemaakt, maar stellen niet als voorwaarde dat de afgifte van de kwijting noodzakelijk geschiedt op het ogenblik zelf dat de overeenkomst een einde neemt.

R. t/ D.

Gelet op het bestreden arrest, op 4 december 1991, door het Arbeidshof te Gent, afdeling Brugge, gewezen;

...

Overwegende dat artikel 42 van de Arbeidsovereenkomstenwet bepaalt dat de kwijting voor saldo van rekening door de werknemer afgegeven op het ogenblik dat de overeenkomst een einde neemt, voor de werknemer niet betekent dat hij van zijn rechten afziet;

Dat de woorden «op het ogenblik dat de overeenkomst een einde neemt» erop wijzen dat de bepaling alleen toepasselijk is op de afrekening die bij het beëindigen van de overeenkomst wordt opgemaakt, maar niet als voorwaarde stellen dat de afgifte van de kwijting noodzakelijk geschiedt op het ogenblik zelf dat de overeenkomst een einde neemt;

Dat dit artikel 42 daarom ook van toepassing is op de afrekening die ingevolge de beëindiging van de arbeidsovereenkomst wordt opgemaakt en door de werknemer wordt afgegeven nadat de overeenkomst reeds beëindigd is;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat eiser, werknemer, na het einde van de arbeidsovereenkomst een stuk ondertekende, waarbij hij verklaarde alle lonen, bijkomende kosten of alle wettelijk opgelegde bijkomende betalingen te hebben ontvangen, dat verweerder, zijn werkgever, hem aldus niets meer verschuldigd is en dat hijzelf niets meer te eisen heeft;

Dat het arrest oordeelt dat dit stuk niet onder de toepassing valt van artikel 42 van de Arbeidsovereenkomstenwet, op de gronden dat het stuk na het einde van de overeenkomst getekend werd en als een afstand van recht dient te worden aangemerkt;

Dat het arrest aldus zijn beslissing niet naar recht verantwoordt;

...

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 12 APRIL 1994

Voorzitter: de h. D'Haenens

Rapporteur: de h. Huybrechts

Openbaar ministerie: de h. du Jardin

Advocaat: mr. Vanlerberghe

Stedebouw – Herstel van de plaats – 1. Afzonderlijke beslissing – 2. Burgerlijke partij – Vlaams Gewest

1. Niets belet de rechter met toepassing van art. 65, § 1, a, Stedebouwwet het herstel in de vorige staat bij afzonderlijke beslissing te bevelen na de uitspraak over de strafvordering.

2. Het met toepassing van art. 65, § 1, a, Stedebouwwet op vordering van de gemachtigde ambtenaar of van het college van burgemeester en schepenen te bevelen herstel in de vorige staat doet geen afbreuk aan het recht van een benadeelde die een eigen schade lijdt, zelfs wanneer deze de overheid zelf is, om naast de gemachtigde ambtenaar of het college van burgemeester en schepenen en binnen de perken van het door deze gevorderde herstel in de vorige staat eveneens rechtstreeks herstel te vorderen, eventueel onder verbeurte van een dwangsom, of ook een schadevergoeding te vorderen.

G. t/ Het Vlaamse Gewest e.a.

Gelet op het bestreden arrest, op 28 januari 1993 door het Hof van Beroep te Gent gewezen;

Gelet op eisers memorie waarvan een door de griffier van het Hof voor eensluidend verklaarde kopie aan dit arrest is gehecht en ervan deel uitmaakt;

A. In zoverre de voorziening het herstel op vordering van de gemachtigde ambtenaar of van het college van burgemeester en schepenen betreft;

Over de eerste grief:

Overwegende dat het door de rechter in toepassing van artikel 65, § 1, a, van de wet van 29 maart 1962 houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en van de stedebouw op vordering van de gemachtigde ambtenaar of van het college van burgemeester en schepenen te bevelen herstel in de vorige staat, wel behoort tot de strafvordering maar niettemin een maatregel van burgerlijke aard is; dat niets belet dat het bevel tot herstel in de vorige staat wordt gegeven bij afzonderlijke beslissing na de uitspraak over de strafvordering;

Dat de grief faalt naar recht;

B. In zoverre de voorziening gericht is tegen de burgerlijke partij, het Vlaamse Gewest:

Over de tweede grief:

Overwegende dat het in toepassing van artikel 65, § 1, a, van de wet van 29 maart 1962 houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en van de stedenbouw op vordering van de gemachtigde ambtenaar of van het college van burgemeester en schepenen te bevelen herstel in de vorige staat, geen afbreuk doet aan het recht van een benadeelde die een eigen schade lijdt, zelfs wanneer deze de overheid zelf is, om naast de gemachtigde ambtenaar of het college van burgemeester en schepenen en binnen de perken van het door deze gevorderde herstel in de vorige staat, eveneens rechtstreeks herstel te vorderen, eventueel onder verbeurte van een dwangsom, of ook een schadevergoeding te vorderen;

Overwegende dat, blijkens de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, eiser voor de appelrechters niet heeft aangevoerd dat eerste verweerder geen persoonlijke schade lijdt;

Dat de grief niet voor het eerst voor het Hof kan worden aangevoerd, mitsdien niet ontvankelijk is;

...

Over de vijfde grief:

Overwegende dat Roger G. en Nadine W. om de sub B vermelde motieven vermochten van hun kant het herstel in de vorige staat onder verbeurte van een dwangsom en een schadevergoeding te vorderen;

Dat de grief faalt naar recht;

...

NOOT—De burgerlijke-partijstelling van het Vlaamse Gewest

1. In beginsel veronderstelt elke burgerlijke partijstelling een in geld waardeerbare schade, maar de benadeelde is niet verplicht een bepaalde geldsom te vorderen als vergoeding voor het berokkende nadeel. Hij mag ook het herstel in natura vorderen of de teruggave van de in beslag genomen zaak. In bouwzaken kan hij zijn eis beperken tot het herstel van de plaats in de vorige staat.

2. Inbreuken op de ruimtelijke ordening zijn ongetwijfeld hinderlijk voor de leefruimte, ze tasten het stadsgezicht aan of zelfs de schoonheid van een hele streek. Bouwovertradingen verstoren niet alleen het landschap, maar bedreigen zelfs ons architecturaal erfgoed.

Deze verloedering van ons leefmilieu brengt uiteraard schade toe aan ons gemeenschappelijk patrimonium en het ligt dan ook voor de hand dat de benadeelde gemeenten en gewesten herstel van de milieuschade kunnen vorderen.

3. Art. 65, § 1, van de Stedenbouwwet vertrouwt de vordering van het herstel van de plaats toe aan de gemachtigde ambtenaar en aan het college van burgemeester en schepenen. Mag men uit deze tekst afleiden dat het Vlaamse Gewest geen schade kan vorderen wegens milieuschade, zoals E. Liekendael schijnt te suggereren bij het cassatiearrest van 20 januari 1993 (*Pas.*, 1993, I, 67)?

Dient de gemeente of het Vlaamse Gewest uitdrukkelijk te vermelden dat er door de gemeente of door het Vlaamse Gewest schade is geleden? In strijd met wat door de Franse kamer van het Hof werd beslist op 20 januari 1993, zegt het onderhavige arrest van de Nederlandstalige kamer dat deze «persoonlijke» schade slechts dient te worden bewezen, wanneer daarover betwisting is gerezen.

4. Wanneer men de cassatiearresten van 20 januari 1993 en van 12 april 1994 naast elkaar legt, dan kan men zich van

de indruk niet ontdoen dat deze straffkamers van het Hof van Cassatie niet op dezelfde golflengte zitten. Wellicht kan een duidelijker formulering van de Stedenbouwwet bijdragen tot grotere eensgezindheid in de interpretatie van deze wetteksten.

Wie alleen maar parels vindt, verlangt naar oesters.

A. Vandeplas

NOOT I — Over het splitsen van de veroordeling

1. De verschillende bestanddelen van de veroordeling op strafgebied van één beklaagde voor één feit hangen zo nauw met elkaar samen dat de rechter, in correctionele of in politiezaken, noodzakelijk met één vonnis of arrest over de strafvordering uitspraak moet doen.

2. Het is verboden met afzonderlijke beslissingen uitspraak te doen enerzijds over de schuldvraag, anderzijds over de strafmaatregelen (*Cass.*, 13 juni 1989, AR 2977, *Arr. Cass.*, 1988-89, nr. 595; *Cass.*, 7 oktober 1992, AR 9995, *Arr. Cass.*, 1991-92, nr. 653). Komt er toch een vonnis met enkel uitspraak over de schuld, dan kan de rechter die nadien over de op te leggen straffen zou moeten oordelen er niet van uitgaan dat hij door de eerste beslissing gebonden is (*Cass.*, 8 mei 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 1066, *R. W.*, 1979-80, 216). Maar hij kan ook niet de door de wet bepaalde straffen opleggen, nu hij in de onmogelijkheid verkeert in één keer over schuld en straf uitspraak te doen (zie *Cass.*, 14 juni 1983, AR 8080, *Arr. Cass.*, 1982-83, nr. 568). Hij stelt dus wettig vast dat hij geen straf kan opleggen (*Cass.*, 18 mei 1993, AR 6224, *Arr. Cass.*, 1993, nr. 243).

3. Het is de rechter bovendien verboden met verschillende beslissingen uitspraak te doen over de verschillende sancties die samen de straf voor het misdrijf uitmaken. Zo mag hij niet, bij het opleggen van een gevangenisstraf en een geldboete, zijn beslissing over de verbeurdverklaring verdagen (*Cass.*, 3 november 1987, AR 1612, *Arr. Cass.*, 1987-88, nr. 139, en de noot).

4. Mag de strafrechter, inzake stedenbouwmisdrijven, in één vonnis de beklaagde schuldig verklaren en hem een geldboete, eventueel een gevangenisstraf opleggen, terwijl hij zijn beslissing over het herstel van de plaats in de vorige staat verdaagt? Sommige rechters vonden dat aanvaardbaar, nu die herstelmaatregel niet tot de straffen behoort (Antwerpen, 29 januari 1988, *R. W.*, 1987-88, 1064; Brussel, 8 maart 1994, *R. W.*, 1993-94, 1366). In zijn noot onder dit laatste arrest («De afzonderlijke beslissing over het herstel van de plaats») stelde A. Vandeplas vast dat het Hof van Cassatie zich over het probleem nog niet had uitgesproken. Hij was van mening dat de splitsing van uitspraak toelaatbaar was, nu de jongste rechtspraak van het Hof van Cassatie erkende dat de vordering tot herstel een civielrechtelijk karakter heeft, hoewel «nauw verbonden met de strafvordering». Hij voegde er onmiddellijk aan toe dat het logisch was dat er van afzonderlijke beslissing geen sprake kon zijn zolang de rechtspraak aannam dat de vordering tot herstel tot de uitoefening van de strafvordering behoorde. Op die manier werd nauwkeurig bepaald waar het criterium lag om de moeilijkheid op te lossen.

5. Nadien is echter gebleken dat het Hof van Cassatie, in het hier besproken arrest van 12 april 1994, enerzijds zijn rechtspraak bevestigt volgens welke de herstelmaatregel

«wel behoort tot de strafvordering maar niettemin een maatregel van burgerlijke aard is» en anderzijds op zeer eenvoudige wijze stelt «dat niets belet dat het bevel tot herstel (...) wordt gegeven bij afzonderlijke beslissing na de uitspraak over de strafvordering». Bij de lectuur van deze uittreksels valt dadelijk op dat de herstelmaatregel wel letterlijk tot de strafvordering behoort maar er dan toch niet toe behoort, nu de maatregel pas na de uitspraak over de strafvordering genomen werd. Het kan niet anders of het arrest bedoelt met «na de uitspraak over de strafvordering»: na de schuldverklaring en het opleggen van de straf.

6. Afgezien daarvan blijft daar het paradoxaal verschijnsel dat men staat voor een maatregel van civielrechtelijke aard, die tot de strafvordering behoort. Naar gelang men het accent op het eerste of op het tweede aspect legt, besluit men dat de herstelmaatregel mag of niet mag worden gescheiden van de veroordeling tot straf. Wat moet determinerend zijn?

7. Sedert het Hof van Cassatie onomwonden zegt dat het herstel van de plaats in de vorige staat een *civielrechtelijk karakter* heeft (zie Cass., 9 juni 1987, AR 1120, *Arr.Cass.*, 1986-87, nr. 606) merkt men dat daaruit op consequente wijze bepaalde rechtsgevolgen worden afgeleid. Zo kan het herstel worden bevolen hoewel de strafvordering *verjaard* is (Cass., 29 januari 1988, *R.W.*, 1987-88, 1064). Zo ook kan aan het herstelbevel een *dwangsom* worden gekoppeld (art. 1385bis Ger.W.; Cass., 28 april 1987, AR 739, *Arr.Cass.*, 1986-87, nr. 502; Cass., 20 mei 1992, AR 7156, *Arr.Cass.*, 1991-92, nr. 493; noot 4, bl. 69, onder Cass., 20 januari 1993, AR 9672 en 9894, *Pas.*, 1993, I, nr. 39 tot 39ter). Toch wordt het civielrechtelijk karakter van de herstelmaatregel in een zekere mate gecorrigeerd door het strafrechtelijk karakter van de wetsebepaling; daarom kunnen geen moratoire interesten worden verleend op het bedrag van de meerwaarde van het goed, een vorm van herstel (Cass., 13 december 1977, *Arr.Cass.*, 1977-78, 443; Cass., 15 oktober 1985, AR 9201, *Arr.Cass.*, 1985-86, nr. 93; Cass., 11 en 25 februari 1992, AR 4798 en 4965, *Arr.Cass.*, 1991-92, nrs. 301 en 333, het laatste arrest met de conclusie van advocaat-generaal De Swaef en ook in *R.W.*, 1991-92, 1413; *contra*: Antwerpen, 8 juni 1990, *R.W.*, 1991-92, 370, en de noot D. Merckx).

8. Nu zegt men wel dat de herstelmaatregel in stedbouwzaken een bijzondere vorm van vergoeding of van teruggave is (Cass., 19 september 1989, AR 1545, *Arr.Cass.*, 1989-90, nr. 41, *R.W.*, 1989-90, 777, en de noot A. Vandeplass). Maar al te letterlijk mag men dat niet opvatten, want, hoewel de eigenlijke burgerrechtelijke teruggave van in beslag genomen goederen een misdrijf onderstelt (Cass., 17 oktober 1984, AR 3663, *Arr.Cass.*, 1984-85, nr. 128) en dus bij vrijpraak niet toepasselijk is (Cass., 11 december 1985, AR 4530, *Arr.Cass.*, 1985-86, nr. 249), toch is die maatregel niet op straffe van nietigheid voorgeschreven (art. 44 Sw.; art. 370 Sv.; Cass., 28 juni 1989, AR 7445, *Arr.Cass.*, 1988-89, nr. 636). Verzuimt de rechter die te bevelen waar het hoort, dan komt men terecht in een toestand die door de wetgever specifiek geregeld is, zodat het probleem van de afzonderlijke en aanvullende rechterlijke uitspraak op een heel andere manier wordt gesteld (Cass., 3 november 1987, AR 1612, *Arr.Cass.*, 1987-88, nr. 139, en de noot).

9. Het tweede aspect van het probleem bestaat hierin dat de herstelmaatregel, hoewel van burgerrechtelijke aard, toch, zoals men zegt, *met de strafvordering* «verbonden» is. Deze laatste uitdrukking werd aanvankelijk gekozen als een

ongelukkige vertaling van wat in de originele tekst «ressortit à» heette (Cass., 26 april 1989, AR 5930, *Arr.Cass.*, 1988-89, nr. 486 en, met de conclusie van advocaat-generaal mevr. Liekendaal, *Pas.*, 1989, I, nr. 486) en later heeft men ze niet helemaal kunnen vermijden (Cass., 25 februari 1992, AR 4965, *Arr.Cass.*, 1991-92, nr. 33, en de conclusie van advocaat-generaal De Swaef, *R.W.*, 1991-92, 1463, en de noot van D. D'Hooghe, «De aard van de herstelmaatregelen inzake stedbouw en de interesten op het bedrag van de meerwaarde»).

De uitdrukking «verbonden met» is veel te zwak en daarom onjuist. De gewone burgerlijke rechtsvordering voor de strafrechter is ook in een zekere zin met de strafvordering verbonden. Hier is het meer dan dat. Het is iets anders. De herstelmaatregel is, onder bepaalde voorwaarden natuurlijk, een verplichte aanvulling van de strafrechtelijke veroordeling (Cass., 20 januari 1993, AR 9672-9894, *Arr.Cass.*, 1993, nrs. 39 tot 39ter, en de noot E.L.).

Eens te meer, *traduttore traditore*. Gelukkig wordt in daarop volgende arresten «ressortit à» veel juister vertaald als «is een beslissing over de strafvordering» (Cass., 15 november en 13 december 1989, AR 7597 en 7769, *Arr.Cass.*, 1989-90, nrs. 164 en 239) of «behoort tot de strafvordering» (Cass., 13 december 1989, AR 7159, *Arr.Cass.*, 1989-90, nr. 236), wat in de samenvattingen voor die arresten soms wordt: «valt onder de strafvordering». In een arrest van 20 mei 1992, AR 7156, *Pas.*, 1992, I, nr. 493, spreekt men van «relève de l'action publique», wat even juist is als «ressortit à» maar heel wat anders is dan «verbonden met». Hoewel D. D'Hooghe (voormelde noot, nrs. 4 en 5) er niet gelukkig mee is, is het Hof van Cassatie formeel: het herstelbevel behoort ondubbelzinnig tot de strafvordering.

10. Dat het herstel in de echte zin van het woord tot de strafvordering behoort, komt op de eerste plaats hierin tot uiting dat de maatregel wordt uitgesproken, weliswaar mits er een verzoek van de bevoegde overheid is, maar zonder eigenlijke civielrechtelijke vordering (Cass., 20 januari 1993, AR 9894, reeds vermeld). Het valt binnen het kader van de door het openbaar ministerie ingestelde strafvordering. Kleeft er een onwettigheid aan de beslissing op dat punt, dan zal de uitspraak worden gewijzigd of vernietigd op het hoger beroep of het cassatieberoep van het openbaar ministerie en van niemand anders.

11. Het is duidelijk dat de uitspraak over de strafvordering niet volledig is zolang er over het herstel van de plaats in de vorige staat geen uitspraak is gedaan. De proef op de som vindt men hierin dat, in afwachting van de beslissing over het herstel, het *cassatieberoep* tegen de strafrechtelijke veroordeling *voorbarig* is volgens art. 416 Sv. en dus onontvankelijk. Men mag niet denken dat deze regel tot de oude rechtspraak behoort (Cass., 9 maart 1976, *Arr.Cass.*, 1975-76, 784, en de conclusie van advocaat-generaal H. Lenaerts). Dat wordt nu nog, onder de nieuwe rechtspraak, bij herhaling beslist (Cass., 17 mei 1988, *Arr.Cass.*, 1987-88, nr. 578, en de noot A.T.; Cass., 24 oktober 1989, AR 2688, *Arr.Cass.*, 1989-90, nr. 114).

12. Het is dan ook logisch dat, bij een cassatieberoep tegen de uitspraak betreffende het herstel van de plaats, *ambtshalve cassatiemiddelen* worden aangevoerd, nu het de strafvordering betreft (Cass., 29 mei 1984, AR 8482, *Arr.Cass.*, 1983-84, nr. 550, en de noot; Cass., 26 april 1989, AR 5930, *Arr.Cass.*, 1988-89, nr. 486 en, met de conclusie van ad-

vocaat-generaal mevr. Liekendael, *Pas.*, 1989, I, nr. 486; Cass., 20 januari 1993, AR 9894, *Arr. Cass.*, 1993, nr. 39ter en de noot E.I.). Er worden echter geen middelen ambtshalve aangevoerd wanneer de uitspraak uitsluitend de veroordeling tot een dwangsom betreft (Cass., 9 juni 1987, AR 1120, *Arr. Cass.*, 1986-87, nr. 606).

13. Een speciaal probleem betreft de devolutieve kracht van het cassatieberoep en de omvang van een eventuele cassatie ingeval de uitspraak over de herstelmaatregel gescheiden wordt van de veroordeling tot straf en er enkel cassatieberoep komt tegen de uitspraak over het herstel. Wordt de wettigheid van de veroordeling tot straf ook onderzocht en brengt de eventuele cassatie van de tweede beslissing, over het herstel, ook de vernietiging mee van de veroordeling tot straf? Dat is moeilijk aan te nemen, nu een onwettigheid van een beslissing over de herstelmaatregel, die in één enkele beslissing aan de veroordeling tot straf gekoppeld is, slechts een beperkte cassatie tot gevolg heeft en de veroordeling tot straf laat bestaan (Cass., 28 november 1984, AR 3793, *Arr. Cass.*, 1984-85, nr. 201; zie ook Cass., 24 juni 1977, *Arr. Cass.*, 1976-77, 578, en de noot R.-A. D.)

14. Het probleem van de afzonderlijke beslissing over het herstel van de plaats in de vorige staat kan men met een eenvoudig syllogisme oplossen:

Major: waar het één beklaagde en één feit betreft, mag de strafrechter niet met afzonderlijke beslissingen over de strafvordering uitspraak doen.

Minor: welnu, hoewel het herstel geen straf is maar een maatregel van civielrechtelijke aard, behoort het tot de strafvordering. Deze affirmatie is geen lapsus van het Hof van Cassatie. Het is een principe dat door consequente toepassingen uit de rechtspraak wordt geïllustreerd.

Conclusie: dus mag de strafrechter niet eerst over de schuldvraag en de straffen uitspraak doen en pas nadien, in een afzonderlijke beslissing, over het herstel.

Deze klassieke redenering klopt met wat A. Vandeplas als criterium voorop stelde: als de vordering tot herstel tot de strafvordering behoort, is het logisch dat er van afzonderlijke uitspraak geen sprake kan zijn (*supra* nr. 4). Langs welke weg het Hof van Cassatie nu tot de tegenovergestelde oplossing kwam, kan men uit de schaarse uitleg van het hierboven afgedrukte arrest niet opmaken. Het zal zeker niet een eenvoudig syllogisme uit de klassieke logica geweest zijn.

Raoul Declercq

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

8e KAMER – 2 SEPTEMBER 1993

Voorzitter: de h. Vandeplas

Raadsheren: de h. Michiels en mevr. Transaux (rapporteur)

Openbaar ministerie: mevr. Van Leuven

Advocaten: mrs. De Hertog loco Zimmerman en Vanhoyland, Janssen loco Vanoppen en Warnants

Burgerlijke partij – Meerderjarig geworden partij

In zaken waarin vóór het sluiten van het debat geen kennis is gegeven van de wijziging van hoedanigheid waarin een partij is

opgetreden, vermag de rechter niet na het sluiten van het debat ambtshalve de wijziging van hoedanigheid op te werpen zonder door heropening van het debat de partijen de mogelijkheid te geven hun verweermiddelen daartegen aan te voeren.

O. t/ V. e.a.

Overwegende dat akte verleend moet worden aan Osman O., geboren op 11 november 1969, thans meerderjarig geworden, dat hij het geding hervat hetwelk in zijn naam als burgerlijke partij werd ingesteld door Yusuf O.;

Overwegende dat bij vonnis van 27 oktober 1987, dat in kracht van gewijsde is gegaan, beklaagde voor twee derde aansprakelijk werd gesteld voor het ongeval waarvan Osman O. van 19 december 1986 het slachtoffer werd, en Osman O. zelf voor een derde;

...

Overwegende dat de eerste rechter ten onrechte de vordering van Yusuf O. q.q. Osman O. ongegrond heeft verklaard, omdat Osman O. tijdens de procedure meerderjarig werd;

Overwegende dat de rechter, in zaken waarin voor het sluiten van de debatten geen kennis werd gegeven van de wijziging van hoedanigheid waarin een partij is opgetreden, niet vermag na het sluiten van debatten ambtshalve de wijziging van hoedanigheid op te werpen, zonder bij heropening der debatten partijen toe te laten hun verweermiddelen hiertegen aan te voeren;

Overwegende dat de beslissing van de eerste rechter over deze vordering moet worden gewijzigd;

Overwegende dat thans ervan kennis werd gegeven dat Yusuf O. zijn hoedanigheid van beheerder van de goederen van Osman O. verloor door diens meerderjarigheid, en dat Osman O. op regelmatige wijze bij conclusie van 18 juni 1993 het geding heeft hervat;

...

NOOT–Het voortzetten van het geding door de meerderjarig geworden burgerlijke partij

1. In de onderhavige zaak stelde de vader van de benadeelde zich – zowel in zijn hoedanigheid van wettelijke vertegenwoordiger als in eigen naam – burgerlijke partij voor de correctionele rechtbank n.a.v. het verkeersongeval waarvan zijn minderjarige zoon het slachtoffer werd. Hoewel deze laatste tijdens het geding meerderjarig werd, maakte niemand hieromtrent enige opmerking. Tijdens het beraad merkte de correctionele rechtbank deze meerderjarigheid echter op en besloot ten gevolge hiervan tot de ongegrondheid (?) van de vordering van de vader q.q. In hoger beroep verklaarde de benadeelde bij conclusie evenwel zelf het geding voort te zetten. Het hof verleende er hem akte van en wijzigde op dit punt aldus het vonnis a quo. De billijkheid van deze beslissing ligt voor de hand.

2. De appelrechters merkten op dat, wanneer vóór het sluiten van de debatten geen kennis werd gegeven van de wijziging van hoedanigheid waarin een partij is opgetreden, de rechter na het sluiten van de debatten niet vermag ambtshalve de wijziging van hoedanigheid op te werpen, zonder door heropening der debatten partijen de mogelijkheid te geven hun verweermiddelen hiertegen aan te voeren.

De strafrechter kan in principe ambtshalve – zonder de debatten te heropenen – beslissen dat de rechtsvordering van de burgerlijke partij niet ontvankelijk is (Cass., 19 oktober 1977, *A.C.*, 1978, 226; Declercq, R., «Raakvlakken gerechtelijk privaatrecht – strafprocesrecht», *T.P.R.*, 1980, (32), 47-48, nr. 18). Afgezien van het feit dat te dezen de grond van onontvankelijkheid, zoals klaarblijkelijk opgeworpen door de eerste rechter, geen verband houdt met de publieke vordering (vgl. in dit verband F.D., noot 1 onder Cass., 19 oktober 1977, *A.C.*, 1978, 226), hoeft het probleem van de heropening van de debatten in de onderhavige zaak echter niet noodzakelijk te worden opgeworpen, nu de door de eerste rechter vastgestelde «onontvankelijkheid» niet evident lijkt.

3. Men kan zich afvragen of de rechter de debatten *mag* heropenen om de (ambtshalve door hem opgeworpen) wijziging van hoedanigheid aan partijen voor te leggen, wanneer deze wijziging door de partijen in het geding niet is opgeworpen. Aangezien deze praktijk (die op zich evenwel niet gericht is op het vormen van de overtuiging van de rechter, vgl. Cass., 11 september 1991, *R.W.*, 1991-92, 881) geen schending inhoudt van de rechtmatige belangen van een partij, lijkt niets zich daartegen te verzetten: in principe kan de rechtbank of het hof om welke reden ook de debatten heropenen (Verstraeten, R., *Handboek strafvordering*, 1993, 446, nr. 1415). Anderzijds is het de vraag of de strafrechter de debatten wel *moet* heropenen wanneer hij vaststelt dat een burgerlijke partij (vóór het sluiten der debatten) reeds meerderjarig was. Een wijziging van staat of hoedanigheid van een partij – zelfs wanneer ze een grond tot hervatting van geding zou kunnen opleveren – heeft immers geen invloed op de rechtspleging zolang ze niet ter kennis is gebracht door de betrokken partijen (Cass., 11 mei 1989, *A.C.*, 1988-89, 1057; vgl. en onderscheid van Cass., 2 oktober 1987, *A.C.*, 1987-88, 144; Van Reepinghe, C., *Verslag over de gerechtelijke hervorming*, I, 1964, 338). De rechter zou aldus de meerderjarigheid – of, nauwkeuriger uitgedrukt, het feit dat de ouders hun hoedanigheid van wettelijke vertegenwoordigers verliezen – gewoon buiten beschouwing kunnen laten (vgl. Beltjens, G., *Code de procédure civile*, I, 1908, 823, nr. 2).

4. Een hervatting van geding (in de «technische» zin van het woord, cf. het ook in strafzaken toepasselijke art. 815 Ger.W. (Declercq, R., *l.c.*, 53, nr. 26)), lijkt niet nodig te zijn, aangezien de vertegenwoordigde minderjarige in feite reeds als procespartij in het geding betrokken is en bijgevolg kan volstaan met te verklaren – liefst bij conclusie – dat hij het geding «voortzet» (cf. o.a. Arbh. Bergen, 20 juni 1975, *J.T.*, 1975, 551; Rb. Hasselt, 29 juni 1981, *Limb. Rechtsl.*, 1982, 13; Rb. Leuven, 8 januari 1988, *R.W.*, 1987-88, 1547; De Page, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, II-2, herwerkt door Masson, J.-P., 1990, 1121, nr. 1210; Mahillon, P., «La capacité du mineur non émancipé», *J.T.*, 1973, (529), 533, nr. 26; Rouard, P., *Traité élémentaire de droit judiciaire privé. La procédure civile*, III, 1977, 304-306, nr. 367). Strikt genomen is de vertegenwoordigde minderjarige zelfs de enige partij in het geding (vgl. Fettweis, A., *Manuel de procédure civile*, 1987, 49, nr. 37).

5. Eenvoudiger is natuurlijk wanneer de rechter vóór het sluiten van de debatten de partijen erop attent maakt dat de

benadeelde reeds meerderjarig geworden is. De procedure kan alsdan zonder problemen worden voortgezet.

Steven Van Overbeke

HOF VAN BEROEP TE GENT

9e KAMER – 14 JANUARI 1994

Voorzitter: de h. Mertens

Raadsheren: de hh. Thybergin en De Cooman

Advocaten: mrs. Van Ommeslaghe en Soete

Burgerlijke rechtspleging – Nieuwe eis – Begrip

Wanneer de eiser in zijn dagvaarding zijn vordering gebaseerd heeft op een contract van geldplaatsing bij de verweerster, is ontoelaatbaar de bij conclusie geformuleerde vordering die gebaseerd is op een onrechtmatige daad van een aangestelde van de verweerster.

N.V. N. t/ Van L.

1. In de gedinginleidende dagvaarding waarbij appellante door geïntimeerde gedagvaard werd, wordt ontegenzeggelijk gesteund op een «plaatsingscontract» van gelden bij appellante. Zulks blijkt ondubbelzinnig uit de volgende termen van deze dagvaarding: «Aangezien mijn verzoekster op 13.3.81 bij gedaagde de som van 1.500.000 fr. heeft geplaatst, dit tegen een jaarlijkse intrest van 315.000 fr. (...); – Aangezien gedaagde in gebreke blijft aan mijn verzoekster de intrest vervallen op 14.3.82 ten bedrage van 315.000 fr. te vereffenen».

Nadat ingevolge een strafrechtelijke procedure was komen vast te staan dat V., een aangestelde van appellante, alle beleggers, waaronder geïntimeerde, valselijk had doen geloven in een belegging van hun gelden bij de N.V. Spaarkas M. terwijl hij nochtans zeer goed wist dat de hem toevertrouwde kapitalen nooit deze bestemming zouden hebben en hij niet gevolmachtigd was om op deze wijze gelden in ontvangst te nemen en hij aldus de beleggers had opgelicht, heeft appellante nadien haar rechtsvordering gebaseerd op artikel 1384, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek ten einde te trachten van appellante terugbetaling te krijgen.

2. De eerste rechter was van oordeel dat de wijziging van een rechtsgrond (van een contractuele in een quasi-delictuele of omgekeerd) duidelijk geen nieuwe vordering was, die aan de voorwaarden van artikel 807 Ger.W. onderworpen zou zijn.

Die zienswijze kan niet worden beaamd.

Een contract is een rechtsfeit, terwijl een onrechtmatige daad een heel ander rechtsfeit is. Nu de rechter de oorzaak van de vordering, dit zijn de feiten, niet mag wijzigen, heeft hij, in het onderhavige geval, geen ruimte om de rechtsgrond aan te vullen of op een toelaatbare wijze te laten veranderen.

Stelt een eiser bv. in zijn exploit van rechtsingang enkel dat hij een vervoerovereenkomst heeft aangegaan en dat de verweerder een contractuele tekortkoming heeft begaan, dan kan de rechter de vervoerder niet meer aansprakelijk stellen op grond van een buitencontractuele fout (cf. W. Rauws, «Het ambtshalve aanvullen van de rechtsgrond en de

autonomie van partijen», *R.W.*, 1985-86, 2215-2224, inzonderheid 2222 met talrijke referenties).

Dat te dezen de gewijzigde vordering berust op andere feiten dan in de dagvaarding aangehaald en bijgevolg niet toelaatbaar is (cf. art. 807 Ger.W.), kan concreet eenvoudig worden aangetoond: in de dagvaarding wordt gesteund op een contract van geldplaatsing bij appellante, terwijl nadien gesteund wordt op een onrechtmatige daad in hoofde van een aangestelde van de N.V. M.

Dit zijn wezenlijk verschillende feiten.

HOF VAN BEROEP TE GENT

14e KAMER – 25 JANUARI 1994

Voorzitter: de h. Top

Advocaat: mr. Ducheyne

Lening – Wet op het hypothecair krediet – Toepassingsgebied

De wet van 4 augustus 1992 is niet toepasselijk wanneer een krediet toegekend is aan een vennootschap en bestemd is voor de financiering van de bouw en uitrusting van een schip, ook als degene die, als solidaire medeschuldenaar, tot zekerheid een onroerend goed met hypotheek bezwaard heeft, zelf geen handel drijft.

N.M.K.N. t/ V.-V.

Het toepassingsgebied van de wet van 4 augustus 1992, en dus ook van artikel 59 van die wet, is beperkt tot het hypothecair krediet dat verleend wordt aan een fysieke persoon die uitsluitend handelt “met een oogmerk dat geacht kan worden vreemd te zijn aan zijn handels-, beroeps- of ambachtelijke activiteiten” (art. 1).

Bovendien moet het krediet bestemd zijn voor het financieren van het verwerven of behouden van onroerende zakelijke rechten door de bedoelde fysieke persoon (zelfde artikel 1).

Appellante werpt terecht op dat het door haar toegestane krediet niet aan die voorwaarden voldoet. Uit de overgelegde grosse van akte-kredietopening van 31 juli 1985 blijkt immers:

- dat het krediet wordt toegekend aan de P.V.B.A. O. en bestemd is voor de gedeeltelijke financiering van de bouw en de uitrusting van twee “polyvalent uitgeruste Eurokotters” door de N.V. Fulton Marine;

- dat geïntimeerde zich als solidaire mededebiteurs tot terugbetaling van alle door voornoemde P.V.B.A. opgenomen kredieten hebben verbonden en tot zekerheid daarvan het thans uit te winnen onroerend goed in hypotheek hebben gegeven;

- dat eerste geïntimeerde hierbij gehandeld heeft in de uitoefening van zijn beroep van zeevisser-reder en tweede geïntimeerde als zaakvoerster van de voormelde P.V.B.A.

Het is dus zonder enig belang dat tweede geïntimeerde zelf geen handel drijft. De eerste rechter heeft ten onrechte op deze omstandigheid gesteund om te oordelen dat een voorafgaande poging tot minnelijke schikking wettelijk verplicht is.

Anderzijds zijn de wettelijke voorwaarden tot toepassing van artikel 1580 Ger.W. aanwezig: appellante handelt krachtens een uitvoerbare titel, de pleegvormen van bevel en beslag zijn nageleefd en geïntimeerden zijn solidair mededebiteurs en eigenaars van het in beslag genomen onroerend goed.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE TONGEREN

3e KAMER – 6 SEPTEMBER 1993

Voorzitter: de h. Dupain

Rechters: de hh. Coemans en Vrancken

Advocaten: mrs. Derde, Agten, Ghysels, Geukens loco Germeys en Pools loco Vanagt

Burgerlijke rechtspleging – Sanering van een vervuild terrein – Bezitsvordering – Voorlopige maatregelen door de bodemrechter – Bijstand door de rijkswacht – Bevoegdheden van de burgerlijke rechter

De aankondiging dat ambtshalve saneringswerkzaamheden op een vervuild terrein aangevat zullen worden, gebaseerd op de uitvoering van een besluit van een bestuurlijke overheid, dreigt de bezitters van het terrein in hun bezit te storen en onherstelbare schade toe te brengen. Hun bezitsvordering is ontvankelijk.

Art. 19 Ger.W. biedt de mogelijkheid om, ongeacht de urgentie, de toestand van de partijen voorlopig te regelen, bijvoorbeeld in afwachting van de uitspraak van de Raad van State over een beslissing van een bestuurlijke overheid.

De burgerlijke rechter is bevoegd om de Belgische Staat te verbieden de rijkswacht bijstand te laten verlenen aan de uitvoering van een besluit van een bestuurlijke overheid waarvan de rechtsgeldigheid ernstig wordt betwist.

Het Vlaamse Gewest en O.V.A.M. t/ N.V. E. e.a.

2. Samenvatting van de feiten

Bij besluit van 30 juli 1992 van de Vlaamse Executieve betreffende de uitvoering van ambtshalve saneringswerkzaamheden van de terreinen van de voormalige arseenfabriek gelegen te B. en te M. door de Openbare Afvalstoffenmaatschappij voor het Vlaamse Gewest werd aan de O.V.A.M. opdracht gegeven over te gaan tot de onmiddellijke ambtshalve sanering van de terreinen van de voormalige arseenfabriek te B. en te M., werd de O.V.A.M. gemachtigd om tot onteigening van die terreinen over te gaan, werden een aantal werkzaamheden omschreven die de ambtshalve sanering omvat, en werd voor zoveel als nodig de O.V.A.M. gemachtigd om een beroep te doen op de rijkswacht om zich toegang te verschaffen tot de terreinen teneinde aan haar ambtenaren en de in haar opdracht met het werk belaste aannemer en zijn werknemers in staat te stellen het noodzakelijke saneringswerk uit te voeren, conform dit besluit en de beslissingen van de Vlaamse Executieve, dit in afwachting van de verwerving en inbezitneming van bedoelde terreinen door onteigening.

Dit besluit werd bij uittreksel gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 14 augustus 1992.

Bij ministerieel besluit van 31 juli 1992 houdende machtiging tot verwerving en onteigening van onroerende goederen, bestemd voor de uitvoering van noodzakelijke ambtshalve saneringswerkzaamheden door de Openbare Afvalstoffenmaatschappij voor het Vlaamse Gewest werd de O.V.A.M. gemachtigd over te gaan tot onmiddellijke verwerving, bij wijze van onteigening, van de volle eigendom en de ondergrondse inname van de percelen te B. en te M., werd deze verwerving tot nut van het algemeen verklaard, en werd beslist dat het nut van het algemeen vordert dat de percelen onmiddellijk in bezit worden genomen en dat de rechtspleging bij hoogdringende omstandigheden op deze verwervingen zou worden toegepast.

Deze beide besluiten werden samen met de brief van de inspecteur-generaal van de O.V.A.M. van 17 augustus 1992 op 19 augustus 1992 door gerechtsdeurwaarder D. betekend aan o.a. eerste tot en met zesde geïntimeerde.

In de voornoemde brief werd meegedeeld dat de saneringswerkzaamheden aangevat zouden worden op maandag 24 augustus 1992.

Op 20 augustus 1992 heeft eerste geïntimeerde bij de Raad van State een vordering tot nietigverklaring alsmede een vordering tot schorsing ingediend van het besluit van 30 juli 1992 van de Vlaamse Executieve betreffende de uitvoering van ambtshalve saneringswerkzaamheden van de terreinen van de voormalige arseenfabriek gelegen te B. en te M. door de Openbare Afvalstoffenmaatschappij voor het Vlaamse Gewest.

De Raad van State heeft bij arrest nr. 40.145 van 25 augustus 1992 de voorlopige schorsing bevolen van de tenuitvoerlegging van het besluit van 30 juli 1992 van de Vlaamse Executieve en bij arrest nr. 40.480 van 24 september 1992 de door het eerstgenoemd arrest bevolen voorlopige schorsing van de tenuitvoerlegging bevestigd.

Op 16 september 1992 heeft eerste geïntimeerde tevens bij de Raad van State een vordering tot schorsing ingediend van onder meer het ministerieel besluit van 31 juli 1992 houdende machtiging tot verwerving en onteigening van onroerende goederen, bestemd voor de uitvoering van noodzakelijke ambtshalve saneringswerkzaamheden door de Openbare Afvalstoffenmaatschappij voor het Vlaamse Gewest.

De Raad van State heeft bij arrest nr. 18.286 van 23 november 1992 ook de schorsing van de tenuitvoerlegging bevolen van de artikelen 1 tot en met 3 van het besluit van 31 juli 1992 waarbij de Gemeenschapsminister van Leefmilieu en Huisvesting de Openbare Afvalstoffenmaatschappij voor het Vlaamse Gewest machtigt over te gaan tot de onmiddellijke verwerving, bij wege van onteigening, van een reeks nader omschreven percelen in de gemeenten B. en M., die verwerving tot nut van het algemeen verklaart en beslist dat de rechtspleging wegens hoogdringende omstandigheden bepaald bij de wet van 26 juli 1962 daarop zal worden toegepast, van de in de brief van 21 januari 1992 van de bestuursdirecteur van het Bestuur Milieuvergunningen vervatte beslissing dat geen milieuvergunning dient te worden gevraagd en van de op 17 maart 1992 door de gemachtigde ambtenaar aan de Openbare Afvalstoffenmaatschappij voor het Vlaamse Gewest verleende bouwvergunning.

3. *Het bestreden tussenvonnis van 21 augustus 1992*

Kennis nemend van een bezitsvordering uitgaande van eerste tot en met zesde geïntimeerde (art. 1370 Ger.W.)

heeft de vrederechter van het kanton Bree in zijn tussenvonnis van 21 augustus 1992 met toepassing van artikel 19 Ger.W. appellanten verboden de terreinen van eerste tot en met zesde geïntimeerde in het bezit te nemen of te betreden of er enige andere werkzaamheid uit te oefenen of het bezit van aanleggers op welke wijze ook nog verder te verstoren totdat uitspraak zal zijn gedaan over de bezitsvordering ten gronde, dit onder verbeurte van 1.000.000 frank per dag en per overtreding, zulks vanaf de betekening van het vonnis, heeft hij de Belgische Staat verboden om intussen de rijksmacht in te zetten onder verbeurte van een dwangsom van 1.000.000 frank per dag en per overtreding en heeft hij de zaak naar de algemene rol verwezen in afwachting van de uitspraak van de Raad van State over de vordering tot nietigverklaring van het besluit van 30 juli 1992 van de Vlaamse Executieve.

4. *Ontvankelijkheid van de klacht (art. 1370 Ger.W.)*

Door het aanvatten van de saneringswerken omschreven in artikel 3 van het besluit van de Vlaamse Executieve van 30 juli 1992 op maandag 24 augustus 1992 dreigden eerste tot en met zesde geïntimeerde ernstig in hun bezit te worden gestoord en dreigde in ieder geval eerste geïntimeerde onherstelbare schade te lijden: appellanten en achtste geïntimeerde kunnen niet ernstig ontkennen dat onder meer de verwijdering van de bestaande afsluitingen, het installeren van keten, het rooien van de bestaande vegetatie, het opbreken van alle op het terrein aanwezige wegverhardingen, vloeren, funderingen, ondergrondse kanalen en nutsleidingen, het afbreken van alle nog op het terrein aanwezige industriële gebouwen, het uitgraven van de grond, het uitvoeren van nivelleringswerken, het aanbrengen van de onderafdichting, het aanbrengen van de bovenafdekkingen en het aanbrengen van een afsluiting handelingen zijn waardoor eerste tot en met zesde geïntimeerde ernstig in hun bezit zouden worden gestoord en waardoor in ieder geval eerste geïntimeerde, die verplicht zou zijn haar asfaltproductie stop te zetten en haar bedrijfsgebouwen te ontruimen, onherstelbare schade zou lijden.

Derhalve vormde de betekening op 19 augustus 1992 van het besluit van 30 juli 1992 van de Vlaamse Executieve, van het besluit van 31 juli 1992 van de gemeenschapsminister van Leefmilieu en Huisvesting en van de brief van de inspecteur-generaal van de O.V.A.M. van 17 augustus 1992 met de mededeling van de aanvangsdatum van de saneringswerken een onmiddellijke bedreiging van het bezit die van een aard was om de vordering van eerste tot en met zesde geïntimeerden op grond van artikel 18, tweede lid Ger.W. toelaatbaar en op grond van de artikelen 591, 5°, en 1370 Ger.W. ontvankelijk te verklaren (Van Neste F., *Zakenrecht*, boek I, *Goederen, bezit en eigendom*, in de reeks *Beginnelsen van Belgische Privaatrecht*, deel V, Antwerpen, 1990, nrs. 225, 401 en 402).

5. *Gegrondeheid van de voorlopige regeling van de toestand van partijen (art. 19, tweede lid, Ger.W.)*

De vrederechter is krachtens artikel 19 Ger.W. bevoegd om, ongeacht de urgentie, de toestand van partijen voorlopig te regelen in afwachting van de uitspraak van de Raad van State over de vordering tot nietigverklaring van het besluit van de Vlaamse Executieve van 30 juli 1992 betreffende de uitvoering van ambtshalve saneringswerkzaamheden van de terreinen van de voormalige arseenfabriek gelegen te B. en

te M. door de Openbare Afvalstoffenmaatschappij voor het Vlaamse Gewest alvorens zelf uitspraak te doen over de grondheid van de bezitsvordering van eerste tot en met zesde geïntimeerde (Vuye H., «Mogelijke perspectieven voor de bezitsbescherming van onroerende goederen», in *Het zakenrecht, absoluut niet een rustig bezit*, Kluwer, 1992, nrs. 77, 315 en 316).

De opportuniteit van de door de vrederechter bevolen voorlopige maatregel is trouwens achteraf gebleken uit de feiten dat de Raad van State bij arrest nr. 40.145 van 25 augustus 1992 de voorlopige schorsing heeft bevolen van de tenuitvoerlegging van het besluit van 30 juli 1992 van de Vlaamse Executieve en bij arrest nr. 40.480 van 24 september 1992 de voorlopige schorsing van de tenuitvoerlegging heeft bevestigd en dat de Raad van State bij arrest nr. 18.286 van 23 november 1992 tevens de schorsing van de tenuitvoerlegging heeft bevolen van de artikelen 1 tot en met 3 van besluit van 31 juli 1992 van de gemeenschapsminister van Leefmilieu en Huisvesting, van de in de brief van 21 januari 1992 van de bestuursdirecteur van het Bestuur Milieuvergunningen vervatte beslissing dat geen milieuvergunning dient te worden gevraagd en van de op 17 maart 1992 door de gemachtigde ambtenaar aan de Openbare Afvalstoffenmaatschappij voor het Vlaamse Gewest verleende bouwvergunning.

Het ligt immers voor de hand de uitspraak van de Raad van State en eventueel van het Arbitragehof af te wachten op onder meer de vraag of de Vlaamse Raad met artikel 54, 5°, van het decreet betreffende het bestuurlijk beleid van 12 december 1990, dat artikel 21, § 2, c, van het decreet van 2 juli 1981 betreffende het beheer van afvalstoffen wijzigt waardoor de in gebreke blijvende (eigenaar) en niet noodzakelijk de vervuiler de kosten dient te dragen van de sanering van de verontreinigde bodem, zijn bevoegdheid niet heeft overschreden door een objectieve aansprakelijkheidsregeling in te voeren die fundamenteel afwijkt van de aansprakelijkheidsregeling van het Burgerlijk Wetboek (Bocken H., «Wat wij zelf doen, doen we beter?», *T.P.R.*, 1991, 280-282).

6. Het buiten de zaak stellen van het Ministerie van Landsverdediging

Ingevolge de inwerkingtreding van de wet van 18 juli 1991 op de demilitarisering van de rijkswacht op 1 januari 1992 is alleen nog de minister van Binnenlandse Zaken bevoegd voor het bestuur van de rijkswacht terwijl de minister van Justitie medezeggenschap behoudt voor bepaalde opdrachten.

Derhalve dient zevende geïntimeerde, die voor de vrederechter verstek had laten gaan, buiten de zaak te worden gesteld.

7. Het beroep op de rijkswacht

Ofschoon artikel 55, § 1, 3°, van het decreet van de Vlaamse Raad van 2 juli 1981 betreffende het beheer van afvalstoffen, welk artikel vermeld staat onder hoofdstuk IX betreffende het toezicht op de uitoefening van dit decreet en de uitvoeringsbesluiten ervan, bepaalt dat de ambtenaren die de Vlaamse Executieve aanwijst, in de uitoefening van hun ambt de bijstand van de rijkswacht kunnen vorderen, belet dit artikel de burgerlijke rechter, die op grond van de artikelen 92 en 107 van de Grondwet de rechter bij uitstek is om iedere schending van de subjectieve rechten van de burger

door onrechtmatig overheidsoptreden te voorkomen, geenszins de Belgische Staat, vertegenwoordigd in de persoon van de minister van Binnenlandse Zaken, te verbieden de rijkswacht bijstand te laten verlenen aan de uitvoering van een besluit van de administratieve overheid waarvan de rechtsgeldigheid ernstig wordt betwist.

NOOT-Bezitsvorderingen en milieurecht: over oude en nieuwe spoedprocedures

1. In het geannoteerde vonnis wordt de bezitsbescherming gebruikt als een slagvaardig wapen tegen het milieurecht. Met toepassing van het decreet betreffende het beheer van afvalstoffen (art. 21, § 1, C, Decr.VI.R., 2 juli 1981, als gewijzigd bij art. 54, 5°, Decr.VI.R., 12 december 1990) wilde de openbare afvalstoffenmaatschappij overgaan tot de ambtshalve sanering van de terreinen van een voormalige arseenfabriek. De sanering gebeurt op kosten van de in gebreke blijvende, d.w.z. mogelijk zelfs op kosten van de volledig onwetende en onschuldige eigenaar van het goed (zie Bocken H., «Milieuwetgeving en onroerende goederen. Aansprakelijkheid voor de kosten van bodemsanering», *T.P.R.*, 1992, 47 e.v.). De vrederechter van Bree zal echter, kennis nemend van een bezitsvordering, aan O.V.A.M. en het Vlaams gewest verbod opleggen om enige bezitsdaad te verrichten ten opzichte van de te saneren terreinen. De bezitsbescherming is in deze zaak zeer efficiënt gebleken. De feiten van het geannoteerde vonnis spreken voor zich. De vrederechter riep O.V.A.M. een halt toe, zelfs nog vooraleer de Raad van State de voorlopige schorsing kon bevelen van de tenuitvoerlegging. Bovendien deed hij dit met toepassing van art. 19, tweede lid, Ger.W., d.w.z. als voorlopige maatregel waarbij de toestand van partijen geregeld wordt. De door vele praktici vergeten bezitsvorderingen blijken een van de meest slagvaardige spoedprocedures te zijn die men zich maar kan indenken (zie over de bezitsvorderingen, de glasheldere uiteenzetting in Van Neste F., *Zakenrecht, I, in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Brussel, 1990, 387-411, nrs. 219-233; voor een recent overzicht van rechtspraak: Kokelenberg J., Van Sinay T. en Vuye H., «Overzicht van rechtspraak zakenrecht (1980-1988)», *T.P.R.*, 1989, 1818 e.v.).

In de volgende paragrafen onderzoeken we voornamelijk twee punten. Eerst situeren we kort het vonnis: hoe kan de bezitsbescherming zo effectief zijn tegen het steeds groeiend arsenaal aan milieurecht? (nrs. 2-4). Ten tweede onderzoeken we de omgekeerde hypothese: kunnen de bezitsvorderingen (reïntegranda en complainte) geen civielrechtelijk hulpmiddel zijn in het grotendeels publiekrechtelijke milieurecht? (nrs. 5-13).

2. In het besproken vonnis nam de vrederechter kennis van een complainte. Art. 1370 Ger.W. laat deze bezitsvordering slechts toe indien cumulatief voldaan is aan de volgende voorwaarden: 1) mits het gaat om onroerende goederen en onroerende rechten die door verjaring verkregen kunnen worden; 2) mits de eiser bewijst gedurende ten minste een jaar in het bezit ervan te zijn geweest; 3) mits het bezit een verjaringsbezit is in de zin van het B.W. (artt. 2228 e.v. B.W.); 4) mits minder dan een jaar verlopen is sinds de stoornis of de ontzetting van het bezit; 5) mits er sprake is van een bezitsstoornis.

De harde kern van deze voorwaarden zit hem in het begrip «bezitsstoornis». In de rechtsleer en de rechtspraak wordt

dit begrip omschreven als een materiële daad of een rechts-handeling waaruit blijkt dat het bezit (art. 2228 B.W.) betwist wordt (Cass., 19 februari 1863, *Pas.*, 1863, 395, *B.J.*, 1863, 354; Dekkers R., *Handboek burgerlijk recht*, I, Brussel, 1971, 859, nr. 1635; De Page H. en Dekkers R., *Traité élémentaire de droit civil belge*, V, Brussel, 1975, 778-779, nr. 874; Kokelenberg J., «Eigendomsoverdracht en eigendomstitel», in *Het onroerend goed in de praktijk*, I.E.3-3, nr. 1.2; *Pand.B.*, v° «Action possessoire», nrs. 32 e.v., v° «Trouble possessoire», nr. 7; Renard C. en Hansenne J., «Possession», *Rép.Not.*, T.XV-Matières diverses-Livre XXII, nrs. 89, 92; *R.P.D.B.*, v° «Possession», nr. 169; Van Neste F., *o.c.*, 404, nr. 227, C; Vuye H., *Bezit en bezitsbescherming van onroerende goederen en onroerende rechten*, doctoraal proefschrift, te verschijnen: Brugge, Die Keure, 1994, nr. 683). Procureur-generaal Hayoit de Termicourt omschreef de bezitsstoornis als «un acte de contradiction de la possession» (conclusie bij Cass., 1 maart 1962, *Pas.*, 1962, I, 740).

3. Het begrip bezitsstoornis is aldus een zeer specifiek begrip. Een al oud Frans auteur drukte dit treffend uit waar hij schreef: «C'est une jouissance troublée, ce n'est pas une intention contrariée qui donne droit à la plainte» (Vazeille, *Traité des prescriptions*, Brussel, 1834, 15, nr. 38). Het is wel degelijk het bezit, in de juridisch technische betekenis van art. 2228 B.W., dat moet worden tegengesproken. Het bezit is een feitelijke heerschappij over een goed of recht, waarbij dit goed of recht overeenkomstig zijn bestemming wordt gebruikt (*corpus*) en dit met de wil om de feitelijke heerschappij voor zichzelf uit te oefenen (*animus*). Het Hof van Cassatie omschreef het bezit als «la manifestation de la prétention au droit» (Cass., 14 oktober 1926, *Pas.*, 1927, I, 67; over de juridisch technische betekenis van het begrip bezit, zie Van Neste F., *o.c.*, 191 e.v., nrs. 102 e.v.; Vuye H., *o.c.*, nrs. 34 e.v.). Een bezitsstoornis vereist aldus een ontkennen, verhinderen of bemoeilijken van het bezit. Het louter veroorzaken van hinder of het toebrengen van schade impliceert op zich geen tegenspraak van andermans bezit (zie uitgebreid Vuye H., *o.c.*, nr. 698 e.v.).

4. Krachtens art. 18, tweede lid, Ger.W. kan de complainte ingesteld worden, niet alleen wanneer de bezitsstoornis reeds voltrokken is, maar tevens wanneer het bezit ernstig bedreigd wordt (Vuye H., *o.c.*, nrs. 176 en 686; *Pand.B.*, v° «Action possessoire», nrs. 70-73, 45; *R.P.D.B.*, v° «Possession», nr. 172; Cambier C., *Droit judiciaire civil*, II, Brussel, 1981, 434, voetnoot 12). In het geannoteerde vonnis was er wel degelijk sprake van een ernstig bedreigd bezit. Hoewel er veel betwisting bestaat omtrent de vraag wanneer een overheid een bezitsstoornis begaat, in het bijzonder met betrekking tot de executoire bestuurlijke beslissing, kunnen we ons aansluiten bij de Rechtbank te Tongeren waar zij oordeelt bevoegd te zijn wanneer de dreigende stoornis gebaseerd is op een besluit van een administratieve overheid waarvan de rechtsgeldigheid wordt betwist (over bezitsbescherming tegen de overheid: Vuye H., *o.c.*, nrs. 806 e.v.). Bovendien hoefde de rechtbank zich in casu niet eens uit te spreken over de gegrondheid en de ontvankelijkheid van de bezitsvordering, daar zij zich beperkt tot een voorlopig regelen van de toestand van partijen op basis van art. 19, tweede lid, Ger.W.

5. Tegen het milieurecht blijkt de bezitsbescherming soms effectief, maar ook de toepassing van de bezitsvorderingen in het milieurecht lijkt de meest gedurfde groene dromen te kunnen overtreffen. Het resultaat van een bezitsvordering is

altijd een herstel in de feitelijke situatie van voor de stoornis (Vuye H., *o.c.*, nrs. 241 e.v.). Dit voorstel is naar de woorden van het Hof van Cassatie een noodzakelijk gevolg van een ontvankelijke en gegronde bezitsvordering (Cass., 22 februari 1836, *Pas.*, 1836, I, 198; Cass., 3 januari 1846, *Pas.*, 1847, I, 24, n., *B.J.*, 1846, 1133). De rechter heeft hier, behoudens de hypothese van rechtsmisbruik (zie Vuye H., *o.c.*, nrs. 243 e.v.), geen enkele appreciatiemarge. Het bevelen van het herstel in de toestand van voor de stoornis is een gebod voor de rechter (Cass.fr., 14 juni 1948, *Gaz.Pal.*, 1948, 2, 69, *J.C.P.*, 1948, IV, 113). Hij is verplicht om het herstel te bevelen. Dit is de «sanctionerende functie» van de bezitsvorderingen (Vuye H., *o.c.*, nrs. 1022 e.v.). Als specifieke verwoordingen van het verbod op eigenrichting beletten de complainte en de reïntegranda op radicale wijze dat diegene die het verbod op eigenrichting overtrad, enig voordeel uit zijn daad zou halen. Deze sanctionerende functie verklaart tevens waarom de bezitsvorderingen, als ze eenmaal ontvankelijk zijn, altijd en noodzakelijk gegrond zijn. Een verweer ten gronde in het bezitsproces is uitgesloten. Toegepast op het milieurecht komt dit neer op een wel bijzonder radicale toepassing van het principe «de vervuiler betaalt». Het loont dan ook de moeite om de mogelijkheden die de bezitsvorderingen kunnen bieden, nader te onderzoeken.

6. De complainte, die in het geannoteerde vonnis een zo machtig wapen bleek tegen het milieurecht, brengt echter weinig aarde aan de dijk wanneer men ze wil toepassen als wapen in het milieurecht. Zoals we reeds boven hebben gesteld vereist de complainte een tegenspraak van andermans bezit. Dit beperkt aanzienlijk het toepassingsgebied van deze vordering en maakt ze in het milieurecht nagenoeg onbruikbaar (zie uitgebreid Vuye H., *o.c.*, nr. 693). Milieuvuiling, zelfs al blijft ze strikt gelokaliseerd tot een bepaald goed, zal maar zelden gekwalificeerd worden als een bezitsstoornis in de juridisch technische betekenis. Om dit aan te tonen grijpen we terug naar enkele uitspraken van het franse Hof van Cassatie. Een eerste arrest handelt over een spoorwegmaatschappij die herhaaldelijk schade had toegebracht aan een wasserij-blekerij doordat haar stoomtreinen roetdeeltjes achterlieten op het linnen dat te drogen of te bleken hing. Het Franse Hof van Cassatie oordeelde echter terecht dat er geen sprake kon zijn van een bezitsstoornis: «Attendu que si le trouble matériel (...) était de nature à préjudicier à l'exercice de son industrie, il n'avait point le caractère d'une contradiction opposée à sa possession; qu'en effet, aucun droit contraire ne pourrait résulter pour la compagnie de la répétition même prolongée de faits tels que ceux allégués (...), lesquels seraient prohibés par les dispositions réglementaires et de police à l'observation desquelles la compagnie est soumise» (Cass.fr., 1 februari 1864, *D.*, 1864, 91). Niet alleen luchtverontreiniging, maar ook waterverontreiniging zal zelden een bezitsstoornis inhouden. Zo bijvoorbeeld oordeelde het franse Hof van Cassatie dat het onbruikbaar worden van een waterput wegens de overvloedige bemesting op een naburig erf geen bezitsstoornis is (Cass. fr., 21 februari 1947, *D.*, 1947, 239). Ook het Hof van Beroep te Lyon besliste, in een bezitsgeding omtrent art. 641 C.civ., dat «le fait de déverser (...) des eaux polluées provenant d'une utilisation industrielle (...) ne constitue (...) pas un trouble possessoire» (Lyon, 15 november 1973, *D.*, 1974, 588).

7. Milieuverontreiniging zal slechts zelden een tegenspraak van andermans bezit inhouden. Dat kan echter wel het geval zijn wanneer milieuhinder in verband gebracht kan worden met een bestaande erfdienstbaarheid. Dan wordt de bezitsbescherming mogelijk, ofwel wegens het tegenspreken van het bezit van de erfdienstbaarheid of wegens het tegenspreken van het bezit van het lijdend erf. We trachten dit te illustreren aan de hand van enkele voorbeelden.

8. Het meest voor de hand liggende voorbeeld is de tegenspraak van de rechten die de aangelanden bezitten op een niet bevaarbare waterloop (zie Cass.fr., 12 maart 1900, *D.*, 1900, 284). Het gebruiksrecht van de oevereigenaars is een onroerend recht dat door verjaring verkregen kan worden en aldus in aanmerking komt voor de bezitsbescherming (Derine R., Van Neste F. en Vandenberghe H., *Zakenrecht*, I, B, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, 1974, 747, nr. 468, B, 751, nr. 472; Laurent F., *Principes de droit civil*, VII, Brussel, 1872, 355, nr. 298; *R.P.D.B.*, v° «Eaux», nr. 520; zie uitgebreid Vuye H., *o.c.*, nrs. 360 e.v.). Zo kan de lager gelegen oovereigenaar zich verzetten tegen het onregelmatig, d.w.z. in strijd met art. 644, tweede lid, B.W., weerhouden van het water door de hoger gelegen oovereigenaar (Cass., 15 februari 1836, *Pas.*, 1836, I, 189). Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de hoger gelegen eigenaar het water vervuult in de waterloop loost (*Pand. B.*, v° «Action possessoire», nr. 988; Wodon L., *Traité théorique et pratique de la possession et des actions possessoires*, III, Brussel, 1877, 109-110, nr. 610; Cass.fr., 27 januari 1857, *D.*, 1857, 173; Cass.fr., 16 januari 1866, *D.*, 1866, 206; Cass.fr., 12 maart 1900, *D.*, 1900, 284).

Een ander voorbeeld waar milieuverontreiniging in verband gebracht met een erfdienstbaarheid mogelijk een bezitsstoornis kan zijn, vindt men bij de regeling omtrent de waterafloop (art. 640 B.W.). De lager gelegen erven moeten krachtens deze bepaling het water ontvangen dat zonder toedoen van de mens afloopt. Deze wettelijke erfdienstbaarheid verplicht de lager gelegen eigenaar echter geenszins industrieel water op zijn erf te laten vloeien. Hij kan zich tegen het vestigen van een dergelijk recht van huishoudelijke of industriële waterloop verzetten door middel van een bezitsvordering (zie uitgebreid Vuye H., *o.c.*, nr. 356). De lager gelegen eigenaar wordt immers gestoord in het rustig bezit van zijn erf (*Pand. B.*, v° «Action possessoire», nr. 936).

9. Naast de complainte bestaat echter nog een andere bezitsvordering, namelijk de reïntegranda (zie Hanotiau M., «La réintégration, ou la maxime 'Spoliatus ante omnia restituendus'», noot bij Cass., 18 december 1975, *R.C.J.B.*, 1979, 73-109). Voor deze vordering wordt enkel vereist dat het gaat om onroerende goederen of onroerende rechten die door verjaring verkregen kunnen worden (art. 1370, 1°, Ger.W.) en dat de vordering binnen een jaar na de stoornis wordt ingesteld (art. 1370, 4°, Ger.W.). Niet alleen de bezitter, maar tevens de houder (*detentor*) van een onroerend goed of recht kan aldus deze vordering instellen. Men kan dan ook stellen dat de reïntegranda niet alleen het verjaringsbezit van een goed of een recht, maar tevens de feitelijke heerschappij over een goed of een recht beschermt.

10. Op één punt zijn de vereisten voor het instellen van een reïntegranda echter strenger dan deze voor de complainte. Een bezitsstoornis volstaat niet, er moeten «feitelijke» gepleegd zijn of er moet «geweld» gebruikt zijn. Feitelijkeheden zijn rechtstreeks gericht op goederen, terwijl geweld zich eerder richt tot personen maar met een doelge-

richtheid tot de feitelijke heerschappij over een onroerend goed of een onroerend recht.

Een feitelijke daad is een agressieve daad gericht op eigenrichting (zie conclusie advocaat-generaal Bosch bij Cass., 18 mei 1893, *Pas.*, 1893, I, 231; conclusie advocaat-generaal Janssens de Bisthoven bij Cass., 24 september 1987, *Pas.*, 1988, I, 106). Van Neste sluit hier bijzonder nauw bij aan waar hij schrijft dat de reïntegranda ontvankelijk is zodra agressieve daden gepleegd zijn die een zeker zelfverweer zouden kunnen rechtvaardigen, hetgeen de openbare rust in het gedrang kan brengen (Van Neste F., *o.c.*, 410, nr. 233, B; zie verder over het begrip feitelijke Vuye H., *o.c.*, nrs. 716 e.v.).

11. Het begrip feitelijke daad lijkt aldus meer beloften in te houden dan het begrip bezitsstoornis. De dader moet immers geenszins de wil hebben om andermans «bezit» (art. 2228 B.W.) in het gedrang te brengen (conclusie procureur-generaal Hayoit de Termicourt bij Cass., 1 maart 1962, *Pas.*, 1962, I, 737) en het begrip staat volkomen los van het door de dader beoogde doel (Cass., 24 september 1987, *Pas.*, 1988, I, 106, conclusie advocaat-generaal Janssens de Bisthoven, *Arr.Cass.*, 1987-88, 113, *J.T.*, 1987, 627, *R.W.*, 1987-88, 814, *Rev.Not.B.*, 1988, 139).

12. Toch zal ook de reïntegranda zelden soelaas brengen. De voornaamste moeilijkheden voor het aanwenden van de reïntegranda in het milieurecht kan men indelen in vier categorieën. Allereerst de moeilijkheden eigen aan het aanwenden van privaatrechtelijke middelen in het milieurecht: vaak zal het moeilijk zijn de dader van de feitelijke daad aan te wijzen en het bewijs van het verband tussen een aan de dader ten laste gelegde handeling en de feitelijke daad is evenmin evident. Tevens zijn er de moeilijkheden eigen aan het bezitsproces. Dit geding is immers altijd een voorlopig proces, d.w.z. dat het gevolgd kan worden door een eigendomsproces (art. 1371 Ger.W.). Verder dient men rekening te houden met de beperkingen van de bezitsvorderingen. Het vereiste dat het moet gaan om onroerende goederen of onroerende rechten die verkregen kunnen worden door verjaring (art. 1370, 1°, Ger.W.), maakt de bezitsbescherming niet alleen onmogelijk voor niet voortdurende of niet zichtbare erfdienstbaarheden (art. 691 B.W.), maar tevens voor openbare domeingoes, bijvoorbeeld de bevaarbare waterlopen, en voor zaken die beschouwd worden als *res communis*, bijvoorbeeld de lucht boven een perceel grond (zie over dit laatste aspect Vred. Seraing, 22 november 1933, *Jur.Liège*, 1934, 200, en over dit vonnis Vuye H., *o.c.*, nr. 740, voetnoot). In feite worden hierdoor reeds een groot aantal goederen, die vanuit ecologisch standpunt bescherming verdienen, uitgesloten uit het toepassingsgebied van de bezitsbescherming. Tot slot zijn er regels die de effectiviteit van de bezitsvorderingen aantasten. Een bezitsvordering zou in het milieurecht echt effectief zijn wegens haar eigenheid, namelijk dat de rechter verplicht is om het herstel in de toestand van voor de stoornis uit te spreken («sanctionerende functie»). Dit beginsel wordt echter in belangrijke mate getemperd door de, o.i. betwistbare (zie Vuye H., *o.c.*, nr. 809), cassatierechtsspraak die stelt dat de hoven en rechtbanken weliswaar bevoegd zijn om kennis te nemen van vorderingen gebaseerd op een schade aan een naburig eigendom veroorzaakt door een gevaarlijke, ongezonde of hinderlijke inrichting die door de administratie is gemachtigd, maar dat zij geen maatregelen

len mogen bevelen die strijdig zijn met die welke door de overheden in het algemeen belang zijn voorgeschreven, of die van die aard zijn dat ze het bestaan zelf van de inrichting aantasten (Cass., 27 april 1962, *Pas.*, 1962, I, 938, *R.W.*, 1962-63, 57 (als 27 april 1963), conclusie advies advocaat-generaal Dumon, *R.G.A.R.*, 1963, 7134; Cass., 27 november 1974, *Pas.*, 1975, I, 341, *Arr.Cass.*, 1975, 370, *J.T.*, 1975, 203, *R.G.A.R.*, 1975, 9475, n. Glansdorff F.; Cass., 29 oktober 1991, *Pas.*, 1992, I, 164, *Arr.Cass.*, 1991-92, 200). Past men deze cassatierechtspraak toe, dan verliest de bezitsbescherming tegen een vervuilende vergunninghouder haar voorname slagkracht.

13. De bezitsvorderingen kunnen zeker aangewend worden als een effectieve spoedprocedure. Dit is ongetwijfeld het geval wanneer de bezitsvorderingen gecombineerd worden met de mogelijkheid om op de inleidende zitting (art. 735 Ger. W.) maatregelen te vragen die voorlopig de toestand van partijen regelen (art. 19, tweede lid, Ger. W.). We hebben daar reeds herhaaldelijk op gewezen («Mogelijke perspectieven voor de bezitsbescherming van onroerende goederen», in *Het zakenrecht. Absoluut niet een rustig bezit*, Antwerpen, 311 e.v.; «Spoed voor de Vrederechter? Mogelijkheden en moeilijkheden», in *Bevoegdheden van de Vrederechters en Politiechters. Eeuwfeestboek uitgegeven ter gelegenheid van het 100-jarig bestaan van het Koninklijk Verbond van de Vrederechters en Politiechters van België*, Brugge, 1992, 218 e.v.), en het geannoteerde vonnis is hiervan een zoveelste bewijs. Het steeds groeiend arsenaal juridische milieutechnologie wordt treffend tot staan gebracht door het gebruik van een aloude vordering die helaas niet meer tot de tacieta kennis behoort van de meeste practici.

Als spoedprocedure ter aanvulling van het milieurecht kennen de bezitsvorderingen echter hun beperkingen. Ze zullen slechts in specifieke gevallen effectief aangewend kunnen worden. Hier beschikt de rechtzoekende echter recent over een andere spoedprocedure, namelijk het vorderingsrecht inzake bescherming van het leefmilieu (wet van 12 januari 1993; zie hierover Van Gerven D., «Le droit d'action en matière de protection de l'environnement», *J.T.*, 1993, 613 e.v.; Carette A., «Wet betreffende een vorderingsrecht inzake bescherming van het leefmilieu», *R.W.*, 1992-93, 1392 e.v.). Deze spoedprocedure heeft zeker een aantal voordelen ten opzichte van de bezitsvorderingen, zo bijvoorbeeld de ruime omschrijving van de vorderingsgerechtigde personen en het terzijde schuiven van het adagium «le criminel tient le civil en état». Men mag zeker besluiten dat deze innovatie een belangrijke stap vooruit betekent (Van Gerven D., o.c., *J.T.*, 1993, 621). Maar deze vordering tot staken inzake milieurecht mist echter net datgene wat de toepassing van de bezitsvorderingen in het milieurecht zo aantrekkelijk maakt, namelijk de *verplichting* voor de rechter om het herstel in de toestand van voor de stoornis uit te spreken. De vordering tot staken daarentegen laat de voorzitter in kort geding een aanzienlijke ruimte voor belangenafweging: milieubescherming, maar dan rekening houdend met economische en sociale motieven (zie hierover de terecht kritische beschouwingen van Carette A., o.c., *R.W.*, 1992-93, 1397 en 1400). De vordering tot staken heeft slechts een relatief sanctionerende functie of zelfs een eerder preventieve func-

tie. Maar heeft het milieu geen behoefte aan een vordering met een absoluut sanctionerende functie?

Hendrik Vuyse
Hoofddocent
Facultés Universitaire
Notre-Dame de la Paix
Namen

VREDEGERECHT TE OOSTENDE

2e KANTON – 25 JANUARI 1991

Rechter: de h. De Palmaer

Advocaten: mrs. Valcke, Crabeels, Vandelacluze en De Fauw

1. Verzekering - a) Motorvoertuigen – Schade veroorzaakt door een onbekend gebleven bestuurder van een gestolen auto – b) Zware fout – Begrip – 2. Onrechtmatige daad – a) Aansprakelijkheid – Werknemer – Art. 18 Arbeidsovereenkomstenwet – Gewoonlijk voorkomende lichte fout – b) Oorzakelijk verband – Wagen niet slotvast op de openbare weg achterlaten

1.a) De W.A.M.-verzekeraar is ertoe gehouden de schade te vergoeden die aan een derde is veroorzaakt door een onbekend gebleven bestuurder van een gestolen auto. Alleen indien kan worden vastgesteld dat de dief het ongeval heeft veroorzaakt, is de W.A.M.-verzekeraar niet gehouden.

b) Een zware fout die een regresvordering van de W.A.M.-verzekeraar mogelijk maakt, wordt begaan door de bestuurder van een auto die deze met ongesloten deuren en met het zichtbaar achterlaten van de sleutels op het contact achterlaat op de openbare weg in volle stadscentrum, en zonder het benzineafsluitsysteem in te schakelen dat zeer eenvoudig en in een oogwenk aan te zetten is en specifiek bedoeld is om diefstallen tegen te gaan.

2.a) Een werknemer wiens dagtaak erin bestaat bestellingen uit te voeren en die zich met de auto van de ene naar de andere plaats dient te begeven om zijn bestelling af te geven en dan opnieuw vertrekt, begaat een gewoonlijk voorkomende lichte fout wanneer hij tijdens de uitvoering van dat werk in volle stadscentrum niet telkens zijn auto afsluit, ook niet de sleutels van het contact wegneemt en/of evenmin het benzineafsluitsysteem in werking stelt dat met een eenvoudige handeling te bedienen is.

b) Er bestaat een oorzakelijk verband tussen de fout van de bestuurder die zijn auto niet-slotvast op de openbare weg achterlaat en de schade die, na de diefstal van die auto, door een onbekend gebleven bestuurder van die wagen aan een derde is veroorzaakt.

W. en Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds t/
N.V. De S.

Feiten

Op 8 februari 1988 rond 17u45 werd de geparkeerde wagen van de heer W., eiser, in de Rietstraat ter hoogte van huisnummer 76 aangereden door een lichte vrachtwagen «Renault 4», eigendom van de heer B., vrijwillig tussenkomende partij, en verzekerd bij de N.V. Verzekeringsmaatschappij van De S., verweerster. De bestuurder van het voer-

tuig bleef onbekend doordat deze zich schuldig maakte aan vluchtmisdrijf. Volgens de getuige S. is de bewuste R4 bij het inrijden vanuit de Haverstraat naar de Rietstraat, uit de bocht gegaan en kwam deze op het trottoir terecht waardoor de wagen van de heer W. beschadigd werd. De heer B. en de heer C., die als werknemer-loopjongen in opdracht van de heer B., groentenhandelaar, met de R4 reed, deden op 8 februari 1988 om 20u20 aangifte van de diefstal van de R4. De heer C. had als taak met deze wagen door klanten bestelde koopwaren bij hen af te leveren, iets wat telkens gemiddeld slechts enkele minuten in beslag zou nemen. Toen hij rond 17u30 een bestelling leverde op het adres Nieuwpoortsteenweg 195 verliet hij de wagen met de sleutels op het contact en sloot hij de wagen (dus) niet af. Hij beweert de wagen slechts 20 seconden achtergelaten te hebben: ondertussen werd deze echter gestolen. De heer C. bevestigt ook dat hij de veiligheid (waardoor de wagen slechts 70 meter ver kan rijden bij diefstal) niet ingeschakeld had. De wagen werd op 9 februari 1988 rond 8u50 teruggevonden in de Oesterbankstraat met beschadigingen. Deze schade correspondeert met de aan de wagen van de heer W. aangebrachte schade, zodat het zeker is dat de schade toegebracht aan de wagen van eiser veroorzaakt werd met de bewuste R4. Een der verbalisanten was op 8 februari 1988 rond 18u45 in de Oesterbankstraat geweest: toen stond de R4 er nog niet.

Beoordeling

A. De eis van eisers t.o.v. De S.

Eisers stellen dat een diefstal niet bewezen is; en dat – zelfs zo die bewezen zou zijn – de fout van de heer C. tot de verplichte dekking door De S. moet leiden.

Verwijzend naar het arrest van 26 juni 1989 van het Benelux-Gerechtshof, stellen eisers dat De S. wel gehouden is tot dekking daar de bestuurder van de kort voordien gestolen wagen onbekend gebleven is.

1. Er worden geen concrete bewijzen aangebracht door de eisers dat de diefstal waarover een klacht werd ingediend, niet gepleegd zou zijn en slechts een verzinsel is.

Er is geen reden om te twijfelen aan de waarachtigheid van de verklaringen van de heer C., te meer daar deze bevestigd werden door de heer B., die geen belang had om te liegen of te verzinnen dat de heer C. een fictief verhaal verzinde.

Dat pas 2½ à 3 uur na de diefstal, de aangifte ervan in een proces-verbaal opgenomen werd, bewijst niets en levert evenmin enig vermoeden van een leugenachtige aangifte op.

Mogelijk hebben de heren C. en/of B. geprobeerd om de wagen zelf op te sporen.

De omstandigheden waarin het ongeval zich voordeed, wijzen er trouwens op dat de bestuurder van de wagen iemand was die het stuur niet meester was en niet de gewoonte had om met deze wagen te rijden, zodat het nagenoeg zeker niet de heer C. was die de wagen bestuurde toen het ongeval zich voordeed.

De wagen werd manifest gestolen; met deze gestolen wagen werd het ongeval veroorzaakt.

2. Is De S. gehouden tot dekking?

Zowel de eisers als De S. verwijzen naar het arrest van het Benelux-Gerechtshof van 26 juni 1989 om volledig tegenstrijdige besluiten uit dit arrest af te leiden.

Het arrest moet inderdaad grondig ge- en herlezen worden.

De lezing ervan kan hierbij nuttig aangevuld worden door het erop aansluitende arrest van het Hof van Cassatie van 2 maart 1990, zoals dit in het *R.W.*, 1990-91, 469, gepubliceerd werd, enige weken voor in deze zaak gepleit werd.

De vraag die in dat verband rijst, is welke de draagwijdte is van artikel 3, eerste lid, van de wet van 1 juli 1956 op de verplichte B.A. verzekering voertuigen.

Dit artikel sluit uit van de verplicht te verstrekken dekking «hen die zich door diefstal of geweldpleging de macht over het motorvoertuig hebben verschafte».

Uit voormelde arresten kan afgeleid worden dat niet van de verplicht te verstrekken dekking uitgesloten is «de aansprakelijkheid van de bestuurder die met een gestolen motorvoertuig (...) schade veroorzaakt heeft, en (...) onbekend is gebleven».

Het is daarbij onbelangrijk of de wagen recent of geruime tijd voor het ongeval gestolen was.

Het arrest komt er dus op neer dat de verzekeraar gehouden blijft de schade te vergoeden die aangericht werd door een onbekend gebleven bestuurder van een gestolen wagen.

Alleen als blijkt dat de dief het ongeval heeft veroorzaakt, is de verzekeraar niet gehouden.

Een andere interpretatie kan niet gevolgd worden. De conclusie van de plaatsvervangende advocaat-generaal Lenaerts bij het arrest van het Benelux-Gerechtshof verduidelijkt bovenstaande gevolgtrekkingen. Meer bepaald kan verwezen worden naar punt 10 en 11 van deze conclusie.

De verzekering moet inderdaad een zeer ruime strekking hebben en de uitzondering (niet dekking) moet beperkend geïnterpreteerd worden. Zo wordt de bestuurder die de wagen door verduistering of oplichten in zijn bezit verkreeg, ook niet uitgesloten van dekking (zie Pol. Hasselt, 16 juni 1989, *Tijdschrift Vrede- en Politierechters*, 1990, 424).

In het onderhavige geval kan niet vastgesteld worden wie de bestuurder van de gestolen wagen was toen het ongeval zich voordeed.

De bestuurder is onbekend gebleven. Het staat niet vast dat het de dief geweest is, het kon ook een vriend(in) van de dief geweest zijn of iemand die wat verder op hem wachtte en aan wie de dief de wagen uitleende.

De S. dient dus de schade te vergoeden aan de eisers.

B. De N.V. Verzekeringsmaatschappij van De S. stelt subsidiair een eis tot vrijwaring t.o.v. de heer B., vrijwillig tussenkomende partij en t.o.v. de heer C., verweerder in vrijwaring

1. Zij baseert zich hiervoor op de artt. 25, 9°, en 24 van de algemene voorwaarden der verzekeringsovereenkomst t.o.v. van de heer B.; en stelt dat een zware fout gepleegd werd door de heer C. doordat deze de wagen achterliet op de openbare weg in het stadscentrum; en dit zonder afgesloten deuren en met de sleutels op het contact.

Opdat aan het vereiste van deze zware fout voldaan is, moet er o.m. een objectief en een subjectief element aanwezig zijn. Tevens moet er een causaal verband tussen de fout en de schade bewezen worden.

Door de daad moet er een verzwarende van het verzekerde risico zijn die buiten de normale verwachtingen van verzekeraarbaarheid valt.

De dader wist of behoorde te weten dat zijn gedrag het verzekerde risico verzwaarde.

Te dezen meent de rechtbank dat wel degelijk een zware fout begaan werd zoals bedoeld in de verzekeringspolis. Het ongesloten laten der deuren en het daarbij nog zichtbaar

achterlaten der sleutels op het contact en het niet eens inschakelen van het benzineafsluitsysteem dat zeer eenvoudig en in een oogwenk aan te schakelen is, en dat specifiek voor de aangehaalde situaties bedoeld is, waarbij dit alles in het volle stadscentrum met veel passage van allerlei personen gepaard gaat, maakt onmiskenbaar een zware fout uit. Deze staat in oorzakelijk verband met het ongeval.

Er zij verwezen naar een arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 10 maart 1987 (*R.W.*, 1987-88, 576).

Alzo is De S. gemachtigd tot het uitoefenen van regres.

2. *De eis van De S. t.o.v. de heer B.*

Deze is gebaseerd op artikel 1384, derde lid, B.W. en is in het raam van het hierboven uiteengezette gegrond.

Ten onrechte roept de heer B. artikel 18 A.O.W. in.

Hij kan dit als werkgever niet doen t.o.v. de derde die De S. te dezen is. Enkel de werknemer kan dit doen.

Even ten onrechte verwijst de heer B. naar de theorie van de bewaargeving om te stellen dat de bewaarder van de zaak (de heer C.) rechtstreeks aangesproken moet worden.

De heer C. werkte onder het gezag en toezicht van de heer B.; deze kan dan ook aansprakelijk gesteld worden voor zijn werknemer-aangestelde nu niet betwist wordt dat de diefstal tijdens de bediening van de werknemer gebeurde en er verband mee hield.

3. *De eis van De S. t.o.v. de werknemer, de heer C.*

A. Er dient nagegaan te worden of aan de vereisten van artikel 1382 B.W. en art. 18 A.O.W. voldaan is.

Artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet bepaalt dat de werknemer enkel aansprakelijk gesteld kan worden voor bedrog, zware schuld of een lichte schuld die dan wel eerder gewoonlijk dan toevallig voorkomt.

Deze regel is van dwingend recht.

Er wordt voldaan aan het vereiste dat de schadeverwekkende daad toegebracht werd tijdens de uitvoering van de arbeidsovereenkomst; in casu werd ze zelfs gepleegd in de uitvoering van de specifieke functie van de werknemer, nl. het ten huize leveren van bestelde koopwaren.

Waar de aangeklaagde daad (het onafgesloten laten der deuren, het achterlaten der sleutels op het contact en het niet in werking gesteld hebben van een anti-diefstalsysteem) niet het gevolg is van een bedrieglijk handelen, is zij evenmin het gevolg van een zware schuld zoals bedoeld in dit artikel.

Waar «zware verkeersovertredingen» volgens de Verkeerswet niet noodzakelijk met dit begrip van «zware fout» gelijk te stellen zijn, is ter zake voor deze fouten zeker geen zware fout aan te nemen bij de werknemer (zie Van Oevelen A., «De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werknemer en werkgever voor onrechtmatige daden in het raam van de uitvoering der arbeidsovereenkomst», *R.W.*, 1987-88, 1168 e.v.).

De aangeklaagde daad is wel onmiskenbaar een lichte fout. Kwam deze echter gewoonlijk voor bij de heer C.?

Waar de derden-schadelijders de bewijslast dragen, is deze in normale omstandigheden zeer moeilijk te leveren; evenwel erkent de heer C. zelf een en ander in zijn conclusie.

Hij specificeert er dat zijn dagtaak erin bestond om bestellingen uit te voeren en hij niets anders diende te doen dan zich van de ene plaats naar de andere te begeven en zijn bestelling af te geven, en opnieuw te vertrekken.

Hij vindt het dan ook normaal dat hij in de gegeven omstandigheden niet telkens opnieuw het voertuig volledig afsluit.

De heer C. erkent derhalve dat hij deze beveiligingsmaatregelen niet neemt tijdens de uitvoering van zijn werk en levert alzo het bewijs van het gewoonlijk voorkomen van deze lichte fout(en). In ieder geval dient minstens gesteld te worden dat deze fout(en) niet toevallig begaan werden.

Waar voor het afleveren van bestellingen eventueel nog aanvaard zou kunnen worden dat men de wagen niet volledig afsluit, vereist evenwel een minimum aan voorzichtigheid dat men dan toch minstens de sleutels van het contact wegneemt en/of het benzineafsluitsysteem met een eenvoudig te verrichten daad in werking stelt.

Dit klemde des te meer nu de wagen zich in het volle stadscentrum bevond.

b. Ten onrechte betwist de heer C. de afwezigheid van een causaal verband tussen zijn fout en de schade. Hij verwijst naar twee arresten van het Hof van Bergen, nl. van 2 februari 1988 en 20 februari 1989.

Evenwel wijken deze af van de gevestigde rechtspraak over deze «contactsleutelgevallen», waarnaar verwezen wordt in het overzicht van rechtspraak over «Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad» van Vandenberghe H. en Van Quickenborne M. in *T.P.R.*, 1987, nr. 191, p. 1564 e.v.

In casu is er een oorzakelijk verband tussen de fouten en de schade. Zonder de fouten van de heer C. zou de diefstal zich niet hebben kunnen voordoen.

Het is duidelijk een gelegenheidsdief die de wagen stal: hij steelt immers «slechts» een R4 en laat deze dan achter.

Deze dief mag geacht worden niet over de nodige inbraakmaterialen beschikt te hebben, noch over de kennis om deze R4 te stelen indien er geen sleutels op staken en/of indien het benzineafsluitsysteem in werking gesteld was en/of indien de deuren vergrendeld waren.

Alles laat vermoeden dat voor de dief en zijn eventuele mededaders de verlokking te groot was toen hij/zij een bestelwagen met de sleutels op het contact bemerkte(n).

Waar tenslotte de beschadiging aan de wagen van de heer W. slechts 10 à 15 minuten na de diefstal gebeurde, is de diefstal met het snelle vluchten of de joy-riding door de dief en/of zijn vrienden, één van de redenen van de rijfout die tot het ongeval leidde.

Uit de verklaring van de getuige blijkt trouwens dat een persoon die duidelijk het stuur niet meester was, met een te hoge snelheid uit de bocht ging.

De heer C. is in principe gehouden tot betaling aan De S. van hetgeen zij vordert.

c. *De eis in vrijwaring van de heer B. t.o.v. de heer C.*

Waar de werkgever zich enkel op basis van artikel 18 A.O.W. zou kunnen keren tegen de werknemer, blijkt uit het hoger uiteengezette dat deze eis in haar principe gegrond voorkomt gezien de gewoontelijke lichte fout van de werknemer.

Evenwel is de heer B. als werkgever gedeeltelijk mee verantwoordelijk voor de fout door zijn werknemer begaan.

Niet alleen plukte hij de vruchten van de tijdswinst die gemaakt werd door zijn werknemer n.a.v. het niet nemen van alle nodige voorzorgsmaatregelen tegen diefstal; daarenboven had hij bij de opleiding van zijn werknemers het naleven van deze voorzorgsmaatregelen moeten aanleren; en had hij ook regelmatig controle moeten uitoefenen op het gedrag van zijn werknemers bij het rijden met zijn wagen.

Een gedeelde aansprakelijkheid, elk voor de helft, is aan te nemen.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (1e Kamer), 16 december 1993

Burgerlijke rechtspleging – Gerechtelijk Wetboek – Bepalingen betreffende termijnen – Op zichzelf niet toepasselijk op termijnen bij overeenkomst bepaald voor het verrichten van een handeling

Het bestreden arrest (Hof Bergen, 2 december 1992) wordt om de volgende redenen vernietigd:

«Overwegende dat luidens artikel 48 van het Gerechtelijk Wetboek het bepaalde in hoofdstuk VIII van dat wetboek betrekking heeft op de termijnen voor het verrichten van de proceshandelingen;

«Overwegende dat het arrest vaststelt dat de geldigheid van de op 16 maart 1980 ondertekende 'koopoptie' betreffende het aan eiser toebehorende pand 'onderworpen was aan de aanvaarding van de hypothecaire lening waarvan binnen een maand kennis moest worden gegeven';

«Overwegende dat het arrest, nu het enkel op grond van artikel 53 van het Gerechtelijk Wetboek beslist dat de dag waarop de voor de vervulling van die voorwaarde vastgestelde tijd verstreek een wettelijke feestdag was, namelijk Paasmaandag 16 april 1990, zodat 'die dag werd verplaatst naar de eerstvolgende werkdag', namelijk dinsdag 17 april 1990, de beslissing dat de door de verweerders op laatstgenoemde datum verstrekte inlichting gegeven was binnen de overeengekomen termijn, niet naar recht verantwoordt.»

(Voorzitter: de h. Sace – Rapporteur: mevr. Charlier – Openbaar ministerie: de h. Janssens de Bisthoven – Advocaat: mr. Gérard – In de zaak: W. en J. t/ M. en D.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 17 december 1993

Burgerlijke rechtspleging – Onsplitsbaar geschil – Begrip

Het bestreden arrest (Hof Brussel, 18 november 1991) werd op 27 en 31 december 1991 ten verzoeken van verweerder aan de eisers betekend. Verweerder werpt op dat, daar het geschil onsplitsbaar is, het haar op 21 augustus 1992 betekende cassatieberoep te laat is ingesteld. Over de onsplitsbare aard van het geschil beslist het Hof:

«Overwegende dat het arrest vaststelt dat de aanvankelijke vordering tot voorwerp had: 1. de gerechtelijke vaststelling dat de N.V.I., wat betreft haar activiteiten in België, nietig is, minstens een gesimuleerde vennootschap is; 2. de gerechtelijke vaststelling dat alle bezittingen in België van de N.V.I. en in het bijzonder het kasteel van H., toebehoren aan verweerder;

«Dat het arrest ten aanzien van beide verweerders beslist dat de Belgische rechtbanken niet bevoegd zijn om kennis te nemen van de betwisting;

«Dat hieruit volgt dat bij splitsing van het geding het mogelijk is dat volgens één beslissing de Belgische rechtbanken wel en volgens een andere beslissing de Belgische rechtbanken niet bevoegd zouden zijn om uitspraak te doen nopens het eigendomsrecht van verweerder; dat de gezamenlijke

tenuitvoerlegging van de onderscheiden beslissingen waar toe het geschil aanleiding zou geven, materieel onmogelijk zou zijn;

«Dat het geschil bijgevolg onsplitsbaar is in de zin van artikel 31 van het Gerechtelijk Wetboek.»

(Voorzitter: mevr. Baeté-Swinnen – Rapporteur: de h. Verougstraete – Openbaar ministerie: de h. Goeminnen – Advocaten: mrs. De Bruyn en Geinger – In de zaak Belgische Staat e.a. t/ B. en vennootschap naar Luxemburgs recht I.)

Hof van Cassatie (2e Kamer), 22 december 1993

Taalgebruik – In gerechtszaken – Strafzaken – Wet van 15 juni 1935, art. 23, vierde lid – Verzoek tot verwijzing naar het dichtst bij gerecht – Weigering – «Wegens de omstandigheden van de zaak» – Beoordeling in feite

Eisers eerste middel tegen het bestreden vonnis (Corr. Nijvel, 24 juni 1993) wordt om de volgende redenen verworpen:

«Overwegende dat krachtens het artikel 23, vierde lid, van genoemde wet, de rechtbank 'wegens de omstandigheden van de zaak' kan weigeren in te gaan op het verzoek van een of meer beklaagden om de zaak om redenen i.v.m. de taal te verwijzen naar het dichtstbij gelegen gerecht van dezelfde rang, waarvan de taal van de rechtspleging de taal is die door de beklaagde wordt gewenst;

«Overwegende dat de rechter, wat dat betreft, de omstandigheden van de zaak die een goede rechtsbedeling kunnen begunstigen of bemoeilijken, in feite beoordeelt;

«Overwegende dat de appelrechters, nu zij vermelden op welke gegevens hun beslissing berust, hun beslissing naar recht verantwoorden, zonder eisers recht van verdediging te schenden.»

(Voorzitter: de h. Ghislain – Rapporteur: de h. Lahousse – Openbaar ministerie: de h. Leclercq – Advocaat: mr. Peeters – In de zaak: De R.)

NOOT–Cf. Hof Luik, 30 maart 1968, *R.W.*, 1968-69, 522; L. Lindemans, *Taalgebruik in gerechtszaken*, A.P.R., 2e druk, 112, nr. 186.

Vred. Roeselare, 9 november 1993

Burgerlijke rechtspleging – Conclusie – Gezamenlijk verzoek tot rechtsdagbepaling – Gevolgen

«Eisers lichten hun standpunt verder toe bij conclusie neergelegd ter griffie op 22 september 1993.

«De rechtbank stelt vast dat deze conclusie bijgevolg dateert van na het fixatieverzoek overeenkomstig artikel 750 Ger.W., door partijen gedateerd op 20 september 1993.

«Het zij benadrukt dat de in acht te nemen datum: a. inzake conclusies, die betreft der *neerlegging*, dit overeenkomstig de aanhef van artikel 748, § 1, Ger.W.; b. inzake het gezamenlijk verzoek van partijen als bedoeld door artikel 750, eerste lid, Ger.W., de datum betreft waarop beide partijen uit hoofde van hun akkoord, dit verzoek dateerden en niet die waar-

op zij dit verzoek ter griffie neerlegden (in casu 27 september 1993, toegestuurd bij schrijven van de raadsman van eisers gedateerd 23 september 1993).

«De rechtbank moet immers aannemen dat partijen op eerst voormelde datum de schriftelijke debatten, blijkend uit hun discussies, afgesloten hebben door het gezamenlijk verzoek, waarop beschikt werd.

«Dientengevolge dienen wij de tweede conclusie van eisers overeenkomstig artikel 748, § 1, Ger.W. ambtshalve uit de debatten te weren – nu evenmin blijkt dat zij zijn neergelegd met de instemming van de andere partij.»

(Rechter: de h. Nolf – Advocaten: mrs. Snick en De Keukelaere en Duyck – In de zaak: Van C. t/ S.)

NOOT–*De ambtshalve wering van conclusies uit de debatten*

Het in bovenstaand vonnis ingenomen standpunt lijkt mij zeer betwistbaar.

Allereerst gaat de geadieerde vrederechter voorbij aan het authentiek karakter van de inventaris van de in het dossier van de rechtspleging opgenomen stukken, waarin de griffier de datum van neerlegging van die stukken vermeldt (art. 721, derde lid, Ger.W.). De datum van «het gezamenlijk verzoek van de partijen» (art. 750, eerste lid, Ger.W.) is die van de neerlegging ervan ter griffie. Gebeurt dit verzoek bij afzonderlijke brieven, dan geldt als datum die van de neerlegging van de brief van de laatste partij in het dossier van de rechtspleging (zie *Gedr.St., Senaat*, 1991-92, nr. 301/2, 70). Deze datum wordt authentiek vastgesteld in de inventaris die de griffier bijhoudt en waaraan hij als openbaar ambtenaar authenticiteit verleent (zie Vermeulen, R., *Comm.Ger.*, art. 720-721).

Vervolgens geeft de geadieerde vrederechter een onjuiste lezing aan de term «ambtshalve» in art. 748, § 1, Ger.W. Deze term betekent geenszins dat de beslissing kan worden genomen «zonder voorafgaand verweer». De term «ambtshalve» in zijn gebruikelijke zin betekent enkel dat de rechter die beslissing kan nemen «zonder dat hij daartoe is gevorderd» (zie Cass., 27 april 1989, *R.W.*, 1989-90, 301). M.a.w., een conclusie kan slechts ambtshalve uit de debatten geweerd worden met *eerbiediging van het recht van verdediging*. Partijen hebben klaarblijkelijk in de hier besproken casus geen tegenspraak kunnen voeren over de datum van het gezamenlijk verzoek tot rechtsdagbepaling. Aan de andere partij werd blijkbaar evenmin uitdrukkelijk gevraagd of zij, in voorkomend geval, instemde met de neerlegging van de conclusie van haar tegenpartij. Een «ambtshalve» heropening van de debatten was bijgevolg gewenst, tenzij de rechter, vóór de sluiting van de debatten, de partijen de gelegenheid gegeven had hun opmerkingen te maken over het door hem uitgelokte procedureincident (zie Cass., 6 september 1979, *R.W.*, 1979-80, 2098).

Jean Laenens

BOEKEN

M. DEKETELAERE (red.), B. DELTOUR, B. GILLE en K. DEKETELAERE, **Recente ontwikkelingen inzake de aansprakelijkheid voor milieuschade**, Milieurechtstandpunten 3, Brugge, Die Keure, 1993, 125 pp.

Langzaam maar zeker vertaalt het groene bewustzijn, het besef dat ons milieu dringend aan adequate bescherming toe is, zich in juridische teksten. Dit blijkt niet alleen uit het feit dat milieurecht in het algemeen op vrij korte tijd zowel de academicus, de practicus als de burger heeft weten te boeien, maar dit komt des te meer tot uiting in de groeiende belangstelling voor de aansprakelijkheidskwestie bij milieuvervuiling.

In die optiek was 1993 geen onbelangrijk jaar: op 1 maart 1993 is de wet van 12 januari 1993 betreffende een vorderingsrecht inzake de bescherming van het leefmilieu in werking getreden (*B.S.*, 19 februari 1993); in mei 1993 publiceerde de commissie-Bocken haar voorstellen inzake schadeherstel tengevolge van milieuschade en in dezelfde maand bracht de EG-Commissie haar ondertussen felbesproken *Green Paper for remedying environmental damage* uit.

Genoeg redenen dus voor de Leuvense Vereniging voor Milieujuristen om in het derde deel van de reeks «Milieurechtstandpunten» aandacht te schenken aan bovenvermelde recente ontwikkelingen. Het gerecenseerde boek is de neerslag van een Leuvense studienamiddag op 22 oktober 1993. De bijdragen van verschillende auteurs worden hieronder kort besproken.

De eerste bijdrage in de bundel is van de hand van Deltour en kreeg als titel mee «Milieurecht als bron van overheidsaansprakelijkheid: onvoorziene neveneffecten van de wet van 12 januari 1993 betreffende een vorderingsrecht inzake de bescherming van het leefmilieu». Deltour geeft in zijn bijdrage een handig overzicht van de krachtlijnen van de wet van 12 januari. Voor diegenen die om de een of andere reden er niet toe komen de wet zelf door te nemen, heeft deze bijdrage zeker iets te bieden: het toepassingsgebied ratione materiae zowel als ratione personae, bevoegde rechter, procedure, aard van de maatregelen passeren allemaal de revue. Vervolgens wordt kort stilgestaan bij de overheidsaansprakelijkheid voor foutief handelen of stilzitten en in een derde hoofdstuk wordt de besproken wet aangehaald als bijkomend element van overheidsaansprakelijkheid voor milieuschade.

Deltours besluit kan in vier punten worden samengebonden. Niettegenstaande de (zware) voorwaarden van artikel 2 hebben milieuverenigingen – eindelijk – een formeel burgerlijk vorderingsrecht om herstel van milieuschade te vorderen. Ten tweede kunnen administratieve overheden voortaan langs gerechtelijke weg optreden, waarmee de basisfilosofie van de wet wordt benadrukt: handhaven van de bepalingen van het milieurecht en het vrijwaren van schendingen daarvan behoren in de eerste plaats tot de taak van deze administratieve overheden. Ten derde kan nu ook het openbaar ministerie – de procureur des Konings – harder inwerken op de preventie van milieu-aantastingen en ten vierde zal de overheid in geval van stilzitten of foutief handelen strenger kunnen worden aangepakt. Deze bijdrage geeft dus op vrij summiere wijze de inhoud van de wet weer; nochtans laat de titel vermoeden dat extra aandacht zal worden geschonken aan de overheidsaansprakelijkheid en aan de neveneffecten van de nieuwe wet. Het thema van de overheidsaansprakelijkheid wordt evenwel slechts naar het einde toe aangesneden, wat enige verwarring bij de lezer in de hand werkt: enkel de louter positiefrechtelijke analyse van de wet krijgt alle aandacht. Zeker wanneer in het besluit met geen woord wordt gerept over de «neveneffecten», zit de lezer met een onbevredigd gevoel.

De bijdrage van Gille betreft een onderwerp dat geregeld de pers haalt en dat op vaak schrijnende wijze de hiaten in de milieuwetgeving aantoonde: bodemsanering. In Vlaanderen kan bodemsanering vooralsnog niet stoeien op een solide juridische basis: de richtwaarden van de Leidraad Bodemsanering zijn louter indicatief van aard en hebben bijgevolg geen enkele bindende kracht; Vlarem II, dat enkel bodemkwaliteitsdoelstellingen voor een beperkt aantal stoffen vooropstelt, impliceert geen saneringsbeleid; en tot slot is de Vlaamse overheid nog niet zover gekomen cijfers te plakken op de normen inzake bodemsanering. Dus, stelt Gille, blijven bodem- en grondwatersanering afhankelijk van een discretionaire overheids-

beslissing wat zowel de overheid als de aansprakelijke voor ernstige problemen kan stellen.

Vrijwillige en ambtshalve sanering moeten onderscheiden worden. In de praktijk vertonen voornamelijk vrijwillige saneringen een groot belang. Nochtans wordt de goede werking van deze vorm van sanering belemmerd door verschillende factoren. Een vrijwillige sanering belet niet dat de overheid die oordeelt dat het desbetreffende terrein nog te sterk is vervuild, het bedrijf – dat reeds op vrijwillige basis stappen in de goede richting heeft genomen – toch nog aansprakelijk stelt. Bovendien genieten bedrijven enkel een voordeliger fiscaal heffingstarief indien de door hen uitgevoerde bodemsanering door OVAM is goedgekeurd. Deze nadelen staan in schril contrast met de voordelen voor OVAM die op die manier geen prefinancieringskosten dient te dragen.

OVAM heeft krachtens artikel 21, § 2, C, van het Afvalstoffendecreet van 2 juli 1981 de mogelijkheid over te gaan tot *ambtshalve sanering* van verontreinigde bodems. Sinds het nieuwe artikel 21, § 2, C – ingevoerd bij wet van 12 december 1990 – heeft OVAM in dezen een nagenoeg discretionaire bevoegdheid.

Gille staat vervolgens stil bij de invulling van de begrippen «behoorlijke ingebrekestelling» en «de in gebreke gestelde» als gedefinieerd in het genoemde wetsartikel. Met betrekking tot deze problematiek oordeelde de Raad van State in het zgn. Bocholt-arrest (arrest nr. 40145) dat een besluit houdende ambtshalve sanering op zijn minst de uit te voeren saneringswerkzaamheden omstandig omschrijft en de noodzakelijkheid ervan naar behoren motiveert. De grote beleidsvrijheid van OVAM strekt er volgens de auteur ook toe dat de overheid in dezen de relevante algemene beginselen van behoorlijk bestuur dient te eerbiedigen. Hij stelt dan ook dat de eerste poging om het nieuwe artikel 21, § 2, C, toe te passen niet bepaald succesvol was.

Evenmin bepaalt het artikel in kwestie duidelijk *wie* in gebreke gesteld moet worden. De rechtsleer is overigens verdeeld met betrekking tot de vraag of artikel 21, § 2, al dan niet een aansprakelijkheid vormt op zich. Het Hof van Beroep te Antwerpen oordeelde op 18 maart 1993 dat de in gebreke gestelde mee aan de basis moet liggen van de overtreding van het Afvalstoffendecreet. Nochtans toont de auteur aan dat onder toepassing van het nieuwe artikel geen schending van het Afvalstoffendecreet vereist is. Terecht stelt Gille dat de wetgever de complexe problematiek van de bodemsanering op vrij simplistische en rudimentaire wijze heeft geregeld.

In Nederland is de situatie verre van ideaal. Daar past men inzake aansprakelijkheid voor bodemverontreiniging een wel vrij bizar criterium toe: dateert de verontreiniging van vóór 1 januari 1975, dan is men niet aansprakelijk; elke latere vervuiling heeft aansprakelijkheid tot gevolg. Gille steunt hier de sceptische reactie zoals die ook te horen is in de nederlandse rechtsleer.

Gille concludeert dat de complexiteit van de problematiek ten spijt, artikel 21, § 2, van het Afvalstoffendecreet slechts bezwaarlijk gezien kan worden als een doordacht en degelijk wetgevingsinstrument. Na de heldere analyse van de Vlaamse situatie inzake bodemsanering, verwijst de auteur naar het voorontwerp van Kaderdecreet milieuhygiëne; of dit decreet de zaken zal kunnen rechtzetten, is een vraag voor de toekomst.

Kurt Deketelaere bespreekt in zijn bijdrage de voorstellen van de interuniversitaire Commissie tot herziening van het milieurecht in het Vlaamse Gewest inzake aansprakelijkheid voor milieuschade. Als eerste grote thema behandelt hij de strafrechtelijke aansprakelijkheid voor milieuschade. Vóór de bijzondere wet van 16 juli 1993 was de strafrechtelijke aansprakelijkheid voor milieuschade omstreken. Ten eerste omdat de sectorale milieuwetten en -decreten in lage strafsancities voorzien. De reden hiervoor is dat artikel 11 van de bijzondere wet tot hervorming der instellingen van 8 augustus 1980 bepaalt dat de decreetgever op niet-naleving van zijn decreten weliswaar strafrechtelijke sancties kan stellen, doch niet met criminele straffen zoals bepaald in artikel 7 Sw. En ten tweede kan krachtens het Belgische strafrecht een rechtspersoon niet strafrechtelijk aansprakelijk gesteld worden.

Na een aantal opzienbarende vrijspraken heeft de wetgever dat verholpen: artikel 5 van de bijzondere wet van 16 juli 1993 betreffende de vervollediging van de federale staatsstructuur vervangt het besproken artikel 11 van de wet van 8 augustus 1980. Voortaan kunnen de Gewesten wel degelijk criminele straffen opleggen ter bestraffing van niet-naleving van milieudecreten. Bovendien kunnen zij ook nieuwe straffen opleggen, buiten die welke zijn opgenomen in het

Strafwetboek. Terecht stelt Deketelaere dat de keerzijde van de medaille is dat een zelfde milieumisdrijf in de verschillende Gewesten op verschillende manieren kan worden bestraft.

Vervolgens analyseert de auteur de voorstellen van de Interuniversitaire Commissie ter Herziening van het Milieurecht (ICHM) inzake strafrechtelijke aansprakelijkheid. In een bruikbaar overzicht met bijbehorende korte commentaar komen eerst de vijf categorieën milieumisdrijven aan bod. Nadien heeft Deketelaere het over de bijkomende straffen (verbeurdverklaring, verbod een bepaalde beroepsactiviteit uit te oefenen, bedrijfssluiting en openbaarmaking van de uitspraak), bijkomende maatregelen (onttrekking aan het verkeer, herstel in de oorspronkelijke toestand, verbod de installatie te gebruiken, aanstelling van een bijzonder bewindvoerder, en ontneming van het wederrechtelijk verworven voordeel). Problemen inzake de rechten van derden, herhaling en voortzetting, niet-nakoming van de opgelegde sanctie en strafrechtelijke toerekening vervolledigen het plaatje. Wat dit laatste betreft verdient het alle belang te benadrukken dat de commissie voorstelt de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon in te voeren. In navolging van Bloch stelt Deketelaere dat het voorstel weinig verandert aan de bestaande situatie en hij uit enkele bedenkingen bijvoorbeeld inzake rechtsopvolging. Bovendien stelt hij de vraag of de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon enkel voor milieumisdrijven kan worden ingevoerd. Deze bezwaren ten spijt liet de Vlaamse gemeenschapsminister voor Leefmilieu weten dat de Vlaamse regering hoe dan ook de verantwoordelijkheid op zich zal nemen, ook al heeft hij oog voor de controverses met betrekking tot eenheid van het strafrecht en strafprocesrecht.

Het tweede grote thema dat Deketelaere aansnijdt, is dat van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid voor milieuschade. Alvorens de voorstellen van de ICHM te behandelen geeft Deketelaere een kort overzicht van de verschillende aansprakelijkheidsregimes: foutaansprakelijkheid, klassieke objectieve aansprakelijkheid en foutloze aansprakelijkheid voor abnormale burenhinder. Het meest in het oog springende in de voorstellen van de ICHM is de veralgemening van objectieve aansprakelijkheid voor schade of milieuverstoring. Deze aansprakelijkheidsvorm wordt gelegd ten laste van de veroorzaker of exploitant. Een ieder die schade lijdt, beschikt over de klassieke gemeenrechtelijke vorderingen. Indien de milieuverstoring geen schade uitmaakt, kan enkel een vordering tot herstel in natura van de milieuverstoring of van de kosten van deze maatregelen gevorderd worden. Daarnaast voert het voorstel bepalingen in inzake regres, exoneration, verjaring, financiële zekerheden, enz. Deketelaere heeft het ook over de visie van de SERV en van de MINA-Raad in dezen.

Aansprakelijkheid voor bodemverontreiniging valt krachtens het voorstel buiten de voorgestelde objectieve aansprakelijkheidsregeling. Zoals reeds aangegeven schiet de huidige wetgeving in dezen fundamenteel tekort. In dit voorstel van de commissie Bocken valt vooral op dat een onderscheid gemaakt wordt tussen nieuwe en historische bodemverontreiniging (criterium is de inwerkingtreding van het kaderdecreet milieuhygiëne of het deeldecree bodemsanering). De veroorzaker van nieuwe bodemverontreiniging wordt objectief aansprakelijk gesteld voor de kosten die gemaakt zijn met het oog op het uitvoeren van een oriënterend bodemonderzoek, een bodemsanering of andere maatregelen, evenals voor de verdere schade die deze veroorzaken. Inzake historische bodemverontreiniging is de aansprakelijkheid voor de kosten en verdere schade vastgesteld overeenkomstig de aansprakelijkheidsregelen die van toepassing waren vóór 31 december 1990. Ook voor gemengde bodemverontreiniging werden in het voorstel bepalingen opgenomen.

Wegens de zware economische implicaties die een objectief aansprakelijkheidsstelsel met zich meebrengt, kan minister De Batse-lier het voorstel op dit moment nog niet aan de Vlaamse Raad voorleggen. Bovendien is het onduidelijk of de decreetgever zomaar kan afwijken van de federaal vastgelegde foutaansprakelijkheidsregeling.

Na deze uiterst overzichtelijke en gestructureerde uiteenzetting besluit Deketelaere dat de behandelde problematiek duidelijk een van de hete juridische hangijzers voor de komende decennia vormt. Wat de strafrechtelijke aansprakelijkheid betreft ligt een verzwarening en uitbreiding van de straffen in het verschieft en op termijn zal wat de civiele aansprakelijkheid betreft het stelsel van objectieve aansprakelijkheid de voorkeur krijgen.

De laatste bijdrage in het boek wijdt Mario Deketelaere aan het Groenboek van de Europese Commissie als instrument voor de civielrechtelijke aansprakelijkheid voor milieuschade. De auteur maakt in de inleiding het belangrijke verschil tussen accidentele en graduele vervuiling en stelt dat het traditionele aansprakelijkheidsrecht (foutaansprakelijkheid) een slecht wapen is in de strijd tegen milieuvervuiling.

Het Groenboek bevat twee grote delen: een deel over het nut van wettelijke aansprakelijkheid en een deel over collectieve schadevergoedingsregelen. De auteur wijst op het belang van wettelijke aansprakelijkheidsregels als belangrijk instrument ter preventie van milieuschade. Dit is inderdaad een factor die niet uit het oog verloren mag worden. Toch kent dit type regelen aanzienlijke nadelen. Niet alleen moet in de wetgeving van de verschillende lidstaten een aanzienlijke dispariteit in de desbetreffende regelen worden vastgesteld; ook het aansprakelijkheidsstelsel zelf is niet wars van belangrijke beperkingen. De nadelen van schuldaansprakelijkheid zijn alom bekend, maar ook risicoaansprakelijkheid is verre van een ideale oplossing, alleen al omdat bijvoorbeeld de draagwijdte van een dergelijke regeling slechts moeilijk vast te stellen is. Van de andere aanzienlijke bezwaren verdient vnl. het verzekeraarsweigerachtig zijn om dekking te verlenen voor milieuschade, zeker wanneer het gaat om een aansprakelijkheidsdekking. In de verschillende lidstaten wordt vnl. een stelsel van schuldaansprakelijkheid gehanteerd, hoewel ook de tendens in het oog springt voor bepaalde sectoren risicoaansprakelijkheidsregelen in het leven te roepen. De eerste communautaire aansprakelijkheidsregelen inzake milieubescherming vallen in het midden van de jaren tachtig waarvan de inschrijving in het EG-Verdrag door de Europese Eenheidsakte van artikel 130R ongetwijfeld het meest bekend is. Dankzij dit artikel beschikt de E.G. over een solide juridische basis om milieuproblemen aan te pakken en dus om milieunormen uit te vaardigen, terwijl dit voorheen gebeurde door een extensieve interpretatie van de klassieke economische doelstellingen ingeschreven in het Verdrag van Rome.

De tweede peiler van het Groenboek bespreekt de mogelijkheid om milieuschade te herstellen via collectieve schadevergoedingsregelingen. Voor de Commissie is dit bovenal een toepassing van het principe «de vervuiler betaalt» en bovendien maken dergelijke regelingen snel optreden bij milieuschade mogelijk, terwijl dergelijke fondsen op dit moment vaak ontbreken. Collectieve schadevergoedingsregelingen zijn echter evenmin zaligmakend: het preventieve effect van individuele aansprakelijkheid mag niet verloren gaan en zo zal er discussie rijzen met betrekking tot de vraag welke maatregelen precies genomen zullen moeten worden, welke kosten redelijk zijn, enz. Vervolgens stelt Deketelaere dat er zowel in andere landen (met name vnl. de Verenigde Staten) als op internationaal niveau inzake olievervuiling interessante ervaring is opgedaan met speciale fondsen ter bestrijding van milieuschade. Ook de EG begeeft zich met een aantal voorstellen in die richting op hetzelfde pad.

Het Groenboek poogt hierover een discussie op gang te brengen. Centraal hierbij is een alternatief dat stelt dat, wanneer de schade aan een bepaalde partij kan worden toegewezen, het deze partij zal zijn die de schade moet dragen; is zulks onmogelijk, dan zal een beroep gedaan worden op collectieve schadevergoedingsregelingen waarbij de schade op een aantal sectoren wordt afgewenteld. Tot slot besteedt Deketelaere kort aandacht aan het Verdrag van de Raad van Europa inzake de wettelijke aansprakelijkheid voor schade als gevolg van milieugevaarlijke activiteiten dat door het Comité van Ministers van de Raad van Europa op 9 maart 1993 is goedgekeurd. Dit verdrag voert een stelsel in van objectieve aansprakelijkheid van de exploitant van een gevaarlijke activiteit. Verdragsstaten zijn ertoe gehouden in hun nationaal recht een verplichte verzekering of financiële zekerheid voor te schrijven, een derde opvallend element in dit verdrag is het vorderingsrecht dat aan milieuverenigingen toekomt om preventieve of herstelmaatregelen te eisen.

Deketelaeres bijdrage geeft een interessante doch (te) beknopte bespreking van het Groenboek; zeker de in de inleiding vooropgestelde toetsing aan de bepalingen van het Verdrag van de Raad van Europa is ver te zoeken. Naarmate het aantal gelezen bladzijden vordert, krijgt de lezer de indruk dat de laatste pagina's op het laatste nippertje aan de rest werden gelijmd, wat de afwerking als geheel niet bepaald ten goede komt.

Wat de besproken bundel vooral aantrekkelijk maakt, zijn de heldere bijdragen inzake bodemsanering en inzake de voorstellen van

de Interuniversitaire Commissie tot Herziening van het Milieurecht. Wie evenwel een geheel verwacht dat op logische wijze de civiele, strafrechtelijke en de overheidsaansprakelijkheid in het recente milieurecht behandelt, komt van een kale reis terug. Afgaande op de omvang van het boek(je) kan dit echter geenszins de bedoeling van de samenstellers zijn geweest. Waar de bundel zeer zeker in slaagt, is het aangeven van mogelijke ontwikkelingen in bepaalde takken van het milieurecht waarbij de eigen enge landsgrenzen gelaten worden voor wat ze zijn. Nochtans wekken de samenstellers in de inleiding de verwachting dat een duidelijk beeld gegeven zal worden van de aansprakelijkheid van de overheid in dezen. Het is voornamelijk op dat punt dat het boek teleurstelt; nochtans bevat het Groenboek hierover een aantal interessante stellingen.

Dit neemt niet weg dat de bundel de geïnteresseerde milieujurist zonder enige twijfel zal boeien. Bovendien bevat het voetnotenaparaat een schat aan recente verwijzingen. En de enige manier om een dergelijke schat te ontsluiten, is algemeen bekend.

Tom Vanden Borre

K. DE GUCHT, m.m.v. S. KEUKELEIRE, **Besluitvorming in de Europese Unie**, Antwerpen, Apeldoorn, Maklu Uitgevers, 1994, 313 pp., 2450 fr.

De besluitvorming in de Europese Unie blijft voor velen een onontwaaarbaar kluwen. Dat is niet verwonderlijk.

Allereerst wordt de Unie gekenmerkt door twee vormen van integratie. Voor materies die tot de bevoegdheid van de Europese Gemeenschappen behoren, is de integratie «supranationaal», voor het gemeenschappelijk buitenlands en veiligheidsbeleid en de samenwerking op het gebied van justitie en binnenlandse zaken is zij «intergouvernementeel». Dit verschil komt niet alleen tot uiting in het feit dat de rechterlijke afdwingbaarheid van de verdragsbepalingen en de besluiten die op grond daarvan worden aangenomen, beperkt blijft tot de eerste vorm van integratie. Het is ook zichtbaar in het feit dat de instellingen van de Europese Gemeenschappen, krachtens artikel E Unieverdrag, hun bevoegdheden voortaan uitoefenen binnen het kader van hetzij de gemeenschapsverdragen, hetzij de niet-gemeenschapsrechtelijke bepalingen van het Unieverdrag. Het Europees Parlement, de Raad en de Commissie worden aldus op zeer verschillende wijze ingezet al naargelang zij handelen binnen of buiten het bevoegdheidsdomein van de Europese Gemeenschappen als dusdanig.

Bovendien bepaalt de organische samenstelling van elke instelling en van het Comité van de Regio's en het Economisch en Sociaal Comité in belangrijke mate de belangenbehartiging die zij nastreven in de besluitvorming. De Raad, die is samengesteld uit vertegenwoordigers van de lidstaten, leunt eerder aan tegen de belangen van de lidstaten. De Commissie voert als onafhankelijk en deskundig orgaan het gemeenschapsbelang in het vaandel. In het direct verkozen Europees Parlement komt de veelheid van opinies die bij de volkeren van de lidstaten leeft, aan bod. Het Comité van de Regio's is de spreekbuis van de regionale en lokale lichamen. Het Economisch en Sociaal Comité verenigt de vertegenwoordigers van het economische en het sociale leven. De brede waaier van besluitvormingsprocedures die in het Verdrag zijn neergelegd, weerspiegelt het compromis dat de lidstaten (als constituanten) per materie hebben bereikt op het vlak van de behartiging van de uiteenlopende belangen die in de besluitvorming meedingen.

Ten slotte speelt in de achtergrond van de besluitvorming steeds het probleem mee van de precieze afbakening van de bevoegdheid van het Europese beslissingsniveau ten aanzien van de lidstaten en hun samenstellende delen, een probleem dat complexer werd door de invoering in het Unieverdrag van het subsidiariteitsbeginsel.

De uitdaging om de «besluitvorming in de Europese Unie» synthetisch en helder weer te geven is daarom bijzonder groot. De inleiding verruimt nog het opzet van het boek. Als lid (sinds 1980) van het Europees Parlement, een instelling die hem na aan het hart ligt (p. 18), preciseert de auteur dat het boek de besluitvorming behandelt vanuit het perspectief van het Europees Parlement: «Het Parlement is het sleutelgat waardoor naar de andere instellingen gegluurd wordt» (p. 20). Dit is niet zonder reden. Het boek wenst im-

mers de «discussie, die de desam is van de democratie, een kans te gunnen» (p. 14). Het is daarom geen louter juridisch-technische analyse maar eerder een geëngageerde beschrijving van de groei en de huidige werking van de besluitvorming in de Europese Unie. De auteur kruidt zijn beschrijving voortdurend met kritische opmerkingen die zijn bekommernis om een democratische en efficiënte besluitvorming illustreren. In die optiek benadert hij de besluitvorming als een geïntegreerd geheel en bespreekt hij procedures die toepasselijk zijn in de Europese Gemeenschappen naast procedures die zijn uitgetekend voor het gemeenschappelijk buitenlands en veiligheidsbeleid en de samenwerking op het gebied van justitie en binnenlandse zaken.

Het boek bevat vier delen.

Het eerste deel schetst de ontwikkeling van het Europese besluitvormingsproces. Het schenkt aandacht aan de groeiende invloed van het Parlement op de besluitvorming in de Gemeenschap en de evolutie van de meerderheidsstemming in de Raad. Dit deel beoogt niet meer dan een eerste kennismaking met beide fenomenen, «twee graadmeters voor de institutionele ontwikkeling en het democratisch gehalte van de Europese Unie» (p. 145). Deze vaststelling is juist. Hoe vaker immers de Raad gebruik kan maken van de meerderheidsstemming, hoe verder de institutionele ontwikkeling zich verwijderd van het in het internationale recht gebruikelijke intergouvernementele samenwerkingspatroon, waarin besluiten slechts tot stand komen met de instemming van alle deelnemende staten. Vanzelfsprekend weerspiegelt de invloed van het Parlement het democratisch gehalte van de besluitvorming. Het gegeven overzicht zoekt niet expliciet naar een verband tussen de toename van het gebruik van de meerderheidsstemming in de Raad en de groeiende impact van het Parlement op de besluitvorming. Wel toont het aan dat beide fenomenen een parallelle ontwikkeling kenden. Een zeker verband is vanuit theoretisch oogpunt niet uit te sluiten. De invloed van de nationale volksvertegenwoordiging op het Europese besluitvormingsproces, die zij via haar controlerecht op de regering die de Lid-Staat in de Raad vertegenwoordigt indirect kon hebben in een systeem van unanimité waarbij elke Lid-Staat over een vetorecht beschikt, vervaagt in een systeem van meerderheidsstemming binnen de Raad, waarbij de eigen Lid-Staat in de minderheid kan worden gesteld. De uitbreiding van het gebruik van de meerderheidsstemming in de Raad moet daarom onvermijdelijk gepaard gaan met een versterking van de rol van het Europees Parlement, ten einde de democratische legitimiteit van de besluitvorming te vrijwaren.

Het tweede deel geeft een overzicht van de bevoegdheden en de functies van de verschillende instellingen (het Europees Parlement, de Commissie, de Raad (waaronder de Europese Raad)) in de besluitvorming. Het benadrukt ook de rol van het Hof van Justitie in de ontwikkelingen die de besluitvorming hebben gekenmerkt. Dit deel schetst tevens de verhouding tussen de instellingen. Hieruit blijkt niet alleen hun onderlinge afhankelijkheid maar ook de wil van het Europees Parlement om binnen de grenzen van zijn prerogatieven een zo groot mogelijke invloed op de besluitvorming uit te oefenen. Het boek geeft hiervan een mooie illustratie bij de bespreking van «het parlementaire initiatiefrecht» (pp. 55-56): het Parlement beschikt niet over een initiatiefrecht, met uitzondering voor het vaststellen van ontwerpen voor het houden van rechtstreekse algemene Europarlementsverkiezingen volgens een in alle lidstaten eenvormige procedure (artikel 138, lid 3, EG-Verdrag); toch heeft het Parlement reeds vroeg resoluties aangenomen die voorstellen tot reglementering bevatten en de Commissie uitnodigen om deze voorstellen over te nemen, terwijl de Commissie sinds 1982 aanvaardt de voorstellen over te nemen waartegen ze geen bezwaren heeft, en haar weigeringen gemotiveerd aan het Parlement mee te delen; sinds het Unieverdrag wordt de positie van het Parlement inzake initiatiefrecht tenslotte gelijkgesteld met die van de Raad (vgl. de artikelen 138B, tweede alinea, en 152 EG-Verdrag).

De auteur schrikt er ook niet voor terug om het politieke belang van elke instelling in het integratieproces aan te duiden. Zo bestempelt hij het Parlement als «het forum bij uitstek in de Europese Gemeenschap waar nieuwe ideeën en voorstellen betreffende de ontwikkeling van de Europese Gemeenschap worden naar voor gebracht en uitgewerkt» (p. 66). Ook de politieke rol van de Commissie wordt in de verf gezet, al merkt de auteur terecht op dat «de stuwende rol van de Commissie alleen mogelijk is indien er een basisconsensus bestaat tussen de lidstaten» (p. 95).

Het derde deel licht op zeer bevattelijke wijze de onderscheiden besluitvormingsprocedures toe vanuit het oogpunt van het Parlement. Daarbij wordt vaak verwezen naar het Reglement van het Europees Parlement. Naast de drie algemene wetgevende besluitvormingsprocedures (de raadplegingsprocedure, de samenwerkingsprocedure en de medebeslissingsprocedure) worden ook een reeks bijzondere besluitvormingsprocedures geanalyseerd. Sommige daarvan vallen binnen het bevoegdheidsdomein van de Europese Gemeenschappen (de instemmingsprocedure, de begrotingsprocedure, de procedure betreffende de eenvormige kiesprocedure, de besluitvormingsprocedures betreffende de economische en monetaire unie), andere behoren tot de niet-gemeenschapsrechtelijke bepalingen van het Unieverdrag (de besluitvormingsprocedures betreffende het buitenlands en veiligheidsbeleid, de besluitvormingsprocedures betreffende justitie en binnenlandse zaken) of hebben betrekking op beide aspecten (de procedure betreffende verdragsherzieningen).

Een vierde deel, «de besluitvorming in het krachtveld van procedure en politiek», verhaalt de «machtsstrijd» (p. 191) die achter de begrotingsprocedure schuilt, en analyseert de geleidelijke totstandkoming van het gemeenschappelijk buitenlands en veiligheidsbeleid en de samenwerking op het gebied van justitie en binnenlandse aangelegenheden in een politiek-historische context. Dit deel heeft de verdienste een klaar inzicht te verschaffen in de politieke omstandigheden die de opeenvolgende etappes in het Europese integratieproces omringen en sturen. Het hoofdstuk over het gemeenschappelijk buitenlands en veiligheidsbeleid bevat hiervan een groot aantal sprekende voorbeelden. Zo keldert de samenloop van het overlijden van Stalin, het einde van de Koreaanse oorlog, de verbeterde Oost-Westrelaties en het einde voor Frankrijk van de oorlog in Indochina, het in 1952 ondertekende Verdrag tot oprichting van de Europese Defensie Gemeenschap. De noodzaak om het Verdrag met tegenzin te aanvaarden verviel, wat de Franse Assemblée nationale de mogelijkheid bood de ratificatie van het Verdrag niet in overweging te nemen (p. 225). Het opstarten in 1990 van een Intergouvernementele Conferentie over de Europese Politieke Unie (die tezamen met de Intergouvernementele Conferentie over de Economische en Monetaire Unie tot het Unieverdrag leidde) werd voorname gedicteerd door de ondergang van de communistische regimes in Centraal- en Oost-Europa en de behoefte voor de Gemeenschap om als een slagvaardig geheel een antwoord te bieden op de uitdagingen die daaruit zouden voortspuiten (p. 246).

Het is onvermijdelijk dat de vier delen van het boek elkaar af en toe overlappen, maar wanneer dit het geval is gaat het steeds om een zelfde probleem dat benaderd wordt vanuit een andere invalshoek, zodat de lezer er een beter inzicht aan overhoudt. Zoals gezegd, is het boek geen vrijblijvende analyse van de besluitvorming in de Europese Unie, maar een persoonlijke en doorleefde appreciatie van de auteur, die met grote overtuigingskracht de blijvende tekortkomingen in de huidige procedures van besluitvorming in de Europese Unie aanduidt en uitnodigt tot een debat dat de lezer attent maakt op de inzet van de intergouvernementele conferentie in 1966.

Koen Lenaerts

MEDEDELING

Het Vlaams Pleitjuweel

Op 10 juni jl. werd in het Justitiepaleis te Brussel het Vlaams Pleitjuweel gehouden, een pleitwedstrijd tussen de nederlandstalige balies.

De eerste prijs werd toegekend aan mr. G. Martin (balie Kortrijk), de tweede aan mr. M. Schoups (balie Antwerpen) en de derde aan mr. W. Van Steenbrugge (balie Gent).