

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

F. DE CLIPPELE, De waardebeoordeling van aandelen ingevolge de gedwongen overdracht en bij de inbreng in natura 977
J. VANANROYE, Het geschreven statutair doel, de feitelijke activiteit en het handelaarschap van een vennootschap 983

Rechtspraak

Grondwet – Gelijkheid en niet-discriminatie – **Bestaansminimum** – Gerechtigde – Samenwonenden – Meerderjarig kind
 Arbitragehof 1 maart 2001 988
1. Handelstussenpersonen – Commissionair – Hoedanigheid om in rechte op te reden – **2. Overeenkomst** – Aanvulling – Gebruik – Begrip – Vermoedelijke wil van partijen om gebruik in hun overeenkomst op te nemen.
 Cass. 9 december 1999 (met noot van A. Van Oevelen, «Het onderscheid tussen een gebruik en een gebruikelijk beding in het contractenrecht») 989
1. Arbeidsovereenkomst – Ontslag – Misbruik van recht – Vordering tot schadevergoeding – Verjaring – Stuiting – Vordering virtueel begrepen in gevorderde opzeggingsvergoeding – Voorwerp – **2. Veiligheid en gezondheid van de arbeid** – Arbeidsgeneesheer – Beëindiging van overeenkomst – Verschuldigde vergoeding – Aard
 Cass. 7 mei 2001 992
Vennootschap – Oprichting – Doel – Geveinsd statutair burgerlijk doel – Werkelijk handelsdoel – Hoedanigheid van handelaar – Toepasselijkheid van faillissementswetgeving
 Cass. 4 oktober 2001 (met conclusie van advocaat-generaal G. Bresseleers en noot) 993
Beslag en executie – 1. Rangregeling – Verzet op de prijs – Gerechtsdeurwaardersexploot – 2. Beslagbare goederen – Beperkingen – Loon – Alimentatieschuld – Geen algemeen voorrecht
 Hof Antwerpen 13 februari 2001 995
Straf – Geldboete – Aanpassing aan de euro – Overgangsrecht – Bijdrage voor slachtofferfonds – Aanpassing aan de euro – Onmiddellijke werking
 Corr. Brugge 15 januari 2002 (met noot van P. Arnou, «Overgangsrecht inzake de aanpassing van de strafrechtelijke geldboeten aan de euro») 996
1. Burgerlijke rechtspleging – Heropening van het debat – Nieuwe vordering – Ontvankelijkheid – **2. Mede-eigendom** – Daden die door een enkele mede-eigenaar kunnen worden verricht – Daden van behoud en louter beheer – Vordering tot vaststelling van beëindiging van rechtswege van pachtovereenkomst
 Vred. Herzele 27 januari 1999 999

Europese rechtspraak «Rechten van de mens» in kort bestek

Art. 1 Eerste Protocol E.V.R.M. – Recht op eigendom – Rechterlijke machtiging tot uitdrijving huurder – Opschorting bij wet van de uitvoeringsmogelijkheid
 E.H.R.M. 28 juli 1999 (door D. Van Eeckhoutte) 1000
1. Art. 35 E.V.R.M. – Uitputting interne rechtsmiddelen – Vereiste van «effectiviteit» van het rechtsmiddel – **2. Art. 3 E.V.R.M.** – Verbod van foltering en onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing – Mishandeling van verdachte in politiecel
 E.H.R.M. 28 juli 1999 (door E. Brems) 1001
1. Art. 8 E.V.R.M. – Recht op eerbiediging van het privé-leven – Homoseksualiteit in het leger – **2. Art. 3 E.V.R.M.** – Verbod van foltering en onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing – Maatregelen tegen homoseksuelen
 E.H.R.M. 27 september 1999 (door A. Dierickx) 1003
Art. 6, lid 1, E.V.R.M. – Strafvervolgung – Begrip – Intrekking van rijbewijs – Art. 6 E.V.R.M. niet van toepassing
 E.H.R.M. 28 oktober 1999 (door A. Verdoodt) 1003
Art. 6, lid 1, E.V.R.M. – Recht op een eerlijk proces – Inmenging van de wetgever in hangende gedingen
 E.H.R.M. 28 oktober 1999 (door P. Lemmens) 1005

Boeken

M. De Vos, Loon naar Belgisch arbeidsovereenkomstenrecht, Rechtspositie, recht op loon, loonbegrip (door I. Lamberts) 1006
 M. Leroy, Contentieux administratif (door M. Boes) 1006
 F. Hendrickx, Elektronisch toezicht op het werk: internet en camera's (door K. Berghs) 1007
 L. Matthijssen, Jurisprudentiedatabanken. Een internationaal vergelijkende studie naar de publicatie van rechterlijke uitspraken met behulp van informatietechnologie (door M.-F. Moens) 1007
 Mr. F.J.L. Pennings, Grondslagen van het Europese socialezekerheidsrecht (door Y. Jorens) 1008

Mededelingen

Prijs Robert de la Porte 1008
 Lunchvoordracht: Beroepsorders en mededingingsrecht 1008
 40ste Wetenschappelijk Congres van de Vlaamse Juristenvereniging 1008

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

Opgericht in 1931, verschijnt iedere week van september tot juni.

Hoofdredacteurs: René Victor (1931-1984), Edgar Boonen (1984-1993), Camiel Caenepeel (1993-1998)

Redactie: A. Van Oevelen (hoofdredacteur), E. Dirix, J. Laenens, J.R. Rauws, M. van Damme, A. Vandeplas

Redactiesecretaris: Mevr. C. Meeusen

Vaste medewerkers:

A. Alen, F. Aps, R. Boes, A. Carette, G. Debersaques, A. De Wilde, Gh. Dhaeyer, J. Erauw, M. Gelders, P. Humblet, W. Lambrechts, R. Leysen, J. Meeusen, H. Nys, I. Opdebeek, W. Pintens, P. Popelier, W. Rauws, D. Simoens, G. Suetens-Bourgeois, L. Vandenbergh, H. Vanhees, S. Van Overbeke, C. Van Schoubroeck, J. Wouters

Redactieadres: V.Z.W. Rechtskundig Weekblad
Mechelsesteenweg 210 bus 6
2018 Antwerpen
(redactiesecretariaat bereikbaar van 9 tot 12 uur)
Tel. 03/248.49.84
Fax 03/248.08.70

Abonnementen, advertenties: N.V. INTERSENTIA, Churchillaan 108, 2900 Schoten
tel.: 03/680.15.50 - fax: 03/658.71.21
Abonnementsprijs: 123 €, Advocaten-stagiair: 115,50 €, Studenten: 73,50 €
Abonnementen worden automatisch verlengd, behoudens schriftelijke opzegging ten minste drie maanden vóór de uitgifte van het eerste nummer van de nieuwe jaargang

Richtlijnen voor de auteurs:

De teksten van hoofdartikelen en annotaties worden, samen met een diskette (WP of Word) toegezonden aan het redactiesecretariaat. Getypt op anderhalve interlinie bedraagt een hoofdartikel bij voorkeur niet meer dan 25 bladzijden, een annotatie niet meer dan 6 bladzijden. De redactie dankt bij voorbaat alle auteurs voor het in acht nemen van deze richtlijnen.

DE WOLF & PARTNERS

*Dynamisch en internationaal
gerichte advocatenassociatie zoekt
met onmiddellijke ingang*

EEN VOLTIJDS MEDEWERKER

Profiel:

- Tweektalig Nederlands/Frans
- Immobiliënrecht met nadruk op bouw- en aansprakelijkheidsrecht
- Twee tot vijf jaar ervaring vooral in verbintenissenrecht, kennis van de procedure en de regels van de expertise

Kandidatuur en CV te richten aan
de Heer Frédéric Couvreur,
Bolwerksquare 1/A, 1050 Brussel,
frederic.couvreur@dewolf-law.be ;
voor verdere informatie zie
www.dewolf-law.be

VLAAMSE JURISTEN VERENIGING

al 117 jaar actief met wetenschappelijke congressen, jaarvergaderingen, causerieën, debatavonden enz.

en nog steeds actueel: via www.vjv.be vinden alle Vlaamse juristen alle mogelijke informatie over de VJV en haar activiteiten

AANBOD:

- De VJV **groepeert** alle Vlaamse juristen en **ijvert voor** het behoud van de Rechtsstaat, volle gelijkwaardigheid van alle Vlaamse burgers, ont-plooiing van de Nederlandstalige rechtscultuur in Europa, meer kwaliteit in heel de rechtsvorming, -bedeling en -handhaving. Als lid neemt u deel aan een **forum** waarop juristen uit alle disciplines vrijuit van gedachten kunnen wisselen
- Leden genieten **zeer aantrekkelijke kortingen** niet alleen op onze activiteiten maar ook op een aantal uitgaven o.m. deze van Intersentia, bij bestelling via de VJV

Secretariaat:
Justitiestraat 18A 2018 Antwerpen
tel 03 248 65 61 – fax 03 248 09 75

DE WAARDEBEPALING VAN AANDELEN INGEVOLGE DE GEDWONGEN OVERDRACHT EN BIJ DE INBRENG IN NATURA

I. INLEIDING

A. Overdracht en overgang van effecten: algemeen

Behoudens andersluidende bepalingen in de statuten, authentieke akten voor de uitgifte van converteerbare effecten of andere aandeelhoudersovereenkomsten, zijn de volgestorte (art. 506 W. Venn.) aandelen in de naamloze vennootschap in beginsel vrij overdraagbaar (art. e.v. 504 W. Venn., art. 510 W. Venn.).

Overminderd strengere bepalingen in de statuten mogen de aandelen van een vennoot in de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, op straffe van nietigheid niet worden overgedragen onder de levenden en ook niet overgaan wegens overlijden, aan een natuurlijke of rechtspersoon dan met instemming van ten minste de helft van de vennoten die ten minste drie vierde van het kapitaal bezitten, na aftrek van de rechten waarvan de overdracht is voorgesteld (art. 249 W. Venn.). Tenzij de statuten anders bepalen, is de instemming niet vereist bij de overdracht van de aandelen aan een vennoot, aan de echtgenoot van de overdrager of erfflater, aan de bloedverwanten in de rechte opgaande of in de rechte nederdalende lijn, aan de andere door de statuten toegelaten personen.

Behoudens bijzondere bepalingen in de statuten van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, kan elke belanghebbende tegen de weigering van instemming opkomen voor de bevoegde rechtbank, zitting houdende in kort geding (art. 251 W. Venn.). De rechtbank beoordeelt het rechtmatig en gegrond karakter van de motieven tot weigering van toelating tot overdracht. Oordeelt de rechtbank de weigering willekeurig, dan hebben de vennoten drie maanden om kopers te vinden voor de prijs en aan de modaliteiten bepaald in de statuten. Bij ontstentenis van bepalingen terzake in de statuten, worden de prijs en de modaliteiten bepaald door de rechtbank.

Indien de koop met de derden aangebracht door de vennoten niet wordt gerealiseerd, kan de overdrager de ontbinding van de vennootschap vorderen binnen een termijn van veertig dagen na het verstrijken van de termijn waarbinnen het verzet tegen de overdracht werd aangevochten (art. 251 W. Venn.).

B. Gedwongen overdracht na uitsluiting of uittreding

Krachtens art. 636 W. Venn. betreffende het aandeelhouderschap in de naamloze vennootschap en het gelijksoortige art. 334 W. Venn. betreffende het aandeelhouderschap in de BVBA, beschikken één of meer aandeelhouders (*kwalitatieve voorwaarde*) die alleen of gezamenlijk een participatie bezitten van 30 % of meer van de stemgerechtigde effecten, of wanneer zij 20 % bezitten indien de naamloze vennootschap effecten heeft uitgegeven die het kapitaal niet vertegenwoordigen,¹ of ten slotte indien de

aandeelhouders aandelen bezitten waarvan de nominale waarde of de fractiewaarde 30 % van het kapitaal vertegenwoordigt (*kwantitatieve voorwaarde*),² over een vorderingsrecht in het belang van de vennootschap ten aanzien van een andere vennoot opdat deze zijn aandelen en alle andere converteerbare effecten in zijn bezit zou overdragen (*procedure tot «uitsluiting»*). Overeenkomstig art. 642 W. Venn. kan iedere aandeelhouder om gegronde redenen in rechte vorderen dat zijn aandelen worden overgelaten aan diegene op wie de gegronde reden betrekking heeft³ (*procedure tot «uittreding»*).

Zowel de procedure van «uitsluiting» alsook, middellijk, de procedure van «uittreding», zijn slechts rechtmatig indien het belang van de vennootschap en dus het collectief van de rechtspersoon dit vereist.⁴ De wetgever acht zodoende het voortbestaan en de werking van de rechtspersoon belangrijker dan het individuele belang van de vennoot.

De procedure van gedwongen overdracht heeft immers tot doel een oplossing te bieden voor het conflict tussen de aandeelhouders in een besloten of niet-genoteerde vennootschap.⁵ Opdat de vordering van uitsluiting, c.q. uittreding toelaatbaar zou zijn, dient allereerst te worden aange-toond dat men aandeelhouder^{6, 7, 8} is in een vennootschap

¹ Brussel 14 april 2000, *R.P.S.* 2000, nr. 6815, p. 271.

² Voorz. Kh. Bergen 16 maart 2001, *T.B.H.* 2001, 329, met noot M. WAUTERS, «Aangezien de vruchtgebruiker niet over het recht beschikt de uitsluiting van een aandeelhouder te vorderen, komt dit vruchtgebruik niet in aanmerking bij de berekening van de kapitaaldrempel.»; D. VAN GERVEN, en M. WYCKAERT, «Kroniek Vennootschapsrecht (2000-2001)», *T.R.V.* 2001, 481.

³ Zie o.a. E. JANSSENS, «De waardering van aandelen n.a.v. een uitsluiting of uittreding van aandeelhouders in een N.V.», *T.R.V.* 2001, 364-372; B. TILLEMANS en G. VAN SOLINGE, «De uittreding en uitsluiting», *T.P.R.* 2000, 654; J. LIEVENS, «De waardebeoordeling in het kader van de geschillenregeling», *V&F* 1997, 303-306.

⁴ *Parl. St.* Kamer, 1994-1995, nr. 1005/ 25, p. 8-9; Gent 29 september 2000, *T.R.V.* 2001, 492, met noot M. WAUTERS. De procedure kan niet worden aangewend om de private belangen te dienen in de vereffening-verdeling na echtscheiding.

⁵ Luik 23 september 1999, *J.L.M.B.* 2000, 1289; Voorz. Kh. Kortrijk 10 juli 1997, *V&F* 1997, 328, kolom 1.

⁶ Voorz. Kh. Gent 23 januari 1997, *T.G.R.* 1997, 172.

⁷ Ingevolge de gelijkheid tussen aandeelhouders beschikt elke aandeelhouder – zowel de minderheids- als de meerderheidsaandeelhouder – die aan de voorwaarden van art. 636 W. Venn. voldoet, over een vorderingsrecht tot uitsluiting. Nochtans kan een dergelijk vorderingsrecht tot een onwettigheid leiden in de praktijk. Indien de minderheidsaandeelhouder een vordering tot uitsluiting inleedt, zonder dat enige fout of aanleiding wordt aangenomen in de persoon van de meerderheidsaandeelhouder, en deze meerderheidsaandeelhouder een tegenvordering tot uitsluiting inleedt, hoewel de rechter geen enkele reden zou hebben om de minderheidsaandeelhouder minder recht te geven, zal de rechter niet geneigd zijn om de controle over de vennootschap aan de minderheidsaandeelhouder toe te wijzen, tegen de rechtmatige aanspraak van de meerderheidsaandeelhouder. De rechter zal overwegen aan de hand

die (voor het aandeelhouderschap) geen publiek beroep doet of heeft gedaan op het spaarwezen⁹ (*formeel vereiste*), om vervolgens de gegronde reden (*materieel vereiste*) te onderzoeken als motief ten gronde voor de gedwongen overdracht.¹⁰

Andere methoden van conflictoplossing op het niveau van de aandeelhouders in de vennootschap, zoals o.a. de nietigverklaring van de beslissingen van de algemene vergadering,¹¹ de aanstelling van een deskundige voor nazicht van de boeken en rekeningen (art. 168-169 W. Venn.) de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder of zelfs de gerechtelijke ontbinding en vereffening van de vennootschap (art. 45 en 645, tweede lid, W. Venn.), hebben aangetoond veelal geen remedie te bieden, of slechts partieel (nietigverklaring van de beslissing van de algemene vergadering, aanstelling van een deskundige) en/of slechts voorlopig (aanstelling voorlopige bewindvoerder), of te drastisch (de gerechtelijke ontbinding).¹² Dergelijke maatregelen – wij denken in het bijzonder aan de maatregel van de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder – kunnen daarenboven een nefast effect voor de vennootschap ressourceren, namelijk het wantrouwen van derden.

C. Terzake de procedure tot uitsluiting

Zelfs indien een vennoot zich niet schuldig maakt aan enige wettelijke, reglementaire, statutaire of contractuele bepaling, kan hij in uitzonderlijke omstandigheden worden uitgesloten indien dit het belang en het doel van de vennootschap vrijwaart.¹³ De procedure tot uitsluiting van een aandeelhouder heeft met name tot doel in het belang van de vennootschap een oplossing te zoeken voor een duurzaam conflict dat op het niveau van de vennootschap bestaat en de werking ervan verlamt,¹⁴ ongeacht of de oorzaak hiervan moet of kan worden toegeschreven aan een bepaalde aandeelhouder.¹⁵ A fortiori zal de aandeelhouder die onrechtmatige handelingen of een intentionele actie onderneemt die het belang van de vennootschap ondermijnt, of de werking

van de financiële draagkracht van beide partijen, de know-how en competentie van de aandeelhouders, en de optie van het management of zelfs het personeel bij actieve vennoten.

⁸ Voorz. Kh. Bergen 2001, *T.B.H.* 2001, 629, met noot M. WALTERS. De vordering van de vruchtgebruikers is niet ontvankelijk. Als loutere vruchtgebruikers ontbreekt het aan hoedanigheid van vennoot die voor het instellen van de vordering wettelijk is vereist.

⁹ Zie ook J.-F. GOFFIN, «Les actions en cession forcée et en reprise forcée: premiers pas jurisprudentiels», *J.T.* 1998, 324; K. GEENS, M. DENEFF, F. HELLEMANS, R. TAS en J. VANANROYE, «Overzicht van rechtspraak vennootschappen (1992-1998)», *T.P.R.* 2000, 438.

¹⁰ Voorz. Kh. Kortrijk 10 juli 1997, *V&F* 1997, 328, kolom 1.

¹¹ Art. 64, 178-181, 222, 287-288, 313, 332, 396, 413, 423, 431, 447, 545, 559-560, 582-583, 602, 633, 780 W. Venn.

¹² Kh. Bergen 26 januari 2000, *R.P.S.* 2000, 91; Voorz. Kh. Bergen 16 maart 2001, *T.B.H.* 2001, 629, met noot M. WALTERS; M. WALTERS, noot onder Gent 29 september 2000, *T.R.V.* 2001, 494.

¹³ Antwerpen 26 oktober 1998, *T.R.V.* 2000, 464, met noot M. WALTERS.

¹⁴ J.-F. GOFFIN, o.c., *J.T.* 1998, 325; Antwerpen 26 oktober 1998, *T.R.V.* 2000, 464, noot M. WALTERS.

ervan blokkeert, de sanctie oplopen van de gedwongen overdracht van zijn effecten.¹⁶ De uitsluiting is de remedie tegen de gedraging van een vennoot die de belangen van de vennootschap op zo'n ernstige wijze schaadt dat hij in redelijkheid niet langer als vennoot kan worden geduld.¹⁷

De gevolgschade uit hoofde van het onrechtmatige handelen van een vennoot zal worden gevorderd in een afzonderlijke procedure overeenkomstig art. 27 W. Venn.

D. Terzake de procedure tot uittreding

De vordering tot uittreding zal slechts worden ingewilligd wanneer de betwisting tussen aandeelhouders niet in der minne kan worden opgelost en de ontbinding van de vennootschap met toepassing van art. 45 W. Venn. een te drastische maatregel blijkt te zijn.¹⁸ Ingevolge art. 642 W. Venn. zal de eiser die wenst uit te treden het bestaan van een voldoende ernstige reden (onrechtmatig gedrag)¹⁹ in de persoon van de aandeelhouder tegen wie de vordering wordt ingeleid moeten bewijzen. Deze voldoende ernstige reden kan zijn:²⁰ het toekennen van verkapte dividenden,²¹ het onttrekken van het vennootschapsvermogen, de deloyale concurrentie van een vennoot direct of indirect jegens de vennootschap,²² het toekennen van ongewone bestuursbezoldigingen,²³ het nemen van beslissingen wars van gezonde bedrijfskunde of tegen het door de Raad van Bestuur geformuleerde subsidiariteitsbeginsel,²⁴ het achterhouden van vitale informatie en wanbeheer, onwettige benoemingen of dito rechtshandelingen, het manipuleren van de notulen,

¹⁵ *Parl. St.* Senaat, 1993-94, nr. 1086-2, p. 427; Antwerpen 26 oktober 1998, *T.B.H.* 1999, (572), 573; E. JANSSENS, o.c., *T.R.V.* 2001, 365; Brussel 7 september 1999, *R.P.S.* 2000, 334, met noot W. DERIJCKE.

¹⁶ Vgl. P.A. FORTIERS, *La solution des litiges entre actionnaires. Evolution récente et perspectives du droit des sociétés commerciales et de l'entreprise en difficulté*, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1996, p. 58: « Certes, la mésintelligence grave peut-elle être le résultat de manquements ou d'abus, mais elle peut aussi résulter d'autres facteurs, par exemple, une divergence de vues fondamentale sur la politique de développement de la société ou des facteurs caractéristiques dans les sociétés où 'l'intuitu personae' est marqué. »; J.-F. GOFFIN, o.c., *J.T.* 1998, 324; Voorz. Kh. Kortrijk 17 februari 1997, *T.R.V.* 1997, 95.

¹⁷ *Parl. St.* Senaat, 1993-94, nr. 1086, p. 426.

¹⁸ GOLLIER en MALHERBE, «Les sociétés commerciales. Lois des 7 et 13 avril 1995», in *Les dossiers du J.T.*, p. 165, nr. 155.

¹⁹ Voorz. Kh. Dendermonde 19 maart 1997, *T.R.V.* 1998, 555; D. VAN GERVEN, en M. WYCKAERT, o.c., *T.R.V.* 2001, 482; L. VAN BEVER, noot onder Vz. Kh. Gent 14 maart 2000, *T.B.H.* 2000, 392.

²⁰ Zie bv. Voorz. Kh. Kortrijk 10 juli 1997, *V&F* 1997, 327.

²¹ B. TILLEMANS, «De gedwongen uitsluiting en uittreding», *T.R.V.* 1995, 525.

²² K. GEENS, M. DENEFF, F. HELLEMANS, R. TAS en J. VANANROYE, o.c., *T.P.R.* 2000, 447.

²³ Brussel 14 april 2000, *R.P.S.* 2000, nr. 6815, p. 271.

²⁴ Namelijk dat de bepaling betreffende de geschillenregeling enkel toepassing kan vinden indien geen meer geëigende middelen bestaan om de betwisting inzake bestuursfouten op te lossen (K. GEENS, M. DENEFF, F. HELLEMANS, R. TAS en J. VANANROYE, o.c., *T.P.R.* 2000, 442; I. CORBISIER, «La société et ses associés», in Centre J. Renaud (red.), *Les Lois du 7 et 13 avril 1995*, Brussel, Bruylant, 1995, 206; Voorz. Kh. Tongeren 8 juli 1997, *T.R.V.* 1999, 295).

het georganiseerd of systematisch misbruik van de meerderheid,²⁵ de werking en eenheid van het bedrijf ondermijnen of het niet respecteren van een aandeelhouder- of managementovereenkomst, die de beweegreden vormde voor de toetreding in de vennootschap.²⁶ Het belang van de vennootschap²⁷ en de onrechtmatige handeling van de gedaagde vennoot gelden derhalve als cumulatieve voorwaarden opdat de rechter de uittreding zou toestaan, en zodoende de inkoop door de gedaagde vennoot zou bevelen.²⁸ De toegelaten uittreding, en zodoende de verplichte inkoop, gelden derhalve als dwingende maatregel na vaststelling van de onrechtmatige handeling van een medevenoot.

De uittreding vergt nochtans niet noodzakelijk het bewijs van de verlamming van de werking van de vennootschap. Het is voldoende dat de eiser een aanhoudend en fundamenteel meningsverschil tussen de aandeelhouders aantoon, waarbij hij door onrechtmatige of met het doel onverenigbare handelingen wordt gemarginaliseerd en zodoende de «*affectatio societatis*» ontbeert.²⁹ De rechtbank gaat dan ook na of de betrokken vennoot zich in een zodanige positie bevindt dat men in redelijkheid niet kan vergeten dat deze verder aandeelhouder blijft en of dit zo is met betrekking tot de aangevoerde feiten.³⁰ De eisende partij dient voorts het oorzakelijk verband te bewijzen tussen de onrechtmatige handeling van de vennoot wiens veroordeling tot verplichte inkoop wordt gevorderd, en de ernstige reden als motief van de vordering tot uittreding.³¹

E. Gemeenschappelijke kenmerken van de procedure tot uitsluiting en uittreding

De uitsluiting, anders dan de uittreding, zal op die manier juridisch eerder voorkomen als de vaststelling van een feitelijke toestand dan als een sanctie.³² In de praktijk en op

²⁵ K. GEENS, M. DENEFF, F. HELLEMANS, R. TAS en J. VANANROYE, o.c., *T.P.R.* 2000, 445.

²⁶ Voorz. Kh. Charleroi 5 februari 1998, *Rev. Prat. Soc.* 1998, 427.

²⁷ De gegronde reden voor de uittreding moet echter niet zo ernstig zijn als de gegronde reden voor de uitsluiting. Het is niet vereist dat de werking en het voortbestaan van de vennootschap in het gedrang komen. De onenigheid moet duurzaam zijn, zodat niet verwacht mag worden dat de uittredende vennoot bij ontstentenis van de «*animus associandi*» langer moet samenwerken met de schuldige vennoot (Luik 23 september 1999, *DAOR* 2000, 101; *T.B.H.* 2000, 626; H. BRAECKMANS, «Uitsluiting en uittreding van aandeelhouders», *R.W.* 2000-2001, 1375; I. CORBISIER, «Actualités récentes en droit des sociétés: résolution des conflits entre associés (pour les petites) et corporate governance (pour les grandes)», *DAOR Actualités* 2000-2001, 7-8; D. VAN GERVEN, en M. WYCKAERT, o.c., *T.R.V.* 2001, 482.

²⁸ P.A. FORIERS, o.c., nr. 14; GOLLIER en MALHERBE, o.c., *Les dossiers du J.T.*, p. 165, nr. 155.

²⁹ Luik 23 september 1999, *J.L.M.B.* 2000, 1291; POTTIER en DE ROECK, «Le divorce entre actionnaires: premières applications jurisprudentielles des procédures d'exclusion et de retrait», *T.B.H.* 1998, p. 586, nr. 169.

³⁰ Voorz. Kh. Kortrijk 10 juli 1997, *V&F* 1997, 328, kolom 2.

³¹ J.-F. GOFFIN, o.c., *J.T.* 1998, 329.

³² *Parl. St.* Senaat, 1993-94, nr. 1086, p. 427; Luik 23 september 1999, *J.L.M.B.* 2000, 1290.

grond van de motieven van partijen zal de bij gerechtelijke beslissing uitgesloten vennoot, zeker in familiale ondernemingen, dit nochtans veeleer ervaren als een aantasting of een ontneming van zijn eigendomsrecht, dan als de maatregel voor de redding van de vennootschap.³³

De vordering tot uitsluiting dan wel uittreding wordt inzake handelsvennootschappen ingeleid bij de voorzitter van de rechtbank van koophandel van het gerechtelijk arrondissement van de maatschappelijke zetel van de vennootschap. De eisende aandeelhouder zal, behoudens de overige aandeelhouders, ook de vennootschap dagvaarden. De vordering wordt behandeld in een procedure zoals in kort geding.

De gedwongen overdracht van aandelen zal met de nodige omzichtigheid worden ingeroepen³⁴ en enkel indien alle andere bewarende maatregelen de werking en het doel van de vennootschap niet kunnen vrijwaren.³⁵ Het collectief belang bij de vennootschap rechtvaardigt de beperking van het eigendomsrecht door de gedwongen overdracht van aandelen, enkel wanneer hiertegenover een billijke en reële vergoeding staat. De noodzakelijke vergoeding sluit dan ook uit dat de gedwongen overdracht van aandelen zou worden gekwalificeerd als een bestraffing, eerder dan als een bewarende maatregel voor het behoud van de vennootschap.

Ingevolge art. 640 Venn. W. veroordeelt de rechter de verweerder om binnen de door hem gestelde termijn te rekenen vanaf de betekening van het vonnis, zijn aandelen aan de eisers over te dragen en de eisers om de aandelen tegen betaling van de prijs die hij vaststelt over te nemen. Indien de rechter de overdracht van aandelen beveelt, kan de eiser niet langer rechtsgeldig afstand doen van zijn vordering (art. 825 Ger. W.), ook al wordt de prijs veel hoger geschat dan hij aanvankelijk vermoedde.³⁶

De waardering van de aandelen is het voorwerp van de rechtelijke appreciatie. De rechter oordeelt *ex aequo et bono*, aan de hand van een objectieve waarderingsmethode.

In een eerste deel wordt onderzocht of de rechter gebonden is door een contractuele of statutaire waardebepaling. Is de rechter bij de beoordeling van de waarde van de effecten bij gedwongen overdracht gehouden door de methode zoals voordien bepaald door partijen?

In een tweede deel wordt onderzocht welke de waarderingsmethoden van begroting zijn. Een onderscheid zal worden gemaakt tussen de waardebepaling uit hoofde van

³³ Luik 23 september 1999, *J.L.M.B.* 2000, 1290: «La procédure d'exclusion surtout est perçue comme une mesure lourde de conséquences dont s'ensuit également le caractère subsidiaire, puisqu'elle ne se justifie que lorsque la survie de la société est mise en péril et qu'il faut sortir de l'impasse.»

³⁴ Een lichtzinnige vordering kan aanleiding geven tot schadevergoeding wegens tergend en roekeloos geding voeren (Brussel 14 april 2000, *R.P.S.* 2000, nr. 6815, p. 271).

³⁵ Luik 23 september 1999, *J.L.M.B.* 2000, 1290: «Cette procédure ne doit en tout état de cause être considérée que comme un remède ultime qui ne serait appliqué qu'à des conflits entre associés ne pouvant être réglés à l'amiable»; Vz. Kh. Leuven 22 juni 1999, *T.B.H.* 2000, 654.

³⁶ E. JANSSENS, o.c., *T.R.V.* 2001, 366; H. BRAECKMANS, «De gedwongen overdracht en overneming, uitkoopregeling, gerechtelijke ontbinding niet meer actieve vennootschappen en vereffening», in *Het gewijzigde vennootschapsrecht 1995*, Antwerpen, Maklu, 1996, 320.

de belegger, namelijk in verhouding tot het rendement op de belegging, en dus teruggave van de input bij middel van dividenden; en uit hoofde van de investeerder, namelijk in verhouding tot de meerwaarde op de investering.

In een derde deel wordt onderzocht wat het relevante tijdstip is waarop de waarde van de aandelen moet worden bepaald.

F. Overdracht bij middel van de inbreng in natura

Dezelfde waarderingsmethoden worden toegepast bij de overdracht bij middel van inbreng in natura in een holding vennootschap overeenkomstig art. 443-444 W. Venn. voor de naamloze vennootschap en art. 218-219 W. Venn. wat de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid betreft.

II. IS DE RECHTBANK GEBONDEN DOOR DE WAARDEBEPALING BEDONGEN DOOR DE PARTIJEN?

Hierover bestaat er onenigheid. Niettegenstaande het beginsel van art. 1134, eerste lid, B.W. dat de rechter gebonden is door de afspraken tussen partijen, wordt vaak aangenomen dat de rechter vrij de waarde bepaalt bij gedwongen overdracht.³⁷ De wetgeving inzake de geschillenregeling tussen aandeelhouders is van dwingend recht.³⁸ De statuten kunnen de toepassing ervan niet uitsluiten of beperken.

Bevatten de statuten of de aandeelhoudersovereenkomst echter uitdrukkelijke bepalingen betreffende de methode van prijsbepaling, dan zal de voorzitter, *c.q.* de door de voorzitter aangestelde deskundige toch gehouden zijn deze na te leven.³⁹

Uit de parlementaire voorbereidingsstukken bij de wet van 7 april 1995⁴⁰ volgt dat «indien de partijen het eens zijn over de prijs», – hetgeen natuurlijk uitzonderlijk is aangezien men anders niet overgaat tot gedwongen uitsluiting – «of gebonden zijn door de statuten of een overeenkomst, behoort de rechter zich bij één enkele beslissing te kunnen uitspreken. Men hoeft niet te bepalen dat de rechter een deskundige kan aanwijzen om de prijs vast te stellen, aan-

gezien het gemene recht hem daartoe reeds de mogelijkheid geeft.»⁴¹

III. WAARDERINGSMETHODEN: BELEGGINGSWAARDERING – INVESTERINGSWAARDERING

De wetgever geeft geen methode voor de waardering van de aandelen van een vennootschap. De waardering is immers een financieel-economische aangelegenheid. De waardering van de onderneming is allereerst het voorwerp van de bepaling van het soort onderneming.⁴² In een groeiend bedrijf met weinig of geen netto-actief zal de rendementswaarde belangrijk zijn. In een gevestigd traditioneel verwerkingsbedrijf, waarin het speculatieve of groeipotentieel gestagneerd is, en waarin de activa grotendeels zijn afgeschreven, zal de substantiële waarde van belang zijn.

Diverse methoden worden gebruikt voor de waardering van effecten in de vennootschap.⁴³ Deze waardering gebeurt in de eerste plaats aan de hand van de jaarrekeningen⁴⁴ en vennootschapsrechtelijke bescheiden. De waardering van aandelen geschiedt vervolgens ook op basis van externe factoren, zoals marktfactoren, de doelstelling van de waardering, en dergelijke meer. De rechter zal veelal (zonder daartoe verplicht te zijn)⁴⁵ bij een vonnis alvorens recht te doen⁴⁶ een deskundige bevelen de onderneming te waarderen aan de hand van een of meer methodes. Bij gebreke aan wettelijke richtlijnen is het raadzaam dat de rechter die een gerechtsdeskundige beveelt, duidelijk de methode van waardering bepaalt.

Per definitie kan de rechter geen rekening houden met de marktwaarde. De aandelen van de vennootschappen waarop de geschillenregeling van toepassing is, zijn niet beursgenoteerd en hebben dan ook geen marktwaarde,⁴⁷ tenzij een theoretische waarde die een derde bereid zou zijn te

⁴¹ «Il convient de permettre au juge, si les parties sont d'accord sur le prix, ou liées par les statuts ou une convention, de se prononcer par une seule décision. Il n'est pas nécessaire de prévoir que le juge peut désigner un expert pour fixer le prix, puisque le droit commun l'y autorise.»

⁴² E. JANSSENS, *o.c.*, T.R.V. 2001, 367; Voorz. Kh. Kortrijk 7 november 1996, geciteerd in J. LIEVENS, *o.c.*, V&F 1997, 304.

⁴³ J. LIEVENS, *o.c.*, V&F 1997, 303; H. LAGA, J. DE LEENHEER en G. DELVAUX, «Le règlement des litiges et l'offre de reprise dans les sociétés – Aspects du droit des sociétés et méthodes d'évaluation», I.E.C. 1997, 29.

⁴⁴ Voorz. Kh. Mechelen 6 februari 1997, geciteerd door E. POTTIER en M. DE ROECK, *o.c.*, T.B.H. 1998, 575.

⁴⁵ J. LIEVENS, *o.c.*, V&F 1997, 303; J.F. GOFFIN, *o.c.*, J.T. 1998, 327; Gent 21 januari 1998, V & F 1998, 48.

⁴⁶ Met toepassing van art. 638 W. Venn. is het de rechter toegestaan de rechten verbonden aan de aandelen te schorsen tot op de dag van de overdracht en hangende het gerechtelijk onderzoek naar de waardering. Het is raadzaam dat de rechter de deskundige ook een termijn geeft waarbinnen hij zijn opdracht dient te voltooien (K. GEENS, M. DENEFF, F. HELLEMANS, R. TAS en J. VANANROYE, *o.c.*, T.P.R. 2000, 449). Bij vonnis van 16 maart 2001 evenwel beval de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Bergen de onmiddellijke overdracht van de aandelen tegen een provisionele prijs, en de aanstelling van de deskundige voor de definitieve prijswaardering (T.B.H. 2001, 630, noot M. WAUTERS).

⁴⁷ J. LIEVENS, *o.c.*, V&F 1997, 304; H. BRAECKMANS, *o.c.*, *Het gewijzigde vennootschapsrecht 1995*, 320.

³⁷ J.M. NELISSEN-GRADE, «De geschillenregeling en de uitkoopregeling», in *De nieuwe vennootschapswetten van 7 en 13 april 1995*, Kalmthout, 1995, 359; J. LIEVENS, «De waardebepalings in het kader van de geschillenregeling», V&F 1997, 303: «Bij de vaststelling van de waarde van de aandelen is de rechter door geen enkele waarderingsmethode gebonden. Hij beschikt over de ruimste appreciatiebevoegdheid.»; *contra* zelfde artikel p. 306: «Wij menen dat in België eenzelfde regeling geldt en de deskundige en ook de rechter gebonden zijn door de prijs, die blijkt uit een akkoord tussen de partijen of uit een statutaire of conventionele bepaling».

³⁸ K. GEENS, M. DENEFF, F. HELLEMANS, R. TAS en J. VANANROYE, *o.c.*, T.P.R. 2000, 439; H. BRAECKMANS, «Het nieuwe Wetboek van Vennootschappen. De gedwongen overdracht van aandelen. De uitsluiting en uittreding van aandeelhouders», in C.B.R. 5 maart 2001, p. 4.

³⁹ E. JANSSENS, *o.c.*, T.R.V. 2001, 367; Voorz. Kh. Kortrijk 10 juli 1997, V&F 1997, 332, kolom 2; Voorz. Kh. Dendermonde 29 mei 1997, geciteerd door E. POTTIER en M. DE ROECK, *o.c.*, T.B.H. 1998, 577; Voorz. Kh. Namen 11 juli 1997, geciteerd door E. POTTIER en M. DE ROECK, *o.c.*, T.B.H. 1998, 577.; B. TILLEMANS, *o.c.*, T.R.V. 1995, 546; J.F. GOFFIN, *o.c.*, J.T. 1998, 327.

⁴⁰ *Parl. St.* Senaat, 1993-94, nr. 1086, p. 427.

betalen.⁴⁸ Indien men als waarde de referentieprijs neemt die een derde bereid is te betalen, moet men eveneens de voorwaarden en modaliteiten van de koopovereenkomst in aanmerking nemen, namelijk het voorwerp en de garanties voor de koop.

De marktwaardering is veelal niet bruikbaar. Het zal vooral zaak zijn de waarderingmethode te bepalen die het meest gepast voorkomt om de reële economische waarde te bepalen.⁴⁹

A. Beleggingswaardering⁵⁰

De waarde van de onderneming kan worden geformuleerd als de prijs die men betaalt enerzijds voor het vermogen en anderszijds voor de mogelijkheid die dit vermogen biedt om winsten, en dus dividenden op te leveren. Dit houdt in dat de waardering uiteenvalt in twee afzonderlijke elementen: de intrinsieke waarde of substantiële waarde, en de rendementswaarde.⁵¹

De intrinsieke waarde wordt voorgesteld als de som van de activa-bestanddelen, gecorrigeerd met een minder- of meerwaarde, verminderd met de schulden en verplichtingen ten aanzien van derden en eventueel vermeerderd met *goodwill* (of andere «intangibles»⁵²).

De rendementswaardering associeert de waarde van de onderneming met de actualisatie van toekomstige winsten. Dit betekent dat de in de toekomst verwachte cijfers worden teruggebracht naar vandaag. Het verwachte resultaat wordt geschat op basis van de gerealiseerde resultaten in de voorgaande jaren. Voor de duur van de actualisatieperiode wordt uitgegaan van een gemiddelde rendement over een periode van vijf tot tien jaar tot oneindig. De actualisatievoet bestaat uit twee componenten, namelijk de vergoeding voor een risicoloze belegging en een extra-vergoeding die vereist is voor de waardering van het risico eigen aan de onderneming.

Gelet op het «conservatief» karakter van de beleggingswaardering, het subsidiair karakter van de gedwongen overdracht, en ten slotte gelet op de noodzakelijke terughoudendheid bij de toekenning van de gedwongen overdracht, wordt bij de waardebeoordeling in geval van de uitsluiting of uittreding en bij de inbreng in natura de beleggingmethode gehanteerd.

B. Investeringswaardering

Voor de overname van een bedrijf wordt de waardering doorgaans benaderd via de drie volgende waarderingmethoden: de waarde op basis van het *gecorrigeerd eigen vermogen*; de waarde op basis van de netto-kasstroom («discounted cashflow»); de waarde op basis van de beursnotering van gelijksoortige bedrijven of «*market multiples*», zoals «koers/omzet», «koers/cashflow», «koers/nettowinst».

⁴⁸ J.M. NELISSEN-GRADE, o.c., in *De nieuwe vennootschaps wetten van 7 en 13 april 1995*, 1995, 360.

⁴⁹ J. LIEVENS, o.c., *V&F* 1997, 304.

⁵⁰ Bv. Voorz. Kh. Kortrijk 16 september 1996, A.J.T. 1996-97, 333, met noot B. TILLEMANS.

⁵¹ Vb. Voorz. Kh. Kortrijk 16 september 1996, A.J.T. 1996-97, 333, met noot TILLEMANS, B.

⁵² De «nettoactief»-waarde

De waardering op basis van het *gecorrigeerd eigen vermogen* of het nettoactief neemt de gekende minderwaarden of meerwaarden in aanmerking. Maar deze methode houdt geen rekening met het rendementspotentieel. De waarderingmethode aan de hand van het gecorrigeerd eigen vermogen is dan ook niet reëel bij jonge groeiende bedrijven of ontwikkelingsbedrijven.

De *discounted cashflow*-methode is de meest betrouwbare methode, omdat zij rekening houdt met elementen zoals marktomstandigheden op het moment van de waardering, de cycliciteit, het risico-potentieel van de activiteit en de tijdswaarde van het geld. Eerst wordt de gewogen gemiddelde kapitaalkost berekend (hierna: WACC), op basis van de werkelijk betaalde intresten op de uitstaande financiële schulden overeenkomstig de laatst beschikbare balans, en het over het algemeen verwachte rendement op het eigen vermogen. Vervolgens dient men te motiveren of geacht wordt dat de recurrente cashflow van het laatste jaar constant zal blijven over een bepaalde periode, of met andere woorden de cashflow wordt behandeld als een annuïteit die wordt geactualiseerd aan de WACC.

De multiples, zoals koers/omzet, koers/cashflow, koers/nettowinst, enz. van een «peer»-groep van beursgenoteerde ondernemingen, c.q. wanneer deze niet voorradig is, of wanneer de vennootschap relatief klein is ten opzichte van de beursgenoteerde bedrijven in de sector, een referentie van de gemiddelde Belgische index, kunnen bij wijze van analogie worden toegepast op kengetallen van de individuele onderneming ter begroting van de waardering. Deze methode houdt rekening met het beleggingsoptimisme op de beurzen. Hierbij zal een liquiditeitsdecote worden gehanteerd.⁵³

Teneinde de vennootschap, en dus de aandelen, te waarderen op een objectieve manier, is het veelal raadzaam om de waardering te benaderen via het «gewogen» gemiddelde van de gecorrigeerde netto-actief methode, de *discounted cashflow*-methode,⁵⁴ en de methode van de multiples van beursgenoteerde bedrijven.

De investeringswaardering geldt als waardering van het bedrijf bij overname. Deze waardering is veelal gunstiger dan de beleggingswaardering. Het is niet ondenkbaar dat de rechtbank deze waardering hanteert teneinde indirect gevolg te geven aan de onregelmatigheden of het onrechtmatig gedrag dat aanleiding heeft gegeven tot de vordering van uittreding.

IV. WAARDEVERMEERDERING OF VERMINDERING (DECOTE) BIJ MEERDERHEIDSDAN WEL MINDERHEIDSAANDELENPAKKET OF WEGENS DE ILLIQUIDITEIT VAN DE PARTICIPATIE

Niettegenstaande het dwingend karakter van de overdracht na rechterlijk bevel van uitsluiting, dient o.i. voor de waardebeoordeling rekening te worden gehouden met de aan de aandelenparticipatie verbonden zeggenschapsrechten in de vennootschap.⁵⁵ Afhankelijk van het pakket en de hieraan wettelijk c.q. statutair verbonden bevoegdheden en blok-

⁵³ Zie *infra* sub IV.

⁵⁴ Voorz. Kh. Kortrijk 7 november 1996, geciteerd in J. LIEVENS, o.c., *V&F* 1997, 304.

keringrechten, dient de waardering marginaal in meerdere of mindere te worden aangepast. Indien de gedwongen overdracht geen invloed heeft op het zeggenschap in de vennootschap, zal geen decote worden toegepast.⁵⁶

Indien komt vast te staan dat er geen liquide markt bestaat voor de overdracht van aandelen, zou de rechter op billijkheidsgronden, alleszins indien de handelingen van de aandeelhouder die is «veroordeeld» tot gedwongen overdracht, de oorzaak zijn van de noodzaak tot uitsluiting, hiermee rekening moeten houden voor de prijsbepaling.

V. HET TIJDSTIP WAAROP DE WAARDE VAN DE AANDELEN WORDT BEPAALD

Het is moeilijk aan te nemen dat indien de waarde van de aandelen ten gevolge van de handelingen van een vennoot aanzienlijk is gedaald, de rechter hiermee geen rekening kan houden.⁵⁷ Het is immers niet billijk dat de schade en ten gevolge hiervan de waardevermindering van de onderneming uit hoofde van een onrechtmatige handeling of wanbeheer, mee ten laste wordt gelegd van de «benarde» aandeelhouder. Reeds voorheen werd uiteengezet dat opdat de rechter de uitsluiting zou bevelen, hij het belang van de vennootschap voor ogen heeft. Dit impliceert dat de uitsluiting niet het karakter van een sanctie heeft ten aanzien van de vennoot die de werking van de vennootschap blokkeert, en haar rentabiliteit of bestaan in gevaar brengt. Bij de waardering van de aandelen zou nochtans rekening kunnen worden gehouden met het (on)rechtmatig, *c.q.* zorgzaam/zorgeloos karakter van de handeling van de uitgesloten vennoot, door de bepaling van het tijdstip van begroting.

Algemeen neemt men aan dat de rechter zich op de datum van de uitspraak moet plaatsen om de waarde van de aandelen te bepalen.⁵⁸

Het gevaar bestaat evenwel dat de rechter, zitting houdende zoals in kort geding, door rekening te houden met het rechtmatig karakter van de handelingen voor de begroting van de waarde,⁵⁹ zijn bevoegdheid overschrijdt. Wel kan men aanvaarden dat de voorzitter de deskundige opdracht geeft bij de waardebeoordeling melding te maken van de invloed en weerslag van eventuele onregelmatigheden op de waardering van de aandelen. De voorzitter mag daarmee geen rekening houden. Het verslag van de deskundige is wel aan te wenden als bewijsvoering in een procedure tot schadeloosstelling.⁶⁰

VI. BESLUIT

De waardering van de aandelen in een onderneming is het voorwerp van menig geschil bij de overdracht van aandelen. De waardering van een onderneming als een algemeenheid van materiële en immateriële activa en schulden, en de begroting van een rendementswaarde van de aandelen, is als koorddansen tussen diverse analyses en methodes.

De rechter oordeelt *ex aequo et bono*, aan de hand van een door de partijen, dan wel door de deskundige of door de rechtbank gekozen objectieve waarderingsmethode, ten einde bij benadering de rechtmatige en «juiste» overdrachtswaarde te kunnen bepalen.

De keuze van waarderingsmethode (de investeringswaardering bij uittreding), het aanwenden van een decote en het bepalen van het tijdstip van waardering kunnen aanleiding geven tot het indirect in aanmerking nemen van de onrechtmatige handelingen die aanleiding hebben gegeven tot de procedure van uitsluiting of uittreding.

Francis DE CLIPPELE
Assistent Universiteit Antwerpen (UFSIA)
Advocaat te Antwerpen

⁵⁵ J.M. NELISSEN-GRADE, *o.c.*, in *De nieuwe vennootschapswetten van 7 en 13 april 1995*, 360; H. BRAECKMANS, *o.c.*, *Het gewijzigde vennootschapsrecht 1995*, 320; J. LIEVENS, *o.c.*, *V&F* 1997, 305.

⁵⁶ Voorz. Kh. Kortrijk 17 februari 1997, *T.R.V.* 1997, 95; B. TILLEMANS, noot onder Voorz. Kh. Kortrijk 16 september 1996, *A.J.T.* 1996-97, 335; J.M. GOFFIN, *o.c.*, *J.T.* 1998, 329.

⁵⁷ Vgl. B. TILLEMANS, noot onder Voorz. Kh. Kortrijk 16 september 1996, *A.J.T.* 1996-97, 334; Vgl. J.M. GOFFIN, *o.c.*, *J.T.* 1998, 327; D. VAN GERVEN, en M. WYCKAERT, *o.c.*, *T.R.V.* 2001, p. 483.

⁵⁸ Antwerpen 26 oktober 1998, *T.B.H.* 1999, 572; met noot; Luik 23 september 1999, *J.L.M.B.* 2000, 1295; J. LIEVENS, *o.c.*, *V&F* 1997, 305; J.M. NELISSEN-GRADE, *o.c.*, *De nieuwe vennootschapswetten van 7 en 13 april 1995*, 361; H. BRAECKMANS, *o.c.*, *Het gewijzigde vennootschapsrecht 1995*, 320.

⁵⁹ Zoals in Antwerpen 26 oktober 1998, *T.B.H.* 1999, 574.

⁶⁰ Noot onder Antwerpen 26 oktober 1998, *T.B.H.* 1999, 574.

HET GESCHREVEN STATUTAIR DOEL, DE FEITELIJKE ACTIVITEIT EN HET HANDELAARSCHAP VAN EEN VENNOOTSCHAP

Het arrest van het Hof van Cassatie van 4 oktober 2001: een doorbraak in de rechtspraak

1. Kan een NV ontsnappen aan het faillissement door in haar statuten een zuiver burgerlijk doel op te nemen, ook al bestaat haar feitelijke activiteit in het stellen van handelsdaden? De vraag stellen lijkt ze te beantwoorden. Het is moeilijk verdedigbaar dat een vennootschap met een feitelijke handelsactiviteit, louter door een fictief doel in de statuten te schrijven, zich kan onttrekken aan de dwingende bepalingen van het bijzonder en afwijkend handelsrecht. Of zo lijkt het maar, want de traditionele opvatting luidt dat het doel van de vennootschap, zoals dat in haar statuten is bepaald, aan de vennootschap haar burgerlijk of commercieel karakter verleent, zonder dat de feitelijke activiteit van de vennootschap relevant is.¹ De feitelijke activiteit wordt louter een interpretatieve betekenis toegekend bij onduidelijkheid over het statutair doel. Wel is opgemerkt dat onder het mom van interpretatie vaak een duidelijk statutair doel aan de kant wordt geschoven om toch zoveel mogelijk vennootschappen aan het handelsrecht te onderwerpen.²

Het Hof van Cassatie schuift met een arrest van 4 oktober 2001 de traditionele stelling duidelijker ter zijde, doordat het de voorziening verwerpt tegen een arrest dat, met toepassing van de regelen inzake simulatie, het faillissement bevestigde van een NV met een zuiver burgerlijk geschreven statutair doel en een feitelijke commerciële activiteit.³ We willen deze oplossing verdedigen aan de hand van het klassieke criterium van art. 1 W.Kh. (I) dat, met een kleine bijzonderheid (II), ook het handelaarschap van vennootschappen bepaalt. De toepasselijkheid van art. 1 W.Kh. op vennootschappen werd ook, en zelfs vooral, door de negentiende-eeuwse auteurs aanvaard. Op zichzelf verklaart dit daarom nog niet waarom ook naar de feitelijke activiteit gekeken moet worden voor de toepassing van het bijzonder handelsrecht op vennootschappen. Gelezen in samenhang met de in de twintigste eeuw sterk geëvolueerde regelen van het vennootschapsrecht m.b.t. doeloverschrijdende handelingen (III) en de verandering van het statutair doel (IV), verklaart het criterium van art. 1 W.Kh. echter wel de oplossing van het Hof van Cassatie voor de meeste vennootschapsvormen. We willen verder verdedigen dat deze oplossing ook stand

houdt indien geen simulatie door de oprichters kan worden aangetoond (V).

I. HET CRITERIUM VAN ONDERSCHIED TUSSEN HANDELAARS EN NIET-HANDELAARS: ART. 1 W.KH.

2. Natuurlijke personen gelden als handelaars indien de objectieve daden van koophandel opgesomd in art. 2-3 W.Kh. hen kunnen worden toegerekend (art. 1 W.Kh.). Daarvoor is wel vereist dat deze handelsdaden als gewoon beroep worden gesteld; hieraan is reeds voldaan indien ze kaderen in een aanvullend beroep. Enkel handelsdaden die louter bijkomstig zijn aan een burgerlijke activiteit, vallen buiten art. 1 W.Kh. Voorts maken handelsdaden op grond van een jurisprudentiële regel iemand enkel handelaar indien ze worden gesteld met winstoogmerk,⁴ maar in een vennootschapscontext voegt deze voorwaarde weinig toe.⁵

Doorslaggevend is niet wie de handelsdaden stelt, wel aan wie ze worden toegerekend.⁶ De handelsdaden die een vertegenwoordiger in hoedanigheid stelt, maken niet hem, maar de opdrachtgever handelaar. Zo zijn de maten in een openbare maatschap die als gewoonlijk beroep handelsdaden stelt allen handelaars, aangezien alle rechten en verplichtingen van een maatschap rechtstreeks worden toegerekend aan de maten, ongeacht de omvang van hun aandeel of hun fysieke betrokkenheid bij de activiteit van de maatschap. Dezelfde redenering gaat op voor de vennoten in een V.O.F. en de werkende vennoten in een Comm. V. De rechten en verplichtingen van de vennootschap zijn in deze onvolkomen rechtspersonen, net zoals in de maatschap, meteen ook die van de (werkende) vennoten.⁷ Indien de vennootschap handelaar is, zijn de (werkende) vennoten daarom zelf ook allen handelaar, omdat de handelsdaden van de vennootschap hen rechtstreeks worden toegerekend.⁸

3. Voor vennootschappen wordt het handelaarschap, net zoals voor natuurlijke personen, bepaald door art. 1 W.Kh.⁹ Een vennootschap is handelaar indien haar als gewoon of aanvullend beroep handelsdaden worden toegerekend. De

⁴ Cass. 19 januari 1973, *Pas.* 1973, I, *R.C.J.B.* 1974, 321, met noot J. VAN RYN en J. HEENEN.

⁵ K. GEENS, «De fundamente van het vennootschapsrecht dooreengeschied voor de eeuwen», in *De nieuwe Vennootschaps-wetten van 7 en 13 april 1995*, Kalmthout, Biblio, 1995, 50, nr. 53; M. DENEFF, «De VZW: aan winstoogmerk en koopman voorbij», in *Knelpunten van dertig jaar vennootschapsrecht*, Kalmthout, Biblio, 1999, p. 444, nr. 9.

⁶ H. COUSY, *Ondernemingsrecht*, A, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1992, p. 123, nr. 96.

⁷ J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, Brussel, Bruylant, 1954, I, 289, nr. 407; K. GEENS en J. VANANROYE, «De gradaties in de rechtspersoonlijkheid en het vennootschappelijke vermogen», in *Rechtspersonenrecht*, Gent, Mys en Breesch, 1999, 442, nr. 21.

⁸ Cass. 15 december 1938, *B.J.* 1939, 85, met noot L.S.

¹ Zie recent Luik 7 april 2000, *T.B.H.* 2001, 735; P. VAN OMMESELAGHE en X. DIEUX, «Les sociétés commerciales. Examen de jurisprudence (1979-1990)», *R.C.J.B.* 1992, p. 589, nr. 4; T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, Diegem, Kluwer, 1996, 240, nr. 291; K. BYTTEBIER, «Onderzoek naar de criteria ter afbakening van de vennootschappen», in *Liber amicorum Y. Merchiers*, Brugge, Die Keure, 2001, 413.

² A. BENOIT-MOURY, «Représentation des sociétés de capitaux et limitations relatives à l'objet social», *R.C.J.B.* 1989, p. 415, nr. 14.

³ Het arrest en de conclusies van advocaat-generaal Bresseleers zijn elders in dit nummer opgenomen. Zie voor het arrest *a quo* Antwerpen 26 oktober 1998, *T.R.V.* 1999, 110, met noot M. DENEFF.

toepasselijkheid van art. 1 W.Kh. doet dan wel de vraag rijzen naar de betekenis van art. 3, § 2, W.Venn.: «De burgerlijke of handelsaard van een vennootschap wordt bepaald door haar doel.» Is dit geen van art. 1 W.Kh. afwijkend criterium voor het bepalen van het handelaarschap van vennootschappen? We denken van niet. Het criterium van het W.Venn. biedt een aanknopingsfactor voor vennootschapsrechtelijk gebruik, terwijl het criterium van art. 1 W.Kh. van belang is voor de toepassing van de verplichtingen van het bijzonder handelsrecht. Het vennootschapsrechtelijke criterium was vooral vroeger van groot belang. Op vennootschappen met een burgerlijk doel waren de regelen van het B.W. van toepassing, op vennootschappen met een commercieel doel die van het W.Kh. De burgerlijke of commerciële aard van een vennootschap behoorde daarmee tot de wettelijke specialiteit van een vennootschap. Geleidelijk aan heeft de aard van het doel echter zijn belang verloren voor de toepassing van het vennootschapsrecht: sinds de wet van 14 juni 1926 kunnen vennootschappen met een burgerlijke doel een handelsvorm aannemen en sinds de wet van 13 april 1995 staat de maatschap van het B.W. ook open voor vennootschappen met een handelsdoel. Ten gevolge hiervan is de burgerlijke aard of de handelsaard binnen het vennootschapsrecht niet meer relevant, tenzij voor het bewijs en de aansprakelijkheid bij vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid (art. 49, 52, 53 W.Venn.). De codificatie van 1999 bracht burgerlijke en handelsvormen in één tekst samen, al blijft het W.Venn. uit respect voor de traditie de term «handelsvorm» hanteren (art. 2, § 2).

Het verschil tussen beide criteria maakt dat er vennootschappen kunnen zijn met een handelsaard in de zin van art. 3, § 2, W.Venn. die toch geen aanleiding geven tot toepassing van het bijzondere handelsrecht. Een vennootschap is immers een handelsvennootschap in de zin van het W.Venn. zodra haar doel bestaat uit een van de objectieve daden van koophandel, opgesomd in art. 2-3 W.Kh.,¹⁰ terwijl voor de toepassing van het bijzondere handelsrecht is vereist dat deze daden gewoonlijk worden gesteld. Een tijdelijke of stille vennootschap tussen niet-handelaars die is aangegaan voor één handelsdaad (b.v. koop en verkoop van één goed) zal een vennootschap met handelsaard zijn, zonder dat de vennoten wegens hun participatie hierdoor noodzakelijk handelaar worden. De handelsdaden van de vennootschap worden weliswaar aan de werkende vennoten toegerekend (zie *supra*, randnr. 2), maar maken hen slechts handelaar indien ze gewoonlijk worden gesteld. Van toerekening aan stille vennoten t.a.v. derden is sowieso geen sprake, omdat er niet in hun naam wordt opgetreden.¹¹

Wat niemand betwist – maar velen terecht betreuren – is dat de vorm van een vennootschap niet relevant is voor haar kwalificatie als handelaar (art. 3, § 4, W.Venn.). Een NV met een burgerlijk doel wordt dus niet handelaar omdat ze een handelsvorm heeft aangenomen.

II. BEPERKT BELANG VAN DE SPECIALITEIT VAN DE VENNOOTSCHAP

4. Het handelaarschap van een vennootschap wordt dus net zoals dat van natuurlijke personen, bepaald door art. 1 W.Kh. Toch is er bij de toepassing van art. 1 W.Kh. een verschil tussen natuurlijke personen en vennootschappen met rechtspersoonlijkheid, voortvloeiend uit het afgebakende karakter van het gepubliceerde doel (specialiteit van een vennootschap). Anders dan een natuurlijke persoon, heeft een vennootschap geen andere doelstellingen dan die in haar statuten staat, zodat deze doelstellingen bij haar kwalificatie mogen worden in rekening gebracht, ook al zijn ze nog niet gerealiseerd. Indien de vennootschap een commerciële activiteit mag uitoefenen, volstaat dit daarom reeds voor haar kwalificatie als handelaar, ook al zijn er nog niet effectief handelsdaden gesteld.¹² Dit was volgens ons ook de betekenis van het oude art. 1, tweede en derde lid, Venn.W. (ingevoerd in 1995 en van toepassing op het geschil dat aanleiding gaf tot het besproken cassatie-arrest) dat bepaalde dat handelsvennootschappen de hoedanigheid van koopman verkrijgen.

Om dezelfde redenen blijft een vennootschap met een handelsactiviteit in het statutair doel handelaar in de zin van art. 1 W.Kh., zolang ze de rechtspersoonlijkheid behoudt, ook al heeft ze elke handelsactiviteit gestaakt.¹³

Doordat ook potentiële handelsdaden in rekening worden gebracht, impliceert de voorwaarde van «het gewoon beroep» van art. 1 W.Kh. voor de vennootschap dat het niet nodig is dat zij in de werkelijkheid gewoonlijk handelsdaden stelt, zolang de handelsactiviteit in het statutair doel maar niet louter bijkomstig is.

5. Volledigheidshalve dient te worden vermeld dat bepaalde, vooral oudere, rechtsleer art. 1 W.Kh. voor vennootschappen soms anders toepaste dan voor natuurlijke personen. Bij een gemengd burgerlijk en commercieel doel zou volgens deze auteurs gekeken moeten worden naar de belangrijkste activiteit of zou er zelfs sprake zijn van een dubbel regime naargelang de activiteit.¹⁴ Volgens de gewone regelen daarentegen is het handelskarakter echter duidelijk een «sterker» element dan het burgerlijk karakter, zodat zelfs aanvullende daden van koophandel de vennootschap commercieel maken.¹⁵ De kwalificatie als handelaar is immers het aanknopingspunt voor een reeks bepalingen van dwingend handelsrecht die voornamelijk een derdenbeschermende functie hebben. Dat bepaalde auteurs voor vennootschappen van art. 1 W.Kh. afweken, kan enkel worden verklaard doordat vóór 1926 enkel vennootschappen met een handelsdoel de vorm van een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid konden aannemen. Het handelslabel gaf dus ook een belangrijk voordeel aan een vennootschap, zodat het niet opportuun werd geacht dat een vennootschap door een louter aanvullende handels-

⁹ A. NYSENS en J. CORBAU, *Traité des sociétés commerciales*, I, Brussel, 1895, 164, nr. 206; J. GUILLERY, *Des sociétés commerciales en Belgique*, I, Brussel, 1882, I, 148, nr. 169.

¹⁰ Cass. 24 februari 1994, *Arr. Cass.*, 1994, 200; *R. Cass.* 1994, 138, met noot H. LAGA; *R.W.* 1994-95, 253.

¹¹ J. VANANROYE, «Over stille en openbare maatschappen», *T.P.R.* 1999, p. 1459, nr. 5.

¹² J. GUILLERY, *o.c.*, p. 147, nr. 169; P. WAUWERMANS, *Manuel pratique des sociétés anonymes*, Brussel, 1927, 2; J. VAN RYN, *o.c.*, p. 104, nr. 142.

¹³ J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Leuven, Acco, 1970, 30.

¹⁴ Zie hierover M. DENEFF, «De kwalificatie als handelsvennootschap», *T.R.V.* 1999, 115, voetnoot 10.

¹⁵ *Ibid.*, p. 116, nr. 5.

activiteit reeds van de voordelen van de handelsaard kon genieten. Onder het huidige recht biedt de handelsaard echter geen voordelen meer in het vennootschapsrecht, zodat een afwijking van de gewone toepassing van art. 1 W.Kh. geen bestaansreden heeft. Overigens was dit reeds de opvatting van de belangrijkste auteur van de Vennootschapswet van 1873.¹⁶

6. De voorlopige conclusie is dat vennootschappen net als natuurlijke personen handelaar zijn indien hen objectieve handelsdaden worden toegerekend als gewoon of aanvullend beroep. Uit het specialiteitsbeginsel volgt wel dat een vennootschap reeds commercieel is, zodra haar statuten bepalen dat ze gewoonlijk handelsdaden kan stellen, ook al heeft ze die in werkelijkheid nog niet gesteld. Dit maakt dat er zich alvast geen probleem stelt voor een vennootschap met een commercieel statutair doel die enkel een activiteit met een burgerlijk karakter zou uitoefenen. Zo'n vennootschap is een handelaar aangezien haar doel handelsdaden omvat, ook al worden deze nog niet effectief gesteld. De hoedanigheid van handelaar komt verder uiteraard niet in het gedrang door het stellen van burgerlijke daden.¹⁷ Alvast in deze zin heeft het statutair doel voorrang op de werkelijkheid. Gezien de derdenbeschermende functie van het koopmanslabel, is het echter niet vanzelfsprekend dat dit ook in de omgekeerde richting werkt bij een vennootschap met een geschreven burgerlijk doel en een commerciële feitelijke activiteit.¹⁸ Dit willen we nu aantonen.

II. TOEREKENING VAN DOELOVERSCHRIJDENDE HANDELINGEN IN DE NV, BVBA EN CVBA

7. Hierboven bleek reeds dat in de negentiende eeuw de burgerlijke of commerciële aard tot de wettelijke specialiteit van de verschillende vennootschapsvormen behoorde. Voor elke vennootschapsvorm schreef de wet óf een commercieel óf een burgerlijk doel voor, zodat toerekening van een activiteit van een andere aard op grond hiervan alleen reeds uitgesloten was.¹⁹ Enkel door de openstelling van de handelsvormen voor burgerlijke vennootschappen in 1926 kwam hierin een eerste verandering.

Dat het statutaire doel lang het exclusieve criterium bleef voor het bepalen van de aard, vindt zijn verklaring in de toenmalige volstrekte onmogelijkheid om doeloverschrijdende handelingen aan de vennootschap toe te rekenen (statutaire specialiteit). Het statutaire doel bepaalde de grens van de rechtsbekwaamheid van de vennootschap. Aangezien een doeloverschrijdende handelsactiviteit nooit kon worden toegerekend aan een vennootschap met een zuiver burgerlijk doel, voldeden deze vennootschappen nooit aan de criteria van art. 1 W.Kh., ongeacht hun feitelijke activiteit. Doeloverschrijdende handelsdaden konden hoogstens worden toegerekend aan een feitelijke vennoot-

schap (toen een onregelmatige V.O.F.), die schuilde achter de formeel opgerichte vennootschap.²⁰

8. Het Hof van Cassatie gaf een eerste aanzet tot een ander regime voor doeloverschrijdende handelingen in een arrest van 31 mei 1957.²¹ De doeloverschrijdende handeling kreeg niet langer de sanctie van de nietigheid wegens onbekwaamheid, maar wel de ontoerekenbaarheid wegens bevoegdheidsoverschrijding door het orgaan dat de handeling stelde. In de praktijk veranderde er hiermee weinig, aangezien de bevoegdheidsbeperkingen gesteld door het statutair doel tegenwerpelijk waren aan derden en er geen orgaan was dat deze handelingen zonder een doelwijziging kon bekrachtigen. Wel werd hiermee, in afwijking van de principiële tegenwerpelijkheid van het doel aan derden, de toerekening van doeloverschrijdende handelingen op grond van de schijnleer mogelijk.²² Dit was echter nog te uitzonderlijk om invloed te hebben op de kwalificatie van de vennootschap.

Voor de grote ommekeer zorgde de wetgever in 1973 met de implementatie voor de NV van de Eerste Richtlijn in oud art. 63bis Venn.W., nu art. 526 W.Venn. De regel van de tegenwerpelijkheid van de bevoegdheidsbeperkingen volgende uit het vennootschapsdoel is sindsdien omgedraaid tot een principiële niet-tegenwerpelijkheid aan derden. Doeloverschrijdende handelingen worden enkel in uitzonderlijke gevallen niet aan de vennootschap toegerekend. Niet-toerekening vereist het bewijs door de vennootschap dat de betrokken derde op de hoogte was van het doeloverschrijdende karakter of dat hij, gezien de omstandigheden, daarvan niet onkundig kon zijn. Derden kunnen ook niet langer zelf de doeloverschrijding in hun eigen voordeel invoeren.²³ Dezelfde regelen gelden voor de BVBA (art. 258 W.Venn.), de Comm. VA (art. 657 W.Venn.), het ESV (art. 859 W.Venn.) en, sinds de codificatie van 1999, de CVBA (art. 407 W.Venn.).

9. In deze vennootschappen worden commerciële handelingen in strijd met een zuiver burgerlijk statutair doel dus in principe toegerekend aan de vennootschap. Er is bijgevolg ook niet langer sprake van een achterliggende commerciële feitelijke vennootschap. Dat de toerekening van deze doeloverschrijdende handelingen ook betekent dat de vennootschap een handelaar wordt in de zin van art. 1 W.Kh., werd voor het eerst in het licht gesteld door Del Marmol²⁴ en Ronse.²⁵ In hun spoor vindt een belangrijk deel van de recente rechtsleer terecht dat, in afwijking van de traditionele regel, de aard van de genoemde vennootschappen niet langer enkel kan afhangen van het geschreven doel.²⁶ Ook de

²⁰ E. PIRMEZ, «Notes posthumes», geciteerd in A. NYSSSENS en J. CORBAU, *Traité*, I, 165, nr. 207.

²¹ *Pas.* 1957, I, 1176, *R.W.* 1957-58, 2007, *R.P.S.* 1958, 289, conclusie van HAYOIT DE TERMICOURT, *R.C.J.B.* 1958, 289, met noot P. VAN OMMESLAGHE.

²² J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, Gent, Story-Scientia, 1973, p. 187, nr. 351.

²³ *Ibid.*, p. 192, nr. 360; Cass. 12 november 1987, *R.W.* 1987-88, 1056, *R.C.J.B.* 1989, met noot A. BENOIT-MOURY, *T.R.V.* 1988, 107, met noot L. LIEFSENS.

²⁴ *R.P.D.B.*, Complément V, 1977, *v° Commerce-Commerçant*, p. 321, nr. 21.

²⁵ J. RONSE, «Kan een VZW failliet verklaard worden?», in *Liber amicorum F. Dumon*, Antwerpen, Kluwer, 1983, 239.

¹⁶ E. PIRMEZ, *Verslag, Parl. St. Kamer* 1865-66, nr. 62, p. 516.

¹⁷ C. RESTEAU, A. BENOIT-MOURY en A. GRÉGOIRE, *Traité des sociétés anonymes*, Brussel, 1981, I, p. 78, nr. 32.

¹⁸ Anders R. PHILIPS, «De la nature, civile ou commerciale, des sociétés et, particulièrement, des sociétés à activité mixte», *R.P.S.* 1956, 17.

¹⁹ W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, I, Brussel, Story-Scientia, 1987, 129.

conclusies van de advocaat-generaal verwijzen naar de veranderde regelen inzake doeloverschrijdende handelingen om de oplossing van het besproken arrest van 4 oktober 2001 te verklaren.

IV. MOGELIJKHEID VAN (IMPLICIETE) DOELWIJZIGING IN ANDERE VENNOOTSCHAPPEN

10. In de maatschap (en haar variant de tijdelijke vennootschap) is op grond van het gemene vertegenwoordigingsrecht het statutair doel in beginsel wel tegenwerpelijk aan derden. De regel voor de NV, BVBA en CVBA (zie *supra*, III) biedt hier dus alvast geen uitweg om de feitelijke activiteit bij de kwalificatie in rekening te brengen. Indien de maten echter meewerken met, of zonder protest op de hoogte zijn van, handelsdaden strijdig met het burgerlijk vennootschapsdoel, kunnen deze handelsdaden op grond van bekrachtiging of een (impliciete) wijziging van het doel worden toegerekend aan de maatschap. Een doelwijziging vereist de instemming van alle vennoten, maar een derde kan dit met alle middelen rechtens bewijzen. Indien de doeloverschrijdende handelsdaden het werk zijn van een vertegenwoordiger van de maatschap, zonder instemming van alle maten, kunnen de handelsdaden eventueel toch nog op grond van schijnvertegenwoordiging of indien «de zaak tot voordeel van de vennootschap gestrekt heeft» (art. 50 W.Venn.) aan de maten worden toegerekend. Van toerekening op grond van schijnvertegenwoordiging zal overigens snel sprake zijn, aangezien het per hypothese gaat om handelsdaden die het «gewoon beroep» (art. 1 W. Kh.) van de maatschap vormen. Een patroon van onbevoegde handelingen leidt immers sneller dan een geïsoleerde bevoegdheidsoverschrijding tot het vereiste rechtmatig vertrouwen van derden.²⁷ Bovendien zijn de statuten, zo er al geschreven statuten zijn, niet gepubliceerd bij vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid, zodat derden mogen vertrouwen op de aard van de vennootschap zoals ze zich in het rechtsverkeer feitelijk aandient.²⁸

11. In de V.O.F. en Comm. V. is het statutair doel in beginsel enkel tegenwerpelijk aan derden na openbaarmaking ervan (art. 76 W.Venn.), wat overigens niet verplicht is (art. 69, voorlaatste lid, W.Venn.). Indien dit niet gebeurt, kunnen doeloverschrijdende handelingen dus net zoals in de NV aan de vennootschap worden toegerekend en zo de kwalificatie beïnvloeden. Indien het doel wel wordt gepubliceerd, is de bevoegdheidsbeperking die hieruit voortvloeit wel tegenwerpelijk aan derden. Doeloverschrijdende handelingen worden in dat geval, net zoals in het gemene recht van de maatschap, niet aan de vennootschap toegerekend. Dit neemt niet weg dat, net als in de maatschap,

een patroon van doeloverschrijdende handelingen kan duiden op een impliciete doelwijziging door alle vennoten. Anders dan in een volkomen rechtspersoon, vereist een wijziging van de statuten door de vennoten immers geen formeel besluit van een algemene vergadering.²⁹ Dat een eventuele wijziging van het doel niet wordt openbaar gemaakt, verhindert niet dat derden er zich op kunnen beroepen (art. 76, tweede lid, W.Venn.).

12. Ook in de CVOA zijn, anders dan in de CVBA (zie *supra*, III), de bevoegdheidsbeperkingen volgend uit het gepubliceerde doel wel tegenwerpelijk aan derden. Doeloverschrijdende handelingen worden bijgevolg niet toegerekend aan de vennootschap en beïnvloeden dus niet haar kwalificatie. Anders dan in de V.O.F., heeft de wetgever voor de CVOA een algemene vergadering ingesteld, zodat zou kunnen worden geargumenteed dat de vennoten over een doelwijziging enkel kunnen besluiten in de algemene vergadering. Anderzijds is de algemene vergadering in de CVOA minimalistisch en leunt deze vorm eerder aan bij de V.O.F.³⁰ Wegens dit contractuele karakter kan worden verdedigd dat de vennoten, net als in de maatschap of V.O.F., buiten een algemene vergadering om het doel kunnen wijzigen. Uiteraard is opnieuw de unanieme goedkeuring door alle vennoten vereist, al kan dit ook hier impliciet blijken door de instemming met een patroon van doeloverschrijdende handelingen. Net als bij de V.O.F. kan het verzuim de doelwijziging te publiceren niet door de vennootschap tegen derden worden ingeroepen (art. 76, tweede lid, W.Venn.).

13. De mogelijkheid van een (impliciete) doelwijziging in bovenstaande vennootschappen is het gevolg van twee evoluties. Allereerst behoort, zoals gezegd, sinds de wetwijzigingen van 1926 en 1995 de commerciële of burgerlijke aard niet langer tot de wettelijke specialiteit van een vennootschapsvorm. Dit maakt het mogelijk van aard te veranderen, zonder een andere vorm te moeten aannemen. Een tweede evolutie is dat het doel van de vennootschap nu voor wijziging vatbaar is, ook als dit leidt tot een verandering van aard.³¹ Vóór de wet van 6 januari 1958 werd de aard als een essentieel element beschouwd, dat niet gewijzigd kon worden zonder dat dit als een ontbinding van de vennootschap en de oprichting van een nieuwe vennootschap werd gekwalificeerd.³²

De cruciale rol van het wegvallen van de burgerlijke aard of handelsaard uit de wettelijke specialiteit van een vennootschapsvorm, wordt *a contrario* bewezen door de landbouwvennootschap (hierna: LV). Dit is nl. een vorm waarvan de activiteiten nog steeds beperkt zijn door een wettelijke specialiteit (art. 789 W.Venn.), die haar noodzakelijk tot niet-handelaar maakt.³³ Het W.Venn. kwalificeert de LV overigens expliciet als burgerlijk (art. 2, § 3). Er kan dan ook nooit sprake zijn van een doelwijziging die een commerciële activiteit als gewoon beroep zou mogelijk maken. Daarenboven zijn in de LV, bij gebreke aan een

²⁶ M. WYCKAERT, «De vorm van de vennootschap en de aard van het maatschappelijk doel», *T.R.V.* 1989, 216; K. GEENS en H. LAGA, «Vennootschappen. Overzicht van rechtspraak (1986-91)», *T.P.R.* 1993, p. 967, nr. 34; K. GEENS, M. DENEFF, F. HELLEMANS, R. TAS en J. VANANROYE, «Vennootschappen. Overzicht van rechtspraak (1992-1998)», *T.P.R.* 2000, p. 162, nr. 69; M. COIPEL, noot onder Antwerpen 26 oktober 1998, *J.D.S.C.* 2000, 21.

²⁷ B. TILLEMANS, *Lastgeving*, in *A.P.R.*, p. 241, nr. 453.

²⁸ K. GEENS, M. DENEFF, F. HELLEMANS, R. TAS en J. VANANROYE, *l.c.*, p. 137, nr. 37.

²⁹ F. HELLEMANS, *De algemene vergadering*, Kalmthout, Biblio, 2000, p. 90, nr. 64.

³⁰ *Ibid.*, p. 697, nr. 650.

³¹ H. LAGA en K. GEENS, *l.c.*, p. 955, nr. 22; F. HELLEMANS, «De codificatie van het vennootschapsrecht», in *Knelpunten van dertig jaar vennootschapsrecht*, 410-411.

³² F. GILSON, *Les modifications aux statuts des sociétés anonymes*, Brussel, 1919, p. 55, nr. 30.

bepaling zoals art. 526 W.Venn. voor de NV, de bevoegdheidsbeperkingen voortvloeiend uit het statutaire doel tegenwerpelijk aan derden. In de LV blijft daarom de traditionele regel van kracht. Een feitelijke handelsactiviteit kan nooit aan de LV zelf worden toegerekend, noch op grond van een impliciete doelwijziging, noch op grond van toerekening van doeloverschrijdende handelingen, zodat enkel haar geschreven doel de kwalificatie bepaalt. Dit geschreven doel kan niet anders dan burgerlijk zijn.

V. SIMULATIE DOOR DE OPRICHTERS NOODZAKELIJK VOOR EEN HERKWALIFICATIE?

14. In het arrest dat aanleiding gaf tot het cassatiearrest van 4 oktober 2001 oordeelde het Hof van Beroep van Antwerpen, volgens het Hof van Cassatie terecht, dat de vennootschap met veinzing als een burgerlijke NV werd ingeschreven en dat aan die veinzing geen rechtsgevolg kon worden gegeven, omdat ze de faillissementswet van openbare orde schendt. Veinzing of simulatie onderstelt een werkelijke overeenkomst die schuilt onder een veruitwendigde rechtsverhouding waarvan de partijen zijn overeengekomen dat ze slechts fictief is.³⁴ Derden moeten zich de fictieve veruitwendigde toestand niet laten tegenwerpen en kunnen zich d.m.v. de vordering tot geveinsdverklaring beroepen op de werkelijke toestand. Ze hebben in principe de keuze zich te beroepen op de werkelijke of de fictieve rechtsverhouding (art. 1321 B.W.). Om deze figuur te gebruiken om een vennootschap met een fictief burgerlijk doel failliet te verklaren, moet simulatie uiteraard voldoen aan deze gemeenrechtelijke kenmerken.

15. Allereerst lijkt het Hof van Cassatie er in zijn formulering zorg voor te willen dragen niet af te wijken van de traditionele stelling dat simulatie een werkelijke overeenkomst en een simulatieovereenkomst vereist. Simulatie bij vennootschappen is algemeen aanvaard,³⁵ aangezien ze – ook meerhoofdige vennootschappen met volkomen rechtspersoonlijkheid – traditioneel als overeenkomsten worden beschouwd (zie art. 2 W.Venn.). De fictieve veruitwendigde toestand is uiteraard de NV waarvan het statutair doel is beperkt tot burgerlijke daden. De werkelijke overeenkomst tussen de partijen is een vennootschap die handelsdaden stelt in weerwil van dit statutair doel. Derden kunnen op grond van de geschetste regelen zich beroepen op de commerciële vennootschap tussen de partijen en hiervan het faillissement uitlokken.

In de besproken casus werd op basis van simulatie het faillissement van de NV met het geveinsde burgerlijk doel uitgesproken. De regelen inzake simulatie volstaan op zichzelf echter niet om tot dit resultaat te komen. Derden die zich op de werkelijke rechtsverhouding beroepen, dienen

deze te nemen, inclusief haar gebreken. Indien ze zich willen beroepen op een NV met een commercieel statutair doel, kan hen worden tegengeworpen dat deze NV nooit de rechtspersoonlijkheid heeft verkregen bij gebreke aan neerlegging van een notariële akte. Om de NV met het geschreven burgerlijk doel failliet te verklaren, zal daarom moeten worden aangetoond dat deze rechtspersoon handelaar is. Dit kan allereerst door aan te tonen dat de oprichters of de vennoten d.m.v. een tegenbrief de geschreven statuten hebben gewijzigd (zie *supra*, IV). Dit is echter niet vanzelfsprekend in een NV, waar de wetgever voor de wijziging van het geschreven doel een bijzondere procedure heeft voorgeschreven (art. 559 Venn.W.), al lijkt het ons mogelijk dat een unaniem besluit van alle betrokken effectenhouders in de plaats kan komen van een besluit van de buitengewone algemene vergadering. Het zal in een NV echter niet nodig zijn om een geldige wijziging van het doel te bewijzen, aangezien zelfs een activiteit in strijd met het doel toerekenbaar is aan de NV (zie *supra*, III). Het geschreven burgerlijk doel belet daarom niet dat derden aantonen dat op grond van de werkelijke activiteit de NV handelaar is en failliet verklaard kan worden.

16. In een vennootschapsvorm zoals de LV daarentegen, die het niet mogelijk maakt dat haar burgerlijke aard wordt gewijzigd en waarin een doeloverschrijdende handelsactiviteit niet toerekenbaar is, kan de vordering tot geveinsdverklaring nooit tot gevolg hebben dat de rechtspersoon zelf handelaar wordt. Indien derden bewijzen dat tussen vennoten een geheime afspraak is om onder de mom van een burgerlijke LV een handelsactiviteit te voeren, kan deze tegenbrief enkel worden gekwalificeerd als de oprichting van een commerciële maatschap tussen de vennoten. De betrokken vennoten worden hierdoor hoofdelijk aansprakelijk en worden zelf handelaar (zie *supra*, randnr. 2), zodat ze eventueel zelf failliet kunnen worden verklaard. De wettelijke specialiteit van deze burgerlijke vorm verzet er zich echter tegen dat een tegenbrief de LV zelf handelaar maakt.³⁶

CONCLUSIE

17. Met het arrest van 4 oktober 2001 lanceert het Hof van Cassatie de voorrang van de reële vennootschapsactiviteit op het papieren vennootschapsdoel als aanknopingspunt voor de dwingende bepalingen van het handelsrecht. Deze evolutie kan door de *bona fide*-rechtspraktijk enkel worden toegejuicht.

Deze uitspraak is het logische gevolg van de erosie van twee basiskennmerken van het negentiende-eeuwse vennootschapsrecht: 1) het radicaal verschillend juridisch kader voor vennootschappen met een burgerlijk en die met een commercieel doel (wettelijke specialiteit van de vorm), en 2) het statutaire doel als onwrikbare grens aan de bekwaamheid van vennootschappen (statutaire specialiteit van de vennootschap). De eerste evolutie haalde de burgerlijke of commerciële aard uit de wettelijke specialiteit van de meeste vennootschapsvormen, zodat een verandering van aard denkbaar werd. De tweede evolutie maakt dit ook effectief mogelijk door toe te laten het doel te wijzigen, ook als dit een verandering van aard meebrengt. Dit is vooral relevant

³³ H. SWENNEN, «De landbouwvennootschap», *R.W.* 1979-80, kol. 199, nr. 4; A. BENOIT-MOURY, «La commercialité des personnes physiques et des personnes morales», in *La faillite et le concordat en droit positif Belge après la réforme de 1997*, C.D.V.A., Luik, 1998, p. 106, nr. 48.

³⁴ Zie recentelijk P. VAN OMMESSLAGHE «La simulation en droit des obligations», in *Les obligations contractuelles*, Jeune Barreau de Bruxelles, 2000, 152 e.v.; M. WAUTERS, «Simulatie bij kapitaalverrichtingen», *N.F.M.* 2001, 130, nr. 13.

³⁵ P. VAN OMMESSLAGHE, *l.c.*, p. 207, nr. 51.

³⁶ Zie in dezelfde zin voor de VZW: K. GEENS, M. DENEFF, F. HELLEMANS, R. TAS en J. VANANROYE, *l.c.*, p. 158, nr. 64.

in personenvennootschappen, waarin een doeloverschrijdende activiteit makkelijk het bewijs vormt van een (impliciete) doelwijziging met instemming van alle vennoten. Dit is moeilijker aan te tonen in meer institutionele vennootschappen, zoals de NV, BVBA en CVBA met vaak een groot aantal vennoten en een wettelijk voorgeschreven procedure voor doelwijziging. In deze vormen is een doeloverschrijdende handelsactiviteit dan weer toerekenbaar aan de vennootschap. Ook dit is een gevolg van het verdwijnen van de aard uit de wettelijke specialiteit en het sterk verminderde belang van de statutaire specialiteit.

Zowel een doelwijziging als een toerekening van doeloverschrijdende handelingen kunnen een vennootschap met een geschreven burgerlijk doel handelaar in de zin van art. 1 W.Kh. maken. De ironie van de geschiedenis wil dat een van de meest recente vennootschapsvormen, de LV, nog het meest de sporen van het negentiende-eeuwse recht blijft dragen en nooit kan worden gekwalificeerd als een handelaar, ongeacht de feitelijke activiteit.

De feitenrechter kon door de specifieke feiten van het besproken geschil het faillissement van een vennootschap met een burgerlijk geschreven statutair doel uitspreken met toepassing van de regelen inzake simulatie. Dit mag niet uit het oog doen verliezen dat simulatie van de oprichters geen noodzakelijke voorwaarde vormt voor de toepassing van het handelsrecht. Evenmin moet de oplossing van het Hof van Cassatie worden beperkt tot de toepassing van wetten van openbare orde of dwingend recht. De toerekening van handelsdaden als gewoon of aanvullend beroep maakt de vennootschap met een geschreven burgerlijk doel immers volwaardig handelaar in de zin van art. 1 W.Kh., net zoals de vennootschap met een geschreven handelsdoel onderworpen aan alle regelen van het bijzonder en afwijkend handelsrecht.

Joeri VANANROYE

Assistent, Jan Ronse Instituut voor Vennootschapsrecht
K.U.Leuven

RECHTSPRAAK

ARBITRAGEHOF

1 MAART 2001

Voorzitter: de h. Melchior

Rapporteurs: de hh. Henneuse en Arts

Advocaat: mr. Jaspar loco Maron

Grondwet – Gelijkheid en niet-discriminatie – Bestaansminimum – Gerechtigde – Samenwonenden – Meerderjarig kind

De artikelen 2, § 1, eerste lid, 2° en 4°, en 7 § 1, van de wet van 7 augustus 1974 tot instelling van het recht op een bestaansminimum, in die zin geïnterpreteerd dat zij aan een openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn de verplichting opleggen om, zelfs ambtshalve, het recht op het bestaansminimum dat tegen het verhoogde tarief voor alleenstaanden is toegekend aan een ouder die uitsluitend samenwoont met een meerderjarig kind ten laste te schrappen en die ouder alleen nog het bestaansminimum tegen het tarief voor samenwonenden toe te kennen, schenden niet art. 10 en 11 van de Grondwet, gelezen in samenhang met art. 8, eerste en tweede lid, E.V.R.M.

Arrest nr. 29/2001

...

In rechte

...

B.1.1. Art. 2, § 1, eerste lid, van de wet van 7 augustus 1974 tot instelling van het recht op een bestaansminimum bepaalt:

«Het bestaansminimum bedraagt jaarlijks:

«1° 114.864 frank voor samenwonende echtgenoten;

«2° 114.864 frank voor een persoon die enkel samenwoont met, hetzij een minderjarig ongehuwd kind te zijnen laste, hetzij meerdere kinderen, onder wie minstens een ongehuwd minderjarig kind te zijnen laste;

«3° 86.148 frank voor een alleenstaand persoon;

«4° 57.432 frank voor elke andere persoon die met een of meerdere personen samenwoont, onverschillig of zij al dan niet bloed- of aanverwant zijn.»

B.1.2. Art. 7, § 1, van dezelfde wet bepaalt: «Het bestaansminimum wordt, hetzij op aanvraag van de betrokkene, hetzij ambtshalve, toegekend, herzien of ingetrokken door het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn dat overeenkomstig de wetgeving op de openbare onderstand bevoegd is om aan die persoon hulp te verlenen.»

B.2. De prejudiciële vraag van het Arbeidshof te Luik strekt ertoe van het Hof te vernemen of de voormelde bepalingen art. 10 en 11 van de Grondwet schenden, gelezen in samenhang met art. 8 E.V.R.M., doordat zij het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn verplichten om, zelfs ambtshalve, het bedrag van het bestaansminimum van een rechthebbende te verminderen wanneer het ongehuwde kind met wie hij samenwoont en dat te zijnen laste is, meerderjarig wordt.

B.3. De wet van 7 augustus 1974 tot instelling van het recht op een bestaansminimum strekt ertoe de begunstigen in staat te stellen een bestaan te leiden dat strookt met de menselijke waardigheid (*Parl. St.*, Senaat, 1974, nr. 247-1, p. 2).

Begunstigde van het recht op een bestaansminimum is iedere Belg die zijn burgerlijke meerderjarigheid heeft bereikt, die zijn werkelijke verblijfplaats in België heeft en die

geen toereikende bestaansmiddelen heeft, noch in staat is deze hetzij door eigen inspanningen, hetzij op een andere manier te verwerven (art. 1).

Door aan begunstigden met een of meer minderjarig kinderen ten laste een verhoogd bedrag toe te kennen, heeft de wetgever beoogd ook dezen in staat te stellen een bestaan te leiden dat strookt met de menselijke waardigheid.

B.4.1. Een kind blijft onder het gezag van zijn ouders tot aan zijn meerderjarigheid of zijn ontvoogding (art. 372 B.W.). De meerderjarigheid is vastgesteld op de volle leeftijd van achttien jaren; op die leeftijd is men bekwaam tot alle handelingen van het burgerlijk leven (art. 488 B.W.).

De ouders dienen naar evenredigheid van hun middelen te zorgen voor de huisvesting, het levensonderhoud, het toezicht, de opvoeding en de opleiding van hun kinderen. Indien de opleiding niet is voltooid, loopt de verplichting door na de meerderjarigheid van het kind (art. 203, § 1, B.W.).

De ouders blijven overigens levensonderhoud verschuldigd aan hun meerderjarige kinderen, naar verhouding van de behoeften van diegene die het vordert en van het vermogen van diegene die het verschuldigd is (art. 207 en 208 B.W.).

Omgekeerd zijn de kinderen levensonderhoud verschuldigd aan hun ouders en hun andere bloedverwanten in de opgaande lijn die behoeftig zijn (art. 205 B.W.).

B.4.2. Aangezien zowel het ouderlijk gezag als het geheel van de ouderlijke verplichtingen die aan de opvoeding van het kind verbonden zijn, in beginsel bij de meerderjarigheid een einde nemen, is het verantwoord en pertinent het objectieve criterium van de leeftijd van de meerderjarigheid te hanteren voor het toekennen van het recht op het bestaansminimum.

B.5.1. Het Hof dient nog te onderzoeken of de in het geding zijnde bepalingen de evenredigheidstoets kunnen doorstaan in zoverre zij, volgens de bewoordingen van de prejudiciële vraag, «tot gevolg (zouden) hebben dat ze de ouder – die alleen het ouderlijk gezag uitoefent en geen bestaansmiddelen heeft –, ambtshalve de daadwerkelijke gebruikmaking van zijn rechten of van een deel van zijn rechten ontzeggen en met name van het recht om het gezinsbudget zo goed mogelijk in het belang van elkeen te behoren».

B.5.2. Het bedrag van het bestaansminimum voor een alleenstaande ouder die samenwoont met een ongehuwd kind te zijnen laste, wordt gehalveerd wanneer het kind meerderjarig wordt. Indien het meerderjarige kind aan de overige wettelijke voorwaarden voldoet (B.3), wordt het zelf rechthebbende op een bestaansminimum.

In zoverre ouder en kind blijven samenwonen, ontvangen zij voortaan elk een bedrag waarvan de som overeenstemt met het bedrag dat de alleenstaande ouder ontving zolang het kind minderjarig was. Het totale gezinsbudget blijft derhalve ongewijzigd.

B.5.3. Wanneer aan het ouderlijk gezag een einde is gekomen en ouder en kind blijven samenwonen, impliceert dit dat elk van de samenwonenden, naar gelang van zijn middelen, bijdraagt in de kosten van het gezinsbudget. Het recht van het kind om aan het beheer van dat budget deel te nemen, kan niet als een onevenredig gevolg van de in het geding zijnde bepalingen worden beschouwd.

B.6. Weliswaar houdt het gezinsleven een aantal rechten en verplichtingen in voor de ouders ten aanzien van de minderjarige kinderen en impliceert de eerbiediging van het gezinsleven het recht voor de ouders om zelf beslissingen te nemen met betrekking tot de opvoeding van hun kinderen,

maar het gezinsleven in de zin van art. 8 E.V.R.M. wordt in beginsel niet geraakt door een bepaling die de uitoefening van het ouderlijk gezag ten aanzien van meerderjarig geworden kinderen in de weg zou staan.

B.7. De prejudiciële vraag moet ontkennend worden beantwoord.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 9 DECEMBER 1999

Voorzitter – rapporteur: de h. Verougstraete

Openbaar ministerie: de h. Bresseleers

Advocaat: mr. Gérard

1. Handelstussenpersonen – Commissionair – Hoedanigheid om in rechte op te reden – 2. Overeenkomst – Aanvulling – Gebruik – Begrip – Vermoedelijke wil van partijen om gebruik in hun overeenkomst op te nemen.

1. Krachtens art. 12 van de wet van 5 mei 1872 op het commissiecontract heeft in beginsel alleen de commissionair de hoedanigheid om in rechte op te treden inzake de geschillen die zijn ontstaan uit de overeenkomsten die hij op zijn naam of onder een maatschappelijke naam voor rekening van de opdrachtgever heeft gesloten.

2. Wanneer een beding gebruikelijk is, dit is als algemeen geldend wordt beschouwd in een bepaalde regio of in een bepaalde beroepskring, vermoedt de wet dat de partijen dit gebruik kennen en, door het uit hun overeenkomst niet uit te sluiten, hun wil te kennen geven het gebruik in hun overeenkomst op te nemen.

Te dezen schenden de appèlrechters het begrip «gebruik» wanneer zij aannemen dat de litigieuze bedingen gebruikelijke bedingen waren, maar niettemin oordelen dat zulks niet belet dat de rechter onderzoekt of de partijen die zo'n gebruik niet uit hun overeenkomst hebben gesloten, overeengekomen zijn dit gebruik in hun overeenkomst op te nemen.

NV W. t/ NV T. en NV I.

Gelet op het bestreden arrest, op 28 november 1995 door het Hof van Beroep te Antwerpen;

Over het eerste middel, gesteld als volgt:

...

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat krachtens art. 12 van de wet van 5 mei 1872 in beginsel alleen de commissionair hoedanigheid heeft om in rechte op te treden inzake de geschillen die zijn ontstaan uit de overeenkomsten die hij in zijn eigen naam of onder een maatschappelijke naam voor rekening van de opdrachtgever heeft gesloten;

Overwegende dat de appèlrechters vaststellen dat de verweerster sub 2 opdrachtgever is van de verweerster sub 1, commissionair-expediteur, en dat de identiteit van de opdrachtgever niet werd bekendgemaakt;

Dat zij alleen vaststellen dat de opdrachtgever voor hen optreedt «met goedkeuring» van de commissionair en voorts beslissen, met bevestiging van de beroepen beslissing, dat de betaling aan de ene bevrijdend zal zijn ten opzichte van de andere;

Dat zij op grond van die vaststellingen niet zonder schending van art. 12 van de wet van 5 mei 1872 konden beslissen dat de opdrachtgever «als werkelijke schadelijder eveneens vorderingsgerechtigd is»;

Dat het onderdeel gegrond is;

Over het tweede middel, gesteld als volgt:

schending van art. 1135, 1134, 1159 en 1160 B.W.,

doordat de appèlrechters, na te hebben vastgesteld dat eiseres aanvoert dat de VBG-voorwaarden een «gebruik(e)lijk beding» in de zin van art. 1135 B.W. uitmaken tussen ter plaatse gevestigde handelaars en na het middel van eiseres te hebben hernomen, beslissen dat deze voorwaarden inderdaad een gebruikelijk beding uitmaken maar weigeren deze toe te passen omdat eiseres niet het bewijs levert van kennisgeving ervan en aanvaarding, op grond van de volgende redengeving: «(...) dat met toepassing van art. 1135 en 1160 B.W. de overeenkomst niet alleen verbindt tot hetgeen daarin uitdrukkelijk is bepaald, maar ook tot de gevolgen die door het gebruik aan de verbintenissen wordt toegekend en dat daarenboven die verbintenis moet worden aangevuld met de daarbij gebruikelijke bedingen hoewel die er niet in zijn uitgedrukt; dat een gebruikelijk beding precies erin bestaat dat het regelen betreft die, zij het in een bepaalde streek, algemeen en door iedereen worden geacht van toepassing te zijn op een bepaalde soort overeenkomsten, zodat moet worden aangenomen dat de partijen daaromtrent niet onwetend konden zijn en zij derhalve, door het gebruik niet uitdrukkelijk uit te sluiten, moeten worden geacht met de toepassing ervan te hebben ingestemd; dat tussen «ter plaatse gevestigde handelaars», de VBG-voorwaarden een gebruikelijk beding uitmaken; (...) dat zelfs gebruikelijke bedingen de partijen slechts verbinden in die mate ze ernaar verwezen hebben of geacht kunnen of moeten worden ernaar verwezen te hebben; dat uit het enkele feit dat beide partijen Antwerpse havenbedrijven zijn, de toepasbaarheid van deze bedingen niet kan worden afgeleid; dat aangetoond dient te worden dat partijen bij het totstandkomen van de overeenkomst, die aan de grondslag ligt van huidig geschil, elkaar genoegzaam maar zeker deze voorwaarden ter kennis hebben gebracht; dat het niet voldoende is dat, zelfs in de loop van regelmatige en herhaalde handelsbetrekkingen, naar de toepassing van de algemene voorwaarden in de briefwisseling wordt verwezen, zonder dat deze voorwaarden hierin uitdrukkelijk worden hernomen of een afschrift ervan bij de briefwisseling gevoegd wordt; dat de verwijzing in kleine druk in de marge in het raam van gemaakte tariefafspraken niet voldoet aan het vereiste van een volledige en ondubbelzinnige mededeling; dat het loutere feit dat partijen sedert lange tijd handelsrelaties met elkaar onderhouden op zichzelf niet volstaat als bewijs dat de voorwaarden uitdrukkelijk of alleszins stilzwijgend werden aanvaard; dat in die omstandigheden geen rechtsgevolg kan worden verleend aan het stilzwijgen bij ontvangst van de facturen met betrekking tot vroegere transacties; (...);

terwijl, eerste onderdeel, een «gebruik» of gebruikelijk beding in de zin van art. 1135 B.W. het algemeen karakter heeft van een regel die door allen, behoudens strijdig beding, wordt geacht toepasselijk te zijn op dergelijke overeenkomsten; eens dat de feitenrechter het bestaan van een gebruik heeft vastgesteld, hij per definitie niet meer dient na te gaan of bewezen wordt dat partijen dit gebruikelijk beding (stilzwijgend) hebben aanvaard, omdat de wetgever in art. 1135 B.W. een weerlegbaar vermoeden van aanvaarding heeft ingesteld, dat partijen enkel kunnen tenietdoen door in hun overeenkomst de toepassing van dit gebruik uit te sluiten; de appèlrechters niettemin, na eerst akkoord te gaan met de stelling van eiseres dat de VBG-voorwaarden een gebruikelijk beding uitmaken in de zin van art. 1135 B.W., de toepassing van dit gebruik vervolgens afhankelijk maken van de uitdrukkelijke verwijzing ernaar door partijen, de kennisgeving ervan en de aanvaarding; de appèlrechters aldus beslissen dat «zelfs» van een gebruik dient te worden nagegaan of er aanvaarding is,

zodat de appèlrechters het begrip «gebruik(elijk beding)» in de zin van art. 1135 B.W., in zijn essentie miskennen (schending van art. 1135, 1134 en 1160 B.W.);

...

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat krachtens art. 1135 en 1160 B.W. de overeenkomst niet alleen verbindt tot hetgeen daarin uitdrukkelijk is bepaald, maar ook tot de gevolgen die door het gebruik aan de verbintenissen worden toegekend, en dat die verbintenis moet worden aangevuld met de daarbij gebruikelijke bedingen hoewel die er niet in zijn uitgedrukt;

Dat wanneer een beding gebruikelijk is, dit is als algemeen geldend wordt beschouwd in een bepaalde regio of in een bepaalde beroepskring, de wet vermoedt dat de partijen dit gebruik kennen en door het uit hun overeenkomst niet uit te sluiten hun wil te kennen geven het gebruik in hun overeenkomst op te nemen;

Overwegende dat het arrest aanneemt dat de litigieuze bedingen gebruikelijke bedingen waren; dat het evenwel oordeelt dat dit niet belet dat de rechter onderzoekt of de partijen die zulk gebruik niet uit hun overeenkomst hebben uitgesloten overeengekomen zijn dit gebruik in hun overeenkomst op te nemen;

Dat het aldus het begrip gebruik schendt;

Dat het onderdeel gegrond is.

NOOT – Het onderscheid tussen een gebruik en een gebruikelijk beding in het contractenrecht

1. Bovenstaand arrest toont aan dat het nuttig is om het onderscheid tussen een gebruik en een gebruikelijk beding in het contractenrecht even in herinnering te brengen.

Ofschoon dit onderscheid soms wordt bekritiseerd (zie o.m. P.A. Foriers, «Les contrats commerciaux. Chronique de jurisprudence (1970-1980)», *T.B.H.*, 1983, (107), 124-127), werd het door het Hof van Cassatie principieel aanvaard in zijn arrest van 16 februari 1979 (*Arr.Cass.*, 1978-79, 717; *Pas.*, 1979, I, 718; *B.R.H.*, 1979, 398, met noot O. Hansen): «Dat het (bestreden) arrest derhalve niet verder moest bepalen of het ingeroepen gebruik een contractueel

gebruik was dan wel een gewoonte die zich buiten elke contractuele verhouding opdroeg (...).

Twee bepalingen van het Burgerlijk Wetboek zijn hier van belang, nl. art. 1135 en art. 1160 B.W. Luidens art. 1135 B.W. verbinden overeenkomsten niet alleen tot hetgeen daarin uitdrukkelijk is bepaald, maar ook tot alle gevolgen die door o.m. het gebruik aan de verbintenis, volgens de aard ervan, worden toegekend. Art. 1160 B.W. bepaalt dat men het contract moet aanvullen met de daarbij gebruikelijke bedingen, hoewel die er niet in zijn uitgedrukt.

2. Ofschoon in art. 1135 B.W. sprake is van een «gebruik» en in art. 1160 B.W. van «gebruikelijke bedingen», wordt door een belangrijk gedeelte van de doctrine aangenomen dat in beide bepalingen wordt verwezen naar het (rechts)gebruik als *autonome, aanvullende rechtsbron* (Y. Hannequart, «La portée du contract», in *Les Nouvelles, Droit Civil*, IV-2, Brussel, Larcier, 1958, p. 64, nrs. 169 en 171; R. Kruithof, «Overzicht van rechtspraak (1974-1980). Verbintenissen», *T.P.R.*, 1983, (495), p. 600, nr. 99; zie ook: H. Lenaerts, conclusie voor Cass., 3 april 1978, *R.W.*, 1977-78, (2443), kol. 2445).

In die betekenis kan in het contractenrecht van een (rechts)gebruik of een (rechts)gewoonte worden gesproken, indien in een bepaalde streek of in een bepaalde beroepskring m.b.t. een bepaalde soort van overeenkomsten een bepaalde gedragslijn algemeen en voortdurend wordt gevolgd (het materiële element van een gewoonte) en door alle burgers en ondernemingen wordt erkend als een regel waaraan men zich in het maatschappelijk verkeer dient te houden (het psychologische element van een gewoonte, de *opinio iuris seu necessitatis*) (Cass., 28 mei 1947, *Arr.Verbr.*, 1947, 171; *Pas.*, 1947, I, 217, met noot R.H.; *R.W.*, 1947-48, 834; Cass., 24 februari 1966, *Pas.*, 1967, I, 818; *R.W.*, 1966-67, 209; Y. Hannequart, o.c., *Les Nouvelles, Droit Civil*, IV-2, p. 64, nr. 171; J. Van Ryn en J. Heenen, *Principes de droit commercial*, I, Brussel, Bruylant, 1976, p. 34, nr. 19; R. Kruithof, H. Moons en C. Paulus, «Overzicht van rechtspraak (1965-1973). Verbintenissen», *T.P.R.*, 1975, (439), p. 461, nr. 23).

Dat in art. 1135 en 1160 B.W. wordt verwezen naar de gebruiken als autonome, aanvullende rechtsbron, houdt in dat de gebruiken automatisch en van rechtswege deel uitmaken van de overeenkomst krachtens een wettelijk vermoeden dat dit overeenstemt met de bedoeling van de partijen (Cass., 29 mei 1947, *Arr.Verbr.*, 1947, 171; *Pas.*, 1947, I, 217, met noot R.H.; *R.W.*, 1947-48, 834; Cass., 29 maart 1976, *Arr.Cass.*, 1976, 874; *Pas.*, 1976, I, 833; H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, Brussel, Bruylant, 1962, p. 283, nr. 187B, en II, Brussel, Bruylant, 1964, p. 459-460, nr. 469; R. Kruithof, o.c., *T.P.R.*, 1983, p. 600, nr. 99). Het is dan ook niet nodig dat de partijen in hun overeenkomst uitdrukkelijk of stilzwijgend hebben verwezen naar gebruiken in de zin van art. 1135 en 1160 B.W., om deze op hun overeenkomst van toepassing te verklaren. De wetgever gaat ervan uit dat de partijen aangaande dit gebruik niet onwetend konden zijn en dat zij, door die gebruiken niet uit hun overeenkomst uit te sluiten, de wil hebben gehad er zich in hun contract naar te schikken (Cass. 29 mei 1947, *Arr.Verbr.*, 1947, 171; *Pas.* 1947, I, 217, met noot R.H.; *R.W.*, 1947-48, 834; Cass., 29 maart 1976, *Arr.Cass.*, 1976, 874; *Pas.*, 1976, I, 833).

Enkel wanneer in een overeenkomst een bepaald gebruik in de zin van art. 1135 en 1160 B.W. uitdrukkelijk of im-

plicit wordt geweerd, is dat gebruik geen aanvullende bron van verbintenissen (Cass., 3 april 1978, *R.W.*, 1977-78, 2441, met conclusie van advocaat-generaal H. Lenaerts; *Arr.Cass.*, 1978, 872; *Pas.*, 1978, I, 845; Cass., 13 februari 1984, *Arr.Cass.*, 1983-84, 721; *Pas.*, 1984, I, 665; *R.W.* 1984-85, 1299; *Arbh.* Brussel, 22 juni 1973, *R.W.* 1973-74, 1779; Antwerpen, 29 juni 1977, *R.H.A.* 1977-78, 153). Partijen mogen immers bij overeenkomst afwijken van een gewoonte of een gebruik, voor zover een rechtsregel van openbare orde dit niet verbiedt (Cass., 16 februari 1979, *Arr.Cass.*, 1978-79, 717; *Pas.*, 1979, I, 718; *B.R.H.*, 1979, 398, met noot O. Hansen; H. De Page, *Traité*, I, p. 283, nr. 187B; II, p. 460, nr. 469).

3. *Gebruikelijke bedingen*, ook wel feitelijke gebruiken of «contractuele gebruiken» (cf. Cass. 16 februari 1979, *Arr.Cass.*, 1978-79, 717; *Pas.*, 1979, I, 718; *B.R.H.*, 1979, 398, met noot O. Hansen) genoemd, zijn bedingen die partijen in een bepaalde soort van overeenkomsten op een bepaalde plaats of in een bepaalde beroepskring altijd of in elk geval regelmatig plegen op te nemen (J. Van Ryn en J. Heenen, o.c., I, p. 35, nr. 21; R. Kruithof, H. Moons en C. Paulus, o.c., *T.P.R.*, 1975, p. 461, nr. 23).

Volgens een belangrijk gedeelte van de doctrine is het essentiële verschil tussen gebruiken en gebruikelijke bedingen dat laatstgenoemde geen autonome rechtsbron vormen, dat ze hun verbindende niet aan art. 1135 B.W. ontlelen, maar uitsluitend aan art. 1134, eerste lid, B.W., m.a.w. enkel en alleen aan de wil van de partijen. Om een gebruikelijk beding toepasselijk te maken op een overeenkomst, moet dan ook het bewijs worden geleverd dat de partijen die clausule uitdrukkelijk of stilzwijgend hebben aanvaard (Cass., 17 oktober 1975, *Arr.Cass.*, 1976, 224; *Pas.*, 1976, I, 224; R. Kruithof, o.c., *T.P.R.*, 1983, p. 600, nr. 99; J. Van Ryn en J. Heenen, o.c., I, p. 35, nr. 21; H. Braeckmans, «Paralegale normen en lex mercatoria», *T.P.R.*, 1986, (1), p. 36-37, nr. 31, en p. 60, nr. 51). Dit brengt mee dat, anders dan bij een gebruik, de partijen in hun overeenkomst moeten hebben verwezen naar het gebruikelijke beding dat ze op hun overeenkomst willen toepassen en dat ze zich daarmee akkoord moeten hebben verklaard.

Volgens P.-A. Foriers daarentegen ontlelen gebruikelijke bedingen of conventionele gebruiken hun verbindende kracht aan de wet, *in casu* art. 1135 en 1160 B.W., juist zoals de gebruiken waarnaar verschillende bepalingen van het Burgerlijk Wetboek verwijzen (b.v. art. 1648 en 1754), zodat er volgens hem geen verschil is in juridische aard en toepasselijke regeling die het onderscheid tussen gebruik en gebruikelijk beding rechtvaardigt (P.-A. Foriers, o.c., *T.B.H.*, 1983, 126-127; zie in dezelfde zin: P. Van Ommeslaghe, «Examen de jurisprudence (1974 à 1982). Les obligations», *R.C.J.B.*, 1986, (33), p. 183, nr. 80). Zo het juist is dat het onderscheid tussen gebruiken en gebruikelijke bedingen in de praktijk soms moeilijk te maken is – terzake kan worden verwezen naar de betwistingen omtrent de juridische aard van de algemene voorwaarden van de expediteurs van België (zie de verwijzingen bij R. Kruithof, o.c., *T.P.R.*, 1983, p. 602, nr. 99) – dan rijst de vraag of het wenselijk is om dit onderscheid helemaal te laten varen. Wordt daarmee geen mogelijkheid tot een stuk rechtsverfijning prijsgegeven die ook in buitenlandse rechtsstelsels, o.m. in Nederland (zie o.m. H.J. Pabbruwe, *Gebruik en ge-*

bruikelijk beding, Zwolle, Tjeenk Willink, 1961, 11-13) is terug te vinden?

4. Het hierboven verdedigde verschil tussen een gebruik en een gebruikelijk beding, met het eraan verbonden gevolg van het al of niet verplicht zijn van een kennisneming van een aanvaarding door de partijen van de rechtsregel die als gebruik dan wel als gebruikelijk beding wordt ingeroepen, vormde het voorwerp van het geschil dat tot het bovenstaande cassatiearrest heeft geleid.

Het bestreden arrest was van oordeel dat tussen in de Antwerpse haven gevestigde handelaren de VBG-voorwaarden een gebruikelijk beding in de zin van art. 1135 en art. 1160 B.W. vormen. Uit het geheel van de motivering blijkt echter duidelijk dat de appèlrechters met de woorden «een gebruikelijk beding» in werkelijkheid «een gebruik» bedoelden in de zin als hierboven in randnr. 2 aangegeven. Vervolgens weigerde het arrest deze VBG-voorwaarden toe te passen, omdat niet was aangetoond dat de wederpartij van deze voorwaarden had kennisgenomen en ze uitdrukkelijk of stilzwijgend had aanvaard.

Het eerste onderdeel van het tweede cassatiemiddel gewaagt van «een gebruik» of «een gebruikelijk beding» in de zin van art. 1135 B.W. en betoogt voorts dat, «eens dat de feitenrechter het bestaan van een gebruik heeft vastgesteld, hij per definitie niet meer dient na te gaan of bewezen wordt dat partijen dit gebruikelijk beding (stilzwijgend) hebben aanvaard, omdat de wetgever in art. 1135 B.W. een weerlegbaar vermoeden van aanvaarding heeft ingesteld, dat partijen enkel kunnen tenietdoen door in hun overeenkomst de toepassing van dit gebruik uit te sluiten». Afgezien van het door elkaar halen van de begrippen «gebruik» en «gebruikelijk beding», in de plaats waarvan naar ons oordeel uitsluitend de term «gebruik» had mogen worden gehanteerd, is de gevolgde redenering wel correct. Desbetreffend kan worden verwezen naar wat hierboven in randnr. 2 is uiteengezet.

5. Het Hof van Cassatie vernietigt dan ook terecht op die grond het bestreden arrest, maar haalt jammer genoeg ook de begrippen «gebruik» en «gebruikelijk beding» door elkaar. Het Hof overweegt immers «dat wanneer een beding gebruikelijk is – bedoeld wordt een gebruik vormt in de zin van art. 1135 en art. 1160 B.W. –, dit is als algemeen geldend wordt beschouwd in een bepaalde regio of in een bepaalde beroepskring, de wet vermoedt dat de partijen dit gebruik kennen en door het uit hun overeenkomst niet uit te sluiten hun wil te kennen geven het gebruik in hun overeenkomst op te nemen». Na te hebben vastgesteld dat het bestreden arrest «aanneemt dat de litigieuze bedingen gebruikelijke bedingen waren» – bedoeld wordt, zoals hierboven in randnr. 4 is aangegeven, dat de litigieuze bedingen een gebruik in de zin van art. 1135 en 1160 B.W. vormden – en dat het bestreden arrest «evenwel oordeelt dat dit niet belet dat de rechter onderzoekt of de partijen die zulk gebruik niet uit hun overeenkomst hebben gesloten, overeengekomen zijn dit gebruik in hun overeenkomst op te nemen», beslist het Hof van Cassatie dat het bestreden arrest «aldus het begrip gebruik schendt».

6. Dit arrest, indien men het op de hierboven vermelde wijze analyseert en interpreteert, is geheel in overeenstemming met de heersende jurisprudentie van het Hof, die hierboven in randnr. 2 beknopt werd weergegeven, maar wordt jammer genoeg ontsierd door een onnauwkeurig

juridisch taalgebruik. Bij een vergelijking met vroegere arresten van het Hof, waarin wel keurig het onderscheid werd gemaakt tussen (rechts)gebruiken enerzijds en feitelijke gebruiken of gebruikelijke bedingen anderzijds (zie Cass., 16 februari 1979, *Arr.Cass.*, 1978-79, 717; *Pas.*, 1979, I, 718; *B.R.H.*, 1979, 398, met noot O. Hansen), zou bovenstaand arrest, wegens zijn onnauwkeurige bewoordingen, aanleiding kunnen geven tot verwarring of tot verkeerde conclusies. Dit is niet bevorderlijk voor de rechtszekerheid.

A. Van Oevelen
Gewoon hoogleraar Universiteit
Antwerpen (UIA en UFSIA)

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 7 MEI 2001

Voorzitter-rapporteur: de h. Werquin

Openbaar ministerie: de h. Boes

Advocaten: mrs. van Eeckhoutte en Maes

1. Arbeidsovereenkomst – Ontslag – Misbruik van recht – Vordering tot schadevergoeding – Verjaring – Stuiting – Vordering virtueel begrepen in gevorderde opzeggingsvergoeding – Voorwerp – 2. Veiligheid en gezondheid van de arbeid – Arbeidsgeneesheer – Beëindiging van overeenkomst – Verschuldigde vergoeding – Aard

1. Een vordering tot schadevergoeding wegens misbruik van ontslagrecht is niet virtueel begrepen in een vordering tot toekenning van een opzeggingsvergoeding. De dagvaarding tot toekenning van een opzeggingsvergoeding stuit dus niet de verjaring van de eerstbedoelde vordering.

2. De vergoeding bepaald in art. 6 Wet Bescherming Arbeidsgeneesheren die aan de arbeidsgeneesheer verschuldigd is wiens overeenkomst werd beëindigd zonder dat de in art. 5 van die wet voorgeschreven procedure werd nageleefd, is een andere vergoeding dan die welke het voorwerp uitmaakt van een vordering wegens misbruik van ontslagrecht.

O.C.M.W. Brussel t/ V.A.

Gelet op het bestreden arrest, op 15 oktober 1999 gewezen door het Arbeidshof te Brussel;

...

Overwegende dat een rechtsvordering die uit de arbeidsovereenkomst is ontstaan, een jaar na het eindigen van deze overeenkomst of vijf jaar na het feit waaruit deze vordering is ontstaan, verjaart, zonder dat deze termijn een jaar na het eindigen van deze overeenkomst mag overschrijden;

Overwegende dat krachtens art. 2244 B.W. een dagvaarding de verjaring stuit voor de vordering die ze inleidt en voor de vordering die virtueel daarin begrepen is; dat voor de stuiting van laatstgenoemde vordering vereist is dat het voorwerp van die vordering virtueel begrepen is in het voorwerp van de bij dagvaarding ingestelde vordering;

Overwegende dat het arrest eiser veroordeelt tot betaling aan verweerster, benevens een opzeggingsvergoeding, van

een materiële en morele schadevergoeding van 3.000.000 fr., omdat eiser zijn «ontslagrecht heeft uitgeoefend zonder enig gewettigd motief en de economische en sociale finaliteit van dit recht heeft afgewend, zodat *in casu* wel degelijk sprake is van misbruik van ontslagrecht»;

Overwegende dat het arrest oordeelt dat:

1. deze vordering van verweerster, gegrond op het misbruik van ontslagrecht, regelmatig bij incidenteel beroep van 30 juni 1998 met toepassing van art. 807 Ger. W. kon worden ingesteld, omdat de oorzaak van deze vordering dezelfde is als die van de vorderingen bij dagvaarding van 2 december 1996 ingesteld;

2. deze vordering, meer dan een jaar na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst tussen partijen ingesteld, dus na verloop van de in art. 15 van de Arbeidsovereenkomstenwet bepaalde verjaringstermijn, niet verjaard is, omdat de dagvaarding van 2 december 1996 waarbij verweerster een aanvullende opzeggingsvergoeding vorderde en een vergoeding op basis van art. 6 van de wet van 28 december 1977 tot bescherming van de arbeidsgeneesheren, «in wezen hetzelfde voorwerp (heeft), nl. het verkrijgen van een, weliswaar onderscheiden, forfaitaire vergoeding» als de in die dagvaarding ingestelde vorderingen;

Overwegende dat de opzeggingsvergoeding alle schade die uit de onrechtmatige beëindiging van de arbeidsovereenkomst voortvloeit, zowel de materiële als de morele schade, op forfaitaire wijze dekt, terwijl de vergoeding wegens rechtsmisbruik buitengewone schade dekt die niet is veroorzaakt door het ontslag zelf; dat dientengevolge een vordering wegens misbruik van het ontslagrecht niet virtueel begrepen is in een vordering tot toekenning van een opzeggingsvergoeding;

Overwegende dat de in art. 6 van de wet van 28 december 1977 bedoelde vergoeding de vergoeding betreft waarop de arbeidsgeneesheer recht heeft ingeval zijn arbeidsovereenkomst wordt beëindigd zonder naleving van de procedure bepaald in art. 5, «onverminderd het recht op een hogere vergoeding of schadeloosstelling krachtens de overeenkomst of het gebruik en op elke andere vergoeding van materiële of morele schade»; dat deze vergoeding een andere vergoeding is dan die welke het voorwerp is van een vordering wegens misbruik van het ontslagrecht;

Overwegende dat het arrest dientengevolge niet wettig beslist dat de vordering wegens misbruik van ontslagrecht te dezen niet verjaard is omdat deze vordering hetzelfde voorwerp heeft als de bij dagvaarding van 2 december 1996 ingestelde vorderingen en, mitsdien deze bij dagvaarding binnen de bedoelde verjaringstermijn is ingesteld;

Dat het arrest aldus art. 15 van de wet van 3 juli 1978 en art. 2244 B.W. schendt;

Vennootschap – Oprichting – Doel – Geveinsd statutair burgerlijk doel – Werkelijk handelsdoel – Hoedanigheid van handelaar – Toepasselijkheid van faillissementswetgeving

Indien het uitgedrukte doel van een NV schijnbaar een burgerlijke activiteit is, maar uit de wil van de oprichters blijkt dat het werkelijke doel van de vennootschap een handelsdoel is en de oprichters slechts door veinzing en om een wet van openbare orde te omzeilen, een burgerlijk doel in de statuten hebben geschreven, moet aan de gemaakte keuze voor de burgerlijke aard geen gevolg worden gegeven. De vennootschap krijgt de hoedanigheid van koopman en kan worden failliet verklaard.

N.V. A.A. in vereffening t/ C.V. A.B. en Faillissement NV A.A.

Conclusie van advocaat-generaal G. Bresseleers

Het cassatieberoep stelt de vraag aan de orde of een burgerlijke vennootschap die niet alleen de vorm van een handelsvennootschap heeft aangenomen, maar tevens uitsluitend handelsactiviteiten ontwikkelt, failliet verklaard kan worden.

Tegenover de doctrinaire eensgezindheid aangaande het geldende recht (T. Tilquin en V. Simonart, *Traité des sociétés*, I. Diegem, Kluwer, 1996, nr. 291) klinkt de vraag wellicht provocerend.

Maar het is niet omdat de discussie over het vervangen van het begrip «koopman» door «ondernemingsgeaardheid» enigszins naar de achtergrond is verdwenen, dat er definitieve overeenstemming heerst.

Op 31 mei 2002 treedt de Verordening van de Raad van de Europese Gemeenschap betreffende de insolventieprocedures in werking, die zorgt voor een ingrijpende wijziging in de rechtsbeginselen die het Belgisch faillissementsrecht beheersen (wetsontwerp tot wijziging van de faillissementswet van 8 augustus 1997, de wet van 17 juli 1997 betreffende het gerechtelijk akkoord en het Wetboek van Vennootschappen, amendementen, *Parl. St.*, Kamer, 2000-2001, nr. 1132/004, p. 2).

Aldus komt zeker terug in de actualiteit de vraag naar de mogelijkheid om, zoals in alle andere landen van Europa, niet-handelaars failliet te verklaren, en, meer algemeen, naar de zin van het onderscheid tussen het burgerlijk recht en het handelsrecht.

De voorliggende zaak betreft echter een faillietverklaring van 27 februari 1997, en het op 26 oktober 1998 gewezen arrest moet aan het destijds geldende recht worden getoetst.

In de rechtsleer blijkt er dus nagenoeg consensus over te bestaan dat een burgerlijke vennootschap die de vorm van een handelsvennootschap heeft aangenomen, niet failliet verklaard kan worden. Het statutaire doel – per definitie burgerlijk – bepaalt dat de vennootschap geen koopman is. De daadwerkelijk uitgeoefende activiteit, hoe flagrant ook het maatschappelijk doel overschrijdend, of in tegenspraak ermee, kan haar rechtskarakter niet wijzigen.

Dezelfde beginselvastheid is ook terug te vinden in de rechtspraak van het Hof (Cass., 15 april 1943, *Pas.*, 1943, I, 142; Cass., 30 april 1945, *Arr. Verbr.*, 1945, 139; Cass., 17 juni 1994, *Arr. Cass.*, 1994, nr. 319, met conclusie van advocaat-generaal G. Bresseleers). Zij heeft als neveneffect

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 4 OKTOBER 2001

Voorzitter: de h. Verougstraete

Rapporteur: de h. Dirix

Openbaar ministerie: de h. Bresseleers

Advocaten: mrs. Geinger en De Gryse

dat het lieden met minder eerbare bedoelingen wel erg gemakkelijk wordt gemaakt om zich aan de dwingende regelen van onder meer het faillissementsrecht te onttrekken: het volstaat daartoe het statutaire doel schroomvallig te redigeren.

Getuigen van de discrepantie met de realiteit zijn niet alleen de talrijke faillissementsvonnissen die soms op ingenieuze wijze de litigieuze rechtsregel terzijde stellen. In dezelfde richting wijzen ook de herhaalde verzuchtingen in de rechtsleer om de wetten terzake te wijzigen, onder meer om gelijke concurrentievoorwaarden tussen de deelnemers aan het economisch leven te waarborgen.

Een ook: een accountant die koopman is, kan failliet verklaard worden, maar niet de burgerlijke accountantsvennootschap die een identieke activiteit ontwikkelt.

Aangezien het Hof gewis niet als wetgever kan optreden, loont het de moeite om te onderzoeken of de bestaande wetgeving, zoals ze destijds van kracht was, de faillietverklaring van een burgerlijke vennootschap inderdaad radicaal uitsluit.

In de traditionele leer zelf ligt een eerste beperking besloten: als het statutaire doel een aanvullende, maar autonome handelsbedrijvigheid vermeldt, hoe gering ook, krijgt de burgerlijke vennootschap toch een handelsrechtelijk karakter (A. Benoit-Moury en P. Poppe, «Commentaar bij art. 3 W. Venn. (oude art. 1 Vennootschappenwet)» in *Commentaar Vennootschappen en Verenigingen*, Antwerpen, Kluwer, s.d., p. 31, nr. 27). Alleen indien de commerciële activiteit onmiddellijk ondergeschikt is aan het burgerlijke hoofddoel, en dus niet autonoom is, komt het burgerlijke karakter niet in het gedrang.

Ook is verworven dat de werkelijk uitgeoefende bedrijvigheid als norm wordt aanvaard wanneer er twijfel of dubbelzinnigheid bestaat over de interpretatie van het statutaire doel (M. Deneff, «De kwalificatie als handelsvennootschap», *T.R.V.*, 1999, (114), nr. 5).

Maar daarnaast is nog niet voldoende het belang onderkend van de wet van 6 maart 1973, die onder meer art. 63bis heeft ingevoegd in de Vennootschappenwet. Krachtens dit artikel is de naamloze vennootschap in de regel gebonden door alle handelingen van de raad van bestuur en van de bevoegde bestuurders, zelfs indien die buiten haar doel liggen. Dit sluit in dat het statutaire doel, behoudens in uitzonderlijke omstandigheden, niet kan worden tegenworpen aan derden die te goeder trouw met de naamloze vennootschap overeenkomsten hebben aangegaan (zie J. Ronse, «Kan een V.Z.W. failliet verklaard worden?», in *Liber Amicorum F. Dumon*, Antwerpen, Kluwer, 1983, (219), 239; K. Geens, M. Deneff, F. Hellemans, R. Tas en J. Vananroye, «Overzicht van rechtspraak (1992-1998). Vennootschappen», *T.P.R.*, 2000, (99), p. 162, nr. 69). Concreet betekent het dat de eisers het statutaire doel van de NV A.A. niet kunnen inroepen tegen verweerster.

Anders bekeken lijkt het ook een passende sanctie om als koopman te blijven beschouwen de «gewone» naamloze vennootschap, ingeschreven in het handelsregister, die even langs de notaris is gegaan om een burgerlijke vermomming op te zetten, maar voorts, en vanaf een zeker tijdstip zelfs uitsluitend, handelsactiviteiten uitoefent.

De eisers verwijzen in de toelichting bij het middel naar het Marleasingarrest van het Hof van Justitie, dat besliste dat bij de beoordeling van het doel van een vennootschap

enkel rekening mag worden gehouden met het maatschappelijk doel zoals beschreven in de oprichtingsakte of de statuten (H.v.J., 13 november 1990, *T.B.H.*, 1991, 876, met noot M. Coipel). Die beslissing is onder meer ingegeven (het blijkt uit het arrest) door de zorg de belangen van de schuldeisers maximaal te vrijwaren.

Diezelfde bekommernis voor de schuldeisers, wier verhaal beperkt is tot het afgezonderde vermogen van de vennootschap, pleit ervoor dat de vraag of een burgerlijke vennootschap die handelsactiviteiten ontwikkelt, niet als koopman kan worden beschouwd, welwillend zou worden onderzocht.

Men mag toch ook niet uit het oog verliezen dat de faillissementswetgeving van openbare orde is, en dat zij de beste waarborgen biedt om tot een wettelijk geregelde, onafhankelijke vereffening te komen die essentieel op de gelijkheid van de schuldeisers is gericht.

Indien art. 1 en 2 van de Vennootschappenwet en art. 1, 2 en 3 van het Wetboek van Koophandel worden geïnterpreteerd, rekening houdende met art. 63bis Vennootschappenwet, lijkt het bestreden arrest in stand te kunnen blijven.

Conclusie: verwerping.

Arrest

Gelet op het bestreden arrest, op 26 oktober 1998 gewezen door het Hof van Beroep te Antwerpen;

...

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat de appèlrechters veinzing aannemen in de akte van 12 april 1989 op grond van: 1) de ontwikkeling van «satellietvennootschappen» door de hoofdaandeelhouders D. in de jaren '90 rond de NV R.; 2) de activiteit van bouwpromotie vanaf 1993; 3) de verkoop van de accountantsactiviteiten in 1995;

Dat zij op grond van een beoordeling in feite oordelen dat eiseres «onder het mom» van een burgerlijke vennootschap die de vorm van een handelsvennootschap had aangenomen een handelsactiviteit ontwikkelde;

Overwegende dat de appèlrechters op grond van de door hen vermelde feitelijke gegevens vermochten te oordelen dat eiseres slechts geveinsd had een burgerlijke vennootschap te zijn en dat de werkelijke bedoeling van de oprichters was een handelsdoel na te streven;

Dat het onderdeel niet kan worden aangenomen;

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat krachtens art. 1 van de Vennootschappenwet, zoals zij toen van toepassing was, vennootschappen die de vorm van een handelsvennootschap hebben aangenomen, de uitoefening van een handelsactiviteit of van een burgerlijke activiteit tot doel hebben; dat zij in dit laatste geval de hoedanigheid van koopman niet verkrijgen;

Dat als het uitgedrukte doel schijnbaar een burgerlijke activiteit is, maar uit de wil van de oprichters blijkt dat het werkelijke doel van de vennootschap een handelsdoel is en de oprichters slechts door veinzing en om een wet van openbare orde te omzeilen, een burgerlijk doel in de statuten hebben ingeschreven, aan de gemaakte keuze voor de bur-

gerlijke aard geen gevolg moet worden gegeven en de vennootschap de hoedanigheid van koopman krijgt;

Overwegende dat de appèlrechters oordelen dat de vennootschap slechts met veinzing als een burgerlijke vennootschap werd ingeschreven en dat geen rechtsgevolg kan worden gegeven aan die veinzing die de wet van openbare orde op het faillissement schendt;

Dat zij aldus hun beslissing naar recht verantwoorden;

Dat het onderdeel niet kan worden aangenomen.

NOOT – Zie over dit arrest de in dit nummer opgenomen bijdrage van J. Vananroye, «Het geschreven statutair doel, de feitelijke activiteit en het handelaarschap van een vennootschap».

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

3e KAMER – 13 FEBRUARI 2001

Voorzitter: mevr. Beeckman

Raadsheren: mevr. Vanstraelen en de h. Carette

Advocaten: mrs. Huysmans loco Schuermans, Paklons loco Van Deun en Van der Straeten

Beslag en executie – 1. Rangregeling – Verzet op de prijs – Gerechtsdeurwaardersexploot – 2. Beslagbare goederen – Bependingen – Loon – Alimentatieschuld – Geen algemeen voorrecht

1. *Het verzet op de prijs als bedoeld in art. 1642 Ger. W. dient noodzakelijk te gebeuren bij gerechtsdeurwaardersexploot.*

2. *Art. 1412 Ger. W. verleent aan de alimentatieschuldeiser geen algemeen voorrecht op de activa van de alimentatieschuldenaar.*

M. t/ VOF D. e.a.

Overwegende dat het hoger beroep ertoe strekt, bij hervorming van de bestreden beschikking, appellantes tegenspraak tegen de processen-verbaal van 29 april 1996 en 13 mei 1996 van rangregeling opgesteld door notaris C. te (...) gegrond te verklaren, deze beide processen-verbaal nietig te verklaren en notaris C. te bevelen nieuwe rangregelingen op te maken, rekening houdende met de schuldvorderingen van appellante, subsidiair, alvorens verder uitspraak te doen, eerste geïntimeerde te bevelen bepaalde stukken over te leggen;

...

Overwegende dat appellante, beslagene, over een uitvoerbare titel beschikt ten laste van haar echtgenoot, eveneens beslagene, m.b.t. onderhoudsgelden voor haarzelf en onderhoudsbijdragen voor hun beide kinderen L. en C., namelijk het vonnis van 30 juni 1994 van de heer Vrede-rechter van het eerste kanton Turnhout;

Overwegende dat appellante ten onrechte stelt dat zij overeenkomstig art. 1642 Ger. W. verzet deed op de prijs van de verkochte goederen in handen van notaris C.; dat het verzet op de prijs overeenkomstig art. 1642 Ger. W. aan de beslagene wordt betekend en aan de notaris aangezegd; dat

een betekening overeenkomstig art. 32 Ger. W. bij gerechtsdeurwaardersexploot geschiedt, zodat het verzet bij exploot dient te gebeuren, wat overigens bevestigd wordt in het tweede lid van art. 1642 Ger. W.; dat een verzet dus in die vorm dient plaats te vinden en bij gebreke daaraan als onbestaande dient te worden beschouwd; dat de brieven van het gerechtsdeurwaarderskantoor van 2 oktober 1995 en 28 maart 1996 dus geenszins als een geldig verzet overeenkomstig art. 1642 Ger. W. gelden; dat ook het feit dat de notaris meedeelde dat hij er geen bezwaar tegen heeft om die brieven als een verzet in zijn handen te beschouwen, niet meebrengt dat het om een geldig verzet zou gaan; dat de regelen inzake tenuitvoerlegging van openbare orde zijn en de instrumenterende notaris er geen vrijstelling van kan verlenen; dat, bij gebreke aan geldig verzet op de prijs of enig ander recht om betrokken te worden in de rangregeling, de notaris terecht geen rekening hield met de schuldvorde-ring van appellante, zodat haar tegenspraak ongegrond is;

Overwegende dat ten overvloede dient te worden opgemerkt dat de aanspraken van appellante iedere grond missen;

Overwegende dat appellante volkomen ten onrechte beweert dat zij zou beschikken over een algemeen voorrecht met toepassing van art. 1412 Ger. W.; dat een voorrecht of een recht van voorrang slechts kan worden gevestigd door of krachtens de wet; dat de tekst van art. 1412 Ger. W. geenszins een algemeen voorrecht vestigt ten behoeve van de alimentatiegerechtigde en een dergelijk voorrecht er evenmin kan uit afgeleid worden; dat het niet is omdat art. 1412 Ger. W. bij samenloop ter gelegenheid van een loonbeslag een feitelijk recht van voorrang kan inhouden ten voordele van de alimentatiegerechtigde, dat hieruit een algemeen voorrecht te zijnen behoeve kan worden afgeleid dat zou gelden bij iedere samenloop, *in casu* bij een uitvoerend beslag op onroerende goederen; dat deze argumentatie van appellante iedere grondslag mist;

Overwegende dat appellante eveneens volkomen ten onrechte argumenteert dat zij m.b.t. haar schuldvordering niet alleen opkomt in eigen naam, maar ook als wettelijke beheerder van het vermogen van haar beide kinderen; dat appellante uit hoofde van de titel waarop zij zich beroept niet *qualitate qua* vertegenwoordiger van haar kinderen gerechtigd is op onderhoudsbijdragen, maar in persoonlijke naam, dit overeenkomstig art. 203bis B.W.; dat het gaat om een bijdrage die *de ene ouder van de andere* kan vorderen in de kosten van huishouding, levensonderhoud, opvoeding en opleiding van hun kinderen; dat ook deze argumentatie van appellante iedere grondslag mist;

Overwegende dat ten slotte, aangezien appellante samen met haar echtgenoot gezamenlijk gehouden is t.o.v. de schuldeisers waaraan het beslag gemeen is, zelfs hoofdelijk t.o.v. eerste geïntimeerde, de schulden t.o.v. de gezamenlijke schuldeisers eerst dienen te worden geregeld vooraleer zij haar rechten onderling t.o.v. haar echtgenoot kan laten gelden; dat de gezamenlijke schulden verhaalbaar zijn zowel op het gemeenschappelijk vermogen als op de eigen goederen van beide echtgenoten (art. 1414 B.W.);

Overwegende dat appellante geenszins aantoonst of aan-nemelijk maakt dat de schulden t.o.v. eerste geïntimeerde zelfs maar gedeeltelijk uitgedoofd zijn; dat zij geen bewijs levert van een gedeeltelijke of gehele betaling of regeling naar aanleiding van andere uitwinningen; dat de afrekeningen m.b.t. de door appellante aangevoerde uit-

winningen door eerste geïntimeerde worden overgelegd en er geen aanleiding is om de overlegging ervan te bevelen; dat de redenering van appellante m.b.t. de aanrekening van de opbrengst van de kalvervetmesterij overeenkomstig art. 1256 B.W. niet kan worden gevolgd, omdat het hier niet gaat om een betaling, maar om een opbrengst van een gedwongen uitwinning en art. 1256 B.W. overigens niet van toepassing is in geval van evenredige verdeling of rangregeling (zie o.m. De Page, H., *Traité Élémentaire de droit civil belge*, III, 1967, p. 495, nr. 490c);

...

CORRECTIONELE RECHTBANK TE BRUGGE

15e KAMER – 15 JANUARI 2002

Voorzitter: de h. Defoort

Openbaar ministerie: de mevr. Maddens

Straf – Geldboete – Aanpassing aan de euro – Overgangsrecht – Bijdrage voor slachtofferfonds – Aanpassing aan de euro – Onmiddellijke werking

Daar de toepassing van de wet van 26 juni 2000 betreffende de invoering van de euro meebrengt dat de strafrechtelijke geldboeten met ingang van 1 januari 2002 in geringe mate worden verhoogd, kan deze wet niet worden toegepast op feiten die werden gepleegd vóór deze datum.

Voor de strafbare feiten gepleegd vóór 1 januari 2002 moet de geldboete na 1 januari 2002 verplicht worden uitgedrukt in euro, én dit via een berekening waarbij wordt vertrokken van het bedrag van de geldboete, zoals dit was bepaald in frank ten tijde van de feiten, waarbij dan eerst wordt gedeeld door 40,3399, én waarna deze geldboete in euro dient te worden verhoogd met de opdecimes geldend op het ogenblik van de feiten.

Aangezien de bijdrage voor het Slachtofferfonds, bepaald in art. 29 van de wet van 1 augustus 1985, geen straf is, dient ze bij een veroordeling na 1 januari 2002 te worden vastgesteld op 10 euro, te vermeerderen met 40 decimes, én dit ook al dateren de bestrafte feiten van vóór 1 januari 2002.

In dezelfde zin dient ook de vergoeding bedoeld in art. 91, tweede lid, van het K.B. van 28 december 1950 houdende algemeen reglement op de gerechtskosten in strafzaken, na 1 januari 2002 in elk geval op 25 euro te worden gebracht.

S. t/ O.M.

...

De feiten zijn bewezen en kunnen door de beklaagde niet worden betwist. Op 17 oktober 2000 werd hij op heterdaad betrapt terwijl hij tong aan het vissen was binnen de driemijlszone, niettegenstaande dit met zijn vaarttuig verboden was.

De door de beklaagde gepleegde feiten wijzen op een gebrek aan goede trouw.

De beklaagde werd alhier nog niet veroordeeld.

De hierna bepaalde effectieve geldboete komt dan ook passend en gerechtvaardigd voor om de beklaagde de ernst van de feiten te doen inzien en teneinde herhaling te vermijden.

Met betrekking tot de toepassing van de wet van 26 juni 2000 betreffende de invoering van de euro

De rechtbank stelt vast dat *in casu* de feiten werden gepleegd vóór 1 januari 2002.

De toepassing van de wet van 26 juni 2000 (*B.S.*, 29 juli 2000) brengt met ingang van 1 januari 2002 een geringe verhoging van de geldboete mee. Daar de door de beklaagde gepleegde feiten dateren van vóór de inwerkingtreding van deze wet, mag deze verhoging van de geldboeten, met toepassing van art. 2, tweede lid, Sw., dat het beginsel van de niet-retroactiviteit van de strengere strafwet formuleert, niet op deze feiten worden toegepast.

Het bedrag van de uit te spreken geldboete, verplicht uit te drukken in euro (EUR), dient dan ook te worden berekend op basis van de geldboete als bepaald in «*frank*» in het strafwetboek ten tijde van de feiten, gedeeld door 40,3399, waarna deze geldboete in euro dient te worden verhoogd met de opdecimes geldend op het ogenblik van de gepleegde feiten.

In casu wordt de uit te spreken geldboete als volgt berekend: 200 («*frank*») gedeeld door 40,3399, te verhogen met 1,990 opdecimes = 991,57 euro.

De toepassing van art. 2, tweede lid, Sw. geldt niet:

- voor de op te leggen bijdrage tot financiering van het Fonds tot hulp aan de slachtoffers van opzettelijke geweldsdaden, als bepaald in art. 29 van de wet van 1 augustus 1985 houdende fiscale en andere bepalingen, gewijzigd bij art. 3 van de programmawet van 24 december 1993; deze bijdrage is immers geen straf (cfr. Cass., 30 juni 1993, *Pas.*, 1993, I, 635);
- voor de vergoeding opgelegd in uitvoering van art. 71 van de wet van 28 juli 1992 en het K.B. van 29 juli 1992 tot wijziging van het K.B. 28 december 1950 houdende het algemeen reglement op de gerechtskosten in strafzaken, gewijzigd bij K.B. van 23 december 1993 en door art. 1 van het K.B. van 11 december 2001 (*B.S.*, 22 december 2001); deze vergoeding is evenmin een straf (cfr. Cass., 9 november 1974, *J.T.*, 1995, 214);
- voor de berekening van de gerechtskosten die onmiddellijk in euro kunnen worden uitgedrukt.

NOOT – *Overgangsrecht inzake de aanpassing van de strafrechtelijke geldboeten aan de euro*

1. Het verdwijnen per 1 januari 2002 van de Belgische frank als wettige rekeneenheid, brengt uiteraard mee dat ook de strafrechtelijke geldboeten na die datum in euro zullen moeten worden uitgesproken.

2. De Belgische wetgever heeft de omzetting van de bestaande bedragen van de strafrechtelijke geldboeten in frank naar de euro wettelijk geregeld in de artikelen 2, 3 en 4 van de wet van 26 juni 2000 betreffende de invoering van de euro in de wetgeving die betrekking heeft op aangelegenheden als bedoeld in art. 78 van de Grondwet (*B.S.*, 29 juli 2000).

3. De daarbij gevolgde werkwijze bestaat er voor wat betreft de aan een verhoging met opdecimes onderworpen geldboeten in dat:

- de bestaande bedragen van de geldboeten, zoals deze in frank voorkomen in de tekst van strafwetten, vanaf 1 januari 2002 geacht worden rechtstreeks te zijn uitgedrukt in euro, zonder omrekening (art. 2 wet van 26 juni 2000);

– dit bedrag in euro dan – al naar gelang van het geval – vermeerderd moet worden met vijftien of met veertig decimes (art. 4 wet van 26 juni 2000), wat neerkomt op een vermenigvuldiging met respectievelijk tweeënhalf of vijf;
 – de vermenigvuldiging met 2,5 slaat op de beperkte reeks geldboeten opgesomd in art. 1bis van de wet van 5 maart 1952 betreffende de opdecimes op de strafrechtelijke geldboeten, én de vermenigvuldiging met 5 slaat op de in art. 1 van deze wet van 5 maart 1952 bedoelde geldboeten (zijnde dus het «gros» van de geldboeten).

4. Voor niet aan opdecimes onderworpen geldboeten geldt dat het bedrag ervan vanaf 1 januari 2002 zal worden gelezen als een bedrag in euro na deling door een coëfficiënt van 40 (art. 3 wet van 26 juni 2000).

5. Deze regeling, die in werking is getreden per 1 januari 2002, leidt tot een – zij het geringe – verzwaring van de strafrechtelijke geldboeten. De volgende voorbeelden tonen dit duidelijk aan:

– een geldboete van 100 frank x 200 of 20.000 frank, die onder de toepassing valt van art. 1 van de wet van 5 maart 1952, wordt per 1 januari 2002 omgezet in een geldboete van 100 euro x 5 of 500 euro. Dit bedrag van 500 euro correspondeert met $500 \times 40,3399 = 20.170$ frank;
 – een geldboete van 20.000 frank, waarop de opdecimes uit de wet van 5 maart 1952 geen toepassing vinden, wordt per 1 januari 2002 ook een geldboete van 500 euro (delen door 40), wat opnieuw correspondeert met 20.170 fr.

Er is dus een geringe verhoging, meer bepaald met 0,84975% (J. Delpérée, «De invoering van de euro in de Belgische wetgeving», *R.W.*, 2000-2001, 722).

6. Bijgevolg leidt dit ertoe dat deze wettelijke omzettingenregeling, die in werking treedt op 1 januari 2002, niet zal kunnen worden toegepast bij de bestrafing van misdrijven die zijn gepleegd vóór die datum (L. Dupont, «De euro in het strafrecht en de strafbaarheid van rechtspersonen», in *Straf(proces)recht 2000-2001*, Brugge, Die Keure, 2001, p. 7, nr. 58; J. Rozie, «De euro en de geldboete: nieuwe wiskundige regels vanaf 1 januari 2002», *T. Straf.*, 2000, 203).

7. Zowel art. 2, eerste lid, Sw., als art. 7.1 E.V.R.M. en art. 15.1 BUPO bepalen immers dat strengere strafwetten geen retroactieve werking mogen hebben. Wetten die de straffen voor bestaande misdrijven verzwaren, hebben dus principieel geen terugwerkende kracht en kunnen niet worden toegepast op feiten die werden gepleegd vóór de inwerkingtreding van deze wetten (L. Dupont en R. Verstraeten, *Handboek van Belgisch Strafrecht*, Leuven, Acco, 1990, p. 129-130, nr. 172).

8. Aangezien de wet van 26 juni 2000 een verzwaring van de bestrafing meebrengt, zal deze wet maar toepassing kunnen vinden op strafbare feiten die zijn gepleegd vanaf 1 januari 2002.

9. Voor de beteugeling van de strafbare feiten gepleegd vóór 1 januari 2002, zal – bij gebreke aan wettelijke overgangsbepalingen – gewerkt moeten worden met de bestaande algemene regels terzake. Dit betekent dat op deze feiten principieel de straffen van toepassing blijven, zoals deze bestonden ten tijde dat het misdrijf werd gepleegd.

10. Probleem is echter dat deze straffen door de onderscheiden wetsbepalingen in Belgische frank worden uitgedrukt, én dit terwijl het zeker lijkt dat de strafrechter na 1 januari 2002 geen geldboeten in Belgische frank meer mag

opleggen. Door dit wel te doen zou immers een geldboete worden opgelegd in een rekeneenheid die niet meer geldig is.

Er kan ook geen beroep meer worden gedaan op art. 6.2 van de Verordening (EG) nr. 974/98 van de Raad van 3 mei 1998 (*B.S.*, 23 juni 1998), dat bepaalde dat een verwijzing naar de nationale munteenheid in o.a. een rechterlijke uitspraak geldig was als ware het een verwijzing naar de euro-eenheid overeenkomstig de omrekeningskoersen. Deze regel is ingevolge art. 5 van dezelfde Verordening (EG) nr. 974/98 niet meer van toepassing sinds 1 januari 2002. Een na 1 januari 2002 alleen in Belgische frank uitgesproken geldboete zou dan ook als een onwettige straf moeten worden beschouwd, en er wordt voorspeld dat een dergelijke veroordeling aanleiding zal geven tot een vernietiging door het Hof van Cassatie (J. Rozie, o.c., *T. Straf.*, 2000, 201).

11. Er zal dus hoe dan ook een omzetting in euro moeten gebeuren overeenkomstig de algemene bepalingen terzake, zijnde art. 4 en 5 van de Verordening (EG) nr. 1103/97 van de Raad van 17 juni 1997 (*B.S.*, 18 maart 1998), die bepalen dat, om van de nationale munt naar de euro te gaan, men de vastgestelde omrekeningskoersen met zes cijfers moet gebruiken (in België dient het bedrag in Belgische frank te worden gedeeld door 40,3399) en men het aldus verkregen resultaat moet afronden naar de dichtstbijzijnde eurocent, met dien verstande dat, wanneer het resultaat precies de helft van een eurocent is, er naar boven wordt afgerond.

12. In een eerste opwelling zou men er derhalve aan kunnen denken om het probleem van de na 1 januari 2002 op te leggen strafrechtelijke geldboete wegens feiten die vóór die datum zijn gepleegd, simpelweg als volgt op te lossen:

– men neemt het door de kwetsieuze strafbepaling opgelegde minimum- en maximumbedrag van de geldboete in Belgische frank,

– men past op dit bedrag de op het ogenblik van het plegen van het misdrijf van toepassing zijnde opdecimes toe,

– men zet het aldus verkregen resultaat om in euro, overeenkomstig hetgeen zopas hiervoor werd bepaald in het randnummer 11, waardoor men het minimum- en maximumbedrag van de in euro uitgedrukte geldboete verkrijgt, – en dan wordt een passende en reeds onmiddellijk in euro gestelde geldboete opgelegd die tussen dit minimum en maximum begrepen ligt.

13. Deze eenvoudige oplossing – die onder een soortgelijke vorm klaarblijkelijk in Nederland werd doorgevoerd (J. Rozie, o.c., *T. Straf.*, 2000, 203) – lijkt in België echter niet hanteerbaar. Ons inziens is dit niet zozeer – zoals sommigen beweren – omdat er ten tijde van het plegen van het strafbare feit geen straf in euro op het desbetreffende misdrijf was gesteld. De – na 1 januari 2002 hoe dan ook toch – in euro uit te spreken geldboete wordt immers geacht gelijk te staan met de vroegere geldboete in het corresponderende aantal Belgische frank.

14. Probleem is hier echter wel de toepassing van art. 1, tweede lid, van de wet van 5 maart 1952 betreffende de opdecimes op de strafrechtelijke geldboeten. Daarin wordt bepaald dat de rechter bij een veroordeling tot een geldboete:

– enerzijds moet vaststellen dat het bedrag van de opgelegde geldboete wordt verhoogd met het toepasselijke aantal opdecimes met toepassing van de wet van 5 maart 1952, – en anderzijds ook het uit die verhoging uiteindelijk voortvloeiende cijfer moet vermelden.

De Belgische strafrechter kan dus zomaar niet ineens veroordelen tot het eindbedrag van de geldboete (opdecimes inbegrepen). Doet hij dit wel, dan zou de opgelegde straf onwettig zijn (zie reeds M. Van Balberghe, «Wet van 5 maart 1952 betreffende de opdecimes op de strafrechtelijke geldboeten», *R.W.*, 1951-52, 1448-1449).

15. De strafrechter zal dus wel niet anders kunnen dan in voorkomend geval bij de straftoemeting een berekening te maken, die start met de geldboete die hij wil opleggen, nog uitgedrukt in het getal dat correspondeert met de vroegere Belgische frank. Hierop moeten dan twee bewerkingen gebeuren, nl. 1) de verhoging van dit getal met het toepasselijke aantal opdecimes (waarbij de verhoging met dit aantal opdecimes én het aldus verkregen eindresultaat moeten worden vermeld in het vonnis of arrest); 2) een omzetting in euro, aangezien er geen veroordeling in Belgische frank meer mag worden uitgesproken.

16. Om deze bewerkingen uit te voeren, bestaan twee wegen: 1) de strafrechter kan eerst de door hem opgelegde geldboete, uitgedrukt in een getal dat correspondeert met de Belgische frank, verhogen met het toepasselijke aantal opdecimes, en het aldus verkregen eindresultaat daarna omzetten in euro, overeenkomstig hetgeen hiervoor werd gesteld in randnummer 11; 2) de strafrechter kan echter ook eerst het getal van de door hem opgelegde geldboete dat correspondeert met de Belgische frank, omzetten in euro, overeenkomstig hetgeen hiervoor werd gesteld in randnummer 11, én dit bedrag dan verhogen met het toepasselijke aantal opdecimes.

17. In het hier geannoteerde vonnis opteert de Brugse strafrechter voor de tweede oplossing. Deze oplossing wordt ook voorgesteld op blz. 11 van een omzendbrief nr. COL 8/2001 van het college van procureurs-generaal bij de hoven van beroep van 6 juli 2001.

18. Anderen daarentegen verdedigen de eerste oplossing (zie bv. J. Van Den Berghe, «Praktijkproblemen en een proeve van oplossing bij de toepassing van de wet van 4 mei 1999 tot invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen», in *Straf – recht? – Strafrecht*, Antwerpen, Maklu, 2001, p. 158), die ook terug te vinden is in een nota van 19 december 2001 van de heer Martin Minnaert, die totstandkwam na een vergadering daaromtrent van de magistraten van het Hof van Beroep te Gent.

19. Rekenkundig zouden beide werkwijzen trouwens tot hetzelfde resultaat moeten leiden, want $([a:b]xc) = ([axc]:b)$. Alleen kunnen ingevolge afronding zeer kleine verschillen ontstaan in het resultaat. Aldus zal bij gebruik van een rekenmachine met acht beschikbare cijfers volgend resultaat worden verkregen voor een geldboete van 175 frank:

$$- 175:40,3399 \times 200 = 867,62732$$

$$- 175 \times 200 : 40,3399 = 867,62733$$

Het rekenkundig meest juiste resultaat wordt verkregen bij $175 \times 200 : 40,3399$, omdat daar het effect van de afronding niet wordt vermenigvuldigd, wat wel het geval is wanneer men eerst deelt door 40,3399 en pas dan vermenigvuldigt met 200.

20. De oplossing waarbij eerst het uiteindelijke bedrag van de geldboete volledig wordt berekend, zoals dit vóór 1 januari 2002 zou zijn opgelegd, waarna dit resultaat wordt omgezet in euro, lijkt dan ook de voorkeur te moeten wegdragen.

21. Wanneer men toch voor de hier door de Brugse strafrechter gekozen methode opteert (die – behoudens afrondingsperikelen – trouwens tot hetzelfde resultaat zou

moeten leiden), dan waarschuwt een gezamenlijke omzendbrief van 9 januari 2002 van het parket-generaal bij het Hof van Beroep te Gent (R. nr. 04/02) en van het auditors-generaal bij het Arbeidshof aldaar (RA. nr. 01/02) ervoor dat men geen oneigenlijke toepassing ervan mag maken door het initiële bedrag (corresponderend met de Belgische frank) te delen door 40,3399, waarna men dan dit tussenresultaat afrondt op vier cijfers na de komma, én daarna dit afgerond bedrag vermenigvuldigt met het toepasbare aantal opdecimes, om het eindresultaat dan desgevallends opnieuw af te ronden tot twee cijfers na de komma.

Een dergelijke berekeningswijze is immers minder nauwkeurig, omdat men daar – door de afronding al door te voeren alvorens men met het toepasselijke aantal opdecimes vermenigvuldigt – het effect van deze afronding aanzienlijk versterkt en men – naar gelang van het eindresultaat – eventueel ook tweemaal zal afronden. Uiteraard zal de beoogde nauwkeurigheid nog verminderen, wanneer men in dezelfde methode na het delen van het initiële bedrag door 40,3399 het tussenresultaat ook reeds gaat afronden op twee cijfers na de komma.

22. Men kan zich bij dit alles ook afvragen of de afronding naar boven, zoals deze wordt bepaald door art. 5 Verordening (EG) nr. 1103/97 (zie hiervoor randnummer 11), wel verzoenbaar is met art. 2, eerste lid, Sw., art. 7.1 E.V.R.M. en art. 15.1 BUPO.

Er is voor deze afronding naar boven uiteraard wel een rechtsgrond (nl. het bedoelde art. 5), én deze rechtsgrond bestaat zelfs uit een internationale rechtsnorm met directe werking in de interne rechtsorde.

Van de andere kant is het beginsel van de niet-retroactiviteit van de (strengere) strafwet een algemeen aanvaard rechtsbeginsel, dat zeer fundamenteel is en dat ook werd opgenomen in art. 11.2 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens.

De vraag is echter of de hier bepaalde afronding naar boven wel aanleiding geeft tot een verzwaring van de straf.

Moet het in euro omgezette bedrag (ook al is het naar boven afgerond) niet wettelijk gelijk worden geacht (nl. precies op grond van art. 5 Verordening (EG) nr. 1103/97) met het corresponderende bedrag in Belgische frank?

23. In dat verband kan erop worden gewezen dat op blz. 11 onderaan van de reeds vermelde omzendbrief nr. COL 8/2001 van het college van procureurs-generaal bij de hoven van beroep een cijfervoorbeeld wordt gegeven, waarbij wordt afgerond naar beneden, terwijl een correcte toepassing van art. 5 Verordening (EG) nr. 1103/97 in dat geval een afronding naar boven zou meebrengen.

De vraag is echter of het hier wel bewust de bedoeling was om een afronding naar beneden aan te nemen tegen art. 5 Verordening (EG) nr. 1103/97 in. Op grond van de inhoud van de in het randnummer 21 reeds vermelde gezamenlijke omzendbrief van het parket-generaal en het auditors-generaal te Gent van 9 januari 2002 zou men geneigd zijn om aan te nemen van niet, omdat aldaar wordt gesteld dat deze berekening onderaan blz. 11 van de omzendbrief nr. COL 8/2001 een vergissing betreft.

24. Blijft dan de omzetting in euro van de bijdrage ten behoeve van het slachtofferfonds. Deze bijdrage wordt in art. 29, eerste lid, van de wet van 1 augustus 1985 bepaald op 10 frank, te vermeerderen met de verhoging bedoeld in de bepalingen betreffende de opdecimes op de strafrechtelijke geldboeten.

Ingevolge de toepassing van art. 2 en 4 van de wet van 26 juni 2000 werd dit bedrag van 10 frank nu per 1 januari 2002 omgezet in 10 euro, vermeerderd met 40 decimes, zodat de bijdrage vanaf diezelfde datum 50 euro bedraagt.

Hoewel ook hier de toepassing van de wet van 26 juni 2002 tot een verhoging van de bedoelde bijdrage zal leiden, werd de verhoogde bijdrage van 50 euro hier terecht onmiddellijk toegepast in het geannoteerde vonnis, en dit ook al betrof het hier de beteugeling van feiten die vóór 1 januari 2002 plaatsgrepen (zie in dezelfde zin: Dupont, *o.c.*, p. 7, nr. 6; J. Rozie, *o.c.*, *T. Straf.*, 2000, 204). De bijdrage ten behoeve van het slachtofferfonds is immers geen straf (P. Arnou, «Bijdrage ten behoeve van het slachtofferfonds», *Comm. Straf.*, p. 2, nr. 4), zodat de regel van de niet-retroactiviteit van de strengere strafwet erop geen toepassing vindt (Cass., 17 december 1991, *Pas.*, 1992, I, 303; P. Arnou, *o.c.*, *Comm. Straf.*, p. 7-8, nrs. 18-20).

25. De eveneens door de strafrechter bij elke veroordeling op te leggen vergoeding van 1.000 frank, bepaald in art. 91, tweede lid, van het K.B. 28 december 1950, valt niet onder de toepassing van art. 2 tot 4 van de wet van 26 juni 2000.

In een K.B. van 11 december 2001 (*B.S.*, 22 december 2001 [tweede editie]) wordt echter bepaald dat deze vergoeding op 1 januari 2002 wordt omgezet in een bedrag van 25 euro.

Ook hier betreft het opnieuw een verhoging, maar toch moet de vergoeding van 25 euro worden opgelegd bij elke vanaf 1 januari 2002 uitgesproken veroordeling (ook wegens feiten van vóór die datum), en dit omdat ook deze vergoeding geen straf uitmaakt (Cass., 9 november 1994, *Pas.*, 1994, I, 919), en art. 2, eerste lid, Sw. opnieuw geen toepassing vindt.

Patrick Arnou

VREDEGERECHT TE HERZELE

27 JANUARI 1999

Rechter: de h. Souffriau

Advocaten: mrs. De Buck en Fermon

1. Burgerlijke rechtspleging – Heropening van het debat – Nieuwe vordering – Ontvankelijkheid – 2. Mede-eigendom – Daden die door een enkele mede-eigenaar kunnen worden verricht – Daden van behoud en louter beheer – Vordering tot vaststelling van beëindiging van rechtswege van pachtovereenkomst

1. Na een heropening van het debat is een nieuwe vordering niet ontvankelijk indien zij valt buiten het onderwerp van de heropening, zoals dit door de rechter werd bepaald.

2. Een enkele mede-eigenaar heeft het recht om, zonder de medewerking van de andere mede-eigenaars, een rechtsovereenkomst in te stellen om te horen zeggen voor recht dat de door de vruchtgebruiker toegestane pacht met toepassing van art. 595 B.W. van rechtswege is geëindigd bij het verstrijken van de negenjarige periode waarin aan het vruchtgebruik een einde is gekomen door het overlijden van de vruchtgebruiker, aangezien zo'n rechtsovereenkomst een daad is tot behoud en tot voorlopig beheer van het gemeenschappelijk goed in de zin van art. 577-2, § 5, tweede lid, B.W.

H. t/ H. en V.

In het vonnis van deze zetel van 4 november 1998 werd (...) vastgesteld dat de pacht die door de rechtsvoorganger van Lucien en Raphaël H. werd toegestaan aan de echtgenote van Raphaël H. een einde neemt op 25 december 1998 ingevolge de toepasselijkheid van art. 595 B.W.

Tevens werd het debat ambtshalve heropend teneinde de partijen in staat te stellen verder te concluderen omtrent de vraagstelling in rechte of de eiser als een der onverdeelde mede-eigenaar *in casu* alleen vermocht op te treden.

In hun conclusies genomen na dit tussenvonnis, waarbij eensdeels reeds in rechte uitspraak werd gedaan door zelfs het hoofdbestanddeel der betwisting, namelijk de wijze en het tijdstip waarop de door de vruchtgebruiker toegestane pacht eindigt, te beslechten, en anderzijds de heropening van het debat werd bevolen met precieze omschrijving van de perken van deze heropening, voeren de verweerders, vermoedelijk inspelend op overwegingen die dit vonnis inhoudt, een nieuw verweer aan, namelijk dat de pachtovereenkomst door de rechtsvoorganger van de gebroeders H. werd gesloten, benevens in haar hoedanigheid van pachter, ook in haar hoedanigheid van mede-eigenaar van de kwestieuze goederen.

Dit vonnis is geen zuiver vonnis alvorens recht te doen, maar een gemengd vonnis, waarbij in het overwegend gedeelte ervan reeds betwistingen tussen de partijen werden beslecht, en dit binnen het door de partijen getekende juridisch kader; zo bijvoorbeeld concludeerden de verweerders op hoofdvordering op de tweede bladzijde van hun eerste conclusie onmiddellijk: «In haar hoedanigheid van vruchtgebruiker sloot Maria T. een pachtovereenkomst met mevrouw Maria V., de echtgenote van de heer Raphaël H.».

Het is trouwens ingaande op dit verweer dat in het tussenvonnis werd gesteld dat de verweerders niet schijnen te betwisten dat de verpachting enkel steunt op het vruchtgebruik en bijvoorbeeld niet op de mede-eigendom, en dat de betwisting met betrekking tot de al dan niet toepasselijkheid van art. 595 B.W. werd beslecht.

In deze context en binnen de perken waarbinnen het debat ambtshalve werd heropend kan dientengevolge thans het nieuwe en flagrant in tegenstrijd zijnde met het aanvankelijke verweer van de verweerders dat de kwestieuze pachtovereenkomst ook (en klaarblijkelijk dan nog gedeeltelijk) op de mede-eigendom van de verpachster berust, niet meer worden onderzocht.

Na heropening van het debat is een nieuwe vordering niet ontvankelijk indien zij valt buiten het onderwerp van de heropening zoals dit door de rechter werd bepaald (Cass., 29 juni 1995, *Proces & Bewijs*, 1996, 147); dit geldt ook voor wat betreft een totaal nieuw verweer dat bovendien, zoals reeds gesteld, totaal strijdig is met het tot op het ogenblik van het tussenvonnis gevoerde verweer.

In het tussenvonnis werd de rechtsgrond waarop de partijen hun aanspraken en verweer steunden beoordeeld, de betwisting gedeeltelijk ten gronde beslecht, en het is enkel binnen de context van het vonnis dat het debat ambtshalve werd heropend; een nieuwe rechtsgrond tot afwijzing van de vordering kan derhalve thans niet meer worden onderzocht.

De enkele betwisting die nog dient te worden beslecht is derhalve of de eiser vermogt de vordering te stellen als alleen optredende mede-eigenaar.

Door de pachter erop te wijzen dat de pachtovereenkomst zal eindigen op kerstdag 1998 heeft de eiser op hoofdvordering niets anders gedaan dan de pachter attent te maken op wettelijke bepalingen en heeft hij de pachter enkel verzocht deze bepalingen na te leven.

Het optreden van de eiser op hoofdvordering dient te worden beschouwd als louter bewarend, zodat het mede-optreden van de andere mede-eigenaar niet vereist was.

De vordering strekt er immers toe de onverdeelde goederen te vrijwaren tegen verdere pachtaanspraken, daar deze aanspraken krachtens de toepassing van de wet zelve inmiddels werden beëindigd, zonder dat derhalve bijkomend enige opzeg diende te worden gegeven.

Terwijl een mede-eigenaar in beginsel slechts kan optreden voor wat zijn aandeel in het hele onverdeelde goed betreft, wat bij onverdeeldheid van gronden een eerder theoretische aangelegenheid uitmaakt zolang dat niet is verdeeld, kent deze regel een uitzondering in de mate dat dit optreden van de mede-eigenaar, zoals *in casu*, daden van behoud en voorlopig beheer beoogt; dergelijke daden met betrekking tot de gemeenschappelijke zaak kunnen door iedere deelgenoot onmiddellijk en afzonderlijk geldig worden verricht (art. 577-2, § 5, tweede lid, B.W.).

De hoofdvordering is derhalve gegrond in de hierna bepaalde mate.

...

Nu de hoofdvordering enkel gegrond wordt verklaard in de mate dat de eiser vordert dat voor recht zou worden gezegd dat met toepassing van art. 595 B.W. het vruchtgebruik van rechtswege zal eindigen op 25 december 1998 en dat het vonnis tegenwerpelijk wordt verklaard aan de eerste verweerder, ontgaat de rechtbank het concrete nut van een uitvoerbaarverklaring van het vonnis.

EUROPESE RECHTSPRAAK «RECHTEN VAN DE MENS» IN KORT BESTEK

Coördinatie: Instituut van de Rechten van de Mens, K.U.Leuven

E.H.R.M. 28 juli 1999

Art. 1 Eerste Protocol E.V.R.M. – Recht op eigendom – Rechterlijke machtiging tot uitdrijving huurder – Opschorting bij wet van de uitvoeringsmogelijkheid

1. De Immobiliare Saffi verhuurde een appartement te Livorno, dat ze ter gelegenheid van het beëindigen van de huurtermijn opzegde. Vervolgens verkreeg ze een vonnis van de Vrederechter te Livorno dat besloot tot de geldigheid van de opzeg en dat de huurder beval om het appartement tegen uiterlijk 30 september 1984 te verlaten. Sedert die datum had de verhuurder zeventien pogingen ondernomen om door tussenkomst van een gerechtsdeurwaarder de huurder uit te drijven. Elk van deze pogingen mislukte doordat de verhuurder geen bijstand verkreeg van de openbare macht.

2. Om sociale redenen hadden in Italië verschillende automatische wettelijke huurverlengingen plaatsgevonden. De laatste wettelijke huurverlenging eindigde op 31 december

1983. Als gevolg hiervan werd Italië vervolgens geconfronteerd met een groot aantal huurcontracten die op een korte tijdspanne ten einde liepen.

Rekening houdende hiermee en met het tekort aan huurwoningen, werd over de volgende zes jaar, telkens voor periodes van enkele maanden, de uitvoering van «niet-dringende uitzettingsbevelen» geschorst. In 1989 werd beslist om de uitvoering van alle uitstaande uitzettingsbevelen – volgens prioriteit – te spreiden over een periode van vier jaar. De overheid slaagde er evenwel niet in om de uitzettingsbevelen binnen dit tijdsbestek uit te voeren en de deadline werd voortdurend verder opgeschoven.

De Immobiliare Saffi kwam uiteindelijk op 11 april 1996 opnieuw in het bezit van haar appartement. Dit gebeurde evenwel niet ingevolge de bijstand van de openbare macht, maar wel ten gevolge van het overlijden van de huurder (§§ 8-35, §§ 52-53 en § 55).

Deze langdurige onmogelijkheid om bij gebrek aan bijstand van de openbare macht opnieuw in het bezit van haar appartement te komen, maakte volgens de Immobiliare Saffi o.m. een schending uit van haar recht op eigendom als gewaarborgd door art. 1 Eerste Protocol E.V.R.M.

3. Aangezien de maatregelen tot gevolg hadden dat de huurder het appartement bleef betrekken, oordeelde het Hof dat de inmenging in het eigendomsrecht een gebruiksreglementering in de zin van art. 1, tweede lid, Eerste Protocol E.V.R.M. was (§ 46).

4. Het Hof onderzocht vervolgens of de maatregelen in overeenstemming waren met de voorwaarden die aan een gebruiksreglementering worden gesteld.

In het raam van de proportionaliteitstest bevestigde het Hof dat de staten over een ruime appreciatiemarge beschikken voor wat gebruiksreglementeringen betreft en dit des te meer in een materie zoals huisvesting, die een centrale rol bekleedt in de sociaal-economische politiek van een moderne samenleving.

Een systeem van tijdelijke opschorting of spreiding van uitdrijvingsbevelen, voor zover gevolgd door een herinbezitting van de verhuurder, was volgens het Hof dus in principe niet bekritiseerbaar. Niettemin meende het Hof dat er een risico bestond dat een dergelijk systeem de verhuurder een excessieve last zou opleggen. Bijgevolg diende dit te voorzien in voldoende procedurele waarborgen om te voorkomen dat de maatregelen zelf of de weerslag ervan arbitrair of onvoorspelbaar zouden zijn (§ 49 en §§ 52-54).

Het Hof stelde evenwel vast dat het Italiaanse systeem van opschorting en spreiding van de uitvoering van uitdrijvingsbevelen onvoldoende waarborgen voor de verhuurders bood en dat dit systeem de Immobiliare Saffi bijgevolg een excessieve last oplegde. Zo was het systeem niet flexibel genoeg doordat bepaalde categorieën van verhuurders automatisch voorrang kregen en er geen rekening werd gehouden met de concrete omstandigheden van de zaak (bijzondere omstandigheden m.b.t. de persoon van zowel de huurder als de verhuurder). Bovendien had gedurende de administratieve fase van de uitdrijving (namelijk het verzoek tot bijstand van de openbare macht) geen enkele rechtbank jurisdictie om te oordelen over de weerslag van de vertraging op de concrete situatie van de verhuurder en werden de verhuurders gedurende een lange tijd in de onzekerheid gelaten omtrent de datum van de herinbezitting van hun

eigendom (*in casu* gedurende elf jaar). Uiteindelijk had de verhuurder ook niet de mogelijkheid om schadevergoeding te verkrijgen voor de lange periode waarin hij in de onmogelijkheid verkeerde om zijn eigendom tegen de marktwaarde te verkopen of te verhuren (§§ 54-59). Het Hof besloot aldus unaniem tot een schending van art. 1 Eerste Protocol E.V.R.M.

5. De huisvestingswetgeving, met inbegrip van de huurreglementering, is en blijft een gevoelige materie. Deze dient natuurlijk in de eerste plaats te zorgen voor een van de basisbehoeften van de mens, namelijk een behoorlijke huisvesting (zie ook art. 23 G.W.). Het Hof erkent dit door de staten in het voeren van hun huisvestingsbeleid een ruime appreciatiemarge toe te kennen. Van de andere kant maakt het Hof evenwel ook duidelijk dat de staten de economische belangen en het eigendomsrecht van de verhuurder niet kunnen veronachtzamen.

6. De tijd van de elkaar opvolgende tijdelijke huurwetten is in België gelukkig al enige tijd achter de rug. Ondertussen beschikken we over een enigszins stabiele en uitgebalanceerde woninghuurwetgeving, die in 1998 nog werd aangevuld met een reglementering van de uitdrijving van bepaalde huurders uit het gehuurde goed (art. 1344 *ter* – 1344 *sexies* Ger. W.). Deze bepaalt o.m. dat de beoogde huurders niet uit hun huis kunnen worden gezet dan na verloop van een maand na de betekening van het vonnis. Bovendien kan de rechter deze termijn verkorten of verlengen indien het bewijs wordt geleverd van «uitzonderlijk ernstige omstandigheden, onder meer de mogelijkheid van de huurder om opnieuw gehuisvest te worden in dusdanige omstandigheden dat geen afbreuk wordt gedaan aan de eenheid, de financiële middelen en de behoeften van het gezin en dit in het bijzonder gedurende de winterperiode» (art. 1344 *quater* Ger. W.). Van een gebrek aan jurisdictionele controle en een te grote rigiditeit is er in de Belgische reglementering bijgevolg geen sprake.

Uit het besproken arrest blijkt evenwel duidelijk dat de betrokken reglementering niet alleen deugdelijk dient te zijn, maar dat deze ook op een deugdelijke wijze dient te worden uitgevoerd. Hierbij zullen de betrokken instanties ervoor zorg moeten dragen om de rechten van de verhuurder niet te veronachtzamen, in het bijzonder door hem niet voor een lange termijn in de onzekerheid te laten over de uitvoering van de uitdrijving. Samen met de termijn verstreken tijdens de voorafgaande gerechtelijke procedure kan de termijn van uitstel van uitdrijving overigens eveneens aanleiding geven tot een overschrijding van de redelijke termijn in de zin van art. 6 E.V.R.M. (E.H.R.M., 28 september 1995, *Scollo t/ Italië*, *Publ. Cour.*, reeks A, vol. 315-C, §§ 41-45).

(Zaak Immobiliare Saffi t/ Italië)

Dries Van Eeckhoutte

E.H.R.M. 28 juli 1999

1. Art. 35 E.V.R.M. – *Uitputting interne rechtsmiddelen – Vereiste van «effectiviteit» van het rechtsmiddel* – 2. Art. 3 E.V.R.M. – *Verbod van foltering en onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing – Mishandeling van verdachte in politiecel*

1. Ahmed Selmouni, Marokkaan en Nederlander, werd in november 1991 gearresteerd in Parijs, op verdenking van drugsmokkel, voor welk misdrijf hij uiteindelijk ook werd veroordeeld tot dertien jaar gevangenisstraf. Onmiddellijk na zijn arrestatie werd hij gedurende drie dagen gevangen gehouden en ondervraagd in een politiekantoor in Bobigny. Wat zich daar afspeelde werd door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens unaniem als foltering bestempeld.

Selmouni zelf stelde dat hij herhaaldelijk en ernstig geslagen werd, onder meer met een instrument dat op een baseball bat leek. Bovendien werd hij op diverse manieren bedreigd en vernederd, onder meer doordat een politiemann op hem urineerde. Ten slotte stelde hij dat een politiemann hem had verkracht met een knuppel.

Zoals in dergelijke dossiers doorgaans het geval is, hielden de beschuldigde politiemannen vast aan een totaal andere versie van de feiten. Volgens hen had Selmouni zich bezeerd bij de arrestatie, omdat hij zich verzet had, en had hij nadien met opzet onder meer zijn hoofd tegen een kast gestoten.

Gelukkig is Frankrijk een land waarin politiemishandeling niet als iets normaal wordt beschouwd. Toen bleek dat Selmouni medische klachten had, kreeg hij dan ook een dokter te zien. Dit gebeurde in totaal zes keer gedurende de politiedetentie, zodat zes medische certificaten werden opgesteld, waaruit bleek dat Selmouni steeds meer sporen van slagen op zijn lichaam droeg. Toen Selmouni na drie dagen voor een onderzoeksrechter werd gebracht en klaagde over mishandeling, stelde deze uit eigen beweging een medisch deskundige aan. Deze maakte een lange lijst op van de zichtbare verwondingen en besloot dat deze waren opgelopen tijdens de periode van detentie.

In februari 1992 gaf het parket de inspectie van de politie opdracht de betrokken politiemannen te ondervragen. Op 1 december 1992 werd Selmouni door een officier van de inspectie ondervraagd. Tijdens dit gesprek vermeldde hij voor het eerst de verkrachting. Aan het einde van het gesprek zei hij klacht in te dienen tegen de politiemannen. Op 28 december 1992 legde hij klacht neer bij de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens. Op 1 februari 1993 legde hij een strafrechtelijke klacht neer, tegelijk met een burgerlijke partijstelling. Enkele maanden later onderging hij een nieuw medisch onderzoek. Anderhalf jaar na de feiten kon dit echter geen sporen van verkrachting vaststellen.

Pas in maart 1999 veroordeelde de strafrechter drie politiemannen tot drie jaar gevangenisstraf en de verantwoordelijke officier tot vier jaar. In hoger beroep werd op 1 juli 1999 – slechts enkele weken vóór de uitspraak van het E.H.R.M. – hun schuld bevestigd, maar de straffen werden herleid tot voorwaardelijke straffen van twaalf tot vijftien maanden voor de drie agenten, en een straf van achttien maanden, waarvan vijftien voorwaardelijk, voor de officier. Selmouni kreeg geen schadevergoeding, omdat hij zijn eis niet getalsmatig had uitgedrukt, en het recht had voorbehouden om de burgerlijke rechter te adriëren. Op het moment van de uitspraak van het E.H.R.M. was cassatieberoep nog mogelijk.

2. Een eerste opvallend element in het arrest van het E.H.R.M. is de soepele opvatting van het ontvankelijkheidsvereiste van uitputting van de interne rechtsmiddelen (art. 35 E.V.R.M.). Dit vereiste werd in het verdrag opgenomen als uitdrukking van de subsidiariteit van het Euro-

pese mensenrechtenbeschermingssysteem tegenover het beroep op de interne rechter: eerst moet de beschuldigde staat de kans krijgen om het probleem recht te zetten overeenkomstig het interne recht. In deze zaak is het Franse rechtssysteem uiteindelijk gekomen tot veroordeling van de daders. Men zou dus kunnen denken dat dit een perfecte illustratie is van het nut van de regel van uitputting der interne rechtsmiddelen. Is Selmouni niet overhaast naar Straatsburg getrokken? Hij diende zijn klacht in Straatsburg in nog vóór zijn klacht met burgerlijke partijstelling in Frankrijk. Nochtans heeft het Franse rechtssysteem bewezen in staat te zijn de schuldigen te bestraffen.

Zo redeneerde het E.H.R.M. echter niet. Met eenparigheid van stemmen verwierp het de exceptie van onontvankelijkheid (§§ 74-88). Het is immers vaste rechtspraak dat de uitputtingsregel met enige soepelheid wordt toegepast, en met name enkel geldt voor «effectieve» rechtsmiddelen. De bewijslast omtrent het effectieve karakter van een rechtsmiddel ligt bij de verwerende staat. Het Hof meende dat dit bewijs onvoldoende geleverd was. De procedure had erg lang aangesleept, en er hadden zich een aantal niet gerechtvaardigde langdurige periodes van stilzitten voorgedaan. Zo duurde het meer dan een jaar vooraleer Selmouni een formele verklaring mocht afleggen in het raam van het onderzoek naar de mishandeling. Er verliep eveneens een jaar tussen de opening van het gerechtelijk onderzoek en het organiseren van een «identificatierijtje» om de daders aan te wijzen. Daarna verliepen twee jaar en acht maanden vooraleer de geïdentificeerde mannen onder onderzoek werden geplaatst. Uiteindelijk verschenen de verdachten voor de strafrechter zeven jaar na de feiten en vijf jaar na hun identificatie. Dit is zeer ernstig, en terecht oordeelde het Hof dan ook verder in zijn arrest dat de redelijke termijn van art. 6 E.V.R.M. was overschreden (§§107-118).

Betekent een overschrijding van de redelijke termijn, zelfs indien deze grotendeels te wijten is aan het stilzitten van overheidsinstanties, echter dat een rechtsmiddel niet effectief is? Het blijft opmerkelijk dat het feit dat de interne procedure tot een (weliswaar nog niet definitieve) veroordeling van de daders had geleid, niet voldoende was om het effectieve karakter van dit rechtsmiddel aan te tonen.

Dit kan enkel worden verklaard vanuit de bijzondere ernst van de feiten. Foltering is een van de allerergste mensenrechtenschendingen. Het Hof zendt een duidelijk signaal naar alle lidstaten dat wanneer een geloofwaardige klacht voorligt over schending van art. 3 E.V.R.M., er voor de beschuldigde overheid een strenge positieve verplichting bestaat om deze snel en doeltreffend te onderzoeken en zo de feiten bewezen zijn, de schuldigen te bestraffen en andere vormen van herstel te bieden.

3. Eens dat de zaak ontvankelijk was verklaard, was het duidelijk dat het Hof een schending van art. 3 E.V.R.M. moest vaststellen. Het was namelijk medisch aangetoond dat Selmouni verwondingen had opgelopen tijdens zijn detentie. In zo'n geval is het aan de staat om hier een plausibele uitleg voor te geven, wat in deze zaak niet mogelijk bleek. De enige vraag die nog overblijft, is dan: welk type van schending? Art. 3 E.V.R.M. onderscheidt, in stijgende graad van ernst, drie mogelijkheden: vernederende behandeling, onmenselijke behandeling en foltering. Hoewel het Hof, net zoals de Franse rechters, de beschuldiging van verkrachting niet bewezen achtte, beoordeelde het de feiten toch als voldoende

ernstig om ze de kwalificatie «foltering» mee te geven. Dit is opvallend, aangezien het medisch deskundigenverslag sprak van «traumatic lesions with no serious features».

Voor de definitie van foltering verwijst het E.H.R.M. naar art. 1 van het V.N.-Verdrag tegen foltering en andere wrede, onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing. Dit definieert foltering als «any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity». Dat er sprake was van lichamelijk lijden, bleek overduidelijk uit de medische dossiers. Dit lijden werd ook met opzet toegebracht, met de bedoeling Selmouni tot bekentenissen te brengen. En de daders waren politie-mannen in de uitoefening van hun officiële functie. Het enige waaraan men kan twijfelen is of de feiten voldoende ernstig waren om «foltering» uit te maken.

Het heeft lang geduurd voor het E.H.R.M. voor het eerst foltering vaststelde. Dat was in enkele «Koerdische» zaken tegen Turkije, waarin de feiten zo ernstig waren dat aan die kwalificatie niet getwijfeld kon worden (Aksoy t/ Turkije, 18 december 1996; Aydin t/ Turkije, 25 september 1997). Politiegeweld was al wel voor het Hof gekomen, maar gekwalificeerd als «onmenselijke en vernederende behandeling» (zie Ribitsch t/ Oostenrijk, 4 december 1995; Tomasi t/ Frankrijk, 27 augustus 1992).

In *Selmouni* stelde het Hof uitdrukkelijk dat het tijd was om de norm voor de lidstaten te verhogen en om dus feiten gemakkelijker de kwalificatie «foltering» mee te geven: «having regard to the fact that the Convention is a 'living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions' (...) the Court considers that certain acts which were classified in the past as «inhuman or degrading treatment» as opposed to «torture» could be classified differently in future. It takes the view that the increasingly high standard being required in the area of the protection of human rights and fundamental liberties correspondingly and inevitably requires greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies» (§ 101).

De elementen die het Hof over de streep haalden om de feiten in deze zaak als voldoende ernstig aan te merken, zijn het grote aantal slagen, die ernstige pijn veroorzaakt moeten hebben (§ 102), het bijzonder vernederende karakter van bepaalde handelingen (§ 103) en het feit dat de mishandeling werd herhaald gedurende verschillende dagen (§ 104).

4. Ten slotte kende het Hof Selmouni 500 000 FF toe als morele schadevergoeding (§ 123).

Aangezien Selmouni in Frankrijk samen met anderen was veroordeeld tot het betalen van een boete van twaalf miljoen FF, vroeg hij het Hof te beslissen dat de schadevergoeding niet voor beslag vatbaar zou zijn. Het Hof volgde zijn redenering, stellende dat de bedoeling van de schadevergoeding ondermijnd zou worden als deze ten goede zou komen aan de staat, die ze moet betalen wegens schending van de mensenrechten. De gevraagde beslissing lag echter buiten haar jurisdictie (§ 133).

Hetzelfde gold voor een andere beslissing waar Selmouni om vroeg, namelijk een overplaatsing naar Nederland, om daar de rest van zijn gevangenisstraf uit te zitten. Deze eis werd gesteund door de Nederlandse overheid, maar het Hof achtte zich niet bevoegd om zich erover uit te spreken (§ 126).

(Zaak Selmouni t/ Frankrijk)

Eva Brems

E.H.R.M. 27 september 1999

1. Art. 8 E.V.R.M. – Recht op eerbiediging van het privé-leven – Homoseksualiteit in het leger – 2. Art. 3 E.V.R.M. – Verbod van foltering en onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing – Maatregelen tegen homoseksuelen

1. In 1981 besliste het E.H.R.M. dat de bestraffing van meerderjarige homoseksuelen in principe in strijd was met het E.V.R.M. (E.H.R.M., 22 oktober 1981, Dudgeon, *Publ. Cour*, reeks A, vol. 45). Twee jaar later echter was de E.C.R.M. van oordeel dat sancties t.a.v. homoseksuele militairen, in het raam van de ordehandhaving binnen het leger, gerechtvaardigd waren (zaak 9237/81, B / Verenigd Koninkrijk, *D & R*, 34 (1983)). Latere arresten van het Hof, weliswaar gewezen buiten de context van het leger, wierpen twijfel over het gezag van deze beslissing van de Commissie (E.H.R.M., Norris, 26 oktober 1988, *Publ. Cour*, reeks A, vol. 142; E.H.R.M., Modinos, 22 april 1993, *Publ. Cour*, reeks A, vol. 259). Sinds 27 september 1999 staat het nu vast dat holebi's ook in het leger recht hebben op respect voor hun privé-leven.

2. Lustig-Prean, Beckett, Smith en Grady waren werkzaam in de zee-, respectievelijk de luchtmacht, tot ze werden ontslagen wegens hun homoseksuele geaardheid. Ze meenden dat niet alleen het ontslag zelf, maar tevens de wijze waarop het onderzoek naar hun seksuele geaardheid werd uitgevoerd, in strijd waren met het E.V.R.M.

3. Het E.H.R.M. ging allereerst na of het onderzoek en het ontslag geen afbreuk deden aan het recht op respect voor het privé-leven. Ter discussie stond de noodzakelijkheid van een dergelijke inmenging in een democratische samenleving.

Het betrof een zeer ernstige inmenging in een uiterst intiem aspect van iemands privé-leven. De onderzoeksmethode was gebaseerd op de strafrechtelijke procedure en werd algemeen afgekeurd. De legerleiding had het onderzoek reeds aangevát vóór ze zeer intieme vragen begon te stellen. Persoonlijke zaken werden in beslag genomen en vormden een uitgangspunt voor verdere interviews. Bovendien had het ontslag een verregaande weerslag op de carrièremogelijkheden van de betrokkenen, aangezien positieve evaluaties in het leger niet veel opleverden in het civiele beroepsleven. Daarnaast beklemtoonde het E.H.R.M. tevens het algemeen en absoluut karakter van het beleid t.a.v. homoseksuele militairen. Zodra de homoseksuele geaardheid werd bewezen, volgde het ontslag van de militair, onafhankelijk van zijn gedrag of eerdere prestaties.

Een dergelijke inmenging kon slechts worden gerechtvaardigd indien zwaarwegende redenen voorhanden waren. Dat de moraal en de operationele efficiëntie in het gedrag werden gebracht, werd niet aangetoond. Slechts een klein deel van de heteroseksuele militairen had immers de uiterst

suggestieve en stereotype vragenreeks beantwoord, die dit moest staven. Bovendien sloot het E.H.R.M. niet uit dat de gedragscodes en disciplinaire regels die het leger hanteerde om raciale problemen en seksuele intimidatie te voorkomen, niet met succes zouden kunnen worden aangewend t.a.v. homoseksualiteit binnen het leger. Het overgrote deel van de Europese landen liet trouwens, al dan niet voorwaardelijk, homoseksuelen toe in hun leger.

Het onderzoek op zichzelf was ook niet te vergoelijken. Het Hof was niet overtuigd dat het nodig was om medische redenen of om valse beschuldigingen van homoseksualiteit en chantage tegen te gaan. Bovendien kon de zogenaamde vrijwillige medewerking sterk worden betwijfeld. Indien verzoekers niet hadden willen meewerken, zouden immers minder discrete onderzoeksmethoden worden gehanteerd.

Omdat het recht op respect van het privé-leven was geschonden, vond het E.H.R.M. het onnodig de klacht op grond van art. 14 *juncto* art. 8 E.V.R.M. te onderzoeken.

4. In Smith en Grady werd ook nog een schending ingeroepen van het verbod op vernederende behandeling. Het E.H.R.M. stelde dat bestraffende maatregelen op grond van vooroordelen t.a.v. een homoseksuele minderheid principieel binnen het toepassingsgebied van art. 3 E.V.R.M. vielen. *In casu* was de behandeling echter niet ernstig genoeg om tot een schending te kunnen besluiten.

5. Gelet op de arresten Dudgeon, Norris en Modinos kwamen de geannoteerde uitspraken niet helemaal onverwacht. Het staat nu vast dat het E.H.R.M. een andere mening is toegedaan dan de vroegere E.C.R.M. en dat ook homoseksuelen in het leger de bescherming van art. 8 E.V.R.M. genieten. Toch kan worden betreurd dat het onderzoek en de ontslagen niet werden getoetst aan het discriminatieverbod. Door het discriminatoire aspect als niet fundamenteel te beoordelen, gaat het Hof minder ver dan gewenst.

Het is opmerkelijk dat het Hof zich in Smith en Grady de moeite getroost om de klacht dat de behandelingen vernederend zijn, te onderzoeken (§§ 117-123). Tot voor kort werd homoseksualiteit namelijk steeds benaderd als een private aangelegenheid, en zodoende bleef de premisse dat een dergelijk gedrag immoreel is, bestaan. Enkel art. 3 *juncto* art. 14 E.V.R.M. kan het recht op seksuele zelfbepaling van de homoseksuele minderheid afdoende beschermen. Dat het Hof *in casu* besloot tot afwezigheid van de vereiste graad van ernst, kan geen afbreuk doen aan het toch wel innoverend karakter van deze unanieme beslissing.

(Zaken Lustig-Prean en Beckett t/ Verenigd Koninkrijk, en Smith en Grady t/ Verenigd Koninkrijk)

Ann Dierickx

E.H.R.M. 28 oktober 1999

Art. 6, lid 1, E.V.R.M. – Strafvervolgung – Begrip – Intrekking van rijbewijs – Art. 6 E.V.R.M. niet van toepassing

1. Een autobestuurder wiens rijbewijs was ingetrokken door het parket beklagde er zich in Straatsburg over dat hij deze beslissing niet had kunnen aanvechten bij een onafhankelijke en onpartijdige rechter. Zijn klacht vond geen

gehoor bij het E.H.R.M. De proceswaarborgen van art. 6, lid 1, E.V.R.M. zijn slechts van toepassing bij de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een strafvordering. Het Hof oordeelde dat de procedure van onmiddellijke intrekking van een rijbewijs slechts een beveiligingsmaatregel inhoudt die een eventuele instelling van de strafvordering voorafgaat.

2. De Fransman Alain Escoubet raakte op 16 juni 1994 betrokken bij een verkeersongeval in Brussel. Omdat de politie vermoedde dat de bestuurder te veel alcohol in zijn bloed had, bracht zij het parket op de hoogte. Dat beval de onmiddellijke intrekking van Escoubets rijbewijs. Een kleine week later kon Escoubet zijn rijbewijs weer ophalen, twee dagen nadat hij daartoe een aanvraag had ingediend.

3. In de procedure voor het E.H.R.M. voerde Escoubet aan dat de Belgische procedure van onmiddellijke intrekking van een rijbewijs (art. 55 Wegverkeerswet) strijdig was met art. 6, lid 1, E.V.R.M. Het openbaar ministerie had hem het recht om zijn voertuig te besturen ontnomen zonder hem eerst te horen. De Belgische Wegverkeerswet stelde bovendien geen enkel rechtsmiddel ter beschikking tegen een dergelijke beslissing van het parket. De Belgische Staat wierp tegen dat de intrekking van een rijbewijs niet kaderde in een strafvervolgning, maar een preventieve maatregel was waarop de verdragsrechtelijke waarborgen voor een eerlijk proces niet van toepassing waren.

4. Art. 6, lid 1, E.V.R.M. bepaalt onder meer dat eenieder het recht heeft om de gegrondheid van een tegen hem ingestelde strafvordering door een rechterlijke instantie te laten beoordelen. Het E.H.R.M. moest dus eerst uitmaken of er in dit geval al een strafvordering in de zin van art. 6 E.V.R.M. was ingesteld. Het Hof hanteerde daarvoor de drie gebruikelijke criteria: de juridische kwalificatie van de litigieuze maatregel in het nationale recht, de feitelijke aard van de maatregel en de aard en de ernst van de eraan verbonden sancties (8 juni 1976, Engel, *Publ. Court*, reeks A, vol. 22; 21 februari 1984, Öztürk, *Publ. Court*, reeks A, vol. 73; 21 oktober 1997, Pierre-Bloch, *Rep.* 1997-VI). Het hield er in de eerste plaats rekening mee dat de maatregel in kwestie in ons nationale recht als een louter preventieve beveiligingsmaatregel is opgevat, niet als een strafsancie. Ons Hof van Cassatie oordeelde al eerder dat feitenrechters daarom niet bevoegd zijn om na te gaan of de onmiddellijke intrekking van een rijbewijs wel verenigbaar is met het E.V.R.M.

5. De begrippen uit het E.V.R.M. hebben echter een autonome betekenis. Als het nationale recht een verboden gedraging als een strafbaar feit kwalificeert, is art. 6 E.V.R.M. zonder meer van toepassing. Kaderen de maatregelen volgens het nationale recht van een lidstaat niet in een strafvervolgning, dan kan het E.H.R.M. deze herkwalficeren om er alsnog de minimumwaarborgen van art. 6 E.V.R.M. op van toepassing te verklaren. Het deed dit eerder al wanneer de litigieuze maatregel de facto het effect had een strafvervolgning in te stellen of wanneer de voorziene sancties zo ernstig en zwaar waren dat ze volgens het Hof neerkwamen op strafsancies (zie bijvoorbeeld 23 september 1998, Malige t/ Frankrijk, waarin het Hof art. 6 E.V.R.M. van toepassing verklaarde op de intrekking van punten van het rijbewijs, een administratieve maatregel naar Frans recht; zie de bespreking ervan door P. Lemmens in *R.W.* 2000-2001, 676).

6. Deze tweevoudige test bracht geen redding voor Escoubet. De Wegverkeerswet onderstelt geen enkele voorafgaande vaststelling van schuld en plaatst de maatregel los van een eventuele latere strafvervolgning. Het Hof vond geen redenen om aan te nemen dat het doel van de maatregel bestraffen is (in tegenstelling tot het verval van het recht tot sturen, wat een sanctie is die wordt opgelegd door een strafrechter), maar aanvaardde integendeel dat de intrekking van een rijbewijs een louter preventieve beslissing is om gevaarlijke bestuurders tijdelijk van de weg te houden met het oog op de veiligheid van de weggebruikers. Het dringend karakter verantwoordt de onmiddellijke uitvoering ervan. Het Hof relativeerde ook de ernst van de sanctie, omdat deze sterk beperkt is in de tijd. De betrokkene had zijn rijbewijs amper zes dagen moeten missen en dus geen zwaar nadeel ondervonden van de intrekking ervan. De weerslag van de maatregel was daarom niet ernstig genoeg om haar te kwalificeren als «straf»-sanctie.

7. Het Straatsburgse Hof kwam zo met een ruime meerderheid (14 tegen 3) tot de conclusie dat art. 6 niet van toepassing was, omdat er noch sprake was van een procedure over burgerlijke rechten en verplichtingen noch van een strafvervolgning.

8. Reeds van bij de voorbereiding van de wet van 1 augustus 1963 betreffende het rijbewijs voor bestuurders van motorvoertuigen werd duidelijk gemaakt dat de onmiddellijke intrekking een facultatieve veiligheidsmaatregel is die tot doel heeft gevaarlijke bestuurders uit het verkeer te verwijderen in afwachting van een rechterlijke beslissing (*Parl. St.*, Senaat, 1962-63, nr. 68, p. 9). Omwille van het hogere doel dat deze maatregel dient, kan ze worden opgelegd zonder dat de dader enig juridisch verwijt treft, en staat de rechtsbescherming er op een lager pitje dan bij een strafsancie. In de loop der jaren zijn verscheidene voorstellen gedaan om de rechtsbescherming van de betrokken bestuurder te verbeteren, maar zonder succes (P. Arnou en M. De Busscher, *Misdrijven en sancties in de Wegverkeerswet*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 353-383). Met dit arrest is duidelijk dat deze voorstellen ook bij het E.H.R.M. in dovemansoren vallen.

9. Het is nu afwachten wat het Arbitragehof hierover te zeggen heeft. De Leuvense politierechter richtte op 10 maart 2000 en 7 april 2000 twee prejudiciële vragen tot dit college omtrent de verzoenbaarheid van de procedure van onmiddellijke intrekking van een rijbewijs met de grondwettelijke bepalingen inzake gelijkheid en niet-discriminatie en art. 6, lid 1, E.V.R.M. De politierechter wil onder meer weten of art. 55 van de Wegverkeerswet deze artikelen niet schendt omdat het «aan een niet-rechterlijke instantie de bevoegdheid toekent om een strafsancie in de zin van het E.V.R.M. op te leggen, omdat de procureur des Konings tegelijkertijd optreedt als vervolgende partij en als rechter en deze straf oplegt zonder openbaar proces, zonder opgave van beweegredenen en zonder de betrokken persoon te horen...» (*B.S.*, 18 mei 2000).¹

(Zaak Escoubet t/ België)

Annelies Verdoodt

¹ N.v.d.R.: zie inmiddels het desbetreffende arrest van het Arbitragehof van 13 juli 2001, nr. 105/01 (*B.S.*, 30 oktober 2001).

E.H.R.M. 28 oktober 1999

*Art. 6, lid 1, E.V.R.M. – Recht op een eerlijk proces –
Inmenging van de wetgever in hangende gedingen*

1. De vraag in hoeverre de wetgever d.m.v. een retro-actieve wetgeving mag ingrijpen in hangende gedingen, is al enkele keren ter sprake gekomen voor het E.H.R.M. Met het arrest Zielinski bevestigt het nieuwe Hof de rechtspraak van het oude Hof en brengt het ook een aantal preciseringen aan. Het arrest is, conform de overgangsbepalingen van het elfde Protocol bij het E.V.R.M., gewezen door een grote kamer. Het moet dan ook als een principearrest worden beschouwd.

2. De verzoekers in deze zaak waren allen werknemers van socialezekerheidsinstellingen in het Elzasgebied. In de jaren '50 was een collectieve arbeidsovereenkomst gesloten, die voorzag in een bepaalde «vergoeding voor bijzondere moeilijkheden» wegens de complexiteit van de toepassing van de lokale rechtsregels in de betrokken departementen. De vergoeding werd vastgesteld op twaalf maal de waarde van een bepaald punt, zoals dit was vastgesteld in een nationale overeenkomst voor het personeel van de socialezekerheidsinstellingen.

In 1963 werden wijzigingen aangebracht in de nationale overeenkomst, met als gevolg dat de referentie-index voor de toepassing van het Elzasakkoord verdween. De socialezekerheidsinstellingen reageerden hierop met een vermindering van de vergoeding voor bijzondere moeilijkheden, hoewel er geen overeenkomst was tot wijziging van het Elzasakkoord.

Om redenen die niet uit het arrest van het Europese Hof blijken, zou het tot 1988 duren vooraleer vorderingen werden ingesteld, strekkende tot het verkrijgen van achterstallige vergoedingen, berekend op basis van het Elzasakkoord van 1953. De feitenrechtters namen uiteenlopende beslissingen, en enkele zaken belandden bij het Hof van Cassatie. Bij arrest van 22 april 1992 besliste dit Hof dat het Elzasakkoord, bij gebreke van een referentie-index, na 1963 niet meer onverkort toegepast kon worden. Het besliste dat in die omstandigheden in feite onderzocht moest worden of er ondertussen een gewoonte was ontstaan, die tot gevolg had dat de vergoeding wettig verminderd was; indien het bestaan van zo'n gewoonte niet bewezen kon worden, zou het akkoord van 1953 verder toegepast moeten worden op basis van de daarin bepaalde referentie-index, alsof die ook na 1963 nog zou zijn behouden. De zaak die aanleiding had gegeven tot dit arrest, werd verwezen naar het Hof van Beroep te Besançon.

Na het cassatiearrest volgden nog enkele arresten van hoven van beroep. Op 19 en 20 april 1993 besliste het Hof van Beroep te Metz dat het Elzasakkoord van 1953 verder toepassing moest krijgen. Op 23 september 1993 besliste het Hof van Beroep te Colmar dan weer, met verwijzing naar het cassatiearrest, dat er een gewoonte was ontstaan om de vergoeding te verminderen. Het Hof van Beroep te Besançon ten slotte, op 13 oktober 1993 uitspraak doende op verwijzing, besliste dat geen gewoonte was ontstaan, en dat daarom verder toepassing gemaakt moest worden van het Elzasakkoord.

Kort na die laatste uitspraak greep de regering in. Tijdens de bespreking van een wet op de volksgezondheid en de sociale zekerheid diende zij een amendement in dat ertoe

strekke te bepalen dat de litigieuze vergoeding werd vastgesteld op het bedrag zoals het door de socialezekerheidsinstellingen sinds 1963 was bepaald. Dit amendement werd goedgekeurd. De wetbepaling zou uitwerking hebben met ingang van 1 december 1983, zijnde de datum vanaf wanneer de betrokken werknemers met hun vorderingen de betaling van achterstallen eisten. Nadat een beroep van de oppositie door de «Conseil constitutionnel» was verworpen, werd de wet op 18 januari 1994 afgekondigd.

De procedures die allemaal nog hangende waren, hetzij voor een hof van beroep, hetzij voor het Hof van Cassatie, werden nadien allemaal beslecht in het voordeel van de socialezekerheidsinstellingen. Telkens maakten de betrokken rechtscolleges toepassing van de wet van 18 januari 1994.

3. In zijn arrest van 28 oktober 1999 herinnert het Europese Hof in de eerste plaats aan de beginselen die reeds uit een aantal andere arresten blijken (inzonderheid het arrest «Stran» van 9 december 1994, *Publ. Cour.*, reeks A, vol. 301-B, p. 82, § 49; het arrest Papageorgiou van 22 oktober 1997, *Rec.*, 1997-VI, p. 2288, § 37; het arrest «Building societies» van 23 oktober 1997, *Rec.*, 1997-VII, p. 2363, § 112). Zo het een wetgever in beginsel niet verboden is om wetbepalingen met terugwerkende kracht aan te nemen, is dit anders wanneer zulks tot gevolg heeft dat de wetgevende macht zich mengt in de rechtsbedeling, met de bedoeling om de gerechtelijke afhandeling van een geschil te beïnvloeden. In zulke gevallen verzetten de beginselen van de rechtsstaat en van de eerlijke behandeling van een zaak zich tegen de terugwerkende kracht, tenzij indien er daarvoor dwingende redenen van algemeen belang zijn (§ 57).

Voor het Hof staat het vast dat de wet van 18 januari 1994 tot gevolg heeft gehad dat de geschillen die nog bij de rechtscolleges aanhangig waren, definitief in het voordeel van de socialezekerheidsinstellingen en dus ook van de Staat beslecht werden. Uit de chronologie van de opeenvolgende rechterlijke uitspraken en de goedkeuring van het door de regering ingediende amendement blijkt voorts dat het wel degelijk de bedoeling was het standpunt van de Staat in de rechterlijke procedures te bekrachtigen. In beginsel ging het dus om een ongeoorloofde inmenging van de wetgever in hangende gedingen (§ 58).

Door de regering werd voor het Hof in de eerste plaats aangevoerd dat het ingrijpen van de wetgever nodig was om een einde te maken aan de uiteenlopende beslissingen in de rechtspraak. Het Hof is het met die zienswijze niet eens. Het wijst erop dat, in rechte, het Hof van Cassatie met zijn arrest van 22 april 1992 duidelijk de grenzen had getrokken. Weliswaar zou het dan verder van de feitenrechtters afhangen of het bestaan van een van het Elzasakkoord afwijkende gewoonte in feite voldoende bewezen werd geacht, en zou het uiteindelijk resultaat in elk van de zaken ook afhangen van die feitelijke beoordeling. Volgens het Europese Hof is de daaruit voortvloeiende mogelijkheid van in feite uiteenlopende beslissingen een inherent gevolg van de omstandigheid dat er binnen het grondgebied van een bepaalde staat verscheidene rechtscolleges ten gronde zijn, elk met een eigen territoriale bevoegdheid. Te dezen was trouwens niet gewacht op de reactie van het Hof van Cassatie op de uiteenlopende beoordelingen van de appelrechtters. De divergentie in de rechtspraak van de hoven van beroep kon in dit geval dan ook geen verantwoording bieden voor een inmenging van de wetgever (§ 59).

Door de regering werd voorts nog aangevoerd dat een wettelijke regeling nodig was om te vermijden dat de financiële toestand van de socialezekerheidsinstellingen in gevaar kwam. Het Hof verwerpt dit verweer niet zonder meer, maar onderstreept wel dat het slechts kan slagen als duidelijk wordt aangetoond welke de financiële gevolgen van de voor de Staat ongunstige oplossingen zouden zijn. Bij gebreke van de nodige gegevens biedt het financiële risico geen verantwoording voor de terugwerkende kracht (§ 59).

Eenparig komt het Hof dan ook tot de conclusie dat art. 6, lid 1, E.V.R.M. is geschonden.

4. Met het arrest Zielinski bevestigt het Hof andermaal dat de terugwerkende kracht van wetbepalingen problematisch kan zijn, o.m. vanuit het oogpunt van het recht op een eerlijk proces. Van de wetgever wordt een op concrete feiten gesteunde afweging van belangen verwacht. Enkel wanneer het algemeen belang aanwijsbaar zwaarder doorweegt dan het recht van de procespartijen op een rechterlijke beslechting van het geschil, mag de wetgever de afloop van de geschillen naar zijn hand zetten.

Nieuw in het arrest is de overweging dat in een staat met een gedecentraliseerd stelsel van rechtscolleges in feitelijke aanleg, het bestaan van uiteenlopende beslissingen een inherent gevolg is van zo'n systeem. Aldus versterkt het Hof de positie van de feitenrechters in een rechtsstaat.

(Zaak Zielinski en Pradal, en Gonzalez en anderen t/ Frankrijk)

Paul Lemmens

BOEKEN

Marc DE VOS, **Loon naar Belgisch arbeidsovereenkomstenrecht, Rechtspositie, recht op loon, loonbegrip**, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2001, 1602 p.

Met dit proefschrift is Marc De Vos niet aan zijn proefstuk toe. Wel is dit boek het meest uitgeplozen werk op zijn palmares. Het onderwerp is daar uiteraard niet vreemd aan. Bij gebreke aan een wettelijke definitie van het Belgische loonbegrip onderneemt de auteur als het ware een zoektocht naar de jurisprudentiële en doctrinaire invulling van de vraag «Wat wordt in het Belgische arbeidsrecht als loon beschouwd?». Aangezien de rechtsleer geen sluitend antwoord geeft op deze vraag, spitst de auteur zijn onderzoek in eerste instantie toe op de rechtspraak van het Hof van Cassatie. Vooral de cassatiearresten van 20 april 1977, die zowel in de rechtspraak als in de rechtsleer (veel) navolging kennen, worden onder de loep – en op de korrel – genomen. Deze laatste arresten definiëren loon als de tegenprestatie voor arbeid die in de uitvoering van een arbeidsovereenkomst wordt verricht. Na een grondig onderzoek van de werkingssfeer van deze cassatierechtspraak komt de auteur tot de constatacie dat de navolging eigenlijk onverdiend is. Reden hiervoor is de inconsequente toepassing van het gemene recht, wat de auteur aantoonde aan de hand van de ontleding van het begrip «giften» in de arbeidsverhouding werkgever – werknemer. Ook de wisselwerking tussen arbeid en recht op loon komt in ruime mate aan bod en draagt bij tot de uiteindelijke omschrijving die de auteur geeft van arbeidsrechtelijk loon.

De hoofdrol in dit werk is ontegensprekelijk weggelegd voor het gemene verbintenissenrecht dat residuair doorwerkt op de arbeidsrechtelijke problematiek. Het komt dan ook niet als een verrassing dat de auteur als eindconclusie oproept tot de herziening van het loonbegrip naar Belgisch arbeidsovereenkomstenrecht in deze zin.

Het is de verdienste van de auteur dat de zoektocht naar de inhoud van het loonbegrip niet louter vanuit sociaalrechtelijk standpunt wordt aangevat. Zo wordt ook de relevante fiscale wetgeving onderzocht, wordt een zeer belangrijk accent gelegd op de burgerrechtelijke praktijk en worden verschillende aspecten van handels- en vennootschapsrecht behandeld. Hier en daar wordt een rechtsvergelijkende toets met Nederland en Frankrijk ingelast. Aan persoonlijke en kritische standpunten ontbreekt het – niet verwonderlijk – geenszins.

Met zijn 1602 pagina's theoretische overzichten en dito bespiegelingen, doorspekt met talrijke verwijzingen naar rechtspraak en rechtsleer, richt dit boek zich voornamelijk tot de rechtstheoreticus die wordt geconfronteerd met specifieke deelvragen over de materie. Geïnteresseerden die een kort en omvattend overzicht wensen van de aangesneden loonproblematiek zijn met dit werk – (uiteraard) van overwegend academische aard – niet aan het goede adres. Toch staat de omvang van het boek niet omgekeerd evenredig met mogelijke gebruiksonvriendelijkheid. Bij het lezen wordt al snel duidelijk dat de auteur op het einde van elke titel een aantal geheugenopfrissende recapitalisaties inlast van de belangrijkste stellingen die hij poneert in de respectieve titel. Aan het begin en het einde van strategische hoofdstukken wordt de leidraad even kort hernomen en wordt de voorgaande redenering opnieuw geschetst. Ook het omstandig zaakregister draagt in belangrijke mate bij tot de vergemakkelijking van gerichte opzoekingen, en de «beknopte» bibliografie vormt bijna een rechtsbron op zich.

Kortom, met dit werk draagt de auteur meer dan zijn steentje bij tot de concrete invulling van de loonproblematiek (loonbegrip, rechtspositie en het recht op loon) in het Belgische arbeidsovereenkomstenrecht.

Inge Lamberts

Michel LEROY, **Contentieux administratif**, Brussel, Bruylant, 2000, 937 p. + 106 p. bijlagen

Het boek is de tweede uitgave van de Coursus «Geschillen van bestuur», die de auteur doceert aan de rechtsfaculteit van de ULB.

Dat het boek op de eerste plaats bedoeld is als een cursus voor de studenten, blijkt uit de schrijfstijl, het gebruik van voetnoten en de typografie.

De schrijfstijl: het is alsof de teksten de bijna letterlijke weergave zijn van de mondelinge uiteenzettingen. Men hoort de auteur als het ware zijn college geven. Dat maakt dat het boek, ondanks zijn omvang, vlot leest. De tekst is ook doorspekt met anekdotes (bv. de facsimile van een met de hand geschreven, stuntelig opgesteld verzoekschrift, dat toch voldoende was om de nietigverklaring te verkrijgen, p. 476; het nog krassere geval waarin de vraag van de verzoekers onmiddellijk op te treden «autrement nous sommes foutus» begrepen werd als een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, p. 891-892). Nadeel is ook wel, dat soms te lang wordt uitgeweid over onderwerpen die niet echt tot de bestuursgeschillen horen, zoals de overheidsaansprakelijkheid (p. 649-688), dat ook nog eens aan bod komt in het hoofdstuk «Le contentieux de l'indemnité» (p. 759-782).

De auteur is tamelijk zuinig met voetnoten, en in die voetnoten wordt overwegend verwezen naar arresten van de Raad van State. Ook dat draagt bij tot de leesbaarheid van de tekst.

Ten slotte de typografie: alleen de tekst in letters van normale grootte is bedoeld als examenstof.

Uit het bovenstaande moet men niet afleiden dat het boek enkel geschikt is als studiemateriaal voor studenten.

Allereerst, de auteur streeft volledigheid na, en bespreekt dus ook de procedures die maar zelden voorkomen (zoals de «verkorte» procedures in bepaalde aangelegenheden, p. 607-617); het is dus handig dat alle procedures in een boek terug te vinden zijn.

Daarnaast worden met name de knelpunten in de procedure op heldere wijze besproken (b.v. de uitbreiding van het voorwerp van het annulatieberoep tijdens de procedure, p. 472-474).

Het boek is ongetwijfeld een goede gids voor wie zicht wil krijgen op de procedures bij de Raad van State, en dat het niet alleen voor de student, maar ook voor de rechtspraktijk is.

M. Boes

F. HENDRICKX, **Elektronisch toezicht op het werk: internet en camera's**, Reeks «Sociale praktijkstudies», nr. 7, Diegem, Ced-Samsom, 2000, 169 p.

Frank Hendrickx snijdt in dit boek een zeer actueel en veel besproken onderwerp aan, het elektronisch toezicht op het werk. De nadruk ligt hierbij op de controle van het internetgebruik door de werknemers en op controle via camera's. Hoewel internet het medium bij uitstek vormt om sneller en efficiënter te werken, worden de nefaste gevolgen langzaam maar zeker duidelijk. Tal van arbeidsuren blijken immers verloren te gaan door het overmatig en persoonlijk gebruik van het internet door werknemers; het netwerk raakt op die manier overbelast; een risico ontstaat op aansprakelijkheden bij foutief gebruik van internet...

Met behulp van software kan men op een relatief eenvoudige manier het internetgebruik van het personeel controleren. Ook de camera blijkt een gevestigd product te zijn voor controledoeleinden op het werk, maar dan eerder in de context van bewaking en beveiliging. Beide vormen van elektronisch toezicht kennen een enorme opmars en daarbij rijzen een aantal juridische vragen. In welke mate is een dergelijk toezicht geoorloofd? Welke grenzen moeten er hierbij worden gerespecteerd? Wordt het recht op privacy van de werknemer voldoende beschermd? Wat is de rol van de zgn. *company policies* rond elektronisch toezicht op de werkplaats?

De auteur behandelt voornamelijk de problemen waarvoor vanuit de praktijk de meeste interesse bestaat.

Het boek bestaat uit zeven hoofdstukken.

In een *eerste hoofdstuk* worden de relevante begrippen en beginselen uiteengezet. Na de definiëring van het begrip elektronisch toezicht, bespreekt de auteur de twee tegenover elkaar staande rechten in deze materie: het recht op gezagsuitoefening door de werkgever en het recht op privacy van de werknemer. In het raam van het recht op gezagsuitoefening wordt het gezag op de communicatiemiddelen behandeld, alsook de bijzondere beperkingen aan het controlebeleid. Hiermee doelt de auteur op o.a. de juridische beperkingen van «security» en het onrechtmatig verkregen bewijs.

Daar controle van het internet en e-mailgebruik van werknemers en controle via camera meestal gepaard gaan met registraties en verwerking van persoonsgegevens, handelt *hoofdstuk twee* over de bescherming van deze persoonsgegevens. De belangrijkste juridische bron is uiteraard de wet van 8 december 1992, als gewijzigd door de wet van 11 december 1998. Deze wet wordt in detail besproken.

Hoofdstuk drie is gereserveerd voor een van de grootste belemmeringen bij de toepassing van elektronische controle, nl. de strafrechtelijke bescherming van telecommunicatie. Na een overzicht van de relevante strafrechtelijke bepalingen, toetst de auteur surfcontrole en e-mailcontrole aan deze bepalingen.

In *hoofdstuk vier* gaat de aandacht naar de implementatie van het HR-beleid inzake ICT (informatie- en communicatietechnologieën) op de werkplaats. Welke keuzes maken bedrijven en hoe ziet het management het gebruik van ICT in het bedrijf? Dit hoofdstuk valt uiteen in twee delen. Een eerste deel betreft de keuze van het implementatiemiddel: de (internet)gedragscodes en aanverwante documenten, de individuele arbeidsovereenkomst en het juiste taalgebruik. In een tweede deel wordt het collectief arbeidsrecht bekeken: de rol van de ondernemingsraad, de informatieverplichtingen bij het invoeren van nieuwe technologieën en de vermeldingen in het arbeidsreglement.

Hoe zit het met de wederzijdse verantwoordelijkheden van de werkgever en het personeel bij het gebruik van informatie- en communicatietechnologieën? Hoeveel kunnen partijen gaan bij het vastleggen van interne regelen in dit verband? Dit zijn de vragen waarop de auteur in *hoofdstuk vijf* een antwoord formuleert. Hij beperkt zich hierbij voornamelijk tot de burgerrechtelijke aspecten van de zaak.

Daar er voor camerabewaking op de werkplaats een specifieke regeling bestaat, wordt *hoofdstuk zes* volledig aan deze materie gewijd. De CAO nr. 68 betreffende de bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de camerabewaking op de werkplaats wordt hier dan ook in detail besproken.

De auteur sluit zijn boek af met een synthese waarin hij de meest voorkomende vragen in verband met elektronisch toezicht op de werkplaats formuleert en meteen hierop een antwoord geeft. Dit *zevende hoofdstuk* stelt de vluchtige lezer in staat snel en zeer praktijkgericht antwoord te vinden op een aantal voor de hand

liggende vragen inzake het elektronisch toezicht, zoals daar zijn: «Mag de werkgever het internetgebruik van zijn personeel controleren?», «Wie is aansprakelijk voor eventuele schade die voortvloeit uit het (foutief) gebruik van het internet in de onderneming?», of «Mag de werkgever camera's in de onderneming installeren?»...

Hendrickx slaagt erin een evenwicht tussen theorie en praktijk te realiseren in een materie waarin er vooralsnog weinig specifieke arbeidsrechtelijke regelingen bestaan. Vanuit zijn interesse voor de privacy op de werkplaats brengt hij een werk waarin zowel de specialist als de leek hun gading kunnen vinden. Het boek is vlot geschreven en is bijgevolg zeer toegankelijk, zonder oppervlakkig te worden.

Katrien Berghs

L. MATTHIJSEN, **Jurisprudentiedatabanken. Een internationaal vergelijkende studie naar de publicatie van rechterlijke uitspraken met behulp van informatietechnologie**, Serie ITeR Nationaal Programma Informatietechnologie en Recht 34, Deventer, Kluwer, 2000, 105 p.

Deze beknopte, maar schitterende publicatie is een waar pleidooi voor het elektronisch ter beschikking stellen van rechterlijke uitspraken. In vele landen wordt momenteel slechts een heel klein deel van alle rechterlijke uitspraken gepubliceerd. Gewoonlijk worden de uitspraken geselecteerd door de redacties van juridische tijdschriften, met het gevaar dat het publicatiebeleid te willekeurig is en dat de gepubliceerde jurisprudentieverzamelingen geen representatief beeld geven van de rechtspraak. Nochtans is het openbaar maken van rechterlijke uitspraken maatschappelijk belangrijk: de oordeelsvorming van rechters is controleerbaar en er wordt bijgedragen aan de rechtseenheid. De huidige informatietechnologie maakt het mogelijk de rechterlijke uitspraken elektronisch ter beschikking te stellen en bijvoorbeeld via het Internet te publiceren. Naast het belangrijke aspect van de openbaarheid van de informatie, is het dan ook mogelijk informatie automatisch op te sporen met analyse- en zoektechnieken en bijvoorbeeld bepaalde patronen en statistieken erin te herkennen.

Om te komen tot een antwoord op de vraag in hoeverre het Nederlandse systeem voor de publicatie van rechterlijke uitspraken reeds voldoet aan de grondwettelijke plicht tot actieve openbaarmaking, wordt een vergelijkende studie gemaakt van de Nederlandse publicatie van rechtspraak met de publicatie van rechtspraak in drie andere landen: de Verenigde Staten (VS), Zweden en België. In de VS is er de verplichting alle rechtspraak te publiceren. Landen zoals de VS laten zien dat het technisch en organisatorisch goed mogelijk is met behulp van de informatietechnologie grote hoeveelheden rechterlijke uitspraken te publiceren en effectief toegankelijk te maken. In de VS is er een duidelijke differentiatie tussen de behoeften van de professionele gebruikers en het brede publiek. De betrouwbare en kwalitatief hoogstaande informatiediensten voor de professoren zijn zeer duur, omdat de uitspraken manueel voorzien zijn van redactionele toevoegingen zoals samenvattingen, trefwoorden, automatische doorverwijzingen die het automatisch zoeken en analyseren van de uitspraken vergemakkelijken. De openbaarheid van de rechtspraak ten behoeve van het publiek wordt in de VS gerealiseerd door berichtgeving via de populaire media. De federale rechterlijke macht en afzonderlijke rechtbanken bieden daarnaast informatie over rechterlijke uitspraken via het Internet. Zweden hanteert een relatief verrigende opvatting ten aanzien van openbaarheid van overheidsinformatie. De burger heeft toegang tot alle officiële overheidsdocumenten, inclusief rechterlijke uitspraken. De Zweedse regering is bij wet verplicht een gratis basisvoorziening voor elektronische juridische informatie aan de burger te bieden, waarin verwijzingen naar belangrijke rechterlijke uitspraken worden opgenomen. Het Zweedse voorbeeld toont aan dat een verregaande openbaarheid van de overheidsinformatie bijdraagt tot een positieve beoordeling van de overheid door de burgers. Ten slotte is België het Europese land met de oudste traditie van juridische databanken. Hier zijn voorschriften voorhanden voor het publiceren van rechterlijke uitspraken en het gebruik van de informatietechnologie. Alle uitspraken van de Belgische Raad van State, behalve die in vreemdelingenzaken, worden in vier talen gepubliceerd op de website van deze instantie en zijn dus door de

burger via het Internet consulteerbaar. In Nederland wordt een beperkt deel van de rechterlijke uitspraken gepubliceerd in vaktijdschriften, jurisprudentiebundels en databanken die via het Internet of op CD-ROM beschikbaar zijn.

Er zijn enkele hinderpalen bij het elektronisch publiceren van rechtspraak. Selectie, annotatie en anonimisering vragen kostbare arbeidsintensieve inspanningen. Burgers hebben behoefte aan rechterlijke uitspraken in begrijpbare vorm, en een representatieve selectie is belangrijker dan volledigheid. Juristen hechten belang aan de volledigheid en het voorhanden zijn van goede redactionele toevoegingen, wat de kostprijs van de publicatie fors doet stijgen. Rechterlijke uitspraken bevatten persoonsgegevens waarvan de publicatie bedreigend kan zijn voor de persoonlijke levenssfeer. Daarenboven maken automatische zoeksystemen het gemakkelijk om deze gegevens op te sporen. Anonimisering is dus raadzaam. Misschien kan de technologie in de toekomst een oplossing bieden door het automatisch genereren van begrijpbare samenvattingen, goede indextermen en classificaties van de rechterlijke uitspraken, en door het ontwikkelen van software voor een automatische anonimisering.

De publicatie van Matthijssen besluit met zeer gefundeerde conclusies en aanbevelingen voor het gebruik van jurisprudentie-databanken. Ten slotte citeert de publicatie alle geraadpleegde bronnen, inclusief de vakliteratuur. Internetbronnen en geïnterviewde experts. Het in deze studie gebruikte interviewprotocol wordt nauwkeurig beschreven.

Marie-Francine Moens

Mr. F.J.L. PENNING, **Grondslagen van het Europese socialezekerheidsrecht**, Deventer, Kluwer, derde druk, 2000, 390 p.

Zoals vermeld in het woord vooraf, wil het boek een systematisch overzicht geven van de stand van zaken van de invloed van het Europese recht op de sociale zekerheid. Terwijl in eerste deel wordt stilgestaan bij de Europese coördinatie van het socialezekerheidsrecht, staat de auteur in een tweede deel stil bij de harmonisatie en in het bijzonder bij de gelijke behandeling van mannen en vrouwen.

In een eerdere commentaar op de Engelse vertaling van de tweede uitgave van bovenvermeld boek (zie *European Journal of Social Security*, 1999, 241-243) wees ik reeds op de tekortkomingen van het boek, namelijk dat de auteur geen melding maakte van bv. de recente literatuur – veelal van de Europese Commissie – die betrekking heeft op de hervorming van de coördinatieregelen of niet stond bij enkele actuele problemen van het Europese socialezekerheidsrecht.

Deze nieuwe uitgave komt gedeeltelijk aan deze kritiek tegemoet. Zeker wat het eerste punt betreft, zien we dat de auteur heel wat extra interessante literatuur heeft opgenomen. Wat het tweede punt betreft, is dit iets minder het geval. Het boek beperkt zich tot een overzicht van het Europese socialezekerheidsrecht en wijdt zich niet aan mogelijke toekomstige ontwikkelingen.

Een paar voorbeelden kunnen dit verduidelijken. Het is bekend dat de arresten Kohll en Decker van het Hof van Justitie een nieuw licht hebben geworpen op de problematiek van het vrij verkeer van patiënten. Bij de bespreking van dit arrest beperkt de auteur er zich toe aan te stippen dat deze arresten van groot belang kunnen zijn bij restitutiesystemen. Of ook verstrekkingen in natura – wellicht bedoelt de auteur stelsels – hieronder vallen, zoals het Nederlandse, laat de auteur onbesproken door enkel te vermelden dat dit nog niet is bepaald door het Hof. Het spreekt echter vanzelf dat dit ook het geval is. Of op p. 245 e.v. bespreekt de auteur de rechtstreekse werking van besluit nr. 3/80 van de Associatierraad EEG-Turkije. De – terecht – vraag of bv. ook andere bepalingen als het non-discriminatieprincipe rechtstreekse werking hebben, wordt niet behandeld. Ook het gebrek aan coördinatie tussen sociale zekerheid en fiscaliteit en de invloed van de Europese concurrentieregels op de sociale zekerheid wordt onbesproken gelaten.

Het boek blijft echter een goede inleiding voor al wie niet echt vertrouwd is met deze materie.

Y. Jorens

MEDEDELINGEN

Prijs Robert de la Porte

De Vereniging van praktijkjuristen in sociaal recht heeft beslist een prijs in het leven te roepen ter nagedachtenis aan Robert de la Porte, jurist bij de RVA, die op 22 april 2001 overleed.

Reglement

Artikel 1 – De Vereniging van praktijkjuristen in sociaal recht (VPSR) zal om de twee jaar de prijs Robert de la Porte uitreiken als beloning voor een originele juridische bijdrage (artikel, proefschrift, voorstel voor reglementaire wijziging, ...) over één van de materies die onder de bevoegdheid van de RVA vallen (werkloosheid, brugpensioen, activering van de werkloosheidsuitkeringen, tijds-krediet, ...). De bekroonde bijdrage zal gepubliceerd worden op de website van de VPSR alsmede in een tijdschrift gespecialiseerd in sociaal recht.

Artikel 2 – De laureaat of de laureaten zullen voor het eerst worden aangewezen in juni 2003, door een wetenschappelijk comité samengesteld uit beoefenaars van het sociaal recht.

Artikel 3 – De prijs bedraagt 1.000 euro.

Artikel 4 – De deelnemers worden uitgenodigd om ten laatste op 31 december 2002 hun bijdrage, anoniem maar vergezeld van een gesloten omslag met daarin de naam van de auteur, te bezorgen aan Michèle BAUKENS, Adviseur-generaal bij de RVA, Keizerslaan 7 te 1000 Brussel.

Lunchvoordracht: Beroepsorders en mededingingsrecht

Op 27 maart 2002 organiseert de Vereniging voor de Studie van het Mededingingsrecht een voordracht door mr. F. Glansdorff over het thema «Beroepsorders en mededingingsrecht».

Inlichtingen en inschrijvingen: Vereniging voor de studie van het Mededingingsrecht, Woluwedal 46/18, 1200 Brussel, Tel. 02/778.62.00 en fax 02/778.62.22.

40ste Wetenschappelijk Congres van de Vlaamse Juristenvereniging

Op vrijdag 26 april 2002 heeft het 40^e Congres van de Vlaamse Juristenvereniging plaats te Antwerpen met als thema «Rechts-handhaving door sancties in het recht».

Programma:

14 u. Openingszitting
Inleiding door J. Velaers, Congresvoorzitter

14 u.30 Sectievergadering

1. *Rechtshandhaving door administratieve sancties in het recht*: (preadviseur: J. Put; respondent: D. Cuypers)
2. *Rechtshandhaving door het Arbitragehof en de Raad van State door de uitoefening van de vernietigingsbevoegdheid* (preadviseurs: P. Popelier en S. Lust; respondent: P. Van Orshoven)
3. *Rechtshandhaving door de strafrechter* (preadviseur: Ph. Traest; respondent: R. Verstraeten)
4. *Rechtshandhaving door de stakingsrechter* (preadviseur: I. Demuynck; respondent: G. Straetmans)
5. *Contractualisering van sancties in het privaatrecht, inzonderheid bij contractuele wanprestatie* (preadviseur: S. Stijns; respondent: L. Cornelis)
6. *Rechtshandhaving en het recht van de Europese Unie* (preadviseur: A.-M. Van den Bossche; respondent: T. Joris)

15 u.45 Koffie- en theepauze

16 u.15 Sectievergaderingen (vervolg)

17 u.15 Slotrede door M. Adams

17 u.45 Slotwoord door J. Laenens, voorzitter Vlaamse Juristenvereniging

Deelname: leden VJV: 25 EUR; niet-leden VJV: 60 EUR.

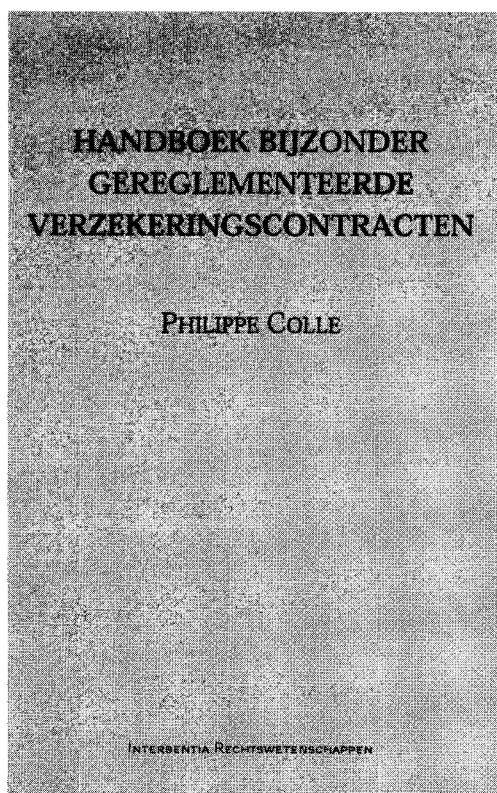
Inlichtingen en folder: D. Vanheule, congressecretaris (dirk.vanheule@ua.ac.be) of L. Cuynen (lucia.cuynen@ua.ac.be), Faculteit Rechten UFSIA, tel. 03/220.40.12: <http://www.ufsia.ac.be/fre/nieuws/vjv2002.html>.

NIEUW!

Handboek bijzonder gereguleerde verzekeringscontracten

Ph. Colle

2001 | ISBN 90-5095-187-2 | xvi + 301 blz. | € 90



Dit is reeds de derde, volledig geactualiseerde editie van het ondertussen klassieke handboek van Professor Colle over de verzekeringsovereenkomsten, die naast de algemene verzekeringswet ook aan een bijzondere reglementering onderworpen zijn. De auteur heeft zich beperkt tot een studie van de bijzonder gereguleerde verzekeringscontracten, die hoofdzakelijk verband houden met het privéleven van de verzekerde: de brandverzekering, de gezins aansprakelijkheidsverzekering, de motorrijtuigenverzekering, de levensverzekering en de rechtsbijstandsverzekering.

De duidelijke structuur en het uitgebreide en gedetailleerde trefwoordenregister maken van dit handige boek een onmisbaar werkinstrument voor alle verzekerings-specialisten.

Bestel nu!



Stuur de coupon in een voldoende gefrankeerde envelop terug naar Intersentia Uitgevers nv | Churchilllaan 108 | B-2900 Schoten (Antwerpen) | België



Of fax de coupon naar ++32 (0)3 658 71 21



Of stuur een berichtje naar mail@intersentia.be

ANTWOORDCOUPON



Hebt u vragen? Bel ++32 (0)3 680 15 50

☐ Ja, ik bestel ____ ex. van het boek **Handboek bijzonder gereguleerde verzekeringscontracten** (ISBN 90-5095-187-2), aan de prijs van €90,- per exemplaar. Ik betaal pas na ontvangst van de factuur, die mij samen met mijn bestelling bezorgd wordt.

de heer | mevrouw

naam: _____ voornaam: _____
firma: _____
straat: _____ nr.: _____
postnummer: _____ gemeente: _____
land: _____
telefoon: _____ fax: _____
e-mail: _____ btw: _____
datum: _____ handtekening: _____

Intersentia nv respecteert uw privacy. De persoonsgegevens die u doorgeeft, mag het gebruiken om u op de hoogte te houden van zijn uitgaven. Wilt u geen commerciële informatie van Intersentia nv? Kruis dan dit vakje aan: ☐ U kunt uw gegevens ook opvragen en laten verbeteren via fax of per brief.



intersentia

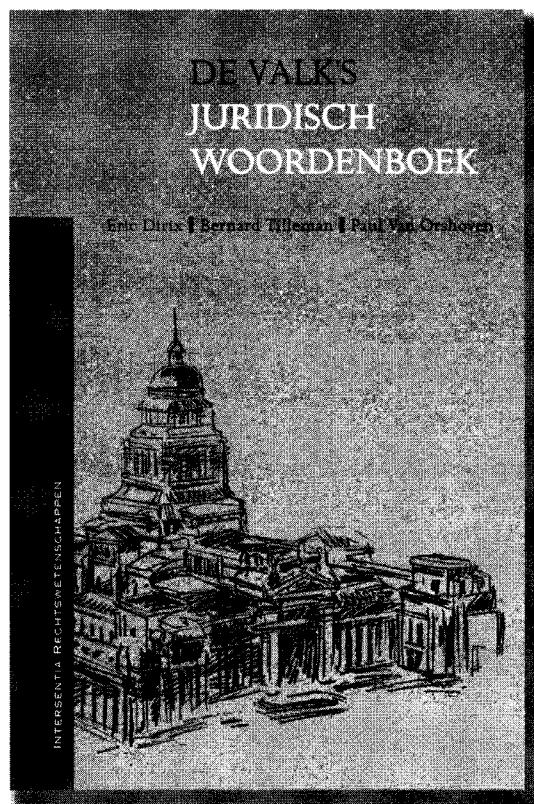
2-I-A-R

NIEUW!

De Valks Juridisch Woordenboek

Redactie : E. DIRIX, B TILLEMANN en P. VAN ORSHOVEN

2001 | ISBN 90-5095-148-1 | ca. 400 blz. | € 73,13



In alle ons omringende landen bestaan er uitstekende verklarende juridische woordenboeken. Zo beschikken onze noorderburen vanouds over "FOCKEMA ANDREAE'S Juridisch Woordenboek", terwijl in Frankrijk, Duitsland en de Verenigde Staten respectievelijk "CORNU", "CREIFELDS" en "BLACK'S LAW" een stevige reputatie genieten. In België bestond een dergelijk algemeen juridisch woordenboek - enige sectoriële woordenboeken en lexicons niet te na gesproken - nog niet. Het nut en het succes van de buitenlandse voorbeelden heeft de redactie geïnspireerd om ook voor Vlaanderen een dergelijk boek samen te stellen. In dit woordenboek wordt het bij ons geldende recht, het weze van Belgische, internationale, Europese of Vlaamse oorsprong, volledig bestreken. Bij elk lemma worden ook de Franse vertaling, de belangrijkste subtreffwoorden, de pertinente wetgeving en eventuele synoniemen of verwante begrippen vermeld.

Bestel nu!



Stuur de coupon in een voldoende gefrankeerde envelop terug naar Intersentia Uitgevers nv | Churchilllaan 108 | B-2900 Schoten (Antwerpen) | België



Of fax de coupon naar ++32 (0)3 658 71 21



Of stuur een berichtje naar mail@intersentia.be

ANTWOORDCOUPON



Hebt u vragen? Bel ++32 (0)3 680 15 50

☐ Ja, ik bestel ____ ex. van het boek **De Valks Juridisch Woordenboek** (ISBN 90-5095-148-1) tegen de prijs van € 73,13 per exemplaar.

Ik betaal pas na ontvangst van de factuur, die mij samen met mijn bestelling wordt bezorgd.

de heer | mevrouw

naam: _____ voornaam: _____
firma: _____
straat: _____ nr.: _____
postnummer: _____ gemeente: _____
land: _____
telefoon: _____ fax: _____
e-mail: _____ btw: _____
datum: _____ handtekening: _____

Intersentia nv respecteert uw privacy. De persoonsgegevens die u doorgeeft, mag het gebruiken om u op de hoogte te houden van zijn uitgaven. Wilt u geen commerciële informatie van Intersentia nv? Kruis dan dit vakje aan: ☐ U kunt uw gegevens ook opvragen en laten verbeteren via fax of per brief.



intersentia

2-B-A-R