

Rechtskundig Weekblad

Vereniging zonder winstgevend doel

Verschijnt elke Zondag

Abonnementsprijs : 500 fr. per jaar

Postcheckrekening Nr 3185.22

Beheer en Redactie : Mr. René VICTOR, Justitiestraat, 21, Antwerpen

Hulde aan de Heer

L. VAN WINCKEL

Eerste-Voorzitter van het Hof van Beroep te Gent

ter gelegenheid van zijn emeritaat

De Vlaamse Conferentie bij het Hof van Beroep te Gent huldigt de Heer Eerste-Voorzitter L. Van Winckel

Inleiding door Mr Jan RONSE
Voorzitter van de Conferentie

De Heer L. Van Winckel, Eerste-Voorzitter van het Hof van Beroep te Gent, bereikt de leeftijdsgrens : *dura lex*, die op al te voorbarige wijze aan een uitzonderlijk magistratuur de rust oplegt !

Dit afscheid mocht niet onopgemerkt voorbijgaan.

De Conferentie had dan ook gehoopt een passende hulde te mogen brengen aan de Heer Eerste-Voorzitter, doch diens bescheidenheid weigerde ons de daartoe onontbeerlijke toestemming.

Op het *Rechtskundig Weekblad* werd dan ook beroep gedaan om, in zijn kolommen, weliswaar in alle eenvoud, maar heel oprecht, uiting te geven aan onze waardering en dankbaarheid jegens de gevierde magistratuur. Drie professoren, behorende tot de verschillende Nederlandstalige rechtsfaculteiten, hebben een bijdrage geschreven, die in dit nummer, als huldeblijk voor de Heer Eerste-Voorzitter, gepubliceerd wordt. De rechtspraak in dit nummer is uitsluitend afkomstig van Kamers waarin de Heer Eerste Voorzitter zetelde.

De collegialiteit van de Belgische rechtspraak maakt het onmogelijk dat, zoals in bepaalde andere landen, een overzicht zou gegeven worden van het juridisch oeuvre van een magistratuur. Toch menen wij dat de hierna gepubliceerde arresten de stempel dragen van het uitzonderlijke meesterschap van een groot magistratuur. Dat deze keuze al te beperkt is, zal niemand ontgaan, wanneer men rekening houdt met de uitzonderlijke loopbaan van de Heer Van Winckel. Hij kan terugblikken op zes en veertig jaren magistratuur. Beginnende als plaatsvervangende, doch dienstdoende rechter in de Rechtbank van Eerste Aanleg te Dendermonde, vervolgens als rechter en nadien

als onderzoeksrechter in dezelfde rechtbank, zetelde hij tenslotte meer dan vijf en twintig jaar als Raadsheer, Voorzitter en tenslotte als Eerste-Voorzitter in het Hof van Beroep te Gent.

Plaats ontbreekt om in dit nummer de uitzonderlijke loopbaan van de Heer Eerste-Voorzitter te schetsen.

Er kan slechts uiting gegeven worden aan het oprechte gevoel van dankbaarheid van de Vlaamse juristen in het algemeen, en meer in het bijzonder van de leden onzer Conferentie, niet alleen jegens de grote jurist, maar ook jegens de vooraanstaande Vlaming. Met grondige degelijkheid heeft de heer Van Winckel de culturele taak vervuld die hij, bij zijn installatie als Eerste-Voorzitter, zo duidelijk schetste als de zending van de Vlaamse magistratuur tegenover de cultuurgemeenschap, tot dewelke hij behoort.

Wij zijn er van overtuigd dat dit nummer van het *Rechtskundig Weekblad* een al té bescheiden poging uitmaakt om uiting te geven aan de algemene bewondering en dankbaarheid van de juristenwereld jegens de Heer Eerste-Voorzitter Van Winckel, evenals aan de verwachtingen die voor de toekomst op hem gesteld blijven.

Wij zijn er het *Rechtskundig Weekblad* ten zeerste dankbaar voor, dat het ons daartoe de gelegenheid heeft geboden. De magistraten van het Hof, die ons daarbij met raad en daad hebben geholpen, mogen ook niet vergeten worden.

Aan de gevierde Eerste-Voorzitter wensen wij nog een lang en vruchtbaar emeritaat : *ad multos annos !*

De Balie bij het Hof van Beroep te Gent aan de Heer Eerste-Voorzitter L. Van Winckel

door Mr René DERIJCKE

Stafhouder van de Orde der Advocaten bij het Hof van Beroep te Gent

Toen men mij voor enkele maanden in de wandeling van het paleis vertelde dat de heer Eerste-Voorzitter Van Winckel binnen een paar maanden het emeritaat zou bereiken, gaf ik uiting aan mijn twijfel en vroeg ik aan mijn zegsman of hij daarvan wel zeker was, zo onwaarschijnlijk leek het nieuws voor wie de heer Van Winckel kende; en op datzelfde ogenblik kwam mij in herinnering een lang gesprek dat hij mij enkele dagen tevoren toegestaan had, en tijdens hetwelk hij mij zo talrijke en zo belangwekkende blijken had gegeven van zijn encyclopedische kennis en van zijn onuitputtelijke geestesnieuwigheid, dat ik werkelijk te laat naar huis keerde voor het familiaal avondmaal...

Welnu, het nieuws was juist, hoe ongelooflijk ook: de heer Eerste-Voorzitter Van Winckel, jong van geest, jong van hart en jong van levenslust, zal, door de blinde leeftijds grens getroffen, binnen enkele weken, de hoogste magistratuur van beide Vlaanderen aan zijn opvolger toevertrouwen.

En de onverpoosde bedrijvigheid die het kenmerk is van zijn ganse loopbaan, zal hij voortaan voortzetten in het kader van zijn geliefkoosd herenhuis van de St-Katelijnestraat.

Met een oprechte vreugde geef ik gevolg aan de suggestie die mij gedaan werd, de Balie te laten deelnemen aan de huide welke in het « Rechtskundig Weekblad » aan de Heer Eerste-Voorzitter Van Winckel gebracht wordt; de redenen daartoe zijn veelvuldig.

* * *

De verhoudingen tussen Balie en Magistratuur zijn uiteraard kies omdat, tot hetzelfde ideaal van gerechtigheid gewijd, de een en de andere de op te lossen problemen van uit een verschillende optiek opvatten: de eerste uit deze van de verdediging en van de bescherming van de individuele belangen, de tweede uit deze van een rechtsbedeling die de oplossing van de individuele problemen in het raam van een bepaald sociaal en economisch systeem zal moeten verzekeren, en dan nog bovendien van de billijkheid, — dat begrip dat zo moeilijk te bepalen valt en waarvoor ik, bij gebrek aan kennis van de bijdrage van de heer advocaat-generaal Dumon op het ogenblik dat ik deze regels schrijf, naar Littré verwijzen zal: « disposition à faire à chacun part égale, à reconnaître impartialement le droit de chacun ».

Onnodig te onderstrepen welk kies werktuig aan de handen van de magistraat toevertrouwd wordt; en tot welke uiteenlopende opvattingen en tegenstellingen het vestigen van de twee onmisbare grondslagen van de gerechtigheid, tweegggebracht door de Balie een deels en door de rechter anderdeels, aanleiding kan geven. Indien men soms bij enkele advocaten betreuren moet dat het plichtsbeseft te wensen overlaet, wat gelukkig de uitzondering is, moet ook gezegd worden dat de middelmatige rechter een neiging zal hebben de rol van de balie te minimiseren om zich in een complex van superioriteit af te zonderen. Vandaar, wrijvingen waarin de rechter niet steeds gelijk heeft...

Het strekt de Heer Eerste-Voorzitter Van Winckel tot eer dat tijdens een loopbaan die niet veel minder dan een halve eeuw beslaat, nooit te mijner kennis de wijze waarop hij zijn rol opgevat en vervuld heeft, bij de Balie in opspraak kon komen.

Het waar talent is doorgaans bescheiden en niet onvereenigbaar met eenvoud. Omdat hij merkwaardig verstandig is, ontwijkt de Heer Eerste-Voorzitter Van Winckel het contact niet met een eventueel tegenspreker, verwaarloost hij nooit de mogelijke verrijking welke anderman's opinie aan zijn eigen opvatting wellicht zal bijbrengen; vandaar — meen ik — het geheim van de minzaamheid zijner verhoudingen, o.m. met de Balie waarvan ik hier de erkentelijke toik ben.

* * *

Het behoort me niet toe, aan de lezers van het « Rechtskundig Weekblad » de magistraat voor te stellen. Weze het me nochtans toegelaten, steunende zowel op eigen ondervinding als op de getuigenis van mijn confraters die te Dendermonde omgang hadden met hem, de opnie te uiten dat de rechtlopende carrière van deze magistraat, waarvan de ontwikkeling geen de minste schaduw laat bespeuren, als symbool zal dienen van de rechtschapen rechter:

— in de eerste plaats een grote moed: de oudere advocaten van Dendermonde spreken nu nog van de wijze waarop de Heer onderzoeksrechter Van Winckel zich kweet van zijn taak tijdens de oorlogsperiode 1914-1918, dag en nacht, in alle hoeken van zijn arrondissement waar de plicht hem riep, niet aarzelend naar St-Niklaas, waar zekere diensten van de rechtbank overgebracht waren, zich te voet te begeven;

— de morele moed: wanneer hij het nodig acht kan hij streng en zelfs onmeedogend zijn: noch vrienden, noch invloeden zouden hem, ware het maar één stap van wat hij de rechte lijn oordeelt, doen afwijken;

— de kennis van de dossiers, die letterlijk verbazend is; al wie voor hem gepleit heeft wanneer hij een correctionele kamer voorzette, had de indruk, na het verslag van voorzitter Van Winckel aanhoort te hebben, het dossier maar oppervlakkig ingestudeerd te hebben: geen de minste bijzonderheid, welke doorgaans onopgemerkt zou blijven, ontsnapte aan zijn doorzichtige blik; deze verslagen, uitgebracht zonder schijnbare inspanning, waren soms de vrucht, — zo vertelt men — van een slapeloze nacht.

Moet men ook nog de nadruk leggen op deze onverpoosde, van iedereen gekende, bekommering om de juridische en billijke oplossing van de conflicten te bereiken. Meermaals bekloegen wij ons erover, dat de arresten van de Heer Voorzitter Van Winckel zo lang op het getouw bleven; maar men wist dat deze scrupuleuze magistraat zijn beslissing steeds opnieuw overwoog, verbeterde, om ze dan eerst aan zijn collega's te onderwerpen wanneer hij tot de sereniteit van een gewetensvolle overtuiging gekomen was. Steeds is het ongeduld van de Balie door de over-

tuigende juistheid van het arrest beloond geworden.

Niet alleen de leden van de Balie, maar ook de collega's van Eerste-Voorzitter Van Winckel, stelden op prijs zijn zin van juridisch evenwicht.

Ik hoor nog in mijn oren klinken een opmerking die een van zijn collega's — thans een zeer hoog magistraat — me deed, meer dan tien jaar geleden, wanneer de Heer Voorzitter Van Winckel voorzitter was van een correctionele kamer: « Wanneer wij aarzelen over een oplossing van burgerlijk of van handelsrecht, raadplegen wij Mr Van Winckel; zijn advies is steeds het juiste ».

* * *

Het valt dan ook niet te verwonderen dat het emeritaat van de Heer Eerste-Voorzitter Van Winckel eenparig spijt op het paleis zal nalaten.

Maar wij mogen niet egoïst zijn: de aftredende Eerste-Voorzitter heeft meer dan wie ook — het recht verworven meer tijd te besteden tot zijn « hobby »: zijn smaak voor oudheidkunde, voor de oude meubelen en de kostbare standbeelden die zijn huis versieren.

Hij zal mij nochtans toelaten de wens uit te drukken zich niet uitsluitend door zijn kunststrekkingen te laten verleiden, maar ook de Vlaamse rechtsliteratuur met de vruchten van zijn ondervinding en van zijn kennissen te verrijken.

BILLIJKHEID EN RECHT

door F. DUMON

*Professor aan de Universiteit te Brussel
Advocaat-generaal bij het Hof van Cassatie*

In een rede uitgesproken ter gelegenheid van de plechtige opening van het rechterlijk jaar 1950-1951 heeft Don José Costan Tobenas, voorzitter van het opperste gerechtshof van Spanje, op merkwaardige wijze bijna al de bestaande opvattingen over de billijkheid uiteengezet en ontleed (1). Hij classificeert ze als volgt: 1° *de subjectieve opvattingen* die de billijkheid beschouwen als een extra-wettelijke *gerechtigheid* ofwel een *gerechtigheid* die vrijelijk door de rechter mag toegepast worden, ofwel nog als een intuïtieve gerechtigheid; 2° *de objectieve opvattingen* volgens welke de billijkheid a) ofwel een natuurlijke ofwel een ideale gerechtigheid is, b) ofwel de gerechtigheid toegepast op het concreet geval of nog de gerechtigheid beïnvloed door menslievende en christelijke gevoelens; 3° eindelijk, sommigen oordelen dat de billijkheid een ethisch begrip is dat een regel schept welke de gerechtigheid overtreft.

Deze zeer verdienstelijke ontleding brengt twee belangrijke verschijnselen aan het licht: 1° de billijkheid wordt ofwel uitgelegd door, ofwel verward of nog vergeleken met, de begrippen gerechtigheid, natuurrecht of moraal; 2° de billijkheid kan opgevat worden als biedende algemene en objectieve gedragsregels, ofwel slechts als een middel om een uit de gerechtigheid, het natuurrecht of het positief recht afgeleide algemene regel aan concrete gevallen aan te passen.

Die twee verschijnselen dienen verder uitgediept en toegelicht.

I. *De verhoudingen tussen billijkheid, gerechtigheid, natuurrecht en moraal.*

Ten einde deze verhoudingen te kunnen bepalen zou eerst dienen uitgemaakt of van de begrippen gerechtigheid, natuurrecht en moraal wel een duidelijke en voor iedereen aannemelijke definitie kan gegeven worden, en ook of hun respectieve gebieden nauwkeurig afgebakend kunnen worden.

Wanneer deze eerste en onvermijdelijke vraag gesteld wordt stuit men onmiddellijk op een van de grootste en nooit opgeloste problemen van de rechtsfilosofie.

Zoals meermalen geschreven is, zijn billijkheid, gerechtigheid, natuurrecht, moraal, begrippen « met grote uitstralingskracht », die door iedereen: juristen,

practici, wijsgeren, justitiabelen, enkelingen in het algemeen, dagelijks gebezigd worden om waardebeoordelingen te steunen of gedragingen te beoordelen, doch zij hebben voor al die personen andere, verschillende en uiteenlopende betekenissen en bijna steeds blijven ze vaag en onnauwkeurig.

In het raam van deze bescheiden en beperkte mededeling is het niet mogelijk de veelvuldige betekenissen van die begrippen aan te duiden of zelfs de opvattingen der meest vooraanstaande filosofen en juristen in herinnering te brengen.

Ik beperk me tot sommige aanduidingen.

a) *De gerechtigheid.*

Professor *Ch. Perelman* heeft op merkwaardige wijze dit begrip wetenschappelijk uitgediept (2). Gerechtigheid, schrijft hij, is « op gelijke wijze behandelen » (traiter de façon égale). Maar een moeilijkheid ontstaat onmiddellijk wanneer bewust beginsel d'ent toegepast te worden. De vraag stelt zich immers of iedereen, zonder onderscheid, in alle omstandigheden, op dezelfde wijze dient behandeld te worden dan wel of integendeel onderscheidingen nodig zijn en, in bevestigend geval, dewelke. Iedereen oordeelt dat het onmogelijk voorkomt al de individuen steeds op dezelfde wijze te behandelen zonder rekening te houden met een of andere bijzonderheid die hen kan of moet onderscheiden. Maar dan ontstaan talrijke uiteenlopende opvattingen aangaande de bijzonderheden, de kenmerken die in aanmerking dienen genomen, en die derhalve als essentieel beschouwd worden. Van daar de veelvuldige concrete formules van gerechtigheid zoals namelijk: aan eenieder naar zijn verdiensten, aan eenieder naar zijn werken, aan eenieder naar zijn rang, aan eenieder naar zijn behoeften... Al deze regels steunen, naar de opvatting van degenen die ze goedkeuren, op de gerechtigheid, doch deze gerechtigheid is slechts betrekkelijk, want zij wordt afhankelijk gemaakt van een voorafgaande waardebeoordeling. Men zal immers eerst moeten beslissen wat essentieel is: de verdiensten, de werken, de behoeften... Deze waardebeoordelingen worden nooit door rationele overwegingen geboden. Zij zijn derhalve willekeurig. « Toute valeur étant arbitraire, il n'existe pas de justice absolue, entièrement fondée en raison » (3).

Er zijn drie elementen in de gerechtigheid schrijft Perelman: de waardebepaling die haar grondslag is, de regel die ze uitdrukt en... de handeling die ze verwezenlijkt. Is gerechtigt de handeling die de regel eerbiedigt en is gerechtigt de regel die steunt op de waardebepaling welke men goedgekeurd heeft.

Kan het eerste element (de waardebepaling) aan geen rationeel vereiste onderworpen worden, dan is dit integendeel wel het geval voor de andere twee; men mag eisen dat de enkelingen die van dezelfde essentiële categorie deel uitmaken op dezelfde wijze zouden behandeld worden (logische toepassing van de regel) en men mag nog eisen dat de regel logisch zou afgeleid worden uit het aangenomen en goedgekeurd criterium.

Het willekeurig karakter van de grondslag van iedere opvatting omtrent de gerechtigheid heeft als noodzakelijk gevolg dat de eenstemmigheid hieromtrent niet met dezelfde kracht als voor andere deugden kan bereikt worden en ook dat men niet te ontgevend mag zijn nopens de toepassing van haar regels.

Na er op gewezen te hebben dat de gerechtigheid een sociaal begrip is, dat dus slechts ontstaat uit de samenleving en derhalve, om die reden, van de moraal afgescheiden is, poogt *Georges del Vecchio*, professor aan de Rechtsfaculteit te Roma (4) de logische bestanddelen van dit begrip in het licht te stellen. Hij schrijft dat de gerechtigheid noodzakelijk de volgende kenmerken vertoont: aanvankelijke gelijkheid van al de individuen, « bilateraliteit », d.w.z. het gelijktijdig beschouwen van meerdere subjecten die idealistisch op hetzelfde plan geplaatst worden, en de wederkerigheid waardoor noodzakelijkerwijze eigenschappen van een persoon zich tegelijkertijd openbaren en beperken; de aanspraken worden immers hierdoor mogelijk gemaakt maar zij worden beperkt door de verplichtingen die gelijktijdig ten opzichte van het ander subject ontstaan.

De gerechtigheid eist dat ieder subject zou behandeld worden volgens zijn waarde en dat aan iedereen toegekend zou worden wat hem toekomt.

Maar welke is die waarde, wat is hetgeen dat aan iedereen toekomt? Ons geweten zal een antwoord geven en zal tevens de bestanddelen van de ideale gerechtigheid kenbaar maken zoals het ook de formele eigenschappen van de gerechtigheid geopenbaard heeft.

Ons geweten en ons verstand eisen dat de hoedanigheid van persoon zou erkend worden voor zichzelf en ook voor al de andere individuen. Ieder subject dient aangezien en behandeld te worden door al de andere individuen als een absoluut principe van zijn eigen handelingen. « Ieder individu heeft een oorspronkelijk recht van eenzaamheid » (*droit à la solitude*)... Dit is het ideaal bestanddeel van zelfstandigheid dat de wezenlijke onschendbaarheid van de persoon uitmaakt. Uit dit principe wordt dan door *del Vecchio* afgeleid dat namelijk de volgende « rechten » aan de individuen door de ideale gerechtigheid verleend worden; de vrijheid, die elk individu ingeboren is. Derhalve bezit iedereen ten opzichte van zijn medemens een « natuurlijk recht » van persoonlijke vrijheid (« *suc vital ou noyau de vérité des théories mêmes* ») en deze vrijheid roept noodzakelijkerwijze de vrijheid van meningen, van het woord, van vergadering... in het leven.

H. Kelsen (5) « Ich weiss nicht und kann nicht sagen was Gerechtigkeit ist, die absolute Gerechtigkeit, dieser schöne Traum der Menschheit ».

Het is voor het menselijk verstand niet mogelijk

een absoluut geldige norm te ontdekken. De redelijke kennis laat slechts toe menselijke belangen (menselijke Interessen) te ontwaren en het ene ten nadele van het ander te voldoen.

Men kan namelijk oordelen dat de sociale vrede het grootst geluk of belang is en in dit geval zal een compromis-oplossing als de gerechtigheid aangezien worden. Men kan ook van mening zijn dat de economische welvaart het voornaamste te bereiken doelwit is; dan kan men niet beslissen dat de gerechtigheid het democratisch politiek stelsel oplegt; integendeel, indien de vrijheid van het individu als het hoogste te bereiken doel aangezien wordt, dan is de democratie het aangewezen middel, met haar noodzakelijke uitvloeisel: de verdraagzaamheid.

En H. Kelsen concludeert: men is genoot met een betrekkelijk begrip gerechtigheid genoegen te nemen: ik kan slechts zeggen wat de gerechtigheid, *voor mij*, betekent: ik onderscheid de gerechtigheid der vrijheid, de gerechtigheid van de sociale vrede, de gerechtigheid van de democratie, de gerechtigheid van de verdraagzaamheid (6).

Zoals bijna iedereen geeft *Jacques Leclercq* toe dat de gerechtigheid niet kan bepaald worden zonder eerst een opvatting nopens de mens en nopens zijn doeleinden aangekleefd te hebben. Twee gedachten liggen de gerechtigheid ten grondslag: het recht van het individu en de vereisten van de orde, het geluk (de welvaart) en de sociale vooruitgang; dus gelijkheid en medewerking. Al de sociale vraagstukken komen neer op evenwicht tussen vrijheid en tucht. Dienen verboden, die vrijheden waardoor de vrijheden van de anderen uitgeschakeld worden. De verdelende gerechtigheid (*justice distributive*) moet toegepast worden wanneer om het even welke vereniging van enkelingen ontstaat. Zij eist de evenredigheid in de prestaties. Deze evenredigheid is echter uiterst moeilijk te bepalen want de vergelijking tussen de prestaties en de verdiensten veronderstelt de beoordeling ervan met een volledige kennis van de toestand. Zij wordt dan ook nooit verwezenlijkt en de strijdige opvattingen nopens de te geven oplossing en derhalve de betwistingen kunnen nooit vermeden worden.

Zoals *Ulpianus* reeds deed, meent *Salmond* (7) de gerechtigheid te moeten kenmerken: « *Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi* ».

De gerechtigheid wordt dan slechts geschonden — schrijft hij — wanneer eens anders recht geschonden wordt (*Justice, it is said, means specifically the observance of rights, and injustice the violation of rights*).

Wanneer men een verplichting niet nakomt die nochtans met geen recht van een ander bepaald persoon (*jus alteri*) gepaard gaat, dan kan er geen schending van de gerechtigheid bestaan; b.v. zich schuldig maken aan openbare dronkenschap of een handelsbedrijvigheid hebben die nadelig is voor de gemeenschap.

Evenals *del Vecchio* legt *Salmond* dus de nadruk op de wederkerigheid: de gerechtigheid zou een begrip zijn eigen aan de betrekkingen tussen individuen en in verband gehecht met hetgeen hen toekomt.

De enkele hierboven vermelde opvattingen pogen de gerechtigheid te bepalen door een beroep te doen op hetgeen haar eigen zou zijn.

Anderen verwarren gerechtigheid, billijkheid, natuurrecht, rationeel of ideaal recht. Dit schijnt namelijk het geval te zijn met *M. Reglade* (8). « *La règle équitable qui convient, c'est-à-dire la notion de justice. Qu'est-ce que la justice si ce n'est ce sens particulier* ».

de notre esprit... de notre raison qui nous fait découvrir la règle à observer. La norme à découvrir ainsi c'est le droit naturel ou droit rationel ou droit objectif».

Dergelijke zienswijze kan bezwaarlijk als nuttig voor ons onderwerp aangezien worden.

Ik heb de bedoeling niet een definitie van de gerechtigheid op te zoeken en voor te stellen; dit ligt immers niet in mijn bevoegdheid. De enige poging welke ik hier onderneem is zekere onderscheidingen te ontwaren tussen de gerechtigheid enerzijds en de moraal, het ideaal recht, de billijkheid anderzijds.

Ik moge in alle bescheidenheid de volgende voorstellingen uiten:

a) De regel die van zulke aard is dat hij de gerechtigheid dient moet weliswaar gekozen worden; maar deze keuze wordt in een zekere mate aan sommige personen opgelegd door de beschaving en door het bewustzijn van de grote meerderheid der leden van de bevolking in een bepaald land op een bepaald ogenblik. Deze personen zijn diegenen welke een sociale opdracht te vervullen hebben: wetgevers en rechters.

Dit bewustzijn vergt thans, namelijk in onze Natie, dat al de individuen, zonder onderscheid van stand, opvatting, kleur, ras..., als houders van dezelfde rechten, die eigen zijn aan het individu, zouden behandeld worden; het vergt ook dat om de waarde van de arbeidsprestaties te bepalen slechts zou rekening gehouden worden met risico's, ervaring, voorbereiding, verantwoordelijkheid, opbrengst, werk... en niet meer, namelijk met een louter kunstmatig onderscheid tussen zogenaamde hand- enerzijds, en geestesarbeid anderzijds.

Die beknopte beschouwingen ten einde namelijk rekening te houden met de «essentiële categorie» waarvan Prof. Perelman zeer terecht gewag maakt in zijn onderzoek van het begrip gerechtigheid.

Men kan nochtans nooit genoeg aandringen op de omstandigheid dat, wanneer bovenbedoeld maatschappelijk bewustzijn niet met zekerheid kan ontdekt worden — hetgeen zeer dikwijls het geval zal zijn — het uiterst gevaarlijk is voor wetgevers en nog meer voor rechters zich door een gerechtigheidsgevoel te laten leiden, want het zal steeds subjectief en persoonlijk blijven en derhalve tegenstrijdige opvattingen ten gevolge hebben.

b) De gerechtigheid onderstelt een regel, toepasselijk voor al de gevallen die zich kunnen voordoen.

Maar deze gerechtigheidsnorm kan dikwijls vreemd blijven aan het begrip ideaal recht: namelijk wanneer geoordeeld wordt dat de staatkundige maatschappij niet behoort op te treden om die regel op te leggen en om hem te doen in acht nemen.

Omgekeerd zijn vele algemene regels noodzakelijk geacht voor de gepaste ordeningen van de staatkundige maatschappij vreemd aan het begrip gerechtigheid: b.v. de regels welke de verdediging van de staatkundige maatschappij tot doel hebben, of die welke de Welfare State — de heilsstaat — en dus het algemeen, voornamelijk het stoffelijk welzijn, beogen. De gelijkheid der individuen wordt immers door die regels somtijds verbroken om redenen welke voortspuiten uit andere gevoelens: zekerheid, menslievendheid, bezorgdheid jegens zwakkeren.

c) Het gerechtigheidsgevoel wordt, meen ik, veel meer ingeroepen om de toepassing van een regel dan om de regel zelf te beoordelen. Wanneer men b.v. de veroordeling van een individu wegens een hem ten laste gelegd misdrijf criticiëert, wordt bijna steeds de toepassing van de regel afgekeurd en de regel die

beslist dat degenen die een dergelijk misdrijf gepleegd hebben, b.v. een vrijheidsstraf dienen te ondergaan, wordt zelfs niet meer onderzocht. Een tweede voorbeeld. Een gehuwde vrouw sluit, zonder machtiging van haar echtgenoot, een overeenkomst met een derde welke zij, door het aanwenden van bedrieglijke handelingen omtrent haar juridische bekwaamheid, bedrogen heeft. De rechter vernietigt nochtans op haar verzoek de aangegane verbintenissen.

Men zal oordelen dat de gerechtigheid of zelfs de «billijkheid» gekrenkt werd.

Waarom? Omdat de toegepaste regel niet gerechtigd is, ofwel omdat hij in dat bepaald geval niet behoort toegepast te worden (billijkheid?) ofwel nog omdat de rechter de ter zake toepasselijke regel niet in aanmerking genomen heeft, te weten, dat de gehuwde vrouw in een dergelijk geval de vernietiging van de juridische handeling niet vermag te bekomen (9)?

Het is, naar ik meen, deze derde reden die tot kritiek aanleiding geeft; door het niet toepassen van deze laatste regel werd immers de gerechtigheid gekrenkt.

Misschien is het, zoals wij verder zullen zien, een instinctmatig moreel of billijkheidsgevoel dat de rechter ertoe moest aanzetten de toepasselijke regel op te zoeken en dan toe te passen, maar d't neemt niet weg dat, zo hij het niet gedaan heeft, hij veel eerder de gerechtigheid dan de moraal of de billijkheid gekrenkt heeft. Misschien nog is het de moraal welke deze regel in het leven geroepen heeft, maar deze bestond en indien hij niet toegepast werd, wordt de gerechtigheid eerder dan de moraal gekrenkt.

d) Ontelbare opvattingen worden dagelijks aan het begrip gerechtigheid getoetst; opvattingen die in werkelijkheid afgeleid worden uit het antwoord op de vraag «wat komt aan iedereen toe» (suum cuique tribuere) of wat is de vereiste morele handeling of gedraging.

De enen oordelen b.v. dat het privaat-eigendom en ook de private erfenis dienen beschermd, de anderen integendeel dat slechts het collectieve eigendom mag toegelaten worden. Dit zijn loutere gevolgtrekkingen uit voorafgaande waardebeoordelingen: sociale, wijsgerige, staatkundige, natuurrechtelijke opvattingen: namelijk voor de enen de vergelding van de enkeling en zijn nakomelingen wegens zijn arbeid, voor de anderen, de volstreekte gelijkheid van al de individuen en het welzijn van de ganse gemeenschap.

De morele beoordeling veronderstelt goedkeuring of afkeuring van een bepaalde gedraging. Uit die beoordeling — uiteenlopend en subjectief — die reeds het bestaan van een regel onderstelt, wordt een tweede regel afgeleid — gerechtigheidsregel — «dat de ene dient beloofd te worden en de andere gestraft».

b) De moraal.

Talrijke handelingen en bedoelingen der mensen geven aanleiding tot goed- of afkeuring, tot achting of verachting zowel vanwege de betrokken enkeling zelf als vanwege zijn medemens.

Professor Eug. Dupreel schrijft (10) dat een morele handeling, opoffering en geregeldheid (sacrifice et régularité) veronderstelt. Een handeling die op grond van deze kenmerken niet kan beoordeeld worden is onverschillig ten opzichte van het moreel gevoel. De regel is niet universeel of absoluut; hij ondergaat immers talrijke wijzigingen volgens de plaats of de tijd, maar hetgeen een vast element zou zijn, is de opoffering «Quelles que soient leur commandement,

cela seul qui dans ces règles a une valeur constante et universelle, c'est l'effort sur nous-même qu'elles exigent, le sacrifice qu'elles comportent et les bonnes dispositions qu'elles attestent...» (11).

Hetgeen inderdaad de zedelijke mensen er toe aanzet zich te gedragen zoals zij doen is de bezorgdheid voor hun eer, hun wens over zichzelf voldaan en fier te zijn en ook zich de verachting van hun medemensen niet op de hals te halen.

Zijn die door de «zedelijk» individuen gevolgde regels rationeel of theoretisch geldig? Ofwel zijn er sommige regels die objectief kunnen gerechtvaardigd worden? Kiese en tot in het oneindige besproken problemen.

Alles wat de rechtsgeleerde kan vaststellen is dat vanaf zijn geboorte het individu beïnvloed wordt door de gangbare opvattingen aangaande goed en kwaad, over hetgeen verboden en geoorloofd is, en dat zijn moreel bewustzijn in die omstandigheden ontstaat. Professor De Page schrijft gans terecht: «Toute civilisation comporte un ensemble de règles morales faites d'habitudes et de traditions, formant corps avec la mentalité d'un peuple et suffisamment générales pour être indépendantes de toute confession déterminée. Il existe une morale coutumière sur laquelle tous les honnêtes gens s'entendent parfaitement...» (12).

De gedragsregels gegrond op de eerlijkheid, de onbaatzuchtigheid, de menselijke waardigheid, zijn morele principes, schrijft De Page, zoals die welke het bedrog en de kwade oogmerken verbieden. Wij zouden verder nog kunnen verduidelijken dat onze moraal de eerbied voor het gegeven woord eist (pacta sunt servanda), voor de menslievendheid — hetgeen namelijk de bezorgdheid voor de rechten en belangen van de anderen oplegt — voor zekere gevoelens en gedragingen met betrekking tot het gezin, het vaderland, voor de erkentelijkheid. De moraal prijst de arbeid aan, maar veroordeelt de luiheid...

Zij die deze morele principes in acht nemen zullen de achting genieten, namelijk van de rechters. Instinctmatig zullen deze laatsten geneigd zijn de «zedelijke» individuen beter te behandelen dan de anderen... ten minste binnen de perken door het positief recht toegelaten.

De moraal heeft ontegenzeggelijk talrijke regels van het positief recht gevormd of beïnvloed maar nochtans blijven vele morele regels vreemd aan het positief en zelfs aan het ideaal recht en moeten zij er vreemd aan blijven.

De moraal heeft ook zekere regels van de gerechtigheid ingegeven. Ik meen nochtans dat men met Professor Perelman (13) kan zeggen dat de gerechtigheid beredenering veronderstelt terwijl integendeel de moraal, in vele gevallen althans, als tekenend kenmerk de spontaneïteit heeft. «La charité est la vertu la plus directement opposée à la justice. Elle peut s'exercer spontanément, sans aucun calcul, aucune réflexion préalable. Son but est de soulager la souffrance quelle qu'elle soit... sans tenir compte d'aucune circonstance».

c) Het natuurrecht.

Al de doctoren in de rechten hebben tijdens hun studiejaren het probleem van het natuurrecht onderzocht. Dit betekent nochtans niet dat dit begrip steeds duidelijk is voor iedereen en nog minder dat er daarover eensgezindheid heerst. Daarom ook bestaat een steeds open probleem van het natuurrecht waarvan het onderzoek zelf bij enkelen aanleiding gegeven heeft tot de zienswijze dat het helemaal niet bestaat.

Ripert namelijk schrijft: «Je ne connais pas de recherche plus stérile que celle du contenu du droit

naturel» (14), en F. Geny: «En ce qui concerne... ce contenu proprement dit, du droit naturel, je ne ferai aucune difficulté de reconnaître que je n'ai pu qu'en esquisser les lignes les plus générales, laissant place à d'innombrables variétés et accommodations dans le détail des applications concrètes... Mais j'avoue que j'y vois de telles difficultés et l'exigence de tels efforts, que, n'ayant plus devant moi le temps nécessaire pour y suffire, je me résigne à laisser cette besogne extrêmement attachante, mais terriblement dure, à des esprits plus neufs et plus jeunes» (15).

Het zij mij veroorloofd slechts twee opvattingen van Belgische professoren te vermelden.

J. Dabin schrijft dat het raam van het natuurrecht tot de eerste principes en de algemeenste regels van de moraliteit terug te brengen is. En zijn onderzoek beperkende tot de betrekkingen «ad alterum» (sociale moraal in de ruimste betekenis) — de plichten van de mens jegens God of jegens zichzelf ter zijde latende — ontdekt hij a) een menselijk-maatschappelijk (inter-individueel) natuurrecht, b) het gezinsrecht, c) het maatschappelijk staatkundig natuurrecht.

Het menselijk-maatschappelijk recht wordt afgeleid uit de natuurlijke neiging van de enkeling in gemeenschap te leven.

Het gezins- en het staatkundig natuurrecht uit natuurlijke en noodzakelijke groeperingen: het gezin, de Staat.

Het menselijk-maatschappelijke recht legt iedereen de plicht op de eigenschappen van de enkeling in zijn medemens te eerbiedigen: van daar de verplichting zijn zedelijke en lichamelijke individualiteit te eerbiedigen, de evenredigheid in de wederzijdse prestaties niet te verbreken en dus niet gerechtvaardigde verrijking te vermijden; ook trouw te blijven aan het gegeven woord, de menslievendheid, de weldadigheid... (16).

Prof. Foriers schrijft: «Le droit naturel apparaît aujourd'hui... comme l'expression de la conscience collective des nations civilisées et tel qu'il naît de ces faits et se dégage des phénomènes juridiques qui les caractérisent, tel qu'il se révèle de la libre recherche scientifique, c'est un droit respectueux de la personnalité humaine, individualiste dans son essence, indépendant de toutes données surnaturelles, intimement lié aux libertés fondamentales de l'homme et, par conséquent, particulièrement précieux pour la sauvegarde des valeurs essentielles de l'humanité» (17).

Ik meen dat men, althans bij benadering, mag oordelen dat het natuurrecht de wezenlijke beginselen voorschrijft die door het positief recht dienen gevolgd en bekrachtigd te worden, welke wezenlijke beginselen afgeleid zijn uit de natuur van de mens en de noodwendigheden van de samenleving in een bepaald milieu en op een bepaald tijdstip.

Dit natuurrecht zou dus een *ideaal recht* uitmaken en derhalve een gebied omvatten dat dikwijls verwijderd ligt van dat van de gerechtigheid en van de moraal of ten minste ten opzichte daarvan vreemd en onverschillig blijft.

II. *Billijkheid, algemene regel, of algemeen principe:* («de algemene billijkheid») of slechts een correctief verbonden aan de toepassing van een algemene regel van gerechtigheid, natuurrecht, ideaal recht of van positief recht of nog een middel aan de rechter gelaten om een concreet geschil, dat door de wet of door de gewoonte niet geregeld is, te kunnen oplossen.

Vele auteurs betwisten dat de billijkheid ooit een

algemene regel zou kunnen zijn. Blackstone schrijft namelijk dat, vermits de billijkheid aan het concreet geval dient aangepast te worden, het onmogelijk voorkomt een vast en algemeen billijkheidsprincipe voor te stellen; dit wensen te doen zou er op neerkomen de aard zelve van het begrip te vernietigen (18).

Voor Ch. Perelman — en zodoende verleent hij een duidelijke en vaste opdracht aan de billijkheid — zal deze laatste wijzigingen aan de toepassing van een regel van de *gerechtigheid* mogelijk maken, regel die steeds subjectief is en die door velen in verscheidene omstandigheden als ongepast of verkeerd zal aangezien worden. « L'équité tend à diminuer l'inégalité là où l'établissement d'une égalité parfaite, d'une justice formelle est rendue impossible par le fait que l'on tient compte simultanément de deux ou plusieurs caractéristiques essentielles qui viennent se heurter dans certains cas d'application... on se trouve en plein compromis quand on a recours à l'équité » (19).

J. Dabin (20) geeft aan de billijkheid drie betekenissen of opdrachten: a) zij verbetert of vult de wet aan, de wet is immers algemeen en derhalve niet volledig; zij statueert « de eo quod plerumque fit » — b) de billijkheid verzacht de toepassing van een regel van het recht wanneer de vereisten van de eerbied voor de rechten eigen aan de individuen dit opleggen — c) de billijkheid wordt gevormd door « ces règles générales... où le droit strict et certain est méthodiquement sacrifié à des considérations tirées de certaines circonstances particulières et subjectives — comme la bonne foi, les ressources précuniaires ou les charges familiales... (substitution du point de vue personnel au point de vue réel) ».

Voor Geny is billijkheid ofwel « une sorte d'instinct qui... va de lui-même tout droit à la solution la meilleure et la plus conforme au but de toute l'organisation juridique », ofwel « c'est, en vue de l'adaptation aux faits de l'idée de justice, la considération des circonstances individuelles prenant le pas sur les idées générales... » (21).

Foriers (22) oordeelt ook dat benevens een algemene billijkheid ook een billijkheid van het concreet geval zou bestaan. Zelfde opvatting van Bayart (23).

Cl. Du Pasquier, integendeel, oordeelt, met anderen nog, dat wanneer de rechter een beroep doet op de billijkheid hij zich op een algemene regel dient te steunen: « Il doit s'élever (pour rendre une sentence équitable) au-dessus de l'espèce particulière qui lui est soumise, envisager des situations semblables, comparer les valeurs des intérêts en présence et, se plaçant sur le plan du législateur, statuer suivant un principe susceptible d'être érigé en règle générale » (24).

In de wetten, zowel de Belgische als b.v. de Zwitserse, wanneer aan de rechter opgelegd wordt naar billijkheid uitspraak te doen wordt hem, in de meeste gevallen, zoals ik verder zal aantonen, voorgeschreven of toegelaten een algemene regel ter zijde te laten of te verzachten of aan te passen om zich namelijk te laten leiden door bepaalde omstandigheden of beschouwingen, dikwijls door de wet zelf aangeduid, die eigen zijn aan de partijen betrokken in het geschil waarover hij moet beslissen.

Volgens de opvatting van velen, en namelijk ook van talrijke rechters en advocaten en van sommige auteurs is de billijkheid nog het instinctmatig gevoelen of bewustzijn van het toe te passen recht dat de rechter heeft en dat hem zou in staat stellen, in geweten, algemene regels te ontdekken om ze daarna toe te passen op de gevallen die aan zijn beslissingsmacht voorgelegd worden.

III. Welke zijn de beschouwingen, omstandigheden, belangen die in aanmerking genomen worden om als « correctief » te dienen? Welk is de inhoud van de « algemene » billijkheidsregel? Opvattingen van de Rechtsleer.

Alvorens sommige van deze opvattingen te vermelden herinner ik aan het ontwerp van het Burgerlijk Wetboek. Voor de opstellers van dit Wetboek was de billijkheid: « le retour à la loi naturelle, aux usages reçus dans le silence de la loi positive » (25).

Savatier (26) deelt deze zienswijze, volgens welke de billijkheid het door de rechter geïnterpreteerd natuurrecht is.

Voor Bonnecase (27) is de billijkheid een begrip dat uiteraard vaag blijft; zij is niet anders dan de subjectieve opvatting van iedereen over recht en gerechtigheid. Zij is niets anders dan een persoonlijk en derhalve veranderlijk bewustzijn van het recht.

De heer advocaat-generaal Ganshof van der Meersch oordeelt dat het gebied van de billijkheid « de gerechtigheid is die in de wet niet of slechts op onvolmaakte wijze opgenomen werd » (28).

De gerechtigheid ook is het die Rosette Dubuisson inroept in haar rede uitgesproken te Charleroi, « l'équité est... la volonté raisonnée et raisonnable d'être juste... C'est l'instinct du juste » (29).

W. Delva schijnt tevens de billijkheid te willen vereenzelvigen met de rechtvaardigheid, de redelijkheid en de goede trouw (30). Maar het begrip « goede trouw » is ook vatbaar voor meerdere betekenissen; in artikel 1134 van het Burgerlijk Wetboek is het de eigenlijke wil der partijen (31) of, volgens Demogue, een opgelegde werkelijke samenwerking tussen partijen (32); in artikelen 549, 550, 1141 van het Burgerlijk Wetboek en voor de toepassing van artikel 2279 van het Burgerlijk Wetboek, het feit te hebben gemeend overeenkomstig het recht gehandeld te hebben... in artikel 24 van de wet van 25 september 1946, zich niet schuldig gemaakt te hebben aan onregelmatigheden of aan een grove schuld (33).

En wanneer men het begrip goede trouw wenst uit te leggen, wordt de billijkheid ingeroepen!! Dit wordt gedaan door J. Dabin wanneer hij de artikelen 549 en 550 van het Burgerlijk Wetboek onderzoekt (34).

Foriers is van mening dat de billijkheid een moreel begrip is... « en het spontaan gevoelen van het rechtvaardige en onrechtvaardige in een bepaald geval » (35). Dit is reeds een poging om de billijkheid van de gerechtigheid, de moraal en het natuurrecht af te zonderen en om ze door kenmerken die haar eigen zouden zijn te bepalen.

Gelijkaardige pogingen zijn aangewend namelijk door De Page, Dabin, Tobenas...

Na er op gewezen te hebben dat billijkheid niet alleen « gelijkheid » betekent maar ook moraliteit, gaat De Page in zijn onderzoek verder en schrijft hij dat de billijkheid: a) de toe te passen algemene regels menselijker maakt (humaniser les règles) (« on ne peut utiliser les règles jusqu'à la limite »); b) optreedt om deze regels aan de nieuwe economische en sociale toestanden aan te passen; namelijk om de overdrijvingen van de vrijheid van handel en nijverheid te verzachten, om de onbeperkte rechten van de eigenaars, gegrond op artikel 544 van het Burgerlijk Wetboek te beperken door rekening te houden met de rechten van de burens, om de regels van de burgerlijke aansprakelijkheid te verfijnen en zelfs om die, in het belang van de economische zwakkeren, door nieuwe principes te vervangen (wet op de arbeidsongevallen);

c) de rechtbanken ertoe noopt de algemene regels zedelijk te maken (« les tribunaux moralisent les relations humaines ») en de nieuwe sociale opvattingen in de toepassing van die regels in te voeren (b.v. nieuw begrip over de uitoefening van de ouderlijke macht) (36).

En De Page preciseert, m.i. gans terecht, dat de billijkheid niet mag dienen om de rechter toe te laten louter subjectief en op willekeurige wijze uitspraak te doen; « l'équité n'est pas l'arbitraire... Il serait téméraire de croire qu'elle ne s'alimente pas à certains grands principes constituant un système de civilisation *objectif* parce que conforme au consentement général des hommes... » (37).

De billijkheid verplicht het recht rekening te houden met de goede trouw, met de gezinslasten, met de geldmiddelen van de enkelingen wanneer zij, zelfs zonder een fout te hebben begaan, aan een derde een schade berokkend hebben (namelijk: de burgerlijke aansprakelijkheid van de abnormalen) schrijft J. Dabin (38). Dit is voor hem de zuivere billijkheid (la pure équité). Maar wanneer het recht sommige morele verplichtingen van bijstand bekrachtigt en oplegt, dan wordt ook de billijkheid in het recht ingelijfd (« Dans le désir de faire régner plus de fraternité et plus d'amour, le droit n'a pas hésité à rendre obligatoires... des applications de plus en plus fréquentes du devoir moral d'assistance... »).

Zijn met name verplichtingen van deze aard (39) die tot het vergoeden van een schade welke niet door een fout veroorzaakt werd: de bijstand opgelegd in de schoot van de familie (tussen echtgenoten namelijk en gegrond op de liefde en de trouw), de plichten door de erkentelijkheid opgelegd, de bijstand gebonden door de loutere menslievendheid (b.v.: hulp te verlenen aan in gevaar verkerende schepen, actio ad exhibendum), plicht voor de werkgever een getuigenschrift aan zijn gewezen werkmans of bediende af te leveren, bijstand verleend door de Staat aan de ouden van dagen, de verminkten en aan al degenen die door rampen getroffen werden...).

Don José Costán Tobenas (40) heeft ook de verdienstelijke poging gedaan om de billijkheid af te zonderen van andere begrippen die steeds vaag en subjectief gebleven zijn. Hij onderscheidt haar taak in het recht en haar inhoud (beschouwingen, belangen, omstandigheden, principes welke zij in het recht invoert). Nopens haar rol: de billijkheid verzet zich tegen de juridische strengheid en strakheid (rigor iuris); (iuris aequum, verzet zich tegen iuris strictum). Zij verzacht de positieve wetten naar gelang van de omstandigheden eigen aan de gevallen. Nopens de inhoud: billijkheid is een soort gerechtigheid (genero proximo) die in aanmerking neemt niet alleen de algemene opvattingen van het recht en van het juridisch stelsel, maar ook de bijzonderheden eigen aan het geval; zij beijvert zich er om tevens een *morele* en *menselijke* oplossing te geven.

IV. De betekenis van het woord « billijkheid » in de Belgische wetten.

Verscheidene wetten leggen aan de rechter de plicht op of laten hem de gelegenheid « naar billijkheid uitspraak te doen ».

Wat wordt hierdoor bedoeld?

1. Artikel 565 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt: « Wanneer het recht van natrekking twee roerende zaken betreft, die aan twee verschillende meesters toebehoren, is dat recht gans onderworpen aan de beginselen van de *natuurlijke billijkheid*. De volgende rege-

len dienen de rechter tot voorbeeld, om hem toe te laten, in de niet bepaalde gevallen, volgens de bijzondere omstandigheden, een beslissing te treffen ». Volgen dan twaalf artikelen die talrijke omstandigheden opgeven en die een oplossing ervoor geven.

Deze artikelen hebben veel van hun belang verloren om reden van het bestaan van artikel 2279 van het Burgerlijk Wetboek dat nog niet door de Franse wetgever aangenomen was toen die artikelen onderzocht werden.

De woorden « natuurlijke billijkheid » in artikel 565 van het Burgerlijk Wetboek betekenen dat wanneer de rechter uitspraak moet doen nopens een geval dat niet in bovenvermelde artikelen uitdrukkelijk omschreven is, hij, in de plaats van de wetgever, de gepaste oplossing zal moeten uitvinden, mits nochtans als voorbeeld en leidraad de in de artikelen 566 en volgende voorgeschreven regelen in aanmerking te nemen (41).

Artikel 565 beperkt zich er dus toe aan de rechter de opdracht te verlenen de wet aan te vullen — maar slechts in een wel omschreven en begrensd raam — door al de beschouwingen en belangen in aanmerking te nemen, zoals de wetgever zelf het zou gedaan hebben.

2. Artikel 1135 van het Burgerlijk Wetboek: « Overeenkomsten verbinden niet alleen tot hetgeen daarin is uitgedrukt, maar ook tot al de gevolgen die door de *billijkheid*, het gebruik of de wet aan de verbintenis, volgens haar aard, worden toegekend ».

De oude auteurs zeggen niets aangaande het begrip billijkheid in bedoeld artikel (42).

F. Mourlon nochtans schrijft dat billijkheid beduidt goede trouw en geen willekeur (43).

Th. Huc oordeelt dat die billijkheid aan de meester, gebonden door een contract van dienstverhuring, de verplichting oplegt de veiligheid van de werknemers te verzekeren en dat de billijkheid insgelijks eist dat hij zou blijven instaan voor de hoedanigheid der werktuigen welke hij te hunner beschikking stelt (44).

Het thans onderzocht gedeelte van artikel 1135 besprekende, geeft Baudry Lacantinerie als toepassing ervan een verplichting van weldadigheid voor een der partijen ten voordele van de andere. De andere door hem vermelde toepassingen zijn m.i. niets anders dan de logische feitelijke beoordeling van de wil der partijen (45).

Voor Kluyskens (46) betekent billijkheid hier « eerlijkheid », dus een zedelijk begrip en nochtans wijzen de voorbeelden van toepassing van de billijkheid welke hij aanhaalt veeleer op een loutere logische uitlegging van de wil der partijen.

Mazeaud (47) stipt aan dat de rechtbanken vaak het begrip billijkheid inroepen om namelijk in de toetredingscontracten de bedongen prestaties ten gunste van de zwakkeren te verzachten. Hij geeft ook talrijke voorbeelden van vonnissen en arresten die, op grond van de billijkheid van artikel 1135 van het Burgerlijk Wetboek, veiligheidsprestaties aan de partijen opgelegd hebben « verplichtingen waaraan de partijen bij het aangaan van hun verbintenissen nooit gedacht hadden » (48).

Men mag zich evenwel afvragen of die aan een partij opgelegde niet voorziene of niet bedongen verplichtingen wel overeen te brengen zijn met een ander beginsel dat men ook als « billijk » bestempelt, dat reeds vóór 1804 (49) in het Frans recht bestond en door artikel 1162 van het Burgerlijk Wetboek uitdrukkelijk bekrachtigd is: « In geval van twijfel wordt de overeenkomst verklaard tegen hem die bedongen heeft en ten gunste van hem die zich verbonden heeft ».

Wanneer men artikel 1135 van het Burgerlijk Wetboek wenst te verklaren mag men het overigens niet afzonderen van artikel 1134 waarvan het slechts een uitvloeisel is, en hetwelk bepaalt dat de overeenkomsten — dus hetgeen de partijen bedongen hebben — de wet der partijen is.

Billijkheid betekent m.i. in artikel 1135 niets anders dan eerlijkheid, zoals A. Kluyskens ook meent.

3° Artikel 1854 van het Burgerlijk Wetboek dat van weinig praktisch belang is en dat uit het Romeins recht overgenomen werd, bepaalt: «Indien de vennoten zijn overeengekomen de regeling van hun aandeel over te laten aan een van hen of aan een derde, kan die regeling slechts bestreden worden, indien zij *blijkbaar* strijdig is met de *billijkheid*».

Bedoelde regeling zou «blijkbaar met de billijkheid strijdig» zijn, indien zij geenszins zou kunnen worden gerechtvaardigd ⁽⁵⁰⁾ dus *willekeurig* zou zijn.

4° Wanneer een krankzinnige of een persoon aangedaan door een zware geestesstoornis of geesteszwaakte waardoor hij onbekwaam was zijn daden te beheersen, een schade aan een derde berokkend heeft, zal de rechter naar *billijkheid* uitspraak doen, (zo bepaalt artikel 1386bis van het Burgerlijk Wetboek). De rechter, rekening houdende met de omstandigheden en met de stand der partijen, zal de dader mogen veroordelen tot gehele of gedeeltelijke vergoeding.

De rechter moet de betaalkracht van de ontoerekenbare en de vermogenstoestand van de benadeelde als matingsfactor in aanmerking nemen ⁽⁵¹⁾.

Onze wetgever heeft principes, reeds gevolgd door vreemde wetgevingen, overgenomen (zie artikel 829 van het Duits B.G.B., 54 par. 1 Verbintenissen — Zwitserland, 406 en 411 van het Sovjet-Russisch burgerlijk wetboek, art. 1310 van het Oostenrijks burgerlijk wetboek, art. 63 van de Deense wet betreffende de onbekwaamheid en de voogdij).

Al deze wetgevingen steunen op de overweging dat aan de ongelukkigen bijstand dient verleend door de personen die hun het ongeluk veroorzaakt hebben en die over voldoende betaalmogelijkheden beschikken om het te doen.

Dit zou wel een overweging zijn ontleend aan de «algemene billijkheid» die oplegt sommige toestanden of omstandigheden eigen aan de betrokken personen, in aanmerking te nemen ⁽⁵²⁾.

Welke is de eigenlijke techniek van bedoeld artikel 1386bis van het Burgerlijk Wetboek en welke zijn de werkelijke taak en betekenis van de «billijkheid» in deze wetsbepaling?

Ik meen dat ze als volgt kunnen samengevat worden.

a) De door artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek bepaalde regel, in ons positief recht opgenomen om aan zedelijke vereisten te voldoen en omdat toepassing ervan voor het maatschappelijk welzijn noodzakelijk was, is uiteraard niet toepasselijk wanneer de persoon die de schade veroorzaakt heeft, waanzinnig is, geen onderscheidingsvermogen bezit en er derhalve geen fout begaan is; grondslag van de regel;

b) een gevoel van menslievendheid en van noodwendige bijstand aan de personen die een schade geleden hebben ten gevolge van een feit begaan zelfs zonder fout door een persoon die een grotere betaalkracht heeft dan het slachtoffer, heeft de wetgever er toe aangezet de door artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek bepaalde verplichting toch principieel toepasselijk te verklaren;

c) vermits nochtans die regel soepel moest blijven

en uiteraard aangepast moest worden aan de persoonlijke omstandigheden heeft de wetgever de rechter de zorg overgelaten die aanpassing te doen. Dit is een eerste kenmerk van de «billijkheid».

Maar de rechter beschikt niet over een vrije of willekeurige beoordelingsmacht. Hij moet wel bepaalde principes en omstandigheden in aanmerking nemen: a) een wel bepaalde verplichting, opgelegd door de maatschappelijke moraal, en betrekking hebbende op de weldadigheid: hulp of bijstand aan de ongelukkigen; b) de betaalkracht van de ontoerekenbare, rekening houdende met de zorgen welke zijn eigen toestand vereist, de vermogenstoestand van de benadeelde... Dit is de «inhoud» van de billijkheid door artikel 1386bis van het Burgerlijk Wetboek voorzien.

5° Men oordeelt ook, en m.i. gans terecht, dat alhoewel het woord «billijkheid» aldaar niet gebezigd is, de artikelen 1184, 1244 en 1907ter van het Burgerlijk Wetboek werkelijk de rechter verzoeken naar billijkheid uitspraak te doen.

Artikel 1184 stelt een algemene regel: de wederkerige contracten dienen ontbonden te worden wanneer een van beide partijen haar verbintenis niet nakomt. Doch de rechter mag deze algemene regel buiten beschouwing laten wanneer de tekortkoming niet ernstig genoeg voorkomt en hij mag ook aan de verweerder een uitstel verlenen.

Men schrijft dat de rechter, hier een «ministre d'équité» is ⁽⁵³⁾.

Ik kan deze zienswijze slechts ten dele beaamen. Wanneer de rechter de ernst van de tekortkoming beoordeelt doet hij niets anders dan de wil der partijen na te vorsen, zoals hij verplicht is te doen ten einde de algemene regel correct te kunnen toepassen. Wanneer hij integendeel om reden van persoonlijke omstandigheden der partijen, een uitstel verleent, dan verzacht hij de toepassing van bedoelde regel op grond van aan de billijkheid ontleende beschouwingen.

Om gelijkaardige redenen wordt in de artikelen 1244 en 1907ter van het Burgerlijk Wetboek aan de rechter ook toegelaten de toepassing van een algemene regel te verzachten of ter zijde te laten.

6° a) «Elke handeling tot helpen of bergen die een nuttige uitslag heeft opgeleverd, geeft aanleiding tot een *billijk* loon ...» (artikel 257 van het Handelswetboek).

Het is onbetwistbaar dat onze maatschappelijke moraal eist dat degenen die een gevaar lopen en gebeurlijk ook persoonlijke schade ondergaan wanneer zij vrijwillig en spontaan een derde helpen en redden, zouden aangeprezen, aangemoedigd en gebeurlijk schadeloosgesteld worden door diegenen die zij bijgestaan hebben.

Men mag zich nochtans afvragen of die morele beschouwingen wel de enige waren die aanleiding gaven tot bedoeld artikel 257. Dienaangaande werd geschreven: «Promettre indemnité pour la peine est une organisation juridique de nature à augmenter la sécurité des hommes et des choses exposés aux risques maritimes. Tout ce qui peut augmenter cette sécurité est d'intérêt public» ⁽⁵⁴⁾.

Het «billijk» loon waarop het artikel doelt wordt geenszins aan de vrije beoordelingsmacht van de rechter overgelaten. Deze vindt immers in de wet zelve nauwkeurige en veelvuldige feiten en omstandigheden (artikel 263) waarmede hij *verplicht* is rekening te houden. Het woord «billijk» was m.i. misschien overbodig; het volstond te bepalen: «...geeft aan-

leiding tot een loon waarvan het bedrag door de rechter zal bepaald worden, door rekening te houden met de omstandigheden in artikel 263 opgesomd».

Niet alleen was dat woord overbodig, maar hier als in vele andere wetten blijft het onnauwkeurig en vaag.

Sommigen oordelen zelfs dat de billijkheid door bedoeld artikel gekrenkt wordt waar het bepaalt: «er is geen loon verschuldigd wanneer de verleende dienst geen nuttigen uitslag oplevert» (55).

b) Artikel 262 van hetzelfde Wetboek staat de rechter toe elke hulp- en bergingsovereenkomst, op het ogenblik en onder de invloed van de nood gesloten te vernietigen of te wijzigen, indien hij oordeelt dat de bedongen voorwaarden niet *billijk* zijn.

Hierdoor wordt het de rechter mogelijk gemaakt de regel welke bepaalt dat de overeenkomsten de wet der partijen uitmaken niet toe te passen wanneer de wil van die partijen niet volkomen vrij was en dat de overeengekomen wederzijdse verplichtingen niet evenredig waren (56). Het woord «*billijk*» betekent niets anders.

7° De Raad van State dient uitspraak te doen «naar *billijkheid*, rekening houdende met de omstandigheden van openbaar en privaat belang» over de aanvragen tot vergoeding voor herstel van buitengewone schade... (artikel 7 van de wet van 23 december 1946).

De wetgever heeft geoordeeld dat de gelijkheid van al de burgers tegenover de openbare lasten diende geëerbiedigd te worden. Wanneer die regel van gerechtigheid gekrenkt wordt ontstaat principieel de buitengewone schade door de wetgever in de wet van 23 december 1946 bedoeld. «Buitengewone schade is een schade die door haar aard of haar omvang groter is dan de lasten en de lopende offers welke het leven in samenleving en de vreedzame handhaving van deze samenleving eisen en die moeten beschouwd worden als een schending van de gelijkheid der burgers tegenover de openbare lasten» (57).

Wanneer bovenvermelde gelijkheid niet geëerbiedigd wordt, is misschien het vaag begrip «*billijkheid*» gekrenkt, maar het is veeleer een regel van gerechtigheid die geen correcte toepassing gekregen heeft.

In de huidige organisatie der maatschappij, waar de opdrachten en verantwoordelijkheden die op de Staat komen te rusten steeds toenemen en hoe langer hoe belangrijker worden, was het natuurlijk onmogelijk dat de wet — algemene regel — al de gevallen voorzag en opsomde waarin een buitengewone schade, zoals hierboven bepaald, bestaan zou.

De wet kan nooit de werkelijke gebeurtenissen in hun oneindige diversiteit afzonderlijk behandelen. Dit is haar opdracht niet. Zij moet de voorkeur geven aan een soepel afgebakende of veelomvattende terminologie. Zij heeft dit namelijk gedaan in artikel 98 van de Grondwet (politiek misdrijf), artikelen 6 en 1133 van het Burgerlijk Wetboek (openbare orde, goede zeden), artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek (schuldbegrip). Zij heeft dit ook in artikel 7 van de wet van 23 december 1946 (buitengewone schade) gedaan, en het staat aan de rechter, in feite, te beslissen wanneer die buitengewone schade ontstaat is.

Wanneer hij vaststelt dat een dergelijke schade werkelijk geleden werd, dan zal hij moeten oordelen welk het bedrag van de schadevergoeding moet wezen. Te dien einde zal hij rekening moeten houden met al de omstandigheden van publiek en privaat belang.

8° Artikel 9 van de wet van 10 juni 1937 laat het aan de uitvoerende macht over «de nodige maat-

regelen vast te stellen om onder *billijke* voorwaarden» het bij deze wet ingevoerd stelsel voor kindertoelagen te regelen.

De *billijkheid* heeft hier een welbepaalde wettelijke betekenis (58).

De wet van 10 juni 1937 is een kaderwet. De uitvoerende macht wordt met de uiterst ingewikkelde, moeilijke en kiese opdracht belast het stelsel der kindertoelagen te organiseren, en te dien einde rekening te houden met talrijke belangen, toestanden en omstandigheden. De wetgever gaf zich rekenschap van de moeilijkheid dezer opdracht. Daarom verleende hij aan de uitvoerende macht een nogal ruime beoordelingsmacht en legde haar tevens op reglementaire bepalingen vast te stellen die noch te zwaar, noch te licht zouden zijn en die binnen de perken zouden blijven van de door de wet bepaalde beginselen.

Dit is, meen ik, de betekenis van het woord «*billijk*» in de wet van 10 juni 1937.

9° De bepaling van artikel 4, § 4, 2e lid, van de wet van 16 oktober 1945, betreffende de extra belasting werd door de Minister van Financiën uitgelegd en gerechtvaardigd door de *billijkheid* (59). In werkelijkheid was die tekst noodzakelijk geworden om toe te laten dat de algemene regel volgens welke slechts de exceptionele winsten bedoeld door artikel 4, § 1, van de wet onder de extra-belasting vielen, ook op de personenvennootschappen met rechtspersoonlijkheid toepasselijk zou zijn.

Het principe van artikel 4, § 4, lid 1 belette de toepassing van deze algemene regel.

De bepaling van artikel 4, § 4, lid 2 was dus noodzakelijk geworden om iedereen op dezelfde wijze te behandelen; zij was dus opgelegd door de *gerechtigheid*.

10° De artikelen 13 en 19 van de wet van 31 juli 1947 houdende uitzonderingsbepalingen in zake huishuur die aan de huurder het recht verlenen een vermindering der huurprijzen te bekomen wanneer hij tengevolge van uitzonderlijke of economische toestanden niet meer in staat is... te betalen, leggen aan de rechter de plicht op naar *billijkheid* uitspraak te doen, rekening houdende met de omstandigheden die door de wet zelve aangeduid worden.

Het is een zeer uitgebreid begrip van *imprevisie* (60) dat de wetgever er toe gebracht heeft deze aanpassingsmogelijkheden open te stellen. De naleving van de algemene regel — de overeenkomst; de wet der partijen — werd door de wet, in de door haar bedoelde omstandigheden, te zwaar geoordeeld. De rechter wordt met de opdracht belast de voor ieder geval gepaste aanpassing op te zoeken door rekening te houden met omstandigheden eigen aan het geval en die meestal zuiver persoonlijk zijn.

Ook een beroep op de *billijkheid* in de artikelen 22 en 23 van dezelfde wet die dezelfde zijn als de artikelen 30 en 31 van de besluitwet van 12 maart 1945: «Elke huurder die, onder direct of indirect, van de vijandelijke bezettende overheid uitgaande materiële of morele dwang, het pand verlaten heeft dat hij huurde of er zonder zijn instemming uit verwijderd werd, mag tegen elke huurder of bewoner, zelfs indien deze te goeder trouw zijn, vragen opnieuw in het genot van het gehuurd pand te worden gesteld. De rechter doet uitspraak naar *billijkheid*...» (61).

Een zeer uitzonderlijke toestand, uit de oorlogsomstandigheden ontstaan, wordt hier door de wetgever in aanmerking genomen. Drie personen hebben een recht: drie rechten komen in botsing: de eerste huurder werd tegen zijn wil en zonder geldige toestemming uitgewonnen; en dit was geenszins door de

daad van de verhuurder, de tweede huurder heeft het huis in huur genomen, te goeder trouw, menende dus dat hij op geldige wijze een overeenkomst met de eigenaar gesloten had.

Het was voor de wetgever onmogelijk een algemene regel te geven. Hij oordeelde zeer terecht dat in dergelijke uitzonderlijke omstandigheden de geboden oplossing van het ene tot het ander geval zou moeten verschillen en dat derhalve beschouwingen eigen aan de drie betrokken partijen, hun lasten, betaalkracht, fortuinstoestand, verdiensten, gedraging, gezinstoestand, ... door de rechter in beschouwing zouden dienen genomen te worden om de gepaste en steeds moeilijke oplossing te ontdekken. Dit is de betekenis van het woord «billijkheid» in deze bepaling (62).

11° De wetgever had inzake huurovereenkomsten door een algemene bepaling de vrijheid der partijen beperkt. Hij stelde nochtans vast dat zekere omstandigheden de evenredigheid der wederzijdse prestaties, door hem ten dele bepaald, zouden kunnen verbreken: toeneming, tengevolge van de nieuwe omstandigheden, van de uitgaven die, oorspronkelijk en vóór de aaneming van de wet, ten laste van de verhuurder gelaten werden ... ook herstellingswerken in het verhuurd goed die wettelijk ten laste van de verhuurder vallen en waarvan de kosten niet in verhouding tot de wettelijke toegelaten huurprijzen zouden zijn.

Talrijke arresten en vonnissen in Frankrijk — alwaar dezelfde toestanden zich voordeden — hadden, bij ontstentenis van een richtlijn door de Franse wet gegeven, te vergeefs gepoogd een gepaste of in rechte bevredigende oplossing te geven voor de uit die toestanden gerezen conflicten. Zij steunden op de «overmacht», ofwel op de «billijkheid», ofwel op het begrip «oorzaak», ofwel nog riepen de «goede trouw» in (artikel 1134, al. 3, B.W.) (63).

Onze wet van 20 december 1950 houdende uitzonderingsbepalingen inzake huishuur heeft uitdrukkelijk de rechter de mogelijkheid verleend om de nodige aanpassingen te bevelen, rekening houdende met de omstandigheden die eigen zijn aan ieder geval. Artikel 13 van die wet bepaalt dat hij «naar billijkheid bepaalt» het gedeelte van de uitgaven dat ten laste van de huurder komt en de bijslag welke ten laste van de huurder komt uit hoofde van de noodzakelijke herstellingen...

De wet grijpt meer en meer in op al de gebieden van het maatschappelijk leven.

Algemene en strakke gedragsregels zijn zeer dikwijls onmogelijk. De wetgever dient zijn onmacht te bekennen om die onpersoonlijke en algemene regels uit te vaardigen. Hij moet zich tot het omschrijven van een raam beperken en vraagt verder de medewerking van de rechter.

12° Artikel 18 van de wet van 30 april 1951 op de handelshuurovereenkomsten, met het oog op de bescherming van het handelsfonds, bepaalt dat: «... zo de onenigheid omtrent de voorwaarden (van hernieuwing van de huurovereenkomst) blijft bestaan, voorziet de huurder zich voor de rechter ... De rechter doet uitspraak naar billijkheid».

Het woord billijkheid heeft hier een zeer bijzondere betekenis.

Een nieuwe overeenkomst moet tot stand komen, wilsuitingen der partijen zijn vereist (64), maar een vrij aangegaan akkoord nopens de voorwaarden van die overeenkomst is niet mogelijk. De rechter zal de

plaats innemen van de partijen om deze voorwaarden te bepalen (65).

Te dien einde zal hij objectief het evenwicht tussen de wederzijdse prestaties moeten verzekeren. «Le bail doit être sainement et objectivement équilibré» (66).

Het is niet omdat de wet het woord «billijkheid» bezigt dat de rechter dit evenwicht zou mogen krenken door rekening te houden met louter persoonlijke omstandigheden (67), zoals de verdiensten, de gezinslasten, het vroeger gedrag, enz. ...

Dit woord was dus overbodig en kan zelfs verwarring stichten. De wet had beter gedaan de opdracht van de rechter nauwkeurig te bepalen en zonder een beroep te doen op het ongepast begrip «billijkheid».

Dezelfde wet bepaalt in artikel 6 dat «bij het verstrijken van elk driejarige termijn partijen het recht hebben de herziening van de huurprijs te vragen onder voorwaarde dat zij laten blijken dat, ingevolge nieuwe omstandigheden, de normale huurwaarde van het gehuurd goed ten minste 15 t.h. hoger of lager is dan de in de huurovereenkomst bepaald ... De rechter doet uitspraak naar *billijkheid*».

De aanvankelijke overeenkomst blijft principieel binden. Maar indien nieuwe omstandigheden, die dus niet aanwezig waren toen de overeenkomst gesloten werd, ontstaan, zal een aanpassing in de door de wet gestelde perken mogelijk zijn.

De rechter zal daarover oordelen en zal, vermits hij naar «billijkheid» uitspraak doet, rekening mogen houden met nieuwe omstandigheden eigen aan de partijen.

13° Men schrijft doorgaans dat wanneer overeenkomstig artikel 1019 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtspleging aan de scheidsrechters de opdracht gegeven wordt als «goede mannen» op te treden, zij «naar billijkheid» uitspraak zouden mogen doen.

Zij mogen alsdan afwijken van de regelen van het recht en zelfs van de door de overeenkomsten opgelegde regelen ... ten minste wanneer zij van mening zouden zijn dat de toepassing van die regelen te zwaar zou zijn en niet «billijk» zou voorkomen (68).

De scheidsrechters hebben dus de gelegenheid hun opvattingen in de plaats te stellen van die van het positief recht ... wanneer zij zulks billijk achten.

Zij zouden dus een macht hebben die althans binnen zekere perken, met die van de High Chancellor van Groot-Brittannië in de XIIIe eeuw, zou te vergelijken zijn.

Billijkheid zou dus hier betekenen dat de scheidsrechter «in geweten» uitspraak doet en zich namelijk zal laten leiden door zijn opvattingen nopens de moraal, de gerechtigheid, het natuurrecht, het ideaal recht. Op grond van die beschouwingen zal hij oordelen of het positief recht al dan niet dient toegepast.

Maar aan die uiterst uitgebreide machten, worden nochtans zekere beperkingen gebracht, zoals de reeds aangehaalde auteurs duidelijk aanstippen.

14° Volledigheidshalve een woord over de billijkheid in het internationaal publiek recht.

De billijkheid zou voor dit recht gevormd worden door het bewustzijn van de algemeenheid der enkelingen nopens de toe te passen regel.

Die billijkheid zou een rol spelen om: 1. het «positief» recht te verzachten in een bepaald geval (infra legem); 2. dat recht aan te vullen (praeter legem); 3. van dat recht af te wijken (contra legem) (69).

Wanneer, in het internationaal recht, scheidsrechters als «goede mannen» uitspraak mogen doen

zouden zij de macht hebben om én het positief recht én zelfs de billijkheid niet toe te passen en om een transactie op te leggen (70).

* * *

De feiten, omstandigheden, bekommernissen, beschouwingen, noodzakelijkheden die tot het ontstaan van een wet leiden — de reële of materiële bronnen van het recht — zijn veelvuldig.

De moraal is dikwijls een dier factoren, ook de billijkheid kan het zijn.

Wanneer de rechter toepassing maakt van een dier wetten, waaraan de moraal of de billijkheid ten grondslag ligt, steunt hij zijn beslissing op de wet doch niet op de moraal of de billijkheid; de rol van deze beide blijft slechts bestaan om de wet te kunnen begrijpen en om ze op degelijke wijze te kunnen toepassen.

De billijkheid zou namelijk het fundament zijn van de volgende wetsbepalingen: artikelen 201 en 202 van het Burgerlijk Wetboek (het vermeend huwelijk), 301 (onderhoudsgeld na echtscheiding), 1184 (de ontbindende voorwaarde in de wederkerige contracten), 1215 (betreffende de hoofdelijkheid), 1356, 1^o, (de beslissende eed) (71) van hetzelfde Wetboek...

De belastingswetten beslissen dat de belastingplichtigen die dezelfde inkomsten genieten, dezelfde belastingen dienen te betalen. Die algemene regel ondergaat nochtans sommige wijzigingen ten voordele van de belastingplichtigen die gezinslasten hebben: normale verzachtingsrol van de billijkheid die met persoonlijke toestanden rekening houdt.

De wetten der oorlogsjaren betreffende de bevoorrading van het land en de rantsoenering der eetwaren hadden de algemene regel ingevoerd: voor iedereen hetzelfde (een formule van de gerechtigheid). Die wetten hebben nochtans toegevingen moeten doen aan een andere formule van de gerechtigheid: «aan eenieder naar zijn behoeften» en derhalve werden uitzonderingen gemaakt ten voordele van de kinderen, de moeders, de grijsaards, de zieken. Toegevingen ook aan de formule «aan eenieder naar zijn verdiensten» en uitzonderingen werden bepaald ten voordele van sommige werklieden. Hier is nogmaals de billijkheid als correctief van de algemene regel opgetreden (72).

V. De algemene principes van het recht en de billijkheid.

Zowel in het privaat als in het publiek recht zijn er algemene rechtsprincipes — die niet neergeschreven zijn — maar die nochtans deel uitmaken van ons recht, en die derhalve zowel als de wet en de gewoonte door de rechters dienen toegepast te worden.

Men kent de klassieke definitie van voorzitter Bouffandeau: «Ce sont des règles de droit non écrites, ayant valeur législative, et qui par suite s'imposent au pouvoir réglementaire et à l'autorité administrative, tant qu'elles n'ont pas été contredites par une disposition de loi positive...» (73).

Professor Boulanger schrijft dat ook in het privaat recht «il existe un droit commun qui n'est pas autre chose que l'ensemble des principes énoncés ou implicitement adoptés par le Code, avec toutes les solutions positives qui s'y rattachent» (74).

De bestaande definities samenvattende schrijven J. Brethe de la Gressaye en Marcel Laborde-Lacoste: «...ce sont des principes non écrites, en quoi ils se distinguent de la loi, mais qui sont bien aussi du droit positif, et non du droit naturel, parce qu'ils ne sont

pas l'énoncé des données premières de la justice, mais des règles plus contingentes, qui sont positives parce qu'elles sont admises par l'opinion au même titre que la loi. Elles sont considérées ... comme des règles obligatoires» (75).

Deze algemene principes, hoewel ongeschreven, zijn, evenals de gewoonte, bindend en worden ook door de gemeenschap als bindend gevoeld (opinio necessitatis). De wetgever ook beschouwt ze als dusdanig en wanneer hij ervan wil afwijken, zegt hij dit uitdrukkelijk. Talrijke regels welke hij invoert, veronderstellen het bestaan van die regels. Zij vormen de grondslag van veelvuldige zijner beslissingen.

Hij veronderstelt dat de nieuwe wetten zullen uitgelegd en begrepen worden in het licht van die principes. Wanneer hij overigens verscheidene bijzondere wetten aangenomen heeft die door een gelijkwaardige overweging of op de voet van een zelfde grondslag, ingegeven werden ... ontstaat een nieuw algemeen principe waarvan hij in de toekomst het uitdrukkelijke vermelden niet meer noodzakelijk oordeelt.

Bedoelde principes maken in werkelijkheid deel uit van ons wettenrecht en dienen derhalve, zowel als de geschreven regels van dat recht, door de rechter toegepast en in acht genomen te worden. Artikel 4 van het Burgerlijk Wetboek legt hem deze plicht op (76).

Het Hof van Cassatie — zo het Franse als het Belgische — beoordeelt somtijds «de wettelijkheid» van de arresten en vonnissen aan de hand van deze algemene principes.

Zo b.v. heeft het Franse opperste Hof een voorziening beoordeeld op de voet van het principe van de «actio de in rem verso» «afgeleid uit de billijkheid en door geen enkele geschreven tekst bepaald» (77). Hetzelfde geschiedde of had kunnen geschieden op de voet ook van de volgende beginselen: «locus regit actum», «Nul en France, ne plaide par procureur» (78), «de onafhankelijkheid van het Openbaar Ministerie», de «scheiding der Staatsmachten» (79), «de immuniteit van jurisdictie, in Frankrijk, der vreemde Staten» (80).

Schending van de rechten der verdediging wordt door ons Hof van Cassatie als een ontvankelijk middel tot cassatie aangenomen, zelfs wanneer geen bepaalde wettekst aangeduid is (81).

Hierdoor wordt het bestaan van dat algemeen rechtsbeginsel erkend en wordt daaraan terzelfdertijd wellicht de waarde van een wet, in de materiële betekenis, toegekend. Het Hof maakt toepassing van het «principe» dat niemand zich zonder oorzaak ten nadele van een derde mag verrijken (82).

Het erkent het bestaan als rechtsregel, van het principe «in pari causa turpitudinis cessat repetitio» en past het toe, ofschoon dit principe niet schriftelijk in de wet vastgelegd is. Slechts sommige toepassingen ervan zijn door de wet uitdrukkelijk voorgeschreven (artikel 1967 van het Burgerlijk Wetboek) (83).

Het maakt toepassing van het algemeen principe dat «in de wederkerige overeenkomsten, het tenietgaan door overmacht van de verbintenissen van een partij, het tenietgaan medebrengt van de verbintenissen van de andere partij en de verbreking van de overeenkomst rechtvaardigt» (84).

Twee arresten beslissen uitdrukkelijk dat de «algemene grondbeginselen van het fiscaal recht» bepalen of de vennoten van een vereniging in deelneming zonder rechtspersoonlijkheid, ofwel de mobilien ofwel de bedrijfsbelasting verschuldigd zijn (85).

Onder de vrij talrijke algemene principes welke van ons positief recht deel uitmaken vinden de ene hun oorzaak in een zuivere logica (zoals b.v. *nemo plus juris transmittit potest quam ipse habet* ...), de

andere in de gerechtigheid, de moraal, het natuurrecht, de billijkheid.

Echter zijn de opvattingen of zienswijzen nopens die oorzaak of die materiële bron dikwijls zeer uiteenlopend. Zo b.v. oordeelt men dat het principe van de rechten der verdediging eigen is aan het natuurrecht⁽⁸⁶⁾ of aan de gerechtigheid⁽⁸⁷⁾, aan de billijkheid of nog dat het gewoonweg redelijk is.

Ik ben persoonlijk van mening dat bedoeld principe een noodzakelijk gevolg van de gerechtigheid is: de individuen kunnen immers niet op dezelfde wijze behandeld worden indien ze de gelegenheid niet hebben zich te verdedigen. De rechter zal immers, in dit geval, niet volledig ingelicht worden en de algemene regel welke op het geval van een bepaalde justitiable dient toegepast, zal niet op correcte wijze in aanmerking genomen worden.

Nog eenvoudiger kan geoordeeld worden dat het principe van de rechten van de verdediging louter een noodzakelijk en rationeel gevolg is van de jurisdictionele functie. Deze functie kan niet uitgeoefend worden zoals het behoort indien de rechter niet volledig ingelicht wordt omtrent alle bijzonderheden van het geval dat hij te behandelen heeft: de persoonlijke verklaringen van de enkeling zelf die dient berecht te worden zijn derhalve onontbeerlijk.

Men oordeelt doorgaans dat de billijkheid de volgende algemene beginselen van het recht in het leven geroepen heeft; het verbod van verrijking zonder oorzaak, de noodtoestand die de fout doet vervallen, «*quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*», het principe dat in de wederkerige overeenkomsten de verbintenis van een der partijen afhankelijk gesteld wordt van de verbintenis van de andere, ... het principe van de gelijkheid der individuen ten opzichte van de te dragen openbare lasten...

Wanneer de rechter toepassing maakt van een dezer principes steunt hij zijn beslissing geenszins op de billijkheid, maar wel op een algemene regel die deel uitmaakt van ons positief recht, door de wetgever d.kwijls goedgekeurd werd en stilzwijgend in verscheidene zijner uitdrukkelijke beslissingen aangenomen of als dusdanig verondersteld is.

Zo ook, wanneer hij «*wetten*» toepast zoals b.v. de bepalingen betreffende het vermeend huwelijk (artikelen 201 en 202 van het Burgerlijk Wetboek), betreffende het onderhoudsgeld ten behoeve van de echtgenoot die de echtscheiding bekomen heeft (artikel 301 van het Burgerlijk Wetboek), betreffende de hoofdelijkheid (artikel 1215 van het Burgerlijk Wetboek) ... steunt hij niet op de billijkheid, hoewel deze laatste de materiële bron van deze bepalingen geweest is, doch wel op de wet.

VI. De billijkheid in het positief recht van Groot-Brittanje, Zwitserland, Nederland, Belgisch Kongo.

1. Groot-Brittanje.

Doorgaans meent men en zelfs wordt er somtijds door juristen geschreven dat in Groot-Brittanje de rechter thans «*in geweten*» zou mogen uitspraak doen, d.w.z. dat hij aan de te beslissen geschillen de oplossing zou vermogen te geven welke hem door zijn geweten opgelegd of aangeduid wordt op grond van zijn opvatting nopens het natuurrecht, het ideaal recht, de moraal.

Een dergelijke zienswijze berust op een verkeerd begrip van de «*Equity*» van het Engels recht.

Zoals Snell schrijft, heeft «*the Equity*» louter een

historische betekenis. «*In short the whole distinction between equity and law is not so much a matter of substance or principle as of form and history*» (88).

Na 1258 (The Provisions of Oxford) werd het de «*Common law Courts*» niet meer geoorloofd of niet meer mogelijk gemaakt over een reeks geschillen uitspraak te doen.

De partijen richtten zich alsdan tot de Koning (The fountain of justice) die al spoedig zijn kanselier verzocht, in zijn plaats recht te spreken. Koning eerst en kanselier later (The lord High Chancellor) deden uitspraak «*in geweten*».

De vonnissen van de kanseliers die in de eerste eeuwen geestelijk waren, waren natuurlijk diep door de katholieke moraal ingegeven. Later, toen de kanseliers leke politieke personaliteiten geworden waren, werden de sociaal morale, en ook de werkelijk sociale belangen en de eigen doeleinde van het recht door die ministers als richtlijnen in aanmerking genomen.

In de eerste jaren werden vonnissen geveld, geval per geval, zonder enige bekommernis om samenhangende of gelijkwaardige oplossingen te nemen.

Zeer vroeg nochtans voelden deze nieuwe rechters zich door de «*precedenten*» gebonden en deden zij merkwaardige inspanningen ten einde hun beslissingen te systematiseren en te coördineren.

Talrijke kanseliers hebben zich op het bereiken van dit doelwit toegelegd; de meest gekende zijn namelijk Nottingham (1673-1682) (genoemd «*the father of modern Equity*»), Lord Hardwicke (1736-1756), Lord Eldon (1801-1827).

Zo is een rechtspraak geboren en tegelijkertijd een zeer belangrijk aantal algemene regels die naast de common law, en de statute law (wetten recht) een gedeelte van het van kracht zijnde recht uitmaken; zo is de Equity ontstaan.

Zeer belangrijke juridische instellingen, zoals namelijk de «*uses and trusts*» met hun welbepaalde regels, hebben zo, dank zij de Equity, in het Engels recht hun intrede gedaan.

Talrijke algemene regels, ingegeven door de moraal of opgelegd door de beschaving, werden door die rechtspraak in het Engels recht ingevoerd; ze worden genoemd «*equity rules*»; zo b.v.: het bedrog of «*the undue influence*» zullen aanleiding geven tot de ontbinding van een overeenkomst «*equity exercises a general jurisdiction in cases of fraud*», de verbintenissen dienen in natura ten uitvoer gelegd (specific performance), «*equity looks to the intent, rather than to the form*», «*he who comes into equity, must come with clean hands*».

De Engelse equity is dus geenszins vandaag de rechtsmacht door de rechter op vrije wijze en «*in geweten*» uitgeoefend.

En zelfs vroeger, in de eerste eeuwen, heeft ze aan de Kanselier het recht niet gegeven om de regels van de common law of van de statute law te miskennen of te schenden. Een stelregel van de equity was «*Equity follows the law*». Slechts in geval van afwezigheid van dergelijke regels vermocht de kanselier zijn geweten en later de equity-rechtspraak in te roepen.

Equity vormt thans een geheel van algemene regels welke spruiten uit een rechtspraak van een bijzonder rechtcollege (the Chancery Court) en een gedeelte van het Engels positief recht uitmaken.

Maar in de andere gedeelten van het Engels recht, «*the common law*» en «*the statute law*», speelt de billijkheid ook een rol welke gelijkaardig is aan die welke zij in ons recht heeft, een rol en een bete-

kenis welke wij thans wensen te bepalen («The common law system is, in the main, as much founded on the basis of natural justice and good conscience as is our equity system») (89) (90).

2. Zwitserland.

Artikel 1 van het Zwitsers burgerlijk wetboek bepaalt: «...A défaut d'une disposition légale applicable le juge prononce selon le droit coutumier et à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur. Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence».

en artikel 4: «Le juge applique les règles de droit et de l'équité, lorsque la loi réserve son pouvoir d'appréciation ou qu'elle le charge de prononcer en tenant compte soit des circonstances soit de justes motifs».

In het burgerlijk wetboek en in het wetboek der verbintenissen komen talrijke bepalingen voor waarin de wetgever uitdrukkelijk of stilzwijgend (b.v. artikel 269 wetboek der verbintenissen) het woord billijkheid bezigt ten einde aan de rechter op te leggen een algemene regel aan te passen aan omstandigheden eigen aan de betrokken partijen of aan een van die personen, welke omstandigheden hij dikwijls zorgvuldig aanduidt en die namelijk en in het bijzonder de volgende zijn: fortuintoestand, maatschappelijk milieu, lasten, behoeften ... onvoorziene gebeurtenissen.

Ik beperk mij er toe slechts enkele van bedoelde wetbepalingen aan te halen:

Na in artikel 31 van het wetboek der verbintenissen bepaald te hebben: «Celui qui cause d'une manière illicite un dommage à autrui, soit intentionnellement soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer» verzacht de wetgever deze regel in artikel 44: «... lorsque le préjudice n'a été causé ni intentionnellement ni par l'effet d'une grave négligence ou imprudence et que sa réparation exposerait le débiteur à la gêne, le juge peut *équitablement* réduire les dommages et intérêts».

Volgens artikel 54 van hetzelfde wetboek: «si l'équité l'exige, le juge peut condamner une personne même incapable de discernement à la réparation totale ou partielle du dommage qu'elle a causé...».

De rechter dient voor de toepassing van dit artikel rekening te houden met de fortuintoestand van de partijen (91).

Artikel 269: «Les baux immobiliers à terme fixe peuvent être résiliés avant leur expiration par l'un ou l'autre des contractants s'il survient des *circonstances graves* qui lui en rendent, dès le début ou en cours de bail, l'exécution intolérable...».

In talrijke andere bepalingen nog wordt beslist dat de rechter naar billijkheid uitspraak zal doen..., maar in werkelijkheid was het woord «billijkheid» m.i. overbodig want in die bepalingen beperkt de wetgever zich ertoe een algemene regel uit te vaardigen om daarna aan de rechter op te leggen in concreto uitspraak te doen. In artikel 92 van het burgerlijk wetboek wordt beslist dat, in geval van verbreking van de verloving zonder wettige redenen ... de verloofde die een fout begaan heeft een «*billijke*» vergoeding verschuldigd is, voor de ter goede trouw gedane uitgave, d.w.z. een som welke die uitgaven zal vergoeden. In artikel 319 van het burgerlijk wetboek wordt bepaald dat de rechter aan het kind een onderhoudsgeld toekent waarvan het bedrag bepaald zal worden in verhouding met de maatschappelijke stand van de moeder en van de

vader; «cette pension doit dans tous les cas représenter une contribution *équitable* aux frais d'entretien et d'éducation de l'enfant»; hierdoor wordt beslist dat de toegekende som het moet mogelijk maken te voorzien in het onderhoud en de opvoeding van het kind, rekening houdende met zijn maatschappelijke stand.

De rechter mag luidens artikel 1 van het burgerlijk wetboek, wanneer een wet of een gewoonte ontbreekt, recht spreken volgens een regel welke hij zelf zou bepaald hebben indien hij als wetgever had moeten optreden.

Zoals P. Tuor schrijft, heeft de wetgever stelling genomen voor een oplossing die rekening hield met twee tegenstrijdige opvattingen welke tevens te vergaande geoordeeld werden: «de vrije rechtsvinding» en «de despotische wettelijkheid» (92).

Om zich te schikken naar de wil van de wetgever, uitgedrukt in bedoeld artikel 1, moet de rechter een algemene en objectieve regel opzoeken. Hij moet even als de wetgever, willekeur, toeval en louter sentimentaliteit vermijden. Hij zal niet alleen rekening houden met principes van gerechtigheid en van *billijkheid* om die algemene regel te scheppen maar ook met de noodzakelijke rechtszekerheid en stabiliteit ... en met het rechtsbewustzijn van het volk (93).

De billijkheid zal dus soms een materiële bron zijn van de door de rechter besliste regel.

Wat is de billijkheid in dat geval?

Namelijk, en wellicht zelfs in het bijzonder, sommige morele principes.

De Federale Rechtbank heeft in 1943 een nieuwe rechtsregel, gesteund op de billijkheid, aangenomen en dan toegepast. Artikel 54 van het wetboek der verbintenissen bepaalt niets voor de vergoeding van de door een krankzinnige of een abnormale veroorzaakte morele schade. De rechtbank heeft dan beslist: «A la différence de la responsabilité causale, la responsabilité pour acte illicite n'existe que dans la mesure même de l'équité. Or en équité, c'est-à-dire dans la mesure où l'équité justifie cette prétention, on ne peut nier que le besoin d'une semblable réparation morale doit être protégé» (94).

3. Nederland.

«De rechter moet volgens de wet recht spreken; hij mag in geen geval de innerlijke waarde of de *billijkheid* der wet beoordelen» (wet van 15 mei 1823 houdende algemene bepalingen der wetgeving van het Koninkrijk, artikel 12). Aan dit beginsel worden grondige wijzigingen aangebracht door het «ontwerp voor een nieuwe burgerlijk wetboek» opgesteld door professor M. E. M. Meyers (95).

De artikelen 3 en 4 van dit ontwerp bepalen immers: «Een regelende wet of gewoonte wordt niet toegepast, wanneer haar toepassing in het gegeven geval op grond van bijzondere omstandigheden in *hoge mate onbillijk zou zijn*» (art. 3).

«Bij gebrek aan een toepasselijke wet wordt het recht door de gewoonte en bij gebrek ook aan een toepasselijke gewoonte door de billijkheid bepaald» (art. 4).

De opsteller van het ontwerp ontveinsde zich noch tans het gevaar niet van een beroep op de billijkheid. Hij schrijft in de «toelichting»: «wat billijkheid of onbillijkheid is, is immers dikwijls een subtiële kwestie, waaromtrent, gelijk de ervaring leert, zeer verschillend kan worden geoordeeld: herhaaldelijk is daartoe nodig een waardering en afweging van belangen, waarvan een exacte meting onmogelijk is.

Om deze redenen mag in het algemeen het gezag van de wet niet wijken voor hetgeen de billijkheid vordert; ... Wil de billijkheid ... de toepassing van een voorschrift van regelerende recht kunnen beletten, dan moet omtrent datgene wat de billijkheid vordert, geen twijfel bestaan; de toepassing van de wet of de gewoonte moet in *hoge mate* onbillijk zijn zodat van iedere normale burger kan worden geveerd dat hij deze toepassing als onredelijk erkent en dienovereenkomstig handelen zal. De gewoonte kan het wettelijk voorschrift geheel opheffen; de billijkheid slechts haar toepassing in bijzondere gevallen».

Een tweede voorzorg wordt door de opsteller van het nieuw wetboek genomen. De rechter mag niet steunen op een louter subjectieve en persoonlijke opvatting over de billijkheid wanneer hij ofwel een wet niet zal toepassen, ofwel een nieuwe rechtsregel zal tot stand brengen. Artikel 7 bepaalt immers: «Bij de vaststelling van hetgeen de billijkheid vordert, moet rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in het Nederlandse volk levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken».

3. Belgisch Kongo.

De verordening van 14 mei 1886, goedgekeurd door het Koninklijk decreet van 12 november 1886 bepaalt: «Wanneer de stof niet bepaald is bij een reeds afgekondigde dekreet, besluit of ordonantie wordt over de geschillen die tot de bevoegdheid van de Rechtbanken van Kongo behoren, recht gedaan volgens de plaatselijke gewoonten, de algemene rechtsbeginselen en de billijkheid».

De billijkheid is dus, volgens die bepaling, een formele bron van het positief recht. Zij geeft aanleiding tot, zij biedt, algemene regels.

Verscheidene vonnissen en arresten hebben van dat artikel toepassing gemaakt. Maar de begrippen billijkheid en algemene rechtsbeginselen worden samen ingeroepen zodat het moeilijk uit te maken is hetgeen de rechtbanken achten een billijkheidsprincipe te zijn. Misschien oordelen ze — hetgeen m.i. uiterst wijs zou zijn — dat een billijkheidsprincipe slechts mag ingeroepen worden wanneer het tegelijkertijd een algemeen rechtsbeginsel uitmaakt.

Zo b.v. werd beslist: a) dat het principe van de niet terugwerkende kracht van een wet een regel is die de uitdrukking is van een «algemene rechtsbeginsel en van de billijkheid» (96); b) dat de afstand diende in Kongo aangenomen te worden «zowel bij toepassing van de algemene rechtsbeginselen als van de billijkheid» (97).

VII. De billijkheid in de rechtspraak.

Het Hof van Cassatie heeft beslist dat rechtsmisbruik een fout (art. 11382 B.W.) uitmaakt (98). Deze verfijning van het schuldgebruik zou namelijk veroorzaakt zijn door aan de *billijkheid* ontleende beschouwingen.

«C'est un de ces principes directeurs grâce auxquels le droit est tempéré par les mœurs, par l'équité, par la bonne foi indispensable aux relations humaines (99).

Het verbod zich zonder oorzaak te verrijken is een *billijkheids*beginsel, waarvan het Burgerlijk Wetboek verscheidene toepassingen voorschrijft, verklaart hetzelfde Hof (100).

Het grootste deel van de rechtsleer en van de

andere rechtscollages, zowel in Frankrijk (101) als in België, oordelen insgelijks dat de billijkheid aan die theorie van de verrijking zonder oorzaak ten grondslag ligt.

Voor deze theorie bestaat echter ook een andere verklaring die misschien gemakkelijker te verenigen is met de doeleinden en rechtvaardigingen, eigen aan het positief recht. René Demogue heeft terecht, zo schrijft De Page, aangetoond «que l'équité n'est qu'un masque souriant derrière lequel se dissimulent des besoins sociaux plus ou moins complexes: la véritable base de la prohibition de l'enrichissement sans cause se trouve dans un certain besoin de sécurité statique des fortunes» (102).

G. Ripert en L. Campion schrijven dat de rechtspraak een duidelijke neiging vertoont om een schadevergoeding toe te kennen aan de personen die een schade geleden hebben wanneer zij vrijwillig aan een derde een dienst bewezen of nog wanneer zij hem hulp en bijstand verleenden.

Dergelijke schadevergoeding te weigeren ware niet «rechtvaardig» schrijft Ripert (103). De rechtbanken steunen meestal hun beslissingen, schrijft L. Campion (104), op *billijkheidsgronden* of ook op een sociale noodzakelijkheid: het belang en het welzijn van de maatschappij worden duidelijk gediend en bevordert door het toekennen van een gepaste vergelding wegens de verleende bijstand of hulp.

De rechtspraak heeft nochtans grote moeilijkheden ondervonden om haar beslissingen, in het raam van ons positief recht, te verantwoorden (105): zij steunt ofwel op de fout, ofwel op de zaakwaarneming, ofwel nog op de «verrijking zonder oorzaak». Maar er kan bezwaarlijk gezegd worden dat deze uitleggingen bevredigend zijn. De enige beslissingen die m.i. zouden kunnen bijgetreden worden zijn die welke door G. Ripert en L. Campion aangehaald zijn en waarbij schadevergoedingen toegekend zijn uit hoofde van dood of verwondingen veroorzaakt door een aan een derde toebehorend dier toen de slachtoffers hulp of bijstand verleenden.

Deze beslissingen hebben, naar het mij voorkomt, niets anders gedaan dan een wettelijke — en derhalve door ons positief recht voorgeschreven — toepassing te maken van het schuldgebruik bepaald door artikel 1385 van het Burgerlijk Wetboek (106).

Op 6 juli 1896 besliste het Hof van beroep te Bordeaux (107) dat, hoewel de wet daarover niets bepaalt (108), de *billijkheid* vergt dat een vergoeding zou toegekend worden aan de eigenaar van een schip die hulp verleende aan een ander in nood verkerend schip. Doch het arrest rechtvaardigt verder de beslissing ook door andere gronden. Het Hof van beroep stelt immers vast dat de aan de billijkheid ontleende regel welke het toepast, goedgekeurd en aangenomen is door het wettenrecht: «... principes d'équité qui, en divers textes depuis l'ordonnance de 1681 (109), ont consacré les droits des sauveteurs sur les objets sauvés et depuis la loi du 10 mars 1891, ont édicté l'assistance obligatoire en cas d'abordage...» (110).

Het schijnt me uiterst gevaarlijk toe dat de rechtbanken, steunend op de sociale noodzakelijkheid of zelfs op het sociaal welzijn een algemene regel van positief recht in het leven zouden roepen ten einde een verplichting tot schadeloosstelling op te leggen aan al de personen aan wie een daad van hulp of bijstand die een schade veroorzaakt heeft, ten goede is gekomen of is kunnen komen.

Zedelijkheids- of billijkheidsoverwegingen kunnen weliswaar tot oplegging van dergelijke gedragsregels leiden, maar positief recht enerzijds, en moraal, gerechtigheid of zelfs billijkheid anderzijds, hebben verschillende en afzonderlijke gebieden... Een positief recht dat al de regels van de zedenleer of de billijkheid zou willen overnemen en ze door maatschappelijke dwang waarborgen, zou onverdraaglijk worden.

De rechtbanken moeten weliswaar rekening houden met de maatschappelijke noodwendigheden. Maar zij beschikken daaromtrent niet over een integraal of louter subjectieve beoordelingsmacht. Zij mogen slechts die noodzakelijkheden in aanmerking nemen welke onbetwistbaar en onbetwist zijn en overeenkomen met de doeleinden van het positief recht, zoals deze, op het ogenblik waarop zij uitspraak doen, door de Natie opgevat worden.

Overigens zou het toekennen van een volledige schadevergoeding vaak als een ongepaste oplossing voorkomen; de belangen van de persoon die de hulp genoten heeft mogen niet uit het oog verloren worden. Daarom ook dient m.i. de zienswijze van L. Campion volledig bijgetreden te worden, waar hij schrijft dat slechts een wet zou kunnen bepalen in welke perken en in welke omstandigheden schadeloosstelling aangewezen is (111).

Onlangs heeft de burgerlijke rechtbank te Rijsel beslist dat de grootmoeder de natuurlijke verplichting had te voorzien in het onderhoud van het uit overspel geboren kind; dat zij derhalve gerechtigd was om een vordering «de in rem verso» tegen de vader in te stellen ten einde de terugbetaling van de gedane kosten te bekomen (112).

Een dergelijke bijstand zou een «gewetensplicht» zijn en opgelegd worden door gevoelens van menslievendheid en bezorgdheid om de zwakkeren.

De wetten in Zwitserland (artikel 52 van het wetboek der verbintenissen) en Portugal (artikel 2351 van het burgerlijk wetboek) bepalen dat, wanneer men in staat van wettige verdediging of in noodtoestand een schade aan een persoon of aan de goederen van een derde veroorzaakt, men ofwel de schade niet zal moeten herstellen ofwel slechts een gedeeltelijke schadevergoeding zal moeten betalen; de rechter doet naar «billijkheid» uitspraak.

Deze wetsbepalingen zouden de billijkheid als grondslag hebben.

In België sluiten de wettige verdediging en de noodtoestand burgerlijke aansprakelijkheid uit (113).

Doch de billijkheid, zoals zij opgevat is door de Zwitserse en de Portugese wet wordt hierdoor niet geëerbiedigd (m.i. hebben wij hier veeleer te doen met een gerechtigheidsbeginsel: de dader en het slachtoffer dienen zoveel als mogelijk op gelijke wijze behandeld te worden).

Het komt «onbillijk» voor dat het slachtoffer alleen en onherroepelijk al de nadelige gevolgen dragen zou van een feit, waarvoor weliswaar de dader niet verantwoordelijk is, maar waaraan hij ook totaal vreemd gebleven is.

Ons positief recht veroorlooft ons thans evenwel niet aan deze toestand te verhelpen.

Zoals L. Campion terecht schrijft, een wet is noodzakelijk. Een wet die aan de rechter de mogelijkheid zou verlenen om met inaanmerkingneming van de vermogenstoestand van beide partijen en van de verhouding tussen de waarde van het opgeofferd en van het gered of gevrijwaard goed of belang, te beslissen of een schadevergoeding — en tot welk beloop — aan het slachtoffer zal toegekend worden (114).

Zoals ik hierboven reeds aangestipt heb, werden door de Franse hoven en rechtbanken merkwaaardige pogingen aangewend om de verhuurder die bij toepassing van de uitzonderingswetten verplicht werd genoege te nemen met de door die wetten beperkte en bepaalde huurprijzen, vrij te stellen van de verplichting al de reparatiewerken uit te voeren die noodzakelijk geworden waren — (artikel 1720 van het burgerlijk wetboek).

Professor Savatier was namelijk van mening, en zijn zienswijze werd door het hof van beroep te Rennes overgenomen, dat: «le propriétaire se trouve dorénavant placé dans un statut plus légal que contractuel, régi par des principes d'équité et d'équivalence et non par la règle stricte de l'article 1720 du Code civil; il n'est plus tenu envers le locataire que dans la mesure où l'indemnité d'occupation lui en fournit les moyens» (115).

Het Franse Hof van cassatie heeft nochtans deze theorie niet goedgekeurd (116).

Bovenvermelde uitzonderingswetten, waardoor de vrijheid der overeenkomsten opgeheven werd en die verplichte uitwerkselen verbonden aan overeenkomsten die vroeger aangegaan werden wanneer bewuste uitwerkselen door de partijen niet konden voorzien worden, moesten onvermijdelijk aanleiding geven tot grote moeilijkheden.

De bepalingen van het Burgerlijk Wetboek welke die vrijheid veronderstellen moesten derhalve onvermijdelijk in de practijk ongeschikt voorkomen. Dit was in het bijzonder het geval voor artikel 1720, lid 2, van het Burgerlijk Wetboek.

Deze regel legde aan de verhuurder, wiens vrije toestemming niet meer in acht genomen werd, verplichtingen op welke eenparig te zwaar geoordeeld werden.

Het billijkheidsbeginsel, dat de te zware algemene regels, in bijzondere omstandigheden, verzacht, drong zich derhalve onvermijdelijk aan het geweten van de rechter op, ten gevolge van een toestand die de wetgever zelf bewerkstelligd had.

Men mag de rechter niet verwijten aan deze gewetensplicht gehoor te hebben verleend.

De Belgische wetgever heeft begrepen dat wanneer, in buitengewone toestanden, een algemeen bindende regel nopens het bedrag der huurprijzen en betreffende de termijn van de huur, in de plaats moet treden van de vrije wil der partijen, de wetsbepalingen over de wederzijdse plichten der partijen, welke een vrije overeenkomst veronderstellen, onvermijdelijke aanpassingen zullen moeten ondergaan. Hij heeft dan ook, namelijk in artikel 13 van de wet van 20 december 1950, bepaald: «de rechter bepaalt naar billijkheid het gedeelte van de uitgaven dat ten laste van de huurder komt en de bijslag welke ten laste van de huurder komt uit hoofde van de noodzakelijke herstellingen...».

De wetgever die dit niet uitdrukkelijk voorschrijft verplicht de rechter ertoe, zich amtsshalve het recht aan te matigen de beslissing te nemen welke hij zelf nagelaten heeft uitdrukkelijk in zijn uitzonderingsbepalingen in te lassen.

Ons Hof van Cassatie heeft weliswaar beslist dat, op grond van de billijkheid, de rechter niet vermag een partij vrij te stellen van de verplichtingen welke voor haar uit een overeenkomst — wet der partijen — ontstaan zijn (117).

Maar wanneer die «wet der partijen» door de wetgever gewijzigd werd, kunnen zekere bepalingen van het Burgerlijk Wetboek die deze vrijheid der partijen

veronderstellen, niet meer zonder noodzakelijke aanpassingen toegepast worden.

De rechtspraak vertoont een neiging om een loon of een vergoeding toe te kennen aan de personen die, in de uitoefening van hun beroep, aan een derde een dienst bewezen hebben waaruit die derde een voordeel getrokken heeft.

In vele gevallen wordt de toekenning van deze vergoeding door het beginsel van de verrijking zonder oorzaak gerechtvaardigd.

Demogue oordeelt dat de noodzakelijkheid deze vergoeding toe te kennen op het beginsel rust van de «interdépendance des individus» (118).

Op 4 juni 1957 besliste de rechtbank te Laval dat een genealoog die spontaan de erfgenamen van een opgevallende erfenis ontdekt en het hun mogelijk maakt hun rechten te doen gelden, op een vergelding aanspraak mag maken, welke ook de grondslag van die regel zij, zaakwaarneming, verrijking zonder oorzaak, louter *billijkheid*...» (119).

Professor Savatier is eveneens van mening dat de *billijkheid* een dergelijke vergelding rechtvaardigt (120).

Ik meen niettemin dat de *billijkheid* een te vaag en te veel omvattend begrip is om bovenvermelde beslissingen rechtskundig te kunnen wettigen.

Voorzeker wordt doorgaans aangenomen dat de regel: «iedere dienst is zijn loon waard» een *billijkheidsprincipe* is. Maar iets meer is vereist: de verrijking van de persoon in wiens voordeel de prestatie verricht werd. Pas wanneer dat *billijkheidsprincipe* met die bijzondere omstandigheid verbonden wordt, krijgt het de bekrachtiging van de rechtbanken en wordt het dus aangezien als deel uitmakend van het positief recht.

Het is dus geenszins de *billijkheid* die de door de rechtspraak aangenomen regel rechtvaardigt, doch wel een bepaald principe — geen verrijking zonder oorzaak of zaakwaarneming — wellicht ingegeven door het *billijkheidsgevoelen*, dat onbetwistbaar in ons positief recht ingelijfd werd wijl het steeds sociaal noodzakelijk geacht werd.

Een Franse rechtspraak die tot kritiek in de rechtsleer aanleiding gegeven heeft (121) beslist dat de rechtbanken, de maatschappelijke positie, het gedrag en de wederzijdse verdiensten der echtgenoten (*billijkheidsgedachte*) alsook de mondaine gebruiken in aanmerking nemende, het recht hebben te beslissen dat de juwelen, welke hun waarde ook zij, niet onder de bepalingen van de artikelen 299 en 1096 van het Burgerlijk Wetboek vallen.

Enkele auteurs oordelen dat die rechtspraak ten onrechte op artikel 852 van het Burgerlijk Wetboek steunt, en bezwaarlijk goed te keuren is. Zij zou op willekeurige wijze rechten ontnemen die door het positief recht aan rechtsubjecten toegekend worden.

Nochtans belet niets, m.i., dat artikel 299 van het Burgerlijk Wetboek, waarbij burgerlijke sancties opgelegd zijn, op verengende wijze geïnterpreteerd zou worden en dat derhalve de *billijkheid* de rechter zou aanzetten deze wetsbepaling met matigheid toe te passen en te beslissen dat juwelen, in zekere omstandigheden aan een echtgenoot geschonken. «gebruikelijke geschenken» zijn, die buiten het toepassingsveld van bedoeld artikel liggen (122) (123).

Steunende op het beginsel van de noodzakelijke gelijke of evenredige prestaties in de overeenkomsten — een *billijkheidsbeginsel* — hebben de rechtbanken zich zeer dikwijls, in Frankrijk en soms ook

in België, het recht aangematigd het bedongen loon van de lasthebber, en zelfs van geneesheren, architecten, zaakwaarnemers te verminderen.

Hierdoor wordt gewis het wezenlijk principe van ons verbintenissenrecht geschonden: de overeenkomst, wet voor partijen.

Ongetwijfeld oordelen velen dat bewust principe in onze huidige maatschappij te strak geworden is en dat een toezicht van de rechtbanken noodzakelijk en wenselijk voorkomt.

Mag echter zulke ingrijpende wijziging van ons positief recht door de rechtspraak beslist worden? Vergt ons staatsbestel niet veeleer dat deze verantwoordelijkheid door de wetgevende macht zou gedragen worden (124) met al de waarborgen welke de wetgevende wijziging van ons recht ons kan verlenen?

Op deze wijze is het dat andere landen het probleem opgelost hebben.

Maar indien de wetgever nalaat zijn eigen verantwoordelijkheden op te nemen, zullen de rechtbanken onvermijdelijk ertoe gebracht worden van ambtswege de aanpassingen of zelfs de wijzigingen aan de wet te brengen die door de onbetwistbare sociale noodwendigheden opgedrongen worden... alhoewel zij moeilijk of zelfs onmogelijk bedoelde aanpassingen zullen kunnen rechtvaardigen op grond van de machten welke hun grondwettelijk verleend zijn.

De schade welke buurlieden elkaar zonder schuld kunnen berokkenen bij het uitoefenen van hun recht — buurtstoring — geeft aanleiding tot talrijke betwistingen in rechte.

Rechtspraak en rechtsleer zijn het eens om te oordelen dat slechts het overschrijden van de perken van een normaal gedogen, grond kan opleveren tot aansprakelijkheid die verplichten zal tot het betalen van een schadevergoeding of een compensatie aan het slachtoffer.

Welk is of welk mag of kan echter het fundament zijn van dergelijke rechterlijke beslissingen?

Zeer vaak heeft men de *billijkheid* laten gelden, hetzij op onrechtstreekse, hetzij zelfs op rechtstreekse wijze.

Enkele oordelen dat de abnormale ongemakken die het gevolg zijn van het optreden van de buurman, deze laatste automatisch verplichten deze «schade» te vergoeden omdat hij het risico op zich genomen heeft en het derhalve «*billijk*» is dat hij de nadelige gevolgen opnieuw goed maakt. Ik zal hieronder aantonen dat het mogelijk is te betwisten dat een dergelijke beginsel met de «*billijkheid*» verenigbaar zou zijn.

Anderen zijn van mening dat de verplichting de buurtstoring te vergoeden gewoonweg door de *billijkheid* voorgeschreven wordt.

Dit schijnt me evenwel veel te vaag en te onnauwkeurig. De *billijkheid*, zoals ook de moraal, omvat talrijke principes. Het is noodzakelijk het toe te passen *bepaald* *billijkheidsprincipe* op te zoeken en nader te omschrijven. Het is trouwens niet de *billijkheid* die m.i. kan deel uitmaken van ons recht, maar slechts zekere principes eigen aan de *billijkheid*. Ik zal nog de gelegenheid hebben op deze beschouwing terug te komen.

In de rechtsleer komt kennelijk een neiging tot uiting om een onderscheid te maken tussen de buurtstoringen welke ontstaan in de betrekkingen tussen particulieren en in de betrekkingen tussen particulieren aan de ene en de Staat en de openbare besturen aan de andere zijde. Voor het oplossen van deze twee

toestanden behoren verschillende juridische grondslagen gegeven te worden.

De juridische grondslag voor de eerste zou in het privaats en, in het bijzonder, in het burgerlijk recht kunnen gevonden worden; voor de tweede integendeel zou dit privaats recht ongeschikt voorkomen en zou op billijkheid een beroep dienen gedaan te worden.

De noodzaak dit onderscheid te maken is door zeer ernstige overwegingen gerechtvaardigd. De commissaris der Regering, Romier, verklaarde namelijk in 1898 vóór de Conseil d'Etat: « Les travaux publics sont d'une nature telle qu'ils ne peuvent se comparer à ceux qu'un particulier exécute sur son fonds dans les conditions en vue desquelles ont été édictées les dispositions du code civil, notamment les articles 552 et 641 du Code civil... » (125). En een ander commissaris der Regering, de H. Letourneur, zegde ook: « il n'est plus contestable qu'en raison notamment des nécessités propres aux services publics, les règles du Code civil ou du Code de commerce qui régissent des institutions, des normes de droit privé, ne s'appliquent pas aux mêmes institutions lorsqu'elles concernent des collectivités de droit public... » (126).

Sinds jaren worden in Frankrijk de geschillen tussen particulieren en de Staat dan ook opgelost op grond van andere principes en namelijk naar billijkheid. Doch de Franse rechters beperken er zich nochtans niet toe, om hun beslissingen te rechtvaardigen, het vaag en te algemeen begrip billijkheid in te roepen. Het is veeleer een billijkheidsgevoel dat hen aanzet en hen daarna in staat stelt een welbepaald principe uit de algemene rechtsbeginselen van het positief recht af te leiden (127) (128).

In België wordt door De Page en Dekkers voorgesteld de juridische oplossing der conflicten, ontstaan uit buurtstoringen tussen particulieren, te steunen op het principe van de gelijkheid die onder de eigenaars moet heersen. Eigendom is voor allen dezelfde. « Een schade dient niet weggeruimd maar wel een evenwicht hersteld » (129). Gerechtigheidsbeginsel door deze auteurs, m.i. gans terecht, uit artikel 544 van het Burgerlijk Wetboek afgeleid. De opstellers van deze wet hadden immers dit artikel wel in dier voege opgevat: « Nous ne devons pas — schreef Portalis — nous permettre, même sur notre fonds, des procédés qui pourraient blesser les droits acquis d'un voisin ou de tout autre » (130).

Deze interpretatie is logisch en strookt met de doeleinden en het wezen zelf van de subjectieve rechten. Deze laatste worden aan een tweevoudige beperking onderworpen: « intrinsèque par la fin qui est leur raison d'être, extrinsèque par voisinage des droits d'autrui. En réalité le conflit de droit est un mythe. Les droits ne se heurtent jamais parce qu'ils se limitent les uns les autres » (131).

Zij die oordelen dat de regels van het burgerlijk recht bezwaarlijk van toepassing zijn in de betrekkingen tussen particulieren en de openbare overheid welke « buurtstoringen » veroorzaken, menen de gepaste oplossing te kunnen steunen op het « billijkheidsbeginsel » van de gelijkheid der individuen ten opzichte van de openbare lasten. Is dit beginsel, in de opvatting van iedereen, nochtans met het billijkheidsgevoelen verenigbaar? Is het immers « billijk » een werkelijk voorrecht toe te kennen aan de eigenaars te nadele van het belang der maatschappij, ten nadele en op kosten van de Staat die openbare werken uitvoert met het oog op het algemeen welzijn? Betekent dit niet een gevaarlijke rem voor de sociale

voortgang en een altijddurende bescherming voor de gevestigde rechten van het kapitaal? Zou men niet kunnen aanvoeren dat het privaats eigendom, dat voordelen verschafft heeft en nog met zich brengt, noodzakelijkerwijze bijzondere lasten dient te dulden? De enkeling die eigenaar is vertoont noodzakelijkerwijze een grotere kwestbaarheid waar de sociale voortgang zich doet gelden.

De strikte toepassing van het hierboven vermeld principe zou ook dikwijls het billijkheidsgevoel krenken. De stoornissen door openbare werken aan twee private eigendommen berokkend, waarvan het eerste aan een rijk persoon toebehoort die nog over andere onroerende goederen beschikt, en het tweede aan een onvermogene arbeider, kunnen bezwaarlijk aanleiding geven tot dezelfde vergoeding. De persoonlijke toestand der « slachtoffers » dient onvermijdelijk in aanmerking genomen te worden. « A l'égalité simpliste et très approximative, basée sur des apparences purement apparentes, s'oppose l'équité raisonnée, clairvoyante, discriminatoire, tenant compte des différences réelles de situations et inspirée d'humanité, nom moderne de la charité » (132).

De Franse Conseil d'Etat houdt ook rekening met omstandigheden die aan het openbaar belang eigen zijn: « il se préoccupe des difficultés relatives des divers services (publics) .. aussi un peu du ménagement nécessaire des deniers publics, il exonère l'administration en cas de force majeure ... il traite différemment les usagers et les tiers... » (133).

Onze wet van 23 december 1946 (artikel 7) schrijft ook aan de Raad van State een gelijkaardige soepelheid voor: « ... de Raad van State doet uitspraak naar billijkheid, rekening houdende met de omstandigheden eigen aan het privaats en aan het openbaar belang ».

Mogen onze hoven en rechtbanken hun beslissingen op het hier onderzocht beginsel steunen en het namelijk « aanpassen » zoals zoëven aangeduid?

Dit rechtsprobleem is uiterst kies. Maakt bewust beginsel reeds deel uit van ons recht? Behoort het niet uitsluitend de wetgevende macht zich duidelijk uit te spreken over de politieke en sociale gevolgen van de eventuele toepassing van een dergelijke regel?

Of dient er aangenomen te worden dat de wetgever deze regel reeds goedgekeurd heeft vermits hij toepassing ervan voorgeschreven heeft in artikel 7 van de wet van 23 december 1946... en dit zelfs voor de krenking van een belang?

Men zal echter dadelijk opwerpen: hij heeft de Raad van State geenszins het recht verleend om een « arrest », een beslissing, op die regel te steunen. Het hoge administratief rechtscollège kan slechts een « advies » uitbrengen!

* * *

« Je fais appel à l'expérience — schrijft F. Geny — de tous ceux qui ont réfléchi aux problèmes du droit positif, pour affirmer que, dans nombre de ces problèmes, la solution juste est acquise par sentiment instinctif plus que par raisonnement ... je sais bien qu'on a stigmatisé la tendance que je défends, sous le nom d'équité cérébrine, mais des mots ne sont pas des raisons ... Comment nier dès lors, que le sentiment de l'équité, envisagé sous ce premier aspect, ne doit conserver une place essentielle, dans une méthode, complète et suffisante, d'interprétation juridique? » (134).

Men kan inderdaad niet betwisten dat talrijke rechters zeer vaak een instinctmatig vooroordeel

voelen nopens de oplossing welke dient gegeven aan het te beslechten geschil.

Dit vooroordeel waarvan de grondslag vaag is en dat beïnvloed wordt door gevoelens van gerechtigheid, natuurrecht, zedenleer, ideaal recht, billijkheid, en dat niettemin bijna steeds als een billijkheidsgevoel bestempeld wordt, kan uit zekere oogpunten, waarop ik nog zal terugkomen, nuttig en wenselijk voorkomen. Maar dikwijls is het ook uiterst gevaarlijk.

Nuttig en wenselijk namelijk omdat, zoals ons Hof van Cassatie op 15 mei 1930 besliste, «wanneer aan een wetsbepaling de betekenis kan gegeven worden die door het gezond verstand en het *natuurlijk gevoel van de gerechtigheid* geboden wordt, behoort zij in die zin uitgelegd te worden» (135).

Doch uiterst gevaarlijk, want enerzijds kan dergelijke instinctmatige beoordeling van zulke aard zijn dat de rechter gaat menen dat verdere onderzoeken, overwegingen en meditaties overbodig geworden zijn en anderzijds omdat de rechter een rechtsregel dient toe te passen en derhalve zich schuldig maakt aan een werkelijke ambtsmisbruik indien hij zijn beslissing louter op gerechtigheid, zedenleer of billijkheid steunt; recht mag niet met gevoel verward worden en ook niet met gerechtigheid, zedenleer of billijkheid.

Alvorens de steeds zware verantwoordelijkheid van een vonnis op zich te nemen moet de rechter, welke ook zijn mogelijk vooroordeel zij, de feiten in al hun bijzonderheden en onder al hun aspecten onderzoeken, het toe te passen of het eventueel toe te passen recht opsporen in alle noodzakelijke richtingen, de wetten, de gewoonte, de rechtspraak en de rechtsleer raadplegen, zijn bevindingen aan zijn eigen kritiek toetsen, zelf opwerpingen uitbrengen ... en dan alleen, zal hij in staat zijn en zal hij, in geweten, het recht hebben zijn vonnis te vellen.

Dit alles vergt aanleg, rijpe overwegingen, krachtsinspanningen, verstand ... en een diepe en uitgebreide wetenschap.

Een rechter met plicht- en verantwoordelijkheidsbesef, die de vereiste opleiding ontvangen heeft en die bovendien, zoals het behoort, inziet wat recht is, weet dat de instinctmatige billijkheid in menig geval met de oplossing welke dat recht oplegt niet overeenstemt.

Het recht heeft immers zijn eigen en welbepaalde doeleinden en redenen van bestaan. Het wordt ontegenzeggelijk door de moraal, de gerechtigheid, de billijkheid beïnvloed, maar dikwijls moet het zich van deze begrippen verwijderen, ze desnoods verwerpen, en opofferen, en ze zelfs schenden ... wanneer dit noodzakelijk is om bovenvermelde eigen doeleinden te kunnen bereiken: rechtszekerheid, handhaving van de orde, algemeen welzijn. Het recht is zelfs wel eens verplicht regels of gedragingen die de moraal of de billijkheid gebieden uit zijn eigen gebied te verwerpen, ofwel omdat het niet mogelijk zou zijn over praktische middelen te beschikken ten einde naleving ervan steeds op te leggen, ofwel omdat de enkelingen niet zouden dulden dat de maatschappij zich met al de handelingen, gedragingen of zelfs inzichten zou inlaten; deze noodzakelijke reactie der enkelingen werd door Em. Kant uitstekend in het licht gesteld.

Voorts zijn de door de wetten voorgeschreven regels zeer dikwijls het product van een eeuwenlange ervaring van talrijke geslachten; deze regels, zoals ze thans bestaan, hebben rekening gehouden met talrijke belangen en omstandigheden en hebben een gepast evenwicht bewerkstelligd. De rechter die ze

moet toepassen kan zich bezwaarlijk terstond reenschap geven van de redenen van bestaan en de volledige draagwijdte ervan.

Indien zijn eigen billijkheidsgevoel hem ertoe mocht aansporen een van die regels te schenden of niet toe te passen, loopt hij het gevaar bepaalde andere belangen te schenden en hierdoor, onbewust, ... afbreuk te doen aan de billijkheid, de gerechtigheid, de moraal.

Zo b.v. is het Hof van Beroep te Nancy (arrest van 15 juni 1948) recht sprekende over een geschil dat gerezen was tussen een verhuurder en een huurder nopens de werken en gebouwen door laatstgenoemde in het gehuurd pand uitgevoerd, van mening geweest dat, rekening houdende met de sterke daling van de economische waarde van de frank, het voor de huurder te hard en dus te «onbillijk» zou geweest zijn hem slechts, overeenkomstig de bepalingen van artikel 555 van het Burgerlijk Wetboek, een vergoeding toe te kennen gelijk aan «de waarde van de materialen en van het arbeidsloon, zonder acht te slaan op de door het goed verkregen meerwaarde».

Het Hof van Beroep weigerde derhalve bedoelde wetsbepaling toe te passen en, steunend op het principe dat niemand zich zonder oorzaak ten nadele van een ander verrijken mag, veroordeelde het de verhuurder tot het betalen ener vergoeding gelijk aan de meerwaarde welke het goed verkregen had.

Het arrest werd op 7 maart 1955 (136) door het Hof van Cassatie vernietigd.

De rechters te Nancy hadden waarschijnlijk vergeten ook de belangen van de verhuurder in aanmerking te nemen. De verhuurders verplichten, in dergelijke omstandigheden, *steeds* de meerwaarde te betalen, zou dikwijls voor hen de ondergang betekenen, wanneer nochtans de toestand tot stand gebracht werd door het optreden van de huurder en dank zij risico's welke hij zelf vrijwillig op zich genomen heeft (137).

Nu een voorbeeld uit de recente wetgeving genomen. Sommige rechters hebben een neiging om de toepassingsfeer van de wetten betreffende de arbeidsongevallen en in het bijzonder die van de besluitwet van 13 december 1945 steeds uit te breiden en op grond van een «sociaal gevoel», dus een «billijkheidsgevoel» van deze tijd, de lasten van de werkgever steeds te verzwaren.

Zodoende verliezen zij echter meermaals uit het oog dat voormelde wetten reeds in een zeer ruime mate rekening gehouden hebben met die billijkheid en dat zij deswege het wezenlijk beginsel van ons recht — de burgerlijke aansprakelijkheid wegens schuld — prijs gegeven hebben en met volkomen kennis van zaken die uitzonderingsregeling strikt hebben willen beperken... hierbij de belangen van de werkgevers — waarvan de bescherming ook maatschappelijk nodig is — ernstig in overweging nemende.

Wanneer de rechters onder voorwendsel van een zogezegd billijkheidsgevoel nieuwe lasten of nieuwe verplichtingen aan een rechtsubject of een categorie rechtsubjecten wensen op te leggen, beseffen ze overigens niet dat zij zich in de juridische staatkunde kunnen mengen, een gebied waarvoor zij gewis dikwijls totaal onbevoegd zijn. Onlangs had een rechter beslist dat de wet op de arbeidsongevallen van toepassing was in geval van schade door een arbeider geleden toen hij hulp en bijstand bood aan een persoon die in levensgevaar verkeerde, en dit welk ook het verband zij dat zou bestaan hebben tussen die daad van zelfopoffering en menslievendheid en de uitoefening van het dienstcontract (138). Door een dergelijke beslissing werden uiteindelijk die risico's steeds ten

laste van de werkgevers gelegd. Waarom veeleer deze particulieren — de werkgevers — dan de ganse gemeenschap indien sociaal noodzakelijk geacht wordt de schade, door de slachtoffers van hun moed of zelfopoffering geleden, door derden te doen dragen? Dit is een probleem van juridische politiek, waarvoor de rechter geen bevoegdheid of macht bezit...

Het is de plaats om hier te herinneren aan hetgeen jaren geleden Domat schreef: « Il ne faut pas prendre pour des injustices contraires à l'équité les décisions qui paraissent avoir quelque dureté, qu'on appelle rigueur du droit, lorsqu'il est évident que cette rigueur est essentielle à la loi d'où elle résulte » (139).

Trouwens, zoals ik reeds meermalen aangetoond heb, is het billijkheidsgevoel van de rechter subjectief, dus gevaarlijk en kan het tot talrijke tegenstrijdige beoordelingen leiden.

Zo b.v. wordt de theorie van het risico, schrijft men doorgaans, op billijkheidsgronden gesteund: het zou billijk zijn dat de persoon, die meestal in zijn eigen voordeel een initiatief neemt, de nadelige gevolgen die voor een derde eruit voortvloeien, automatisch zou dienen te vergoeden. Doch men kan hierop antwoorden dat de initiatieven, krachtinspanningen, moed en somtijds opoffering noodzakelijk maken, dat ze primaire actie-motieven zijn, eigen aan de natuur van de mens, en die overigens nodig zijn voor het algemeen welzijn... en dat het derhalve « onbillijk » zou wezen een rechtsregel in te voeren die er op neerkomt aan die « verdienstelijke » enkelingen lasten op te leggen ten voordele van degenen die passief blijven of die de moed niet hebben persoonlijke verantwoordelijkheden op zich te nemen.

Men roept dikwijls artikel 4 van het Burgerlijk Wetboek in, welke bepaling de rechter verplicht steeds recht te spreken zelfs in geval « van het stilzwijgen van de wet » om te beweren dat hij de wet vermag aan te vullen en zelfs nieuwe regels in het leven te roepen over namelijk op de billijkheid een beroep te doen.

Deze bepaling beduidt echter geenszins dat de rechter steeds het bestaan van een recht en van een verplichting moet erkennen.

Beslissen dat het positief recht, in een bepaalde aangelegenheid, geen recht toekent, alhoewel de billijkheid een andere oplossing zou aanbevelen, is ook « recht spreken » in de zin van bedoeld artikel 4.

Zoals Demolombe terecht schrijft: « l'article 4 ne permet pas de rendre obligatoire toute règle de droit naturel » (140).

Al hetgeen ik tot nogtoe over de gevaren van het billijkheidsgevoel geschreven heb betekent nochtans niet dat de billijkheid geen taak te vervullen heeft in de rechtsvinding, in de uitlegging van het wettenrecht en van de gewoonte.

De rechtspraak is immers een der formele bronnen van het recht.

Het zij mij geoorloofd hier aan de klassiek geworden beschrijving van de opdracht van de rechtspraak door eerste-voorzitter Ballot-Beaupré (141) te herinneren: « ... le code civil est entre les mains des juristes, un instrument d'une singulière puissance, tantôt il énonce un principe dont on n'a pas dégagé logiquement les conséquences dans les hypothèses les plus variées, tantôt il donne une solution impliquant l'existence d'un principe que l'on dégage à son tour et auquel on remonte pour en faire découler des conséquences analogues en vue d'hypothèses nouvelles, tantôt par la combinaison d'articles, même séparés et éloignés les uns des autres, il permet d'atténuer les effets rigoureux ou de corriger les imperfections

de l'un d'eux... ». En procureur-generaal Léon Cornil verklaarde ook op 15 september 1950: « ... de rechter (dient) aan de wet de interpretatie te geven die het meest overeenkomt met de sociale noodwendigheden, zoals deze voortvloeien en uit de feiten en uit de *heersende gedachten*... » (142).

In deze perken is de rechter gewis een « wetgever » — en hij mag alsdan, en moet zelfs een beroep doen op de « billijkheid », zoals ook, naar gelang van het geval, op de moraal, het natuurrecht...

Maar de machten van de rechter zijn nochtans meer beperkt dan die van de Wetgevende Macht; hij is niet m.i. een « echte wetgever ».

Beperkingen worden aangebracht aan zijn bevoegdheid tot rechtsvinding; zij worden opgelegd door de aard zelve van de « jurisdictio » en door de principes van het staatkundig bestel der maatschappij.

Zijn machten kunnen slechts uitgeoefend worden in een bepaald raam; hij mag immers de sociale noodzakelijkheid niet miskennen; buiten deze laatste heeft hij geen macht om nieuwe regels te ontdekken, om de wetten aan te vullen. Omgekeerd kunnen uitzonderingen op een algemene regel slechts goedgekeurd worden indien de sociale noodzakelijkheid dit niet verbiedt.

In die beoordeling van de sociale noodzakelijkheid mag de rechter ook de plaats niet innemen van de Wetgevende Macht die haar bevoegdheid nopens de juridische politiek dient te behouden.

Tweede beperking: hij moet zijn nieuwe regels afleiden uit hetgeen reeds voorzien en toegelaten wordt door de wet, de gewoonte, de algemene grondbeginselen van het positief recht.

Hij zal namelijk soms algemene grondbeginselen ontdekken door ze namelijk af te leiden van sommige concrete toepassingen ervan, welke door de wetgever gemaakt werden. Hij zal moeten opzoeken of andere grondbeginselen waarvan de rechtspraak reeds meerdere toepassingen gemaakt heeft, geen wijzigingen, opgelegd door de nieuwe sociale omstandigheden, ondergaan hebben. « Vous recommencerez l'examen d'une difficulté ancienne — zegde procureur-generaal Paul Leclercq aan het Hof van Cassatie (143) — et déjà résolue par vous, quand, par suite de la vie même, du mouvement des idées ou du changement dans les choses, il peut être opportun soit de revoir des solutions d'une sévérité contraire à l'esprit social nouveau, soit de préciser la portée de certaines règles à appliquer à des situations de fait qui n'existaient pas lors des interprétations premières. »

Doch nog eens het bestaan van een billijkheids-, zedelijkheids-, natuurrechtsbeginsel is niet voldoende. Een element ontbreekt immers aan al deze beginselen: het bewijs van het aanwezig zijn van een sociale noodzakelijkheid die gewichtig genoeg is om aan de Staat toe te laten de naleving van een algemene regel door dwang op te leggen.

De rechter moet steeds de hierboven bepaalde leidraden en richtlijnen volgen. Zo schrijft De Page: « (Lorsque la loi n'a pas statué) en demeurant dans le cadre général de la loi, dont il s'inspirera autant que de besoin, le juge décidera d'après les principes supérieurs du droit et de l'équité. Il statuera comme s'il avait à faire œuvre de législateur » (144).

In dezelfde gedachtengang onderstrepden Colin en Capitant dat de rechter objectief en wetenschappelijk de geest van de wetgeving in verband gebracht met de sociale noodwendigheden en met de sociale vooruitgang, dient te ontdekken (145).

Is het mogelijk, na deze al te lange uiteenzetting, duidelijke en bepaalde besluiten te uiten?

Wat is billijkheid? Welke is haar toegelaten taak in de uitoefening van de jurisdictionele functie?

Ik vrees dat mijn antwoorden zeer teleurstellend zullen uitvallen.

De billijkheid in haar «materiële» betekenis bepalen komt me uiterst moeilijk en misschien ook ondoenlijk voor.

Alle pogingen die aangewend werden om ze af te scheiden of af te zonderen van de zedenleer, de gerechtigheid, het natuurrecht, het ideaal recht zijn weinig bevredigend of worden door velen ongerechtvaardigd geoordeeld. En het kon m.i. niet anders zijn wanneer men weet hoe uiteenlopend de opvattingen zijn nopens die andere begrippen.

Ik meen nochtans persoonlijk dat de overwegingen of beschouwingen omtrent een toe te passen regel of omtrent de totstandbrenging van een regel, die ontleend zijn aan de menslievendheid, de bijstand aan ongelukkigen of zwakken, en die aangegeven worden door de goedheid van hart, eigen zijn aan de billijkheid.

Toch ontveins ik het me niet dat de uitdrukking van dergelijke persoonlijke zienswijzen van elk praktisch nut ontbloomt is.

De billijkheid is en zal, in de opvatting van al de leden der gemeenschap, en namelijk in de opvatting van de rechter die zich ervan niet mag verwijderen, een vaag en veelomvattend begrip blijven, waarin zedenleer, gerechtigheid, natuurrecht... vermengd liggen.

Moet deze toestand betreurd worden? Dit is geenszins zeker. Dat vaag begrip is vruchtbaar geweest en zal het nog blijven.

Wat is nu billijkheid in de «formele» betekenis? Welk is haar geoorloofde taak in het recht?

De billijkheid mag de toepassing van een algemene regel aanpassen voor een concreet geval of ze zelfs beletten wanneer de wet of een algemeen grondbeginsel van het recht zulks uitdrukkelijk veroorlooft of voorschrijft. Zij mag en zal de rechter ertoe leiden een algemene regel die uiteraard van strikte of enge interpretatie is, niet toe te passen op een geval dat buiten haar toepassingsgebied kan gelaten worden.

Zij zal ook de nodige aanpassingen brengen aan uitzonderingswetten die de toepassing van regels van het gemeenrecht onmogelijk of te «zwaar» gemaakt hebben.

De billijkheid verplicht de rechter het positief recht met mate en menselijkheid te laten gelden.

Het billijkheidsgevoel van de rechter zal hem helpen om, na een diepgaand en vakkundig onderzoek van de talrijke en genuanceerde voorschriften van de wetten, de gewoonte, de algemene grondbeginselen, de oplossing welke het recht gebiedt, te ontdekken.

Doch dit eist bij de magistratuur uitgebreide en grondige juridische kundigheden, en tevens een diepe humanistische en sociale cultuur, verantwoordelijkheidsbesef, aanleg, onverpoosde naarstigheid, objectiviteit, verstand, ervaring en ook fijnheid van gevoelens, van die gevoelens welke onze gemeenschappelijke beschaving kenmerken.

Om een rol in ons recht te mogen vervullen dienen deze moeilijk verkrijgbare en veelvuldige hoedanigheden aanwezig te zijn. Het is wat haar waarde en prestige in de uitoefening van de jurisdictionele functie verleent.

* * *

Toen de Vlaamse Conferentie van de Balie bij het Hof te Gent mij de eer en ook de vriendschap bewees

mij voor te stellen deel te nemen aan de hulde die de Heer Van Winckel, eerste-voorzitter van dit Hof, gebracht zou worden, heb ik dan ook onmiddellijk en spontaan gedacht aan het onderwerp waarvan ik thans de behandeling beëindig.

Gedurende ongeveer een halve eeuw hebben de justitiabelen der Vlaanderen, ja zelfs van de ganse Natie het voorrecht gehad de onuitputtelijke toewijding te mogen genieten van een rechter, raadsheer, later kamervoorzitter en eindelijk, gedurende zes jaar, eerste-voorzitter, die de zoëven vermelde hoedanigheden in zijn persoon verenigt en ze ten dienste van het land en van het recht stelde. Wij danken U, Mijnheer de Eerste-Voorzitter.

(1) La idea de Equidad y su relacion con otras ideas morales y juridicas, afmes — Instituto Editorial Reus. Centro de ensenanza y publicaciones — Madrid 1950.

(2) Ch. Perelman: De la Justice.

(3) Perelman op cit. blz. 79.

(4) G. del Vecchio — La Justice — la vérité. Essai de philosophie juridique et morale. Dalloz 1955, blz. 66 en volgende, en 87 en volgende.

(5) H. Kelsen, Was ist Gerechtigkeit — Wien 1953 (in het bijzonder blz. 32 en volgende, en 43) en Théorie pure du droit, Neuchâtel 1953 (in het bijzonder blz. 52 en volgende).

(6) op cit. blz. 43, in fine.

(7) Sir John Salmond — Jurisprudence, 9th Edition, blz. 73.

(8) M. Reglade, professeur aan de Faculteit voor Rechtswetenschappen te Bordeaux. «Les sources du droit positif dans leurs rapports avec les sources du droit naturel et du droit idéal». Travaux de la première session de l'Institut international de Philosophie du droit et de sociologie juridique, 1934, blz. 103 en volgende.

(9) Zie De Page, Traité élémentaire de droit civil, boek-deel I, 2^{de} druk, Nr 737bis, n. 5.

(10) Eug. Dupréel, Traité de philosophie morale.

(11) (12) De Page, op cit., Deel I, 2^{de} druk, blz. 110. Men raadplege ook Kluyskens, De Verbintenissen, blz. 117.

(13) Ch. Perelman, op. cit., blz. 58.

(14) Georges Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, 4^{de} druk, Nr 207, blz. 406.

(15) F. Geny, Science et technique, T. IV, Préface, blz. IX.

(16) J. Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, blz. 311 en volgende.

(17) P. Foriers, «Actualité du droit naturel et libre recherche scientifique», Journal des Tribunaux, 12-19 septembre 1954.

(18) Blackstone, Commentaries on the laws of England, 1765.

(19) Ch. Perelman, op. cit., blz. 48-49.

(20) J. Dabin, op. cit., blz. 327-328 en 558-559.

(21) F. Geny, Méthode d'interprétation... D. II, blz. 109-110.

(22) Foriers, Revue critique de jurisprudence belge, 1956, blz. 87 en volgende.

(23) Bayart, Journal des Tribunaux, 27 mei 1956.

(24) Cl. Du Pasquier, «Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit» nr 13, geciteerd door Verstraete, Droit civil du Congo belge, D. II, blz. 31.

(25) Penet, D. II, blz. 7 en 8.

(26) Savatier, Cours de droit civil, D. I, blz. 15, Nr 22.

(27) J. Bonnet, Introduction à l'étude du droit, 3^e druk, 1939.

(28) Conclusies vóór het arrest van het Hof van Cassatie van 14 juni 1956 (Bull. en Pasicrisie 1956, I, 1111). In dezelfde zin, De Page «A propos du gouvernement des juges» blz. 163.

(29) Eloge de l'équité — Journal des Tribunaux — 2 februari 1947.

(30) Winkler Prins, V^o Billijkheid.

(31) De Page, op. cit., D. II, blz. 411.

(32) Demogue Obligations, D. IV, Nr 12 en volgende.

(33) L. Fredericq, Traité de droit commercial D. VIII, blz. 867 en 1024.

(34) J. Dabin, op. cit., blz. 498-499, Nr 142.

(35) Foriers, Revue critique de jurisprudence belge, 1956, blz. 87 en volgende.

(36) H. De Page, A propos du gouvernement des juges.

(37) H. De Page, op cit., blz. 151.

(38) J. Dabin, op. cit., blz. 558 en volgende.

(39) J. Dabin, op. cit., blz. 569.

(40) Don José C. Tobenas, op cit. blz. 51.

(41) A. Kluyskens, Zakenrecht, vierde druk, bl. 162, Nr 132.

(42) Zie namelijk: Duranton, Cours de droit civil, Deel VI, 1841; Zachariae, Le Droit civil français, Deel III, 1857.

(43) F. Mourlon, Répétitions écrites, Deel III, bl. 391, Nr 894.

(44) Th. Huc, Commentaire théorique et pratique du Code civil, Deel 7, bl. 134 (1894).

(45) Baudry-Lacantinerie, Des obligations, derde druk, 1906, bl. 391.

(46) A. Kluyskens, De verbintenissen, eerste deel, bl. 121 (1948).

(47) Mazeaud, Le cours de droit civil, Deel II, N^{rs} 350-351.

(48) Mazeaud, op cit., N^o 402.

(49) Œuvres de Pothier, Nouvelle édition de M. Dupin,

Deel I, N° 97, bl. 53 (1824).

(50) De Page, op cit., Deel V, bl. 88, noot (5).

(51) J. Ronse, Schade en schadeloosstelling (onrechtmatige daad), N°s 722 tot 730 (Algemene practische rechtverzameling); zie ook R. Dekkers, Handboek van burgerlijk recht, Deel II, bl. 125, N° 223.

(52) Zie J. Dabin, op cit., bl. 561, N° 166.

(53) Baudry-Lacantinerie, Obligations, Deel II, N° 924; De Page, op cit., Deel I (2^{de} druk), bl. 27, en Deel II (eerste druk), bl. 731.

(54) C. Smeesters et G. Winkelmolen, Droit maritime et fluvial, Deel III, bl. 390.

(55) Daniel Danjon, Traité de droit maritime, Deel IV, bl. 122.

(56) C. Smeesters et G. Winkelmolen, op cit., Deel III, bl. 416. « Le juge peut modifier... quand la somme promise est excessive dans un sens ou dans l'autre ».

(57) Senaat — Buitengewone zitting, 1939, Doc. N° 58, bl. 5, en Parlementaire handelingen, bl. 680.

(58) Arrest Hof van Verbreking, 15 april 1956 (Bull. en Pasic. 1956, I, 873).

(59) Zitting 1944-1945 — Kamer, Parlementaire handelingen, bl. 790.

(60) Zie nopens de imprevisie: De Page, Deel II, bl. 490. (61) Zie arrest van het Hof van Cassatie van 1 december 1949, Bull. en Pasic. 1950, I, 199.

(62) Men raadplege het verslag aan de Regent van de besluitwet van 12 maart 1945 — het verslag van de commissie van de Senaat — Zitting 1946-1947, Doc. 158, en Journal des Tribunaux, 1945, bl. 564.

(63) Zie nota's 43, 44, 45 onderaan « De tegenwoordige opdracht van de rechter », Rechtskundig Weekblad, 9 maart 1952.

(64) Arrest Hof van Cassatie van 3 januari 1958.

(65) De Page, op cit., Complement III, bl. 208.

(66) (67) De Page, Complement III, bl. 208.

(68) Alfred Bernard, L'arbitrage volontaire en droit privé, bl. 135 tot 148 en 187; R. Van Lennep, Studiën over privaatrechtelijke arbitrage, bl. 236, en Jean Robert, Traité de l'arbitrage civil et commercial en droit interne, bl. 157; Répertoire pratique de droit belge, V° Arbitrage, N° 300.

(69) (70) Marcel Sibert, Traité de droit international public, Deel III, bl. 434, 435, 436; Rousseau, Droit international public approfondi, bl. 89-90.

(71) Zie De Page, op cit., Deel III, N°s 1037 en 1042, en De Page, Une survivance de l'ordalie en droit moderne - le serment litisdésoire. Mededelingen van de Klasse der letteren van de Koninklijke Belgische Academie, 5^{de} reeks, Boek XI, bl. 357-360.

(72) Ch. Perelman, op cit., bl. 49.

(73) Définitie geciteerd door Letourneur in « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat ». Etudes et Documents, 1951, bl. 19.

(74) Boulanger, aangehaald door advocaat-generaal Ganshof van der Meersch in zijn conclusies vóór het arrest van het Hof van Cassatie van 14.6.1956 (Bull. en Pasic. 1956, I, 116).

(75) Jean Brethe de la Gressaye en Marcel Laborde-Lacoste, « Introduction générale à l'étude du droit », bl. 322.

(76) Zie conclusies van advocaat-generaal Ganshof van der Meersch, op cit.

(77) Hof van Cassatie van Frankrijk, 15 juni 1892 (D. P. 1892, I, 596) 12 mei 1914 (Sirey, 1918, I, 41).

(78) Nouveau Répertoire de droit, Dalloz, V° Cassation (Pouvoir en) N° 98.

(79) Dalloz - Répertoire de droit civil, 1951, V° Cassation, N° 7.

(80) Frans Hof van Cassatie, 22 januari 1849 (Rec. Sirey, 1849, I, 181); 23 januari 1933 (Sirey, 1933, I, 249 en noot Ch. Rousseau).

(81) Zie nochtans « Un aspect du droit de défense », rede uitgesproken door de h. procureur-generaal R. Hayoit de Termicourt ter plechtige openingszitting van het Hof van Verbreking op 15 september 1956.

(82) Zie namelijk arresten van 8 april 1929 (Bull. en Pasic. 1929, I, 151), 22 augustus 1940 (ibidem 1940, I, 205).

(83) Zie arrest van 21 oktober 1942 (Bull. en Pasic. 1942, I, 237) en nota R.H.

(84) Arrest van 27 juni 1946 (Bull. en Pasic. 1946, I, 270) en in het bijzonder de noot R.H.

(85) Arresten van 20 mei 1952 (Bull. en Pasic. 1952, I, 608) en 2 juli 1957 (inzake Lonneville t/ Belgische Staat).

(86) Ayrault: Inst. jud. liv. I^{er}, N° 6; Portalis aangehaald door Faustin Hélie, Deel VIII, bl. 499, noot 7. (Zie R. Hayoit de Termicourt: Un aspect du droit de défense, nota 3, bl. 1.)

(87) Robespierre (zie ibidem Hayoit de Termicourt).

(88) Snell's Principles of Equity (22th edition), bl. 2.

(89) Snell's Principles of Equity, bl. 1.

(90) Men raadplege namelijk ook nopens de « Equity », Harold Potter, An historical introduction to the English law and its institutions, bl. 550; R. David, Gutteridge en Wortley, Introduction à l'étude du droit privé en Angleterre, bl. 172 en volgende.

(91) Claude Du Pasquier, La notion de justice sociale, in « Hundert Jahre Schweizerisches Recht » (Basel 1953).

(92) Pierre Tuor, Le code civil suisse (1949).

(93) Pierre Tuor, op cit., bl. 36-37.

(94) Zie Claude Du Pasquier, Les lacunes de la loi et la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse sur l'article 1^{er} du Code civil (1951) bl. 46.

(95) Ontwerp voor een nieuw burgerlijk wetboek, opge-

steld door professor M. E. M. Meyers - Teksten, toelichting, Eerste gedeelte - Inleidende titel (1954).

(96) Leopoldstad, 8 september 1936 (R.J.C.B. 1937, bl. 105).

(97) Elisabethstad, 11 Oogst 1928 (R.J.C.B. 1928, bl. 326).

(98) Cass. 12 juli 1917, Bull. en Pasic. 1918, I, 65.

(99) De Page, op cit., Deel I (2^{de} druk), bl. 150.

(100) Cass. 27 mei 1909, Bull. en Pasic. 1909, I, 272.

(101) Zie namelijk Cass. Frankrijk, 15.6.1892, D. P. 1892, I, 596.

(102) De Page, op cit., Deel III (2^{de} druk), bl. 35, N° 27. (103) G. Ripert: La règle morale dans les obligations civiles, bl. 281.

(104) L. Campion: La notion d'assistance en droit privé, bl. 84 en volgende.

(105) Zie Revue trimestrielle de droit civil, 1956, bl. 345.

(106) Zie Cass. Frankrijk, 8 januari 1894 (S. en P. 1894, I, 184); Parijs, 10 maart 1892 (Sirey 1892, II, 255); Parijs 18 november 1894 en Amiens 9 januari 1895 (Sirey, 1897, II, 211); Metz, 19 februari 1863 (D. 1863, II, 153); Gent, 23 mei 1853 (Pas. 1854, II, 82).

(107) Hof van Beroep te Bordeaux, 6 juli 1896 (Sirey, 1899, II, 202).

(108) De regels bepaald door de internationale overeenkomst van Brussel van 23 september 1910 « tot eenmaking van sommige regels betreffende de maritieme hulp- en redding » werd slechts door de wet van 29 april 1916 in de Franse wetgeving ingevoerd.

(109) « En 1681, le Roi pour secondar l'action de la papauté (constitution à ses sujets (Cum nobis » de 1566) prescrivait dans l'ordonnance sur la marine de « faire tout devoir pour secourir les personnes qu'ils verront dans le danger de se perdre ». G. Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, bl. 276, N° 152).

(110) Zie ook arrest Hof van beroep te Parijs, 18 mei 1893 (Sirey 1896, II, 81) en noot.

(111) L. Campion, op cit., bl. 91.

(112) Rijsel, 2 juli 1957, en nota Esmein, Juris classeur périodique, 30 octobre 1957, N° 10216.

(113) Cass. 15 mei 1930, Bull. en Pasic. 1930, I, 223.

(114) L. Campion, op cit., bl. 108.

(115) (110) Zie Revue trimestrielle de droit civil, 1953,

bl. 553, en 1956, bl. 150.

(117) Cass. 31 oktober 1935 (Bull. en Pasic. 1936, I, 22).

(118) Demogue, Revue trimestrielle de droit civil, 1911,

bl. 434-435.

(119) Burgerlijke rechtbank te Laval, 4 juni 1957, Juris-

classeur périodique, 30 oktober 1957, N° 10222.

(120) Revue trimestrielle de droit civil, 1957, bl. 714.

(121) Revue trimestrielle de droit civil, 1953, bl. 360, en

1956, bl. 169.

(122) Zie, in die zin, De Page, Deel VIII, N° 408, 10^e, en

Complément, Deel I, N° 976.

(123) Men raadplege Marty en Renaud, Droit civil, Deel I,

bl. 841, nota 1.

(124) In die zin ook noot van professor Gevers, Revue

critique de jurisprudence belge, 1956, bl. 201.

(125) Zie arrest Conseil d'Etat 21 juni 1898 (Sirey, 1898,

I, 33); zie ook arrest 11 mei 1843 (Sirey, 1885, III, 25) en

conclusies van de commissaris der Regering Le Vasseur, van

7 februari 1890 (Sirey, 1892, III, 63).

(126) Conclusies vóór arrest van de Conseil d'Etat van

5 december 1947 (Sirey 1948, III, 17).

(127) Zie conclusies van commissaris der Regering Romier

vóór arrest d.d. 26 juni 1895 van de Conseil d'Etat (Sirey,

1897, 3,33).

(128) Ch. Rousseau, Cour de contentieux administratif,

1951-1952, bl. 131-133 en 145.

(129) R. Dekkers, Handboek van burgerlijk recht, Boek I,

bl. 510, en De Page, op cit., Boek V, N° 934.

(130) Portalis, Exposé des motifs, n° 18, Locré, Deel IV,

bl. 80, geciteerd door Dabin: Revue critique de jurispru-

dence belge, 1949, bl. 205 en volgende.

(131) J. Leclercq, Leçons de droit naturel, Deel I, bl. 322.

(132) Ch. Bloevoet: de l'adaptation des théories de la

faute et du risque comme fondement de la responsabilité

des collectivités en droit public - Jurisclasseur périodique -

La semaine juridique, 22 januari 1958, N° 1406.

(133) Ch. Bloevoet, loc. cit.

(134) F. Geny, Méthode d'interprétation et sources en

droit privé positif, Deel II, bl. 111.

(135) Cass. 15 mei 1930, Bull. en Pasic. 1930, I, 223.

(136) Hof van Cassatie Frankrijk, 7 maart 1955, Semaine

juridique 1956, II, 9053.

(137) Zie Revue trimestrielle de droit civil, 1956, bl. 377.

(138) Zie vonnis verbroken door het arrest van het Hof

van Cassatie van 8 juni 1956 (Bull. en Pasic., 1956, I, 1078)

(139) Domat, Lois civiles, Boek I, sect. 2, N° 4.

(140) Demolombe, Cours de droit civil, Deel I, bl. 8.

Zie nochtans Beudant, Deel I, bl. 178.

(141) Le centenaire du code civil, 1804-1904 - discours

du premier président à la Cour de Cassation (de France)

Ballot-Beaupré.

(142) Rede uitgesproken ter plechtige zitting van 15 sep-

tember 1950 van het Hof van Cassatie.

(143) Procureur-generaal F. Leclercq - conclusies vóór

arrest Hof van Cassatie van 26 januari 1938 (Bull. en Pasic.,

1923, I, 63 en volgende).

(144) De Page, op cit., Deel I, bl. 251.

(145) Colin en Capitant - Juliot de la Morandière, Deel I,

bl. 173.

Zijn schenkingen bij huwelijkscontract én onveranderlijk én onherroepbaar ?

door Dr. Willy DELVA

Professor aan de Rijksuniversiteit te Gent

Voor een bepaalde categorie van schenkingen bij huwelijkscontract biedt de gestelde vraag, te weten of ze onveranderlijk en onherroepbaar zijn, geen moeilijkheden: namelijk, wanneer het gaat om bedingen die de overlevende echtgenoot een recht op voorafnemings waarborgen of waarbij aan de echtgenoten ongelijke delen in de gemeenschap worden toegekend (zie de artikelen 1515-1525 B.W.).

Het zijn inderdaad schenkingen waarvan de wet zegt dat ze als huwelijksvereenkomsten moeten beschouwd worden (artt. 1516 en 1525 B.W.), en die bijgevolg behoren tot de *hoofdinhoud* van het huwelijkscontract aangezien ze rechtstreeks de huwelijksvermogensregeling van de aanstaande echtgenoten helpen vaststellen.

Dus blijven die schenkingen, zoals alles wat tot de hoofdinhoud van het huwelijkscontract moet gerekend worden, onderworpen aan art. 1395 B.W. op de immutabiliteit van de huwelijksvoorwaarden; en logischerwijze zijn ze ook niet herroepbaar. Rechtsleer en rechtspraak zijn het hieromtrent trouwens eens. Alleen gaan die voordelen verloren voor de echtgenoot tegen wie de echtscheiding of de scheiding van tafel en bed werd uitgesproken (artt. 299 en 311bis B.W.), en zal, in geval van echtscheiding door onderlinge toestemming, een behoorlijk vergelijk dienen gevonden te worden (art. 279 B.W.).

* * *

Maar quid, wanneer het gaat om schenkingen die bij huwelijkscontract gedaan worden aan of tussen aanstaande echtgenoten, ter begunstiging van hun voorgenomen huwelijk (zie de artikelen 1081 en volgende B.W. en art. 1091 en volgende B.W.)? Is het wel zo dat die schenkingen onveranderlijk moeten blijven en dat ze onherroepbaar zijn? Of zijn ze integendeel veranderlijk en herroepbaar, of onveranderlijk en toch herroepbaar?

Op het eerste gezicht kan die probleemstelling wellicht verwondering baren; doch ze dringt zich als vanzelfsprekend op, wanneer men zich met het notariaat gaat afvragen waarom in een huwelijkscontract geen schenking met herroepingsbeding «ad nutum» zou mogen opgenomen worden? Weliswaar onthoudt het notariaat zich van die praktijk, maar meer en meer notarissen zouden dergelijk beding willen zien ingang vinden.

Het onmiddellijk praktisch belang van die kwestie is in ieder geval buitengewoon groot. Want, indien een herroepingsbeding «ad nutum» wel rechtsgeldig aan de schenking bij huwelijkscontract kan gekoppeld worden, dan moeten de notarissen er de aandacht van de aanstaande echtgenoten op vestigen dat het geraadzaam is hun voorgenomen schenkingen bij huwelijkscontract te doen: die schenkingen geschieden immers aan voordelige fiscale voorwaarden, en van begiftiging komt also tenminste nog iets terecht (want de praktijk leert, dat, wanneer geen schenkingen bij huwelijkscontract worden gedaan, ook later geen schenkingen meer gedaan worden omdat, net zoals voor de testamente, de voorgenomen schenkingen uitgesteld en vergeten worden). Doch indien zo'n beding integendeel onwettig is, dan zijn er, behoudens argumenten voor (waarvan zojuist gewag), ook weer

argumenten tegen het opnemen van schenkingen in het huwelijkscontract: het kan inderdaad gewaagd schijnen een schenking in het huwelijkscontract op te nemen die naderhand, ongewenst, dient behouden te blijven, alhoewel de genegenheid die tot de begiftiging deed besluiten na verloop van tijd verzwonden is of voor andere gevoelens heeft plaats gemaakt (zonder dat het daarom tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed komt, in welke gevallen door de artt. 279, 299 en 311bis B.W. een mauw aan de situatie te passen is, zoals reeds hoger is gezegd geworden); bovendien kan een bij huwelijkscontract gedane schenking van toekomstige goederen de verwezenlijking verhinderen van andere loffelijke inzichten, zoals het beleggen van een bruidschat.

Voor welke solutie nu geopteerd?

Het wil me voorkomen dat zo maar geen bevredigend antwoord voor de hand ligt, doch dat integendeel slechts behoedzaam stelling kan genomen worden na het probleem te hebben gesitueerd in acht genomen hoe de schenking werd bedongen. Bovendien moet gewezen worden op de ingewikkelde structuur van de behandelde kwestie. Want, indien een eenvoudig en duidelijk antwoord precies zo moeilijk te geven is, dan komt dit doordat hier principes en begrippen te pas komen uit de materie van het schenkings- en huwelijksvermogensrecht. Die schenking kan immers een (al dan niet) wederkerige schenking zijn aanstaande echtgenoten of een schenking door derden aan (een of aan de beide) aanstaande echtgenoten, en ze kan er een zijn van tegenwoordige of van toekomstige goederen; bovendien geschiedt die schenking bij huwelijkscontract, en kan ze, naar het me voorkomt, ofwel tot de bijkomende ofwel tot de toevallige inhoud van het huwelijkscontract gerekend worden. En juist dit laatste onderscheid nu is van aard om een geheel andere gezichtshoek op het probleem te openen, zoals hierna zal worden uiteengezet.

I. — Zeer dikwijls nog geschiedt de schenking bij huwelijkscontract op *onherroepelijke wijze*; m.a.w. het onherroepelijk karakter van de schenking wordt door partijen uitdrukkelijk bedongen.

Het behoeft geen lang betoog, dat een aldus gestipuleerde schenking geen problemen stelt aangaande het al dan niet herroepbaar zijn: van herroeping is eenvoudigweg geen sprake, en heel zeker niet van herroeping «ad nutum». Immers, het contract bindt de partijen (art. 1134 B.W.), en elke eenzijdige herroeping werd door hen volledig uitgesloten.

Wel zal de schenking gebeurlijk vernietigd kunnen worden wanneer, overeenkomstig het gemeen recht, de toestemming door een wilsgebrek mocht aangetast zijn (dus in geval van dwaling, bedrog of geweld). Anderzijds zou die schenking ook kunnen veranderd worden, jazelfs ongedaan worden gemaakt zoals een gewone schenking, indien de betrokken partijen het eens zijn, doch op voorwaarde dat die schenking niet tot de hoofdinhoud noch tot de bijkomende inhoud van het huwelijkscontract behoort (zie verder); want dan wordt enkel toepassing gemaakt van art. 1134 al. 2 B.W. Beide gevallen zijn echter louter theoretisch. Daarnaast bestaat nog alleen, eventueel, de inkorting.

Terloops kan men zich de vraag stellen, hoe het notariaat er toe gekomen is een beding van niet-

herroeping aan de schenking bij huwelijkscontract te lassen? De feitelijke gegevens en de bedoelingen van partijen buiten beschouwing gelaten, lijkt het me waarschijnlijk dat het notariaat als volgt geredeneerd heeft: iedere schenking die bij huwelijkscontract wordt verricht maakt rechtstreeks of onrechtstreeks deel uit van de huwelijksvermogensregeling, valt derhalve onder toepassing van art. 1395 B.W. op de immutabiliteit van de huwelijksvoorwaarden, en is dus ook onherroepbaar omdat al wat onveranderlijk is a fortiori ook onherroepbaar moet zijn; doch aangezien anderzijds, overeenkomstig art. 1096 B.W., alle schenking tussen echtgenoten gedaan tijdens het huwelijk altijd herroepbaar is, en dat zulks van aard kan zijn om te misleiden, is het best alle misverstand uit de weg te ruimen en meteen ook alle notariële verantwoordelijkheid te vermijden door te bedingen dat de schenking die bij huwelijkscontract wordt gedaan een onherroepelijke schenking is. Het komt inderdaad begrijpelijk voor dat de notarissen zich hebben laten betoveren door art. 1395 B.W., telkens de schenking bij huwelijkscontract geschiedde.

Dat dergelijke redenering vatbaar is voor critiek zal, uit wat verder gezegd wordt, blijken; want een schenking, zelfs bij huwelijkscontract verricht ter begunstiging van het voorgenomen huwelijk, moet niet noodzakelijk deel uitmaken van de huwelijksvermogensregeling.

II. — Meestal echter geschiedt de schenking bij huwelijkscontract *niet op onherroepelijke wijze doch ook zonder beding van herroeping « ad nutum »*.

A/ — Doorgaans wordt van de schenking geleerd, dat ze, juist zoals de bedingen van aanbrenst en van eigendomsbewijs, tot de *bijkomende inhoud* van het huwelijkscontract behoort (Kluyskens, Het Huwelijkscontract, nr 8, kl. t.; De Page et Dekkers, X, nr 69; Verbr., 4 feb. 1904, Pas. 1904-I-121); en van die bijkomende inhoud van het huwelijkscontract wordt gezegd, dat, zonder daarom rechtstreeks tot de huwelijksvermogensregeling te kunnen gerekend worden of er toe bij te dragen, hij niettemin op onrechtstreekse wijze met die regeling verbonden is als vallende binnen het geheel van de huwelijksvereenkomsten. Die schenking wordt precies gemaakt tot verzachting en vergelijk ten aanzien van de financiële verhoudingen van de aanstaande echtgenoten; bijgevolg kan men ze niet los denken van hun huwelijksvermogensregeling en moet ze er wel onrechtstreeks deel van uitmaken.

Het is zelfs zodanig waar, dat rechtspraak en rechtsleer eensgezind verklaren, dat een naar de vorm plechtig en naar de grond regelmatig contract waarbij aanstaande echtgenoten zich, met het oog op hun voorgenomen huwelijk, wederzijdse schenkingen doen, als volwaardig huwelijkscontract geldt, al werd geen bepaald huwelijksvermogensstelsel vermeld (Schicks et Vanisterbeek, V, nr 112, blz. 7; Kluyskens, Het Huwelijkscontract, nr 7; De Page et Dekkers, X, nr 53; Verbr., 2 jan. 1885, Pas. 1885-I-31; id., 26 maart 1885, Rev. prat. not. 1885, 56); hetgeen naar mijn mening niet meer opgaat, indien het een schenking moest zijn die door derden aan één van de aanstaande echtgenoten, of aan hen beiden, werd gedaan, aangezien dergelijke schenking niet wijst op een door de aanstaande echtgenoten gewilde huwelijksvermogensregeling (anders: De Page et Dekkers, X, nr 53).

Nu is het evenwel zeker, dat, indien de schenking bij huwelijkscontract tot de bijkomende inhoud ervan moet gerekend worden, en dus op onrechtstreekse wijze deel uitmaakt van de eigenlijke huwelijksvereenkomst

sten (Aubry et Rau, par Esmein, VII, par. 501, tekst en noot 1-2, blz. 388), die schenking er het lot moet van delen (Kluyskens, Het Huwelijkscontract, nr 8).

1) Maar dan is de eerste gevolgtrekking ook, dat zo'n schenking — onverschillig van welke aard ze is en om het even ook van wie ze uitgaat — onveranderlijk moet zijn (art. 1395 B.W.; Laurent, XXI, nr 72; Kluyskens, Het Huwelijkscontract, nr 27, B en 28, III; De Page et Dekkers, X, nrs 148 en 161; Planiol, Ripert et Nast, VIII, nrs 57 en 58; Colin et Capitant, par Julliot de la Morandière, nrs 121, 129 en volg.; Aubry et Rau, par Esmein, VII, par. 503bis, tekst en noot 11; zie verder Pothier, Introduction au traité de la communauté, nr 18; Berlier, in de Conseil d'Etat, Locré, VI, blz. 348, noot 12).

En dus is principieel iedere eenzijdige of conventionele wijziging die door de contracterende partijen aan de bij huwelijkscontract gedane schenking zou worden gebracht, absoluut nietig, zoals eveneens absoluut nietig is elke eenzijdige of conventionele wijziging van de oorspronkelijke huwelijksvermogensregeling. Want in de huidige stand van onze wetgeving is het principe van de onveranderlijkheid van de huwelijksvereenkomsten van openbare orde (De Page et Dekkers, X, nrs 140 en 152; Planiol, Ripert et Nast, VIII, nr 52; Beudant, Lerebours-Pigeonnière, et Lenoan, X, nr 73; Gent, 12 maart 1930, B.J. 1930, 399; Brussel, 4 jan. 1952, J.T., 1952, 570; Rb. Antwerpen, 26 maart 1955, R.W. 1955-56, 356; en eenstemmige franse rechtspraak met laatst: Cass. fr. civ., 8 maart 1949, Rev. prat. not. 1949, 169; Montpellier, 9 nov. 1954, Gaz. Pal., 1955-I-164).

Alleen wordt het principe van de immutabiliteit in zake schenkingen bij huwelijkscontract verricht nogal zonderling, en niet steeds logisch, toegepast door rechtsleer en rechtspraak (zie hiervoor A.P.R., Tw. Huwelijksvermogensstelsels, I, nrs 299 en volgende).

2) De tweede gevolgtrekking, die echter onmiddellijk bij de eerste aansluit, is, dat een onveranderlijke schenking principieel ook onherroepelijk hoort te zijn, en a fortiori onherroepbaar moet zijn « ad nutum ».

Eigenaardig genoeg is dat niet de zienswijze van rechtsleer en rechtspraak, die, terwijl ze aan de ene kant eensgezind voorhouden dat schenkingen bij huwelijkscontract onveranderlijk blijven, aan de andere kant aannemen dat herroeping in bepaalde gevallen mogelijk blijft (zie bv. De Page et Dekkers, X, nrs 148, 149 en 161, en de behandeling van de schenkingen bij huwelijkscontract in D. VIII). Het is blijkbaar te wijten aan het zich blind staren op de artikelen 1081 en volgende B.W. en 1091 en volgende B.W.; artikelen die men een veel ruimere draagwijdte toekent dan in werkelijkheid mag en waarvan men het spel moet zien te coördineren met de principes die het huwelijkscontract beheersen.

Het is daarom integendeel mijn overtuiging — vooropgezet altijd dat men de schenking wel degelijk tot de bijkomende inhoud van het huwelijkscontract wil en kan rekenen — dat de artt. 1081 v.v. B.W. en 1091 v.v. B.W., in zake de bij huwelijkscontract verrichte schenkingen aan en tussen aanstaande echtgenoten, slechts alleen in die mate toepassing kunnen vinden als dat de gunstregeling die ze behelzen (mede dank zij de artt. 943-947 B.W.) verzoenbaar is met het principe van de onveranderlijkheid van de huwelijksvoorwaarden.

Practisch gesproken zijn aan die opvatting enkele zeer belangrijke conclusies verbonden.

a) Veereerst is slechts een gedeeltelijke gunstregeling mogelijk; namelijk, de schenkingen door een minderjarige aanstaande echtgenoot aan de mede-

echtgenoot (artt. 1095 en 1398 B.W., in afwijking op de bepalingen van de artt. 903 en 904 B.W.), en de schenkingen door derden of door een aanstaande echtgenoot aan de medeëchtgenoot van toekomstige goederen (artt. 943, 947, 1082, 1084 en 1093 B.W., in afwijking op de artt. 943 en 1130 B.W.).

Omgekeerd kan de schenking, die men tot de bijkomende inhoud van het huwelijkscontract wil doen behoren, niet geschieden onder voorwaarde, aangezien het principe van de immutabiliteit van de huwelijksvoorwaarden er zich tegen verzet. Onverschillig ten andere van welke aard die voorwaarde mocht zijn: zij het een voorwaarde waarvan de uitvoering van de enkele wil van de schenker afhangt (art. 944 B.W.), zij het de voldoening van andere lasten en schulden dan degene die bestonden of uitgedrukt waren ten tijde van de schenking (art. 945 B.W.), zij het dat de schenker zich de vrijheid heeft voorgehouden om over een zaak of een zekere som van wat geschenken werd te beschikken (art. 946 B.W.).

Daarbij dient echter opgemerkt te worden, dat een schenking ten voordele van de overlevende van de aanstaande echtgenoten niet gemaakt wordt onder de « voorwaarde » dat het huwelijk niet ontbonden wordt door echtscheiding (omstandigheid die ongetwijfeld de begiftiging uitsluit doordat ze die beschikking doet vervallen: Gent, Ver. Kam., 13 mei 1954, Rev. crit. jur. b., 1956, 99 en noot Spilman). Het niet door echtscheiding ontbonden zijn van het huwelijk, of beter het overleven, geldt niet als een voorwaarde voor die schenking maar is er een essentieel element van: met het overleven staat of valt die begiftiging. M.a.w. de schenking in het voordeel van de langstlevende echtgenoot gedaan, kan op zichzelf niet volwaardig bestaan indien men het overleven wegdenkt; moest, omgekeerd, het overleven slechts een voorwaarde zijn, dan zou de schenking integendeel een zelfstandig bestaan moeten hebben. Welnu, de schenking bestaat hier enkel, en slechts eerst, ingeval van overleving.

b) Vervolgens zijn die bij huwelijkscontract verrichte schenkingen, inachtgenomen precies dat ze onrechtstreeks tot de huwelijksvermogensregeling behoren, in het geheel niet herroepbaar.

Zij zijn het niet in geval van ondankbaarheid (art. 959 B.W.); niet alleen wanneer het een schenking betreft van een derde aan een of aan beide aanstaande echtgenoten, maar insgelijks wanneer het schenkingen betreft die de aanstaande echtgenoten zich bij huwelijkscontract hebben gedaan.

Zij zijn evenmin herroepbaar ingeval van geboorte van een kind (art. 960 B.W.); niet enkel wat betreft de schenkingen tussen aanstaande echtgenoten en degene die door de ascendenten aan de aanstaande echtgenoten werden gedaan, maar ook wat de schenkingen betreft die door gewone derden aan de aanstaande echtgenoten gedaan zijn.

Zij zijn het ook al niet bij niet vervulling van de gestelde voorwaarden, aangezien dergelijke schenkingen bij huwelijkscontract verricht niet tot de bijkomende inhoud van het huwelijkscontract mogen gerekend worden en dus al bij onderstelling werden uitgesloten; zodat dit soort van herroeping niet ter sprake komt.

Zij zijn daarom uiteindelijk evenmin herroepbaar « ad nutum ».

c) En precies ook omdat die schenkingen het lot van de huwelijksvereenkomsten delen, vervallen ze niet indien de schenker de begunstigde overleeft. Niet alleen is dat zo wat betreft de schenkingen tussen aanstaande echtgenoten (artt. 1092 en 1093 B.W.), doch ook ingeval de schenking uitgaat van een derde en

dat de begiftigde echtgenoot overleeft (zie nochtans art. 1089 B.W.).

Dit alles klinkt voorzeker revolutionair. En toch, het is de logica zelf eenmaal dat men vooropzet dat de bij huwelijkscontract gedane schenking deel uitmaakt van de bijkomende inhoud van dit contract. Want dan maakt die schenking, alhoewel onrechtstreeks, integreerend deel uit van de huwelijksvermogensregeling; juist zoals de schenkingen die bij toepassing van de artt. 1515-1525 B.W. werden bedongen (zie aanhef van dit artikel) er integrerend toe behoren. Het omgekeerde voorhouden leidt tot een niet te ontkomen tegenstrijdigheid: want aan de ene kant besluiten tot de immutabiliteit van de schenkingen en aan de andere kant integraal de artt. 1081 v.v. B.W. en 1091 v.v. B.W. laten spelen, komt hierop neer dat men water en vuur wil mengen.

Trouwens, de vaststelling dat de artt. 1081 v.v. B.W. en 1091 v.v. B.W. behoren tot Titel II van Boek III B.W. over de schenkingen en de testamenten, wijst er op, dat de wetgever met zijn regeling alleen die schenkingen op het oog had die niet tot de huwelijksvermogensregeling kunnen gerekend worden. Wat meer is, de redactie van verschillende van die artikelen toont aan dat ze slechts toepasselijk zijn op de schenkingen die uitsluitend ter begunstiging van het voorgenomen huwelijk worden verricht. Was het de bedoeling geweest van de wetgever om de schenkingen die tot de bijkomende inhoud van het huwelijkscontract behoren insgelijks volkomen te laten beheersen door de voormelde artikelen, dan had hij er ongetwijfeld op gezinspeeld in Titel V van Boek III B.W. handelende over het huwelijkscontract.

B^A — Het wil me nochtans voorkomen, dat een schenking die bij huwelijkscontract wordt gedaan best tot de *toevallige inhoud* van het huwelijkscontract kan behoren; dit is een inhoud die materialiter in het huwelijkscontract opgenomen wordt, doch daarom geen uitstaans heeft met de huwelijksvermogensregeling zelf, en er noch rechtstreeks noch onrechtstreeks deel mee uitmaakt. Die inhoud is daarom geen louter accidentele, want in het vooruitzicht van het huwelijk wordt doorgaans alles goed gewikt en wel overwogen; maar toch is die inhoud vreemd aan het ware doel van het huwelijkscontract: de rechtstreekse of onrechtstreekse huwelijksvermogensregeling van de aanstaande echtgenoten.

Dit wordt wel geredelijk aanvaard voor een aantal bedingen, zoals de familieovereenkomst tussen de aanstaande echtgenoten en de ouders van één van hen tot regeling van een samenwonen (Laurent, XXI, nr 82; Bordeaux, 26 juli 1838, Rec. Dall., Tw. Contrat de mariage, nr 361), de lening of aankoop aangaande in het vooruitzicht van het huwelijk (Kluyskens, Het Huwelijkscontract, nr 9), een huurcontract (De Page et Dekkers, X, nr 105, e) een overdracht van huur (Gent, 2 juli 1880, Pas. 1881-II-29) en dergelijke meer. Maar geen enkel auteur die zich afvraagt, of de schenkingen die in het huwelijkscontract worden opgenomen niet tot de toevallige inhoud van het huwelijkscontract kunnen behoren?

Dit lijkt me vooreerst al zeker wat die schenkingen betreft die, alhoewel gedaan bij huwelijkscontract, niet geschied zijn ter begunstiging van het voorgenomen huwelijk maar om een andere reden; zo bv. als schadeloosstelling van een van de aanstaande echtgenoten (Toulouse, 4 aug. 1881, D. 1882-2-94).

Maar dezelfde conclusie dringt zich op ten aanzien van schenkingen die, verricht ter begunstiging van het huwelijk, uit der aard zelf niet tot de bijkomende

inhoud van het huwelijkscontract kunnen gerekend worden, en dus ook al niet onrechtstreeks de huwelijksvermogensregeling helpen bepalen. Het zijn schenkingen die hun karakter van schenking zuiver bewaard hebben, alhoewel verricht bij huwelijkscontract. En het is feitelijk voor die schenkingen alleen dat de artt. 943-947, 1081 v.v. en 1091 v.v. B.W. van toepassing zijn.

Wellicht zal men zich afvragen welke schenkingen het zijn? Of hoe die schenkingen te onderscheiden zijn van degene die wel tot de huwelijksvermogensregeling bijdragen? Het zal soms moeilijk uit te maken zijn. Maar principieel zal het het geval zijn met de schenkingen gedaan onder voorwaarden, met die gedaan onder last toekomstige schulden en lasten te voldoen, en die met eigendomsvoorbehoud (zie de artt. 944-946 B.W.). Want in al die gevallen kan men niet aannemen dat de schenking iets anders te betekenen heeft dan een gebaar ter begunstiging van het voorgenomen huwelijk; doch geenszins opdat die schenking als een verzachting of vergelijk zou werken bij de bedongen huwelijksvermogensregeling.

Maar indien die schenkingen dan geen deel uitmaken van de huwelijksvereenkomsten, alhoewel materialiter in het huwelijkscontract opgenomen, dan delen zij er ook de juridische status niet van.

1) De onmiddellijke gevolgtrekking is dan wel die: op die schenkingen is de regel van art. 1395 B.W., houdende de immutabiliteit van de huwelijksvereenkomsten, niet toepasselijk; zoals dit principe trouwens niet toepasselijk is voor de toevallige bedingen waarvan hoger gewag werd gemaakt, en waaromtrent rechtspraak en rechtsleer het eens zijn.

2) Bovendien worden die schenkingen volkomen beheerst door de principes van het schenkings-recht, aangevuld en gewijzigd door de artt. 943-947, 1081 v.v. en 1091 v.v. B.W. En dus zijn ze dan wel in een zekere mate herroepbaar.

Feitelijk geldt de klassieke theorie in zake de schenkingen bij huwelijkscontract alleen ten aanzien van die schenkingen, die hun zuivere natuur van schenking behouden hebben en die niet onrechtstreeks (en zeker niet rechtstreeks) zijn gaan deel uitmaken van de huwelijksvermogensregeling; want eens dat dit is gebeurd worden deze schenkingen onveranderlijk en onherroepbaar.

Zijn ze daarom herroepbaar «ad nutum»? Bij onderstelling niet, vermits vooropgezet is geworden dat de schenking werd gedaan ter begunstiging van het huwelijk zonder herroepingsbeding «ad nutum».

III. — Quid, indien de schenking bij huwelijkscontract moest worden gedaan met een herroepingsbeding «ad nutum»?

Zoals hoger gezegd is het een vraag die het notariaat bezig houdt. Voor de rechtsgeldigheid van het beding in schenkingen tussen aanstaande echtgenoten, werd opgekomen door R. Rens (Kan men in een huwelijkscontract wettelijk bedingen dat de schenking van toekomstige goederen door de aanstaande echtgenoten aan elkander gedaan herroepbaar is?, T.N., 1939, 241) en L. Raucent (De la clause révocatoire des donations entre époux dans le contrat de mariage, Rev. prat. not., 1956, 325); en meer en meer gaat de rechtsleer die weg op (zie ook nog A.G., Donations entre époux par contrat de mariage, Rev. prat. not. 1945, 176/177;

P. Thuysbaert, in een antwoord op het vorig artikel, Rev. prat. not. 1945, 186; Colin et Capitant, par Julliot de la Morandière, III, nr 121). En voor de rechtsgeldigheid van een herroepingsbeding «ad nutum» in schenkingen bij huwelijkscontract aan de aanstaande echtgenoten kan trouwens dezelfde argumentatie worden aangevoerd, en hierbij verwezen worden naar bevoegdheden (Demolombe, Cours de code civil, XI, nr 376, blz. 364; Baudry-Lacantinerie et Colin, Donations, II, nr 3869; Colin et Capitant, par Julliot de la Morandière, III, nr 1709, D; Enc. Dall., V^e Donation par contrat de mariage, nrs 24, 25 en 112).

Men argumenteert met verwijzing naar de artt. 944, 947, 1086 en 1091 B.W.; en inderdaad, die teksten zijn formeel, inzonderheid de tekst van de twee eerste artikelen: «Alle schenking onder levenden gedaan onder voorwaarden waarvan de uitvoering van de enkele wil van de schenker afhangt is nietig» (art. 944 B.W.), doch dit artikel is «niet van toepassing op de schenkingen waarvan spraak in de hoofdstukken VIII en IX van deze titel» (art. 947 B.W.). Hierdoor is de wetgever uitdrukkelijk afgeweken van de stelregel «donner et retenir ne vaut», en heeft hij die schenkingen laten vallen onder de principes van het gemeen recht op de contracten (in welk geval verbintenissen onder ontbindende potestatieve — niet onder schorsende potestatieve — voorwaarde van de schuldenaar, geoorloofd zijn) (Zie L. Raucent, gec.).

Die argumentatie schijnt me beslissend; in weerwil van het feit dat de gangbare mening anders is (zie: Laurent XV, nrs 286, 288; De Page et Dekkers, VIII, nr 579 en noot 174, nr 730, en nr 746 en noot 100; Dekkers Précis de droit civil belge, III, nr 857; Planiol, Ripert, Trasbot et Loussouarn, V, nr 739. Deze auteurs voeren, ten onrechte, bezwaren aan tegen het doen van schenkingen onder louter potestatieve voorwaarden).

Maar het decisieve van die argumentatie impliceert echter dat de principes van het huwelijksvermogensrecht er zich niet tegen verzetten. Is dit nu zo? Bestaat er geen tegenstrijdigheid met het beginsel van de immutabiliteit van de huwelijksvereenkomsten?

Het komt me voor van niet. Want, het feit dat de schenking bij huwelijkscontract gemaakt wordt onder voorwaarde, en wel onder herroepingsbeding «ad nutum», wijst er op dat ze niet tot de bijkomende inhoud van het huwelijkscontract mag gerekend worden; het is een toevallige inhoud die vreemd blijft aan de huwelijksvermogensregeling. Dus is zo'n schenking niet onderworpen aan het principe van de onveranderlijkheid van de huwelijksvermogensregeling en is de herroeping mogelijk bij toepassing van de artt. 943-947, 1081 v.v. en 1091 v.v. B.W.

Het komt ongetwijfeld zonderling voor: een schenking ter begunstiging van het huwelijk, die, alhoewel bij huwelijkscontract gedaan, achteraf vrij herroepen kan worden... Maar waarom zou bij huwelijkscontract, en meer bepaald dan voor schenkingen tussen aanstaande echtgenoten, niet mogelijk zijn hetgeen de wet zelf uitdrukkelijk voorziet voor schenkingen tussen echtgenoten tijdens het huwelijk (art. 1096 B.W.) als de schenking toch geen deel uitmaakt, noch rechtstreeks noch onrechtstreeks, van de huwelijksvermogensregeling?

Abonneert U op het "Rechtskundig Weekblad"

Wettelijke en overeenkomstelijke zuivering

door Prosper THUYSBAERT

Decaan van de Faculteit der rechtsgeleerdheid der Universiteit te Leuven

Er zijn drie zuiveringen te onderscheiden welke door de wet geregeld zijn.

1) De hypotheekwet heeft een zuivering voorzien alleen op verzoek van de derde bezitter van een eigendom bezwaard met een hypotheekrecht, zonder dat de derde bezitter persoonlijk verbonden is tot de schuld welke door de hypotheek verzekerd wordt.

2) Bovendien wordt door het Wetboek van procesrecht een zuivering van rechtswege voorzien, *welke eveneens kan ingeroepen worden door de eigenaar welke tot de schuld verbonden is*. Het procesrecht laat de zuivering volgen uit bepaalde veilingen. Wij kunnen in deze veilingen twee soorten onderscheiden :

de gedwongen onteigening en de daarmede gelijkgestelde veilingen : de dadelijke uitwinning, de herveiling bij rouwkoop, de veiling in het faillissement. Deze veilingen hebben tot doel het vereffenen van schulden hetzij van een hele boedel (faillissement) hetzij voor zover zij met een onroerend goed of de prijs daarvan verbonden kunnen zijn. Zouden eveneens bij deze veilingen d'enen gerangschikt de veilingen bij opbod welke juist alleen in de eigenlijke proceduur der zuivering overeenkomstig de hypotheekwet voorkomen. Ook in Frankrijk zijn al deze veilingen zelfzuiverend.

In België werd bij de wijziging van het wetboek van procesrecht door de wet van 15 augustus 1854 de automatische zuivering, gebruikelijk genoemd virtuele zuivering, uitgebreid tot alle gerechtelijke openbare veilingen mits de ingeschreven hypothecaire schuldeisers geldig geroepen werden tot de toewijzing (artikel 96, wet 15 augustus 1854). Zeer precies is de beschikking van artikel 96 niet omdat ook verwezen wordt naar de eerste groep veilingen welke ook allen gerechtelijk zijn. Onder deze veilingen komen er nu voor welke eigenlijk niet het oproepen der ingeschreven schuldeisers voorzien : namelijk de gedwongen onteigening. In deze belangrijke procedure moeten al de ingeschreven schuldeisers worden aangemaand om kennis te nemen van het kohier van lasten bij de aanvang van de procedure. Deze aanmaning maakt de ingeschreven schuldeisers deelachtig in de executieproceduur (artikel 35, W. 15 aug. 1854). In de dadelijke uitwinning (art. 91) wordt de aanmaning om kennis te nemen van het kohier van lasten voorzien en meteen oproeping tot de toewijzing.

De oproeping der ingeschreven hypothecaire schuldeisers is een zeer gekarakteriseerde formaliteit, vereist voor de veilingen welke uit hare aard ten opzichte der ingeschreven schuldeisers niet verschillen in haar rechtsgevolgen van een gewone vrijwillige verkoping in der minne. Wij bedoelen de licitaties in gemeenschap, nalatenschap, ontbonden maatschap, enz. Onze aandacht dient bijzonder weerhouden te worden door de openbare veilingen in beneficiare nalatenschappen, en in de daarmede gelijkgestelde ledige, nalatenschappen (artikel 1001 Wetboek van procesrecht) (1). Artikel 806 van het Burgerlijk Wetboek voorziet immers dat bij de openbare toewijzing de koopsom zal dienen overgewezen aan de hypothecaire schuldeisers, welke *zich zullen hebben kenbaar gemaakt* « qui se sont faits connaître » (2).

Deze overwijzing der koopsom kan het geveilde

onroerend goed niet zuiveren indien de ingeschreven hypothecaire schuldeisers niet opgeroepen worden ter openbare toewijzing. Het is van belang te onderlijnen dat de overwijzing der koopsom, ook wettelijk voorgeschreven, geen *zuivering* van rechtswege medebrengt.

Ook met de overwijzing, zonder oproeping der ingeschreven schuldeisers, zou de koper noch de prijs moeten aanbieden overeenkomstig artikel 109 en volgende der wet van 16 december 1851. Dit is trouwens zeer begrijpelijk, de loutere overwijzing geeft aan de schuldeisers geen waarborg betreffende de toereikendheid van de koopsom. Alleen de oproeping verleent aan de schuldeisers het middel om toezicht uit te oefenen en om door verhogingen de prijs op de normale hoogte te brengen.

3) Een derde zuivering welke de meest radicale blijkt te zijn, is deze welke vloeit uit de onteigening ten algemenen nutte zowel deze bij vonnis als bij overdracht in der minne voltrokken (artikel 20, 21 en 22 Wet 17 april 1835). Deze zuivering vertoont heel wat eigenaardigheden.

Er zijn nog drie andere zuiveringen welke zeer bijzondere trekken vertonen :

de eerste vloeit uit artikel 10 der wet van 16 december 1851. Indien een onroerend goed verzekerd tegen schade wegens brand of andere ramp, beschadigd wordt, indien de vergoeding niet bestemd wordt tot herstelling der geleden schade, moet de vergoeding bestemd worden tot betaling der bevoorrechte of hypothecaire schuldvorderingen, volgens elks rang.

Dezelfde beschikking is toe te passen op alle vergoedingen.

Deze regel, welke ook voor schadevergoeding aan roerende goederen geldt, door derden verschuldigd wegens verlies of beschadiging van het bevoorrecht goed ten opzichte der roerende goederen, vertoont, ten opzichte der schadevergoedingen aan onroerende goederen, deze eigenaardigheid dat voor- of hypotheekrechten niet gezuiverd worden als zakelijke rechten. Zij blijven immers ongewijzigd.

Alleen kan de vergoeding voorzover ze niet tot het herstellen der schade bestemd wordt, slechts geldig worden uitbetaald aan voor- of hypotheekrechten volgens elks rang (3). Deze rang brengt mede dat b.v. de vergoeding eventueel niet zal mogen toegerekend worden op achterstallige interesten. Art. 87 bepaalt duidelijk dat de verschuldigde hoofdsom met de vervallen interesten tot maximum drie jaar op dezelfde rang moeten gerangschikt worden, zodat in dezelfde verhouding de vergoeding op kapitaal en lopende en vervallen interesten moet worden toegerekend. Wat op het kapitaal wordt toegerekend alleen zal verhoudingsgewijs gezuiverd zijn.

Artikel 10 zegt niet op welk moment de rang der voor- of hypotheekrechten verworven wordt. Dit is een zeer belangrijk probleem omdat niet alleen dient onderzocht of inschrijving bestaande op het ogenblik der verwoesting of beschadiging in aanmerking komt ook indien de inschrijving bij de uitbetaling vervallen is, maar vooral of ook inschrijving na de verwoesting of beschadiging in de rangregeling in aanmerking komt. Het zal voorzichtig zijn de rangregeling te

steunen op het getuigschrift der inschrijving op het ogenblik der betaling. Worden zekere rangen betwist, dan zal in de procedure der rangregeling dit geschil beslecht worden.

Normaal vindt hier zodoende alleen het persoonlijk element der zuiveringstechniek toepassing; het hypotheekrecht blijft ongewijzigd behouden zonder enige zakelijke beperking tot een zuiveringswaarde te ondergaan. In het uitzonderlijk geval dat door een derde hypotheek werd verleend op een op andermans grond opgericht gebouw zou dit onroerend goed volledig vernield kunnen worden.

Zeer bijzondere aandacht verdient het vernielen van gebouwen aan vruchtgebruik onderworpen. Aan de hand van artikel 624 B.W. vervalt door de verwoesting niet alleen het vruchtgebruik op het gebouw maar ook op grond en materialen. Desniettemin menen wij dat de hypotheekrechten alleen door de vruchtgebruiker bewilligd in aanmerking dienen te komen omdat artikel 10 ook recht geeft op de vergoeding wegens het volledig vernietigen van het pand. Wel schijnt hier geen twijfel mogelijk dat alleen hypotheeken ingeschreven op het ogenblik der verwoesting in aanmerking kunnen komen.

De laatste alinea van artikel 28 voorziet een zeer bijzonder geval, dat nochtans ook in uitzonderlijke omstandigheden meteen onder artikel 10 (verwoesting van een gebouw zelfstandig gehypothekeerd) kan vallen. Hier wordt geen materiële verwoesting in acht genomen; het teniet gaan van het hypotheekrecht qualitate qua wordt hier bedoeld. Het gaat hier om een rechtshandeling: ontbinding, vernietiging of herroeping van een eigendomsrecht door welke teniet gaan de voor- of hypotheekrechten gevestigd door de eigenaar wiens eigendomsrecht is verdwenen. Hier kan geen sprake zijn van zuivering. Dit niet alleen omdat door ontbinding, vernietiging of herroeping, voor- of hypotheekrecht volledig en retroactief verdwijnt, maar ook omdat met dit tenietgaan, voor- of hypotheekrechten lastens vorige eigenaars ingeschreven absoluut onaangetast blijven. Het omslagen der vergoeding heeft alleen plaats onder de hypothecaire schulden welke hun hypothecair karakter verliezen. Zo zullen bij de ontbinding van een verkoop de hypotheeken bewilligd door de koper, verdwijnen, terwijl de hypotheeken vóór de verkoop door verkoper of vorige eigenaars bewilligd onaangetast blijven. Het eigenaardige van deze beschikking is dat voor- of hypotheekrechten welke in rechte blijken nooit bestaan te hebben, desniettemin recht geven op alle sommen welke aan de onteigende eigenaars terug te betalen zijn (4). Dat deze sommen onder deze onbestaanbare voor- of hypotheekrechten te verdelen zijn volgens de rang welke zij zouden verworven hebben vóór de ontbinding, vernieuwing of herroeping, breidt hier een gedeelte der zuiveringstechniek uit. De zakelijke zuivering is voltrokken door de ontbinding, vernieuwing of herroeping. De zuivering is overbodig daar waar het zakelijk recht onherroepelijk is teniet gegaan. De opheffing der inschrijving is hier niet het gevolg van de betaling; zij kan gevorderd worden alleen wegens ontbinding, vernietiging of herroeping.

Er kan in dit geval geen twijfel bestaan dat alleen in de rangregeling in aanmerking komen ingeschreven schuldeisers op het ogenblik der inschrijving ten hypotheekkantore van het vonnis inhoudende vernietiging of herroeping.

In aansluiting bij deze uitbreiding der zuiveringstechniek komt ook het hypotheekrecht op onverdeelde aandelen. Hier blijkt nochtans duidelijk uit artikel 2

der wet van 15 augustus 1854 dat twee onderscheidene regelen zijn voorzien.

Voor de licitatie in de tweede alinea wordt een echte volledige zuiveringstechniek voorzien, voorzover niet aan de hypotheeksteller wordt toegewezen. De koopsom der licitatie komt door zakelijke indeplaatsstelling het onroerend goed vervangen.

In de derde alinea wordt de verdeling voorzien en daarop wordt artikel 28 letterlijk toegepast: alle toegiften welke aan de hypotheeksteller toekomen worden overgewezen aan de bij de verdeling ingeschreven schuldeisers wier hypotheekrecht teniet gaat door aanbesteding aan niet-hypotheekstellers.

In de Belgische rechtspraak worden deze twee onderscheidene rechtstechnieken niet in acht genomen. Ook door de toewijzing aan niet-hypotheekstellers zouden ingeschreven hypotheekrechten verdwijnen. Zonder betaling zou dadelijk de opheffing ook vóór de betaling kunnen gevorderd worden (5).

Zijn er nog andere gevallen van zuivering? Hypotheekbewaarder P'inchart in zijn studie: *De l'aliénation volontaire à titre onéreux de bien grevés d'hypothèques et du sort du prix*. Recueil général, N. 19522 zegt: « C'est en vertu de ces principes qu'il a été jugé que la saisie-arrêt, faite entre les mains du tiers acquéreur d'un immeuble par un créancier chirographaire du vendeur, et le jugement de validité de la saisie, qui condamne ce tiers à payer à ce créancier le restant du prix de son acquisition ne font pas obstacle à ce que l'acquéreur puisse se libérer valablement entre les mains du créancier ayant hypothèque sur cet immeuble, qui, *plus tard*, lui a fait sommation de payer sa créance ou de délaisser (Appel Bourges, 16 novembre 1821. Dalloz, Rep., v° Saisie arrêt N. 456). Deze zienswijze zou in België thans voor gevolg hebben dat zuivering zou kunnen intreden na het jaar vanaf de overschrijving niet door aanbod van de zuiveringswaarde maar door aanmaning tot betalen of tot overlaten van het goed door de schuldeisers. Deze zienswijze hebben wij nergens anders kunnen vinden.

Nu wij goed de drie eigenlijke statuten hebben onderscheiden: deze van de zuivering door de derde bezitter, niet schuldenaar van de ingeschreven schulden, de zuivering ten behoeve van de eigenaar ook indien hij persoonlijk tot de hypothecaire schuld gehouden is (6) en deze volgende uit onteigening ten algemene nutte, willen wij nauwkeurig de essentiële techniek der zuivering in de drie gevallen bepalen.

Hoofdstuk I. — Wettelijke zuivering.

§ 1. — De Simplistische voorstelling

Er zijn weinig gebieden waar, op meer verwarde en zelfs onnauwkeurige wijze een rechtstechniek wordt toegelicht.

In de drie statuten is de zuivering gesteund op het definitief bepalen van een preciese zuiveringswaarde. Zonder een preciese zuiveringswaarde is de techniek der zuivering niet denkbaar. Het hypotheekrecht moet immers in de zuivering zijn uitwerking vinden.

De hypotheek geeft recht bij voorkeur op een bepaalde waarde welke uit het goed verkregen moet worden. Dit zakelijk recht op een waarde vermindert niet de persoonlijk verbintenis van de schuldenaar tot het volledig betalen der schuld. De hoegrootheid dezer verbintenis neemt niet weg dat alleen daadwerkelijk hypothecair zal kunnen voldaan worden de waarde welke het goed kan opleveren. Wie zal nu deze, soms noodlottige, waardebepaling doorvoeren?

Deze waarde

1) kan ofwel door de derde bezitter eenzijdig aangeboden worden. Zij wordt nochtans eerst definitief mits minstens een stilzwijgende aanvaarding door de hypotheekaire schuldeisers.

2) ofwel vloeit zij van rechtswege uit een openbare toewijzing waarbij de *ingeschreven schuldeisers betrokken worden* (7). Alleen de gerechtelijke toewijzingen met zoveel woorden aangewezen, komen in aanmerking.

Hoe verloopt nu de zuivering aan de hand van deze bepaalde waarde?

Laten wij eerst op de zeer bijzondere zuivering door de onteigening ten algemenen nutte wijzen. Door de overschrijving van het vonnis of van de overdracht uit de hand wordt het onteigende goed dadelijk en definitief van alle hypotheeken en voorrechten gezuiverd.

Volgrecht en zakelijk recht verdwijnen van rechtswege; alleen het voorkeurrecht op de onteigeningsvergoeding blijft voortbestaan en dit moet door de consignatiekas worden in acht genomen. Deze zuivering is trouwens buitengewoon voordelig omdat niet alleen de waarde van het goed maar alle vergoedingen wegens schade door de onteigening veroorzaakt, onder het hypotheekrecht vallen. Anderzijds moeten de hypotheekaire schuldeisers welke slechts gedeeltelijk batig gerangschikt worden genoeg nemen met deze gedeeltelijke betaling zonder het niet afbetaalde gedeelte te kunnen opeisen indien de titel de opeisbaarheid niet voorziet (artikel 22. W. 17 april 1835). In de zuivering na vrijwillige verkoop wordt integendeel de geheelheid opeisbaar (derde alinea, artikel 113 Wet 16 december 1851, luidende als volgt: «De niet vervallen schuldvorderingen die slechts voor een gedeelte batig zijn gerangschikt, zijn onmiddellijk opeisbaar tot beloop van dit gedeelte, ten aanzien van een nieuwe eigenaar en voor het geheel ten aanzien van de schuldenaar»).

Buiten de onteigening ten algemene nutte staan wij voor een techniek van zuivering waarvan de karakteristieken niet goed vaststaan. In Frankrijk wordt trouwens een dubbele techniek onderscheiden: voor de verkoping op beslaglegging wordt de volledige en definitieve zuivering der zakelijke hypotheeken en voorrechten verkondigd, terwijl alleen het voorkeurrecht nog overeind blijft, dit op grond van alinea 7 van artikel 717 van het Frans wetboek van procesrecht, luidende: «Le jugement d'adjudication dûment transcrit purge toutes les hypothèques et les créanciers n'ont plus d'action que sur le prix».

Dit is niet het geval in Frankrijk voor de zuivering bij aanbod van de waarde aan de hand der hypotheekwet (8).

Deze in Frankrijk fundamentele onderscheiding blijkt nochtans niet zo scherp te zijn bij het nader commentariëren. Zo zegt Dalmbert, die zeer duidelijk de onderscheiding verkondigt: «On serait tenté de croire que le jugement d'adjudication dûment transcrit opère l'extinction des droits hypothécaires. Mais rien ne serait moins exact qu'une semblable conclusion, car le législateur ajoute: «et les créanciers n'ont plus d'action que sur le prix». A partir du moment où la subrogation a lieu, l'immeuble est libéré de tous les droits hypothécaires qui sont transportés sur le prix; il est purgé. Mais les hypothèques ne sont, sauf le cas de collocation inutile à raison de l'épuisement des fonds à distribuer et celui de déchéance pour défaut de production, définitivement éteintes que par le paiement du prix aux créanciers en ordre de recevoir.

» L'expression *purge* dont se sert le législateur dans le dernier alinea de l'article 717 est donc l'équivalent des mots: „subroge le prix à l'immeuble" ou de ceux ci „transporte les droits hypothécaires sur le prix". Il faut dès lors distinguer, dans notre matière, deux ordres d'idées, la purge de l'immeuble et la purge des hypothèques qui le grèvent. La première libère l'héritage avec maintien de l'effet des droits hypothécaires sur le prix et elle est le résultat du jugement d'adjudication sur saisie immobilière, la seconde consomme l'extinction des privilèges et hypothèques et n'est effectuée que dans les cas et sous les conditions que nous venons de préciser.»

In België kennen wij niet, buiten de onteigening ten algemenen nutte, de onderscheiding van twee zuiveringstechnieken. Deze schijnt trouwens alleen door Dalmbert verdedigd te worden (9).

Er zijn rechtsbeoefenaars welke deze enkelvoudige techniek zeer eenvoudig en juist omschrijven. Laurent b.v. omschrijft de gewone zuivering in haar eerste stadium (het aanbod) als volgt: «L'offre suivie de l'acceptation forme une convention; cette convention implique que l'immeuble sera libéré des hypothèques qui le grèvent moyennant la distribution de la somme offerte par le nouveau propriétaire entre les créanciers inscrits. C'est à dire que cette convention réalise le droit hypothécaire des créanciers; il est réalisé en ce sens qu'ils ont droit à une somme qui représente la valeur de l'immeuble, et c'est à cela que tend l'hypothèque. Toutefois les hypothèques ne sont pas encore éteintes: la purge, comme nous le dirons plus loin, n'est accomplie que par le paiement des créanciers» (D. XXXI, N. 554, blz. 508).

Maton zegt ook zeer duidelijk en juist: «Il est donc exact de dire, ... que la purge ne purge pas par elle même. C'est à dire n'éteint pas les privilèges et hypothèques; l'extinction ne résultera que du paiement ou de la consignation du prix; jusqu'à là, les hypothèques continuent à grever le bien, mais seulement à concurrence du prix. Celles qui excèdent le prix sont rayées (article 116). Ces dernières, la purge les éteint par elle même. Quant aux créances non exigibles, il faut attendre l'échéance du terme pour compléter la purge par le paiement ou la consignation, car l'acquéreur doit observer les termes et délais stipulés contre le débiteur originaire, à la seule exception du cas où la créance non exigible ne vient que pour partie en ordre utile, et alors la créance, vis-à-vis de l'acquéreur, devient exigible jusqu'à concurrence de la partie venant en ordre utile (art. 113, 3° al. Loi hyp.). Jusqu'au paiement ou la consignation des créances non exigibles, l'acquéreur est tenu envers les créanciers hypothécaires: 1) comme détenteur; 2) comme obligé personnel, et cela par l'effet de sa notification aux fins de purge» (Revue, 1884, pp. 3 et 4). (Dictionnaire de la pratique notariale belge. V° Purgé des hypothèques. N° 3, p. 457.)

§ 2. — De complexe techniek der zuivering.

A. Het hypotheekrecht wordt overgebracht op een koopsom of zuiveringswaarde.

De oorzaak der verwarring schijnt ons te liggen in het simplistisch karakteriseren van de zuivering door de zegswijze dat «le droit du créancier hypothécaire sera reporté sur la part du débiteur dans le prix...» zo luidt alinea 2 van de wet van 15 augustus 1854 voor de hypotheek op onverdeelde aandelen, en deze zegswijze wordt door vele rechtsbeoefenaars algemeen voor de zuivering gebruikt. In Frankrijk wordt deze zegswijze gebruikt in de wet

op de gedwongen onteigening. Deze uitdrukking laat zeer gemakkelijk onderstellen dat de hypothécaire schuldeiser zijn oorspronkelijke schuldvordering verliest en voortaan schuldeiser geworden is, van al of een deel der zuiverende koopsom of waarde. Dat een dergelijke opvatting geheel verkeerd is wordt ten duidelijkste bewezen door het verslag der speciale commissie, waaruit Prof. De Page excerpteert (Deel VII, I, n. 847, A, blz. 769) « Le prix est affecté par une indication de paiement aux créanciers du débiteur saisi. Cette affectation n'est pour les créanciers qu'une espèce de gage qui se transfère de la chose vendue sur le prix qui le représente ... L'adjudication imprime sur le gage mobilier du prix dû par l'adjudicataire les droits existant sur l'immeuble, sans éteindre toutefois ce dernier gage, si ce n'est par le paiement effectif, et sans qu'il intervienne de novation ». (Parent, p. 52.) Wat zeer duidelijk gezegd wordt is dat er geen schuldvernieuwing plaats heeft. De schuldeiser bekommt zodoende niet in de plaats van een opgeheven zakelijk recht een recht op een koopsom of waarde. Aan de hand van deze overduidelijke verklaring die Prof. De Page nochtans met de grootste zorg onderlijnt, komt het ons onbegrijpelijk voor dat hij enige bladzijden verder (bl. 772, loc. cit.) betreffende het probleem der interesten na de zuivering lopende schrijft: « En résumé, on doit dire que des intérêts sont dus au créancier jusqu'au jour du paiement effectif. Mais le titre juridique de cette déduction d'intérêts diffère. Ce sont les intérêts hypothécaires, jusqu'au jour où l'hypothèque a produit son effet légal et, par conséquent, jusqu'au jour où le droit au prix est né; à partir de ce moment, ce sont les intérêts sur le prix, c'est à dire les intérêts légaux jusqu'au jour du paiement effectif. » Tegen deze zienswijze kan aangevoerd worden niet alleen dat deze wijziging van de rechtstitel een schuldvernieuwing is maar bovendien dat deze techniek eveneens in strijd is met het begrip « une espèce de gage ». Voor de pandstelling zegt artikel 2081: « Indien een schuldvordering in pand gegeven is, en die schuldvordering interesten opbrengt, verrekent de schuldeiser die interesten met die welke hem kunnen verschuldigd zijn. Indien de schuld, tot zekerheid waarvan een schuldvordering in pand gegeven is, zelf geen interesten opbrengt, geschiedt de verrekening op het kapitaal van de schuld. »

Onzes inziens blijft door de zuivering de hypothécaire schuldvordering ongewijzigd, althans betreffende de interesten.

B. De twee onderscheidene gevolgen der zuiveringstechniek.

In Frankrijk wordt door menige rechtsbeoefenaar trouwens niet gesproken van een recht op de koopsom maar van een zakelijke indeplaatsstelling van de koopsom in vervanging van het onroerend goed.

Veel duidelijker wordt de techniek der zuivering gekarakteriseerd indien onderscheiden wordt, zoals trouwens Maton het laat gissen in zijn hoger overgenomen excerpt: een *nieuw* recht van de ingeschreven schuldeiser op de koopsom; uit het zakelijk recht wordt plots een persoonlijk recht geboren dat nochtans het zakelijke hypotheekrecht niet opheft. Dit zakelijk hypotheekrecht blijft gehandhaafd; het kan nochtans overbodig blijken indien de persoonlijke verbintenis tot betaling der zuiveringswaarde voldoende zekerheid biedt om tot de betaling te komen. In de zuiverende toewijzingen is deze persoonlijke verbintenis van de verkrijger trouwens door een voorrecht op het toegewezen onroerend goed verzekerd, maar dit ten behoeve van de vervreemder en niet

van de ingeschreven schuldeisers. De zuivering is niet de simplistische opvatting van het vervangen van een zakelijk recht op een waarde in het goed, door een persoonlijk recht op een verbintenis door de derde bezitter of door een adjudicataris verschuldigd. De simplistische voorstelling is de oorzaak der verwarring en heeft het ontleden der complexe verhoudingen in de zuivering verhinderd. Een te eenvoudig conceptualisme heeft hier een zeer interessant rechtsgebeuren onder een ondoordringbare sluier verdoken.

Het probleem moet herdacht worden wil men alle schakeringen van de zuivering eerbiedigen. Alle rechtsbeoefenaars zien wel deze schakeringen in evenals de rechtspraak trouwens, maar zij worden niet weerspiegeld door te simplistische begripsheraldingen. Het conceptualisme blijkt in strijd met de toelichting der techniek.

Dat de prijs het onroerend goed vervangt, verschijnsel ener zakelijke indeplaatsstelling, behoort duidelijk bij de obligatorische rechtsverhoudingen. Deze zakelijke indeplaatsstelling zou logischer wijze moeten leiden tot het besluit dat het hypotheekrecht dat blijft voortbestaan, zoals wij lager zullen verduidelijken, verrijkt wordt (niet vervangen) door een pandrecht op een schuldvordering: koopsom of aangeboden waarde. Een dergelijk begrip schijnt wel moeilijker te verenigen met de obligatorische techniek der zuivering. De verhouding is veel direkter en sterker dan in het pandrecht. De koper of debiteur van de zuiveringswaarde vindt zijn schuld niet onderworpen aan een pandrecht; onder meer artikel 2078 welke alle toeëigening van de verpande zaak (in casu een schuldvordering) uitsluit « zonder een gerechtelijk bevel », wordt hier zeker uitgeschakeld. De zuiveringstechniek heeft als essentiële karakteristiek dat de debiteur alleen geldig betalen kan met inachtneming der hypotheek- en voorrechten, en dat de schuldeisers krachtens hun zakelijk recht een vordering tot betaling kunnen instellen tegen de debiteur der zuiveringswaarde zodra zij hun recht bewezen hebben, hetzij door een rangregeling in der minne of gerechtelijk (10). Zeer merkwaardig is dat de debiteur hier geen recht heeft om een gerechtelijke rangregeling met uitvoerbare borderellen te verlangen. De schuldeisers alleen beslissen hoe deze rangregeling zal worden voltrokken en zij vinden de uitvoerbare titel in de zuiverende toewijzing of in het aanbod tot betaling der ingeschreven schuldeisers, mits voorlegging van een hypothecair getuigenschrift. De debiteur heeft nog alleen het recht om consignatie te verkiezen boven betaling wegens rangregeling. Deze consignatie is niet gelijk te stellen met het aanbod van gereede betaling en is dan ook niet aan deze formaliteiten onderworpen. Het hypotheekrecht wordt hier obligatorisch zeer actief. Deze directe verhouding tussen de batig gerangschikte schuldeiser en debiteur der zuiveringswaarde blijkt veel dichter bij een overwijzing der koopsom te staan dan bij het pandrecht op de koopsom. In twee zuiverende verkopen (dadelijke uitwinning) en, mits oproeping der ingeschreven schuldeisers, in de beneficiaire aanvaarding (art. 806) moet de prijs uitdrukkelijke aan de ingeschreven schuldeisers worden overgewezen. Er kan beweerd worden dat essentieel alle zuivering de overwijzing der koopsom aan de ingeschreven schuldeisers medebrengt. Deze overwijzing behoort nochtans niet tot de overeenkomstelijke overwijzingen. Zij behoort bij het procesrecht en vertoont dan ook eigen trekken. De voornaamste trek is dat de schuldvordering uitsluitend onderworpen blijft aan zakelijke hypotheekrechten. Deze oneigenlijke overwijzing is verbonden

met de inschrijving der hypotheekrechten op het moment dat de zuiveringstechniek intreedt. Ook indien achteraf de inschrijving vervalt blijft de overwijzing onverzakt bestaan. Het is zodoende een wettelijk gevolg van het ingeschreven hypotheekrecht. Niemand betwist dat de debiteur der zuiveringswaarde alleen geldig betalen kan aan de ingeschreven schuldeisers. Anderzijds kan deze schuldeiser de betaling eisen der zuiveringswaarde mits zijn batige rangschikking bewezen is. Een rangregeling kan alleen verlangd worden indien de zuiveringswaarde ontoereikend blijkt.

Deze verhouding schijnt ons zeer bijzonder te zijn. Zij moet o.i. absoluut onderscheiden worden van de indeplaatsstelling der schuldeisers in de schuldvordering van de vroegere eigenaar-debiteur tegen de verkrijger debiteur der zuiveringswaarde. Laten wij allereerst opmerken dat de zuiveringswaarde niet noodzakelijk samenvalt met een schuldverhouding van de debiteur der zuiveringswaarde ten behoeve van de vorige eigenaar-debiteur. Een begiftigde b.v. kan zuiveren zonder iets verschuldigd te zijn aan de schenker⁽¹¹⁾. Indien hij de zuiveringswaarde betaalt kan hij door de betaling wel een verhaal verkrijgen tegen de schenker voor zover door deze vrijwaring verschuldigd is. Deze bemerking is zeer belangrijk omdat daaruit blijkt dat de zuiveringstechniek niet essentieel kan verwezenlijkt worden door het overdragen of overwijzen van een te voren ontstane en onderscheiden rechtsverhouding. *De debiteur der zuiveringswaarde is deze waarde verschuldigd alleen uit kracht van het bestaan van het zakelijk recht op het moment dat de zuivering intreedt.* In de gevallen waar de zuivering verbonden is met een toewijzing en een verkoop zal normaal de zuiveringstechniek samen vallen met het verschuldigd zijn ener koopsom aan de debiteur der hypothecaire schuld. Ook dit is nochtans een toevalligheid. Een koper in der minne kan, na betaling der koopsom aan de verkoper, nog zuiveren. Het kan voorkomen dat na het voltrekken van de verkoop een onvoorziene of niet verklaarde inschrijving ter kennis komt. In dit geval moet de zuiveringstechniek zelfstandig werken zonder enige steun op een onderscheidene schuldverhouding te vinden. Uit dit alles blijkt zeer duidelijk de eigenheid en essentiële zelfstandigheid van het obligatorisch bestanddeel der zuiveringstechniek. Het lijkt ons dan ook een dwaling te beweren dat de ingeschreven schuldeisers recht hebben op de betaling der koopsom met voorrecht en ontbindende voorwaarde. Deze zijn uitsluitend ter beschikking van de verkoper of onteigende. Hij kan zijn vordering als verkoper instellen maar alleen om de betaling te eisen in handen van de hypothecaire schuldeisers. M.i. kan de verkoper of onteigende alleen handlichting geven van de inschrijving van ambtswege van zijn voorrecht en ontbindende voorwaarde.

De hypothecaire schuldeiser vindt in zijn hypotheekrecht al wat nodig is om tot de betaling te komen. Indien de verkoper debiteur is der hypothecaire schuld kan de hypothecaire schuldeiser op grond van artikel 1166 de vordering tot betaling der koopsom uit naam van de verkoper instellen. Dit staat helemaal buiten de zuiveringstechniek. Dit kan evengoed gezegd worden van de herveiling wegens verzuim welke vloeit uit de onteigeningsprocedure en niet essentieel is aan de zuiveringstechniek. Laten wij het essentiële niet verwarren met accidentele rechtsverhoudingen welke niet uit de eigenlijke zuiveringstechniek vloeien en alleen voorkomen als procesvormen welke wel tot de zuivering leiden zonder ervan als essentieel bestanddeel deel uit te maken.

Dat in het obligatorische nog een hypothecair bestanddeel te onderkennen is, blijkt o.i. vooral uit het feit dat het verschuldigd zijn der zuiveringswaarde niet is gelijk te stellen met een gewone roerende schuldvordering. De zuiveringswaarde moet naar de hypothecaire schuldeisers gaan zonder dat voorrechten op roerende goederen de heerschappij van de hypotheekrechten kunnen doorbreken. Het obligatorisch bestanddeel blijft absoluut onder de hypothecaire wet⁽¹²⁾. Indien de zuiveringswaarde de hypotheekrechten overschrijdt kan niet gezegd worden dat dit overschrijdende gedeelte als gewone schuldvordering aan de vorige eigenaar toekomt. Dit kan alleen het geval zijn indien de zuiveringswaarde verbonden is met een verschuldigde koopsom, maar dan staat het overschrijdende verschuldigd gedeelte als loutere koopsom helemaal buiten de zuiveringstechniek. In dit geval is alleen een gedeelte der koopsoms aan de zuiveringstechniek onderworpen, welke binnen de hypothecaire grenzen het louter obligatorisch karakter der koopsom modaliseert.

Benevens het obligatorisch bestanddeel dat trouwens de weg is om het einddoel van het hypotheekrecht te bereiken: betaling bij voorkeur uit het verpand onroerend goed van een schuldvordering, *blijft het oorspronkelijk zakelijk recht bestaan in zijn onverstoorbare passiviteit*, met zijn gevaarlijk volgrecht⁽¹³⁾. Het blijft nochtans niet ongewijzigd: het hypotheekrecht of de hypotheekrechten wegen niet meer abstract met hun volle omvang op het verpande goed. Zij zijn thans ingeperkt tot een preciese waarde. Reeds beperkt door het bedrag van de met hypotheekrecht beklede schuldvordering, wordt het een tweede maal beperkt tot de zuiveringswaarde. Beperkte schuld die in haar object een tweede beperking vindt.

Op het gebied der zakelijke rechten komt dit doordringen van een limiterende waarde in zaken zeldzaam voor. Zeer typisch is het onbepaald roerend maken van onroerende goederen in de wettelijke gemeenschap.

Deze onbepaalde roerendmaking wordt in artikel 1506 B.W. gesteld tegen de bepaalde roerendmaking welke de geheelheid van het onroerend goed tot voorwerp heeft. Onbepaald is de roerendmaking wanneer zij beperkt is tot een bepaald bedrag. In dat geval kan de man, hoofd der gemeenschap, de onroerende goederen slechts vervreemden of hypothekeren tot een bepaald bedrag. Een zaailand met een waarde van 200.000 fr. dat is roerend gemaakt voor een bedrag van 50.000 fr. kan slechts vervreemd en gehypothekeerd worden door de man voor een bedrag van 50.000 fr.

In de zuivering wordt eveneens in het onroerend goed een waarde in het leven geroepen welke de hypotheekrechten op dit goed reduceert tot een waarde van 200.000 fr. Het hypotheekrecht dat dit bedrag overschrijdt is volledig opgeheven. In het goed is zodoende een waarde volledig gezuiverd en verhoudingsgewijs het hypotheekrecht opgeheven.

Het blijkt zodoende ontoereikend te zeggen dat het hypotheekrecht wordt overgebracht op de koopsom (of zuiveringswaarde). Er zou dienen aan toegevoegd dat dezelfde koopsom (of zuiveringswaarde) wordt overgebracht op het hypotheekrecht. Het onverwacht obligatorisch verrijken van het hypotheekrecht kan gepaard gaan met een inperking van het zakelijk hypotheekrecht.

Nu zijn beide *zeer verscheiden* rechtsgevolgen niet meer onderling verbonden. In de obligatorische verhouding geeft het voorkeurrecht recht op een te betalen som. De *hoeegrootheid* van deze som, voorzover zij de zuiveringswaarde niet overschrijdt, en de *rang*

van het voorkeurrecht worden beide bepaald door de hypothecaire inschrijving; zij vinden hun statuut in het ingeschreven hypotheekrecht. Maar zodra de inschrijving dit uitwerksel heeft gehad blijft het obligatorisch verband met hoegrootheid en rang binnen de grenzen der zuiveringswaarde zelfstandig voortleven. Of de inschrijving achteraf vóór de betaling vervalt, b.v. door gebrek van hernieuwing, vermindert niet de intensiteit van het obligatorisch verband. Het vervallen der inschrijving kan alleen het volgrecht doen verdwijnen, en dit kan alleen voorkomen indien de debiteur der zuiveringswaarde: derde bezitter of verkrijger bij toewijzing, zelf het gezuiverde goed vervreemdt. Door deze vervreemding wordt deze debiteur niet bevrijd van zijn verbintenis de zuiveringswaarde te betalen. Alleen zal b.v. in geval van insolventie van de debiteur, geen volgrecht meer kunnen ingeroepen worden door de hypothecaire schuldeiser op het voorheen gehypothekeerde goed. De vordering met haar voorkeurrecht leeft zelfstandig zonder volgrecht (14).

Deze zeer complexe rechtsgevolgen, die door niemand betwist worden, kunnen niet duidelijk worden uitgedrukt door het te simplistische begrip: de hypotheek wordt op de prijs overgebracht.

Indien zodoende de essentiële rechtsgevolgen welke in de zuiveringstechniek besloten liggen, werden verduidelijkt blijft nog heel wat op te helderen bij de toepassing van deze rechtsbegrippen.

Om het voorwerp onze studie grondig te beoordelen moeten wij ook deze praktische toepassing nagaan.

§ 2. — Zuiveringswaarde en koopprijs

Reeds hoger hebben wij aangemerkt dat de zuivering zich voltrekken kan zonder dat de zuiveringswaarde samenvalt met een verschuldigd gebleven koopsom.

Dit zal voorkomen voor alle schenkingen en legaten ten bijzondere titel en ook voor verkopen, onder meer waarin de koper, na de koopsom betaald te hebben aan de verkoper, de noodzakelijkheid inziet achteraf de zuivering door te voeren, ten einde hem bij de verkoop niet bekende inschrijvingen te zuiveren. Dit is het geval in de eigenlijke zuiveringsprocedure.

In de virtuele zuiveringen is altijd de zuiveringswaarde noodzakelijk een verschuldigd gebleven koopsom.

In deze sectie willen wij de aandacht op een andere aanleggenheid vestigen. Een der gemeenplaatsen van de techniek der zuivering is dat door de zuivering de koopwaarde van het verpande goed bestemd zal worden tot voldoening der ingeschreven schuldeisers met het eventueel gevolg dat de ontoereikendheid dezer koopwaarde het vervallen der niet batig gerangschikte schuldvordering veroorzaakt.

Wat nu onze aandacht weerhoudt is het feit dat veelal niet alleen de koopwaarde aan het hypotheekrecht onderworpen is, maar ook vergoedingen welke met de koopwaarde niets meer te doen hebben.

a) Vruchten vóór de zuivering ontstaan.

In de beslaglegging en in de dadelijke uitwinning (artikel 92) worden vanaf de betekening van het exploit van beslaglegging alle natuurlijke en industriële vruchten (artikel 23, Wet 15 augustus 1954) evenals, mits een verzet, de huur en pachtsummen der beslagen goederen geïmmobiliseerd « pour être distribuées avec le prix de l'immeuble, par ordre d'hypothèques ». Bij de toewijzing zal de zuiverings-

waarde zodoende bestaan uit een koopsom maar bovendien uit vruchten welke ontegensprekelijk een roerend karakter hadden en welke normaal aan het hypotheekrecht ontsnappen en aan de niet-hypothecaire schuldeisers zouden tegood komen en zelf bij voorrecht aan deze welke een voorrecht bezitten op roerende goederen. Het hypotheekrecht verdringt hier zelf op roerende goederen bevoorrechte schuldeisers.

Dat deze vruchten geïmmobiliseerd zullen worden om de verder lopende interesten op de schuldvordering lopende te bestrijden, kan een logische verwijding blijken van het hypotheekrecht. Zonderling is dat alle geïmmobiliseerde vruchten (burgerlijke mits verzet) bij de prijs worden gevoegd om met hem « par ordre d'hypothèques » verdeeld te worden.

Deze artikelen bedoelen vruchten welke verworven werden door de beslagene vóór het moment der zuivering.

b) Vruchten na de zuivering ontstaan.

Na de zuivering zal op de koopsom, krachtens het kohier van lasten, interest verschuldigd zijn. Ook bij de zuivering door aanbod kunnen interesten verschuldigd zijn, ook niet bedongen.

In al deze gevallen worden nu ook al deze interesten bij de zuiveringswaarde gevoegd. Het zou zeer natuurlijk zijn deze interesten te bestemmen tot betaling der intussen op de schuldvorderingen voortlopende interesten. Zonderling is het dat deze interesten blok vormen met de zuiveringswaarde om aan de rangregeling onderworpen te worden, als essentieel bestanddelen der zuiveringswaarde.

c) Hypotheekrecht op roerende vorderingen.

Minder zonderling komt het ons voor dat bij de zuivering van hypotheekrechten op onverdeelde aandelen, het hypotheekrecht door artikel 2, Wet 15 aug. 1954 op roerende sommen overgebracht wordt. Hier kunnen nochtans boven de aanbesteding, wegens de gehypothekeerde aandelen in het onroerend goed, ook toegiften voorkomen wegens aandelen in roerende goederen en ook eventueel wegens interesten of vruchten.

Gevalen waar eveneens roerende goederen aan hypothecaire schuldeisers toekomen vinden wij nog in artikel 10: verzekeringsvergoeding of vergoeding wegens het te niet gaan van het object van voor- of hypotheekrecht.

In de zuiveringstechniek ontdekken wij zodoende een zeer merkwaardige uitbreiding van het voorwerp der hypotheek.

§ 3. — Eigenaardigheden der zuiveringstechniek

Na de hoofdtrekken te hebben toegelicht betreffende de rechtstechniek der zuivering, wensen wij even van dichterbij deze rechtstechniek te bestuderen. De theoretische voorstellingen harmoniëren niet altijd met de praktische toepassing. Er ontbreekt hier nog een preciese voorstelling.

Zo wordt door alle rechtsbeoefenaars een bepaald moment aangewezen waarop de zuivering voltrokken is. Bij de toepassing integendeel is dat moment niet op alle gebied gehandhaafd. Het is bovendien niet mogelijk voor alle rechtsgevolgen precies het moment aan te wijzen waarop de zuivering voltrokken wordt. Reeds bij de algemene omschrijving van de zuivering komt deze dubbelzinnigheid aan het daglicht. Terwijl enerzijds gezegd wordt dat de zuivering op een moment definitief verkregen wordt, wordt anderzijds

aangemerkt dat de zuivering eerst voltrokken is bij de betaling. Er komt zodoende een opvolging van definitieve rechtsgevolgen aan het daglicht welke niet op hetzelfde moment intreden. Zo wordt de zuiveringstechniek een evoluerende techniek met een opvolging van rechtsgevolgen welke niet altijd duidelijk belicht worden.

a) *Het eerste resultaat der zuivering.*

Terwijl eerst de zuivering intreedt bij de betaling der ingeschreven schuldeisers volgens hun rang blijkende uit de rangregeling, zal rationeel het eerste definitief rechtsgevolg blijken te zijn het definitief bepalen der zuiveringswaarde. Indien deze zuiveringswaarde de hypothecair verzekerde bedragen overschrijdt, worden alle schulden voldaan en vertoont de hele procedure der zuivering in feite geen verschil met het normaal teloor gaan van het hypotheekrecht door de betaling (15).

Dit is nochtans alleen het geval in deze zin dat in deze zuivering geen hypotheekrecht zonder betaling zal zijn opgeheven.

Het eigenaardige der zuivering is dat zij nieuwe middelen opwekt om de betaling te bekomen. Het definitief bepalen ener zuiveringswaarde gaat steeds gepaard met het opleggen van een verbintenis aan een persoon welke normaal niet de persoonlijke debiteur der schuld zal zijn (16). Zodoende geeft het tot dusver passieve hypotheekrecht, aanzijn tot een persoonlijke vordering welke zelf niet meer met het voortlevende zakelijk recht verbonden is. Dit zijn zodoende de twee eerst ontstane essentiële rechtsgevolgen en accidenteel kan uit deze rechtsgevolgen een radicaler gevolg vloeien: het teloor gaan van hypotheekrechten. Dit zal alleen vorokomen indien de zuiveringswaarde niet toereikend is om de ingeschreven hypothecaire schuldvorderingen te voldoen. Het is wel het meest spectaculair gevolg ofschoon het slechts accidenteel voorkomt (17).

Het hoofdkenmerk van dit zeer belangrijk tweeledig rechtsgevolg (zuiveringswaarde en persoonlijk invorderingsrecht tegen een normaal niet-debiteur der schuld) kan niet van rechtswege als een definitieve voltrekking doorgaan omdat normaal een rangregeling de juiste bedragen welke aan iedere schuldeiser toekomt dient te bepalen. Ook daar waar geen schuldvorderingen of hypotheekrechten betwist worden moet voor iedere schuldvordering niet alleen het juist verschuldigd hoofdbedrag worden bepaald, maar ook toebehoren welke eveneens met hypotheekrechten bekleed zijn. De procedure der rangregeling zal normaal slechts voorkomen indien de zuiveringswaarde ontoereikend is ten aanzien van de ingeschreven hypotheeken. En dan nog; ook in dit geval kan een overeenkomstelijke rangregeling in België de zuivering verwezenlijken, zelfs indien de onteigende of niet-batig gerangschikte schuldeisers afwezig blijven na te zijn opgeroepen geweest.

Zodoende is de gerechtelijke rangregeling in België overbodig, zelfs indien een hypotheekrecht door de zuivering bedreigd is (18). Indien batig gerangschikte schuldeisers of indien de debiteur der zuiveringswaarde afwezig zijn, dient de procedure gerechtelijk doorgevoerd. Of nu de rangregeling gerechtelijk plaats heeft of niet, dient onderlijnd dat de verschuldigde zuiveringswaarde uitsluitend onderworpen blijft aan de heerschappij van het hypotheekrecht. Ofschoon het verschuldigd zijn der zuiveringswaarde kennelijk een obligatorisch karakter heeft ontsnapt deze schuldvordering absoluut niet alleen aan de greep der niet-hypothecaire schuldeisers maar ook

aan alle voorrechten op roerende goederen. Het hypotheekrecht blijft geïntegreerd in deze schuldvordering. Dit onderstelt nochtans dat de zuiveringswaarde verschuldigd blijft; zodra zij betaald wordt aan een derde, b.v. aan een notaris, ten titel van bewaargeving of van mandaat tot terugbetaling der ingeschreven schuldeisers ontsnapt de som aan de hypotheekrechten. Er dient aangemerkt te worden, dat de wetgever een zeer goed middel biedt aan de debiteur der zuiveringswaarde om, zonder de betwistingen betreffende de rangschikking te moeten afwachten, de door hem verschuldigde zuiveringswaarde onverwijld te betalen. Artikel 116 der hypotheekwet van 16 december 1851 laat een dubbele alternatieve toelaatbaar: «soit en payant aux créanciers en ordre utile l'import des créances exigibles ou de celles qu'il lui est facultatif d'acquitter, soit en consignat le prix jusqu'à concurrence de ces créances».

Deze alternatieve wordt in artikel 116 voorzien voor het geval een aanbod tot zuivering binnen een termijn van 40 dagen geen aanleiding gaf tot een opbod van minstens een twintigste van de aangeboden waarde. Er schijnt wel geen twijfel te bestaan dat deze faculteit voor alle zuiveringen geopend blijft.

Ten slotte moeten wij goed vooropzetten dat zodoende de eerste verworvenheid der zuiveringstechniek is dat op absoluut definitieve wijze de zuiveringswaarde wordt vastgesteld, zodat de derde verkrijger debiteur dezere waarde verzekerd is de volledige zuivering van het goed te bekomen door betaling der zuiveringswaarde zelf, indien de ingeschreven schuldvorderingen deze zuiveringswaarde moesten overschrijden. Terwijl deze zuiveringswaarde bestemd is tot betaling der ingeschreven schuldvorderingen welke uitwijzen dat zij batig gerangschikt zijn, is het natuurlijk gevolg dat de batig gerangschikte schuldvorderingen recht hebben de uitbetaling te eisen van het gedeelte der zuiveringswaarde welke haar toekomt. Daaruit ontstaat een schuldverbintenis welke ondanks haar obligatorisch karakter aan het hypothecair verband onderworpen blijft.

b) *Het moment van dit eerste resultaat.*

Wanneer wordt nu dit eerste resultaat verworven?

In de eigenlijke zuivering zal dit resultaat op twee onderscheidene momenten kunnen intreden.

1) Na een aanbod van betaling ener zuiveringswaarde niet opgevolgd door een opbod van een twintigste binnen veertig dagen zal door het verloop van gemelde termijn zonder opbod, de onherroepelijke vaststelling der zuiveringswaarde verworven zijn. Het moment is dit van het definitief worden van het aanbod door de aanvaarding der schuldeisers uitdrukkelijk of stilzwijgend door het verloop zonder opbod van de termijn.

2) Door een opbod binnen de wettelijke termijn en in de wettelijke voorwaarden wordt een openbare tekoopstelling noodzakelijk. De notificatie van het aanbod veroorzaakt geen resultaat meer. De definitieve toewijzing zal het moment bepalen waarop het eerste resultaat verworven is. Het is de persoon aan wie het te zuiveren goed werd toegewezen welke debiteur wordt der zuiveringswaarde. Merkwaardig is dat hier de verschuldigde zuiveringswaarde meteen een verschuldigde koopsom is. Deze dubbele hoedanigheid verhindert niet dat de zuiveringswaarde uitsluitend onderworpen blijft aan haar hypothecair karakter. De onteigende derde bezitter is wel schuldeiser van de koopsom maar hij kan niet eisen dat de betaling in zijn handen moet gebeuren. De zuiveringswaarde, hier tevens koopsom, kan alleen geldig betaald worden aan de ingeschreven

schuldeisers, en alleen wat de ingeschreven bedragen overtreft komt aan de derde verkrijger en niet aan de oorspronkelijke verkoper (schenker of erflater) (19)

Het voorrecht van de verkoper staat buiten de zuiveringstechniek: het heeft een louter obligatorisch karakter en direkt staat het alleen ter beschikking van de onteigende. De hypothecaire schuldeisers vinden in hun hypotheekrecht een vordering tegen de nieuwe toegewezen, en zij kunnen deze vordering bekleed houden met volgrecht eenvoudig met hun oorspronkelijke inschrijving te behouden en te verhinderen dat zij zou vervallen wat een definitief verval van het volgrecht zou veroorzaken.

In alle gevallen van virtuele zuivering uit kracht van artikel 96 der wet van 15 augustus 1854 wordt het eerste resultaat verwezenlijkt door een openbare toewijzing zoals in de veiling bij opbod. Ook in deze gevallen is de zuiveringswaarde meteen koopsom.

c) Het bewijs der ingeschreven schuldeisers.

Bij het eerste zicht schijnt het getuigschrit der ingeschreven schuldvorderingen samen te moeten vallen met het moment der aanvangende zuivering. Dit probleem werd nog niet systematisch aangesneden. Het is nochtans een hoofdprobleem.

In de eigenlijke zuivering is het probleem zeer eenvoudig. Zij kan eerst ingeleid worden na de overschrijving der akte verkrijging door een derde verkrijger. Door die overschrijving is geen enkele inschrijving nog mogelijk ten bezware van vorige eigenaars. Een dertigjarig getuigschrit der inschrijvingen ten bezware van de vorige eigenaars afgeleverd door de hypotheekbewaarder na de overschrijving der akte verkrijging is dan ook absoluut definitief bewijs van de geldig ingeschreven schuldeisers al treedt ook de zuivering eerst veel later in. Aanvullende getuigschriften zijn overbodig.

Buiten dit gebied moeten wij twee groepen onderscheiden.

In de eerste groep brengen wij samen alle toewijzingen welke moeten worden voorafgegaan door een overgeschreven bevel. Deze overschrijving verhindert eveneens nieuwe inschrijvingen ten bezware van de te ont-eigenen eigenaar. Dit komt voor in de onroerende beslaglegging en de dadelijke uitwinning en de daarbij behorende veiling bij verzuim. Hier dient aangemerkt dat nochtans het verhinderen der geldige inschrijvingen hier niet zo radicaal is als in het eerste geval. Algemeen wordt aangenomen dat de wettelijke hypotheek der echtgenote, ook na de overschrijving van het bevel kan worden ingeschreven.

Het schijnt zelf dat deze wettelijke hypotheek geldig zal kunnen ingeschreven worden niet alleen tot aan de toewijzing maar zelf tot aan de overschrijving van de toewijzing. Er is een gemakkelijk middel om alle verrassing uit te sluiten: in alle gevallen de echtgenote van de beslagene aan te manen zelf indien zij niet ingeschreven is. Na de overschrijving der toewijzing zal natuurlijk moeten onderzocht worden of ja dan niet inschrijving werd genomen. Bij de rangregeling moet dit opgehelderd worden.

De tweede groep begrijpt alle andere zelfzuiverende toewijzingen. Hier is de toestand angstwekkend. Indien, overeenkomstig het gewoon recht, de inschrijving, geldig kan verricht worden tot aan de overschrijving der toewijzing, dan is de zuiveringstechniek in twee momenten verkregen. De zuiveringswaarde blijft onherroepelijk bepaald door de toewijzing, de rechthebbende worden eerst later bepaald bij de overschrijving.

Benevens de wettelijke hypotheek der echtgenote wordt thans ook de geldigheid der inschrijving van

de wettelijke hypotheek met welke de inkomstenbelastingen bekleed zijn, verdedigd.

d) De bijkomende gevolgen van de inzet der zuiveringstechniek.

Haast alle rechtbeoefenaars verklaren plechtig dat de inzet der zuivering de vernieuwing der bestaande inschrijvingen nutteloos maakt: « En troisième lieu, » zegt Dalmbert, « les créanciers hypothécaires sont dispensés à partir des notifications (20) d'opérer le renouvellement de leurs inscriptions devenues à l'avenir sans objet et cette dispense existe tant dans les rapports des créanciers avec l'acquéreur que dans les rapports des créanciers entre eux ». (Op. cit. n° 130, quater, p.219). Onder hetzelfde nummer 130 op bl. 217, zegt Dalmbert: « Mais d'autre part, comme la subrogation d'une somme d'argent à l'immeuble implique la réalisation des deniers, les hypothèques des créanciers utilement colloqués continuent à grever l'immeuble d'où elles ne sont effacées que par le paiement effectif qui rend la subrogation définitive ». Hoe kunnen de inschrijvingen blijken « devenues à l'avenir sans objet » daar waar zo duidelijk het belang van het handhaven der inschrijvingen is aangewezen.

Het enige wat juist blijkt, is dat van bij de aanvang der zuivering de schuldeiser twee rechten bezit: een vordering tegen de debiteur van de zuiveringswaarde, persoonlijke verhouding, onafhankelijk van alle inschrijvingen, een hypothecair recht, (eventueel gereduceerd) dat, uit kracht van de aanvankelijke inschrijving, het behoud van het zakelijk recht handhaaft tegen verdere derde verkrijgers. Het staat de schuldeiser vrij om afstand te doen van zijn persoonlijke vordering tegen de debiteur der zuiveringswaarde om zich te vergenoegen met de oorspronkelijke debiteur. Er is zodoende helemaal geen spraak dat de inschrijving niet moet vernieuwd worden. Dat is niet meer nodig om de obligatorische gevolgen te verwerven; dit is wel nodig om voor deze obligatorische gevolgen het volgrecht te behouden.

§ 4. Het uitblijven der betaling der zuiveringswaarde.

Veelal wordt kort na de bepaling der zuiveringswaarde deze betaald aan de ingeschreven schuldeisers. In deze gevallen wordt de indruk verwekt dat bij de bepaling der zuiveringswaarde heel de techniek der zuivering haar beslag krijgt. Zodra de betaling der zuiveringswaarde niet onmiddellijk voltrokken kan worden, zal de complexiteit der zuiveringstechniek aan het daglicht komen (21).

Hier zijn onderscheidene problemen te onderzoeken.

- Welke bedragen worden aan de rangregeling onderworpen?
- Welke bedragen komen voor de ingeschreven schuldeisers in aanmerking?
- Welke invloed heeft de terugbetaling ener ingeschreven schuldvordering door de debiteur of een derde zonder indeplaatsstelling?

a) Bedragen aan de rangregeling onderworpen.

Reeds hoger hebben wij aangewezen dat in de zuiveringswaarde niet alleen de waarde van het onroerend goed aanwezig kan zijn maar ook andere waarden: roerende goederen of vergoedingen. De vraag is nu of na de bepaling van de zuiveringswaarde met de gemelde vernieuwing ook nog andere aanwassen mogelijk zijn.

Dit probleem stelt zich onder meer indien over de zuiveringswaarde interesten verschuldigd zijn.

Wanneer kunnen interesten verschuldigd zijn?

Prof. De Page in zijn *Eléments de droit civil* (deel

VII, I, n° 847 A, bl. 769) is vermoedelijk de enige rechtbeoefenaar die oordeelt dat op de zuiveringswaarde van rechtswege interest tegen de wettelijke interestvoet verschuldigd is. « En résumé, on doit dire » que des intérêts sont dûs au créancier *jusqu'au jour du paiement effectif*, mais le titre juridique » de cette déduction d'intérêt diffère. Ce sont les » intérêts hypothécaires jusqu'au jour où l'hypothèque » a produit son effet légal, et par conséquent jusqu'au » jour où le droit au prix est né; à partir de ce » moment, ce sont les intérêts *sur le prix*, c'est à » dire les intérêts légaux jusqu'au jour du paiement » effectif ». In deze verklaring wordt van prijs gesproken daar waar noodzakelijk geen prijs verschuldigd kan zijn maar een zuiveringswaarde. Prof. De Page stelt niet verschuldigd interesten op de koop-prijs bedongen maar interesten vloeiende uit de zuiveringstechniek « le titre juridique de cette déduction d'intérêts diffère ». De wettelijke interest is gevolg van de zuivering.

De motivering van Prof. De Page (wijziging van de « titre juridique ») kan zeer gemakkelijk door de toelichting van Prof. De Page weerlegd worden. Hij excerpert uit de voorbereidende handelingen: « Le » prix est affecté par une indication de paiement aux » créanciers du débiteur saisi. Cette affectation n'est » pour les créanciers qu'une espèce de gage qui se » transfère de la chose vendue sur le prix qui le » représente ... L'adjudication imprime sur le gage » mobilier du prix dû par l'adjudication les droits » existant sur l'immeuble, sans éteindre toutefois ce » dernier gage, si ce n'est par le paiement effectué, » et sans qu'il intervient de novation ». (Parent, bl. 52 geciteerd door De Page, Deel VII, I, n° 847, bl. 769). Is de wijziging van de « titre juridique », geen schuldvnieuwwing? En « une espèce de gage » brengt niet mede dat op de verpande schuldvordering iets anders dan de normale interest op de schuldvordering verschuldigd is. Artikel 2081 luidt: « S'il s'agit d'une » créance donnée en gage, et que cette créance porte » intérêt, le créancier impute ces intérêts sur ceux » qui peuvent lui être dûs ».

De haast algemeenheid der rechtsbeoefenaars meent dat de zuivering geen wettelijke interest verschuldigd stelt van rechtswege. In harmonie met de opvatting ook door De Page onderstreept, wordt door de rechtsbeoefenaars alleen recht op interest toegekend op de zuiveringswaarde indien interest op deze waarde verschuldigd is volgens de gewone regels.

In de virtuele zuivering en eveneens in de zuivering op aanbod gevolgd door opbod zal normaal op de zuiveringswaarde, welke in deze gevallen ook verschuldigde koopprijs is, interest verschuldigd zijn, omdat in het kohier van lasten bij de toewijzing op de koopsom interest zal bedongen geweest zijn. Het betreft hier zodoende een overeenkomstelijke interest.

De debiteur van de zuiveringswaarde kan zich nochtans onttrekken aan deze overeenkomstelijke verplichting met de zuiveringswaarde te consigneren overeenkomstig artikel 116 der Hypotheekwet. Deze consignatie is geen toepassing van de aanbidding tot gereede betaling voorzien in artikel 1257 en volgende. Het is een techniek eigen aan de zuivering: zonder enige aanbod kan geconsigneerd worden (Laurent, T. XXXI, n° 560, bl. 514). Er moet zelfs geen notificatie betekend worden aan de ingeschreven schuldeisers (op. cit., n° 561, bl. 515) hetgeen trouwens niet veel belang heeft omdat de opheffing van de inschrijvingen moet gevorderd worden.

Het enige geval waarin dient onderzocht of interest verschuldigd is betreft de zuivering bij aanbod door

de schuldeisers aanvaard hetzij uitdrukkelijk hetzij stilzwijgend door het verstrijken van de termijn.

Indien het aanbod door een koper wordt gedaan kan een koopsom verschuldigd zijn en kan artikel 1652 toepassing vinden. « L'acquéreur doit l'intérêt du » prix de vente, aux termes de l'art. 1652, si la chose » vendue et livrée produit des fruits ou autres re- » venus; le nouveau propriétaire doit, dans ce cas, les » intérêts de son prix à partir de la vente. En offrant » son prix aux créanciers il leur offre implicitement » les intérêts, qui sont l'accessoire de sa dette, et » l'acceptation des créanciers l'oblige à payer entre » leurs mains ou à consigner le capital et les intérêts. » S'il consigne le capital, il doit aussi consigner les » intérêts échus. Que s'il ne paye pas et ne consigne » pas, il reste débiteur du capital et des intérêts. » (Laurent, Op. cit., n° 562 bis, bl. 516.)

De zienswijze van Laurent is dat de koper interest verschuldigd is op de koopsom « à partir de la vente ». Dat is niet de zienswijze van Aubry en Rau en van het Frans Verbrekingshof: « Les intérêts, qui sont » la représentation de la jouissance de l'immeuble ne » forment point une charge en sus du prix. L'acqué- » reur d'ailleurs, en est de plein droit tenu, vis-à-vis » des créanciers hypothécaires, à partir de la notifi- » cation à fins de purge ». (Cass., 14 nov. 1894, Sirey 1896, I, 137; D.P. 1896, I, 513. Aubry en Rau, zesde uitgave, deel III, § 294, bl. 693, nota 21.)

In de tekst zeggen verder dezelfde rechtsbeoefenaars (Op. lit. bl. 699 en 700): « Par l'effet même de » l'offre de payer le prix stipulé ou déclaré, le tiers » détenteur, quoique n'ayant pas été touché d'une » sommation de payer ou de délaisser, se trouve » virtuellement soumis à l'obligation de tenir compte » aux créanciers hypothécaires des intérêts de ce prix » à dater du jour même de cette offre » en verder (Op. cit., bl. 701 nota 43): « En principe les créan- » ciers hypothécaires ont, comme tels, droit aux » fruits de l'immeuble hypothéqué ou aux intérêts » du prix qui les représentent, à partir du moment » où leur hypothèque se réalise d'une manière effec- » tive » (21). In België worden eerst interesten verschuldigd geacht vanaf het verstrijken van de termijn van 40 dagen (Genin, N. 3205).

Precieuze verklaringen zijn in Dalmbert te vinden (Traité théorique et pratique de la purge des privilèges et hypothèques 1914). Indien een koper zuivert en op zijn koopsom een interest verschuldigd is, moet deze interest aan de schuldeisers voldaan worden. Indien in de verkoop de koper vrijgesteld werd interest te betalen, deze « clause expresse ou tacite du » contrat de vente, qui dispenserait l'acquéreur de » payer des intérêts à son vendeur, serait-elle non » opposable aux créanciers hypothécaires lorsque » l'immeuble est frugifère? En règle générale nous » disons qu'une telle clause ne leur est pas opposable, » et ils auront droit aux intérêts du prix à partir du » jour des notifications ». In de voetnota wordt na vermelding der rechtsleer en der rechtspraak (Montpellier, 13 mai 1841, Sir. 411, 2, 447) gezegd: « Si » le titre d'acquisition du nouveau propriétaire est » un échange, une donation ou un legs, les intérêts » de la valeur estimative de l'immeuble lorsqu'il est » frugifère sont, par les motifs indiqués au texte, dûs » par le tiers détenteur à partir des notifications et » augmentent la masse hypothécaire ». (Dalmbert, n° 126, p. 211 en nota 2.)

Interesten zijn zodoende op de zuiveringswaarde alleen verschuldigd indien de verpande goederen vruchten opleveren of indien op de koopsom interesten bedongen worden. « Non seulement, » zegt Dalmbert,

« parce que les créanciers hypothécaires, devenus » créanciers personnels du tiers détenteur, sont substitués au vendeur pour le prix de l'immeuble, mais » encore parce que les créanciers hypothécaires ont, » comme tels, droit aux fruits de l'immeuble ou aux » intérêts du prix qui les représentent à partir du » moment où leur gage commence à ce réaliser (arg. art. 2176 C. civ., et art. 682 et 685 C. Proc. Op. cit., N° 126, bl. 210).

Op grond van deze overwegingen worden alleen interesten verschuldigd gesteld indien de verpande goederen vruchten opleveren en dit alleen, in België, van op de dag van de aanvaarding van het aanbod. In geval van opbod en bij alle virtuele zuiveringen is de interest door de toegewezen alleen verschuldigd vanaf de dag der toewijzing (Dalmbert, n° 159bis, bl. 289).. In dat geval ontsnappen een deel der vruchten aan de hypotheek behalve bij beslaglegging en dadelijke uitwinning.

Alle auteurs zijn akkoord, ook Prof. De Page, Laurent en Genin, dat deze interesten ook aan de ingeschreven schuldeisers toegekend worden. In Frankrijk schijnt de rechtsleer eenstemmig ⁽²²⁾. Een oud vonnis (Toulouse, 29 juni 1872, D.P., 74, 2, 17; S. 73, 2, 9) meent dat interesten eerst aan de hypothecaire schuldeisers toekomen vanaf de aanmaning om in de rangregeling deel te nemen. Haast algemeen worden de interesten van rechtswege verschuldigd geacht. Zeer merkwaardig is dat deze interesten aan de vijfjarige verjaring ontsnappen (Chadel. Traité de la purge virtuelle, bl. 202, nota 9, met vermelding der arresten van het Verbrekingshof).

b) Welke bedragen komen voor de ingeschreven schuldeisers in aanmerking ?

Hier schijnt artikel 87 der Hypotheekwet een duidelijke regel te geven.

« Le créancier privilégié ou hypothécaire, inscrit » pour un capital produisant intérêts ou arrérages » a droit d'être colloqué, pour trois années seulement, » au même rang que pour son capital, sans préjudice » des inscriptions particulières à prendre, portant » hypothèque à compter de leur date, pour les autres » intérêts ou arrérages. »

Deze regel is gemakkelijk toe te passen wanneer kort na de bepaling der zuiveringswaarde deze betaald wordt aan de schuldeisers. De ingeschreven schuldeisers zijn hier zeer strikt aan een hypothecaire grondregel gebonden. Interesten tot maximum drie jaar worden op gelijke rang met de hoofdsom gerangschikt. Het past hier een voorbeeld te geven. De schuldeiser is ingeschreven voor een hoofdsom van 100.000 fr. De debiteur is 5 jaar interest verschuldigd tegen 6 % 's jaars. De schuld van 130.000 fr. is alleen hypothecair gewaarborgd voor 118.000 fr. En indien zij slechts batig gerangschikt kan worden voor ¼ of 88.500 fr. ontvangt de schuldeiser 75.000 fr. op zijn hoofdsom en 13.500 fr. op zijn interesten. Dit heeft een groot belang voor de wettelijke hypotheek der inkomstenbelasting. Indien de ontvanger in een rangregeling de wettelijke hypotheek laat gelden kan hij niet de in artikel 51 van het K.B. van 22 september 1937 voorgeschreven regels der toerekening volgen: al de interesten eerst voidoen en de hoofdsom alleen met het overblijvende verminderen. Interest en hoofdsom dragen evenredig het tekort.

Het zeer duidelijk artikel 87 wordt o.i. niet letterlijk toegepast indien de betaling niet gelijktijdig met de zuivering gebeurt.

Eerst dient duidelijk het probleem toegelicht.

De hypothecaire schuldvordering blijft een schuld welke de debiteur bezwaart: ten laste van de debiteur blijven de bedongen interesten lopen of blijven zij verschuldigd ook wanneer zij meer dan 3 jaar vervallen zijn. Hypothecair zouden o.i. op het moment der zuivering de interesten welke verschuldigd zijn tot maximum drie jaar, bij het kapitaal dienen gevoegd om gelijkelijk in de rangregeling in aanmerking te komen.

Indien nu de betaling niet bij de zuivering gebeurt, wordt een zeer onbillijke toestand geschapen.. Enerzijds blijven de interesten op de ingeschreven schuldvordering voortlopen en anderzijds, zoals onder letter a werd toegelicht, zal in de meeste gevallen de debiteur dezer zuiveringswaarde daarop interesten moeten betalen aan de hypothecaire schuldeisers. Indien op de zuiveringswaarde van 200.000 fr., b.v. 4,50 fr. % verschuldigd is, terwijl twee schuldeisers zijn ingeschreven een eerst voor 100.000 fr. met 8 % interest en een tweede met meer of min interest, schiet er ieder jaar op de lopende interest 3,50 te kort om de eerste schuldeiser te voldoen met de interesten op de zuiveringswaarde verschuldigd. Het zou te verdedigen zijn dat op de zuiveringswaarde de omslag der ingeschreven bedragen definitief zou gerangschikt worden terwijl de zodoende definitief in hoofdsom gerangschikte bedragen, pondsgewijs de interesten, op de zuiveringswaarde lopende, verwerven. Zo zou de rangregeling op de zuiveringswaarde geclicheerd worden. Dit probleem is door de wetgever niet onder ogen genomen.

Nu is het een niet betwiste regel in België en Frankrijk dat op de dag der bepaling der zuiveringswaarde de onderscheidene ingeschreven schuldeisers wel de regel van het artikel 87 strikt toegepast zien *indien zij op dit ogenblik de drie jaar overtreffen* ⁽²⁴⁾ maar alle interesten welke na dit moment lopen worden bij de hoofdsom gevoegd en er komt bij dat na dit moment geen maximum meer in acht genomen wordt, en dat ook geen verjaring meer kan intreden. (Genin, op. cit., N. 2885.)

In België werd de eerste stelling door het Verbrekingshof plechtig bevestigd. De Rechtbank te Oudenaarde had in haar vonnis van 26 juni 1891 geconcludeerd dat alleen hypothecair de interesten verschuldigd op het moment der zuivering in aanmerking konden komen « que c'est à partir de cette date que » le droit des créanciers hypothécaires s'est transformé en un droit sur les prix, et que, par conséquent, l'inscription prise à leur profit a cessé de » produire ses effets ». De interesten na de cristallisatie voorzien in artikel 87 lopende zijn niet meer hypothecair gewaarborgd en worden zodoende chirographaire schuldvordering (Rec. général n° 12069). Bij arrest van 9 december 1892 heeft het Verbrekingshof dit vonnis verbroken: « considérant que cette transformation n'enlève au créancier hypothécaire aucun » des droits qu'il avait acquis par l'inscription; que » celle-ci n'en doit pas moins produire tous ses effets, » et par conséquent, assurer au créancier hypothécaire, sur le prix de l'immeuble vendu, outre le » paiement de son capital, celui de trois années » d'intérêts bien qu'elles soient échues en tout ou en » partie, depuis que son droit de préférence a été » transporté de l'immeuble sur le prix.

» Considérant qu'en vertu du principe que les » intérêts comme accessoire, participent à toutes les » prérogatives du capital, tous les intérêts échus » depuis que le droit de préférence frappe le prix, » doivent être colloqués au même rang que le » capital. »

Deze zienswijze is duidelijk in strijd met artikel 87

maar heeft anderzijds aan een niet opgelost probleem een oplossing gegeven.

c) *De terugbetaling van een ingeschreven schuldeiser vóór alle betaling in de rangregeling.*

Zo vast werd verklaard dat door de zuivering, waarmede bedoeld werd het bepalen der zuiveringswaarde, de zuivering voltrokken werd, dat het een probleem wordt te weten wat er gebeuren zal indien met middelen welke niet voortkomen uit de zuiveringswaarde een der hypothecaire schuldeisers terugbetaald wordt.

Benevens de zuiveringsverhoudingen welke naast de zuiveringswaarde een nieuwe debiteur in leven roepen, blijft de oorspronkelijke schuldverbintenis bestaan. De oorspronkelijke debiteur blijft persoonlijk verbonden buiten de zuiveringsprocedure om, en kan ontegensprekelijk met eigen middelen en de interesten en zelfs de hoofdsom van de ingeschreven schuldvorderingen voldoen. Laten wij een voorbeeld geven: een debiteur A heeft twee leningen opgenomen, een van 100.000 fr. ten behoeve van D, hypothecair bezwaard op een onroerend goed X en een tweede van 100.000 fr. ten behoeve van E bezwaard op het onroerend goed X en op een tweede onroerend goed Y, eveneens behorende aan de debiteur. A legt beslag op het goed X dat wordt toegewezen tegen 100.000 fr. De zuivering is ingetreden zodat de zuiveringswaarde van 100.000 fr. bezwaard is hypothecair met de schuldvordering ten behoeve van D (100.000 fr.) en ten behoeve van E (100.000 fr.). Indien de zuivering door betaling wordt voltrokken, wordt D geheel voldaan, en vervalt het hypotheekrecht van D op het goed X.

Nu onderstellen wij dat vóór de betaling de debiteur een liefhebber vindt welke tegen 200.000 fr. het goed Y aankoopt. Hij bewilligt de verkoop en betaalt met de koopsom aan D zijn schuldvordering van 100.000 fr. met hypotheekrecht bekleed op X, terwijl E zonder terugbetaling handlichting geeft. Komt nu E in eerste rang op het goed X door het verdwijnen van schuldeiser D?

Dat schijnt wel algemeen aanvaard. Dalmbert zegt. « Ce n'est cependant que dans la supposition *conditionnelle* que la totalité du prix serait absorbée par les créanciers préférables par leur rang dans l'ordre que le juge commissaire ordonne la radiation des inscriptions des créanciers non admis en ordre utile. L'hypothèque de ces derniers est éteinte à la suite de l'accomplissement des formalités de la purge, parce que les fonds mis en distribution paraissent épuisés. Aussi, si un ou plusieurs créanciers colloqués étaient désintéressés à l'aide de fonds provenant d'autres immeubles et qu'ainsi une portion du prix devient disponible, cette portion serait affectée du droit de préférence des créanciers qui, primitivement, n'avaient pas été admis en rang utile et, nonobstant la radiation, soustraite non seulement à l'action du vendeur et de ses créanciers chirographaires mais encore à celle des créanciers hypothécaires antérieurs déchus faute de production dans le délai de l'art. 754 c. proc. civil (Hier citeert Dalmbert de eenstemmige franse rechtsleer en rechtspraak). La raison en est que le prix étant subrogé à l'immeuble, et la prévision de l'épuisement des fonds ne s'étant pas réalisée les créanciers dont les inscriptions ont été rayées en vue de cette prévision avaient conservé leurs droits hypothécaires intacts et les exercent sur la partie du prix devenu libre. » (Dalmbert, Op. cit. bl. 216, note 4).

Laten wij opmerken dat zodoende door de techniek

der zuivering bij het bepalen der zuiveringswaarde de zuivering niet automatisch wordt voltrokken in dien zin dat de bepaling der zuiveringswaarde wel definitief blijkende, toch niet automatisch medebrengt dat de ingeschreven hypothecaire inschrijvingen welke de zuiveringswaarde overschrijden, hun hypotheekrecht zien te loor gaan. De zuiveringswaarde komt wel in de plaats van het gehypotheceerde onroerend goed maar zonder de ingeschreven hypothecaire schuldeisers te beïnvloeden; deze behouden hun hypotheekrecht op het gehypotheceerde goed maar thans beperkt tot een bepaalde waarde de zuiveringswaarde?

De bepaling der zuiveringswaarde verwezenlijkt zodoende geen enkel zuiverend gevolg. Het is een louter voorbereidende rechtshandeling: de bepaling ener zuiveringswaarde door welke *later* de ingeschreven hypothecaire schuldvorderingen beïnvloed zullen kunnen worden.

Maar wanneer treedt dan de eigenlijke zuivering in? Dit zal zeker moeten het geval zijn bij de *betaling* der zuiveringswaarde. Door deze betaling moet het goed volledig gezuiverd zijn. Al de ingeschreven schuldeisers hebben alleen recht op de zuiveringswaarde collectief. Zelfs de gerechtelijke rangregeling met bevel der doorhalingen zuivert wel het vervreemde goed van alle zakelijk recht maar nog steeds behouden de niet batig en reeds doorgehaalde schuldvorderingen recht op de sommen welke bij de batig gerangschikten vrij kunnen komen.

Dit overleven van het recht op de koopsom ook na de rangregeling ten behoeve van de niet batig gerangschikte (en reeds doorgehaalde) schuldvorderingen, en dit met het hypothecair voorrecht op de toevallig vrijkomende sommen werpt een zeer bijzonder licht op de techniek der zuivering. Het zakelijk recht kan in de rangregeling verdwijnen door de bevolen doorhaling, terwijl desondanks de doorgehaalde schuldvordering nog steeds een rechtstreeks recht behoudt, zonder volgrecht, op toevallig vrijkomende gedeelten der zuiveringswaarde (Chadel, *Traité de la purge virtuelle*, 1902, bl. 226).

Zeer belangrijk is dit voortleven der hypothecaire rechten ten overstaan van het rangschikken van betwiste fiscale aanslagen. Deze kunnen niet geldig aan de belastingschuldige worden terugbetaald noch geldig toegerekend worden op andere belastingen door de belastingschuldige verschuldigd. Alleen aan de niet batig gerangschikte schuldeisers kunnen de sommen uit de zuiveringswaarde uitbetaald terugbetaald worden, al zijn ook de desbetreffende schuldvorderingen doorgehaald.

Hoofdstuk II. — Overeenkomstige zuivering

Het was noodzakelijk de zeer complexe techniek der zuivering grondig te bestuderen ten einde te kunnen beoordelen of deze techniek kan vervangen worden door een overeenkomst.

Afdeling I. — Zuivering door feitelijke betaling der ingeschreven schuldeisers.

Is er iets eenvoudiger dan het zuiveren van hypotheekrechten? Is niet de betaling der ingeschreven schuldeisers het radicale middel om het goed te zuiveren? Kunnen wij de procedure der zuivering niet missen?

De beste rechtsbeoefenaars laten zich door deze bij het eerste zicht eenvoudige en voor de hand liggende oplossing verleiden. « Le procédé le plus simple consiste en ce que le vendeur paye lui-même les hypothèques » à l'aide du prix. A cet effet il convoque les créanciers

» à l'acte de vente, après leur avoir éventuellement » notifié son droit de rembourser avant terme (droit qui, » s'il est contractuel, exige souvent un préavis, notam- » ment en matière de prêt hypothécaire). Le payement » s'effectuera à l'aide des deniers provenant du prix » versé par l'acheteur, — et les créanciers *donneront* » *en même temps mainlevée de leurs inscriptions*. Tout » s'effectuera simultanément et contradictoirement et » la situation sera ainsi définitivement apurée, avec » toutes les garanties possibles à l'égard de tous les » intéressés. » (De Page, *Traité élémentaire*. T. VII, vol. I, n° 850, p. 780).

Deze ideale oplossing is in ons hypothecair recht de gevaarlijkste welke men aanraden kan. Het is ons wel bekend dat deze handelwijze zeer gebruikelijk is. Zij is werkelijk zeer praktisch in alle gevallen waar in geen geval enig gevaar dreigt. Wanneer dreigt er geen gevaar? Zeer begoede eigenaars bezitten een eigendom met hypotheek bezwaard. Met de koopsom wordt de hypotheek afgelost en bij het verlijden der verkoopakte gezuiverd.

In deze gevallen was ook niets te vrezen geweest indien de verkochte eigendom niet gezuiverd werd door betaling. De verkoper was voldoende solvent om ook achteraf de hypotheek terug te betalen.

Angstwekkend is het probleem indien de verkoper bezwaard is met schulden, *ook niet hypothecaire*, en bovendien in onmin leeft met zijn echtgenote. Onderstellen wij dat een dergelijke persoon een onroerend goed wenst te verkopen tegen 200.000 fr. terwijl dit goed bezwaard is met 100.000 fr. hypotheek. Welke gevaren kunnen de handelwijze door Prof. De Page aanbevo'en bedreigen: verkoopakte, betaling van 200.000 fr., handlichting der hypothecaire inschrijving? Deze gelijktijdigheid van alle rechtshandelingen zou een volmaakte oplossing zijn indien art. 1 der wet van 16 december 1851 niet verklaarde dat de verkoopakte slechts aan derde is tegen te stellen door de overschrijving van de akten ten hypotheekkantore. Na het verlijden der notariële akte verkoop kan zodoende nog ten bezware van de verkoper verkocht worden, gehypothekeerd en met beslag gelegd. Indien de hypotheeken gezuiverd zijn zal beslag gelegd worden op een thans gezuiverd goed, en dit ten bezware van een koper welke zijn koopsom betaalde.

Laten wij niet toegeven aan de overweging dat deze ongelukken alleen te vrezen zijn bij oneerlijke verkopers voor welke meer omzichtigheid geboden is. Ook eerlijke verkopers kunnen niet verhinderen dat een schuldeiser een bevel tot beslaglegging laat overschrijven op het verkochte goed, dat wettelijke hypotheeken ten behoeve der echtgenote of ten behoeve der rechtstreekse inkomstenbelastingen ingeschreven worden, en in de gevallen voorzien in de tweede alinea van art. 36 der wet van 16 december 1851 kunnen ook, ten bezware van eerlijke verkopers, met hypotheek beklede koopsommen worden ingeschreven.

In zijn *Dictionnaire de la pratique notariale belge* van Adolphe Maton, V° Vente, Deel V, blz. 763, zegt hij reeds in 1885. « En bonne pratique, jamais un acheteur » ne doit payer son prix avant la rentrée de son contrat » dûment transcrit et des certificats des transcriptions » pouvant exister sur le bien vendu jusqu'inclus la » transcription. Et s'il veut payer, le notaire (à peine » d'engager sa responsabilité) devra l'éclairer sur le » danger qu'il court et lui proposer le dépôt du prix, » en attendant l'accomplissement des formalités.

» Lorsque l'acheteur s'obstinera à vouloir payer » comptant, malgré les conseils du notaire, le vendeur » devra s'obliger à rapporter, dans un délai très court, » mainlevées et certificats de radiation des inscriptions

» et transcriptions que la transcription du contrat de » vente pourra révéler, à peine de résiliation du contrat, » de restitution du prix et des frais et d'une somme que » l'on fixera à titre de dommages-intérêts; et si le » vendeur est insolvable, on ne fera pas l'acte. » In Frankrijk wordt dezelfde raad gegeven. « Si, d'autre » part, il existait des inscriptions sur les biens vendus, » l'acquéreur qui aurait payé comptant son vendeur » serait exposé ou à délaisser l'immeuble ou à payer » une seconde fois le prix aux créanciers; dans les deux » cas, il pourrait perdre la somme payée au vendeur.

» L'acquéreur a donc le plus grand intérêt, d'abord, à » faire transcrire le plus tôt possible son contrat pour » se constituer propriétaire à l'égard des tiers et arrêter » le cours des inscriptions, puis pour connaître la » situation hypothécaire de l'immeuble.

» Si le prix est payable comptant, une des conditions » de la vente portera donc : ou qu'il ne devra être versé » qu'après la délivrance de l'état sur transcription, ou » qu'il restera déposé jusqu'à cette époque aux mains » du notaire qui le remettra au vendeur, si l'état est » négatif d'inscriptions, et s'il a été justifié des droits » de propriété sur les immeubles vendus, — sinon, le » distribuera aux créanciers inscrits.

» Lorsque l'acquéreur veut payer comptant, sans » attendre l'accomplissement des formalités hypothé- » caires, le notaire doit (sous peine d'engager sa respon- » sabilité) lui indiquer les dangers auxquels il s'expose, » et s'il persiste — ou il refusera de recevoir l'acte, » lorsque le vendeur est insolvable, — ou il prendra la » précaution (s'il est absolument certain de la solvabilité » du vendeur) de faire obliger ce dernier à rapporter » mainlevée, dans un délai très court, de toutes les » inscriptions qui pourraient exister sur l'immeuble » vendu, sous peine de résolution du contrat. »

Albert Amiaud, *Traité-formulaire général alphabétique et raisonné du notariat*. 7e éd. 1926 V° Vente d'immeubles et vente en général. n° 185, blz. 463.

In ons vigerend stelsel kunnen zodoende onroerende goederen bij notariële akte *niet veilig verkocht worden met onmiddellijke betaling der koopsom aan de verkoper en is het bijzonder gewaagd, vóór de overschrijving, hypothecaire of bevoorrechte inschrijvingen te laten doorhalen.*

Is er een oplossing te vinden verenigbaar met contante betaling?

1) Er is een absoluut veilige weg, zodra enige vrees kan bestaan dat er beslagleggingen komen, of inschrijvingen van hypotheeken. Daartoe moeten *twee akten* verleden worden en moet de koopsom eerst betaald worden bij de tweede akte.

In de eerste akte wordt het onroerend goed verkocht onder opschortende voorwaarde dat bij de overschrijving dezer eerste akte geen overschrijvingen of inschrijvingen zijn voorgekomen buiten deze blikende uit een getuigschrift van de hypotheekbewaarder⁽²⁵⁾. De koopsom wordt niet betaald en in de akte wordt ook geen kwijting gegeven. De hypotheeken worden evenmin terugbetaald.

Na de overschrijving wordt een nieuw getuigschrift verzocht dat de afwezigheid van alle verdere overschrijvingen of inschrijvingen laat blijken. Dit getuigschrift waarin de vervulling der opschortende voorwaarde wordt geconstateerd, wordt aan de akte vastgehecht, de koopsom wordt betaald, en desgewenst gelijktijdig wordt door de ingeschreven schuldeisers kwijting en opheffing bewilligd. Dat biedt thans geen gevaar meer.

Over de eerste akte is alleen het algemeen vast recht verschuldigd. Het nadeel is dat de kosten van een tweede akte waarover kwijtingsrecht verschuldigd zal

zijn, de reeds hoge kosten komen verhogen. Het is nochtans de enige veilige weg die harmonieert met ons hypothecair stelsel;

2) Een tweede weg brengt een modalisatie van de door Professor De Page als de enige veilige gedraglijn aanbezoeken.

In de akte verkoop wordt de koopsom betaald aan de ingeschreven schuldeisers die kwijting geven aan de verkoper zonder nochtans zelf handlichting te geven der ten hunnen behoefte bestaande inschrijvingen. Deze handlichting zou eerst gegeven worden na de overschrijving. De koper zou zodoende, indien een beslaglegging of inschrijving voorkomt, zijn wettelijke indeplaatsstelling kunnen emargeren (art. 1251, 2°) zodat hij hypotheekrecht zou behouden op het door hem aangekochte goed ten overstaan van de beslaglegger. In de verkoopakte zou kunnen vermeld worden.

« (de medeverschijnende ingeschreven schuldeisers) verklaren in hoofdsom en interesten ... fr. van de koper betaling te hebben ontvangen. Zij verklaren aan de koper uitdrukkelijk macht te geven om volledige opheffing te bewilligen uit naam van de medeverschijnende ingeschreven schuldeiser van de inschrijving genomen ten kantore van hypotheek te ... den ... Boek ... Folio ... ten ware de koper op grond van artikel 1251, 2° zijn wettelijke indeplaatsstelling ten rande der inschrijving verkoos te melden. »

Deze oplossing is wel even veilig maar niet zo doelmatig als de eerste. Het bezwaar is dat overdracht-rechten (11 %) zullen moeten betaald worden over de eerste akte en dat deze niet zullen kunnen worden terugbetaald indien beslaglegging ten bezware van de verkoper wordt voltrokken. Indien het wetsontwerp Schreuder wordt gestemd zal wel door de herroeping teruggaaf kunnen gebeuren maar dit alleen indien de herroeping in een vonnis wordt uitgesproken.

Kan nu niet overeenkomstelijk een zuivering doorgevoerd worden?

Het systeem van Prof. De Page is niet gesteund op een overeenkomst van zuivering. Aan de hand van het getuigschrift van de hypotheekbewaarder worden eenvoudig de ingeschreven schuldeisers terugbetaald zodat alleen door betaling zuivering bekomen wordt. Wij hebben gepoogd dit systeem aan te passen aan de techniek onzer hypothecaire wetgeving. Dit kan niet als overeenkomstelijke zuivering bestempeld worden.

Al deze systemen vertonen dit groot nadeel dat de koper moet worden op de hoogte gebracht van de schulden welke het goed bezwaren. Zelf personen welke bekend zijn als bezwaard met talrijke hypotheek, wenssen bijna allen dat de koper daarvan niets verneemt. De rationale wegen hoger aangevoerd zijn zodoende niet bruikbaar. Het op te lossen probleem wordt zodoende buitengewoon moeilijk. De verkoper wenst immers dat de koper de koopsom betaalt en daarvan kwijting bekomt terwijl de notaris door zijn ambt te zorgen heeft voor de zuivering van de ingeschreven schuldeisers. Dat is het eerste probleem, en het bijna algemeen voorkomende.

Het gebeurt wel dat de koper volledig op de hoogte is van de hypothecaire toestand of dat de verkoper geen bezwaar ziet in de mededeling van de hypothecaire toestand. In dit geval kan met tussenkomst van de koper een regelmatige zuivering worden doorgevoerd.

Zodoende kunnen wij twee overeenkomstelijke zuiveringen onderscheiden, een zonder tussenkomst van de koper en een met zijn tussenkomst. Dat is het tweede geval.

Afdeling I. — Overeenkomstelijke zuivering zonder tussenkomst van de koper.

Het komt niet zeldzaam voor dat een onroerend goed

verkocht wordt terwijl het goed voor veel meer dan zijn verkoopwaarde bezwaard is door ingeschreven schuldeisers. Dit zal b.v. voorkomen indien een klein perceel tuin uit een woning wordt verkocht welke woning slechts tot 50-60 % van haar waarde bezwaard is. Het perceeltje tuin kan desniettemin overmatig belast zijn. Veelvuldiger komt het voor dat een debiteur onderscheidene onroerende goederen bezwaard heeft met één hypotheek en achteraf een der percelen wenst te verkopen. Indien grondspeculanten uit omvangrijke bezwaarde blokken grond een klein perceeltje bouwgrond verkopen komt ook nog een overbelast voorwerp in aanmerking. Er zijn trouwens ook eigendommen welke zelfstandig objectief overbelast zijn.

In al deze gevallen kan het overbelaste goed verkocht worden zonder toestemming bij voorbaat van de ingeschreven schuldeiser of schuldeisers indien binnen het jaar na de overschrijving gezuiverd wordt.

Wij laten hier buiten beschouwing de gevallen van virtuele zuiveringen welke de normale zuivering met aanbod overbodig maken. De moeilijkheid in dit laatste geval, is dat de zuivering door de koper moet worden dorgevoerd. Er zou dan ook, in deze gevallen, in de akte van aankoop moeten voorzien worden dat, indien na de overschrijving hypothecaire schuldeisers ingeschreven blijken welke niet vrijwillig een opheffing willen bewilligen, dat de koper de zuivering zal te verzoeken hebben mits de verkoper hem volledig alle welkdanige kosten vergoedt en ook bij de veiling bij opbod de verhoging der koopsom zal te vergoeden hebben (26). Dit laatste kan zeer zwaar wegen indien een derde bij de veiling op opbod kwaadwillig opbiedt. Vooral niet batig te rangschikken schuldeisers kunnen er belang bij hebben een zelfs overdreven prijs te bieden omdat zodoende de zuiveringswaarde verhoogt en wellicht de schuld volledig betaald kan worden. Door de mogelijkheid ener openbare veiling bij opbod biedt de zuivering zodoende bezwaren welke een overeenkomstelijke zuivering kunnen wenselijk maken. Er zijn wel gevallen waar geen opbod te vrezen is van niet batig gerangschikte schuldeisers b.v. indien fiscale hypotheek in dit geval verkeren en ook wel schuldeisers welke zeker geen opbod zullen doen. De hypothecaire schuldeisers kunnen nochtans een bod van een derde mededelen.

In elk geval blijft een plaats voorbehouden voor de overeenkomstelijke zuivering ten einde de bedreiging van uitwinning te ondervangen.

De overeenkomstelijke zuivering onderstelt dat vóór de verkoop alle ingeschreven schuldeisers hun volledige toestemming vooraf geven het verkochte goed te zuiveren mits de gehele koopsom wordt verdeeld onder de ingeschrevenen volgens hun rang zelf indien zekere gedeelten onvoldaan blijven.

Een eerste moeilijkheid ligt in de onmogelijkheid om op de dag van verlijden der verkoopakte de lijst en de bedragen te kennen welke op de dag van de overschrijving van de verkoop zullen ingeschreven zijn. Indien bij verrassing achteraf een onverwachte inschrijving genomen werd zou de wettelijke zuivering nog verplichtend kunnen worden.

Laten wij bovendien opmerken dat een overeenkomstelijke zuivering nooit het groot gevaar van een overschrijving van een beslaglegging kan ondervangen. Daartoe kan alleen hulp bieden het eerste systeem der twee akten in de vorige afdeling aangewezen. Dit systeem kantrouwens ook gebruikt worden zonder aan de koper de bestaande inschrijvingen mede te delen. De opschortende voorwaarde kan immers luiden: dat na een bepaalde dagtekening (dag der afgifte van het hypothecair getuigschrift)

en vóór de overschrijving geen inschrijving noch overschrijvingen ten bezware van de verkoper zullen genomen zijn.

Wij onderstellen in deze afdeling dat de koper helemaal buiten de zuivering blijft. Op de dag van het verlijden der koopakte wordt zodoende door de koper de volledige koopsom betaald en de verkoper geeft volledige kwijting.

Deze betaalde koopsom ontsnapt absoluut aan alle hypothecair verband. De koper verkrijgt door deze betaling geen zuivering. Het gekochte goed blijft zodoende bezwaard met alle inschrijvingen, terwijl de koopsom blootgesteld is aan beslag onder derden en aan roerende voorrechten.

Eerste oplossing.

Dadelijk de ingeschreven schuldeisers betalen zal wel het verkochte goed bevrijden van alle actuele inschrijvingen, maar laat tot aan de overschrijving het gevaar der beslaglegging of der onvoorziene inschrijving bestaan.

Een eerste oplossing is bij de betaling der koopsom onmiddellijk de ingeschreven schuldeisers te betalen, zonder gelijktijdig de opheffing der inschrijvingen te laten bewilligen. Deze zal eerst na de overschrijving en na een nieuw onderzoek van de hypothecaire toestand, bewilligd worden. De geldigheid der betaling kan onzes inziens niet betwist worden voor opeisbare hypothecaire schulden. Voor niet opeisbare schuldvorderingen kan de geldigheid der betalning door artikel 445 (faillissementswet) bedreigd worden. Het zou volstaan dat na de overschrijving maar vóór de faillissementverklaring, de koper het aanbod doet de koopsom tot zuivering der ingeschreven schuldvorderingen te bestemmen, om al de ingeschreven schuldvorderingen opeisbaar te stellen (artikel 113 Hypotheekwet). Hier blijkt nochtans een onvolkomenheid der overeenkomstelijke zuivering. Zonder tussenkomst van de koper kan zij de ongeldigheid der betaling niet ondervangen.

In feite zijn bij vrijwillige vervreemding alle hypothecaire schuldvorderingen opeisbaar omdat in alle akten hypotheekstelling bedongen wordt dat de schuldvordering opeisbaar wordt van rechtswege door alle vervreemdingen.

Tweede oplossing. Overhandiging van de koopprijs aan de notaris.

In de praktijk wordt de koopsom aan de notaris betaald, die ze bewaart om ingeschreven schuldvorderingen terug te betalen. *Ook in de handen van de notaris ontsnapt de koopsom aan het hypothecair verband.*

Gestort op naam van de verkoper bij de notaris kunnen de gewone schuldeisers waaronder de op roerende goederen bevoorrechte schuldeisers beslag leggen, zonder dat de hypothecaire schuldeisers enig voorkeurrecht zullen kunnen laten gelden: « Attendu, zegt het Frans vonnis van het Vrederegerecht van Saint Chinian (Hérault) dd. 19 maart 1907, « que si les créanciers hypothécaires inscrits sur l'immeuble vendu font valoir leurs droits, les acquéreurs seront rigoureusement obligés de supporter les conséquences de l'imprudence qu'ils ont commise en payant leur prix d'acquisition avant la purge des hypothèques; — que ces derniers ont incontestablement un droit de suite sur cet immeuble tant qu'ils n'auront pas été désintéressés ou que leurs inscriptions n'auront pas été régulièrement radiées; — qu'ils peuvent aussi requérir la mise de l'immeuble, qui

» est leur garantie, aux enchères et adjudications » publiques dans les formes et délais indiqués par les » articles 2183 et suivants C. civ., surtout tant que » la vente volontaire devant notaire qu'ils ignorent » ne leur aura pas été notifiée, mais qu'ils ne peuvent » avoir un droit de suite sur ce que peut avoir reçu » ou encaissé le nommé Ulysse Soulette et déposé » entre les mains d'un tiers, son mandataire; que ce » dépôt est à la merci de toute saisie-arrêt ou opposition régulièrement faite par tout créancier chirographaire. (Journal des notaires et des avocats. » Art. 29.717, 1910.) » Hier zou een later ingeleide zuiveringsprocedure nutteloos blijken. De in bewaring gestorte koopsom is een definitief bezit van de verkoper geworden dat blootstaat aan de actie van alle welkdanige schuldeisers van de verkoper en onherroepelijk aan alle hypothecair verband ontsnapt.

In het onderschrift welke op het vonnis volgt wordt gezegd: « A vrai dire, une sorte de quasi-contrat s'est » bien formé entre le vendeur, l'acquéreur (deze tussenkomst hebben wij voorlopig uitgesloten) et le notaire » dépositaire pour l'encaissement et l'affectation du prix » de vente, mais ce quasi-contrat ne peut créer un droit » opposable aux créanciers chirographaires du vendeur ». (27)

Derde oplossing.

Is er nu geen middel om de overhandiging der koopsom aan de notaris te vrijwaren tegen alle beslag onder derden?

Er kan gezocht worden naar een bewaargeving door de koper welke de koopsom aan alle beslaglegging van onderhandse schuldeisers van de verkoper zou onttrekken.

In de Journal des notaires et des avocats 1910 art. 29, 718, blz. 52 wordt een middel voorgesteld. « il y a lieu, » selon nous, aux termes du contrat de vente et après » la quittance du prix, de constater le dépôt de ce prix » entre les mains d'un séquestre (qui pourrait être le » principal clerc du notaire (?) ou un tiers) à titre de » nantissement expressément consenti par le vendeur » au profit de l'acquéreur pour lui assurer le rapport » des certificats de radiation de toutes inscriptions ou » charges pouvant exister sur l'immeuble vendu. Par » suite de ce dépôt en nantissement et du privilège » qui en résulte, le vendeur ne pourra consentir aucune » délégation de prix et ce prix ne pourra être » efficacement frappé d'aucune opposition ou saisie » entre les mains du séquestre qui en est dépositaire comme convenu.

» Pour compléter la clause de séquestre, l'on pourra » stipuler: que le prix sera remis au vendeur, sans le » concours de l'acquéreur, après l'accomplissement des » formalités de transcription et de purge s'il y a lieu, » et après le rapport des mainlevées et certificats de » radiation des inscriptions ou autres charges révélées » par ces formalités; — que, dans le cas où des inscriptions et charges existeraient sur l'immeuble, le prix » de vente servirait exclusivement à leur extinction; — » que, si le vendeur ne peut justifier de leur entière » disparition, le séquestre déposera le prix à la Caisse » des dépôts et consignations et fera remplir les formalités nécessaires pour arriver à la libération définitive » de l'acquéreur; enfin, que le séquestre sera déchargé » par la remise des certificats de radiation sans qu'il » soit besoin pour lui de demander une décharge » spéciale ».

Vierde oplossing.

M. Demogue in zijn Traité des obligations, wijst een eenvoudiger oplossing aan. « De même si un acte

» de vente d'immeubles indique que le prix a été remis
 » au notaire pour le repartir entre les créanciers
 » inscrits sur les immeubles ou pour payer tels créan-
 » ciers du vendeur, il y a là une stipulation pour autrui.
 » Mais souvent l'acte de vente porte que le prix est payé
 » comptant et la somme déposée auparavant par l'ache-
 » teur aux mains du notaire, y reste du consentement
 » du vendeur pour être répartie entre les créanciers
 » inscrits. Il a été jugé que les créanciers chirographai-
 » res du vendeur n'avaient aucun droit sur le prix
 » (Trib. Muret, 1 avril 1911. Journal des notaires, 1912,
 » art. 30388). Ce jugement dit que « les fonds n'étaient
 » pas encore la propriété du vendeur »... Il nous semble
 » que la convention entre le vendeur et le notaire est
 » une stipulation pour autrui au profit des créanciers
 » hypothécaires, ce qui explique l'absence du droit des
 » créanciers chirographaires. Elle répond au cas visé
 » par l'art. 1937 civ. in fine. » (Demogue, Op cit. n°
 780bis, blz. 147).

De notaris zou dit beding ten behoeve van derden
 duidelijk moeten bepalen in zijn kwijtschrift na bewaar-
 geving. (28)

Er blijven nog steeds gevaren bestaan welke zeer
 ernstig kunnen zijn. Alle bewaargevingen in handen
 van de notaris of van een derde kunnen bedreigd zijn
 door de insolventie van de in bewaringnemer.

Bovendien kan nog gewezen worden op het gevaar
 dat de inbewaringgeving naar luid van artikel 1937
 ten behoeve van de ingeschreven schuldeisers kan bie-
 den indien de bewaargever komt te overlijden vóór
 de betaling. In de zesde uitgave van het handboek
 van Aubry en Rau, bezorgd door Paul Esmein, wordt
 onder § 403, nota 13, gezegd: « En droit romain, le
 » mandat donné au dépositaire de remettre le dépôt
 » à un tiers après le décès du déposant, était valable.
 » Cette solution conforme au principe d'après lequel
 » le mandat ne finit point par la mort du mandant,
 » lorsqu'il a été donné pour un acte qui ne doit être
 » fait qu'après son décès, et qui avait été adopté par
 » notre ancienne jurisprudence, a été rejetée par les
 » rédacteurs du Code, pour empêcher qu'à l'aide de
 » pareils dépôts on ne violât les règles relatives aux
 » dispositions à titre gratuit. » (Daaraop worden rechts-
 leer en rechtspraak geciteerd.)

Er moet op een derde gevaar gedacht worden. Indien
 een der ingeschreven schuldeisers in faillissement werd
 verklaard zou het beding van overwijzing der inbewar-
 ring gegeven koopsom ongeldig worden, uit kracht van
 artikel 445 van de wet op de faillissementen indien de
 overwijzing plaats vond na de staking der betalingen.
 Zou de curator de gedeponeerde som niet kunnen op-
 eisen vóór de massa ongeminderd zijn recht om de nog
 steeds ingeschreven schuldvordering in te vorderen?

Vijfde oplossing..

Een wezenlijk veiliger oplossing zou te vinden zijn
 in de wettelijke indeplaatsstelling. Alleen wordt hier
 bij het eerste zicht de koper betrokken in de regeling.
 Indien de koper met zijn koopsom de ingeschreven
 schuldeisers betaalt, wordt hij wettelijk in de plaats
 gesteld, in hypotheken of voorrechten ingeschreven op
 het door hem aangekochte goed. Daardoor wordt het
 aangekocht goed niet gezuiverd, en noch min worden
 inschrijvingen of beslagleggingen vóór de overschrijving
 verhinderd. Indien een dergelijk ongeluk voorkomt
 heeft de koper toch minstens de zekerheid dat hij bij
 het voltrekken van de beslaglegging zijn koopsom zal
 terugbetaald krijgen. Het brengt zodoende geen enkele
 zuivering.

Het gevaar dat door deze oplossing ondervangen

wordt is dat de koopsom ontsnapt aan alle voorrecht
 op roerende goederen ten bezware van koper of ver-
 koper, en eveneens aan alle insolventie welke met een
 inbewaringgeving verbonden kan zijn.

Het groot bezwaar schijnt te zijn dat de koper in de
 rechtshandeling betrokken wordt. De vraag kan noch-
 tans gesteld worden of hij wel persoonlijk in de rechts-
 handeling moet optreden. Zou verkoper of notaris niet
 als zaakwaarnemer kunnen optreden om de betaling
 met indeplaatsstelling te ontvangen.

Zou er een bezwaar bestaan tegen navermelde for-
 mule :

« Voor ons notaris : verschenen (ingeschreven schuld-
 eisers)

Welke verklaren ontvangen te hebben van (verkoper
 of notaris) handelende als zaakwaarnemer voor
 rekening van (koper)

de volledige terugbetaling in hoofdsom, interesten en
 bijhoren van de hypothecaire schuldvordering blijkende
 uit de akte ingeschreven ten hypotheekkantore
 te den Boek en nummer
 op navermelde eigendom (beschrijving).

Terwijl de bezwaarde eigendom verkocht werd door
 (verkoper) aan heer (koper) bij akte verleden
 door notaris op heden (of dagtekening) is op
 grond van artikel 1270, 2°, de koper heer door
 deze betaling uit de door hem betaalde koopsom ge-
 daan, wettelijk in de plaatsgesteld van het hypotheek-
 recht (eventueel : voorrecht) waarmede de terug-
 betaalde schuldvordering bekleed was.

De koper zal door deze betaling met indeplaatsstel-
 ling in de plaats zijn gesteld van de ingeschreven
 schuldeisers, zodat uit naam van de koper, naar keus,
 melding ten rande zal verzocht worden of volledige
 opheffing van de ingeschreven inschrijvingen.

Voorzover geen melding ten rande der indeplaats-
 gestelde inschrijving wordt genomen verklaren de in-
 geschreven schuldeisers bij deze van nu af volledig
 opheffing te bewilligen van de ten hunnen behoeve ge-
 nommen inschrijvingen zonder enig voorbehoud mits met
 de uitgifte dezer akte een getuigenschrift van de hypo-
 theekbewaarder wordt voorgelegd waaruit blijkt dat
 na de datum van het verlijden der akte (of de datum
 van het vóór het verlijden afgeleverd getuigenschrift)
 geen inschrijvingen noch welkdanige overschrijvingen
 zijn voorgekomen tot op en met de dag der overschrij-
 ving der akte verkoop.»

Het laatste beding der formule is niet alleen geboden
 om de koper volledig buiten de regeling te houden,
 maar ook voor alle ingeschreven schuldvorderingen
 welke niet geheel met indeplaatsstelling worden terug-
 betaald. De indeplaatsstelling is immers in elk geval
 beperkt tot het gedeelte hetwelk door betaling wordt
 voldaan. De indeplaatsgestelde kan geen opheffing be-
 willigen voor de niet wezenlijk terugbetaalde gedeelten
 zonder een uitdrukkelijke lastgeving van de schuld-
 eisers.

Er mag niet vergeten worden dat de voorwaardelijke
 verkoop zeer goed zou kunnen samengaan met de be-
 taling met indeplaatsstelling. In dit geval is de be-
 taling vóór de overschrijving der akte verkoop niet
 noodzakelijk en meestal zelf niet gewenst.

Afdeling II. — Overeenkomstelijke zuivering met tussenkomst van de koper.

Hier ontbreken evenmin moeilijkheden. Het onder-
 zoek wordt anderzijds zeer interessant.

Laten wij eerst het doel nagaan van deze overeen-
 komstelijke zuivering. Deze wens zal voorkomen indien
 een te verkopen goed boven zijn verkoopwaarde hypo-

thecair bezwaard is. De verkoper heeft vooraf een akkoord bereikt met de ingeschreven schuldeisers.

Dit akkoord kan een zeer uitvoerige regeling inhouden. De ingeschreven schuldeisers hebben elk de som bepaald welke zou uitbetaald worden om volledige opheffing der inschrijving te bekomen. Deze die ook niet gedeeltelijk gerangschikt kunnen worden hebben vooraf opheffing zonder betaling toegezegd. Dit zal niet zeldzaam voorkomen wanneer slechts een gedeelte van de gehypothekeerde goederen vervreemd wordt. Deze die zonder betaling opheffing toezeggen vinden soms, door het zelf gedeeltelijk afbetalen van de vóór hen ingeschreven schuldeisers een grotere zekerheid op andere niet verkochte goederen.

Het kan ook voorkomen dat al de bezwaarde goederen vervreemd worden en de schuldeisers de opheffing beloven van hun zelf niet geheel gedekte inschrijvingen op voorwaarde dat een bepaalde minimumprijs bereikt wordt. Dit zal wel meer voorkomen in perioden van depressie bijaldien veel verkoopwaarden catastrofaal gedaald zijn. Het kan nog voorkomen dat in een stad bepaalde eigendommen een beduidende waardevermindering ondergaan door openbare werken: verleggen van spoorwegstations, vismarkten of markten.

Soms, zeldzamer, wordt het akkoord algemeen gesteld. De ingeschreven schuldeisers verklaren allen, in overleg met de bezwaarde, genoeg te nemen met een bepaalde koopsom mits ze volgens de hypothecaire rangorde verdeeld worde. Dan staan wij in schijn voor een overeenkomstelijke zuivering. Zeer vooraanstaande rechtsbeoefenaars nemen dergelijke overeenkomsten op onder de normale zuiveringen. Laurent schrijft: « Enfin » les hypothèques sont effacées, sans que les formalités » de la purge doivent être observées, dans tous les cas » où les créanciers hypothécaires concourent à la vente » en participant à la rédaction du cahier des charges, » ainsi qu'à l'adjudication; étant parties à la vente, » ils acceptent par là même le prix, et, par suite, leurs » droits sont éteints. La cour de Bruxelles l'a jugé » ainsi dans l'espèce suivante. Il était dit, dans le » cahier des charges que les biens étaient vendus quittes » et libres, en ce sens que les charges hypothécaires » qui les grevaient seraient acquittées au moyen du » prix; les créanciers étaient intervenus dans ces stipulations; ils acceptaient donc le prix en paiement de » ce qui leur était dû, et consentaient à l'extinction » des hypothèques et à la radiation des inscriptions; » dès lors il ne pouvait plus être question de purge, » l'acquéreur étant libéré par le consentement des » créanciers hypothécaires » (Bruxelles, 27 mei 1855, Pas. 1855, II, 1387; Laurent, D. XXXI, n° 439). Deze zienswijze wordt overgenomen door Hypotheekbewaarder Pinchart (op. cit., blz. 459) (29).

Ook Genin in zijn bekend handboek spreekt over: « Ententes a fin de purge », sub nummers 2835, 2836 en 2837, maar zonder op een gelijkstelling met de zuiveringsverhouding te wijzen. Het is immers een algemeen verschijnsel in de notariële praktijk dat bezwaarde goederen vooral door de tussenkomst van de notarissen gezuiverd worden met of zonder tussenkomst van de kopers. Zeer zeldzaam komen moeilijkheden voor. Deze studie heeft tot doel te wijzen op de menigvuldige bedreigingen aan welke verkoper en koper kunnen blootgesteld zijn. Vooral wanneer door de notarissen gekende bezwaren aanwezig zijn, is het voor de notariële praktijk van belang de middelen te kennen welke volledige veiligheid kunnen bieden.

De praktijk heeft zo weinig hinder ervaren van de alleszins onvoorzichtige praktijk dat zij helemaal de techniek der zuivering en zelf der zo weinig kostbare virtuele zuivering vergeten heeft. De eigenlijke zuive-

ring heeft trouwens een zeer groot defect: de mogelijkheid van een opbod en van een openbare veiling welke de verkrijging door een koper kan bedreigen.

Laten wij allereerst herinneren dat bij het verlijden der notariële akte geen enkel middel bestaat om de juiste hypothecaire toestand te kennen. Vooraleer de akte overgeschreven wordt kunnen onvoorziene inschrijvingen of overschrijvingen verzocht worden. Prof. Maton met notaris Amiaud raden dan ook aan nooit de vervreemde goederen te zuiveren vooraleer de overschrijving en een nieuw getuigenschrift de juiste hypothecaire toestand hebben aangewezen. Volledige veiligheid kan ter zake alleen de dubbele akte, hoger toegelicht, geven.

Ook wanneer deze voorzorgen genomen zijn blijft nog het middel te zoeken om de zuivering door betaling en opheffing door te voeren.

Hier kunnen wij twee middelen onderzoeken:

A. *Betaling der zuiveringswaarde.* — Deze kan tweeërlei gebeuren:

1) Teruggaaf van de ingeschreven schuldeisers gelijktijdig met de betaling der koopsom.

Dit is het systeem aangeprezen door Prof. De Page als het veiligste. Het wordt ook dagelijks toegepast. Veilig is het systeem alleen indien de betaling der ingeschreven schuldeisers eerst in een tweede akte na overschrijving ener voorwaardelijke akte voorkomt.

Ook in de gevallen der virtuele zuivering moet gewaarschuwd worden tegen onmiddellijke betaling en zuivering. Wij hebben ook daar gewezen op de gevallen waar eerst de toestand met zekerheid gekend is na de overschrijving.

Indien, wat vaak voorkomt, koper, verkoper en hypothecaire schuldeisers dadelijke betaling en teruggaaf wensen, zou in alle twijfelachtige gevallen de akte kwijting kunnen verleden worden ten behoeve van de koper ten einde de wettelijke *persoonlijke* indeplaatsstelling van artikel 1251, 2°, voor te behouden. Het doorhalen der inschrijving zou dan eerst na de overschrijving der akte vervreemding verzocht worden. Hoger hebben wij een formule voorgesteld zonder persoonlijke tussenkomst van de verkrijger, welke zeer gemakkelijk is aan te passen aan zijn medeverstrijden. Dit is nochtans geen zuivering; alleen wordt de mogelijkheid van een verlies onderzocht.

2) Bewaargeving der koopsom.

In de praktijk is het niet altijd mogelijk al de hypothecaire schuldeisers te laten verschijnen bij de betaling der koopsom om opheffing hunner inschrijving te bewilligen. Desniettemin wordt de koopsom betaald en wordt door de verkoper in de akte vervreemding kwijting gegeven, terwijl de koopsom in handen blijft van de werkende notaris. Wij hebben op de gevaren gewezen van deze storting op rekening van de verkoper met de last hypothecaire inschrijvingen terug te betalen. In de Franse rechtspraak kan nochtans een vonnis vermeld worden dat deze handelwijze bekrachtigde. Zeker is dat, door het betalen, de koopsom aan alle hypothecair verband ontsnapte. Het vervreemde goed blijft steeds belast en de gestorte som is een roerend actief blootgesteld aan beslag onder derden van de soms bevoorrechte schuldeisers van de verkoper en ook aan de insolventie van de inbewaringnemende notaris. De burgerlijke rechtbank van Muret heeft op 16 december 1911 het beslag onder derden door een gewone schuldeiser afgewezen op een som,

gedeelte van een koopsom, in de akte gekwetten door de verkoper, bij de notaris in bewaring gegeven om daarmede de ingeschreven schuldeisers te betalen.

« Attendu que cet acte, » zegt het vonnis, « a été » immédiatement suivi, entre les mêmes parties, d'une » convention verbale, dans laquelle le notaire est » intervenu, qui a modifié et différé l'effet de la clause » de quittance, énoncée dans l'acte, en termes abso- » lus; — que, suivant cette convention, la somme » représentant le prix était remise, d'un commun » accord, au notaire qui était, en même temps chargé » de liquider le passif hypothécaire dont les immeu- » bles étaient grevés, de payer aux créanciers inscrits » ce qui leur était dû et de remettre au vendeur le » reliquat possible;

» Attendu que le sieur L. (beslaglegger) ne peut » pas contester l'existence de cette convention, puisque » les trois intéressés (notaris, verkoper en koper) » l'affirment et que de plus elle a été exécutée (door » betaling der ingeschreven schuldeisers). »

De beslaglegger kan deze overeenkomst niet betwisten op grond van artikel 1165 B. W., « qu'en effet » il n'est pas un tiers par rapport à ce contrat.

» Que d'un autre côté, la convention accessoire à » l'acte authentique était licite et tendait à une exacte » application et de la loi hypothécaire et des droits » acquis aux divers créanciers. »

» que le sieur L. ne pourrait donc pas l'attaquer au » moyen de l'action révocatoire de l'art. 1167 et en » demander l'annulation comme faite en fraude de » ses droits,

» qu'enfin cette convention n'a pas le caractère » d'une contre-lettre, que le créancier chirographaire » serait autorisé à ignorer, aux termes de l'art. 1921 » C. civ.,

» qu'en effet, la doctrine et la jurisprudence sont » unanimes à déclarer qu'au sens de cet article, » l'expression de contre-lettre ne saurait être appli- » quée aux conventions intervenant entre les person- » nes qui ont été parties à un acte antérieur, pour » l'expliquer, le compléter et le modifier sans aucune » dissimulation.

» ... Or, que la convention complémentaire de l'acte » de vente T... N... n'a été inspirée par aucune pensée » de dissimulation dolosive; — qu'elle a eu unique- » ment pour but d'épargner aux parties, sans causer » de préjudice à personne, des formalités ultérieures » et de nouveaux actes,

» qu'elle est donc à la fois, irréprochable de la part » de l'officier ministériel et avantageuse pour les deux » contractants,

» ... que suivant cet accord de volonté, le prix de » la vente consentie au Sieur N. était remis au notaire » pour une fin déterminée;

» que les fonds n'étaient donc pas encore la proprié- » té du vendeur et que celui-ci ne devrait ultérieure- » ment appréhender que la somme qui excéderait le » montant des charges hypothécaires. »

Het beslag wordt zodoende alleen op het saldo of 227,95 Fr. aanvaard. (Journal des notaires et des avocats, art. 30388.)

Het vonnis der burgerlijke rechbank van Bordeaux van 15 febr. 1911 bekrachtigd in beroep bij arrest van 10-7-1911 aanvaardt dezelfde notariële practijk. Hier werd een hypothecaire lening ten bedrage van 30.000 Fr. opgenomen, waarvan 27.000 Fr. in handen van de notaris gelaten werden om een hypotheek van gelijk bedrag terug te betalen. Daags nadien werd beslag onder derden gelegd bij de notaris, welke niet 27.000 Fr. in zijn bezit verklaarde, maar 94 Fr. het saldo na teruggaaf der

hypotheek. In het vonnis wordt het aan de notaris overhandigd bedrag aangezien « comme étant passée au sieur Derivaud (ingeschreven schuldeiser) par l'effet de la remise faite à M. C. (notaire) qui devenait ainsi le gérant d'affaire de ce créancier.

» ... Attendu au surplus, que, si la ratification par » le sieur Derivaud (schuldeiser) de la gestion de » M. C. (notaris) était venue à manquer, la propriété » des deniers ne serait pas venue aux Montamat » (hypotheeksteller) que, en effet, à défaut d'une » efficacité pleinement juridique de la délégation con- » sentie par ceux-ci au sieur D. (schuldeiser), il serait » resté la stipulation par le sieur L. (nieuwe geld- » schieter) de la condition de primauté hypothécaire » à portée résolutoire, sinon suspensive. »

De beslissingen werden enigszins uitvoerig gegeven omdat zij niet gemakkelijk te bereiken zijn. Hoger hebben wij andersluidende vonnissen geciteerd. Laten wij nochtans onderstrepen dat in de twee uitspraken steeds wordt gesteund op de tussenkomst van de koper (of hypotheeksteller). In de notariële practijk wordt alleen met de verkoper of met de ontlener gehandeld.

In elk geval blijft de oplossing zoals zij uit de uitspraken blijkt onzeker. Professor Demogue heeft getracht een steviger grond aan te wijzen, bij de bewaargeving, in het beding ten behoeve van derden (hypothecaire schuldeiser) en bijzonder in de tekst van artikel 1937. Er blijft desniettemin een fundamenteel gevaar: de insolventie van de bewaarnemer. In de eigenlijke zuivering wordt een veilige betaling voorzien, ook zonder actuele handlichting: consignatie der zuiveringswaarde ter consignatiekas, zonder enig aanbod van gerede betaling.

De vraag kan gesteld worden of de bewaargeving bij de notaris niet beter op naam van de koper dan op deze van de verkoper zou gebeuren. Ook deze bewaargeving waar ze niet als bevrijd tegen beslag onder derden door de schuldeisers van de verkoper zal worden behandeld, blijft aan beslag blootgesteld op verzoek van niet hypothecaire schuldeisers van de koper. Het wordt tevens bedreigd door eventuele insolventie van de bewaarnemer.

Zo komen wij aan het interessante onderzoek. Om alle bezwaren te ondervangen verbonden met de betaling der koopsom aan een bewaarnemer zou het niet doelmatiger zijn de zuiveringswaarde niet te betalen en geen kwijting te geven, maar ze door de verkrijger verschuldigd te stellen tot wanneer een regeling onder de schuldeisers betreffende de rangregeling is getroffen.

B. Verschuldigd blijven der koopsom.

Het verschuldigd blijven der koopsom biedt op zich zelf geen oplossing. Indien een onroerend goed verkocht wordt tegen een prijs welke verschuldigd blijft, staat, buiten de zuivering, deze verschuldigd blijvende koopsom eveneens buiten alle hypothecair verband. Gewone of op roerend bezit bevoorrechte schuldeisers van de verkoper kunnen beslag onder derden leggen, zonder dat de hypothecaire schuldeisers op deze koopsom enig voorkeurrecht kunnen doen gelden. De hypotheek blijven aan het vervreemde goed kleven, en de koopsom waaruit zij betaald dienen te worden is een nieuw roerend bezit in de boedel van de verweerder. Laten wij aanmerken dat bovendien dit verschuldigd blijven alleen mogelijk is daar waar een koopsom door de verkrijger verschuldigd is. Voor schenkingen en legaten ten bijzondere titel blijft alleen de eigenlijke zuivering bruikbaar. Deze eigenlijke zuivering trouwens heeft de zeer specifieke kracht de koopsom absoluut onder het hypothe-

cair verband te handhaven. Dit mag niet uit verloren worden.

1) Is het beding ten behoeve van derden re

Dat is wellicht het interessantste probleem *kel 1121 biedt een gemakkelijk middel om schuldig blijvende koopsom uit de boedel van vreemder te houden*. Het volstaat dat vervreemder verkrijger bedingen dat de koopsom aan de ingevene schuldeisers is overgewezen. Dit beding onmiddellijk een recht ontstaan ten behoeve ingeschreven schuldeisers. Deze schuldverwordt onherroepelijk door de aanvaarding van geschreven schuldeisers.

Zoals wij reeds meermaals moesten vaststellen beding ten behoeve van derden andermaal een schuldverbintenis welke, thans door gewone eisers van de ingeschreven schuldeisers, is bloot aan beslag onder derden. Het faillissement van ingeschreven schuldeiser zou dan ook de schuldverbintenis aan de massa ten goede komen zonder dat de hypotheek zou voldaan worden schijnt wel mogelijk dat de overwijzing zou worden tot delging van de ingeschreven hypotheek terwijl de betrokkene schuldeiser kwijting zou wegens de overwijzing. Zodoende zou het eenvoudige overwijzing meer zijn maar een vernieuwing.

Hier rijzen opnieuw gevaren.

De actio Paulianus schijnt ons min te vrezen de herroeping van de overwijzing het hypotheek terug in leven zou roepen, mits de inschrijving blijven bestaan of mits een nieuwe inschrijving nemen (met gevaar van een min gunstige reactie).

Veel gevaarlijker blijkt de verklaring van het faillissement van de verkoper welke de overwijzing delging ener reeds bestaande schuldvordering ligde. Door artikel 445 van de wet op de faillissementen is een dergelijke inbetalinggeving van rechts vernietigd indien zij, na de staking der betaling bewilligd. Dat de overwijzing onder deze beding werd nog kortgeleden aangemerkt (*Revue de jurisprudence* 1957, R. Piret: Faillites et liquidations. Paiement par délégation (bl. 210)). Wordt citeerd: *Rechtbank van Koophandel Kortrijk*, 1955, en *St.-Niklaas-W.*, 9 november 1954. *kundig Weekblad* 1954-1955, kol. 1117.)

Het past dan ook op de grote verschillen te tussen de wettelijke overwijzing in de zuiveringsniek en de overeenkomstelijke schuldoverwijzing eerste is procesrecht en heeft de wonderde kracht overgewezen waarde volledig onder hypotheek band te handhaven. Niet alleen wordt deze overwijzing niet bedreigd met nietigheid door een faillimentsverklaring, maar ook ten opzichte van het faillissement kan de zuiveringswaarde alleen aan geschreven schuldeisers betaald worden.

De overeenkomstelijke overwijzing harerzijds alleen door het faillissement van de verkoper maar blijft een gewone schuldverbintenis, welk eens door het faillissement van de hypotheek eiser, uit het hypothecair verband losgerukt, massa zou kunnen terecht komen, indien zij hypotheek heeft gedelgd, wat andermaal een vernieuwing zou zijn, welke door het faillissement niet meer bedreigd zou zijn volgens gezaghe rechtsbeoefenaars (*Percerou. Des faillites et liquidations*. Tweede uitgave, Deel I, N° 615bis, bl. 117).

De overeenkomstelijke overwijzing welke onmiddellijk een verbintenis doet ontstaan ten behoeve ingeschreven schuldeisers wordt onherroepelijk

tegengesteld indien zij niet is ingeschreven ten hypotheekkantore. Zij mag niet worden ingeschreven binnen zes maand vanaf de aanslag zonder dat bewezen is dat de « rechten van de schatkist in gevaar verkeren » (art. 72. § 2). Anderzijds kan zij worden geldig ingeschreven binnen acht werkdagen vanaf de mededeling welke notaris of openbare ambtenaren moeten doen na het verlijden der akte van vervreemding of hypotheekstelling naar luid van artikel 73, § 3.

Dat een ingeschreven wettelijke hypotheek aan zuivering onderworpen is, als alle andere hypotheeken, vloeit ten duidelijkste uit art. 72. § 2 « De wettelijke hypotheek neemt slechts rang van haar inschrijving af ». Rang nemen betekent: absolute onderworpenheid aan rangregeling welke alleen in de zuivering mogelijk is.

Sinds lang hebben wij de vraag opgeworpen of de wettelijke regeling niet een speciale zuivering heeft ingevoerd voor de aanslagen in de inkomstenbelastingen (*Sûretés réelles et personnelles* n° 185). Deze speciale zuivering was van het allergrootste belang toen de wettelijke hypotheek absoluut geheim was en ook aan derden kon tegengeworpen worden zonder inschrijving. Het hypotheekrecht verviel wel na een zeer korte tijd (twee jaar niet vanaf de aanslag maar vanaf de eerste Januari van het dienstjaar der belasting) en zelfs werden aanslagen soms eerst ingekohierd nadat het hypotheekrecht was vervallen. De wet van 28 februari 1924 verplicht notarissen en openbare ambtenaren minstens acht dagen voor ieder openbare verkoping van een onroerend goed en vier dagen voor een verkoop uit de hand de ontvanger te waarschuwen. Bij het voordragen van deze nieuwe tekst heeft de regering hem verantwoord als volgt: « Il y a un double but: d'une part, sauvegarder l'intérêt de l'Etat, les provinces et les communes à ce que l'acheteur de biens affectés à la garantie du paiement d'impôts ne verse le prix d'achat au vendeur qu'après paiement des dites charges fiscales, d'autre part, permettre aux officiers ministériels de savoir si les biens qu'ils sont chargés de vendre sont ou non la garantie d'impôts. » (*J. Van de Vorst, la responsabilité personnelle du notaire à raison de la passation d'actes de vente de biens garantissant des impôts encore dûs et de la publicité sommaire de l'hypothèque légale du fisc. Revue pratique du notariat belge*. 1934. bl. 297). Dat een absolute zuivering met deze notificatietechniek verbonden was blijkt uit het interpretatieve rondschriven van 25 april 1924, n° 148 §§ 66 door Professor Van de Vorst in zijn hoger geciteerd artikel overgedrukt (loc. cit. bl. 300);

« Les receveurs donnent suite, dans les 24 heures, aux avis de vente qui leur sont adressés en exécution de la disposition qui précède.

» Si le propriétaire des biens ou objets à vendre n'est pas encore imposé pour les exercices en cours, les comptables transmettent l'information destinée à l'officier ministériel ou autre vendeur, par l'intermédiaire du contrôleur divisionnaire, qui apprécie si la vente projetée n'aura pas pour conséquence de mettre les droits du Trésor en péril, ce qui justifierait l'établissement immédiat d'une cotisation par application de l'art. 13 de l'arrêté royal du 20 avril 1920.

» Dans cette éventualité, le contrôleur complète l'information du comptable et veille, en tout cas, à ce que celle-ci parvienne à destination au plus tard le jour précédant la vente. En vue d'éviter tout mécompte l'avis des sommes exigibles restant dues est transmis par pli recommandé ou remis de la main à la main contre accusé de réception ».

» ... Cette solution est commandée, non seulement » par les principes généraux, mais encore et très » impérieusement par l'esprit de la loi de 1924 : c'est » tout juste pour atteindre ce but que l'art. 73 a été » modifié et que les notaires ont été obligés, par » dérogation au secret professionnel qui les lie, d'aver- » tir le fisc par plusieurs lettres recommandées des » actes de vente qu'ils sont appelés à passer...

» En faveur de notre thèse, on peut invoquer, en » outre, l'autorité très grande de l'administration elle- » même, car, dans la circulaire interprétative du 25 » avril 1924, elle reconnaît que « la vente projetée » peut avoir « pour conséquence de mettre les droits » du Trésor en péril » ce qui ne se comprendrait pas, » si l'information du notaire laissait subsister l'hypo- » thèque occulte. »

L'information fiscale doit purger l'immeuble de l'hypothèque légale, tant pour les impôts liquidés et enrôlés que pour ceux qui sont d'us, tout en n'étant pas encore exigibles ni déterminés quant à la somme (loc. cit. bl. 300 en 301)

« Lorsque, à la suite de l'information » schrijft Genin, « qui lui a été donnée du projet de vente, » l'administration n'avise pas le notaire du montant » des impôts grevant le bien, elle perd évidemment » toute action en responsabilité contre cet officier » public. Mais ne commet-elle pas aussi une faute » grave à l'égard de l'acquéreur ? Celui-ci ne peut-il » pas légitimement croire que l'immeuble n'est pas » grevé, puisqu'aucune information contraire n'a été » donnée à son conseil, le notaire instrumentant ? Et » cette faute ne peut-elle avoir pour sanction la perte » de l'hypothèque légale ? Nous pensons que la juris- » prudence n'hésiterait pas à entrer dans cette voie » dans les cas où l'entière bonne foi de l'acquéreur » serait établie. » (En ce sens : Van de Vorst. Rev. Not. 1934, p. 299 et suiv.; Répertoire pratique du droit belge V° Hypothèques et privilèges immobiliers. n° 1963).

Genin heeft dezelfde stelling andermaal verdedigd in zijn artikel. De l'hypothèque occulte. Recueil général 1934 art. 17348. n° 69.

Al deze commentaren betreffen de wettelijke tekst welke vóór de wet van 27-7-1950 van kracht was

Deze wet werd veel preciser gesteld en toegelicht. Onder meer wordt niet betwijfeld dat het niet notificeren door de Ontvanger van de verschuldigde belastingen het goed volledig zuivert betreffende de niet genotificeerde aanslagen. « Si le receveur des contribu- » tions, dûment averti par le notaire, ne lui a fait » aucune notification à l'expiration du douzième jour » ouvrable qui suit la date d'expédition de l'avis, le » notaire peut passer l'acte. Et le receveur ne serait » plus fondé à inscrire l'hypothèque du Trésor au » préjudice de l'acquéreur ou du créancier hypothécaire, » même s'il le faisait avant la transcription ou l'in- » scription de l'acte. Cela résulte du texte même du » § 4 de l'art. 73 ainsi que l'a fait observer le ministre » des Finances sur une intervention du sénateur » Vreven. (Annales parlementaires. p. 119) » (Thiry. l'Hypothèque légale du Trésor en matière d'impôts sur les revenus. Rec. gén., n° 18986 n° 20 p. 132).

Zeer merkwaardig is dit zuiveren ten opzichte van alle niet genotificeerde belastingen. Dit werd vroeger spijs de veel kortere termijn eveneens gehuldigd. Dit absoluut zuiveren is des te merkwaardiger dat ook met de veel kortere termijnen het zuiveren niet alleen de ingekohierde aanslagen tot voorwerp had maar ook de nog niet ingekohierde aanslagen van het dienstjaar zoals blijkt uit het rondschriften van 25 april 1924,

n° 148. § 66. Bovendien was vroeger dit zuiveren definitief althans betreffende het als te verkopen aangemeld onroerende goed. Het is eerst door de wet van 27 december 1950 dat in artikel 73 § 1 een beperking van het zuiverend rechtsgevolg werd voorzien : « Indien de akte waarvan sprake niet verleden wordt » binnen drie maanden te rekenen van de verzending » van het bericht, zal het als niet bestaande beschouwd » worden. » Thans is zodoende het niet notificeren van belastingen wel absoluut zoals vroeger maar voorwaardelijk en tijdelijk. Deze nieuwe wettekst laat blijken dat vroeger het zuiveren absoluut was zonder enige voorwaardelijkheid noch termijn.

Dit zuiveren is zeer speciaal en kan alleen de fiscale wettelijke hypotheek betreffen. Bovendien is ze alleen zuiverend voor niet genotificeerde belastingen. Ingeschreven aanslagen moeten volgens de algemene regels gezuiverd worden.

Dit verklaart waarom deze speciale techniek buiten de gewone zuiveringstechniek plaats moest vinden.

(1) Het verdient aangemerkt dat de zuivering ook zou intreden o.i. indien het geliciteerde goed aan de debiteurs der schuld werd toegewezen. Er kan geen ogenblik getwijfeld worden dat ook deze toewijzing zuiverend werken moet. Dit wordt zeker aanvaard voor de beneficiaire erfgenaam welke een onroerend goed aankoopt ter gerechtelijke veiling. (Lepinois. Traité théorique et pratique de la transcription des privilèges et des hypothèques. Deel VI N. 2505 bl. 194.) In dit geval lijkt het trouwens geen uitzondering omdat de beneficiaire erfgenaam persoonlijk niet tot de schulden der nalatenschap gehouden is. Wij menen dat de virtuele zuivering ook in de persoon van de debiteur het hypotheekrecht zuiveren kan. De eigenaar zal vanzelfsprekend niet bevrijd zijn van zijn schuld, persoonlijke verbintenis. Wel kan het hypotheekrecht de vernietigende invloed ondergaan van de toewijzing. Het toegewezen goed kan hypothecair voor het bedrag der ingeschreven schuld, verhoogd eventueel met maximum drie jaar interest, slechts verbonden zijn tot het maximum bedrag van de bij de toewijzing aangeboden koopsom. Bij de beslaglegging kan het met beslag belegde goed niet aan de beslagene worden toegewezen (art. 48, 15 Aug. 1854) wel aan de debiteur indien het beslag wordt gelegd op de hypotheeksteller. In de dadelijke uitwinning komt dit niet voor (Braas n° 691 p. 913).

(2) Bij het eerste zicht zou deze tekst kunnen worden ingeroepen bij de toepassing van art. 73 van de samengevoegde wetten op de inkomstenbelastingen waarin een bekendmaking van aanslagen voorzien is welke niet noodzakelijk met een hypothecaire inschrijving zijn bekleed. Het wil ons voorkomen dat de tekst van het Burgerlijk Wetboek bedoelen kan de daarin vroeger voorkomende geheime hypotheeken. Sinds de wet van 16 December 1851 zijn ook voorheen geheime hypotheeken verplichtend bekend te maken door inschrijving.

(3) In tegenstrijd met vergoedingen verschuldigd betreffende roerende goederen waar door artikel 7 der wet van 11 Juni 1874 een verzet vereist is der bevoorrechte schuldeisers om de betaling aan de eigenaar te verhinderen kan de debiteur der vergoeding betreffende onroerende goederen slechts geldig betalen aan de ingeschreven schuldeisers welke de betaling direct kunnen opvorderen zonder noch tot verzet noch tot beslag onder derden verplicht te zijn. (Genin. Traité des hypothèques et de la transcription, 1935, N. 873.

(4) Het artikel spreekt eigenlijk alleen van sommen welke *krachtens vonnis* terug te betalen zijn. Is deze beperking wel door de wetgever bedoeld ?

(5) Zie onze studie in het Verslag van het congres der notarissen 1935, bl. 401.

(6) Er is geen gelijke uitdrukking om de beide zuiveringen te onderscheiden. Alleen de tweede zuivering voorzien in artikel 96 van het Wetboek van procesrecht wordt in Frankrijk en in België, « purge virtuelle » genoemd. Laurent spreekt van « zuivering van rechtswege », « purge de plein droit » (Deel XXXI § III n° 436, bl. 417). Deze terminologie is gesteund op de onderscheiding der formele voorwaarden : zuivering mits aanbod en mogelijkheid van opbod, en zuivering van rechtswege ten behoeve van de verkrijger welke van alle aanbod is vrijgesteld. Laurent wijst duidelijk op deze particulariteit « l'acquisition purge par elle-même l'immeuble vendu » (Loc. cit. N° 418 437, bl. 418). Voor het eerste statuut spreekt Laurent eenvoudig van « la purge ». (Loc. cit. N. 439).

Er is een tweede fundamenteel verschil tussen de twee statuten. De gewone zuivering is alleen mogelijk ten behoeve van derde bezitters welke niet tot de schuld verbonden zijn, de tweede zuivering is integendeel door de wet absoluut voor bepaalde verkrijgingen voorgeschreven. Deze tweede benaming zou de aandacht vestigen op een karakteristiek welke gewoonlijk niet wordt aangemerkt.

(7) Wij laten hier buiten beschouwing de oneigenlijke zuiveringen welke wij hoger hebben toegelicht.

de beheerders en van de commissaris te aanhoren en de rekening en de begroting af te sluiten, uit al de aangeslotenen — private natuurlijke personen en rechtspersonen — is samengesteld; dat haar beslissingen, onder de bij het reglement voorziene voorwaarden goedgekeurd, voor allen bindend zijn (artikel 18 K.B. 8 augustus 1939);

Overwegende dat uit de samenhang van deze bepalingen volgt dat de kwestieuze instelling wel in wezen privaat is;

Overwegende dat noch het koninklijk prerogatief, om, onder de hierboven uiteengezette voorwaarden, de leden van de beheerraad te benoemen, noch het optreden van de Staat bij het vaststellen van het bedrag der bijdragen en premïën, noch het bestendig toezicht van de regering, noch het aan de minister van Financiën en aan de minister belast met het Bestuur van het Zeewezen voorbehouden recht van veto tegen de met de statuten of het algemeen belang strijdige beslissingen van de beheerraad, aan het privaatrechtelijk karakter van de instelling, zoals dit uit de statuten volgt, afbreuk doen;

Overwegende inderdaad dat die Staatstussenkomsten hun verklaring vinden in het openbaar belang dat aan de oprichting van de litigieuze maatschappij van onderlinge verzekering ten grondslag ligt en in de waarborg door de Staat voor de goede afloop van haar verrichtingen verleend; dat trouwens het toezicht van de Staat thans meer en meer de private sector van het maatschappelijk leven bestrijkt, doch, zo het aan de gekontroleerde instellingen een deel van hun bevoegdheden ontnemt, hun aard nochtans niet wijzigt;

Overwegende dat ook de bepaling dat de V.O.Z.O.R. op gelijkkluidend advies van de Ministerraad, door de Koning kan ontbonden worden (artikel 17 K.B. 7 augustus 1939) klaarblijkelijk met de door de Staat verleende waarborg verband houdt, terwijl het voorbehoud aan de Koning van het uitsluitend recht om, onder evengemelde voorwaarde, tot die ontbinding over te gaan (artikel 3 K.B. 8 augustus 1939) slechts het natuurlijk gevolg is van de noodzakelijkheid waarin de regering zich heeft bevonden om het initiatief te nemen tot de oprichting van de mutualiteit; dat, immers, waar 's lands belang de instandhouding, in oorlogstijd, van het nationaal scheepspatrimonium vereiste, de regering het lot van de door haar, tot dit doel, in het leven geroepen instelling, niet aan de willekeur van partikulieren kon overlaten;

Overwegende dat de eiseres op request-civil verdruchteloos verwijst naar de verplichte aansluiting van al de reders van onder Belgische vlag varende zeeschepen, om de van de verzekerden gevorderde bijdragen en premïën te laten doorgaan als belastingen waarvan het heffen het voorrecht is van de Staat en de openbare machtslichamen; dat het verkeerde van die gevolgtrekking spruit uit het feit alleen dat de helft van het gebeurlijk batig saldo na vijf jaar onder de aangeslotenen, naar rato van de door hen betaalde premïën, te verdelen is (artikel 13 K.B. 7 augustus 1939 en artikel 25 K.B. 8 augustus 1939), wat niet enkel strijdig is met het begrip zelf van een belasting, maar integendeel nog verder op het privaatrechtelijk karakter van de instelling wijst;

Overwegende dat ook het stellen van straf, bij de oprichting van V.O.Z.O.R., op de overtreding van de bepalingen van het organiek besluit, nog immer in de lijn ligt van het beoogde algemeen belang, zonder dat het, uit de ontleding van de statuten, te trekken besluit, omtrent het privaatrechtelijk karakter van de instelling, hierdoor wordt ontzenuwd;

Overwegende ten slotte dat het ontbreken van bejag in hoofde van V.O.Z.O.R., verre van te op een openbare instelling, enkel de gemene eigen is van alle onderlinge verzekeringen;

Overwegende dat uit deze beschouwingen vol de eiseres op request-civil geen openbare instel in de zin van artikel 83 van het wetboek van klijke rechtspleging, zodat geen mededeling aan Openbaar Ministerie de bestreden beslissing voorafgaan en het onderhavig rechtsmiddel da zonder grond is;

Om deze redenen,

Het Hof,

Gelet op artikel 24 van de wet van 15 juni 19 Wijzende bij verstek tegenover de Compagnie time Belge,

Op eensluidend advies van de heer eerste ad generaal Vermeulen,

Verklaart het request-civil tegen het arrest partijen verleend door het Hof van Beroep te I op 25 april 1950, ontvankelijk, doch ongegrond het af;

Veroordeelt eiseres om te betalen aan ieder de verweersters ten titel van schadevergoed som van 150 F;

Verwijst eiseres in de kosten gevallen op de pleging van request-civil zo vóór het Hof van te Brussel als vóór het Hof alhier;

Beveelt, wat deze laatste kosten betreft, de a ding ervan ten voordele van Mter Hebbelynck, bezorger die ter terechtzitting bevestigde de schotten te hebben gedaan.

HOF VAN BEROEP TE GENT.

1e Kamer. — 24 december 1953.

Eerste-Voorzitter : M. Van Winckel.

Raadsheren : M.M. Bossaert en Verougstraet

Eerste Advocaat-Generaal : M. Vermeulen

Advocaten : Mrs d'Asseler en Smetrijns.

Echtscheiding en scheiding van tafel en bed. — karakter van de krachtens artikel 301 B.W. schulddige uitkering. — Geen onderhoudsgeld. — Schadeloosstelling. — Erfelijkheid van de bintenis.

De in artikel 301 B.W. bedoelde uitkering tot onderhoud is in werkelijkheid een schadeloos die aan de onschuldige echtgenoot toegekend wegens het verlies van het recht op levensond gesteund op de huwelijksplicht, recht dat de te niet gaan van de huwelijksband niet meer l Na het overlijden van de schuldenaar blijv erfgenamen verbonden tot de verdere uitbeta

S. t/ V.

Gezien de stukken, onder meer het vonnis partijen op tegenspraak gewezen door de rec van eerste aanleg te Gent, eerste burgerlijke op 20 juni 1951;

Gehoord partijen in hun middelen en besluit Overwegende dat het hoger beroep tijdig er matig werd ingesteld;

Overwegende dat appellante oorspronkel

betaling eiste vanaf juli 1948 van de maandelijkse onderhoudsrente, groot 1.500 frank, haar toegekend op grond van artikel 301 van het Burgerlijk Wetboek door het vonnis dd. 9 mei 1936 dat de echtscheiding toestond ten nadele van wijlen August Schepens, rechtsvoorganger van geïntimeerde;

Dat appellante bij besluitschrift dd. 28 januari 1950 haar vordering herleid heeft tot het bedrag van 10.000 frank onderhoudspensioen per jaar, aan de hand van de overeenkomst die tussen de gescheiden echtgenoten gesloten werd op 7 mei 1937 in de volgende bewoordingen: « M. Schepens payera en outre une pension après divorce de 10.000 fr. l'an à partir du 1^{er} juin 1937 »;

Overwegende dat hieruit blijkt dat de partijen Sion en Schepens het wel eens waren om het vonnis dd. 9 mei 1936 waar toepassing werd gedaan van artikel 301 van het Burgerlijk Wetboek in principe te handhaven; dat de bewuste overeenkomst enkel tot voorwerp had het door de rechtbank vastgestelde bedrag van de onderhoudsrente te herleiden;

Dat aldus de rechtsgrond van de vordering ongewijzigd is gebleven; dat er dienvolgens te onderzoeken valt of de last van het onderhoudspensioen hetwelk op grond van artikel 301 van het Burgerlijk Wetboek aan appellante gerechtelijk werd toegekend al dan niet overgaat op geïntimeerde als algemene legatarisse van August Schepens;

Overwegende dat het grootste gedeelte der rechtsleer en de Belgische rechtspraak de stelling aannemen naar dewelke het onderhoudspensioen van artikel 301 van het Burgerlijk Wetboek in werkelijkheid een schadeloosstelling is die aan de onschuldige echtgenoot toegekend wordt wegens het verlies van het recht op onderhoud gesteund op de huwelijksplicht, recht dat door het te niet gaan van de huwelijksband niet meer bestaat (De Page, dl III, 1^o druk, n^o 977 en volg.; Pasquier, Divorce, n^o 1417; P. Servais, B. J., 1912, kol. 98; Verbr. 27 oktober 1927, Pasic., 1927, I, 316; 1 december 1932, *ibid.*, 1933, I, 37; 18 oktober 1934, *ibid.*, 1935, I, 20);

Overwegende dat men vergeefs opwerpt dat, gezien de vergoeding betiteld wordt als « uitkering tot onderhoud » en betaalbaar is onder de vorm van periodieke stortingen, de gewone regelen die de onderhoudsschuld, staande het huwelijk, beheersen op kwestieus onderhoudspensioen dienen toegepast, zodat de uitkering ervan eindigt met het overlijden van de schuldenaar;

Overwegende immers dat de wetgever het artikel 301 gerangschikt heeft onder het hoofdstuk IV handelende over de uitwerkselen van de echtscheiding; dat hij de uitkering tot onderhoud na echtscheiding speciaal heeft geregeld; dat namelijk waar de verplichting tot levensonderhoud binst het huwelijk wederkerig is, het steungeld na echtscheiding eenzijdig wordt en dienvolgens het essentieel kenmerk van het pensioen mist; dat, waar tussen echtgenoten het bedrag van het onderhoudspensioen toegestaan wordt naar evenredigheid van de behoeften van de schuldeiser en van het vermogen van de schuldenaar, artikel 301 met deze regel afbreekt gezien het onderhoudspensioen hier het derde van de inkomsten van de schuldenaar niet mag te boven gaan; dat waar het onderhoudsgeld uiteraard veranderlijk is, artikel 301 slechts een wijziging in één enkele richting voorziet;

Overwegende dat uit wat voorafgaat blijkt dat het pensioen na echtscheiding een eigen karakter heeft, hetwelk helemaal afwijkt van de pensioennormen voorzien in de artikelen 203 tot 212 van het Burgerlijk Wetboek (Verbr., 27 oktober 1927, Pasic., 1927, I, 316);

Overwegende verder, dat de omstandigheid dat de vergoeding niet onder de vorm van kapitaal, maar onder deze van pensioen, toegekend wordt, niets anders beduidt dan dat deze vorm het best geschikt is om een schade te herstellen die bijzonder voortspuit uit het verdwijnen van de huwelijksplicht van hulp en bijstand;

Overwegende dat, uitgaande van het begrip « vergoeding », men, krachtens de regelen van het gemeen recht, de last van het kwestieus onderhoudspensioen op geïntimeerde, algemene legatarisse van wijlen August Schepens, moet doen overgaan (Schicks en Vanisterbeek, dl II, blz. 182; De Page, 2^e uitg., dl I, n^o 980);

Overwegende weliswaar dat, indien het huwelijk niet door de echtscheiding verbroken ware geweest, de verplichting tot levensonderhoud een einde zou hebben genomen met het overlijden van de echtgenoot; dat echter eens te meer dient onderlijnd dat het verschil der toestanden voortspuit uit het feit dat het gaat, enerzijds om een onderhoudspensioen dat gedurende het huwelijk wordt gekweten, terwijl men anderzijds met een vergoeding te doen heeft die slechts na de ontbinding van het huwelijk verschuldigd is (Laurent, Supplém., dl I, blz. 555);

Overwegende dat geïntimeerde, ten slotte, uit het feit dat de wettelijke verplichting tot onderhoud alleszins met de ontbinding van het huwelijk door het overlijden van een der echtgenoten een eind zou genomen hebben, ten onrechte afleidt dat, na het afsterven van appellante's gewezen echtgenoot, er geen oorzaak tot vergoeding van schade meer bestaat;

Overwegende dat de echtscheiding voor appellante niet enkel het verlies meebracht van het recht op levensonderhoud staande het huwelijk, maar haar tevens berooft van de rechten door de wet aan de langstlevende echtgenoot toegekend;

Om deze redenen,

Gelet op artikel 24 van de wet van 15 juni 1935, gehoord de heer Dumon, advocaat-generaal, in zijn strijdig advies, alle andere en tegenstrijdige besluiten als ongegrond afwijzend, ontvangt het hoger beroep; verklaart het gegrond; doet dienvolgens het bestreden vonnis te niet; verbeterend, verwijst geïntimeerde, in haar hoedanigheid van legatarisse van wijlen August Schepens, in de betaling aan appellante van 10.000 frank onderhoudsgeld per jaar vanaf juli 1948, dit met de gerechtelijke interesten sedert 16 september 1952; verwijst geïntimeerde bovendien in de kosten van beide aanleggen.

NOOT: De voorziening in verbreking tegen bovenstaand arrest werd verworpen (Verbr., 22 oct. 1954, Pas., 1955, I, 153; R.C.J.B., 1955, 202, met noot R. Spilman; T. Not., 1954, 221, met besl. Proc. Gen. Hayoit de Termicourt; R.W., 1954-55, 1007, met noot R. Nijs; — Zie hierover verder: Renard en Graulich, Chr., Rev. Trim. Dr. Civ., 1956, 215; — Anders: Brussel, 20 nov. 1954, J.T., 1950, 290; — Van Omme-slaghe, P., La transmission passive à cause de mort de la pension de l'article 301 du Code Civil, J.T., 1955, 287).

Abonneert U op Rechtskundig Weekblad

HOF VAN BEROEP TE GENT.

4e Kamer. — 4 april 1950.

Voorzitter : M. Van Winckel.

Raadsheren : M.M. Lagae en E. Verougstraete.

Advocaat-Generaal : M. Bohyn.

Advocaten : Mrs Van Belle en Vidts.

Onrechtmatige daad. — Geboorte van een kind ten gevolge van de verkrachtingen door verschillende personen gepleegd. — Eis tot schadeloosstelling op grond van artikel 1382 B.W. — Hoofdelijke aansprakelijkheid van al de daders van het misdrijf.

De vrouw die door verschillende personen verkracht is geworden, en ongeveer negen maanden later een kind ter wereld brengt, is gerechtigd schadeloosstelling te vorderen van de daders, die daartoe hoofdelijk verbonden zijn; de exceptie van het meer-verkeer kan in dergelijk geval niet tegengeworpen worden, terwijl de onzekerheid nopens hun vaderschap zonder belang is, aangezien de eis niet op het vaderschap steunt.

Van der Veken, b.p. t/ Van der Veken, De Witte en Vercauteren.

Overwegende dat Van der Veken Willy en Van Malderen Louis, hoewel behoorlijk gedagvaard, verstek laten gaan;

Overwegende dat de 2° verweerder en de burgerlijke partij tijdig en regelmatig hoger beroep hebben ingesteld;

Gezien het arrest, door deze kamer gewezen de 8 maart 1949, waarbij onder meer 1° en 3° verweerder wegens verkrachting en 2° en 4° verweerder wegens medeplichtigheid aan verkrachting, veroordeeld werden, en waarbij de eis der burgerlijke partij tegenover de eerste drie verweerders ontvankelijk en gegrond werd verklaard, onder voorbehoud van latere beslissing omtrent het bedrag, de 4° verweerder in de beslissing van de eerste rechter, in dezelfde zin berust hebbend;

Overwegende dat bedoelde verkrachtingen gepleegd werden op 9 augustus 1948; dat op 1 mei 1949, dus bijna negen maanden later, de burgerlijke partij van een kind bevallen is; dat niet gebleken is dat de burgerlijke partij met andere mannen omgang zou hebben gehad, zodat de verwekking van het kind noodzakelijk als een gevolg van de verkrachting moet worden aangezien;

Overwegende dat de correctionele rechtbank zich bij het bestreden vonnis betreffende een deel van de eis der burgerlijke partij onbevoegd heeft verklaard om reden dat een deel der schadeposten deze zijn, waarvan de toekenning voorzien wordt door artikel 340b, c, e en f van het Burgerlijk Wetboek, bepalingen welke de uitsluitende bevoegdheid van de burgerlijke rechtbank vaststellen;

Overwegende dat deze beslissing op een verwarring berust; dat artikel 340b, c, e en f van het Burgerlijk Wetboek vorderingen voorziet gericht tegen één bepaalde persoon en haar grond vindende in het vaderschap; dat in de onderhavige zaak de eis der burgerlijke partij niet op het vaderschap van één bepaalde verweerder steunt, noch kan steunen, om reden dat de verkrachtingen dezelfde nacht achtereenvolgens door 1° en 3° verweerder gepleegd werden, zodat het vaderschap alleszins onzeker blijft;

Overwegende bovendien, dat de exceptio plurium de actie voorzien door artikel 340b, c, e en f van het

Burgerlijk Wetboek aan de burgerlijke partij ontzegt; dat het ondenkbaar is dat de wetgever het recht op schadevergoeding zou miskend hebben van de vrouw, die ten gevolge van verscheidene opeenvolgende verkrachtingen in zwangerschap werd gebracht;

Overwegende dat uit deze beschouwingen volgt dat het gemene recht in zake bevoegdheid in het onderhavige geval dient te worden toegepast en dat gevolglijk de strafrechter bevoegd is om van de gehele eis der burgerlijke partij kennis te nemen;

Overwegende dat verweerders staande houden dat geen van hen tot schadevergoeding wegens de verwekking van het kind kon veroordeeld worden, om reden dat niet bekend is wie van hen de vader zou zijn; dat dit verweermiddel geen steek houdt; dat al de verweerders onderling in de gepleegde verkrachtingen medeplichtig zijn, zodat allen ingevolge artikel 50 S.W.B. solidair voor de toegebrachte schade moeten instaan; dat trouwens de eis der burgerlijke partij niet op het vaderschap steunt;

Over het bedrag der schade :

Overwegende dat bij de begroting van dit bedrag het Hof niet gebonden is door de bepalingen van artikel 340 Burgerlijk Wetboek, hetwelk, zoals hierboven is gezegd, niet ten grondslag ligt aan de onderhavige vordering;

Overwegende dat de materiële schade, welke de burgerlijke partij ondergaat ten gevolge van beschadiging aan klederen, werkonbekwaamheid als gevolg van zwangerschap en bevalling, kraamkosten, vermindering van werkvermogen als gevolg van kinderlast, niet mathematisch kan berekend worden; dat er grond bestaat om deze schade ex aequo et bono te ramen op een bedrag van 50.000 frank;

Overwegende dat de morele schade aan de burgerlijke partij toegebracht — zedelijk leed, blijvende eerkrenking, minder kans tot huwelijk — billijk zal vergoed worden door de toekenning van een som van 100.000 frank;

Overwegende ten slotte dat de burgerlijke partij recht heeft op vergoeding der schade, welke voor haar zal voortspruiten uit het onderhoud van haar kind tot op het ogenblik dat het zelf in zijn onderhoud zal kunnen voorzien; dat die schade billijk op 100.000 frank mag worden geraamd;

Gelet op de artikelen 50 S.W.B., 194 en 215 Wetboek van Strafvordering en artikel 24 der wet van 15 juni 1935,

Het Hof, wijzende bij verstek tegenover 1° en 3° verweerder, en op tegenspraak tegenover de andere partijen,

alle verdere of strijdige besluiten verwerpende als ongegrond;

Ontvangt het hoger beroep van de 2° verweerder en van de burgerlijke partij;

Doet te niet het bestreden vonnis in zover de eerste rechter zich onbevoegd heeft verklaard om van een deel van de eis der burgerlijke partij kennis te nemen; trekt de zaak tot zich wat dit deel van de eis betreft;

Doet eveneens het bestreden vonnis te niet in zijn andere beschikkingen en, opnieuw wijzende over de gehele vordering;

Veroordeelt de vier verweerders solidair om te betalen aan de burgerlijke partij wegens materiële schade

50.000 F

wegens morele schade

100.000 F

wegens onderhoudskosten van het kind

100.000 F

aldus in totaal 250.000 frank in stede van 305.146 F,

door de eerste rechter toegekend;

Al deze sommen verhoogd met de wettelijke intrest sedert 1 mei 1949;

Ontzegt aan de burgerlijke partij het meer gevorderde als ongegrond;

Veroordeelt de vier verweerders solidair tot de kosten van beide aanleggen, deze aan de zijde van het Openbaar Ministerie begroot op 70 frank.

HOF VAN BEROEP TE GENT.

1e Kamer. — 15 januari 1944.

Voorzitter : H. Haus.

Raadsheren : H.H. Van Winckel en De Brabandere.
O.M. : De Bie.

Advocaten : Mrs Logtenburg, Dauwe, Merchiers en Kluyskens.

Testamenten. — Legaat-Fideicommiss de residuo.

De legataris bij fideicommiss de residuo verkrijgt de volle eigendom der goederen die aan eventuele teruggave onderworpen zijn. Hij is gerechtigd er over te beschikken op de meest uitgestrekte wijze, zowel onder kosteloze als onder bezwarende titel en dit zowel bij wijze van schenking als bij testament.

Overwegende dat appellanten ten onrechte het testament van wijlen V. E. inroepen om op hetgeen van de nalatenschap dezer laatste nog overblijft, aanspraak te maken;

Overwegende dat, bij gezegd testament, V. E. gans haar vermogen aan haar echtgenoot, C. F., overgelaten heeft, met volle recht om er, gedurende zijn leven, vrij en naar goeddunken over te beschikken, er bijvoegend dat, na zijn dood, hetgeen van haar nalatenschap nog zou overblijven, aan appellanten en sommige geïntimeerden zou toekomen;

Overwegende dat C. F., bij zijn testament van 15 september 1938, over de alzo gelegateerde goederen beschikt heeft; dat er dus van de nalatenschap zijner echtgenote niets overblijft en dat het legaat de residuo waarop appellante aanspraak maakt, vervallen is;

Overwegende dat appellanten, ten onrechte, aanvoeren dat, zo wijlen C. F. over de goederen van V. E. mocht beschikken, hij het nochtans niet mocht doen bij testament;

Overwegende dat deze bewering alle grond mist, daar de legataris de goederen welke aan een eventuele teruggave onderworpen zijn, werkelijk verkrijgt, er volledig eigenaar van wordt en bijgevolg gerechtigd is om er op de meest uitgestrekte wijze over te beschikken zowel ten kosteloze als ten bezwarende titel, en dit zowel bij wijze van schenking onder levenden als van testament;

Dat dit beschikkingsrecht weliswaar door de erflater kan beperkt worden, maar dat, bij gebrek aan zulke beperking, het als volledig moet worden beschouwd;

Overwegende dat, op zichzelf genomen, het bestaan van een legaat de residuo dus het recht niet uitsluit om bij testament over de gelegateerde goederen te beschikken;

Overwegende dat het er dus op aankomt naar de wil der erflaatster te zoeken, en na te gaan of V. E. aan haar echtgenoot het recht ontzegd heeft om over haar goederen te beschikken bij akte van uiterste wil;

Overwegende dat dit uit de bewoordingen van het testament blijkt dat de erflaatster aan C. F. geen beperkt, maar wel het meest uitgestrekt recht van beschikking heeft willen toestaan;

Dat de legataris het zo wel heeft verstaan, dat hij in zijn testament steeds van « zijne goederen » spreekt, zonder onderscheid te maken tussen hetgeen hem persoonlijk, en hetgeen hij van zijn echtgenote verkregen heeft;

Overwegende dat men in het feit dat V. E. het legaat ten voordele van haar bloedverwanten gemaakt heeft, geen bewijs kan vinden dat zij deze laatsten in alle geval boven de legatarissen van haar echtgenoot verkozen heeft;

Dat het inderdaad om een legaat de residuo gaat; dat E. V.'s bloedverwanten dus de tweede begiftigden zijn en bijgevolg slechts op de gelegateerde goederen recht hebben in zo verre de eerste begiftigde er zelf niet over beschikt heeft;

Overwegende dat appellanten vergeefs opwerpen dat de erflaatster bepaald heeft dat C. F. « gedurende zijn leven » over de verkregen goederen mocht beschikken, hetgeen, volgens hen, het recht om bij testament te beschikken uitsluit, omdat een testament slechts na de dood van de erflater gevolg heeft;

Overwegende dat deze bewoordingen, in hun letterlijke betekenis genomen, het recht om bij testament te beschikken niet uitsluiten, daar een testament noodzakelijk gedurende het leven wordt gemaakt;

Overwegende dat, wanneer men deze woorden met het overige in verband stelt, men tot het besluit moet komen dat V. E. verre van de beschikkingsbevoegdheid van haar echtgenoot te willen beperken, ze integendeel, zo volledig mogelijk heeft willen maken mits te bepalen dat hij gedurende gans zijn leven over de verkregene goederen mocht beschikken;

Dat zij, overigens, uitdrukkelijk bepaald heeft dat zij haar goederen aan haar echtgenoot schonk met « volle recht » om er « vrij » en « naar goeddunken » over te beschikken;

Overwegende dat de eerste rechter, terecht, in deze bewoordingen het bewijs heeft gezien dat C. F. het meest volstreekte eigendom over de goederen van zijn echtgenote verkregen had, en dat hij gerechtigd was er over te beschikken zoals hij het gedaan heeft;

Om deze redenen, en deze van de eerste rechter,
Het Hof,

Gelet op artikel 24 der wet van 15 juni 1933;

Gehoord in zijn advies de heer de Bie, eerste advocaat-generaal,

Uitspraak doende tussen al de partijen bij een en zelfde arrest beschouwd als op tegenspraak gewezen,

Ontvangt het oorspronkelijk hoger beroep en het tussenberoep en, alle andere conclusiën als ongegrond afwijzende, verklaart ze beide ongegrond en bevestigt het bestreden vonnis; enz.

NOOT : 1. Bovenstaand arrest (verschenen in Tijdschrift voor Notarissen 1949, II) heeft ongetwijfeld veel stof doen opwaaien, des te meer daar het betrekking heeft op een juridisch onderwerp waarover zeer weinig eenstemmigheid bestaat.

Onlangs de heersende opvattingen van het ogenblik heeft dit arrest bevestigend geantwoord op de vraag of de bezwaarde bij testament mocht beschikken over de hem in een fideicommiss de residuo gegeven goederen.

Waar meestal aanvaard wordt dat de bezwaarde ten kosteloze titel onder levenden over de fideicommissaire goederen mag beschikken (zie nochtans : Gent, 23 mei 1951, R.C.J.B. 1952, 187 en volg. met noot R. Pirson)

bestaat er nog steeds een grote verdeeldheid bij de auteurs en in de rechtspraak betreffende de testamentaire beschikkingsbevoegdheid van de bezwaarde.

2. Door de tegenstanders van deze meest uitgebreide beschikkingsbevoegdheid werd vooral de aandacht gevestigd op de wil van de insteller van het fideicommiss de residuo (De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, VII², n° 1750, D, blz. 1825-1826; Laurent F., *Principes de droit civil*, XIV, n° 482, blz. 557; advies Mesdach de ter Kiele bij Verbr. 4 november 1875, Pas. 1876, I, 16; Savatier R., *Rev. tr. dr. civ.* 1925, 411; Baudry-Lacantinerie G. et Colin M., *Des donations entre vifs et des testaments*, 3^e uitg., II, n° 3108, blz. 519). Deze laatste heeft immers, zo verklaren zij, een voorkeur tot uitdrukking gebracht, waarbij hij de bezwaarde verkiest boven zijn eigen erfgenamen, maar deze laatste ook boven de erfgenamen van de bezwaarde verkiest (Brussel, 18 maart 1848, Pas. 1849, II, 107; Rb. Ieper, 18 februari 1874, *Rev. not.* 1875, 358).

Zo de insteller zich had willen schikken naar de voorkeur van de bezwaarde, dan zou hij deze laatste heel eenvoudig tot algemene legataris hebben aangesteld (Luik, 7 november 1843, Pas. 1844, II, 308; Rb. Antwerpen, 18 februari 1876, Pas. 1876, III, 153); indien de erfgenamen van de insteller zonder meer door de bezwaarde kunnen uitgeschakeld worden dan zou het beding de residuo totaal nutteloos zijn (Rb. Brussel, 8 mei 1882, Pas. 1882, II, 131; zie ook: Verbr. 4 november 1875, Pas. 1876, I, 16; Luik, 28 mei 1947, Pas. 1947, II, 28; Rennes, 31 juli 1858, S. 1859, II, 491; Paris, 11 december 1873, *Rec. Dall.*, 1875, 2, 30; Rb. Avallon, 19 januari 1921, *Rec. Dall.* 1922, 2, 6; Caen, 19 november 1924, *Rec. Dall.*, 1925, 2, 21, met noot H.L.).

3. Volgens het gecommenteerd arrest zou de bezwaarde wel degelijk de bevoegdheid hebben om bij testament te beschikken over de goederen die hem door de insteller van het fideicommiss de residuo werden overgedragen.

In de eerste plaats wordt erop gewezen dat er geen enkele wetttekst is die het beschikkingsrecht van de bezwaarde beperkt, zodat, indien de insteller geen andere wil te kennen heeft gegeven, aan de bezwaarde een volledig eigendomsrecht wordt toegekend: hij is bijgevolg gerechtigd op de meest uitgestrekte wijze over de ontvangen goederen te beschikken, zowel ten kosteloze als ten bezwarende titel en dit zowel bij wijze van schenking onder levenden als van testament (zie ook nog in dezelfde zin: Rb. Charleroi, 26 maart 1875, Pas. 1875, III, 185; Rb. Gent, 22 oktober 1890, Pas. 1891, III, 91; Rb. Gent, 30 november 1892, Pas. 1893, III, 98; Luik, 8 juli 1941, Pas. 1942, II, 32; Poitiers, 24 mei 1869, *Rec. Dall.* 1870, 2, 35).

Soms werd er ook op gewezen dat het fideicommiss de residuo juist toelaatbaar werd geacht omdat de bewaringsverplichting van de gewone erfstelling over de hand hier niet aanwezig is. Moest men de beschikkingsbevoegdheid van de bezwaarde beperken, dan zouden de goederen ten dele onvervreemdbaar zijn (Rb. Dendermonde, 4 maart 1881, Pas. 1881, III, 111; zie ook: Dekkers R., *Précis de droit civil belge*, III, n° 1507, blz. 894, voetnoot 4).

4. Het arrest van het Hof van Beroep te Gent dd. 15 januari 1944 is dan ook fel besproken geworden, niet alleen in ons land (Ronse J., *Het fideicommiss de residuo*, T.N. 1949, I en volg.; Van Hove E., *Het fideicommiss de residuo*, T.N. 1949, 209 en volg.) maar ook en vooral in Nederland: een bespreking en een kritiek

van dit arrest vindt men aldaar terug in de meeste recente studiën over het fideicommiss de residuo (zie o.m.: Martens C.H.C.M., *Het fideicommiss de residuo*, in *Het Testament*, Arnhem 1951, blz. 136-137; Buining J.R.H., *Het fideicommiss de residuo*, Praeadvies op de algemene vergadering van de broederschap der kandidaat-notarissen te Middelburg in 1952, blz. 32; de Bruyn A.R., *Het fideicommiss de residuo*, W.P.N.R. 1952, n° 4245, blz. 254).

5. Wanneer men nu de beide stellingen vergelijkt, dan bemerkt men dat ze niet te verzoenen zijn en een keuze moet gedaan worden waarbij men rekening houdt met de wezenlijke aard van het fideicommiss de residuo.

Er werd o.m. gewezen op het feit dat in geval van testamentaire beschikkingsbevoegdheid, de wil van de insteller verdraaid wordt doordat de fideicommissaire goederen vooral gegeven werden aan de bezwaarde met het oog op zijn levensonderhoud, dat eindigt bij zijn overlijden (Van Hove E., o.c., T.N. 1949, 217 en 220).

De voornaamste reden blijft evenwel dat de testamentaire beschikking strijdig zou zijn met de wezenlijke aard van het fideicommiss de residuo. Niet alleen is de testamentaire beschikking geen beschikking gedurende het leven, daar zij eerst door de dood rechtskracht verkrijgt en dus niet kan gedaan worden door de bezwaarde die hetgeen overblijft bij zijn overlijden moet laten voor de verwachter. Daarenboven heeft de insteller bepaald dat al hetgeen bij de dood van de bezwaarde zal overgebleven zijn, eigendom is van de verwachter. Juist omdat de insteller reeds over dit residu heeft beschikt, kan de bezwaarde dit niet nog eens doen: het ene sluit het andere automatisch uit (Pirson R., noot onder Gent, 23 mei 1951, R.C.J.B., 1952, 198; Buining J.R.H., o.c., blz. 33; Martens C.H.C.M., o.c., blz. 137; Pitlo A., *Het fideicommiss de residuo*, Praeadvies op de algemene vergadering van de broederschap der kandidaat-notarissen te Middelburg in 1952, blz. 116; Hoge Raad, 18 januari 1952, N.J. 1952, n° 149).

6. Bij de beoordeling van het fideicommiss de residuo heeft men zich dikwijls al te zeer laten beïnvloeden door het algemeen verbod van fideicommissen. Dit verbod heeft ongetwijfeld de constructie van het fideicommiss de residuo als een samenstel van voorwaardelijke makingen in de hand gewerkt.

Strikt genomen is de verkrijging van de verwachter afhankelijk van de voorwaarden, dat hij de bezwaarde overleeft en dat de bezwaarde iets voor hem zal overlaten. In een dergelijke redenering — en het was ongetwijfeld deze van het besproken arrest — is de beschikkingsbevoegdheid van de bezwaarde onbeperkt en zal het uitsluitend van hem afhangen of de verwachter iets zal ontvangen. De typering door Pitlo van de verwachter als « de man met de tien vogels in de lucht » sluit zeker bij deze opvatting aan.

Wanneer men daarentegen aan de wil van de insteller meer betekenis toekent, dan moet men aannemen dat de eis van goede trouw ook geldt voor de fideicommissaire eigenaar wanneer de bijzondere belangen van de verwachter op het spel staan.

De insteller van het fideicommiss de residuo heeft aan de bezwaarde een in beginsel volledige beschikkingsbevoegdheid gegeven, maar daarnaast heeft hij toch ook de verwachter willen bevoordelen met hetgeen de bezwaarde zou overlaten. Men mag dus niet veronderstellen dat de aan de bezwaarde verleende bevoegdheden zich mogen uitstrekken tot een opzette-

lijk, te kwader trouw, benadelen van de verwachter (Buining J.R.H., o.c., blz. 26; zie trouwens in dezelfde zin, doch minder uitdrukkelijk: Gent, 23 mei 1951, R.C.J.B. 1952, 187 en volg. met noot R. Pirson). In die omstandigheden kan men moeilijk aannemen dat de bezwaarde bij testament over de fideicommissaire goederen zou mogen beschikken, tenzij hem die bevoegdheid uitdrukkelijk door de insteller werd verleend.

Marcel Storme.

HOF VAN BEROEP TE GENT.

1e Kamer. — 22 december 1955 en 21 juni 1956.

Eerste Voorzitter: M. Van Winckel.

Raadsheren: M.M. Axters en De Vreese.

O.M.: M. Vermeulen Eerste Advocaat-Generaal.

Advocaten: Mrs Snoeck en Maillet.

1. Beslissende eed. — Rechtspersoon. — Eedformule. — Dienend en afdoend karakter. — Wijziging van de tekst door de rechter.

2. Aanvaarding van de opgedragen beslissende eed. — Karakter. — Wilsgebreken. — Terugwijzing. — Recht op terugwijzing verloren voor de partij die de opgedragen beslissende eed aanvaardde. — Weigering van de eed af te leggen.

1. De beslissende eed kan opgedragen worden aan een rechtspersoon, wanneer hij gericht is tot de afgevaardigde-beheerder die als dusdanig in zake is, en een feit betreft dat hem persoonlijk is en binnen de grenzen van zijn algemene bevoegdheid werd gesteld.

De rechter beoordeelt het dienend en afdoend karakter van de eedformule. Hij mag, uitgaande van de onbetwiste bestanddelen van de zaak, de dubbelzinnigheden weren bij middel van besnoeiing of aanvulling.

2. De aanvaarding van de opgedragen beslissende eed heeft het bindend karakter van een voorwaardelijke dading, tenware zij vernietigbaar was wegens een wilsgebrek. Het verzoek om de eed in de Franse taal af te leggen, en om de datum van de eedaflegging te verschuiven, ontzenuwen het bindend karakter niet.

De partij die de opgedragen beslissende eed aanvaardde verliest het vermogen om nog eigenmachtig die eed terug te wijzen.

Weigering van de eed af te leggen, afgeleid uit de houding van de partij.

Van Oudenhove t/ N.V. Société Belge des Etablissements Jourde.

Arrest van 22 december 1955.

Gehoord de partijen in hun middelen en besluiten; Gezien de stukken, o.m. het vonnis tussen partijen op tegenspraak gewezen door de Rechtbank van Koophandel te St-Niklaas op 11 januari 1955;

Overwegende dat appelland aan geïntimeerde, in de persoon van haar afgevaardigde beheerder, de beslissende eed oplegt omtrent de grondslagen van de eis;

Overwegende dat de geïntimeerde vennootschap tegenwerpt dat die eed haar als rechtspersoon niet kan opgedragen worden;

Overwegende dat de eedsopdracht gericht is tot de

afgevaardigde beheerder Jourde — als dusdanig in zake — een feit betreft dat deze afgevaardigde beheerder persoonlijk is en dat binnen de grenzen van zijn algemene bevoegdheid werd gesteld;

Overwegende dat geïntimeerde anderzijds doet opmerken, wat de bewoording betreft waarin de eed wordt opgedragen:

1) dat er geen melding gemaakt wordt van de voorwaarden waarvan de eventuele overeenkomst afhankelijk werd gesteld;

2) dat het tweede lid van de eedformule de ontkenning omvat van een door haar bekend feit, wat haar in de onmogelijkheid stelt de eed te aanvaarden;

Overwegende dat geïntimeerde ook nog gewag maakt van de aanwezigheid, bij de besprekingen tussen partijen, van de heer Hollweg, benevens de in de formule genoemde heer Rubbens;

Overwegende dat d't laatste punt zonder enig belang is; dat immers die aanwezigheid van de heer Hollweg is toegegeven door appelland in zijn brief aan geïntimeerde dd. 8 september 1951;

Overwegende wat de twee eerste punten aangaat, appelland in zijn derde en vierde besluiten vóór het Hof uitdrukkelijk verklaart dat hij wel een onvoorwaardelijke verbintenis bedoelt, terwijl anderzijds uit de samenhang zelf van de eedformule volgt dat er in aangehaalde uitvoer naar Duitsland enkel deze is die in het kader van de betwiste overeenkomst is geschied;

Overwegende dat zo weliswaar het initiatief tot het opdragen van de beslissende eed uitsluitend aan de partijen toekomt, de rechter evenwel het dienend en afdoend karakter van de eed in verband met de feiten van het geschil, heeft te beoordelen en dan ook uit de opgedragen eedformule, overeenkomstig de onbetwiste bestanddelen van de zaak, bij middel van besnoeiing of aanvulling, de dubbelzinnigheden mag weren, die het geweten van hem aan wie de eed wordt opgedragen zouden in verlegenheid brengen zonder tot een nauwkeurigere openbaring van de waarheid of een betere oplossing van het geschil bij te dragen;

Om deze redenen:

Het Hof,

Gelet op artikel 24 van de wet van 15 juni 1935,

Ontvangt het hoger beroep en vooraleer ten gronde te beslissen:

Geeft akte aan appelland van zijn opdracht aan geïntimeerde in de persoon van haar afgevaardigde beheerder de heer Robert Jourde, van de volgende beslissende eed: «Ik zweer dat ik jegens appelland Georges Van Oudenhove, in bijzijn van de heer George Rubbens, afgevaardigd zaakvoerder van de P.V.B.A. Flandria, te Lokeren, niet de onvoorwaardelijke verbintenis heb aangegaan om hem een commissie-vergoeding uit te betalen op de waarde der door de N.V. Société Belge des Etablissements Jourde naar Duitsland uit te voeren goederen, met dien verstande dat deze uit te betalen commissievergoeding een procent kleiner zou zijn dan de commissievergoeding uitbetaald aan appelland door de P.V.B.A. Flandria op de waarde der door deze laatste naar Duitsland uit te voeren goederen; — en dat er door de N.V. Société Belge des Etablissements Jourde, in het kader van bovenvermelde onvoorwaardelijke verbintenis, voor geen waarde van zeven miljoen frank of welkdanig ander bedrag naar Duitsland werd uitgevoerd, zo helpe mij God »;

Beveelt dat geïntimeerde in de persoon van haar afgevaardigde beheerder, de heer Robert Jourde, bin-

nen de vijftien dagen na de betekening van het onderhavig arrest, haar beslissing omtrent deze eedsopdracht zal laten kennen;

Stelt dag voor het afleggen van de eed, hetzij door de geïntimeerde, in de persoon van haar afgevaardigde beheerder heer Robert Jourde, zo de eed wordt aanvaard, hetzij door appellant, zo de eed hem wordt teruggegeven, op donderdag 23 februari 1956, ter gewone terechtzitting dezer Kamer;

Om daarna te worden gehandeld als naar recht;
Kosten in opschorsing.

In dezelfde zaak verleende het Hof een

eindarrest op 21 juni 1956

Gezien het arrest door deze Kamer verleend op 22 december 1955;

Gehoord de partijen in hunne middelen en besluiten;
Overwegende dat in haar verzoekschrift van 3 februari 1956, van pleitbezorger aan pleitbezorger betekend op 4 derzelfde maand, geïntimeerde « uitdrukkelijk verklaart de eedsopdracht in hoofde van haar afgevaardigde beheerder te aanvaarden zoals gesteld in voormeld arrest »;

Overwegende dat noch het verzoek van geïntimeerde aan het Hof om aan de heer Jourde, die de Nederlandse taal niet machtig is, toe te laten de kwestieuze beslissende eed in het Frans af te leggen, noch de vraag om, wegens dringende buitenlandse zakenreizen van de heer Jourde, de datum voor het afleggen van de eed bepaald enkele weken te verschuiven, het bindend karakter hebben ontzenuwd van de overeenkomst van voorwaardelijke dading die door het aanvaarden van de opgedragen beslissende eed tussen partijen is tot stand gekomen;

Overwegende dat, door zich bereid te verklaren de haar opgedragen beslissende eed af te leggen, geïntimeerde — behoudens hier noch bewezen, noch zelfs beweerd geweld of bedrog — het vermogen verloren heeft om nog eigenmachtig die eed terug te wijzen;

Overwegende dat geïntimeerde's betwistingen omtrent de bewoording van de eed die zij zou willen terugwijzen — bewoording die trouwens enkel de omkering kan zijn van de formule van de oorspronkelijk opgedragen eed ter aanpassing aan het standpunt van de tegenpartij omtrent het feit waarover de eed wordt opgedragen — dan ook niet ontvankelijk zijn;

Overwegende dat waar geïntimeerde bij besluiten van 31 maart 1956 verklaard heeft dat zij de haar opgedragen beslissende eed niet meer wenst af te leggen, terwijl, zoals hierboven uiteengezet, zij, door haar vroegere aanvaarding van die eed, het recht verbeurd heeft om hem terug te wijzen, hare houding enkel als weigering van de eed kan worden aangezien en zij dus ook, naar luid van artikel 1361 B.W., in het ongelijk dient gesteld te worden;

Om deze redenen :

Het Hof,

Gelèt op artikel 24 van de wet van 15 juni 1935;
Alle verdere of strijdige conclusiën verwerpend als ongegrond;

Doet het bestreden vonnis te niet en opnieuw wijzend, veroordeelt geïntimeerde om aan appellant te betalen de som van 70.000 frank met de gerechtelijke interesten en de kosten van beide instanties;

Beveelt de afscheiding van de kosten van beroep ten behoeve van Mr Cruyt, pleitbezorger, die ter terechtzitting bevestigde de voorschotten te hebben gedaan.

HOF VAN BEROEP TE GENT.

1e Kamer. — 9 juli 1953.

Eerste Voorzitter : M. Van Winckel.

Raadsheren : M.M. Van Mallegem en Carnewal.

O.M. : Eerste Advocaat-Generaal Vermeulen.

Advocaten : Mrs A. Cornelis, R. Donnet, J. Cooreman.

Onrechtmatige daad. — Instorting van gebouw. — Gebrek aan onderhoud.

Met het gebrek aan onderhoud in de zin van artikel 1386 B.W. dient gelijkgesteld te worden, het niet op tijd vernieuwen van wat uiteraard door geen onderhoud tegen verval te beschermen is. De eigenaar is diens-tengevolge aansprakelijk voor de schade door de instorting veroorzaakt.

Belgische Staat t/ N.V. Antwerpse Scheepshypothekenkantoor en Stad Dendermonde.

Gezien de stukken, o.m. het vonnis tussen partijen op tegenspraak gewezen door de rechtbank van eerste aanleg te Dendermonde, eerste Kamer, zetelend in burgerlijke zaken, op 27 december 1951;

Gehoord partijen in hun middelen en besluiten;

Overwegende dat het hoger beroep regelmatig is naar de vorm en tijdig werd ingesteld;

Over het oorspronkelijk hoger beroep.

a) *Wat de hoofdvordering aangaat :*

Overwegende dat appellant vergeefs tracht te doen aannemen dat het instorten van de kaaimuur veroorzaakt zou geweest zijn door de vorst;

dat die stelling terecht door de deskundigen is verworpen;

dat zo weliswaar het vervriezen van ingesijpeld water geleidelijk stenen van een bouwwerk kan doen afbrokkelen en uitvallen, het echter onaannemelijk voorkomt dat door die werking een muur ineens op zijn volle diepte zou ingestort zijn;

Overwegende dat trouwens, de werkelijke oorzaak dier instorting door de deskundigen met zekerheid achterhaald is geworden, namelijk het begeven van de houten palen waarop de muur gebouwd was;

Overwegende dat appellant vruchteloos tegenwerpt dat de deskundigen de kwestieuze palen niet eens hebben gezien en dat palen die standvastig onder water liggen niet verrotten;

dat de deskundigen, wier betrouwbaarheid boven alle verdenking staat, verzekeren dat zij omtrent de toestand van de palen volledig ingelicht geweest zijn door de aannemer van de opruimingswerken;

dat, anderzijds, waar de verrotting vaststaat, men wel moet aannemen dat die palen, tegenstrijdig met appellants bewering, niet standvastig onder water zijn gebleven;

Overwegende dat, het geval van overmacht uitgesloten zijnde, het ten aanzien van de verantwoordelijkheid van de eigenaar van de muur zonder belang is na te gaan of die verrotting van de houten fundering aan de werking van de tijd of aan het verzuim van enig bepaald onderhoud te wijten is;

dat immers met gebrek aan onderhoud in de zin van artikel 1386 B.W. dient gelijk gesteld het niet op tijd vernieuwen van wat uiteraard door geen onderhoud tegen verval te beschermen is;

dat in dier voege het enkel bestaan van de bouwvalligheid het wettelijk vermoeden van schuld medebrengt dat van rechtswege de met de bewaking van

het gebouw belaste eigenaar aansprakelijk stelt voor de schade door de instorting veroorzaakt;

b) Wat de eis in vrijwaring betreft :

Overwegende dat appellant zonder grond die eis steunt op een overeenkomst waarbij de stad Dendermonde in april 1876 de verplichting heeft aangegaan de kwestieuze kaaimuur ten eeuwigen dage te onderhouden;

Overwegende dat dit onderhoud klaarblijkend enkel het metselwerk betreft en geenszins de houten palen waarop de muur is opgetrokken;

dat inderdaad palen onder water voor geen onderhoud vatbaar zijn en ook geen onderhoud vergen; dat waar hun duurzaamheid toch beperkt is en zij met de tijd aan verval bloot staan, er enkel spraak kan zijn van vernieuwing die gewis ten laste van de eigenaar valt;

Overwegende anderzijds dat het gebrek aan onderhoud van de muur door de stad Dendermonde — bijaldien het moest bewezen zijn, geen verrotting van de palen waarop hij gebouwd is heeft kunnen teweegbrengen; dat die verrotting het gevolg is van de inwerking van de lucht; dat het van zelf spreekt dat barsten in de muur geen lucht kunnen toevoeren aan de palen onder water; dat de oorzaak hier enkel te vinden is in de wijzigingen door het peil van het water van de Dender in de loop der jaren ondergaan en waarbij de houten infrastructuur van de kaaimuur met de tijen achtereenvolgens onder en boven water kwam te liggen;

Overwegende dat evenmin enige schuld de stad Dendermonde treft om de Belgische Staat niet op de hoogte te hebben gebracht van de toestand van de kaaimuur;

dat geen verplichting hiertoe op de stad woog en de Staat trouwens, onder wiens toezicht het stroomgebied staat waar het ongeval zich heeft voorgedaan, over bijzondere technische diensten beschikt om zelf die toestand geregeld na te gaan;

Over het tegenberoep :

Overwegende dat de oorspronkelijke aanlegster er terecht een grief van maakt dat haar door het beroepen vonnis geen vergoedingsrente sedert de dag van het ongeval werd toegekend;

dat tot volledig herstel der schade die rente in zake vereist is;

dat de hogegrootheid van de interest in billijkheid op 5,5 % dient gesteld;

Om deze redenen,

Het Hof,

Gelet op artikel 24 van de wet van 15 juni 1935; Gehoord de heer eerste-advocaat-generaal Vermeulen in zijn eensluidend advies,

Alle verdere of strijdige conclusiën als ongegrond verwerpend,

Ontvangt het oorspronkelijk hoger beroep en het tegenberoep; verklaart het oorspronkelijk hoger beroep ongegrond, wijst het af; verklaart het tegenberoep gegrond;

Bevestigt gevolgelyk het bestreden vonnis met deze wijziging dat appellant verwezen wordt om op het kapitaal van de door de eerste rechter uitgesproken veroordeling interest te betalen aan 5,50 % sedert 30 januari 1945 ten titel van vergoeding en sedert 20 april 1946 ten titel van verwijl;

Veroordeelt appellant in de kosten van de aanleg; Beveelt de afscheiding der kosten ten behoeve van Mr Cruyt en van Mr Dubois, pleitbezorgers, die ter terechtzitting bevestigden de voorschotten te hebben gedaan.

HOF VAN BEROEP TE GENT

1e Kamer. — 6 december 1957.

Eerste Voorzitter : M. Van Winckel.

Voorzitter : M. Bossaert.

Raadsheren : M. D. Verougstraete.

Advocaat-Generaal : M. Matthijs.

Rechtspleging op rekest. — Hoger beroep. — Vordering tot lijkschouwing. — Tussengeschied. — Bevoegdheid.

Een slachtoffer van een ongeval overlijdt nadat door een in kracht van gewijsde gegaan vonnis een deskundig onderzoek bevolen was nopens zijn toestand door het ongeval veroorzaakt. De vordering tot lijkschouwing teneinde de invloed van het ongeval op het overlijden te bepalen maakt een tussengeschied uit dat slechts kan beslecht worden door de rechter die het eerste deskundig onderzoek had bevolen. Dientengevolge is de voorzitter in kortgeding de plaats waar het lichaam begraven is onbevoegd. De ligging van de begraafplaats komt slechts in aanmerking voor het aanvragen van de toelating tot ontgraving, welke uitsluitend tot de bevoegdheid van de administratieve overheid behoort.

S. Hebrant.

Aan de Heer Eerste Voorzitter, Voorzitters en Raadsheren in Hof van Beroep te Gent,

Geeft eerbiedig te kennen.

Suzanne Hebrant, zonder beroep, echtgenote Oscar Markovitch, behoorlijk bijgestaan en gemachtigd, wonende te Koksijde, Prins Boudewijnlaan 13, hebbende als avoué Meester Pierre Cruyt, avoué bij het Hof van Beroep te Gent,

Dat zij terzake optreedt als enige nauwe bloedverwante en algemene legatarisse van wijlen Lucien Dautez;

Dat de heer Dautez op 17 maart 1957 te Sint-Jans-Molenbeek slachtoffer is geweest van een auto-aanrijding;

Dat bij vonnis dd. 21 juni 1957, thans in kracht van gewijsde getreden, de Correctionele Rechtbank te Brussel de heer Lucien Vervaeke voor deze feiten verwezen heeft tot een geldboete van 100 frank;

Dat bij hetzelfde vonnis beslist werd dat de heer Vervaeke de ganse verantwoordelijkheid voor dit ongeval dragen moet;

Dat rekening houdende met de toenmalige toestand van de heer Dautez, de rechtbank hem als burgerlijke partij een provisie van 50.000 frank toegekend heeft, en de wetsdokter De Laet aangesteld heeft om de letsels te beschrijven, de gevolgen van het ongeval op te sporen en de graad en duur van werkonbekwaamheid te bepalen;

Dat de heer Dautez op 5 november 1957 te Oostende overleden is, en thans begraven werd in het kerkhof te Koksijde;

Dat het past om de weerslag van de aanrijding

op het overlijden van de heer Dautez te bepalen over te gaan tot een lijkschouwing;

Dat zij rekwest voorgelegd had aan de Heer Voorzitter der Rechtbank van eerste aanleg te Veurne, om aanstelling van een of twee dokters te bekomen ten einde tot de lijkschouwing over te gaan,

Dat de Heer Voorzitter der Rechtbank van eerste aanleg te Veurne zich onbevoegd verklaard heeft om reden er een geding desbetreffende hangend zou zijn vóór de Correctionele Rechtbank te Brussel;

Dat terzake het hier enkel gaat om een zeer dringende maatregel zonder enkel verband met de vordering welke voor de Correctionele Rechtbank te Brussel tegen de heer Vervaeke ingeleid werd;

Dat rekening houdende met de plaats waar de ontgraving en de lijkschouwing moeten uitgevoerd worden enkel de heer Voorzitter der Rechtbank van eerste aanleg te Veurne bevoegd is om toelating te verlenen;

Redenen waarom zij zich tot Ued. wendt, met eerbiedig verzoek, huidig rekwest ontvankelijk en gegrond te verklaren, en rechtdoende op haar beroep, het bevelschrift dd. 14 november 1957 door de Heer Voorzitter der Rechtbank van eerste aanleg te Veurne gevelde, te niet te doen, en doende wat de heer Voorzitter van de Rechtbank van eerste aanleg te Veurne had behoren te doen, één of twee dokters aan te stellen om tot de lijkschouwing van de heer Dautez over te gaan.

En Ued. zult recht doen.
Gent, 28 november 1957.

Arrest

Het Hof van Beroep te Gent, eerste Kamer, zetelende in burgerlijke zaken;

Gezien vorenstaande verzoekschrift, bekleed met fiscale zegel van 20 frank;

Overwegende dat het verzoekschrift ingediend bij de Voorzitter van de Rechtbank van eerste aanleg te Veurne strekt tot het benoemen van één of twee dokters om over te gaan tot de lijkschouwing van wijlen de heer Lucien Dautez;

Overwegende dat appellante tot staving van dit verzoek aanvoert:

dat haar rechtsvoorganger Dautez op 17 maart 1957 te St-Jans-Molenbeek het slachtoffer geweest is van een verkeersongeval;

dat, bij de behandeling van die zaak vóór de Correctionele Rechtbank te Brussel, Dautez zich tegen de beklagde burgerlijke partij gesteld heeft;

dat bij vonnis dd. 21 juni 1957, thans in kracht van gewijsde, de zaak op strafgebied haar beslag gekregen heeft;

dat bij zelfde vonnis de verwekker van het ongeval veroordeeld werd tot betaling aan de burgerlijke partij Dautez van een voorschot groot 50.000 frank, terwijl de rechtbank, vooraleer verder te beslissen, dokter De Laet belast heeft met het onderzoek van het slachtoffer ten einde de oplopen letsels te beschrijven, de gevolgen van het ongeval op te sporen en de graad en duur van de werkonbekwaamheid te bepalen;

dat ondertussen het slachtoffer te Oostende op 5 november 1957 overleden is en op het kerkhof van de gemeente Koksijde werd begraven;

Overwegende dat uit deze enkele uiteenzetting duidelijk volgt dat de vordering tot lijkschouwing « om de weerslag van de aanrijding op het overlijden van de heer Dautez te bepalen » een tussengeschied is in het geding aanhangig bij de Correctionele Rechtbank te

Brussel, zodat de Voorzitter van de Rechtbank van eerste aanleg te Veurne zich te recht onbevoegd verklaard heeft om in kortgeding van die eis kennis te nemen;

Overwegende dat de omstandigheid dat het slachtoffer te Koksijde is begraven geen wijziging brengt aan de bevoegdheid van de rechter, die geroepen is om over de vordering tot lijkschouwing uitspraak te doen;

Overwegende dat de ligging van de begraafplaats slechts in aanmerking komt voor het aanvragen van de toelating tot ontgraving, welke uitsluitend tot de bevoegdheid van de administratieve overheid behoort;

Om deze redenen,

Het Hof,

Gelet op artikel 24 van de wet van 15 juni 1935;

Op advies van de heer advocaat-generaal Matthijs,

Ontvangt het hoger beroep;

Verklaart het ongegrond;

Bevestigt de bestreden beslissing;

Veroordeelt appellante in de kosten van de aanleg.

HOF VAN BEROEP TE GENT.

4e Kamer. — 14 juli 1951.

Voorzitter : M. Van Winckel.

Raadsheren : M.M. Van Hove en Van den Abeele.

O.M. : M. Bohyn, Advocaat-Generaal.

Advocaten : Mrs Pinget en Pollefeys.

Onrechtmatige daad. — Schadeloosstelling. — Begroting in verhouding tot de koopkracht van de munt. — Verdeling van de schadeloosstelling tussen de aanspraakgerechtigden.

De schadeloosstelling verschuldigd wegens onrechtmatige daad moet het volledig herstel der schade omvatten en is dientengevolge te begroten in verhouding tot de actuele economische waarde van de munteenheid.

Wanneer onder de aanspraakgerechtigden geen onenigheid bestaat omtrent de bestemming der vergoeding voor gezamenlijk geleden vermogensschade is er geen grond tot vergelijkende waardering. De vergoeding strekkende tot vervanging van de bestaansmiddelen die het slachtoffer als gezinshoofd aan vrouw en kinderen verschaft, dient ter beschikking gesteld te worden van de moeder die met de opvoeding der kinderen belast is.

Mahieu, Eeckman en O.M. t/ Berth.

.....
Overwegende dat het naar recht en billijkheid ver-eist volledig herstel der schade slechts te bereiken is door de begroting van de vergoeding in verhouding tot de actuele economische waarde der munteenheid;

Overwegende dat het niet te betwijfelen is dat de wettelijke wijziging der muntwaarde, welke in de ruime zin dier bewoordingen spruit uit de besluiten n° 5 en 6 van 1 mei 1944, de koopkracht van de frank in het algemeen en derzelver invloed op de handelstak waarin zich Eeckman's bedrijvigheid ontplooid, zeker het coëfficiënt 2,5 bereikt, welk door het beroepen vonnis werd aangenomen derwijze dat, zowel van uit het standpunt der raming van de verloren latere inkomsten op zichzelf als met het oog op de begroting

der hiervoor verschuldigde vergoeding, de bewuste aanpassing rechtmatig en billijk is;

Overwegende dat de verweerders terecht doen opmerken dat alleszins voor het verlies der inkomsten der jaren 1940-44 van geen heraanpassing spraak kan zijn, maar dat ook op de reeds betaalde provisie, wier bedrag met de voor die tijdsperiode verschuldigde vergoeding overeenstemt, noch door het beroepen vonnis, noch door het onderhavig arrest enige verhoging is toegepast;

Tenuitvoerlegging bij voorraad.

Overwegende dat, gelet op de ongemeen lange duur van het geding, op de benarde toestand der weduwe Eeckman en op het feit dat er voor het hierna gemeld bedrag geen betwisting bestaat, er grond is om ten belope van 150.000 frank boven de reeds betaalde provisie het onderhavig arrest uitvoerbaar te verklaren bij voorraad;

Overwegende ten slotte, dat de verweerders er zonder grond de eerste rechter een verwijt van maken de schadevergoeding globaal te hebben toegekend;

Overwegende dat, waar onder de rechthebbenden geen onenigheid bestaat omtrent de bestemming der vergoeding voor de gezamenlijk geleden schade, er ook geen grond is tot vergelijkende waardering; dat, trouwens, in tegenstelling met de zedelijke schade die aan ieder benadeelde geheel persoonlijk is en waarvoor ten andere reeds vroeger aan ieder afzonderlijk een vergoeding werd toegekend, de kwestieuze vergoeding voor materiële schade door verlies aan inkomsten enkel strekt om de bestaansmiddelen te vervangen die het slachtoffer als gezinshoofd door zijn werk aan vrouw en kinderen verschaftte, zodat die vergoeding, welke ook theoretisch daarin ieders aandeel zij, praktisch ter beschikking te stellen is van de moeder om, tot wanneer de kinderen met wier opvoeding zij thans belast is een gevestigde stand zullen bekomen hebben, in al hun behoeften en verder in haar eigen levensonderhoud te voorzien;

Om deze redenen,

Gelet op de artikelen 1382-1384 van het burgerlijk wetboek, artikel 50 van het Strafwetboek, artikel 194 van het Wetboek van strafvordering gewijzigd door de wet van 25 oktober 1950, artikel 1, a en b, artikel 407, al. 2 wetboek van strafvordering (artikel 3, par. 2 K.B. n° 258 van 24 maart 1936), de wet van 30 maart 1891, artikel 24 der wet van 15 juni 1935, al deze wetsbepalingen door de heer Voorzitter op deze terechtzitting aangehaald;

Het Hof,

Recht doende op tegenspraak,

Ontvangt het hoger beroep zo van eisers als van verweerders;

Er op beslissend:

Bevestigt het beroepen vonnis met deze wijziging dat het bedrag der schadevergoeding tot dewelke de verweerders Berth Emiel en de N.V. Eco en Lora solidair zijn veroordeeld, gebracht wordt op 522.557 — 80.000 of $442.557 \times 2,5$, hetzij 1.106.392,50 frank, met de wettelijke intresten ten titel van vergoeding sedert 18 september 1940 en ten titel van verwijl sedert 13 mei 1941 en met dien verstande dat deze vergoeding in hoofdsom en intresten te betalen is aan de burgerlijke partijen, zoals zij optreden, gezamenlijk.

NOOT: Bovenstaand arrest verwerpt op besliste

wijze de noodzakelijkheid om uitspraak te doen nopens de respectievelijke rechten van de verschillende aanspraakgerechtigden, mits zij gezamenlijk optreden en tussen hen geen onenigheid bestaat, althans betreffende de vermogensschade geleden door het verlies van de verzorger.

Deze gezamenlijke schade — weleens gezinsschade genoemd — leent zich op het eerste gezicht moeilijk tot hetgeen in het arrest genoemd wordt een vergelijkende waardering, welke ook, theoretisch, ieders aandeel zou kunnen zijn.

Inderdaad, de schadeloosstelling strekt er toe het verlies te vergoeden van het inkomen dat de verzorger bestemde voor zijn echtgenote en kinderen gezamenlijk. Deze eenheid van bestemming schijnt te vergen dat de moeder, die met het onderhoud der kinderen belast is, deze vergoeding zal kunnen aanwenden tot het onderhoud en de opvoeding der kinderen.

De voorziening in verbreking tegen bovenstaand arrest werd verworpen in een alles behalve duidelijk arrest (Verbr., 14 januari 1952, Pas. 1952, I, 264). Het Hof van Verbreking oordeelde inderdaad dat bovenstaand arrest, door het vonnis a quo te bevestigen, zou beslist hebben dat de schadeloosstelling voor vermogensschade, toegekend was aan de burgerlijke partijen in verhouding tot hun onderscheidene rechten, terwijl deze onderscheidene rechten waren vastgesteld in het aangevochten vonnis.

Het blijkt echter dat bovenstaand arrest heel uitdrukkelijk de vergoeding toekent aan de burgerlijke partijen « zoals zij optreden gezamenlijk ».

Men merke op dat het Hof van Verbreking op 28 oktober 1935 (Pas. 1936, I, 13) beslist had dat, waar de aangesprokene dit vordert, de rechter over de verdeling onder de eisers uitspraak moet doen.

De steller van deze noot had vroeger het standpunt van bovenstaand arrest bijgetreden (zie Ronse Jan, Aanspraak op schadeloosstelling uit onrechtmatige daad, n° 327, blz. 229 en volg.).

Deze stelling moest echter verlaten worden (zie Ronse Jan, A.P.R., Tw. Schade en schadeloosstelling, n° 1076 en volg.).

Hoezeer ook het gezin een economische eenheid moge vormen, sluit zulks niet uit dat de kinderen en de weduwe persoonlijk schade lijden. Welnu, de aansprakelijke heeft een onbetwistbaar belang bij zijn geldige bevrijding. Dit is slechts het geval wanneer minderjarigen onder de schuldeisers voorkomen en, luidens artikel 61 Hypotheekwet, de toeziende voogd moet tussen komen om samen met de voogd geldige kwijting te geven.

Daarom o.m. zal het aandeel van de minderjarige moeten bepaald worden.

J. R.

Vlaamse Juristen,

Abonneert U op het

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

HOF VAN BEROEP TE GENT.

7e Kamer. — 30 december 1955.

Eerste Voorzitter : M. Van Winckel.
 Raadsheren : M.M. Noest en Van Hove.
 O.M. : M. Versée, Substituut Prokureur-Generaal.
 Advocaten : Mrs De Rouck en De Riemaecker.

Stedenaanleg. — Begrip bouwwerk. — Afsluitingsmuur. — Beschadiging of toeëigening van een openbare weg. — Inschrijving van een weg in de atlas der buurtwegen. — Gevolgen.

Het woord bouwwerk in de Besluit-wet van 2 december 1946 op de stedenbouw bedoelt elke samenvoeging van aan de grond gehechte of met de grond verbonden materialen, en dus ook het oprichten van een afsluitingsmuur. Onder deze bepaling valt echter niet een afsluiting bestaande uit enkele palen met draad.

Het misdrijf bepaald in artikel 88, 9° van het Veldwetboek, vereist de vaststelling dat de door de beklaagde beschadigde of toegeëigende weg een openbare weg is.

De inschrijving van een weg in het atlas der buurtwegen maakt enkel een rechtmatige titel uit, door de wet aan de gemeente gegeven om de definitieve vicinalisering door tien of twintigjarig bezit te verkrijgen; dit bezit moet zich openbaren, niet door het gebruik van de weg door enkele aanpalende eigenaars, maar door een benutting in het belang van de algemeenheid van de inwoners der gemeente; nochtans onderwerpt die bestuurlijke beslissing de weg onmiddellijk aan het politieregime van de buurtwegen.

O.M. en Gemeente Denderleeuw, Houtman en Bogaert
 t/ Bourgeois.

Verdacht van : te Denderleeuw, op verscheidene stonden in maart, april en mei 1953, onder meer de 25 of 26 maart 1953, tussen 17 en 20 april 1953, op 21 april 1953, op 22 april 1953 en op 23 april 1953 :

A. Op het grondgebied omschreven door K.B. waarbij tot het opmaken van een algemeen of bijzonder plan van aanleg werd besloten, na de openbaarmaking van dit besluit in het Staatsblad, zegge in de gemeente Denderleeuw voorzien door het Besluit Regent 1 februari 1945 (Staatsblad 19-20 februari 1945) gebouwd, afgebroken, wederopgebouwd te hebben, zonder voorafgaande geschreven en uitdrukkelijke toelating van de minister van Openbare Werken of van zijn afgevaardigde (artikel 18 B.W. 2 december 1946) ;

B. Bij samenhang : Als eigenaar die wilde bouwen, of om het even welke afsluiting, put of keldering wilde maken, hetzij langs een buurtweg of een buurtvoetpad ingeschreven op de atlas der buurtwegen en het voorwerp niet uitmakende van een aflijningsplan, bij Koninklijk Besluit vastgesteld overeenkomstig artikel 76, 7° der gemeentewet, hetzij langs een doorgang die een bijzondere dienstbaarheid daartelt, gebouwd te hebben op minder dan de afstand van vijf meters van het midden van de weg, het voetpad of de doorgang (artikel 1 Politierglement Denderleeuw 26 mei 1933 en 47 ibid) ;

C. Met samenhang : Om het even op welke wijze, een baan of openbare weg van welke aard ook, beschadigd of geschonden te hebben, of zich een stuk

van de breedte ervan toegeëigend te hebben (artikel 88, 9° Veldwetboek) ;

Op strafgebied :

Schuldig verklaard aan feit A., doch niet aan de feiten B. en C., werd beklaagde tegensprekelijk veroordeeld uit hoofde van het feit A. tot een geldboete van 26 frank, met 190 deciemmen 't zij 520 frank of 8 dagen vervangende gevangenisstraf, voorwaardelijk drie jaar, en tot de kosten begroot op 231 frank ;

Beklaagde werd vrijgesproken uit hoofde van de feiten B. en C. ;

Op burgerlijk gebied :

De beklaagde werd veroordeeld te betalen, ten titel van schadevergoeding, aan de burgerlijke partijen :

1) De gemeente Denderleeuw, de gevraagde som van 266 frank ;

2) Houtman Jozef en Bogaert Emile, aan ieder van hen de som van 2.000 frank, met de verwijlntresten vanaf de datum der feiten,

dit alles met de gerechtelijke intresten en de kosten van aanstelling, ongeminderd de boekingskosten op het vonnis verschuldigd. Het overige van de eisen van de burgerlijke partijen Houtman en Bogaert werd verworpen als niet gegrond ;

Verder werd beklaagde verwezen tot het herstel van de weg in zijn vorige staat en zulks binnen de 24 uur der betekening van het vonnis en, bij gebreke zulks te doen, werd de gemeente Denderleeuw gemachtigd zelf de nodige werken te doen uitvoeren, ten koste van beklaagde, kosten invorderbaar op enkel vertoon der kwijtschriften.

Bij vonnis der Rechtbank van eerste aanleg te Oudenaarde, correctionele kamer met drie rechters, gedagtekend 18 juni 1953, waarvan de verdachte, de burgerlijke partijen Bogaert Emile en Houtman Jozef, en het Openbaar Ministerie beroep ingesteld hebben, allen op maandag 29 juni 1953 ;

Gehoord de heer Eerste-Voorzitter Van Winckel in zijn verslag gedaan ter openbare terechtzitting ;

Gehoord de beklaagde in zijn middelen van verdediging, voorgedragen zo door hemzelf als door Meester R. De Rouck, advocaat te Ninove ;

Gehoord in zijn vordering de heer Versée, Substituut-procureur-generaal ;

Gehoord de burgerlijke partijen : De Gemeente Denderleeuw, Houtman Jozef en Bogaert Emile, in hun respectievelijke eis toegelicht door Meester De Riemaecker, advocaat te Ninove ;

— dit alles in 't Nederlands ;

Overwegende dat beklaagde en de burgerlijke partijen Houtman en Bogaert alsmede het openbaar ministerie tijdig en geldig hoger beroep ingesteld hebben op maandag 29 juni 1953 ;

*Ten aanzien van de openbare vordering.**Wat de telastlegging sub A. betreft :*

Overwegende dat zo het woord bouwwerk in de Besluitwet van 2 december 1946 op de stedenbouw elke samenvoeging bedoelt van aan de grond gehechte of met de grond verbonden materialen en dus ook het oprichten van een afsluitingsmuur omvat, een afsluiting bestaande uit enkele palen met draad, zoals door beklaagde werd aangebracht, evenwel niet aan die bepaling beantwoordt (Wilkin, Voirie, Constructions, Ur-

banisme, p. 259; Wastiels, Administratieve handleiding voor stedenbouw, p. 68 en aldaar aangehaalde rechtspraak van de Raad van State);

Wat de telastleggingen sub B. en C. aangaat :

Overwegende dat de sub B. en C. te last gelegde misdrijven enkel strafbaar zijn met politiestraffen;

Overwegende dat meer dan een vol jaar verlopen zijnde sedert de dag waarop de feiten werden gepleegd de openbare vordering vervallen is door verjaring;

Ten aanzien van de civiele eisen.

Overwegende dat waar op grond van de hierbovenstaande beschouwing de beklagde uit hoofde van feit A. dient vrijgesproken, de strafrechter niet bevoegd is om kennis te nemen van de burgerlijke vorderingen voor zoveel zij op dit feit gesteund zijn;

Overwegende anderzijds, dat, waar de burgerlijke vorderingen regelmatig en binnen de zes maand na de feiten B. en C. — namelijk op 5 juni 1953 — werden ingesteld, en derhalve tot de eindbeslissing aan de verjaring onttrokken zijn, nog te onderzoeken valt in hoeverre die op strafgebied verjaarde feiten als grondslag van de burgerlijke vorderingen in hoofde van beklagde bewezen zijn;

Over feit B. :

Overwegende dat, waar artikel 1 van het politie-reglement nopens de bouwingen van de gemeente Denderleeuw, hoewel deelmakend van het hoofdstuk « Openbare Wegen », uitdrukkelijk spreekt van bouwen « langs een doorgang die een bijzondere dienstbaarheid daartelt », het wellicht niet volstaat, om, zonder meer, deszelfs toepasselijkheid uit te sluiten, vast te stellen — zoals de eerste rechter, trouwens ten onrechte, gemeend heeft te mogen doen — dat de kwestieuze weg geen openbare weg is;

Overwegende echter dat uit het geheel van de bevoordingen van dit artikel dient afgeleid dat ook hier slechts het oprichten bedoeld is van bouwwerken in de algemene betekenis van dit woord en dat het plaatsen van enkele stijlen met draad daaronder niet is te rangschikken.

Over feit C. :

Overwegende dat, voor de toepassing van artikel 88, 9° van het Veldwetboek, het door de rechter, als wezenlijk bestanddeel van het misdrijf, moet worden vastgesteld dat het te last gelegd feit van beschadiging, schending of toeëigening van een stuk van de breedte, wel een openbare weg betreft (Les Nouvelles, Code rural n° 256; Verbrek. 26 november 1894, B.J. 1894, col. 1567);

Overwegende dat zulks hier wel het geval is;

Overwegende dat de kwestieuze losweg voorkomt onder n° 21 in het atlas van de buurtwegen van de gemeente Denderleeuw;

Overwegende dat zo weliswaar de inschrijving van een weg in het atlas van de buurtwegen enkel een rechtmatige titel is door de wet aan de gemeente gegeven om de definitieve vicinalisering door tien- of twintigjarig bezit te verkrijgen en zo dit bezit zich moet openbaren niet door het gebruik van de weg door de enkele aanpalende eigenaars, maar door een benutting in het belang van de algemeenheid van de inwoners der gemeente (Marcotty, n° 60), die bestuur-

lijke beslissing nochtans de weg onmiddellijk aan het politieregime van de buurtwegen onderwerpt en de misdrijven die er gepleegd worden onder de wets- en reglementsbepalingen doet vallen betreffende het onderwerp (Marcotty, n° 59);

Overwegende dat het vaststaat, en trouwens door beklagde bekend wordt, dat hij palen met draad dwars over de kwestieuze weg aangebracht heeft en de weg aldus geschonden en er de breedte van ingenomen heeft zoals in de telastlegging sub C. voorzien;

Schade :

Overwegende dat het misdrijf sub C., aldus in hoofde van beklagde bewezen, aan de burgerlijke partijen schade veroorzaakt heeft die vergoeding vergt;

Overwegende dat, wat de gemeente Denderleeuw betreft, de lonen waarvan zij de terugbetaling vordert, niet enkel werden uitgegeven voor het herhaald wegnemen van de door beklagde wederrechtelijk aangebrachte versperring van de losweg, maar ook tot het verwijderen van de afsluiting door beklagde aan zijn nevens de losweg gelegen perceel grond geplaatst zonder zich hierbij, zoals hierboven uiteengezet, aan enig misdrijf schuldig te maken;

Overwegende dat het bedrag van de schade welke door het in hoofde van beklagde bewezen feit C. aan de gemeente Denderleeuw werd veroorzaakt billijk op 100 frank mag worden geschat;

Overwegende dat het Hof de zienswijze van de eerste rechter bijtreedt wat betreft de begroting van de schade door zelfde feit C. van de telastlegging aan de burgerlijke partijen Houtman en Bogaert veroorzaakt;

Om deze redenen :

Het Hof, rechtdoende op tegenspraak,

Gelet op de artikelen 88, 9° van het Veldwetboek, 162, 191, 194, 226, 227 van het Wetboek van strafvordering, 1, a en b der Wet van 25 oktober 1950, 21, 23, 26 en 28 der Wet van 17 april 1878, 1 en 2 der Wet van 30 maart 1891, 1382 van het Burgerlijk Wetboek, 24 der Wet van 15 juni 1935, 140 der Wet van 18 juni 1869 gewijzigd bij artikel 2 Wet 4 september 1891, alle wetsbepalingen door de heer Eerste-Voorzitter op deze terechtzitting aangeduid,

Ontvangt het hoger beroep van beklagde, van de burgerlijke partijen Houtman en Bogaert en van het Openbaar Ministerie;

Er op beslissend en rechtdoende met eenparige stemmen :

Op strafgebied :

Doet het beroepen vonnis te niet;

Opnieuw wijzend :

Ontslaat beklagde van de strafvervolgung uit hoofde van feit A.; verklaart de openbare vordering uit hoofde van de feiten B. en C. vervallen door verjaring;

Laat de kosten van beide instanties aan de zijde van het Openbaar Ministerie ten laste van de Staat.

Op burgerlijk gebied :

Bevestigt, doch op grondslag van het hierboven ten aanzien van de civiele eisen tegen beklagde weerhouden feit C., de beschikkingen van het beroepen vonnis met deze wijziging en nadere bepaling :

1) dat het bedrag van de veroordeling ten voordele van de gemeente Denderleeuw teruggebracht wordt van

266 frank op 100 frank, met ontzegging van het meer-gevorderde;

2) dat het «herstel van de weg» waartoe beklagde is verwezen, beperkt is tot het wegnemen van de versperring over de losweg aangebracht, ter uitsluiting van de palen met draad waarmede beklagde zijn aanpalend perceel grond afgesloten heeft;

Veroordeelt Bourgeois in de kosten van de aanleg aan de zijde van de burgerlijke partijen, uitgezonderd nochtans de kosten van de akten van hoger beroep door de burgerlijke partijen Houtman en Bogaert, welke kosten ten hunne persoonlijke laste blijven. Deze kosten van de aanleg op taxe.

Veroordeelt insgelijks Bourgeois in de kosten van beroep aan de zijde van het Openbaar Ministerie wat de burgerlijke vorderingen betreft, deze kosten begroot op 97 frank.

HOF VAN BEROEP TE GENT

4e Kamer. — 14 juli 1953.

Eerste Voorzitter: M. Van Winckel.

Raadsheren: M.M. Van Hove en E. Verougstraete.

O.M.: M. Bohyn, Advocaat-Generaal.

Advocaten: Mrs Van Daele, Van Hee en Goossens.

Wet van 12 maart 1818 op de uitoefening van de geneeskunde. — Toedienen van inspuitingen valt onder de toepassing van deze wet. — Verbod van tegelijk met de geneeskunde de artseneeskunde uit te oefenen. — Doel van dit verbod. — Specialiteiten. — Artikelen 11 en 12 van de wet. — Betekenis van het woord consultatie. — Toepassing van de principes.

Het toedienen van inspuitingen valt onder de toepassing van de wet van 1818.

Het doel van de wet die verbiedt dat tegelijkertijd de geneeskunde en de artseneeskunde uitgeoefend worden, is de hoedanigheid van de geneesmiddelen, inbegrepen de specialiteiten, te waarborgen.

Het woord consultatie in artikelen 11 en 12 van de wet betekent de beraadslaging tussen verschillende dokters.

De strenge toepassing van deze principes moet aangepast worden aan het hoger belang van de ziektebestrijding.

Vrijspraak van de verdachten omdat de overtredingen slechts bij uitzondering en in dringende gevallen gepleegd werden.

O. M. en La Nationale Pharmaceutique t/ M. en V. H.

Verdacht van:

te Veurne, op verscheidene stonden, gedurende het jaar 1949:

Beiden: A. Bij inbreuk op artikel 11 van de wet van 12 maart 1818, als medicinae doctores, op grond van door dezelfde verkregen diploma, de artseneeskunde tegelijk met de inwendige geneeskunde — anders dan bij consultatie — te hebben uitgeoefend.

B. Bij inbreuk op art. 12 van de wet van 12 maart 1818, in hun hoedanigheid van medicinae doctores, welke de afzonderlijke titel van doctor chirurgiae, artis obstetricae of artis pharmaceuticae verkregen hebben of bij een provinciale commissie van geneeskundig onderzoek en toezicht, als heelmee-

vroedmeester of apotheker geëxamineerden toegelaten zijn en welke overal gewettigd zijn tot de afzonderlijke uitoefening der genees-, heel-, vroed- of apothekerskunst, deze verschillende takken der geneeskunst gecombineerd te hebben uitgeoefend, anders dan bij consultatie en elders dan op het platteland en in de steden waar geen plaatselijke commissiën van geneeskundig toezicht bestaan.

C. Bij inbreuk op artikel 17 van de wet van 12 maart 1818 samengestelde geneesmiddelen onder welke benaming ook, te hebben verkocht, of te koop te hebben aangeboden, anders dan door de bij de wettelijke verordeningen bevoegd verklaarde of daartoe door de koning speciaal geautoriseerde personen en overeenkomstig te emaneren instructiën.

D. Bij inbreuk op artikel 19 van de wet van 12 maart 1818 een andere tak van de geneeskunde te hebben uitgeoefend of op enige andere wijze de geneeskundige praktijk te hebben geëxerceerd, dan waartoe zij, volgens de inhoud dezer wet gerechtigd zijn.

E. Bij inbreuk op artikel 12 K. B. van 31 mei 1885, als geneesheren welke niet gemachtigd waren om een depot van geneesmiddelen te houden, zich op enige wijze, rechtstreeks of onrechtstreeks, te hebben ingelaten met de bereiding en de levering van geneesmiddelen, alleen uitgezonderd die welke dienen ter bestrijding van de venusziekten en dit op voorwaarde dat zij dezelve bij een apotheker hebben doen bereiden, met wiens opschrift zij verplicht zullen zijn ze aan de cliënt te leveren.

F. Bij inbreuk op artikel 17 K. B. van 31 mei 1885, verzuimd te hebben artseneerbereidingen bij een apotheker aan te kopen, voor het geval de verdachten gemachtigd waren een depot te hebben.

Schuldig verklaard aan feiten A, B, C, D, E, deze feiten spruitend uit eenzelfde misdadig opzet, werden de beklagden veroordeeld, ieder wegens voormelde samengevoegde feiten, tot een geldboete van 50 gulden, omgezet naar rato van twee frank per gulden, het totaal verhoogd met 6 % wegens muntverschil, zij ieder tot 106 frank, met 90 deciemmen verhoogd of 1.060 frank of 1 maand en elk tot de helft der kosten, begroot op 64 frank in het geheel. Zij werden vrijgesproken van feit F. Voorwaardelijk twee jaar voor beiden.

De eis der burgerlijke partij werd ontvankelijk en gegrond verklaard. Werd bevolen dat het vonnis zal bekendgemaakt worden in extenso in een beroepsblad der geneesheren en in een beroepsblad van de apothekers ter keuze van de burgerlijke partij. Beklaagden werden tot de kosten van die publiciteit verwezen, kosten terugbetaalbaar op vertoon van de kwijtschriften. Beklaagden werden verwezen in de kosten der burgerlijke partij, vast te stellen op taxe. Het meer gevorderde werd de burgerlijke partij ontzegd.

Bij vonnis der Rechtbank van eerste aanleg te Veurne, correctionele kamer met drie rechters, d.d. 22 september 1950, waarvan de verdachten, de burgerlijke partij en het Openbaar Ministerie beroep ingesteld hebben op 2 oktober 1950.

Gehoord de Heer Voorzitter Van Winckel in zijn verslag gedaan ter openbare terechtzitting;

Gehoord de burgerlijke partij in haar eis, toegelicht door Mr Van Daele, advocaat te Nieuwpoort;

Gehoord in zijn vordering de heer Bohyn, advocaat-generaal;

Gehoord de beklagden in hun verweermiddelen, voorgedragen door Mr Willy Bulckaert, advocaat te

Kortrijk, voor eerste; Van Hee J., advocaat te Veurne, voor tweede, en door Mr Goossens, advocaat te Gent, voor beiden;

dit alles in het Nederlands;

Overwegende dat de twee beklaagden, zo tegen de beslissing op strafgebied als tegen deze op burgerlijk gebied, alsmede het Openbaar Ministerie en de burgerlijke partij, tegen beide beklaagden, tijdig en op regelmatige wijze in hoger beroep gekomen zijn;

Overwegende dat de verjaring geldig gestuit werd door de dagvaarding van de beklaagden op last van de heer Procureur-Generaal de 1e maart 1951;

In rechte :

Overwegende dat het niet opgaat de insputtingsmiddelen uit het toepassingsveld te sluiten van de wet van 12 maart 1818 en van het K.B. van 31 mei 1885, onder voorwendsel dat die wijze van toediening van geneesmiddelen destijds niet eens vermoed werd;

Overwegende dat het algemeen verbod om tegelijk met de geneeskunde de artseneijbereidkunde uit te oefenen beoogt, door het afleveren van geneesmiddelen uitsluitend aan wettelijk verantwoordelijke deskundigen toe te vertrouwen, aan de patiënten de hoedanigheid van de geneesmiddelen te waarborgen, afgezien van de wijze van toediening;

Overwegende dat die waarborg niet verstrekt wordt door het enkel feit dat het gaat over specialiteiten in gekende laboratoria door of onder toezicht van apothekers voorbereid; dat die fabrikanten geen verantwoordelijkheid dragen waar de deugdelijkheid van het geneesmiddel tot een bepaalde duur beperkt is; dat wettelijk alleen de apothekers met open officina aan de patiënt hieromtrent zekerheid moeten geven op het ogenblik dat het geneesmiddel door hen wordt afgeleverd;

Overwegende verder dat uit de wordingsgeschiedenis van de artikelen 11 en 12 van de wet van 12 maart 1818 volgt dat de woorden « bij consultatie » de beraadslaging bedoelen tussen beoefenaars van onderscheiden takken van de geneeskunst en zeker niet de raadpleging van de geneesheer door de patiënt;

Overwegende echter dat de strenge toepassing van deze principes moet wijken waar het hoger belang van de ziektebestrijding zulks gebiedend vereist;

Overwegende dat aldus, niet enkel bij de behandeling van geslachtsziekten, maar eveneens waar het gaat over het aanwenden van geneesmiddelen waarvan de doeltreffendheid van hun snelle toediening afhangt, de geneesheer gewis als gedienschte tussenpersoon kan optreden;

In feite :

Overwegende dat eerst en vooraf op te merken valt dat de huiszoeken bij de beklaagden geen opslag van geneesmiddelen hebben doen ontdekken;

Overwegende vervolgens dat het — zoals de burgerlijke partij toegeeft — gering getal geneesmiddelen in casu door de beklaagden aan hun patiënten op het ogenblik van de toediening geleverd, vergeleken bij het indrukwekkend groot aantal voorschriften van de beklaagden door de apothekers uitgevoerd, duidelijk bewijst dat het hier enkel over uitzonderingsgevallen gaat, waarvan trouwens het dringend karakter voldoende uit de gegevens van de strafbundel blijkt;

Overwegende dat deze vaststelling noch door de aard, noch door het herhaald toedienen van de kwestieuze geneesmiddelen is tegengesproken; dat inder-

daad ook voor het toedienen van meer gewone geneesmiddelen dringendheid kan bestaan, terwijl de hoeveelheid van de in spoedgevallen afgeleverde specialiteiten in verband met hun verpakking, veelal de stof van meerdere toepassingen omvat;

Overwegende ten slotte dat het bewijs voorligt dat de beklaagden die geneesmiddelen in werkelijkheid bij apothekers aankochten en meermaals zelfs in de tegenwoordigheid van de patiënten telefonisch bij een apotheker bestelden en lieten naar huis brengen om ze onmiddellijk toe te dienen.

Om deze redenen :

Het Hof,

Gelet op de artikelen 191 en 211 van het wetboek van strafvordering, artikel 1, a en b, van de wet van 25 oktober 1950, en artikel 24 der wet van 15 juni 1935 door de heer Voorzitter aangeduid;

Rechtdoende op tegenspraak; alle verdere of strijdige conclusiën verwerpende;

Ontvangt de hogere beroepen;

Erop beslissend :

Bevestigt het beroepen vonnis voor zoveel het de beklaagden heeft vrijgesproken van de vervolging sub litt. F;

Doet het beroepen vonnis te niet voor het overige, zo op strafgebied als op burgerlijk gebied.

Opnieuw wijzend :

Ontslaat de beklaagden insgelijks van de strafvervolging uit hoofde van de feiten voorzien sub litt. A tot en met E;

Verklaart zich onbevoegd om kennis te nemen van de burgerlijke vordering;

Laat de kosten van beide instantiën aan de zijde van het Openbaar Ministerie ten laste van de Staat.

Verstaat dat de burgerlijke partij haar eigen kosten zal dragen.

HOF VAN BEROEP TE GENT

7e Kamer. — 25 april 1956.

Eerste Voorzitter : M. Van Winckel.

Raadsheren : M.M. Noest en Van Hove.

Substituut Procureur-Generaal : M. Versée.

Advocaten : Mrs De Pelsmaecker en Vandermeersch.

Strafvordering. — Onderzoek. — Verwijzing. — Dagvaarding. — Klachtdelict. — Afwezigheid van klacht. — Nietigheid van onderzoek. — Niet-ontvankelijkheid der openbare vordering.

Wanneer een onderzoek werd ingesteld kan alleen nog een beschikking van de raadkamer de zaak naar de rechtbank verwijzen.

De dagvaarding aan de verdachte betekend ten verzoeken van het O.M. is dan nog enkel een aanduiding van plaats, dag en uur van verschijning.

Inbreuken op de bepalingen van de Besluitwet betreffende de wisselcontrole kunnen alleen vervolgd worden op verzoek van het Instituut voor de Wissel.

T.o.v. klachtdelicten is elke daad van vervolging, ook de vordering tot het instellen van een onderzoek, aan de klacht voorafgaande, nietig.

De beschikking van verwijzing door de raadkamer

verleend op grond van een ongeldig onderzoek, is nietig, hetgeen op zijn beurt de onontvankelijkheid van de aldus bij de rechtbank aanhangig gemaakte openbare vordering tot gevolg heeft.

Een eventueel later ingediende klacht maakt de vroeger ingediende vordering tot het instellen van een onderzoek, niet regelmatig.

O. M. t/ Debel.

Verdacht van : Te Menen, de 22 augustus 1950, zich plichtig te hebben gemaakt aan in- of uitvoer van gemunt goud, of goud in staven, onder om 't even welke vorm, namelijk 55 pakjes van 50 souverains, gezegde in- of uitvoer voorbehouden zijnde aan de Nationale Bank van België (artikelen 4, 5 en 6 der B.W. van 6 oktober 1944);

Nadat werd gezegd dat de openbare vordering ontvankelijk is, werd beklaagde schuldig verklaard aan het feit van de telastlegging en uit dien hoofde tegen sprekkelijk veroordeeld tot een gevangenisstraf van vier maand en een geldboete van 5.000 frank, voorwaardelijk vijf jaar, en in de kosten begroot op 138 frank;

De inbeslaggenomen goudstukken werden verbeurd verklaard.

Bij vonnis der Rechtbank van eerste aanleg te Kortrijk, correctionele kamer met drie rechters, gedagtekend 28 oktober 1953, waarvan de verdachte op 5 november 1953 en het Openbaar Ministerie beroep ingesteld hebben, deze laatste op 6 november 1953;

Gehoord de heer Eerste-Voorzitter Van Winckel, in zijn verslag gedaan ter openbare terechtzitting;

Gehoord de beklaagde in zijn middelen van verdediging, voorgedragen zo door hemzelf, als door Mters Jacques de Pelsmaeker en Jozef Vandermeersch, advocaten, respectievelijk te Brussel en te Izegem;

Gehoord in zijn vordering de heer Versée, Substituut-procureur-generaal;

— dit alles in 't Nederlands, ter uitzondering van het pleidooi van Mter J. de Pelsmaeker, voornoemd, en de verdediging door beklaagde zelf, welke in de Franse taal zijn geschied, dit op het uitdrukkelijk verzoek van de beklaagde;

Overwegende dat de beklaagde en het Openbaar Ministerie tijdig en geldig in hoger beroep gekomen zijn;

Overwegende dat, zodra een zaak in onderzoek gesteld is, de beklaagde nog enkel door een beschikking van de Raadkamer naar de Rechtbank kan verwezen worden en het openbaar ministerie niet meer gerechtigd is om beklaagde wegens dezelfde feiten rechtstreeks vóór de Rechtbank te dagvaarden;

Overwegende dat, in geval van verwijzing door de Raadkamer, het deze beschikking is die de zaak bij de Rechtbank aanhangig maakt en dat de dagvaarding van beklaagde ten verzoeken van het openbaar ministerie dan nog enkel een oproeping is waarbij aan de beklaagde plaats, dag en uur worden aangeduid waarop hij vóór de Rechtbank moet verschijnen ten einde in de zaak, door de beschikking van de Raadkamer bij de Rechtbank aanhangig gemaakt, te recht te staan;

Overwegende dat de ontvankelijkheid van de openbare vordering door de Rechtbank dan ook van de geldigheid van de beschikking der Raadkamer afhangt;

Overwegende dat, naar luid van de derde alinea van artikel 6 der Besluitwet van 6 oktober 1944 betreffende de wisselcontrole, gewijzigd bij artikel 3 van de Besluitwet van 4 juni 1946, bij inbreuk op de bepa-

lingen van die besluitwet « de vervolging wordt uitgeoefend op verzoek van het Belgisch-Luxemburgs Instituut voor de Wissel »;

Overwegende dat, zoals in de redengeving van het beroepen vonnis is uiteengezet en trouwens vóór het Hof niet meer is betwist, door evengemelde wettekst een voorafgaande klacht vereist is voor de geldigheid van elke daad van vervolging, zelfs vóór de rechtsmachten van onderzoek;

Overwegende dat het verzoek van het Belgisch-Luxemburgs Instituut voor de Wissel, waarbij vervolgingen tegen beklaagde aangevraagd werden, enkel op 29 augustus 1950 bij de heer Procureur des Konings te Kortrijk werd ingediend;

Overwegende dat de vordering van deze magistraat dd. 23 augustus 1950 — voor zover zij strekt tot het instellen van een gerechtelijk onderzoek tegen beklaagde wegens de inbreuk op de wetbepalingen betreffende de wisselcontrole die het voorwerp uitmaakt van de onderhavige strafvervolging — derhalve nietig is en bijgevolg ook het hierop ingesteld onderzoek, dat trouwens beperkt is gebleven tot het onderhoor van beklaagde door de heer onderzoeksrechter op zelfde 23 augustus 1950;

Overwegende dat de omstandigheid dat door die rechtsvordering dd. 23 augustus 1950 terzelfdertijd, op geldige wijze, een gerechtelijk onderzoek tegen beklaagde gevorderd werd wegens inbreuk op de Wetgeving in zake Douanen en Accijnzen — onderzoek waarvan de onderzoeksrechter op 20 oktober 1950 regelmatig ontlast werd — de nietigheid van die rechtsakte niet wegneemt in zover daarbij een onderzoek over een inbreuk op de besluitwet betreffende de wisselcontrole beoogd is;

Overwegende dat de nietigheid van de vordering tot onderzoek in zake ook niet gedekt is door het later regelmatig indienen van een verzoek tot vervolging door het Belgisch-Luxemburgs Instituut voor de Wissel;

Overwegende dat voorzeker, na dit indienen van een verzoek tot vervolging door het daartoe bevoegd Instituut een nieuw, regelmatig, onderzoek kon gevorderd en ingesteld worden;

Overwegende dat zulks echter niet is geschied;

Overwegende dat het openbaar ministerie — nadat zijn rechtstreekse dagvaarding dd. 2 april 1952 door de Correctionele Rechtbank te Kortrijk als niet ontvankelijk werd afgewezen bij vonnis van 30 september 1952, waarvan het Hof, bij ontstentenis van hoger beroep, geen kennis te nemen heeft — zich ertoe bepaald heeft op 20 november 1952, vóór de Raadkamer van die Rechtbank de verwijzing van beklaagde te vorderen tot slot van het tegen hem op 23 augustus 1950 ingesteld onderzoek, voor zover hetzelfde de te last gelegde inbreuk op de besluitwet betreffende de wisselcontrole aanging;

Overwegende dat de, ingevolge die vordering dd. 20 november 1952, op verslag van de ongeldig met het onderzoek belaste rechter over een ongeldig verlopen onderzoek, door de Raadkamer, op 6 februari 1953, verleende beschikking van verwijzing even ongeldig is als geheel de rechtspleging die hierdoor wordt afgesloten en dan ook niet geldig de zaak bij de Rechtbank heeft kunnen aanhangig maken;

Overwegende dat het zonder belang is dat de nietigheid van de inonderzoekstelling vóór de Raadkamer niet werd tegengeworpen daar de regels die de uitoefening van de strafvordering beheersen van openbare orde zijn en hun naleving of miskennis ambts-halve dient nagegaan te worden;

Overwegende dat het openbaar ministerie vergeefs tracht de vordering dd. 20 november 1952, en de daarop verleende beschikking van verwijzing dd. 6 februari 1953, te doen doorgaan als onafhankelijk van het op de nietige vordering dd. 23 augustus 1950 ingesteld onderzoek;

Overwegende dat die bewering niet enkel klaarblijkelijk weerlegd is door de bewoordingen zelf van die rechtsakten en door hun samenhang met al de verdere stukken van het dossier, maar dat de ter staving van zijn zienswijze door het openbaar ministerie vooruitgezette stelling volkomen indruist tegen algemeen erkende grondregelen van de strafrechtspleging;

Overwegende inderdaad dat, buiten de gevallen van toepassing der wet op de verzachtende omstandigheden, de Raadkamer enkel bevoegd is om een beklagde naar de Correctionele Rechtbank te verwijzen op verslag van de onderzoeksrechter over het door hem, omtrent de te last gelegde feiten, ingesteld onderzoek;

Overwegende dat de stelling van het openbaar ministerie dat «zelfs al ware de zaak nooit in onderzoek geweest, niets het openbaar ministerie belet aan de Raadkamer een vordering tot verwijzing van een verdachte naar de Correctionele Rechtbank over te leggen» — in acht genomen dat het aanhangig maken van een zaak bij een onderzoeksgerecht meebrengt dat hetzelfde hierdoor geroepen wordt over het al dan niet bestaan van gronden tot vervolging te oordelen — er op zou neerkomen, van wege het openbaar ministerie, — buiten de hierboven aangeduide, door de wet voorziene gevallen —, zijn beschikkingsrecht over de openbare vordering aan de Raadkamer over te dragen, wat zeker met de meest elementaire begrippen van procesrecht in strafzaken in strijd zou zijn;

Om deze redenen,

Het Hof, rechtdoende op tegenspraak,

Gelet op artikel 24 van de Wet van 15 juni 1935,

Alle verdere of strijdige conclusiën als ongegrond verwerpend,

Ontvangt het hoger beroep van beklagde en van het openbaar ministerie,

Erop beslissend :

Doet het beroepen vonnis te niet;

Opnieuw wijzend :

Verklaart de openbare vordering, althans zoals zij nu vóór de eerste rechter werd aangebracht, niet ontvankelijk.

Laat de kosten van beide instantiën ten laste van de Staat.

HOF VAN BEROEP TE GENT

7e Kamer. — 14 juli 1955.

Eerste Voorzitter : M. Van Winckel.

Raadsheren : M.M. Noest en Buysse.

O.M. : M. Versée, Substituut Procureur-Generaal.

Advocaten : Mrs Van Hille, Speyer en De Vis.

Geneesheer. — Geneeskunde. — Tandheelkunde. — Wettelijkheid van het K.B. van 9 november 1951. — Schade en schadeloosstelling. — Beroepsvereniging. — Bevoegdheid om op te treden tot bescherming van individuele rechten der leden en van beroepsbelangen.

De verordeningen die bij toepassing van artikel 69 der Grondwet, door de uitvoerende macht te nemen zijn op grond van artikel 14 der wet van 12 maart 1818, omtrent de wijze van exerceren van de geneeskundige praktijk, zijn niet beperkt tot diegene die uitsluitend de strikt geneeskundige aspecten van deze bedrijvigheid regelen, maar mogen ook de meer algemene voorwaarden bepalen waarvan de naleving de door de wet nagestreefde bescherming van de volksgezondheid een waardige uitoefening van ermee verwante beroepen moet helpen verzekeren. Dientengevolge is het K.B. van 9 november 1951, dat dit doel beoogt, wettig.

Een wettelijk erkende beroepsvereniging kan in rechte staan niet alleen ter verdediging van de individuele rechten der leden, maar eveneens en in de eerste plaats om vergoeding te eisen voor de benadeling van beroepsbelangen tot wier bescherming ze werd opgericht.

Schadeloosstelling : zie nader in het arrest.

Vereniging van Mond- en Tandartsen van België en O.M. t/ B.

Verdacht van :

Als bevoegd persoon, namelijk als gediplomeerd tandarts, zijn beroepsactiviteit te hebben gepresteerd in de dienst of op naam van derden, van een onderneming of van een verzorgingsorganisme namelijk de N.V. «A.B.I.T.», dat direct of indirect onder om het even welke vorm, publiciteit maakt, nl. door belofte van allerhande voordelen zoals *ristorno's*, kosteloos vervoer der patiënten, of door beroep te doen op klantenjagers of reizigers,

te Gent, sedert 1 maart 1952.

Daaraan schuldig verklaard, werd beklagde veroordeeld tot een geldboete van 50 gulden of 8 dagen en tot de kosten begroot op 900 frank. dit voor het feit der telastlegging gepleegd in staat van derde hervalling.

Beklaagde werd het recht ontzegd zijn beroep uit te oefenen gedurende een termijn van zes weken, ingaande vanaf het in kracht van gewijsde gaan van het vonnis.

Beklaagde werd veroordeeld om te betalen aan de burgerlijke partij, als morele schadevergoeding, de som van 10.000 frank met de gerechtelijke interesten, invorderbaar door middel van een maand lijfswang. Het meer gevorderde werd afgewezen.

Beklaagde werd verwezen in de kosten.

De burgerlijke partij werd gemachtigd het vonnis te publiceren in één Nederlandstalig dagblad, ter keuze van de burgerlijke partij, op kosten van de ver-

Vlaamse Juristen,

abonneert U

op het

Rechtskundig Weekblad

oordeelde, kosten invorderbaar op eenvoudig vertoon van het kwijtschrift van de uitgever.

Bij vonnis der Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent, Correctionele Kamer met drie rechters, gedagtekend 3 juni 1953, waartegen de verdachte en het Openbaar Ministerie beroep ingesteld hebben respectievelijk op 12 en 13 juni 1953;

Gehoord de heer Eerste Voorzitter Van Winckel, in zijn verslag gedaan ter openbare terechtzitting;

Gehoord de beklaagde in zijn middelen van verdediging, voorgedragen zo door hem zelf als door Mr W. Van Hille en Mr Speyer, advocaten, respectievelijk te Gent en te Antwerpen;

Gehoord in zijn vordering de heer Versée, substituut procureur-generaal;

Gehoord de burgerlijke partij in haar eis toegelicht door Mr I. De Vis, advocaat te Brussel;

Dit alles in het Nederlands.

Overwegende dat de beklaagde en het Openbaar Ministerie tijdig en regelmatig in hoger beroep gekomen zijn;

Overwegende dat de verjaring in zake gestuit werd door de dagvaarding van de beklaagde vóór het Hof op 6 november 1954.

Ten gronde :

A. Ten aanzien van de openbare vordering.

Over de wettelijkheid van het besluit op grond van hetwelk de strafvervolgning tegen beklaagde werd ingesteld :

Overwegende dat, in strijd met wat beklaagde voorhoudt, het K.B. van 9 november 1951, waardoor ditgene van 1 juni 1934 wordt gewijzigd, volledig en aangevuld, slechts — in opdracht van de wetgever van 12 maart 1818, artikel 14 — wat de tandheeskunde betreft, nader de voorwaarden bepaalt waaraan deze wet, op straf van de door haar voorziene sancties, waarnaar het artikel 10 van het K.B. van 1 juni 1934 verwijst, in algemene termen de uitoefening van de verschillende takken van de geneeskunde onderwerpt;

Overwegende dat vergeefs beklaagde tracht te doen aannemen dat de toelating tot het uitoefenen van enige tak van de geneeskunst waarvan spraak in artikel 19 der wet van 12 maart 1818, « niets anders is dan deze die spruit uit de toekenning van de academische graden »;

Overwegende dat de academische graden bevoegdheid betreffen door artikel 18 der wet van 12 maart 1818 vereist om enige tak der geneeskunst te mogen uitoefenen, terwijl artikel 19 de wijze betreft waarop die kunde door de daartoe bevoegde personen te exerceren valt;

Overwegende dat de bewoordingen van het kwetsus artikel 19 « diegenen die op enige andere wijze de » geneeskundige praktijk exerceren dan waartoe zij, » volgens de inhoud dezer wet gerechtigd zijn » er duidelijk op wijzen dat die uitoefening onderworpen is aan al de voorwaarden bepaald door de wet van 12 maart 1818 en gevolgelyk door de uitvoeringsbesluiten dier wet, bij haar artikel 14 in het vooruitzicht gesteld;

Overwegende dat de beklaagde zonder meer grond tegenwerpt dat de voorschriften van het K.B. van 9 november 1951 niet van strikt geneeskundige aard zijn, maar veeleer een deontologisch karakter vertonen;

Overwegende dat de verordeningen, bij toepassing van artikel 67 van de Grondwet, door de uitvoerende

macht te nemen op grond van artikel 14 der wet van 12 maart 1818, omtrent de wijze van exerceren van de geneeskundige praktijk, niet uitsluitend de strikt geneeskundige aspecten van deze bedrijvigheid mogen regelen, maar ook de meer algemene voorwaarden bepalen waarvan de naleving de door de wet nagestreefde bescherming van de volksgezondheid en waardige uitoefening van de ermede verwante beroepen moet helpen verzekeren;

Overwegende dat de beschikkingen van artikel 8 sexes van het K.B. van 1 juni 1934 aangevuld door artikel 1 van het K.B. van 9 november 1951, ongetwijfeld dit doel beogen door het voorkomen van de misbruiken waartoe de verboden praktijken veelal, ten nadele van de patiënten, aanleiding geven en het verder uitschakelen ener in zwang getreden onhebbelyke klantenjacht;

Overwegende dat uit deze uiteenzetting volgt dat het door de beklaagde aangevochten besluit noch nieuwe delicten inricht, noch nieuwe straffen invoert;

Over de gegrondheid van de telastlegging en de toemeting van de straf :

Overwegende dat door het onderzoek en de behandeling van de zaak vóór het Hof het feit beklaagde te last gelegd bewezen is gebleven, zoals dit door de eerste rechter werd aangenomen, terwijl tevens is gebleken dat het wanbedrijf voortgezet werd tot Augustus 1952 (stuk 12);

Overwegende dat ten onrechte door het beroepen vonnis werd aangenomen dat beklaagde zich in staat van nieuwe herhaling bevindt;

Overwegende dat de artikelen 18 en 19 van de wet van 12 maart 1818 twee verschillende misdrijven voorzien, op ieder van dewelke, afzonderlyk, voor de gevallen van eerste, tweede of derde overtreding, verschillende straffen gesteld zijn;

Overwegende dat het blijkt uit de eensluidend verklaarde afschriften van een arrest geveld door het Hof van Beroep alhier op 7 december 1929 en van een vonnis gewezen door de Correctionele Rechtbank te Veurne op 22 september 1931, dat de beklaagde hierbij verwezen werd — de tweede maal als herhalder — om, in overtreding van artikel 18 van de wet van 12 maart 1818, als onbevoegd persoon enige tak der geneeskunde te hebben uitgeoefend, terwijl de beklaagde thans vervolgd is om als bevoegd persoon in de uitoefening zijner praktijk de wettelijke hiertoe gestelde voorwaarden te hebben miskend, misdrijf beteugeld door artikel 19 van zelfde wet;

Overwegende dat het te laste van beklaagde weehouden wanbedrijf dan nog enkel dient bestraft — zonder tijdelijke ontzetting van het recht zijn beroep uit te oefenen — met een geldboete van 25 gulden, te herleiden in franken en vervolgens met de wettelijke opdecimen te verhogen, welk alles door de eerste rechter uit het oog werd verloren.

B. Ten aanzien van de civiele eis :

Ontvankelijkheid :

Overwegende dat de burgerlyke partij, wettelyk erkende beroepsvereniging, en derhalve — zoals voorzien bij artikelen 1 en 6 van de wet van 31 maart 1898, aangevuld door artikel 10 van de wet van 3 augustus 1924, aan welks vereisten werd voldaan — rechtspersoonlykheid bezittend, niet enkel ingevolge artikel 10 der wet van 31 maart 1898 ter verdediging

van de individuele rechten der geassocieerden in rechte kan staan, maar eveneens, en zelfs in de eerste plaats, op grond van artikel 2 van zelfde wet, kan optreden om vergoeding te eisen voor de benadeling van de beroepsbelangen tot wier bescherming ze werd gesticht.

Schade :

Overwegende dat, naar de overtuiging van het Hof, het ten laste van de beklaagde weerhouden wanbedrijf, rechtstreeks aan de burgerlijke partij stoffelijke en zedelijke schade heeft veroorzaakt die vergoeding vergt;

Overwegende dat inderdaad, enerzijds, door de laakbare praktijken, waartoe beklaagde zijn medewerking verleende, het korps zelf der mond- en tandartsen ongetwijfeld in opspraak gebracht werd, terwijl, anderzijds, door diezelfde handelingen gewis ook cliënten aan de wettelijk exerceerende tandartsen onttrokken werden;

Overwegende dat de beklaagde vergeefs tegenwerpt dat dit stoffelijk nadeel enkel de tandartsen heeft kunnen treffen die gevestigd zijn in de streek waar, voor het Gentse bijhuis van de kliniek A.B.I.T., waaraan beklaagde is verbonden, cliënten ten huize werden opgezocht en dat de burgerlijke partij niet ten voordele van die bepaalde geassocieerden optreedt;

Overwegende dat het volstaat te laten opmerken dat, waar de beroepsvereniging in dezelfde gevallen op dezelfde wijze in gans het rijk optreedt, de toegekende schadevergoeding ten slotte, langs de kas der vereniging om, wel aan de benadeelden toekomt;

Overwegende dat, waar, zoals in zake, geen nauwkeurige berekening der schade mogelijk is, dezelve ex aequo et bono dient vastgesteld en dat, naar het oordeel van het Hof, het door de eerste rechter uit hoofde van zedelijke schade toegekend bedrag — inzonderbaar bij middel van een maand lijfswang — als een billijke vergoeding voorkomt van het geheel der — zo stoffelijke, als zedelijke — schade door de burgerlijke partij geleden;

Overwegende, ten slotte, dat, waar het in zake hoofdzakelijk gaat over het te werk stellen van demarcheurs en niet over publiciteit van middel van de pers, er, naar het oordeel van het Hof, tot herstel van de schade, geen inlassing van de gerechtelijke beslissing in de dagbladen vereist is.

Om deze redenen :

Het Hof, rechtdoende op tegenspraak,

Gelet op de wetsbepalingen in het beroepen vonnis aangehaald en bovendien op artikel 10 K. B. van 1 juni 1934, artikel 1 der wet van 30 december 1832, artikelen 1, 2 en 3 der wet van 5 maart 1952, en artikel 24 der wet van 15 juni 1935, al deze wetsbepalingen door de heer Eerste-Voorzitter ter terechtzitting aangeduid;

Ontvangt het hoger beroep van de beklaagde en van het Openbaar Ministerie;

Erop beslissend :

Doet het beroepen vonnis te niet doch enkel voor zoveel het beklaagde heeft verwezen « als zich bevindend in staat van derde hervalling », hem heeft ontzegd van het recht zijn beroep uit te oefenen gedurende een termijn van zes weken en de burgerlijke partij heeft gemachtigd tot publicatie van het vonnis op kosten van de veroordeelde.

Bevestigt het beroepen vonnis voor het overige met deze wijzigingen :

a) dat de beklaagde slechts veroordeeld wordt tot een geldboete van 25 gulden, herleid tot 53 frank, verhoogd met 190 deciem, en aldus gebracht op 1.060 frank of een vervangende gevangenisstraf van acht dagen, dit wegens het feit in de telastlegging omschreven en tot augustus 1952 voortgezet en met dien verstande dat dit wanbedrijf in hoofde van beklaagde een eerste overtreding is van artikel 19 der wet van 12 maart 1818;

b) dat de tegen beklaagde uitgesproken veroordeling tot betaling van 10.000 frank aan de burgerlijke partij strekt tot vergoeding zowel van de stoffelijke als van de zedelijke schade aan deze partij door het in hoofde van beklaagde bewezen wanbedrijf veroorzaakt.

Ontzegt de burgerlijke partij haar eis tot publicatie van de tussengekomen beslissing.

Veroordeelt de beklaagde in de kosten van beroep, deze aan de zijde van het Openbaar Ministerie begroot op 344 frank, en diegene aan de zijde van de burgerlijke partij, hierin begrepen de staat van pleitbezorger Hebbelynck, later te taxeren.

.....

NOOT : De voorziening in verbreking tegen bovenstaande arrest werd verworpen door arrest van 12 maart 1956.

De Eerste-Voorzitter Van Winckel verklaarde bij zijn installatie :

« Maar ik wil mij ook op een ander standpunt plaatsen : de magistratuur » behoort nu eenmaal tot de élite van het volk en moet dus ook, naar het woord » van de Koning bij zijn blijde intrede in deze stad, het hare bijdragen tot het » verder uitbouwen van de Vlaamse cultuur door de voornaamheid en ver- » fijning van onze taal. Op die wijze zullen wij als gerechtsdienaars tevens onze » culturele rol in de samenleving vervullen en die verfijning van de Vlaamse » rechtspraak, gelijke tred houdend met de bloei van de Vlaamse rechtsweten- » schap, zal mede bijdragen tot de grootheid van het ene vaderland. »

