

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

REDACTIE: RIDDER RENÉ VICTOR, HOOFDREDACTEUR

E. BOONEN, C. CAENEPEEL

REDACTIEADRES: PROF. MR. RIDDER RENÉ VICTOR, BRITSELEI 40, 2000 ANTWERPEN

OPTREDEN VAN HET HOF VAN CASSATIE BIJ ONTTREKKING VAN DE ZAAK AAN DE RECHTER EN VERWIJZING VAN EEN RECHTBANK NAAR EEN ANDERE

*Rede uitgesproken door procureur-generaal R. Delange
op de plechtige openingszitting van het Hof van Cassatie op 2 september 1974*

Tot in 1960 zijn bij het Hof slechts zeer weinig verzoeken tot verwijzing van een rechtbank naar een andere ingediend; van 1947 tot 1959 is er geen enkel ingekomen; in 1959 is rechtsbijstand aangevraagd om zodanig verzoek in te dienen in een burgerlijke zaak, maar het verzoekschrift is niet ontvankelijk verklaard.

In 1960 heeft een naar het Hof van Assisen te Luik verwezen beschuldigde verzocht de berechting wegens gewettigde verdenking op te dragen aan het assisenhof van een andere provincie en, na mededeling van het verzoekschrift aan de procureur-generaal bij het hof van beroep en aan de burgerlijke partijen, is het verzoek ingewilligd.

In 1961 is een verzoek ingediend in een strafzaak en verworpen; twee zijn ingekomen in 1962, één in 1964 en één in 1967. Een verzoekschrift is ingediend en ingewilligd in 1970 en nog een in 1971.

Het aantal verzoeken tot verwijzing is in 1972 plotseling gaan stijgen: dat jaar kwamen er tien in, waarvan drie in burgerlijke zaken. In 1973 waren er zeven en in 1974 zijn er tot op heden acht ingekomen, in strafzaken. Vorige maand werd in een burgerlijke zaak een verzoek ingediend.

Al is er geen reden tot ongerustheid over deze aangroei, toch heb ik gemeend dat het onderzoek van de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek en van het Wetboek van Strafvordering betreffende de rechtspleging vóór het Hof¹ om onttrekking van een zaak aan

de rechter en verwijzing naar een andere rechtbank te bekomen, en de ontleiding van de voornaamste arresten in dit verband een "bij die gelegenheid passend" onderwerp, zoals artikel 351 van het Gerechtelijk Wetboek zegt, konden opleveren.

1. In burgerlijke zaken regelen de artikelen 648 en volgende van het Gerechtelijk Wetboek de onttrekking van de zaak aan de rechter door het Hof van Cassatie, terwijl in strafzaken de verwijzing van een rechtbank naar een andere behandeld wordt in de artikelen 542 tot 552 van het Wetboek van Strafvordering.

De "Code de procédure civile" stelde te dien aanzien slechts regelen betreffende de verwijzzing naar een andere rechtbank wegens bloed- of aanverwantschap (artt. 368 tot 375); maar de rechtspraak maakte ook in burgerlijke zaken toepassing van de regelen van het Wetboek van Strafvordering betreffende de verwijzing wegens openbare veiligheid of wettige verdenking, alsmede van de regelen van de artikelen 58 van het Besluit van 15 maart 1815 van de Soevereine Vorst, 15 van de Wet van 4 augustus 1832 tot inrichting van de Rechterlijke Orde en 19 van de Wet van 25 maart 1876 houdende titel 1 van het voorafgaande boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

De Koninklijke Commissaris voor de gerechtelijke hervorming heeft terecht gemeend dat het "wenselijk was dat een volledige tekst voor alle burgerlijke aanlegenheden wordt opgesteld"² en "de term 'onttrekking' in de plaats te stellen van 'verzendings' opdat de

¹ De verzoeken tot verwijzing op grond van onbevoegdheid, aanhangig geding of samenhang of op grond van de bepalingen betreffende het gebruik der talen in gerechtszaken zullen dus niet ter sprake komen.

² Senaat, zitting 1963-1964, *Gedr. St.*, nr. 60, p. 155.

aard van de maatregel en het verschil ervan met de regeling van betwistingen over de bevoegdheid (...) duidelijk zou blijken. Terwijl in dit laatste geval de zaak verzonden wordt van de onbevoegd verklaarde rechter naar de bevoegde, wordt integendeel in geval van onttrekking, de zaak aan de bevoegde rechter onttrokken en overgedragen aan een rechter die er normaal geen kennis had moeten van nemen"³.

2. Aan het Hof van Cassatie wordt door artikel 613 van het Gerechtelijk Wetboek bevoegdheid verleend om uitspraak te doen op de vorderingen tot onttrekking van de zaak aan de rechter die in de artikelen 648 tot 659 van dat wetboek bedoeld zijn. Deze bevoegdheid was aan het Hof reeds toegekend door de voorheen toepasselijke wetgeving (Besluit van 15 maart 1815 van de Soevereine Vorst, art. 58; Wet van 4 augustus 1832, art. 15 en Wet van 25 maart 1876, art. 19). De in de artikelen 608 tot 615 van het Gerechtelijk Wetboek gegeven opsomming van de zaken die tot de bevoegdheid van het Hof van Cassatie behoren, is evenwel niet uitputtend en dit geldt eveneens voor de bepalingen betreffende de bevoegdheid van de andere gerechten; daarom trouwens is aan artikel 556 een lid 2 toegevoegd waarin wordt bepaald dat de bevoegdheid van de hoven en rechtbanken in titel 1 van het derde deel van dat wetboek is vastgesteld, "onverminderd de bijzondere wettelijke bepalingen"⁴. Het lijkt dus geen twijfel dat verzoeken tot verwijzing van een rechtbank naar een andere in strafzaken ook aan het Hof moeten worden onderworpen krachtens de artikelen 542 en volgende van het Wetboek van Strafvordering, die nog altijd van kracht zijn.

De onttrekking van een zaak aan een rechter bij wie de zaak op geldige wijze aanhangig is gemaakt, met verwijzing naar een rechter die normaal daarvan niet had moeten en soms zelfs niet had kunnen kennis nemen, is een ernstige maatregel, gelet op het grondwettelijk beginsel volgens hetwelk "niemand tegen zijn wil kan worden afgetrokken van de rechter die de wet hem toekent" (Grondwet, art. 8). Deswege is de opdracht om zodanig bevel te geven toevertrouwd aan het Hof van Cassatie⁵.

Aan de drie kamers van het Hof kan zonder onderscheid opdracht worden gegeven om uitspraak te doen over de verzoeken om onttrekking en tot verwijzing, die de eerste voorzitter over de kamers verdeelt krachtens artikel 133, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek. Tot nog toe heeft de eerste kamer kennis genomen van de verzoeken in burgerlijke zaken en de tweede kamer van die in strafzaken.

³ *Ibidem*.

⁴ Over de verantwoording van dit voorbehoud raadplegen men het verslag van de h. DE BAËCK, *Senaat*, zitting 1964-1965, *Gedr. St.*, nr. 170, p. 111 en pp. 116 en 117.

⁵ Raadpl. de conclusie van de advocaat-generaal DEWANDRE vóór Cass., 5 november 1849 (*Bull. en Pas.*, 1850, I, 26); Cass., 1 december 1936 (*ibid.* 1936, I, 436).

3. Luidens artikel 648 van het Gerechtelijk Wetboek kan de vordering tot onttrekking van de zaak aan de rechter worden ingesteld:

- 1° op grond van bloed- of aanverwantschap;
- 2° wegens wettige verdenking;
- 3° uit oorzaak van openbare veiligheid;
- 4° wanneer de rechter verzuimt de zaak te berechten die hij in beraad heeft genomen.

Artikel 542 van het Wetboek van Strafvordering spreekt enkel over de verwijzing op grond van gewettigde verdenking of om reden van openbare veiligheid.

Geen enkele van die bepalingen bevat een volledige opsomming: het geval waarin het onmogelijk is een rechtbank samen te stellen die de zaak kan berechten, moet daaraan worden toegevoegd⁶.

Krachtens artikel 2 van het Gerechtelijk Wetboek kunnen de bepalingen van dat wetboek in strafzaken geen toepassing vinden, in zover de gronden tot en de rechtspleging voor de verwijzing geregeld worden door niet uitdrukkelijk opgeheven bepalingen van het Wetboek van Strafvordering⁷.

4. Artikel 649 bepaalt, dat "onttrekking aan de rechter wegens bloed- en aanverwantschap kan gelast worden, op verzoek van een partij:

1° wanneer een partij twee bloed- of aanverwanten tot de derde graad heeft onder de rechters in sociale zaken of in handelszaken in een rechtbank of onder de raadsheren in het hof van beroep of de raadsheren in een arbeidshof, ofwel wanneer zij een bloedverwant in die graad heeft onder de hiervoren genoemde rechters of raadsheren in de rechtbank of in het hof en zelf daarvan deel uitmaakt;

2° wanneer de andere partij een bloed- of aanverwant in dezelfde graad heeft onder de werkende of plaatsvervangende vrederechters of politierechters van het kanton of wanneer zij zelf werkend of plaatsvervangend vrederechter of politierechter van het kanton is".

Het verslag-VAN REEPINGHEN⁸ vermeldt dat rekening werd gehouden met de instelling van rechters en raadsheren-assessoren, dat de regels voor de hoven van beroep en voor de arrondissementsrechtbanken gelijk en toepasselijk zijn gemaakt op de vrederechters. Wij moeten toegeven dat de tekst van artikel 649 slecht gesteld is en dat, houdt men zich aan

⁶ Zie *infra*, nr. 11.

⁷ Ten onrechte dus, naar het mij voorkomt, worden verzoeken tot verwijzing in strafzaken soms gebaseerd op de artt. 648 en volg. van het Gerechtelijk Wetboek, i.p.v. op de artt. 542 en volg. van het Wetboek van Strafvordering B.v. Cass., 10 januari 1972, *Arr. Cass.*, 1972, 452; 25 juni 1973, 2 arresten, *ibid.*, 1973, 1046 en 1047; 26 november 1973, *ibid.*, 1974, 349 en noot 3; 7 en 22 januari 1974, *ibid.*, 1974, op de datum, en noot 5; 22 april 1974, *ibid.*, 1974, i.z. De Cubber, op de datum. Zie evenwel voor de politierechtbanken, *infra*, nr. 4.

⁸ *Senaat*, zitting 1963-1964, *Gedr. St.*, nr. 60, p. 155.

de bewoordingen ervan, bloed- of aanverwantschap met rechters in de rechtbank van eerste aanleg, in de arbeidsrechtbank of in de rechtbank van koophandel geen verwijzing zou kunnen rechtvaardigen⁹, wat met de vaststaande wil van de wetgever in strijd zou wezen.

Voorts, terwijl voor de vrederechters en de rechters in de politierechtbank het tweede deel van artikel 649 van het Gerechtelijk Wetboek ook de plaatsvervangende rechters vermeldt, maakt het eerste deel geen gewag van de plaatsvervangende rechters in de rechtbank van eerste aanleg, in de arbeidsrechtbank of in de rechtbank van koophandel, noch van de plaatsvervangende rechters in sociale zaken of van de plaatsvervangende rechters in handelszaken. Het komt mij voor dat op die plaatsvervangende rechters, aangezien zij geen gewone bezigheden hebben (art. 87 Ger.W.), artikel 649, 1^o, geen toepassing kan vinden, evenmin als artikel 368 van de Code de procédure civile op hen toepasselijk was¹⁰.

Artikel 649, 1^o, spreekt van "een partij" en artikel 649, 2^o, van "de andere partij"; maar deze laatste uitdrukking is gewis te wijten aan een onoplettendheid, want de wetgever heeft gewild dat de partij die één of twee bloed- of aanverwanten in het gerecht heeft, ook de onttrekking van de zaak aan dit gerecht kan vragen¹¹, in strijd met wat voorgeschreven was door de vroegere wetgeving¹².

Men kan zich afvragen of de wetgever er goed aan gedaan heeft in artikel 649, 2^o, van het Gerechtelijk Wetboek de werkende of plaatsvervangende politierechters van het kanton te vermelden. Ik heb er reeds op gewezen dat de bepalingen van dit wetboek als regel niet van toepassing waren op de verwijzing van een rechtbank naar een andere in strafzaken¹³; in zulke zaken is bloed- of aanverwantschap met magistraten van het gerecht nooit beschouwd als een reden tot verwijzing naar een andere rechtbank, maar wel als een reden tot wraking of als een beoordelingselement dat kan worden aangevoerd tot staving van een verzoek tot verwijzing wegens wettige verdenking¹⁴.

⁹ In deze zin *Handboek voor gerechtelijk recht*, II, *Bevoegdheid*, door FETTWIS, nr. 514, p. 282.

¹⁰ Raadpl. *Pand. belges*, v^o "Renvoi d'un tribunal à un autre", nr. 17; *Rép. prat. dr. belge*, v^o "Renvoi d'un tribunal à un autre", nr. 32.

¹¹ *Senaat*, zitting 1964-1965, Verslag van de Commissies voor de Justitie en voor de Tewerkstelling, Arbeid en Sociale Voorzorg, *Gedr. St.*, nr. 170, p. 110.

¹² Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, art. 368; *Rép. prat. dr. belge*, v^o "Renvoi d'un tribunal à un autre", nr. 27; *Pand. belges*, v^o "Renvoi d'un tribunal à un autre", nr. 26.

¹³ *Supra*, nr. 3.

¹⁴ Raadpl. Cass., 17 januari 1972 (*Arr. Cass.*, 1972, 482); *Rép. prat. dr. belge*, v^o "Renvoi d'un tribunal à un autre", nr. 79; *Pand. belges*, v^o "Renvoi d'un tribunal à un autre", nr. 53; *Nov., Procédure pénale*, d. II, vol. II, *Des règlements de juges et des renvois d'un tribunal à un autre*, door W. DU JARDIN, nr. 147.

Artikel 649, 2^o, van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dus voor de politierechtbanken een verwijzingsgrond, gebaseerd op bloed- of aanverwantschap, die als zodanig niet bestaat voor de andere strafgerichten.

Uit de parlementaire voorbereiding van het Gerechtelijk Wetboek blijkt niet dat de wetgever, door in artikel 649 te bepalen dat onttrekking *kan* gelast worden, het dwingend karakter heeft willen afschaffen dat de verwijzing wegens bloed- of aanverwantschap in artikel 373 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering had.

Gelet op de bepalingen van de artikelen 301 tot 304 van het Gerechtelijk Wetboek, waarin de bepalingen van de artikelen 180 tot 184 van de Wet van 18 juni 1869 op de rechterlijke organisatie zijn overgenomen, zullen verzoeken tot onttrekking van een rechtszaak wegens bloed- of aanverwantschap zeer zeldzaam blijven. In Frankrijk is artikel 368 van de Code de procédure civile zelfs opgeheven bij de Wet van 5 juli 1972, en bloed- of aanverwantschap zijn dus als zodanig geen reden tot verwijzing meer¹⁵.

Hierbij behoeft ik dus niet langer stil te staan.

5. Vorderingen tot onttrekking van de zaak wegens openbare veiligheid kunnen alleen door de procureur-generaal bij het Hof van Cassatie ingesteld worden in burgerlijke zaken (art. 651 Ger.W.) zowel als in strafzaken (artt. 542 en 544 Sv.). Zij onderstellen dat het onderzoek van een zaak door het gerecht waarbij zij aanhangig is wanordelijkheden zou kunnen veroorzaken en de openbare rust verstoren.

Een diepgaand onderzoek is niet verantwoord, aangezien zodanige zaken zelden voorkomen.

6. De onttrekking van een zaak door het Hof van Cassatie aan een rechter die gedurende meer dan zes maanden verzuimt de zaak te berechten die hij in beraad heeft genomen is een door het Gerechtelijk Wetboek ingevoerde nieuwigheid en geldt slechts voor burgerlijke zaken¹⁶. Alleen de procureur-generaal bij het hof van beroep kan ze vorderen (art. 652 Ger.W.).

Een zodanige vordering is tot dusverre nog niet bij het Hof ingesteld. Wij nemen graag aan, dat de rechters de regel van artikel 770 van het Gerechtelijk Wetboek naleven, volgens welke de uitspraak moet geschieden binnen een maand na het sluiten van de debatten of na de dag waarop het openbaar ministerie zijn advies heeft gegeven, of dat althans eventuele vertraging verantwoord is.

7. De onttrekking van een rechtszaak wordt vaker gevorderd wegens wettige of gewettigde verdenking (art. 648, 2^o, Ger.W. en art. 542 Sv.). De wet zegt niet wat onder "wettige verdenking" moet worden verstaan.

¹⁵ *Dalloz, Rép. de proc. civ. et commerciale*, v^o "Renvoi", 1973, nr. 5.

¹⁶ Raadpl. *supra* nr. 3.

Tegen de rechter die van een geschil kennis neemt, bestaat "verdenking", wanneer een partij geen vertrouwen stelt in zijn onafhankelijkheid of onpartijdigheid. Die verdenking is slechts dan "wettig" of "gewettigd" wanneer zij op ernstige gronden berust. Hij die de verwijzing vordert, moet dus nauwkeurig de feiten en omstandigheden aangeven, die volgens hem doen vrezen dat het kennismemende gerecht zich bij zijn uitspraak zal laten leiden door gevoelens die niets uit te staan hebben met het recht¹⁷.

Het is niet vereist dat de vordering zodanige redenen aanvoert dat, indien zij toegewezen werd, de waarheid van het aanzien van het gerecht waaraan de zaak is onttrokken, daardoor zouden worden geschaad. Zoals het Franse Hof van Cassatie op 16 juli 1924 besliste (*chambre des requêtes*), kunnen de voorgelegde documenten en de omstandigheden die zich vóór en gedurende het geschil hebben voorgedaan, aanleiding geven om de bij een hof van beroep aanhangige zaak te verwijzen naar een ander gerecht waarvan de beslissing ieders eerbied zal afdwingen met het volstrekte gezag dat aan een arrest moet verbonden zijn, zelfs wanneer de rechtschapenheid en de onafhankelijkheid van de leden van het eerstbedoelde hof van beroep niet zijn of niet kunnen worden betwist¹⁸.

De wetgever heeft het Hof de discretionaire macht gelaten om te oordelen of de feiten en omstandigheden, door de eiser tot verwijzing aangevoerd, een voldoende rechtvaardiging zijn voor deze maatregel, die uitzondering moet blijven.

Ik moge hier in het kort enkele voorbeelden geven uit de rechtspraak van de laatste vijftien jaren.

8. Ten einde het voor het Hof mogelijk te maken te beoordelen of de verwijzing nodig is, moet de eiser welomschreven en ter zake dienende feiten aanvoeren. Zo heeft het Hof wegens onduidelijkheid een verzoekschrift verworpen dat hierop gebaseerd was, dat "gezien de precedentes, er in de rechtbank een zekere psychose heerst ten aanzien van alles wat van verzoeker zou kunnen uitgaan"¹⁹.

Geen geldige redenen tot verwijzing zijn de ongegrondheid²⁰ of de onontvankelijkheid²¹ van de vervolging die tegen verzoeker ingesteld is, de onbevoegdheid van het kennismemende gerecht²² of het feit dat een partij onvoldoende bekend is met de taal waarin de rechtspleging gevoerd wordt²³.

¹⁷ Raadpl. Cass., 21 juni 1932 (*Bull. en Pas.*, 1932, I, 197).

¹⁸ *Sirey*, 1924, I, 363.

¹⁹ Cass., 22 januari 1974 i.z. De Cubber, *Arr. Cass.*, 1974, op de datum. Raadpl. ook Bureau voor rechtsbijstand, 2 oktober 1959 (*Bull. en Pas.*, 1960, I, 143) en Cass., 30 oktober 1961 (*ibid.*, 1962, I, 241).

²⁰ Cass., 12 februari 1962 (*Bull. en Pas.*, 1962, I, 672).

²¹ Cass., 22 januari 1974, i.z. De Cubber (*Arr. Cass.*, 1974, op de datum).

²² Cass., 22 juli 1974, i.z. De Cubber (*Arr. Cass.*, 1974, op de datum).

²³ Cass., 22 april 1974, i.z. De Cubber (*Arr. Cass.*, 1974, op de datum).

Het Franse Hof van Cassatie overweegt ook dat louter bevreesdheid zonder ernstige grond of de voor de verzoeker ongunstige of voor de wederpartij gunstige "sfeer" waaraan de kennismemende magistraten moeilijk zouden kunnen ontkomen, geen reden tot verwijzing wegens gewettigde verdenking kunnen opleveren, wanneer geen enkel feit uiteengezet wordt dat vijandschap of animositeit kan doen vermoeden bij de magistraten, op wie geen rechtmatige verdenking van partijdigheid kan rusten²⁴.

Een beklaagde die in eerste aanleg veroordeeld was op de strafvordering en de burgerlijke rechtsvorderingen wegens onopzettelijk doden van de zoon van een raadsheer in het hof van beroep, burgerlijke partij, en die moest verschijnen vóór het hof waarbij aanhangig waren het hoger beroep tegen hem aangetekend door de procureur des Konings en het hoger beroep tegen de burgerlijke partijen aangetekend door de burgerrechtelijk aansprakelijke partij, had bij het Hof een verzoek tot verwijzing naar een ander hof van beroep ingediend, op de gronden dat de kennismemende magistraten in een moeilijke toestand verkeerden wegens hun sympathie voor hun collega die pijnlijk getroffen was door het verlies van zijn zoon, en zij aldus wellicht, al was het onbewust, zouden worden beïnvloed door de toestand van een der partijen. Dit verzoekschrift heeft U verworpen na erop te hebben gewezen dat, met betrekking tot verzoeker, alleen de strafvordering bij het hof van beroep aanhangig was, dat geen reden was om te "vermoeden dat de collega's van de burgerlijke partij (...) zich bij het beoordelen van de zaak door andere gevoelens zouden laten leiden dan de rechtvaardigheid", en dat de aangevoerde omstandigheden dus niet van die aard zijn dat zij tegen de rechtsbedeling door het kennismemende hof van beroep een verdenking doen ontstaan²⁵.

De toestand zou delicaat geweest zijn, indien de burgerrechtelijk aansprakelijke partij, eiseres in hoger beroep, ook de verwijzing had aangevraagd. Het Franse Hof van Cassatie heeft bij voorbeeld overwogen, dat de omstandigheid dat de eerste voorzitter van een hof van beroep partij is in een bij dit hof aanhangig burgerlijk geschil, een voldoende reden is om de zaak te verwijzen naar een ander hof van beroep waarvan de beslissing ieders respect zal afdwingen met het volstrekke gezag dat van een justitiële uitspraak moet uitgaan²⁶.

²⁴ "(...) lorsque n'est articulé aucun fait de nature à laisser présumer l'inimitié ou l'animosité des magistrats (...), lesquels ne sauraient être atteints d'un soupçon légitime de partialité" (Cass. fr., 2e Civ., 26 november 1964, *Bull. des arrêts C. cass. de France*, Ch. civ., 1964, II, n° 768, p. 563; 7 mei 1965, *ibid.*, 1965, II, n° 414, p. 285, en 17 juni 1970, *ibid.*, 1970, II, n° 214, p. 163).

²⁵ Cass., 20 november 1972 (*Arr. Cass.*, 1973, 284).

²⁶ Cass. fr., 2e Civ., 31 januari 1958, *Gazette du Palais*, 1958, 1er sem., p. 218; zie ook het arrest van 16 juli 1924 aangehaald in voetnoot 18.

9. Het Hof heeft bewilligd in een vordering tot onttrekking van de zaak aan een rechtbank van eerste aanleg waarvan de voorzitter de vader van een der partijen in een burgerlijk geschil was en in dit geschil persoonlijk ter verdediging van de belangen van zijn zoon was opgetreden nog vóór de rechtsvordering ingesteld was. U heeft dit als een voldoende reden tot verdenking beschouwd wegens het vermoeden van welwillendheid van de rechtbank jegens sommige partijen, dat dit optreden van de voorzitter "in de geest van de andere partijen en van derden" zou kunnen wekken²⁷.

U heeft ook aan een rechtbank een eis tot echtscheiding van een van haar leden onttrokken, onder overweging dat deze omstandigheid "bij de andere partij in het geding – die de verwijzing verzocht – en bij derden een wettige verdenking kon doen ontstaan in verband met de strikte onpartijdigheid van de wijzen beslissing"²⁸.

Deze bezorgheid om verdenking van partijdigheid niet enkel bij de partijen in geschil maar bij derden te vermijden lijkt mij ten volle verantwoord; in strafzaken heeft U daaraan uiting gegeven met in te gaan op het verzoekschrift van een procureur des Konings om naar een onderzoeksrechter van een andere rechtbank van eerste aanleg te verwijzen het onderzoek, gerequireerd ten laste van een verdachte die de zoon was van een magistraat van dezelfde rechtbank waarvan alle leden en hun naverwanten geregelde relaties met elkaar onderhielden; U heeft overwogen dat die omstandigheden "van zodanige aard zijn dat zij bij de in de zaak betrokken partijen en bij derden een gewettigde verdenking konden doen ontstaan omtrent de objectiviteit en de onpartijdigheid bij het verrichten van de daden van onderzoek en vervolging betreffende de feiten van de telastlegging die bij de onderzoeksrechter aanhangig zijn"²⁹.

In andere verwijzende beslissingen heeft het Hof enkel vastgesteld dat bij de betrokken partijen een reden tot gewettigde verdenking aanwezig was³⁰.

U heeft eveneens een zaak aan een hof van assisen onttrokken op verzoek van een beschuldigde, onder vaststelling dat sommige plaatselijke kranten de openbare opinie, die reeds in beroering verkeerde door de ten laste van de beschuldigde gelegde misdaad, in een toestand van grote opwinding hadden gebracht, dat die kranten lange uittreksels uit het dossier hadden gepubliceerd en dat alle gezwoeren die op de lopende lijsten voorkwamen en die konden voorkomen op lij-

ten van de zitting waarnaar de zaak was verwezen, systematisch waren aangesproken. U heeft daarin een geheel van omstandigheden gezien dat aan de sereniteit van de gezwoeren van het hof van assisen afbreuk kon doen, hetgeen de verwijzing van de berechting van de beschuldiging naar een hof van assisen van een andere provincie rechtvaardigde³¹.

10. Aan ieder gerecht kan het Hof een zaak onttrekken wegens wettige verdenking, niet echter aan het Hof zelf³². Uit de aangehaalde voorbeelden blijkt dat het verzoekschrift, al naar het geval, kan strekken tot verwijzing naar een andere onderzoeksrechter, een ander burgerlijk of strafrechtelijk vonnisgerecht, een ander hof van assisen. Het Hof heeft impliciet aangenomen dat een zaak ook aan een commissie tot bescherming van de maatschappij kan worden onttrokken om reden van wettige verdenking³³.

Maar de verdenking moet op het gehele gerecht rusten. Het is niet voldoende dat één lid of enkele leden ervan onder verdenking staan³⁴.

In dit opzicht heeft het Hof beslist, dat een verzoek tot verwijzing van een jeugdrechtbank naar een andere niet kan ingewilligd worden dan indien het gericht is tegen alle jeugdrechters die deze rechtbank vormen: zijn er verscheidene jeugdrechters, dan is een verzoek dat berust op feiten die slechts aan één van hen toegeschreven worden, eigenlijk een wraking of verschoning, waarop de regelen van de artikelen 828 en volgende van het Gerechtelijk Wetboek toepassing vinden³⁵. Zulks geldt eveneens voor een politierechtbank met verscheidene rechters.

Het Hof heeft er vaak aan herinnerd dat een verzoekschrift tot verwijzing wegens gewettigde verdenking niet ontvankelijk is, wanneer het steunt op feiten die niet voor de rechter, maar voor het openbaar ministerie of de griffie³⁶ dan wel voor de politie of rijkswacht bezwarend zijn³⁷.

²⁷ Cass., 12 december 1960 (*Arr. Cass.*, 1961, 358).

²⁸ Cass., 21 december 1972 (*Arr. Cass.*, 1973, 443); zie *Fr. Cass.*, ch. crim., 12 juni 1909 (*Pas.*, 1910, IV, 40); 25 januari 1921 (*Sir.*, 1922, I, 197) en 15 juni 1934 (*Dall. H.*, 1934, 415); *Rép. prat. dr. belge*, v° "Renvoi d'un tribunal à un autre", nrs. 19 en vlg., 54 en 79 en vlg.; *SOLUS* en *PERROT*, *Droit judiciaire privé*, I, 1961, nr. 806, p. 684; *Dalloz*, *Nouveau Rép. de droit*, v° "Renvoi", nr. 16.

²⁹ Cass., 8 januari en 25 juni 1973 (*Arr. Cass.*, 1973, 474 en 1046).

³⁰ Cass., 30 oktober 1961 en 12 februari 1962 (*Bull. en Pas.*, 1962, I, 241 en 672); 3 september 1962 (*ibid.*, 1963, I, 4) en 24 mei 1967 (*Arr. Cass.*, 1967, 1170).

³¹ Cass., 18 december 1972 (*Arr. Cass.*, 1973, 403) en noot 1 op p. 403, die het onderscheid rechtvaardigt tussen de onttrekking van een zaak aan een onderzoeksrechter en de onttrekking aan een rechter in de jeugdrechtbank.

³² Cass., 19 april en 20 december 1937 (*Bull. en Pas.*, 1937, I, 117 en 389); 12 februari 1962 (*ibid.*, 1962, I, 672); 22 juni 1964 (*ibid.*, 1964, I, 1140); 24 mei 1967 (*Arr. Cass.*, 1967, 1170); 18 september 1972 (*ibid.*, 1973, 68) en 22 januari 1974 i.z. *De Cubber* (*Arr. Cass.*, 1974, op de datum).

³³ Cass., 22 juni 1964 (*Bull. en Pas.*, 1964, I, 1140) en 19 juni 1972 (*Arr. Cass.*, 1972, 986).

²⁷ Cass., 3 maart 1972 (*Arr. Cass.*, 1972, 620).

²⁸ Cass., 18 mei 1972 (*Arr. Cass.*, 1972, 869).

²⁹ Cass., 17 januari 1972 (*Arr. Cass.*, 1972, 482); 18 juni 1973 (*ibid.*, 1973, 1023) en 17 en 24 juni 1974 in zake *Guertero-Rodriguez* en in zake de procureur des Konings te Namen t/P. (*ibid.*, 1974, op de datums); zie ook Cass., 8 november 1971 (*Arr. Cass.*, 1972, 249) waarbij een zaak naar een andere correctionele rechtbank verwezen wordt in een analoog geval.

³⁰ *Bv. Cass.*, 10 januari 1972 (*Arr. Cass.*, 1972, 453).

11. In het algemeen wordt aangenomen dat de onmogelijkheid voor een gerecht om samengesteld te worden, zowel in de burgerlijke zaken als in strafzaken, een verwijzingsgrond kan zijn hoewel daarvan noch in het Gerechtelijk Wetboek noch in het Wetboek van Strafvordering melding wordt gemaakt³⁸.

In Frankrijk bepaalt artikel 662, eerste lid, van de "Code de procédure pénale" sinds 1958 uitdrukkelijk: "en matière criminelle, correctionnelle ou de police, la chambre criminelle de la Cour de cassation peut dessaisir toute juridiction d'instruction ou de jugement et renvoyer la connaissance de l'affaire à une autre juridiction du même ordre, soit si la juridiction normalement ne peut être légalement composée ou si le cours de la justice se trouve autrement interrompu, soit pour cause de suspicion légitime".

In België zijn rechtspraak en rechtsleer het eens om de wraking of verschoning van alle magistraten van een gerecht gelijk te stellen met een verzoek tot verwijzing wegens gewettigde verdenking³⁹. En het Hof heeft vaak beslist dat zulks ook geldt wanneer, wegens onthouding van een aantal rechters, de rechtbank niet kan samengesteld worden⁴⁰. Het arrest van 7 januari 1974 heeft aan een correctionele rechtbank een zaak onttrokken en ze naar een andere rechtbank verwezen, op grond dat alle rechters in de rechtbank van eerste aanleg rechtmatige redenen van verhindering of onthouding hadden doen gelden⁴¹. Het arrest van 24 juni 1974 waarbij dezelfde maatregel wordt bevolen, wijst er alleen op dat de meeste rechters van de rechtbank van eerste aanleg verklaard hadden ofwel dat bij hen een reden van verschoning bestond ofwel dat zij de zaak niet met de nodige vrijheid van gemoed zouden kunnen berechten, zodat het onmogelijk bleek drie rechters aan te wijzen die konden uitspraak doen zonder bij de partijen en derden een gewettigde verdenking te doen ontstaan omtrent de onpartijdigheid

en objectiviteit van de beslissing⁴². Op te merken is in dit laatste arrest dat het Hof zich er niet over uitgesproken heeft of de redenen van verschoning, door sommige rechters aangevoerd ter verantwoording van hun houding, werkelijk bestonden. De reden daarvan is, meen ik, dat wegens "de bezorgdheid een rechtspleging te moderniseren die te log was, en niet beantwoordt aan de behoeften van de praktijk"⁴³, de makers van het Gerechtelijk Wetboek in artikel 831 enkel bepaald hebben dat "iedere rechter die weet dat er een reden van wraking tegen hem bestaat, zich van de zaak moet onthouden". Onder de gelding van artikel 380 van de "Code de procédure civile", dat dezelfde verplichting bevatte, was de rechter in zodanig geval ertoe gehouden aan de kamer waartoe hij behoorde, de reden van verschoning mee te delen en deze kamer besliste of hij zich moest onthouden. Uit overweging dat de alleen rechtsprekende rechter zelf de beslissing moest nemen, heeft de wetgever dezelfde regel voor alle magistraten aangenomen en de procedure die vroeger gold in geval van onthouding van een vrederechter, toepasselijk verklaard op alle magistraten⁴⁴. Welnu, er werd aangenomen dat de vrederechter zich kon onthouden zonder zijn redenen aan de rechtbank te hoeven mede te delen, net als zijn berusting in de tegen hem gerichte wraking ten voordele van de wraker een einde maakte aan het incident aangezien, luidens artikel 47 van de "Code de procédure civile" de mededeling van de stukken aan de procureur des Konings en de berechting door de rechtbank van eerste aanleg slechts plaatshadden wanneer de gewraakte vrederechter weigerde zich te onthouden of te antwoorden⁴⁵. Aldus, door het toezicht van de kamer waartoe de magistraat behoort, of dat van de rechtbank op de gegrondheid van de aangevoerde redenen tot onthouding af te schaffen, heeft de wetgever, me dunkt, ook de toetsing door het Hof willen uitsluiten, wanneer, wegens het aantal magistraten die zich onthouden, de regels van de onttrekking der rechtszaak en van de verwijzing toepassing moeten vinden. Het spreekt echter vanzelf, dat de tuchtrechtelijke overheid bevoegd is om de zich onthoudende rechter te vragen wat de reden daarvan is en om, zo nodig, sancties toe te passen. De artikelen 6 van het Gerechtelijk Wetboek en 258 van het Strafwetboek, die de rechtsweigeren betreffen, zouden ook voor toepassing in aanmerking kunnen komen.

12. Wij hebben gezien dat de makers van het Gerechtelijk Wetboek de onttrekking van de zaak aan

³⁸ Zie *Rép. prat. dr. belge*, v° "Renvoi d'un tribunal à un autre", nrs. 67 en vlg., alsmede nrs. 132 en vlg., en ook de daar gegeven verwijzingen; *Nov. Procédure pénale, Des règlements de juges et des renvois d'un tribunal à un autre*, nrs. 147, 152 tot 154, 190 tot 195 *quinquies* en 211, alsmede de verwijzingen, met name in burgerlijke zaken: Cass., 15 december 1936 (*Bull. en Pas.*, 1936, I, 455), 11 januari 1937 (*ibid.*, 1937, I, 3) en 2 oktober 1959 (*ibid.*, 1960, I, 143); in strafzaken: Cass., 7 oktober 1946 (*ibid.*, 1946, I, 346).

³⁹ Cass., 25 juni 1934 (*Bull. en Pas.*, 1934, I, 343); Cass. fr., 2e civ., 6 maart 1958 (*Bull. des arrêts de la Cour de cass. de Fr.*, ch. civ., 1958, II, nr. 181, p. 116); *Rép. prat. dr. belge*, v° "Renvoi d'un tribunal à un autre", nrs. 69 en 133; *Pand. belges, eod. v°*, nrs. 44 tot 46; verslag-VAN REEPINGHEN over het ontwerp van Gerechtelijk Wetboek, *Senaat*, zitting 1963-1964, *Gedr. St.*, nr. 60, p. 202.

⁴⁰ Cass. 19 oktober 1972 (*Arr. Cass.*, 1973, 179), 7 januari 1974 i.z. procureur des Konings te Aarlen t/ Wagner e.a. en 24 juni 1974 i.z. procureur des Konings te Namen t/ P. (*ibid.*, 1974, op de datum; zie Cass., 11 januari 1937 (*Bull. en Pas.*, 1937, I, 3) en noot 11; Cass. fr., 18 februari 1929 (*Sir.*, 1929, I, 216) en Cass. fr., 2e civ., 4 november 1970 (*Bull. arrêts ch. civ.*, 1970, II, nr. 298, p. 226).

⁴¹ Cass. 7 januari 1974, aangehaald in de vorige noot.

⁴² Cass., 24 juni 1974, waarvan sprake in noot 40.

⁴³ Verslag-VAN REEPINGHEN, *Senaat*, zitting 1963-1964, *Gedr. St.*, nr. 60, p. 202, en verslag-DE BAECK, zitting 1964-1965, *Gedr. St.*, nr. 170, pp. 139 en 140.

⁴⁴ Verslag-VAN REEPINGHEN, waarvan sprake in de vorige noot, p. 203.

⁴⁵ Cass., 28 november 1887 (*Bull. en Pas.*, 1888, I, 28); *Rép. prat. dr. belge*, v° "Récusation", nrs. 158 en 173.

de rechter door het Hof van Cassatie hebben willen regelen voor alle burgerlijke zaken, de vrederechtszaken inbegrepen⁴⁶, en bovendien een reden van verwijzing op grond van bloed- of aanverwantschap hebben bepaald voor de politierechtbanken⁴⁷. Het staat derhalve buiten kijf⁴⁸, dat, sinds het Gerechtelijk Wetboek in werking getreden is, alleen het Hof van Cassatie bevoegd is om een burgerlijke zaak te onttrekken aan de vrederechter in de vier gevallen van artikel 648, en een strafzaak aan de politierechtbank in het geval van artikel 649, 2° van voornoemd wetboek.

Dit geldt echter niet ingeval een vrederechter of een politierechter, of hun plaatsvervangers, wettig verhinderd zijn. Artikel 72 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt immers: "Ingeval een vrederechter en zijn plaatsvervangers wettig verhinderd zijn, verwijst de arrondissementsrechtbank de partijen naar een andere vrederechter van hetzelfde arrondissement. Het vonnis van verwijzing wordt uitgesproken op verzoek van de meest gereede partij, de partijen tegenwoordig zijnde of bij gerechtsbrief behoorlijk opgeroepen door de griffier, en de procureur des Konings gehoord.

"Tegen dit vonnis staat geen verzet of hoger beroep open. (...)

De vorige bepalingen zijn toepasselijk op de politierechtbanken".

Dit is een aanpassing van artikel 8 van de Wet van 18 juni 1969, waarbij in hetzelfde geval aan de rechtbank van eerste aanleg bevoegdheid werd verleend om een politiezaak zowel als een burgerlijke zaak naar de vrederechter van het dichtstbijgelegen kanton te verwijzen⁴⁹.

Welnu, artikel 8 van de Wet van 18 juni 1969 werd beschouwd als een afwijking van de artikelen 542 en 544 van het Wetboek van Strafvordering en 15 van de Wet van 4 augustus 1832 die de berechting van de verzoeken tot verwijzing van een vrederechter of een politierechtbank naar een andere aan het Hof van Cassatie opdroegen⁵⁰.

Men kan zich afvragen of het logisch was, na die bepaling in het Gerechtelijk Wetboek te hebben be-

houden, de in de artikelen 648 en volgende bepaalde verwijzing door het Hof van Cassatie uit te breiden tot de vrederechters en de politierechtbanken.

Om die teksten te verzoenen moet men de bevoegdheid van het Hof aannemen in de gevallen omschreven in de laatstvermelde bepalingen, met dien verstande dat, wat de vrederechters en de politierechtbanken betreft, daarvan worden uitgesloten de gevallen waarin het onmogelijk is het gerecht samen te stellen wegens de verhindering van de werkende en plaatsvervangende rechters, voor welke gevallen enkel de rechtspleging van artikel 72 toepassing zal vinden.

13. Na dit korte onderzoek van de feiten en omstandigheden die de verwijzing, door het Hof, van een rechtbank naar een andere kunnen rechtvaardigen, zou ik nog even uw aandacht willen vragen voor enkele procedurekwesties.

Wanneer de procureur-generaal bij het Hof van Cassatie verzoekt een zaak aan een gerecht te onttrekken en te verwijzen naar een ander gerecht zowel in burgerlijke zaken (art. 651 Ger.W.) als in strafzaken (art. 542 Sv.), dient hij ter griffie een met redenen omklede en ondertekende vordering in.

In de andere gevallen wordt de eis ingesteld bij een met redenen omkleed en ondertekend verzoekschrift dat ter griffie van het Hof van Cassatie wordt ingediend (art. 653 Ger.W.; art. 542 Sv.). Een niet ondertekend verzoekschrift is onontvankelijk⁵¹.

Het verzoekschrift moet aangeboden en ondertekend worden door een advocaat bij het Hof van Cassatie (art. 478 Ger.W.)⁵², behalve wanneer het door het openbaar ministerie of door een beklaagde ingediend wordt⁵³.

Leidt het verzoekschrift een tussenvordering in de zin van artikel 37 van de Wet van 15 juni 1935 in, dan moet het zijn gesteld in de taal die in het geding over de hoofdvordering is gebruikt⁵⁴.

Een verzoek tot onttrekking van een rechtszaak is onontvankelijk, wegens het ontbreken van een bestaansreden, wanneer het ingediend wordt voordat de zaak aanhangig is bij het bedoelde gerecht⁵⁵ of nadat

⁴⁶ Supra, nr 1.

⁴⁷ Supra, nr 4.

⁴⁸ Dit was voorheen een twistpunt: zie *Rép. prat. dr. belge*, v° "Renvoi d'un tribunal à un autre", nrs. 17 en 18; *Pand. belges*, eod. v°, nr. 7, 77bis en 55ter; *Nov., Procédure pénale*, t. II, vol. II, *Des règlements de juges et des renvois d'un tribunal à un autre*, door DU JARDIN, nrs. 163 tot 166 en 189.

⁴⁹ Voortaan wordt de rechter naar wie de zaak wordt verwezen, vrij gekozen binnen de grenzen van het gerechtelijk arrondissement en zulks door de arrondissementsrechtbank en niet meer door de rechtbank van eerste aanleg.

⁵⁰ Cass., 24 juni 1889 (*Bull. en Pas.* 1889, I, 225); BELTJENS, *Code d'instruction criminelle*, art. 542, nrs. 24 en 25; *Rép. prat. dr. belge*, v° Renvoi d'un tribunal à un autre", nr. 18; *Pand. belges*, cod. v°, nrs. 7, 55bis en 55ter; *Nov., Procédure pénale*, t. II, vol. II, *Des règlements de juges et des renvois d'un tribunal à un autre*, door DU JARDIN, nrs. 163 en vlg. en 189.

⁵¹ Cass., 18 juni 1974 i.z. Vromman, *Arr. Cass.*, 1974, op de datum.

⁵² In burgerlijke zaken: Cass., 19 juni 1972 (*Arr. Cass.*, 1972, 986); Cass., 11 juni 1974, i.z. De Cubber (*ibid.*, 1974, op de datum).

⁵³ Vaste rechtspraak sinds Cass., 19 april 1937 (*Bull. en Pas.*, 1937, I, 97); noot 2 onder Cass., 18 maart 1940 (*ibid.*, 1940, I, 97); Cass., 12 februari 1962 (*ibid.*, 1962, I, 672); 19 juni 1972 (*Arr. Cass.*, 1972, 986); 18 september en 21 december 1972, 8 januari en 25 juni 1973 (*ibid.*, 1973, 68, 443, 474 en 1046); 4 september 1973 (*ibid.*, 1974, 5), 22 januari 1974 en 11 juni 1974 telkens i.z. De Cubber (*ibid.*, 1974, op de datum).

⁵⁴ Cass., 17 april en 25 juni 1973 (*Arr. Cass.*, 1973, 820 en 1046); raadpl. Cass., 4 september 1973 (*ibid.*, 1974, 5).

⁵⁵ Cass., 8 januari 1973 (*Arr. Cass.*, 1973, 474).

dit gerecht zelf reeds de zaak uit handen heeft gegeven⁵⁶.

In strafzaken bepaalt artikel 543 van het Wetboek van Strafvordering, dat een partij die vrijwillig heeft geprocedeerd voor een rechtbank of een onderzoekrecht, in haar verzoek tot onttrekking niet ontvankelijk is dan op grond van omstandigheden die zich nadien hebben voorgedaan en die van zodanige aard zijn dat zij een gewettigde verdenking doen ontstaan⁵⁷.

In burgerlijke zaken gaf artikel 369 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering een soortgelijke regel m.b.t. verwijzing op grond van bloed- of aanverwantschap⁵⁸. Die bepaling is in het Gerechtelijk Wetboek niet overgenomen; over de redenen daartoe heeft de wetgever zich niet uitgelaten, maar het is waarschijnlijk eenvoudigheidshalve geschied.

In strijd met wat aangenomen werd onder de werking van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering⁵⁹ en met wat nog altijd geldt in strafzaken⁶⁰, verleent daarentegen artikel 654 van het Gerechtelijk Wetboek schorsende kracht aan de indiening van het verzoekschrift tot onttrekking van de rechtszaak. Luidens die bepaling geeft de griffier van het Hof daarvan bericht aan de griffier van de rechter jegens wie onttrekking wordt gevorderd.

Zo is, naar het mij voorkomt zonder noodzaak, een verschil te meer geschapen tussen de onttrekking van een burgerlijke zaak aan het gerecht en de verwijzing van een strafzaak van de ene rechtbank naar de andere; in de laatstbedoelde stof wordt de voortzetting van de rechtsgang slechts uitgesteld indien het Hof de onttrekking onmiddellijk uitspreekt of de mededeling van het verzoekschrift beveelt⁶¹.

14. Zowel in burgerlijke zaken (art. 655 Ger.W.) als in strafzaken (art. 545 Sv.), kan het Hof einduitspraak doen na inzage van het verzoekschrift en van de stukken, of bevelen dat alles zal worden meegedeeld.

⁵⁶ Cass., 19 juni 1972 (*Arr. Cass.*, 1972, 986); 18 september en 21 december 1972, 25 juni 1973 (*ibid.*, 1973, 68, 443 en 1046); 4 september 1973 (*ibid.*, 1974, 5).

⁵⁷ *Rép. prat. dr. belge*, v° "Renvoi d'un tribunal à un autre", nrs. 98, 103, 104, 113 en 114; *Nov., Proc. pénale*, t. II, vol. II, *Des règlements de juges et des renvois d'un tribunal à un autre*, door W. DU JARDIN, nr. 171.

⁵⁸ *Rép. prat. dr. belge*, v° "Renvoi d'un tribunal à un autre", nr. 40; *Pand. b., eod. v°*, nrs. 28 tot 30.

⁵⁹ *Rép. prat. dr. belge*, v° "Renvoi d'un tribunal à un autre", nr. 75; *Pand. b., eod. v°*, nr. 50.

⁶⁰ *Rép. prat. dr. belge*, v° "Renvoi d'un tribunal à un autre", nrs. 102, 113 en 114; *Pand. belges, eod. v°*, nrs. 91 en 92; *Nov., Procédure pénale*, t. II, vol. II, *Des règlements de juges et des renvois d'un tribunal à un autre*, door W. DU JARDIN, nr. 174.

⁶¹ *Rép. prat. dr. belge*, v° "Renvoi d'un tribunal à un autre", nr. 112; *Nov., Procédure pénale*, t. II, vol. II, *Des règlements de juges et des renvois d'un tribunal à un autre*, door W. DU JARDIN, nr. 177.

Gedurende de laatste jaren heeft het Hof maar eenmaal die mededeling gelast.

Wanneer het Hof in strafzaken onmiddellijk uitspraak doet, wordt het arrest dat de verwijzing beveelt op verzoek van de procureur-generaal bij het Hof van Cassatie betekend aan het openbaar ministerie bij het gerecht waaraan de zaak is onttrokken, en aan de andere partijen dan de verzoeker; die andere partijen hebben het recht verzet aan te tekenen binnen de termijn van één maand, te rekenen vanaf de betekening, en in de vormen voorgeschreven in hoofdstuk II van titel III van boek II van het Wetboek van Strafvordering, d.w.z. in de vormen bepaald voor het cassatieberoep (artt. 545, 548, 549, 551, 532 en 533 Sv., het laatste zoals vervangen bij artikel 159 van de wijzigingsbepalingen vervat in artikel 3 van de Wet van 10 oktober 1967 houdende het Gerechtelijk Wetboek)⁶².

In burgerlijke zaken daarentegen schijnt de wetgever het recht van verzet te hebben afgeschaft voor de partijen die niet zijn opgeroepen om vóór het Hof hun middelen voor te dragen. Wel luidt de Franse tekst van artikel 655 van het Gerechtelijk Wetboek als volgt: "Sur le vu de la requête et des pièces justificatives, la Cour de cassation statue définitivement, sauf opposition, ou ordonne que le tout soit communiqué". Maar uit de parlementaire voorbereiding⁶⁴ blijkt dat de wetgever het recht van verzet heeft willen afschaffen en dat de Nederlandse tekst van dat artikel, waarin de woorden "behoudens verzet" weggelaten zijn, precies zijn bedoeling weergeeft.

Naar mijn mening is het te betreuren, dat in burgerlijke zaken een partij niet tenminste in verzet kan komen tegen een beslissing die haar, buiten haar weten en zonder dat zij gelegenheid heeft gehad om verweer te voeren, aftrekt van een rechter bij wie de zaak regelmatig aanhangig is gemaakt. Het Hof zal wijs handelen als het, in een zodanige aangelegenheid, mededeling van de vordering tot onttrekking van de rechtszaak gelast, zodra de omstandigheden niet zodanig zullen wezen dat generlei nadeel daaruit kan voortvloeien voor de andere partijen dan verzoeker.

15. Het arrest van het Hof waarbij een vordering tot onttrekking wordt toegewezen, laat, in burgerlijke zaken, de proceshandelingen, verricht vóór de indiening van het verzoekschrift, bestaan⁶⁵. In strafzaken kan het Hof alle handelingen vernietigen, die mochten verricht zijn door het hof, de rechtbank of de rechters, aan wie het de zaak onttrekt (artt. 536 en 551 Sv.).

⁶² Cass., 31 oktober 1960 (*Bull. en Pas.*, 1961, I, 234).

⁶³ *Rép. prat. dr. belge*, v° "Renvoi d'un tribunal à un autre", nrs. 120 tot 122 en 125; *Nov., Procédure pénale*, t. II, vol. II, *Des règlements de juges et des renvois d'un tribunal à un autre*, door W. DU JARDIN, nrs. 180 en 181.

⁶⁴ Zie noot onder Cass. 18 mei 1972 (*Arr. Cass.*, 1972, 869).

⁶⁵ *Rép. prat. dr. belge*, v° "Renvoi d'un tribunal à un autre", nr. 43; *Pand. b., eod. v°*, nr. 39.

Artikel 658 van het Gerechtelijk Wetboek zegt naar welk gerecht de verwijzing moet geschieden in burgerlijke zaken. In strafzaken is de keus van het Hof minder beperkt, maar doorgaans wordt de verwijzing bevolen naar een gerecht van dezelfde rang dat onder hetzelfde hof van beroep ressorteert⁶⁶.

Het arrest verleent territoriale bevoegdheid⁶⁷.

Wanneer het een procedure aan een onderzoeksrechter onttrekt en ze naar de onderzoeksrechter van een andere rechtbank verwijst, zegt het Hof nog steeds dat de rechter op verwijzing verslag zal moeten doen aan de raadkamer van de rechtbank waartoe hij behoort⁶⁸.

Bij verwijzing naar een ander strafgerecht, doet het Hof geen uitspraak over de kosten van het incident, die er trouwens niet zijn wanneer het verzoekschrift door het openbaar ministerie of de beklaagde werd ingediend⁶⁹ en het Hof mededeling aan andere partij en niet heeft gelast.

In burgerlijke zaken houdt het Hof de kosten aan,

⁶⁶ *Rép. prat. dr. belge*, v° "Renvoi d'un tribunal à un autre", nr. 116; *Nov., Procédure pénale*, t. II, vol. II, *Des règlements de juges et des renvois d'un tribunal à un autre*, door W. DU JARDIN, nr. 178.

⁶⁷ *Rép. prat. dr. belge*, v° "Renvoi d'un tribunal à un autre", nrs. 78 en 123; *Nov., Procédure pénale*, t. II, vol. II, *Des règlements de juges et des renvois d'un tribunal à un autre*, door W. DU JARDIN, nrs. 146 en 182.

⁶⁸ Cass., 17 januari 1972 (*Arr. Cass.*, 1972, 482); 18 juni 1973 (*ibid.*, 1973, 1023) en 17 juni 1974, i.z. Guerrero (*ibid.*, 1974, op zijn datum).

⁶⁹ Wetboek van Registratierechten, art. 162, 5° en 5°bis, 279¹, 1°, 279², 1°, en 280, 1°.

en daarover wordt door de rechter in feitelijke aanleg uitspraak gedaan⁷⁰.

In geval van verwerping doet het Hof in alle materies uitspraak over de kosten en gerechtskosten⁷¹.

16. Bij het kennis nemen van een vordering tot onttrekking doet het Hof uitspraak over de afstand daarvan⁷²; ingeval de eiser zijn afstand intrekt, slaat het daarop geen acht⁷³.

De verwerping van een vordering tot onttrekking sluit een nieuw verzoekschrift niet uit, mits dit berust op feiten die zich sedert de uitspraak hebben voorgedaan, zowel in burgerlijke zaken (art. 659 Ger.W.) als in strafzaken (art. 552 Sv.)⁷⁴. Het Hof heeft evenwel impliciet aangenomen, met toepassing van artikel 40, lid 4, van de Wet van 15 juni 1935, dat een nieuwe vordering op dezelfde gronden kan worden gebaseerd als de eerste, indien deze door geen enkele andere nietigheid aangetast was dan die welke uit een overtreding van evengenoemde wet voortvloeit⁷⁵.

⁷⁰ Cass., 11 januari 1937 (*Bull. en Pas.* 1937, I, 3); 3 maart en 18 mei 1972 (*Arr. Cass.*, 1972, 620 en 869).

⁷¹ Zie o.m., zelfs ingeval de verzoeker een geïnterneerde is die verwijzing van een commissie tot sociaal verweer naar een andere had gevraagd, Cass., 25 juni 1973 (*Arr. Cass.*, 1973, 1047); anders: Cass., 8 januari 1973 (impliciete oplossing) (*ibid.*, 1973, 474).

⁷² *Rép. prat. dr. belge*, v° "Renvoi d'un tribunal à un autre", nr. 81.

⁷³ Cass., 12 februari 1962 (*Bull. en Pas.*, 1962, I, 672).

⁷⁴ Cass., 20 december 1937 (*Arr. Verbr.*, 1937, 184; *Bull. en Pas.*, 1937, I, 389); 22 april en 22 juli 1974, i.z. De Cubber (*Arr. Cass.*, 1974, op de datums); *Rép. prat. dr. b.*, v° "Renvoi d'un tribunal à un autre", nrs. 55 en 127.

⁷⁵ Cass., 26 november 1973 (*Arr. Cass.*, 1974, 349).

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 29 OKTOBER 1973

Voorzitter : de h. Trousse

Raadsheer-verslaggever : de h. Capelle

Eerste advocaat-generaal : de h. Mahaux

Grondwet—Grondrechten—Vrijheid van meningsuiting—Persvrijheid—Niet onbeperkt op de openbare weg—Verspreiding van drukwerk op de openbare weg—Gemeentelijke verordening—Voorafgaand verlof—Grondwettigheid.

Hoewel krachtens art. 14 Grondwet de Belgen hun mening op alle gebied vrij mogen uiten en de overheid derhalve de uitoefening van dat recht van vrije meningsuiting niet mag onderwerpen aan een voorafgaand toezicht op de meningen waaraan uiting zal worden gegeven, wordt hierbij geen onbeperkte vrijheid toegekend om zelfs voor dergelijke uiting gebruik te maken van de openbare weg.

Hoewel art. 18 Grondwet de persvrijheid waarborgt, heeft die vrijheid niet tot gevolg de onbeperkte vrijheid

om op de openbare weg drukwerk te verkopen en te verspreiden.

De verspreiding of de tekoopaanbieding van drukwerk op de openbare weg kan op sommige plaatsen of op sommige ogenblikken het verkeer belemmeren, de rust van het publiek verstoren, het schoonhouden van de straten in het gedrang brengen en zelfs verkeersopstoppen veroorzaken. Door deze verspreiding afhankelijk te stellen van een voorafgaand verlof om voornoemde gevolgen te vermijden, schendt de gemeentelijke overheid noch de artt. 14 en 18 Grondwet, noch enige andere wettelijke of conventionele bepaling.

Procureur des Konings te Namen t/ Harcq

Gelet op het bestreden vonnis, op 30 maart 1973 in hoger beroep gewezen door de Correctionele Rechtbank te Namen;

Over het middel afgeleid uit de schending van de artikelen 14 en 18 van de Grondwet, 50 van het decreet van 14 december 1789, 3 van titel XI van het decreet van 16-24 augustus 1790, 46 van het decreet van 19-22 juli 1791, 78 van de gemeentewet en 22 van het algemeen

politie-reglement van de stad Namen van 13 juni 1969, zoals gewijzigd bij het gemeenteraadsbesluit van 20 januari 1972,

doordat het bestreden vonnis artikel 22 van het algemeen politie-reglement van de stad Namen onwettig verklaart op grond dat "wegens de leegte zelf van de tekst (...) de gemeentelijke overheid zonder de minste rechtvaardiging elk verzoek kan weigeren tot verkrijging van het verlof om geschriften uit te delen, waarin medeburgers hun meningen omtrent een bepaald onderwerp zouden uiten of uiteenzetten; de inhoud van het bewuste reglement dus erop neerkomt aan de gemeentelijke overheid een werkelijke censuurbevoegdheid toe te kennen die de vrijheid van meningsuiting en de persvrijheid aan banden kan leggen; die bevoegdheid des te meer ongrondwettig is, daar zij tersluiks zou kunnen worden uitgeoefend, zonder dat er melding van zou worden gemaakt", zodat voornoemd artikel 22 schending oplevert van de artikelen 14 en 18 van de Grondwet alsmede van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden;

Overwegende dat verweerder vervolgd werd om te Namen zonder verlof van het college van burgemeester en schepenen strooibiljetten op de openbare weg te hebben verspreid; dat dit misdrijf wordt gestraft bij artikel 22 van het algemeen politie-reglement van de stad Namen van 13 juni 1969, zoals gewijzigd bij het gemeenteraadsbesluit van 20 januari 1972, waarin wordt bepaald: "Verspreiding of tekoopaanbieding van andere geschriften dan dagbladen wordt afhankelijk gesteld van een voorafgaand verlof van het college van burgemeester en schepenen";

Overwegende dat het vonnis om de in het middel vermelde redenen beslist dat, daar de rechtbank wegens de bewoordingen van artikel 22 de voorafgaande toetsing niet kan verrichten waartoe zij krachtens artikel 107 van de Grondwet gehouden is, en het derhalve verweerder vrijspreekt;

Overwegende enerzijds dat, zo krachtens artikel 14 van de Grondwet de Belgen hun mening op alle gebied vrij mogen uiten en de overheid derhalve de uitoefening van dat recht van vrije meningsuiting niet mag onderwerpen aan een voorafgaand toezicht op de meningen waaraan uiting zal worden gegeven, hierbij echter geen onbeperkte vrijheid wordt toegekend om zelfs voor dergelijke uiting gebruik te maken van de openbare weg, en dat, zo artikel 18 de persvrijheid waarborgt, die vrijheid geenszins tot gevolg heeft de onbeperkte vrijheid om op de openbare weg drukwerk te verkopen en te verspreiden;

Dat integendeel uit lid 2 van artikel 19 zowel als uit de debatten van het Nationaal Congres blijkt dat de grondwetgevers het gebruik van de openbare weg hebben willen afhankelijk stellen van de inachtneming van de politiewetten en de krachtens die wetten vastgestelde verordeningen;

Dat, luidens de artikelen 50 van het decreet van 14 december 1789, 3 van titel XI van het decreet van 16-24 augustus 1790 en 46 van het decreet 19-22 juli 1791, de gemeentelijke overheid onder toezicht van de hogere bestuursoverheden belast is met het voorschrijven van de nodige maatregelen om aan de inwoners het voordeel te verzekeren van een goede politie, namelijk de reinheid, de gezondheid, de veiligheid, de rust en het gemak van verkeer op de openbare straten, kaden, pleinen en wegen;

Overwegende dat de verspreiding of de tekoopaanbie-

ding op de openbare weg van drukwerk op sommige plaatsen of op sommige ogenblikken het verkeer kunnen belemmeren, de rust van het publiek verstoren, de reinheid van de straten schaden en zelfs verkeersopstoppingen veroorzaken;

Dat, door deze verspreiding afhankelijk te stellen van een voorafgaand verlof om voornoemde gevolgen te vermijden, de gemeentelijke overheid noch de artikelen 14 en 18 van de Grondwet, noch enige andere wettelijke of conventionele bepaling schendt;

Overwegende anderzijds dat niets in de aanhef van het besluit of in artikel 22 ervan de opvatting wettigt dat de door die bepaling getroffen politiemaatregel tot doel heeft toezicht uit te oefenen op de inhoud van drukwerken die zouden worden uitgedeeld of te koop aangeboden; dat integendeel uit het zinsverband blijkt dat het opleggen van een voorafgaand verlof enkel wil vermijden dat op de openbare weg voorwerpen terechtkomen, die de zindelijkheid zouden schaden of het verkeer van het publiek hinderen;

Overwegende ten slotte dat de mogelijkheid alleen dat de gezagdragers die bevoegd zijn het voorafgaand verlof te verlenen, van hun politiemacht gebruik zouden maken voor een ander doel dan dat waarvoor de macht hun werd verleend, in die zin dat zij het gevraagd verlof zonder de minste rechtvaardiging zouden kunnen weigeren en aldus "tersluiks" de uitoefening van grondwettelijke vrijheden zouden kunnen "aan banden leggen", niet volstaat om de onwettigheid aan te tonen van de toekenning van genoemde politiemacht en van de binnen de grenzen hiervan vastgestelde verordening;

Dat dergelijk machtsmisbruik niet ten opzichte van verweerder kon worden gepleegd, vermits deze om geen verlof had verzocht;

Dat het middel gegrond is;

Om die redenen,

Vernietigt het bestreden vonnis; (...); verwijst de zaak naar de Correctionele Rechtbank te Dinant, zitting houdende in hoger beroep.

NOOT—Zie Cass., 22 maart 1886, *Par.*, 1886, I, 114, en Cass., 19 oktober 1953, *Par.*, 1954, I, 114, met noot van R.H. Zie voorts in dit nummer Pol. Kortrijk, 12 november 1973, met noot van ANDRÉ ALEN.

Als inleiding tot het Nederlandse recht betreffende het probleem kan men lezen: Hoge Raad, 28 november 1950, *Ars Aequi*, I, 15, met noot van J.P. HOOYKAAS, en Hoge Raad, 24 januari 1967, *Ars Aequi*, XIX (1970), 66, met noot van JEUKENS. Uit de noot van prof. HOOYKAAS blijkt, dat de tekst van art. 7 van de Nederlandse Grondwet luidt: "Niemand heeft voorafgaand verlof nodig om door de drukpers gedachten of gevoelens te openbaren, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet". Dat het interessant is ook het Nederlandse recht in een vergelijkend onderzoek te betrekken, moge blijken uit het kopje boven het tweede arrest: "Nederland ontwapent". Drukpersvrijheid en neon-opschrift aangebracht op toren. Geen strafbaar feit omdat art. 1 Verordening Landschapsschoon Noord-Holland verbindende kracht mist wegens strijd met art. 7 Grondwet". Prof. JEUKENS schrijft: "Het niet mogen of kunnen treden in de beoordeling van de inhoud van de gedrukte stukken, geen algemeen verbod c.q. vergunningstelsel, geen algeheel onmogelijk maken van een verspreidingsmiddel dat zelfstandige betekenis heeft gekregen, het verbod over het gehele gebied van een gemeente; dat zijn — heel in het kort geformuleerd — de grenzen waarlangs de rechter de vrijheid van de burgers en de bevoegdheid van de lagere wetgevers afbakt" (t.a.p., blz. 69).

G.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER—21 JUNI 1974

Voorzitter : Ridder Rutsaert

Raadsheer-verslaggever : de h. Sury

Advocaat-generaal : de h. Colard

Advocaten : mrs. A. Houtekier en A. Bayart

1. Veinzing—a) Derden—Algemene rechthebbenden die een eigen recht doen gelden—b) Bewijs van veinzing—Door derden—Door de partijen tegenover derden—2. Vonnissen en arresten—Motivering—Tegenstrijdigheid tussen motivering en dispositief—3. Bewijs—Verwerping van een stuk—Motivering—Onzekerheid.

1. a) *Ofschoon ze algemene rechthebbenden van de overledene zijn, doen de kinderen die als erfgerechtigden in de nalatenschap van hun moeder de inbreng of de inkorting van schenkingen vorderen, niettemin een eigen recht gelden, en dienen ze derhalve als derden beschouwd te worden.*

b) *Wanneer derden de veinzing van een akte opwerpen, ten deze omdat beweerde verkopen in werkelijkheid een vermomde schenking inbielden, mogen zij die veinzing bewijzen door alle middelen rechtens, getuigen en vermoedens inbegrepen.*

Wanneer het de in de akte betrokken partijen zijn die aanvoeren, dat de tussen hen gesloten akte geveinsd is, ten deze omdat een hogere dan de in de akte bedongen prijs overeengekomen en betaald is, zijn de derden krachtens art. 1321 B.W. gerechtigd enkel de schijnbare akte te erkennen, met het gevolg dat de in de akte betrokken partijen het bewijs van de door hen aangevoerde veinzing jegens voormelde derden niet eens mogen leveren.

2. *De strijdigheid tussen de motivering en het dispositief van een vonnis staat gelijk met het gebrek aan de door art. 97 Grondwet vereiste motivering.*

3. *Niet genoegzaam gemotiveerd is het arrest dat oordeelt dat een verklaring die een partij op enige wijze heeft weten te bemachtigen niet als bewijs kan gelden, maar dat in het onzekere laat of het die verklaring verwerpt omdat die partij op ongeoorloofde wijze in het bezit van dit stuk was gekomen en er derhalve geen gebruik van mocht maken, dan wel omdat het stuk om een niet gepreciseerde reden geen bewijskracht heeft.*

Van Isacker e.a. t/ Van Isacker e.a.

Gelet op het bestreden arrest, op 19 januari 1973 door het Hof van beroep te Gent gewezen ;

Over het tweede middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 1317, 1319, 1320, 1325, 1328, 1341 van het Burgerlijk Wetboek en 97 van de Grondwet,

doordat het arrest de door de eisers ten laste van de verweerders onder 4) gestelde vordering tot inbreng en inkorting van de verkopen van het handelsfonds bij onderhandse akte van 10 januari 1949 en van het gebouw bij akte van 22 december 1949 afwijst om de volgende redenen : "er blijkt uit een door Paul Van Isacker op 8 juni 1957 gedagtekende en ondertekende kwijting dat alsdan kapitaal en interest voor aankoop huis en overname apotheek zijn voldaan. De onjuistheid van deze kwijting en van haar datum vindt geen steun in de

voorgebrachte gegevens, integendeel worden sommige betalingen gesteund door andere kwijtingen of gegevens, zo van dit stuk zelf als van allerhande papieren waarop Paul Van Isacker berekeningen van afrekeningen maakte. Dat het bedrag van de interesten niet zou overeenstemmen met de werkelijk verschuldigde interesten komt niet bewezen voor. Het is immers zo dat tussen partijen blijkbaar tussentijdse betalingen of verrekeningen werden gedaan, die dan later per jaar werden verrekend en geglobaliseerd. Sommige stukken wijzen daarop. Het is ook begrijpelijk dat thans, na zoveel jaren, Paul Vlieghe niet elk betaald bedrag meer kan verantwoorden door andere stukken dan de kwijtingen. Begrijpelijk is ook dat tussen schoonvader en schoonzoon niet iedere betaling onmiddellijk werd gekwiteerd, maar dat ze jaarlijks werden afgerekend en gekwiteerd. Ten gevolge van deze kwijtingen door de schuldeiser, was er ook geen reden om nogmaals bewijzen op te maken of te behouden van betalingen. De kwijting in de akte is ook niet noodzakelijk vals. Blijkbaar werd ze verrekend in de jaarlijkse en in de slotkwitanties. Hetzelfde geldt ook voor sommige gedeeltelijke kwijtingen. Er zijn dus ook geen bewijzen dat de kwijting en haar datum niet met de werkelijkheid zouden overeenstemmen. Integendeel bevestigen sommige gegevens de juistheid ervan. De appellanten (thans de eisers) houden voor dat niet tegen de inhoud van de akte mag worden bewezen en dat de verklaring van 23 maart 1963 hun niet tegenstelbaar is. In feite gaat het hier echter over het bewijs van de overdracht van een patrimoniaal goed zonder tegenprestatie en met het inzicht te begiftigen. Welnu, uit de stukken, meer bepaald het schema van de afbetalingen, bevestigd door het eerste kwijschrift van 30 december 1949 en de jaarlijkse en volledige kwijtingen, blijkt dat uit het patrimonium van Paul Van Isacker geen enkel goed is overgedragen aan Paul Vlieghe zonder tegenprestatie en dat in ieder geval niet het inzicht bestond van enige begiftiging. De bedragen die Paul Van Isacker luidens deze kwijtingen heeft ontvangen, dekken in feite de werkelijke waarde van het huis, van het mobilaar en van de voorraden met handelsfonds, zodat, zelfs zo in de verkoopakte om enige andere reden een lagere prijs werd vermeld dan de werkelijke prijs, daarbij niet de bedoeling aanwezig was enig goed zonder tegenprestatie en met begiftigingsinzicht te geven",

terwijl, eerste onderdeel, de eisers in hun conclusie staande hielden dat er ten onrechte aangenomen werd dat er door de verweerders onder 4) 1.500.000 frank bedongen werd voor de overname van het handelsfonds en het gebouw (woonhuis met apotheek) daar de door de eerste verweerder en de verweerders onder 4) onderhandse akte van 10 januari 1949 voor de verkoop van het handelsfonds en authentieke akte van 22 december 1949 voor de verkoop van het gebouw respectievelijk een prijs van 200.000 frank en van 600.000 frank vermeldden en dat eerste verweerder en de verweerders onder 4), partijen aan deze akten, niet boven of tegen hun inhoud jegens de eisers mochten bewijzen (schending van de artikelen 1317, 1319, 1320, 1321, 1322, 1325, 1341 van het Burgerlijk Wetboek),

tweede onderdeel, het arrest ten onrechte de door eerste verweerder ondertekende jaarlijkse kwijtingen in aanmerking neemt om tegenover de eisers bewezen te verklaren dat er hogere prijzen overeengekomen waren dan

in deze twee akten vermeld en het feit dat het zou gaan om te bewijzen dat patrimoniale goederen zonder tegenprestatie werden overgedragen daaraan niets wijzigt; het arrest trouwens deze kwijtingen toch als bewijs aanwendt om boven en tegen de geschreven akten te bewijzen en de motieven dienaangaande tegenstrijdig en dubbelzinnig zijn (schending van de artikelen 1317, 1319, 1320, 1321, 1322, 1325, 1341 van het Burgerlijk Wetboek en 97 van de Grondwet).

derde onderdeel, de eisers in hun conclusie staande hielden dat op de overdracht van het handelsfonds en van het gebouw met de apotheek niets betaald werd en de voorgebrachte stukken, omvattende kwijtingen, jaarlijkse kwijtingen en twee door eerste verweerder op 24 maart 1963 opgestelde verklaringen, bij gebrek aan vaste datum niet tegen hen konden ingeroepen worden; het arrest het schema van de afbetalingen en de jaarlijkse kwijtingen en volledige kwijting van 8 juni 1957 in aanmerking neemt zonder op dat middel te antwoorden; deze kwijtingen overigens bij gebrek aan vaste datum, niet tegen de eisers konden ingeroepen worden (schending van de artikelen 1328 van het Burgerlijk Wetboek en 97 van de Grondwet);

Over de grond van niet-ontvankelijkheid door de verweerders, behalve die onder 2, a) en b), opgeworpen en afgeleid, wat het eerste onderdeel betreft, uit het feit dat het middel nieuw is en, wat het tweede onderdeel aangaat, uit het feit dat de eisers niet preciseren waardoor de ingeroepen wetsbepalingen werden geschonden;

Overwegende dat, zoals hierna zal worden aangetoond, uit de tekst van de conclusie van de eisers blijkt, dat toen zij voor het hof van beroep zich op de bepalingen van de artikelen 1321 en 1341 van het Burgerlijk Wetboek beriepen, zij én de authentieke akte van verkoop van het gebouw én de onderhandse akte van afstand van de handelszaak, zijnde de apotheek, bedoeld hebben; dat het door de eisers aangevoerde middel derhalve niet nieuw is;

Overwegende dat het tweede onderdeel aanvoert dat het arrest aanneemt dat de in voormelde akten betrokken partijen jegens de eisers gerechtigd zijn tegen de inhoud van die akten te bewijzen; dat het onderdeel de schending van artikel 1321 van voormeld wetboek inroept;

Overwegende dat, indien het middel gegrond is, de schending van die laatste wetsbepaling volstaat om de vernietiging van het bestreden dispositief mee te brengen, zodat de eisers aan de door artikel 1080 van het Gerechtelijk Wetboek gestelde voorwaarden hebben voldaan;

Dat de grond van niet-ontvankelijkheid niet kan worden aangenomen;

Wat de eerste twee onderdelen betreft:

Overwegende dat uit de conclusie van de eisers blijkt dat zij lieten gelden dat het beroepen vonnis ten onrechte had aangenomen dat er voor de handelszaak van de apotheek en het gebouw waarin ze gevestigd was, door de verweerders onder 4) 1.500.000 frank betaald werd, wanneer de koopakten slechts melding maken van een prijs van 200.000 frank voor de handelszaak en 600.000 frank voor het gebouw; dat zij aanvoerden dat het verboden is te beweren dat er 1.500.000 frank betaald werd, wanneer er maar 800.000 frank werd bedongen, en tot staving daarvan de bepalingen van de artikelen 1341 en

1321 van het Burgerlijk Wetboek inriepen;

Overwegende dat de eiseres Van Isacker, die als erfgechtigden in de nalatenschap van hun moeder de inbreng of de inkorting van schenkingen vorderen, hoevel algemene rechthebbenden van de overledene, niettemin een eigen recht laten gelden en derhalve als derden dienden te worden aangezien;

Overwegende dat, eensdeels, wanneer de derden de veinzing van een akte inroepen, zoals ten deze, omdat de beweerde verkopen in werkelijkheid een vermorde schenking inhielden, zij die veinzing door alle midelen van recht, getuigen en vermoedens inbegrepen, mogen bewijzen, dat anderdeels, wanneer het de in de akte betrokken partijen zijn die aanvoeren dat de tussen hen gesloten akte geveinsd is, ten deze omdat een hogere dan de in de akte bedongen prijs zou overeengekomen en betaald zijn, de derden, krachtens artikel 1321 van het Burgerlijk Wetboek, gerechtigd zijn enkel de schijnbare akte te erkennen met het gevolg dat de in de akte betrokken partijen het bewijs van de door hen ingeroepen veinzing jegens voormelde derden niet eens mogen leveren;

Overwegende dat, nu de eisers aanvoerden dat de litigieuze akten geheel of gedeeltelijk geveinsd waren, dat zij schenkingen uitmaakten of minstens een gedeeltelijke schenking of onrechtstreeks voordeel inhielden, de verweerders, zo zij weliswaar mochten bewijzen dat die akten met de werkelijkheid overeenstemden, echter niet gerechtigd waren te bewijzen dat een hogere dan de in de akten bedongen prijs werd overeengekomen en betaald; dat, door aan te nemen dat de verweerders onder 4) in feite meer betaald hebben dan de in de akten bedongen prijs van het huis, van het mobiliair en de voorraden en dat de bedragen die eerste verweerder volgens de kwijtingen ontving in feite de werkelijke waarde dekken van het huis, van het mobiliair en van de voorraden met handelszaak, het arrest artikel 1321 van voormeld wetboek schendt;

Dat het middel desbetreffend gegrond is;

Over het derde middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 843, 844, 849, 850, 853, 859, 860, 866, 868, 893, 911, 913, 918, 919, 920, 921 en 924 van het Burgerlijk Wetboek,

doordat het arrest de door de eisers tegen de verweerders onder 4) gestelde vordering tot inbreng en inkorting van de verkopen van het handelsfonds bij akte van 10 januari 1949, van het gebouw met apotheek bij akte van 22 december 1949 en van de villa bij akte van 22 maart 1962 gedeeltelijk afwijst om de volgende reden: "ten onrechte wordt ook gewag gemaakt van artikel 918 van het Burgerlijk Wetboek. Paul Vlieghe is geen erfgechtigde in de rechte lijn. Het betreft evenmin verkopen met last van lijfrente, met afstand van kapitaal of met voorbehoud van vruchtgebruik. De tegenwaarde van de vervreemdingen bestaat niet in een prestatie die bij de dood van de verkoper vervalt. Luidens de akten geschiedde de verkoop tegen een bepaalde te betalen prijs en de omstandigheid dat deze prijs betaalbaar was gesteld bij gedeelten sluit geen afstand van kapitaal in. Zulks zou evenmin het geval zijn mochten voormelde verkopen in feite schenkingen zijn of voor de kopers een onrechtstreeks voordeel inhouden. Er wordt niet betwist dat, ondanks de vermeldingen in de akte (van 22 maart 1962), slechts 300.000 frank

werd betaald op 22 en 23 maart 1962. Deze betalingen bewijzen wel de onjuistheid van de kwijting in de akte, maar zij bewijzen ook dat de bedoeling niet bestond de koper te begiftigen met de vermelde verkoopprijs. Dat niet verder werd betaald ligt klaarblijkelijk aan het feit dat Antoinette Samyn intussen overleden was. De echtgenoten Vlieghe-Van Isacker blijken dus het saldo van de koopprijs of 200.000 frank schuldig te zijn. Wat het verschil tussen de overeengekomen prijs en de werkelijke waarde betreft dient echter op grond van de voorliggende gegevens besloten te worden tot een onrechtstreeks voordeel dat de verkopers te kostelozen titel hebben willen doen toekomen aan de kopers. Er kan hier geen rekening worden gehouden met de later voor-gebrachte bewering dat, in strijd met wat in de akte is vermeld, in werkelijkheid de prijs vastgesteld was op 650.000 frank. Het verschil tussen overeengekomen prijs en werkelijke waarde wijst eveneens op een begiftigingsinzicht en niet louter op een misrekening. De verkoop en de schenking gebeurde echter én aan Paul Vlieghe én aan Agnes Van Isacker. Als erfgerechtigde moet deze laatste dus enkel de haar gedane schenking, of de helft van het voordeel inbrengen. Paul Vlieghe anderzijds is geen erfgerechtigde en het hem gegeven voordeel kan ook niet beschouwd worden als door tussenpersoon gedaan aan Agnes Van Isacker. Inbreng dient dus niet te worden gedaan door Paul Vlieghe, doch eventueel slechts inkorting zo het beschikbaar gedeelte van de nalatenschap wordt overtroffen. Anderzijds gebeurde de verkoop en de schenking door Paul Van Isacker en zijn echtgenote Antoinette Samyn, elk voor de helft. Inbreng en eventuele inkorting kan slechts gebeuren in de nalatenschap van deze laatste. Het voordeel dat door Agnes Van Isacker in de nalatenschap van haar moeder dient ingebracht te worden bedraagt dus 112.500 frank. Het voordeel dat Paul Vlieghe genoot bedraagt een zelfde som. Die voordelen bestaan namelijk enkel in een som geld gelijk aan het verschil tussen de werkelijke waarde en de overeengekomen verkoopprijs van het goed",

terwijl, eerste onderdeel, de drie bij akten van 10 januari 1949, 22 december 1949 en 22 maart 1962 aan de verweerders onder 4) gedane verkopen onrechtstreekse en vermorde schenkingen zijn daar er op de in de akten van 10 januari 1949 en 22 december 1949 bedongen prijzen nooit iets betaald werd en op de in de akte van 22 maart 1962 bedongen prijs slechts 300.000 frank betaald werd en de goederen fel onder de waarde werden verkocht en deze derhalve onder toepassing vallen van de regels van inbreng en inkorting (schending van de artikelen 843, 844, 849, 850, 853, 859, 860, 866, 868, 893, 913, 920, 924 van het Burgerlijk Wetboek) ;

tweede onderdeel, het handelsfonds en het gebouw, waarin de apotheek zich bevindt, tengevolge van de akten van 10 januari 1949 en 22 december 1949 zonder tegenwaarde uit het patrimonium van de gemeenschap vervreemd werden en deze verhandelingen derhalve onder de toepassing vallen van het artikel 819 (lees 918) van het Burgerlijk Wetboek ; dat in alle geval de vierde verweerder, echtgenoot van de erfgerechtigde in rechte linie Van Isacker Agnes, als tussenpersoon dient beschouwd te worden en derhalve zowel artikel 918 als de regels nopens de inbreng op hem van toepassing zijn (schending van de artikelen 843, 911, 913, 918, 919, 920 en 921 van het Burgerlijk Wetboek) ;

Wat het eerste onderdeel betreft :

Overwegende dat het onderdeel niet preciseert waar-door het arrest de in het middel aangehaalde wetsbepalingen schendt en derhalve niet ontvankelijk is ;

Wat het tweede onderdeel betreft :

Overwegende dat het onderdeel betrekking heeft op de vorderingen van de eisers strekkende tot inbreng of inkorting in verband met de akte van 19 januari 1949 betreffende de handelszaak en de akte van 22 december 1949 betreffende het gebouw waarin de apotheek zich bevindt ; dat het dispositief van het arrest desaan gaande ingevolge bovenstaand antwoord op het tweede middel vernietigd wordt ;

Dat het onderdeel dienvolgens zonder belang geworden is ;

Over het vijfde middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 1341, 1582, 1583, 1591, van het Burgerlijk Wetboek en 97 van de Grondwet,

doordat het arrest voor recht zegt dat de schuldvorde-ring wegens lening van 300.000 frank ten laste van de eerste eisers in het actief van de huwelijksgemeenschap moet opgenomen worden om de reden dat vader Van Isacker destijds machines heeft aangekocht, die op zijn naam werden gefactureerd ; uit een brief nochtans blijkt dat hij deze machines wenste te verkopen, desnoods op krediet tegen 6 t.h. 's jaars ; thans blijkt dat deze machines steeds door Cornille-Van Isacker werden gebruikt en dat jaarlijks 18.000 frank werd betaald ; in acht genomen de voorliggende gegevens, deze jaarlijks betaalde som niet kan worden aangezien als de huurprijs van de machines, maar wel als de interest op de verkoopprijs ervan, zodat Cornille-Van Isacker deze prijs aan de gemeenschap schuldig blijft,

terwijl, eerste onderdeel, het dispositief van het door het arrest op dat punt bevestigd beroepen vonnis de opname van het bedrag van 300.000 frank in de huwelijksgemeenschap ten laste van eerste eisers als lening beveelt ; het arrest echter oordeelt dat deze som als niet-betaalde verkoopprijs zou verschuldigd zijn en deze motieven tegenstrijdig en dubbelzinnig zijn (schending van artikel 97 van de Grondwet) ;

tweede onderdeel, uit het feit dat eerste verweerder de machines zelf voor 300.000 frank gekocht had en de eerste eisers deze gebruiken en jaarlijks 18.000 frank betaalden, niet kan afgeleid worden dat de eerste eisers deze machines ook tegen de prijs van 300.000 frank zouden gekocht hebben van eerste verweerder ; dat geenszins regelmatig bewezen is dat ooit een verkoop tussen deze partijen overeengekomen werd (schending van de artikelen 1341, 1582, 1583, 1591 van het Burgerlijk Wetboek en 97 van de Grondwet) ;

Wat het eerste onderdeel betreft :

Overwegende dat het beroepen vonnis in zijn dispositief voor recht zegt dat "de volgende schuldvorderingen wegens leningen in het actief van de huwelijksgemeenschap dienen te worden opgenomen : 1) lastens de echtgenoten Achille Cornille-Edmée Van Isacker 300.000 frank met 6 t.h. interest vanaf 4 augustus 1962" ; dat het arrest, hetwelk dit dispositief bevestigt, oordeelt, zoals uit het middel blijkt, dat voormelde echtgenoten die som als de verkoopprijs van de machines schuldig blijven ; dat, zo het beroepen vonnis weliswaar in zijn motivering te kennen geeft dat de machines in het patrimonium van voormelde echtgenoten gevallen zijn, dit

niet wegneemt dat de motivering en het dispositief zowel van het beroepen vonnis als van het arrest strijdig zijn, hetgeen met het gebrek aan de door artikel 97 van de Grondwet vereiste motivering gelijkstaat ;

Dat dit onderdeel van het middel gegrond is ;

Over het zesde middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 1341, 1354 van het Burgerlijk Wetboek en 97 van de Grondwet,

doordat het arrest voor recht zegt dat zesde verweerder Jaak Van Isacker aan de gemeenschap een som verschuldigd is van 298.715 frank om de volgende redenen : "Volgens de verklaring aan de expert bekende Jaak Van Isacker van zijn vader 90.000 frank ontvangen te hebben, namelijk 50.000 frank bij zijn installatie in 1953 en 40.000 frank bij zijn installatie in 1958. Er is geen bewijs dat hij tussen 53 en 55 in totaal 340.000 frank zou hebben ontvangen. De verklaring van de vader, welke de partij Evens op enige wijze heeft weten te bemachtigen, kan niet als bewijs gelden. Wel moet worden aangenomen dat vader Van Isacker ter ontlasting van zijn zoon Jaak 27.035 + 15.750 + 15.930 frank betaalde, zoals blijkt uit de bewijzen van betaling langs de bank, en ook 100.000 frank aan Morlion, zoals blijkt uit de storting per postcheque. Hiervan wordt geen bewijs van terugbetaling voorgebracht zodat deze sommen dienen aangezien te worden als giften of leningen zonder bepaling van interest. Deze bedragen maken ook geen dubbel gebruik uit met de gelden die Jaak Van Isacker bekende voor zijn installatie in 1953 en 1958 te hebben ontvangen. Blijkbaar hebben ze trouwens op andere uitgaven betrekking dan zijn handel zelf. Dat vader Van Isacker ook nog verder is tussengekomen dan voor de lening van 50.000 frank bij de aankoop van het goed in 1962, zoals bekend, blijkt niet uit enig gegeven".

terwijl, eerste onderdeel, de eisers in hun conclusie zich uitdrukkelijk beriepen op de geschreven verklaring van 7 november 1963 van eerste verweerder waaruit bleek dat Jaak Van Isacker nog een bedrag van 340.000 frank ontvangen had en namelijk hierop : "een drietal maanden na het overlijden legde Paul Van Isacker, de volgende schriftelijke verklaring af : Ondergetekende Paul Van Isacker, apotheker, Leopoldplein Middelkerke bevestigt dat hij aan zijn zoon Jaak Van Isacker, juwelier te Middelkerke tijdens de periode van juli 1953 tot einde 1955 door achtereenvolgende betalingen van facturen opgemaakt op naam van Jaak Van Isacker een totaal bedrag heeft voorgeschooten van driehonderd veertig duizend frank - Middelkerke 7 november 1962 - get. P. Van Isacker ; wanneer Jaak Van Isacker zich in 1953 als juwelier installeerde heeft Paul Van Isacker al de door Jaak gedane inkopen betaald ; volgens de fiche bijgehouden door Paul Van Isacker beliep dit totaal 340.000 frank en op de vraag van Evens heeft Paul Van Isacker zulks bij bovengemeld geschrift bevestigd ; Jaak bewijst niet dat hij de facturen van de door hem gedane aankopen zelf heeft betaald ; dit stuk werd niet aan Evens overhandigd in verband met een proces van Jaak ; het proces van Jaak was reeds voordien gepleit geworden, de dossiers werden reeds neergelegd en de debatten waren reeds gesloten, toen dit stuk werd opgesteld en aan Evens overhandigd ; er bestaat aldus geen reden om het uit de debatten te weren" en het arrest zonder genoegzame motivering dit stuk verworpt en in alle geval niet kan

uitgemaakt worden om welke reden het arrest er geen rekening mee houdt (schending van artikel 97 van de Grondwet),

tweede onderdeel, de eisers, als derden ten aanzien van de kwestieuze leningen en contracten, gerechtigd waren deze verklaring van eerste verweerder in te roepen om ten laste van zesde verweerder te bewijzen dat hij een bedrag van 340.000 frank aan de huwelijksgemeenschap verschuldigd was tengevolge van door eerste verweerder te zijnen gunste voorgeschooten gelden (schending van artikel 1341 van het Burgerlijk Wetboek).

derde onderdeel, de eisers in hun conclusie uitdrukkelijk staande hielden dat zesde verweerder Jaak Van Isacker eveneens een som van 50.000 frank verschuldigd was, namelijk dat "deze 50.000 frank gestort werden aan Evens die de som moest overhandigen aan notaris Boes als betaling van de aankoop door Jaak van het eigendom te Middelkerke. Paul Van Isacker bekent deze som geleend te hebben aan Jaak" en het arrest, door te beslissen dat de lening van 50.000 frank uit geen gegeven blijkt, deze conclusie niet beantwoordt en eveneens de regels van de bewijsvoering schendt daar de eisers als derden tegenover deze leningen en contracten deze verklaringen en bekentenissen konden inroepen en in alle geval niet kan uitgemaakt worden om welke reden het arrest er geen rekening mee houdt (schending van de artikelen 97 van de Grondwet, 1341, 1354 van het Burgerlijk Wetboek),

Wat het eerste onderdeel betreft :

Overwegende dat, door zich ertoe te beperken te oordelen dat de verklaring van de vader, welke de partij Evens op enige wijze heeft weten te bemachtigen, niet als bewijs kan gelden, het arrest in het onzekere laat of het die verklaring verworpt omdat de partij Evens op ongeoorloofde wijze in het bezit van dit stuk was gekomen en derhalve in onderhavig geding er geen gebruik van mocht maken, ofwel omdat het om een niet gepreciseerde reden geen bewijskracht bezit ;

Dat dit onderdeel van het middel gegrond is ;

Wat het derde onderdeel betreft :

Overwegende dat het arrest beschouwt : dat uit geen enkel gegeven blijkt dat vader Van Isacker verder is tussengekomen dan voor de lening van 50.000 frank bij de aankoop van het goed in 1962, zoals bekend ; dat het aldus duidelijk te kennen geeft dat het voormeld bedrag in aanmerking neemt om de schuld van verweerder Jaak Van Isacker te bepalen ; dat zulks trouwens ook blijkt uit de optelling van de onderscheiden door het arrest ten laste van voornoemde erfgenaam gelegde debetposten ;

Dat het onderdeel, dat op een verkeerde lezing van het arrest berust, feitelijke grondslag mist ;

Om die redenen,

en zonder acht te slaan op het eerste en het vierde middel, op het derde onderdeel van het tweede middel en op het tweede onderdeel van het vijfde en het zesde middel, welke tot geen ruimere cassatie kunnen leiden,

Vernietigt het bestreden arrest in zoverre :

1) het uitspraak doet over de vorderingen van de eisers strekkende tot inbreng of inkorting in verband met de akte van 10 januari 1949, betreffende de handelszaak van de apotheek, en de akte van 22 december 1949, betreffende het woonhuis gelegen aan de Hofstraat te Torhout,

2) het lastens de eisers onder 1) de opneming van

een som van 300.000 frank met interest in het actief van de huwelijksgemeenschap beveelt ;

3) het uitspraak doet over de vordering van de eisers strekkende tot inbreng door de verweerder onder 6) van een schuld van 340.000 frank,

4) het over de kosten beslist ;

Verwerpt de voorziening voor het overige ;

Beveelt dat melding van dit arrest zal worden gemaakt op de kant van de gedeeltelijk vernietigde beslissing ;

Houdt de kosten aan opdat erover door de feiten-rechter zou worden beslist ;

Verwijst de aldus beperkte zaak naar het Hof van beroep te Brussel.

NOOT—Betreffende de in het vorenstaand arrest behandelde problemen met betrekking tot de veinzing zie men o.m. :

—Cass., 3 april 1941, *Pas.*, 1941, I, 116 : algemene recht-hebbende met een eigen recht, die een inbreng vordert en be-weert dat een kwitantie fictief is ;

—Cass., 5 januari 1953, *Pas.*, 1953, I, 289 : een erfgenaam beweert dat een contract te bezwarenden titel in werkelijkheid een vermomde schenking is, die krachtens de artt. 909 en 911 nietig is ; zie ook Cass. fr., 13 november 1968, *Rev. trim. dr. civ.*, 1969, 561, nr. 8, besproken door LOUSSOUARN : schenking door tussenpersoon ;

—Cass., 28 januari 1960, *Pas.*, 1960, I, 611 : een tegenbrief werkt niet tegen derden ;

—Cass., 21 oktober 1960, *R.W.*, 1960-61, 1717 : algemene rechthebbende met eigen recht ;

—Hof Brussel, 26 oktober 1962, *Pas.*, 1963, II, 312 : een tegenbrief tussen een gefailleerde en zijn schuldeiser werkt niet tegen de curator ;

—Hof Brussel, 7 december 1962, *Rec. gén. enr. not.*, 1963, 386 : reservataire die de veinzing van een akte opwerpt.

Zie ook Cass., 20 november 1964, *R.W.*, 1964-65, 1979 : de algemene rechthebbende is niet door de daad van zijn rechtsvoorganger gehouden, als hij zich tegen die daad kan beroepen op een eigen recht dat de wet hem toekent en dat door die daad geschonden wordt.

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

10e KAMER – 22 JUNI 1973

Voorzitter : de h. Paës

Raadsheren : de h. Delva en mevr. de Man

Advocaten : mrs. Jossart loco Dalcq en Speyer

1. Verzekering—Verlies en diefstal—Blockpolis—

a) Uitsluiting van diefstal door klanten aan wie de goederen toevertrouwd werden—b) Prestatie in dollars—2. Nakoming van verbintenissen—Te Antwerpen in vreemde munt betaalbare schuld—Devaluatie na ingebrekestelling—Dagvaarding tot betaling van de tegenwaarde in Belgische munt met schadevergoeding.

1. a) Een diamanthandelaar was verzekerd tegen verlies (ook ten gevolge van diefstal) van edelstenen, met uitsluiting van het verlies door diefstal gepleegd door klanten aan wie de edelstenen toevertrouwd werden. Twee individuen die zich, zonder bedoeling te kopen, als kopers voorstelden, konden hem een partij diamant afhandig maken door een manipulatie waarbij zij de diamanten door linzen vervingen.

Nu die individuen zich aanvankelijk als normale klanten hebben gedragen, moeten zij in het kader van de uitsluitingsclausule als zodanig beschouwd worden, maar ten

onrechte stelt de verzekeraar het begrip "toevertrouwen" gelijk met het stiekem afhandig maken door misbruik van vooraf ingeboezemd vertrouwen.

b) Als een blockpolis een handelaar voor een bepaald bedrag in dollars verzekert tegen het verlies van in zijn bedrijf dienstige juwelen, parels en edelstenen van welke aard ook, gaat het weliswaar om een goederenverzekering, maar beantwoordt de prestatie van de verzekeraar aan een verbintenis tot betaling van dollars.

2. De verzekeraar die een in dollars te Antwerpen betaalbare som niet op de vervaldag betaalt, draagt het risico van de tussen de ingebrekestelling en de betaling intrappende muntdevaluatie.

Daaraan wordt geen afbreuk gedaan door het feit, dat hij te goeder trouw was toen hij niet op de vervaldag betaalde ; het is voorts niet dienstig te onderzoeken welke bestemming de verzekerde bij tijdige betaling aan de verschuldigde som zou gegeven hebben, en vruchteloos doet de verzekeraar een beroep op art. 1150 B.W. met de bewering dat de schade door muntdevaluatie niet voorzienbaar was.

Hoewel de verzekerde een drietal maanden voor de ingebrekestelling de verzekeraar toestond de som in de V.S.A. te betalen, kan de verzekeraar zich niet op de schulddelgende kracht van de dollar in de V.S.A. beroepen, nu hij aan dit voorstel tot onverwijldde betaling in handen van een derde geen gevolg gegeven heeft, zodat de oorspronkelijke overeenkomst ongewijzigd bleef.

Spratt en Sphere Insurance Company Ltd
t/ P.V.B.A. Rachbros Diamond Company

Overwegende dat hoofdberoep en incidenteel beroep ontvankelijk zijn ;

1. Draagwijde van het geschil in hoger beroep

Overwegende dat de door geïntimeerde P.V.B.A. Rachbros ingestelde en door de eerste rechter tot beloop van de hoofd-schadebedragen ingewilligde vordering strekt tot betaling door ieder van appellanten van 50.000 U.S.A.-dollar of door beiden globaal 100.000 U.S.A.-dollar of de tegenwaarde ervan in Belgische franken tegen de hoogste koers op de dag der uitkering, in hoofdsom, met aanwas van verwijlinteresten, gerechtelijke interesten en gedingskosten, bedragen waarop geïntimeerde zich aanspraakgerechtigd acht krachtens twee op 25 oktober 1969 respectievelijk bij P.V.B.A. Driesassur en P.V.B.A. G. Driessen Jr te Antwerpen ondertekende verzekeringspolissen, waarvan de risico's door de Lloyds and London Institute Underwriters zijn gedekt, naar het stelsel van de Continental "Block" Policy, Open Covers nrs. D 103 en 104, hier ter zake respectievelijk door appellanten onder 1 en 2, oorspronkelijk gedaagden, vertegenwoordigd ;

dat geïntimeerde tevens, gebruik makend van het bij de rechtsingang geformuleerd verzoek tot akteverlening van voorbehoud desaangaande, uitbetaling vroeg tegen de hoogste koers van de U.S.A.-dollar gangbaar op de dag van de inmorastelling van 6 oktober 1970 ; dat zij voorts, bij toepassing van art. 807 Gerechtelijk Wetboek, toekenning vorderde van een bijkomende schadevergoeding van 500.000.— Belgische franken ;

Overwegende dat kwestieuze verzekeringscontracten

o.m. het risico dekken van verlies (inclusief diefstal) en beschadiging van juwelen en edelstenen, uit eender welke oorzaak; dat de vordering van geïntimeerde werd ingeleid ingevolge weigering van voornoemde assuradeuren tot uitkering van de in de verzekeringspolissen bedongen bedragen, zulks naar aanleiding van het schadegeval waarvan geïntimeerde op 19 maart 1970 te San Remo (Italië) het slachtoffer werd; dat blijkens de door de eerste rechter nauwkeurig omschreven feitennota op gemelde datum ten nadele van geïntimeerde aan haar zaakvoerder, Rahaminov, door twee internationaal beruchte zakkenrollers luisterend naar de namen van Liebermann alias "Goldmann" en Silberstein, een hoeveelheid diamanten ter waarde van 135.000.000 Italiaanse Lires werd ontfutseld; dat laatstgenoemden uit dien hoofde door de Correctionele Rechtbank te San Remo op 8 juli 1971 bij verstek tot zes jaar gevangenisstraf werden veroordeeld wegens diefstal;

Overwegende dat appellanten de motivering van de eerste rechter bijtreden waar hij van oordeel was dat geen werkelijke verkoop plaats had en afstand doen van het ten deze in eerste aanleg opgeworpen middel, met verwijzing naar het op dit stuk met de Belgische wet samenvallend Italiaans recht, waarin de rechtsfiguur van de verkoop mede door de daadwerkelijke wilsovereenstemming der contractanten en niet door het formeel uitgedrukte voorkomen wordt bepaald (artt. 1326 en 1362 Ital. B.W.), gesteld dat, gelet op hun gedraging, alias Goldmann en Silberstein op geen enkel ogenblik de werkelijke bedoeling hebben gekoesterd de onvreemde edelstenen te kopen;

Overwegende dat appellanten voorts in hoofddorde de opvatting van de eerste rechter aanvechten, volgens welke de schade door de ingeroepen verzekeringscontracten gedekt was, stellende dat bewust schadegeval krachtens artikel 2/1 van de Algemene polis-voorwaarden van de verzekeringswaarborg was uitgesloten; dat zij, subsidiair, kritiek oefenen op het incidenteel beroep van P.V.B.A. Rachbros strekkende tot hun veroordeling tot betaling van een bijkomende schadevergoeding ter compensatie van het koersverschil veroorzaakt door de dollardevaluatie, waar de eis slechts strekte tot betaling van nominaal $2 \times 50.000 = 100.000$ U.S.A.-dollar, tegen de hoogste koers op de dag der uitkering;

Overwegende dat geïntimeerde op incidenteel beroep de hervorming van het vonnis benaastigt in zover de eerste rechter haar aanspraak op toekenning van verwijlinteressen met ingang van 19 april 1970, datum van het schadegeval, alsmede haar eis tot bijkomende schadevergoeding ten bedrage van 500.000 fr. heeft afgewezen;

II. Wat de toepassing van de verzekeringspolissen betreft

Overwegende dat appellanten, ten onrechte, ter afwenteling van hun contractuele verzekeringsverplichting t.o.v. geïntimeerde tot dekking van alle hierboven gepreciseerde bedongen risico's, inclusief diefstal, voormeld uitsluitingsbeding van art. 2/1 inroepen, naar hetwelk de waarborg niet verschuldigd is voor het verlies door diefstal gepleegd door aangestelden van verzekerde – hier buiten beschouwing – of door cliënten, makelaars of cliënten van makelaars, aan wie de verzekerde voorwerpen werden toe-

vertrouwd, tenzij zulk verlies ontstaat wanneer de voorwerpen aan bedoelde personen ter beveiliging in bewaring werden gegeven;

Overwegende dat geïntimeerde de toepasselijkheid van bewust beding tot uitsluiting van risico betwist en ten deze voorhoudt 1) dat alias Goldmann en Silberstein geenszins als "cliënten" mogen worden beschouwd en 2) dat in geen geval de onvreemde diamanten hun werden "toevertrouwd" in de door dit zelfde uitsluitingsbeding bedoelde zin;

ad 1

Overwegende dat appellanten weliswaar terecht, in strijd met het betoog van geïntimeerde op dit stuk, stellen dat waar Liebermann (alias Goldmann) en Silberstein zich aanvankelijk als normale klanten hebben gedragen – meer bepaald Liebermann, die in januari 1969, d.i. enkele maanden tevoren, met geïntimeerde een regelmatige handelsoperatie had gevoerd – in de optiek van polisartikel 2/1 als zodanig moeten worden beschouwd; dat indien dit ogenschijnlijk normaal optreden in wezen een valstrik was om vertrouwen te wekken en nadien de verkoper des te vlotter om de tuin te leiden, deze omstandigheid niet verhindert dat betrokkene onder de in het uitsluitingsbeding bedoelde categorie van "cliënten" vallen; dat anders de bepaling van polisartikel 2/1 geen zin noch bestaansreden zou hebben, daar het volstaan zou dat een zogezegde klant opdaagt die zich vervolgens als dief of oplichter ontpopt om de toepassing van het uitsluitingsbeding uit te schakelen;

Overwegende dat geïntimeerde hier ondoelmatig de tegenstelbaarheid inroept van boven aangehaald vonnis van de Correctionele Rechtbank te San Remo, gewezen op 8 juli 1971; dat waar de Italiaanse rechter de voorafgaande aankoop door Liebermann (alias Goldmann) van vier briljanten ter waarde van 3.000.000 Lires, na identificatie van de daders en grondig feitenonderzoek, situeerde binnen het raam van "een mozaïek van listen, kunstgrepen en kuiperijen" welke erop gericht was de uiteindelijke onvreemding in de hand te werken, de bewijskracht van deze beslissing ten aanzien van de feiten die zij vaststelt om voormelde reden ter zake niet dienstig is;

ad 2

Overwegende dat appellanten evenwel een interpretatie van het gehekelde uitsluitingsbeding 2/1 huldigen die onverenigbaar is met zijn termen, waar zij de manipulatie van kwestieuze diamanten, die de vervreemding ervan voorafging, beschouwen als een "toevertrouwen" in de bedongen zin; dat zij het aan de term "toevertrouwen" onderliggende begrip verkeerdelijk uitleggen, waar zij dit begrip – los van elke idee van spontane overhandiging – virtueel gelijkstellen zowel met het brutaal uit de handen rukken als met het stiekem afhandig maken door misbruik van het vooraf ingeboezemd vertrouwen; dat, op straf van miskenning van het geloof dat aan de verzekeringspolis moet worden gehecht (artt. 1319, 1320 en 1322 B.W.), "toevertrouwen" van koopwaren aan een cliënt in de context van het uitsluitingsbeding 2/1 geen andere betekenis kan hebben dan het vrijwillig met vrouwen overhandigen aan de zorgen van die cliënt; dat deze term duidt op een handeling die geenszins beantwoordt aan de doortrapte manipulatie waardoor alias

Goldmann en Silberstein de aandacht van geïntimeerde zaakvoerder wisten te verschalken toen zij, op 19 maart 1970, bij of na het opbergen van de diamanten en van het voorschot van 5.000 U.S.A.-dollar in de kous (welke door de zaakvoerder tot 's anderdaags moest worden bewaard in het vooruitzicht van de overhandiging tegen voluit-betaling), deze edelstenen ontfutselden na ze door linzen te hebben vervangen;

Overwegende dat, in strijd met wat appellanten nog beweren, bovengaan de uitleg van het begrip "toevertrouwen" (= overhandigen met vertrouwen) bezwaarlijk enige verwarring kan stichten met de "onder-uitzondering" van het "ter beveiliging in bewaring geven" (art. 2/1 in fine), dat weliswaar een toevertrouwen van de koopwaar impliceert, doch uiteraard altijd een ruimere begripsinhoud dekt die aan het enkel "toevertrouwen" vreemd is;

Overwegende dat dientengevolge de uitsluitingsclausule hier geen effect sorteren kan niet omdat alias Goldmann en Silberstein geen "cliënten" waren in de bedongen betekenis van die term, maar omdat zij de diamanten hebben ontvreemd zonder dat deze hun werden "toevertrouwd";

III. Wat betreft de uitbetaling in Belgische franken tegen de hoogste dollar-koers gangbaar op 6 oktober 1970 (dollardevaluatie)

A. Ten aanzien van de thesis "goederen-risicoverzekering"

Overwegende dat geïntimeerde P.V.B.A. Rachbros bij op 8 mei 1973 ter griffie neergelegde "tweede aanvullende conclusies" (blz. 10), met toepassing van art. 807 (en 808) Gerechtelijk Wetboek, als hoofdthesis huldigt dat het geschil betrekking heeft niet, zoals in vorige conclusies gesteld en subsidiair gehandhaafd, op een verbintenis tot betaling van dollars, maar wel op een vergoedingsverzekering waarbij een bepaald risico voor goederen werd verzekerd en dat hieruit de verplichting voortvloeit om kwestieuze goederen, in geval van verlies, te vergelden tot beloop van hun waarde bedongen in dollars op het tijdstip van het afsluiten der polissen; dat, naar deze stelling, de dekking niet zou zijn ingekrompen naar aanleiding van de dollardevaluatie, gelet op de onverminderde waarde van de verzekerde goederen;

Overwegende dat dergelijke zienswijze op een verkeerde probleemstelling berust;

Overwegende dat kwestieuze verzekeringspolissen luidens art. 1 der algemene voorwaarden worden onderschreven met het oog op verzekering van "juwelen, gouden en zilveren sieraden of zilverwerk, parels en edelstenen van welke aard ook en/of andere goederen en materialen, dienstig in het bedrijf van verzekerde"; dat deze voorwerpen, zonder nadere detaillering, verzekerd waren tegen "verlies of beschadiging uit welke oorzaak ook voortkomende" met uitzondering van de ter zake niet verwezenlijkte in art. 2 opgesomde gevallen; dat polis nr. LC 1015 werd afgesloten "voor het verzekerd bedrag: US \$ 50.000" als "Premier Risque" per schadegeval en polis nr. EX 666 een verklaring van rechtstreekse verzekering inhoudt betreffende "een bedrag van US \$ 150.000, uiteindelijk netto schade in elk schadegeval, als excedent na US \$ 50.000" en van bijkomende verzekering van respectievelijk \$ 50.000 overeenkomstig de

in polis LC 1015 bedongen voorwaarden en \$ 100.000 tegen andere risico's; dat aldus blijkens de bewoording van bedoelde polissen het contract telkens betrekking had op in dollars uitgedrukte bedragen, tegenwaarde van een bepaalde hoeveelheid niet geïdentificeerde, uiteraard vervangbare goederen, die het voorwerp van de dekking in dollars uitmaken;

Overwegende dat, al gaat het om een goederenverzekering, de prestatie van de verzekeraar niettemin contractueel beantwoordt aan een verbintenis tot betaling in dollars;

Overwegende dat het ter beslechting voorliggend probleem niet schuilt in de waardebepaling van het goed op het ogenblik van het schadegeval, noch in de waardebepaling van het verzekerde bedrag (m.a.w. van de verschuldigde vergoeding) op het voor de uitbetaling bedongen tijdstip, maar wel in de omstandigheden dat de desbetreffende vergoeding niet op haar normale vervaldag werd uitbetaald en thans – uitgedrukt in nominale cijfers – tengevolge van muntontwaarding niet langer beantwoordt aan de omvang van de verbintenis van de verzekeraar op het contractueel vastgestelde tijdstip van de schaderegeling;

Overwegende dat de oplossing van het geschil derhalve moet worden gezocht in de beginselen die de verbintenis tot betaling van een geldschuld beheersen;

B. Thesis: verbintenis tot betaling van een geldschuld

Overwegende dat appellanten ten onrechte stellen dat, bij ontstentenis van fout in hunnen hoofde, zij niet gehouden zijn tot dekking van het schadegeval boven het contractueel bedongen nominaal bedrag van 100.000 dollar (2×50.000) of de tegenwaarde ervan in Belgische frank op het ogenblik van de betaling;

Overwegende dat, waar zij op 6 oktober 1970, d.i. geruime tijd vóór het intreden van de Amerikaanse dollardevaluatie van december 1971, op rechtsgeldige wijze in gebreke werden gesteld en zij in beginsel als schuldenaars van een in vreemde munt betaalbare schuld het risico dragen van de tussen de ingebrekestelling en de betaling intredende muntdevaluatie, appellanten hiertegen in hun eerste aanvullende conclusie van 27 februari 1973 tevergeefs opwerpen:

1. dat hun weigering tot uitbetaling niet foutief was;
2. dat geïntimeerde het bewijs van het bestaan van een werkelijke schade schuldig blijft;
3. dat de – volgens hen hypothetische – schade wegens dollardevaluatie niet herstelbaar, d.i. niet vatbaar voor compensatie zou zijn, omdat het zou gaan om een op het tijdstip van het contractsluiten onvoorzienbare schade;

ad 1

Overwegende dat indien appellanten niet het verwijt treft zich op foutieve wijze aan hun contractuele betalingsverplichting te hebben onttrokken, waar hun weigering steunde op het omstreden uitsluitingsbeding van art. 2/1 over de draagwijdte waarvan zij zich te goeder trouw hebben kunnen vergissen, zij niettemin gebonden blijven door het beginsel naar hetwelk bij tijdige dagvaarding – d.i. vóór de ontwaarding van de vreemde munt – hun in België onderschreven betalingsverplichting moet worden nageleefd tot beloop van het bedrag gelijk aan de tegenwaarde in Belgische frank van de vreemde munt op de dag van de rechtsingang;

Overwegende inderdaad dat, naar Belgisch recht, ten aanzien van overeenkomsten waarbij, zoals hier, de bedongen vreemde munt niet die is van het land alwaar de overeenkomst werd gesloten, de schuldeiser, na ingebrekestelling – evenals de schuldeiser van een in waarde geslonken koopwaar – aanspraakgerechtigd is op vergoeding van de schade veroorzaakt door een sindsdien ingetreden waardevermindering van de vreemde munt ;

dat de schade door de rechter dus moet worden beoordeeld naar de omvang die ze op het ogenblik van de inleidende dagvaarding, in casu 17 februari 1971, had bereikt, en hier meer bepaald met inachtneming van de dollarkoers zoals die vóór de devaluatie van respectievelijk december 1971 en februari 1973 was vastgesteld ;

ad 2

Overwegende dat, in strijd met wat appellante voorhoudt, de door geïntimeerde ten gevolge van de dollardevaluatie opgelopen schade, zowel als het noodzakelijk causaal verband tussen deze schade en de fout van appellante (weigering tot uitbetaling van het verzekerde schadebedrag) vaststaat, gelet eensdeels op het onweerlegbaar feit dat de koopwaar, die de kwetsieuze U.S.A.-dollars uitmaken, sinds de ingebrekestelling een daadwerkelijke op de wereldmarkt tot tweemaal toe officieel vastgestelde waardevermindering heeft ondergaan (meer bepaald in december 1971 en in februari 1973), anderdeels op het algemeen rechtsbeginsel naar hetwelk het risico van verlies en depreciatie van de koopwaar de in mora gestelde schuldenaar ten laste valt ;

Overwegende dat derhalve ter zake niet dienstig is de opwerping van appellanten in verband met de bestemming die de geïntimeerde, P.V.B.A. Rachbros, hun verzekerde, in geval van tijdige uitbetaling aan het gevorderde bedrag zou hebben gegeven ; dat appellanten hier uit het oog verliezen, dat zij als verzekeraars gehouden zijn tot naleving van hun contractuele verbintenis het verschuldigde schadebedrag uit te keren ; dat de hoegrootheid van dit bedrag gelijkwaardig moet zijn met de geleden schade, in zover die door het verzekerde risico is gedekt, zulks met inachtneming van het bijkomende devaluatierisico ingevolge ingebrekestelling, zoals hierboven verantwoord ; dat de aanwending van het verzekerde schadebedrag na uitbetaling ervan aan verzekerde, geïntimeerde P.V.B.A. Rachbros, dan ook volkomen vreemd is aan deze contractuele rechtsverhouding en geenszins ter beoordeling staat van het Hof ;

ad 3

Overwegende dat appellanten even vruchteloos de weerslag van het dollardevaluatierisico op hun betalingsverplichting afwimpelen op grond van artikel 1150 Burgerlijk Wetboek, stellende dat deze devaluatie en de daaruit voortvloeiende schade op het tijdstip van het contractsluiten in oktober 1969 niet voorzienbaar was ; dat muntontwaardingen uiteraard niet beantwoorden aan het rechtstechnisch begrip "onvoorzienbaarheid" in de zin van voormeld artikel 1150, met dien verstande dat het zou gaan om een dermate uitzonderlijk en onvoorspelbaar fenomeen dat het de economie van de overeenkomst zodanig ontredert en, door het scheppen van een oorzakelijk niet verantwoorde vermogensverrijking in hoofde van een der contractanten, het evenwicht der wederzijdse prestaties zozeer verstoort, dat de partij aan wie het devalu-

atierisico ten laste valt, niet zou hebben gecontracteerd indien zij van zulke mogelijke verzwarende van haar verbintenis enige voorkennis mocht hebben gehad ;

Overwegende dat de aan artikel 1150 Burgerlijk Wetboek ontleende exceptie hier des te minder verantwoord is, daar sinds jaar en dag door tal van economen en financiers van wereldformaat tegen de monetaire instabiliteit ingevolge wankelbaarheid van de dollar werd gewaarschuwd, met telkens herhaalde beklemtoning van het toenemend tekort der Amerikaanse betalingsbalans, zodat het risico van een dollardevaluatie voor ieder zelfs niet speciaal onderlegd waarnemer van de internationale geldmarkt in de vooruitzichten lag ; dat dit a fortiori geldt voor gewiekste zakenlui, zoals appellanten, die bovendien, wegens hun bedrijvigheid in het verzekeringswezen beroepshalve bij het probleem van de muntschommelingen nauw betrokken en ermede vertrouwd moeten worden geacht ;

Overwegende dat appellanten in hun tweede aanvullende conclusie neergelegd ter openbare zitting van 11 mei 1973 hun grieven als volgt aanvullen en preciseren :

1. dat de eerste rechter, ingaande op het verzoek van geïntimeerde, hen ten onrechte heeft veroordeeld tot betaling van de tegenwaarde in Belgische frank van 100.000 U.S. dollars, tegen een koers die niet lager mag liggen dan die van 6 oktober 1970, datum van de inmorastelling, en dit ongeacht de koers op de dag van de effectieve betaling ;

2. dat indien naar zekere doctrine en rechtspraak in geval van depreciatie van de contractueel bedongen munt een schadevergoeding kan worden toegekend ter compensatie van dit waardeverlies, de toekenning van zulke schadevergoeding :

a) onderworpen is aan de bepaling van artikel 1150 Burgerlijk Wetboek naar luid waarvan enkel de op het tijdstip van het contractsluiten voorzienbare schade voor vergoeding in aanmerking komt ;

b) enkel in geval van daadwerkelijke schade ingevolge muntontwaardiging, waarvan appellanten het bestaan betwisten, verschuldigd is ;

3. dat, waar geïntimeerde zelf vóór ingebrekestelling, bij brief van 27 juli 1970 New-York als plaats van betaling heeft aangewezen, het verzekerde bedrag aldaar moest worden vereffend en dat geïntimeerde dientengevolge geen schade oplopen zal, gesteld – aldus appellanten – dat de dollar op de interne Amerikaanse markt niet alleen schuldeldgend effect sorteert doch bovendien onaangetaste koopkracht zou hebben in de diamanthandel ;

ad 1 en 2

Overwegende dat voor zoveel als nodig, ter weerlegging van grief 1 dezer tweede aanvullende conclusie, hier nogmaals het beginsel wordt beklemtoond dat, inzake contractenrecht, de Belgische debiteur die met vertraging een in vreemde munt bedongen schuld betaalt, schade-loosstelling verschuldigd is voor het waardeverlies dat deze munt sinds de ingebrekestelling tot op het ogenblik van de daadwerkelijke uitbetaling heeft ondergaan ;

Overwegende dat voor het overige, ter ontzenuwing van de grieven 1 en 2 hier verwezen wordt naar het gestelde onder III, B, ad 1, 2 en 3, in verband met de vorige conclusie van appellanten ;

ad 3

Wat de plaats der betaling betreft

Overwegende – onverminderd het hierboven onder III, B, ad 2, gestelde in verband met de bestemming van het verschuldigde bedrag – dat appellanten zich ten onrechte beroepen op een "registered express-brief" van 27 juli 1970 waarbij geïntimeerde, een drietal maanden vóór de ingebrekestelling, de assuradeuren toestond de uitbetaling van het verzekerd bedrag rechtstreeks aan het adres "Messrs S. Toepfer Inc, 22 West 48th street, New-York – 36 – N.Y." te verrichten en hieruit voortvarend afleiden dat het verzekerd bedrag aldus "ingevolge de eigen wilsuiking van geïntimeerde in U.S.A.-dollars in de Verenigde Staten van N.-Amerika betaalbaar was" en is, alwaar de dollar op de interne geldmarkt schuldeldgende kracht en op de interne diamantmarkt onverminderde koopkracht zou hebben behouden ;

Overwegende dat dergelijke redenering niet opgaat, eensdeels, omdat appellanten aan dit toenmalig voorstel tot onverwijld uitbetaling in handen van een derde geen gevolg hebben gegeven en de oorspronkelijke overeenkomst ten deze dus ongewijzigd bleef, anderdeels, omdat zij sinds de ingebrekestelling zelf moeten instaan voor de risico's die vastkleven aan hun weigering tot tijdige uitkering van het verzekerde bedrag, en meer bepaald voor de weerslag van de wisselvalligheid van de geldmarkt op hun verbintenis ;

Overwegende bovendien dat zowel uit de algemene economie van kwestieuze polissen (zetel van respectievelijk : verzekeraar P.V.B.A. Driesassur met wie de polis LC 1015 werd afgesloten, en geïntimeerde ; plaats waar gecontracteerd werd, waar de schadeaangifte en de schaderegeling (art. 4 Alg. Voorw.) alsmede de betaling der premies diende te gebeuren (art. 5-a Alg. Voorw.), waar de opzeggingen moesten worden betekend (art. 5, b en c, Alg. Voorw.) en waar het arbitrageverzoek moest worden aanhangig gemaakt enz...), als uit de keuze van domicilie van de verzekeraars m.b.t. onderhavige procedure, meer bepaald ten kantore van de voormalige raadsman van appellanten, naar eis van recht en conform met een in dergelijke zaken onontbeerlijke soepele toepassing van artikel 1247 Burgerlijk Wetboek blijkt, dat de betaling in principe te Antwerpen geschieden moest, en thans meer concreet op de onder advocaten-raadslieden gebruikelijke wijze na beëindiging van het geding ;

IV. Incidenteel beroep en bijkomende schadevergoeding

Overwegende dat geïntimeerde op hoofdberoep, P.V.B.A. Rachbros, ten onrechte op incidenteel beroep de hervorming van het bestreden vonnis benaastigt in zover haar bij toepassing van art. 807 Gerechtelijk Wetboek geformuleerde eis tot bijkomende schadevergoeding ten bedrage van 500.000 fr., thans voor het Hof opgevoerd tot 750.000 fr., wegens moedwillige beroving van het contractueel verschuldigde kapitaal, werd afgewezen ;

Overwegende dat de eerste rechter, op grond van een oordeelkundige motivering, welke het Hof bijtreedt, terecht heeft beslist dat dergelijke aanspraak getoetst aan art. 1153, lid 4, Burgerlijk Wetboek niet verantwoord voorkomt ; dat appellante op incident, P.V.B.A. Rachbros, die de in de aanhef van art. 1153 besloten begrenzing van de hand wijst, ondoeltreffend poneert dat waar deze wetsbepaling uitsluitend betrekking heeft op de en-

kele vertraging in de uitvoering van een verbintenis tot betaling van een geldschuld, zij geen toepassing vindt wanneer, zoals hier – thesis van appellante op incident, met verwijzing naar de in art. 1153 in fine bedoelde afwijking op deze regel in geval van opzet – de schuldenaar kennelijk in fout is wegens opzettelijke weigering tot uitvoering van de overeenkomst ;

dat de stelling van de met zware fout gelijkgestelde opzettelijke weigering tot betaling bezwaarlijk kan worden bijgetreden, waar de complexiteit van onderhavig geschil voldoende heeft uitgewezen dat appellanten op hoofdberoep, verweerders op incidenteel beroep, zich te goeder trouw over de juridische gegrondheid van hun weigering tot uitbetaling hebben kunnen vergissen ;

Overwegende dat de verwiylinteressen slechts verschuldigd zijn met ingang van 6 oktober 1970, datum van de inmorastelling ;

Om die redenen,

Het Hof,

Gelet op artikel 24 der Wet van 15 juni 1935 ;

Ontvangt de hogere beroepen ; Verklaart die niet gegrond ; Bevestigt het bestreden vonnis : Verwijst appellanten op hoofdberoep in de kosten van hoger beroep.

HOF VAN BEROEP TE GENT

11e KAMER—17 DECEMBER 1973

Voorzitter : de h. Desplenter

Raadsheren : de hh. Lamiroy en Tytgat

Advocaten : mrs. R. Verstele en U. Gevaert

Onrechtmatige daad—Verkeersongeval op het werkterrein van een in aanbouw zijnde weg—Voorrang van de bij het werk betrokken bestuurders.

Op het werkterrein van een in aanbouw zijnde straat zijn in principe slechts de voertuigen toegelaten die bij het werk betrokken zijn. De bestuurders van deze voertuigen zijn de voorrang niet schuldig aan andere voertuigen die komende uit een andere straat het terrein oprijden.

Morlion t/ N.V. Groep Josi

Appellant heeft ter rechter tijd en in regelmatige vorm hoger beroep ingesteld tegen het vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Veurne dd. 8 maart 1972.

1. Terwijl de echtgenote van appellant, Degraeuwe Beatrice, de in aanleg zijnde ringlaan te Veurne dwarsste, heeft zij rechts van haar, de tractor met oplegger bestuurd door Rivière (aangestelde van Mev. François, verzekerd door geïntimeerde) gezien.

Rivière vervoerde grint om die ringlaan aan te leggen.

Degraeuwe Beatrice dreef, volgens haar verklaring, haar snelheid op om niet ten volle getroffen te worden door het voertuig van Rivière. Zij kwam er echter mede in botsing.

Bij vonnis van de Politie rechtbank te Veurne van 18 december 1970, bevestigd door de Correctionele Rechtbank te Veurne op 16 februari 1971, werd Degraeuwe

Beatrice vrijgesproken van de telastlegging een inbreuk op art. 16 Verkeersreglement gepleegd te hebben, en dit op grond van de overweging dat de weg waarop de aanrijding zich voordeed op het ogenblik der feiten niet als een openbare weg kon beschouwd worden.

Appellant heeft daarna een eis tot schadevergoeding tegen geïntimeerde ingesteld die, in het beroepen vonnis, afgewezen werd.

2. Appellant roept ten onrechte het gezag van het rechterlijk gewijsde in van het voormeld vonnis van de Correctionele Rechtbank te Veurne waar het, om de eis van de burgerlijke partij François af te wijzen, overweegt dat het niet bewezen is dat de aanwezigheid van het voertuig van de burgerlijke partij gerechtvaardigd was op de plaats der aanrijding. Deze overweging is immers vreemd aan de strafrechtelijke beslissing. Na de vrijpraak van Degraeuwe Beatrice bevestigd te hebben was de rechtbank niet meer bevoegd om kennis te nemen van de eis van de burgerlijke partij. Het gaat overigens thans om een andere burgerlijke eis dan degene waarop de bewuste overweging betrekking heeft. Zij is dus niet bindend bij de beoordeling van het onderhavig geschil.

Het Hof neemt de beweegreden, vermeld op bladzijde twee, onder cijfer 3 van het beroepen vonnis – die, volgens appellant, strijdig is met het gezag van het gewijsde van de voormelde vonnissen – niet over.

3. Er dient thans alleen onderzocht te worden of Rivière een fout gepleegd heeft waardoor appellant schade geleden heeft.

De fout van Rivière bestaat, volgens appellant, hierin dat hij, vanop een werf op een openbare weg – zijnde de Gasthuisstraat die over de in aanbouw zijnde weg "doorliep" gereden is en dat hij dit best wist.

Het is verkeerd te stellen dat Degraeuwe op een openbare weg, zijnde de Gasthuisstraat, reed. Het is wel zo dat de Gasthuisstraat die Degraeuwe Beatrice volgde, gedwarsd werd door de in aanbouw zijnde ringlaan die alle uiterlijke tekens van een werf vertoonde. Op die werf waren slechts in principe de voertuigen toegelaten die, zoals dit van Rivière, bij de werken betrokken waren. De bestuurders van deze voertuigen waren de prioriteit niet schuldig aan de voertuigen die de werf dwarsten; geen enkel teken verplichtte hen hiertoe. Hoewel het oprijden van de werf in de door Degraeuwe gevolgde richting niet verboden was moest zij er zich ten volle rekenschap van geven dat zij een werf opreed. Zij moest dus, bij het dwarsen van de werf, bijzonder oplettend zijn voor de vrachtwagens die daar reden en haar snelheid matigen. In plaats van het voertuig van Rivière dat zij wel zag aankomen te laten voorbijrijden heeft zij haar snelheid nog opgevoerd en getracht dit voertuig voor te zijn. Deze onvoorzichtigheid blijkt de enige oorzaak van het ongeval te zijn.

In hoofde van Rivière is er geen schadeverwekkende fout bewezen.

Op die gronden,

Het Hof,

Ontvangt het hoger beroep; wijst het af als ongegrond;

Bevestigt het bestreden vonnis.

Verwijst appellant in de kosten.

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

9^e KAMER—3 APRIL 1974

Voorzitter : de h. Liard

Raadsheren : de hh. Boon en Wauters

Advocaten : mrs. H. Vroman, C. Verhaaren, K. Van Peel, Rutsaert loco A. Peeters en C. Jacqumain

Hypotheek—Rechten van de schuldenaar op het gehypothekeerde goed—Art. 45, laatste lid, Hypotheekwet—Overeenkomsten te goeder trouw.

Voor de toepasselijkheid van art. 45, laatste lid, Hypotheekwet volstaat de louter in hoofde van de schuldenaar-verhuurder bestaande kwade trouw, en zelfs het louter abnormaal karakter van de toegestane verburing.

Het dwingend karakter van sommige bepalingen van de Handelshuurwet belangt slechts de bij het huurceel betrokken partijen aan en doet geen afbreuk aan de toepasselijkheid van art. 45 Hypotheekwet op de verbouwingen tussen de bij de hypothecaire lening betrokken partijen.

Flips e.a. t/ Firma Discontokantoor e.a.

Gezien in eensluitend afschrift het vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen, de dato 13 april 1972, ten verzoeken van tweede geïntimeerde aan de overige partijen betekend op 22 juni 1972, tegen hetwelk op 20 juli 1972 een naar termijn en vorm regelmatig beroep werd ingesteld;

Gezien het incidenteel beroep, door tweede geïntimeerde ingesteld bij conclusie;

Aangezien tweede geïntimeerde, hierna genoemd "Discontokantoor", – die, tot waarborg van twee kredietopeningen van respectievelijk 800.000 fr. en 1.250.000 fr., een hypothecaire inschrijving nam op de aan de gecrediteerde echtelieden Mottie-Corluy (inmiddels uit de echt gescheiden) in medeïgendom toebehorende goederen Frans Beirenslaan 221, 223, 225 en 227 te Borsbeek –, in haar oorspronkelijke vordering de nietigverklaring, minstens de bevestiging van de niet-tegenstelbaarheid, nastreefde van de handelshuurovereenkomst, die door Mottie betreffende deze onroerende goederen op 19 augustus 1969 werd aangegaan met Flips, voor een termijn van negen jaar, voor een huurprijs van 15.000 fr. per maand, en met beding dat Mottie, zolang hij wilde, gratis de door hem betrokken plaatsen mocht blijven betrekken, alsook gebruik maken van verwarming en elektriciteit, terwijl toch artikel 8 van het modelkohier betreffende de akte van kredietopening onder meer bepaalde, dat de gecrediteerden, zonder toestemming van het Kantoor, in huurcontracten niets mochten inlassen dat de zekerheid zou kunnen verminderen, en geen huurcontracten voor langer dan drie jaar mochten opmaken of hernieuwen;

Aangezien de oorspronkelijke, bij verzoekschrift in vrijwillige tussenkomst ingeleide, vordering van de N.V. "Bank Financia", thans genaamd "The First National City Bank", – die, tot waarborg van een kredietopening voor een bedrag van 3.500.000 fr. toegestaan aan de p.v.b.a. "Euro-Sport", insgelijks een hypothecaire inschrijving bekam op voornoemde onroerende goederen van de echtelieden Mottie-Corluy –, ertoe strekte de door Mottie met Flips afgesloten huurovereenkomst van 19 augustus 1969 ook aan haar niet-tegenstelbaar te horen verklaren;

Aangezien de oorspronkelijke, bij verzoekschrift in vrijwillige tussenkomst ingeleide, vordering van de N.V. "Euro-Strade", die in een gedeelte van de litigieuze onroerende goederen een garage houdt, er toe strekte te horen zeggen voor recht, dat de huurovereenkomst van 19 augustus 1969 tussen partijen Mottie en Flips, wel degelijk aan het Discontokantoor en aan de N.V. "Bank Financia" tegenstelbaar is ;

Wat de ontvankelijkheid van het beroep betreft

Aangezien in eerste aanleg geen vordering werd ahangig gemaakt tussen appellanten en Corluy, en het geding ook niet onplitsbaar is in de zin van de artikelen 31 en 1053 van het Gerechtelijk Wetboek, zodat het door eerstgenoemden tegen laatstgenoemde ingestelde beroep onontvankelijk is ;

Ten gronde

Aangezien de eerste rechter terecht als bewezen aanvaarde dat Mottie, bij het afsluiten der huurovereenkomst van 19 augustus 1969, te kwader trouw handelde, waar hij wist dat de p.v.b.a. "Euro-Speed", voorheen "Euro-Sport", failliet was verklaard en dat andere, als pand geldende onroerende goederen van zijn familie en van die van zijn echtgenote, verkocht of in beslag genomen waren, en waar hij, in plaats van de voorheen geldende huurprijs van 24.000 fr., een huurprijs van 15.000 fr. per maand stipuleerde, met daarbij, ten voordele van hemzelf, het beding dat hij gratis mocht blijven wonen en gebruik maken van verwarming en elektriciteit, welke voorwaarden uiteraard de verkoopbaarheid van het eigendom uiterst nadelig moesten beïnvloeden en meteen de rechten van de hypothecaire schuldeisers in ernstige mate moesten compromitteren ;

Aangezien deze kwade trouw daarbij treffend wordt geïllustreerd door de omstandigheid, dat de huurovereenkomst werd afgesloten met Flips, die medewerker-verkoper was van de failliet verklaarde p.v.b.a. "Euro-Speed", en die, op 12 september 1968, onder meer met Mottie zelf, de N.V. "Euro-Strade" stichtte, waaraan uiteindelijk de huurcel ten goede kwam ingevolge, - zoals door laatste vennootschap beweerd -, een mondelinge overeenkomst van onderverhuur ;

Aangezien de eerste rechter terecht vaststelde, dat ook medeplichtigheid, te kwader trouw, van Flips kon vermoed worden, maar dat het bewijs daarvan niet ten genoegen van recht werd geleverd ;

Aangezien de eerste rechter dan ook met reden besliste, dat, bij gebrek aan bewijs van kwade trouw in hoofde van de huurder, de vordering van het Discontokantoor, in zover zij gebaseerd is op de bepalingen van artikel 1167 van het Burgerlijk Wetboek, als ongegrond diende afgewezen te worden ;

Aangezien echter op grond van oordeelkundige motieven, door het Hof beaamd en door de conclusies in hoger beroep niet weerlegd, de niet-tegenstelbaarheid van de huurovereenkomst aan het Discontokantoor en aan de N.V. "Financia", thans "First National City Bank", op grond van de bepalingen van artikel 45 van de Wet van 16 december 1851, door het aangevochten vonnis werd bekrachtigd ;

Aangezien inderdaad voor de toepasselijkheid van deze wetsbepaling, de louter in hoofde van de schuldenaar-verhuurder bestaande kwade trouw, en zelfs het louter

abnormaal karakter van de toegestane verhuur, volstaan, waarbij zich, wat het Discontokantoor betreft, nog voegt, dat de verhuur geschiedde met miskenning van het bij de hypotheekstelling ingelaste contractueel beding nopens de noodzakelijke toestemming van de leengever, als het verhuuringen voor meer dan drie jaar betrof, of voorwaarden die de gestelde zekerheid zouden kunnen verminderen ;

Aangezien uit bovenstaande overwegingen blijkt dat de kwade trouw van Mottie en het abnormaal karakter van de door hem toegestane huurcel vaststaan, zodat het in ondergeschikte orde gevraagde deskundig onderzoek volkomen overbodig is ;

Aangezien anderdeels appellanten tevergeefs de bepalingen van de Wet van 10 april 1951 op de handels-huurovereenkomsten inroepen, aangezien het dwingend karakter van sommige bepalingen dezer wet enkel de bij de huurcel betrokken partijen aanbelangt en geenszins afbreuk doet aan de toepasselijkheid van artikel 45 der Wet van 16 december 1851 op de verhoudingen tussen de bij de hypothecaire lening betrokken partijen ;

Aangezien tweede en derde appellanten in subsidiaire orde voorhouden, dat, voor zover de huurcel van 19 augustus 1969 niet-tegenstelbaar zou verklaard worden aan de hypothecaire schuldeisers, alleszins aan de huurovereenkomst van 22 november 1968, afgesloten tussen Mottie en p.v.b.a. "Euro-Speed", opnieuw rechtskracht zou dienen verleend te worden, aangezien die niet bij authentieke akte beëindigd werd, doch ook dat middel in rechte faalt, vermits de relatieve nietigheid, die de Wet van 30 april 1951 verbindt aan het niet-ervullen der bedoelde formaliteit, gedekt is door de uitvoering, die de bij de overeenkomst betrokken partijen aan hun accord gaven en die als een ondubbelzinnig afzien van hun rechten moet beschouwd worden ;

Aangezien men trouwens niet inzielt op welke rechtsgrond de destijds aan de, in faillissement verklaarde, p.v.b.a. "Euro-Speed" verleende huurrechten zouden kunnen ten goede komen aan de N.V. "Euro-Strade", die in genen dele rechtsopvolgster is van bedoelde personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid ;

Aangezien het Discontokantoor terecht doet gelden, dat de kosten van herdaging bij vergissing in het aangevochten vonnis niet werden begroot ;

Om die redenen,

Het Hof, rechtdoende op tegenspraak,

Gelet op artikel 24 van de Wet van 15 juni 1935,

Alle andere, meer omvattende of strijdige besluiten verwerpend,

Verklaart het hoofdberoep, voor zover het gericht werd tegen Corluy, onontvankelijk ;

Ontvangt het hoofdberoep voor het overige, alsmede het incidenteel beroep, en rechtdoende binnen de perken dezer ontvangen beroepen,

Bevestigt het aangevochten vonnis, onder de enkele wijziging dat de aan de zijde van het Discontokantoor in eerste aanleg begrote kosten worden opgevoerd van 2.355 F tot 3.135 F ;

Verwijst appellanten in de gerechtskosten in beroep.

NOOT—Zie elders in dit nummer het door bovenstaand arrest bevestigde vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen van 13 april 1974.

ARRONDISSEMENTSRECHTBANK TE BRUGGE

26 NOVEMBER 1973

Voorzitter : de h. A. Fraeys

Rechters : de hh. H. Scholiers en E. Floré

Openbaar ministerie : de h. J. De Tandt

Advocaten : mrs. R. Micholt loco G. Delagrangé en F.

Moeykens loco Vanden Broele

Bevoegdheid—Bevoegdheidsgeschil—Over tegenvordering—Geen verwijzing naar de arrondissementsrechtbank.

Wat de tussenvordering, meer bepaald de tegenvordering, betreft, voorziet het Gerechtelijk Wetboek nergens in de verwijzing naar de arrondissementsrechtbank wegens bevoegdheidsgeschil. De beoordeling van het ontvankelijk karakter van de tegenvordering moet dientengevolge, zoals voorheen, op soevereine wijze door de rechter geschieden.

Verkinderen t/ Coöp. V. Westflandria

Gezien de verzending naar de arrondissementsrechtbank door de vrederechter van het kanton Tielt, zoals blijkt uit het vooreensluitend verklaard afschrift van het vonnis dd. 7 juni 1973, dat op regelmatige wijze wordt overgelegd ;

Gezien (...)

Overwegende dat eiser met verweerster overeenkwam om een verzekeringsportefeuille en een portefeuille van plaatsingsmandaten in te kopen voor de som van 77.813 frank ;

Overwegende dat eiser voorhoudt, dat hij hierdoor ook eigenaar is geworden van het saldo van de bankrekening Westflandria Tielt bij de Generale Bankmaatschappij ten bedrage van 22.059 fr., zodat hij de verweerster gedagvaard heeft om voornoemd bedrag te doen afgeven binnen de 8 dagen na de uitspraak van het tussen te komen vonnis, zoniet haar te veroordelen om deze som aan eiser te betalen, vermeerderd met de gerechtelijke intresten en de kosten ;

Overwegende dat de verweerster bij tegenvordering de volgende eisen stelt :

- 1- De betaling van voornoemde overnameprijs van 77.813 fr. te vermeerderen met de vergoedende intresten vanaf 20 maart 1972 en de gerechtelijke intresten ;
- 2- de betaling van 319.155 fr. wegens de ontbinding en de vereffening van het associatiecontract, dat partijen op 15 juni 1970 aangingen en waaraan op 20 maart 1972 een einde werd gesteld, eveneens vermeerderd met de vergoedende en de gerechtelijke intresten ;

Overwegende dat het eerste deel van de tegenvordering volgens de vrederechter wel voldoet aan de wettelijke voorwaarden gesteld in artikel 563, tweede lid, Ger. W., maar dat het tweede deel der tegenvordering niet ontstaan is uit het feit of uit de overeenkomst, die ten grondslag ligt aan de oorspronkelijke vordering, zodat hij van

oordeel is ambtshalve zijn onbevoegdheid ratione materiae te moeten opwerpen ;

Overwegende dat een der grondelementen van de tegenvordering haar incidenteel karakter is, hetgeen betekent dat zij zich voordoet in een geding dat aan gang is hoewel ze zelf had kunnen aanleiding geven tot een aparte hoofdvordering (zie verslag Van Reepinghen, blz. 35 en 36) ;

Overwegende dat hieruit logischerwijze volgt, dat de tegenvordering alleszins het lot volgt van de hoofdvordering, zoals de bijzaak de hoofdzaak volgt ;

Overwegende dat zulks moeilijkheden kan meebrengen inzake bevoegdheid, zodat de wetgever de mogelijkheden en de beperkingen heeft bepaald, waaraan de tegenvordering onderworpen is (zie verslag Van Reepinghen, blz. 326 tot en met 335) ;

Overwegende dat de bevoegdheid van de vrederechter om van de tegenvorderingen kennis te nemen bijgevolg beperkt is geworden tot deze soort tegenvorderingen, die voldoen aan de voorwaarden, die voorzien zijn in het artikel 563, tweede en derde lid, van het Gerechtelijk Wetboek, zodat de andere tegenvorderingen, — die geen wettig verband vertonen met de hoofdvordering —, niet op incidentele wijze kunnen ingesteld en derhalve onontvankelijk zijn ;

Overwegende dat de wetgever uitdrukkelijk de verwijzing naar de arrondissementsrechtbank wegens bevoegdheidsgeschil heeft voorzien in geval van samenhang of aanhangigheid der hoofdvorderingen (art. 644 Ger. W.) ; dat hij evenwel nergens in het Gerechtelijk Wetboek een dergelijke verwijzing heeft voorzien voor wat betreft de tussenvordering, meer bepaald de tegenvordering ;

Overwegende dat de beoordeling van het ontvankelijk karakter van de tegenvordering dientengevolge, zoals voorheen, dient te geschieden op soevereine wijze door de rechter, zodat het behoort onderhavige zaak terug te sturen naar de vrederechter. (cfr. Van Lennep R., — *Belgisch Burgerlijk Procesrecht*, Deel I, *Verhandeling*, afdeling I, rechtsingang, nrs 437, 455, 456, 459, 460, 461, 463 en 544) ;

Om die redenen,

De arrondissementsrechtbank,
wijzende op tegenspraak ;

Gehoord het overeenstemmend schriftelijk advies van de heer Jean De Tandt, eerste-substituut procureur des Konings, voorgelezen in openbare terechtzitting van achtentwintig september 1973,

verwijst de zaak terug naar de vrederechter van het kanton Tielt, voor verdere behandeling.

NOOT—*Anders* : E. VEUJEAN en A. FETTWEIS, "Chronique du droit belge", *Rev. trim. dr. civ.*, 1969, 890. Zie ook Vred. Harelbeke, 30 maart 1972, *R.W.*, 1971-72, 1803 ; Arb. Haselt, 14 april 1972, *R.W.*, 1972-73, 1779.

Art. 644 Ger. W. voorziet geenszins in de verwijzing naar de arrondissementsrechtbank wegens bevoegdheidsgeschil in geval van samenhang of aanhangigheid. Zie A. FETTWEIS, *Bevoegdheid*, nrs. 177 en 190 ; Arrond. Luik, 22 april 1971, *J.T.*, 1971, 699 ; Arrond. Brussel, 8 november 1971, *J.C.B.*, 1972, 11.

C.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE ANTWERPEN

1e KAMER—13 APRIL 1972

Voorzitter : de h. C. Van Camp

Rechters : de hh. J. Massa en A. Van Coppenolle

Advocaten : mrs. W. Goris, D. Herbosch loco C. Jacquemain, H. Vroman, C. Verhaaren, A. Peeters en K. Van Peel

Hypotheek—Rechten van de schuldenaar op het gehypothekeerde goed—Art. 45, laatste lid, Hypotheekwet—Overeenkomsten te goeder trouw.

Voor de toepasselijkheid van het laatste lid van art. 45 Hypotheekwet is voldoende dat een toegestane verhuuring de waarde van het aan de hypothecaire schuldeiser verstrekte pand vermindert. De trouw van de huurder is hierbij zonder invloed.

De niet-tegenstelbaarheid aan de hypothecaire schuldeiser is totaal onafhankelijk van de geldigheid van de verhuuring tussen de partijen die de huurovereenkomst volgens de Handelshuurwet gesloten hebben.

Firma Discontokantoor e.a. t/ Flips e.a.

Overwegende dat vaststaat :

- dat Maurice Mottie en Frieda Corluy, die thans uit de echt gescheiden zijn, gehuwd waren onder het stelsel van de scheiding van goederen ;

- dat Maurice Mottie de percelen nrs. 221 en 223 aan de Frans Beirensaan te Borsbeek alleen aankocht ; dat de percelen nrs. 225 en 227 aan dezelfde laan, aangekocht werden door Maurice Mottie en door zijn toenmalige echtgenote Frieda Corluy samen, ieder voor een onverdeelde helft ;

- dat op het perceel nr. 221 een burgershuis, en op de percelen nrs. 223, 225 en 227 een garage met toonzaal gebouwd werden ;

- dat op deze goederen hypothecaire inschrijvingen genomen werden in het voordeel van beide eiseressen tot zekerheid van schuldvorderingen op de toenmalige echtgenoten Mottie-Corluy en op een Pvba "Euro-Sport", waarvan Maurice Mottie en zijn schoonvader Corluy Francisus zaakvoerders en vennoten waren ;

- dat Maurice Mottie deze onroerende goederen op 22 november 1968 voor een termijn van 9 jaar à 24.000 fr. per maand verhuurde aan de pvba "Garage Euro-Speed" (voorheen "Euro-Sport") ;

- dat laatstgenoemde vennootschap bij vonnis van de rechtbank van koophandel van 12 augustus 1969 failliet verklaard werd ;

- dat Maurice Mottie met volmacht van Frieda Corluy op 19 augustus 1969 de besproken onroerende goederen verhuurde aan Ludo Flips, voor een termijn van 9 jaar tegen 15.000 fr. per maand ; dat tevens bedongen werd dat Maurice Mottie, "zolang hij wil, gratis de door hem betrokken woonplaatsen mag blijven betrekken, als ook gebruik maken van de verwarming en elektriciteit" ;

- dat Ludo Flips op 25 augustus 1969 van de curator van het faillissement Pvba "Garage Euro-Speed" overnam : al de roerende goederen die geïnventarieerd werden, rijbare auto's uitgesloten, alle mogelijke huurovereenkomsten, Vleminckxveld uitgesloten, de handelszaak, cliënteel en uithangbord ;

- dat de schuldenaars en hun borgen hun verplichtingen tegenover eiseressen niet nakwamen ; dat tijdens de rechtspleging van uitvoerend beslag op onroerend goed, benaastigd door de N.V. Bank Financia, notaris C. Meeus te Borgerhout, bij beschikking van de beslagrechter van 15 januari 1970 belast werd met de veiling van het pand van de Frans Beirensaan te Borsbeek ;

- dat de VGN Discontokantoor zich op grond van art. 1582 Ger.W. verzette tegen de voorgenomen verkoopvoorwaarde waarbij de huurovereenkomst van 19 augustus 1969 opgenomen werd ;

- dat de tussenkomende partij N.V. Euro-Strade bevoogdt dat zij in voornoemde panden een garage exploiteert ; dat in pleidooi door haar raadsman gezegd werd dat zij het pand huurt bij mondelinge huurovereenkomst ;

Overwegende dat de vordering van de VGN Discontokantoor ertoe strekt die huurovereenkomst nietig, minstens haar niet-tegenstelbaar te horen verklaren ; dat de tussenkomende partij, de N.V. Bank Financia enkel de niet-tegenstelbaarheid beoogt ;

Overwegende dat de vordering van de VGN Discontokantoor steunt op contractuele gronden, op de bepalingen van artikel 1167 B.W. en op die van artikel 45 van de Wet van 16 december 1851 ; dat de vordering van de N.V. Bank Financia enkel steunt op artikel 45 van laatstgenoemde wet ;

Overwegende dat de tussenkomst van de N.V. Euro-Strade ertoe strekt te horen zeggen dat de huurovereenkomst tussen eerste en tweede verweerders wel tegenstelbaar is aan eiseressen ;

Overwegende dat de ontvankelijkheid-naar-de-vorm van de vorderingen niet betwist wordt ;

1. Vordering van de VGN Discontokantoor

Overwegende dat de akten van kredietopening van het ambt van notaris J. Lefèvre te Antwerpen dd. 13 november 1964 en van het ambt van notaris C. Meeus te Borgerhout dd. 22 juli 1966 telkens in een artikel 8 bepalen :

"Zonder toestemming van het Discontokantoor mogen de gecrediteerden niet meer dan zes maanden vooruit de huur optrekken der in pand gegeven onroerende goederen, noch in de huurcontracten ervan iets inlassen dat de waarborgen van het Discontokantoor zou kunnen verzwakken, noch de huurcontracten voor langer dan drie jaar opmaken of vernieuwen" ;

Overwegende dat dit beding slechts een illustratie is van de immanente – en door artikelen 1167, 1382 B.W. en 45 van de Wet van 16 december 1851 gesanctioneerde – plicht van de schuldenaar tot het onaangetast behoud van zijn solvabiliteit en van het pand van zijn schuldeisers ; dat de bespreking ervan derhalve samenvalt met die van de aangehaalde wetsbepalingen ;

Overwegende dat een verhuuring door de schuldenaar van een in pand gegeven onroerend goed voor een termijn van negen jaar voor de prijs van 15.000 fr. per maand voor een complex dat voorheen verhuurd was voor 24.000 fr. en met het beding dat de verhuurder de woonplaatsen gratis en voor onbeperkte duur mag blijven betrekken, ontegensprekelijk van aard is, zowel om de solvabiliteit van de verhuurder-schuldenaar als om de venale waarde van de in pand gegeven onroerende goederen gevoelig te verminderen ;

Overwegende dat Maurice Mottie bezwaarlijk zijn gebrek aan goede trouw bij een verhuring op dergelijke voorwaarden kan betwisten ten overstaan van de vaststelling dat hij ervan op de hoogte was dat de schuldenaar de Pvba Euro-Speed failliet was en dat andere als pand geldende onroerende goederen van zijn familie en van die van zijn echtgenote, uitverkocht of in beslag genomen waren ;

Overwegende dat Ludo Flips door zijn onderhandelingen met de curator op de hoogte was van het faillissement van de Pvba Euro-Speed ; dat hij niet ontkent dat hij medewerker-verkoper was van deze vennootschap ; dat hij, door de publiciteit van de hypotheekregisters, op de hoogte kon zijn van de lasten welke de door hem in huur genomen goederen bezwaarden ; dat hij o.m. met Theophile en Maurice Mottie, gewezen zaakvoerders van de Pvba Euro-Speed, een N.V. Euro-Strade stichtte op 12 september 1968 ;

Overwegende dat — indien deze elementen wel de morele overtuiging scheppen van medeplichtigheid te kwader trouw in hoofde van Ludo Flips, zij nochtans ontoereikend zijn om een afdoend bewijs in rechte daarvan te leveren ;

Overwegende dat, bij gebrek aan bewijs van kwade trouw in hoofde van de huurder, de vordering van de VGN Discontokantoor, in zover zij gebaseerd is op de bepalingen van artikel 1167 B.W. derhalve ongegrond voorkomt ;

Overwegende dat deze vordering, in zover zij steunt op artikel 45 van de Wet van 16 december 1851 echter wel gegrond is ; dat het voor de toepasselijkheid van deze wetsbepaling volstaat dat de te kwader trouw toegestane verhuring de waarde van het aan de schuldeiser verstrekte pand vermindert ; dat de trouw van de huurder hierbij zonder invloed is (DE PAGE, VII, nrs. 573 e.v. 589 ; Hof Brussel, 27.11.1942, *Pas.*, 1944, III, 12 ; Hof Brussel 12.11.1964 i.z. Alg. Hypotheek- en Krediet Kas t/ Lebermuth in het dossier van eiseres in tussenkomst) ;

Overwegende dat het gemis aan goede trouw in hoofde van Maurice Mottie en de aantasting van de waarde van het pand van de schuldeisers vaststaat om de hierboven vermelde redenen ;

Overwegende dat de niet-tegenwerpelijke aan eiseres van de verhuring, totaal onafhankelijk is van haar rechtsgeldigheid tussen de partijen van de huurovereenkomst volgens de wetgeving op de handelshuurovereenkomsten ;

Overwegende dat Frieda Corluy in haar conclusie van 10 januari 1972 toegeeft dat zij aan Maurice Mottie volmacht gaf om de besproken onroerende goederen te beheren ;

2. Vordering van de N.V. Bank Financia

Overwegende dat deze vordering, om dezelfde redenen als die welke aangenomen werden bij de bespreking van de vordering van de VGN Discontokantoor, ontvankelijk en gegrond is ; dat derhalve ook aan haar de huurovereenkomst van 19 augustus 1969 niet kan tegengevoerd worden ;

3. Tussenkomst van de N.V. Euro-Strade

Overwegende dat uit het voorgaande volgt, dat de exploitatie der garage door de tussenkomende partij een

feitelijke omstandigheid is die tegenover eiseressen geen enkel recht doet ontstaan ;

Overwegende dat de vorderingen niet strekken tot veroordeling tot betaling van een geldsom ; dat derhalve slechts een rechtsplegingsvergoeding van 1.650 fr. in aanmerking kan komen ;

Om die redenen,

De rechtbank, (...)

Verklaart beide vorderingen ontvankelijk.

Verklaart ze gegrond in zover zij gebaseerd zijn op de bepalingen van artikel 45 van de Wet van 16 december 1851.

Verklaart de vordering van de VGN Discontokantoor ongegrond in zover zij gebaseerd is op artikel 1167 B.W. en wijst ze in die mate af.

Zegt voor recht dat de huurovereenkomst op 19 augustus 1969 tussen Ludo Flips en Maurice Mottie gesloten betreffende de onroerende goederen gelegen te Borsbeek, Frans Beirenslaan nrs. 221 tot en met 227 niet aan eiseressen kan tegengesteld worden.

Verleent akte aan eiseressen van hun voorbehoud om van verweerders schadevergoeding te vorderen.

Verleent akte aan derde verweerster dat zij zich gedraagt naar de wijsheid van de rechtbank.

Verleent akte aan de tussenkomende partij N.V. Euro-Strade van haar voorbehoud om aan eiseressen schadevergoeding te vorderen.

Veroordeeld verweerders en de tussenkomende partij N.V. Euro-Strade tot de kosten van het geding.

NOOT—Vorenstaand vonnis werd bevestigd door het elders in dit nummer opgenomen arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 3 april 1974.

Zie de in het vonnis geciteerde rechtspraak en rechtsleer, alsmede Rb. Gent, 5 april 1973, *R.W.*, 1973-74, 1895.

CORRECTIONELE RECHTBANK TE BRUSSEL

20e KAMER—18 APRIL 1974

Voorzitter : de h. Anne de Molina

Rechters : mevr. Viérin en mevr. Vaes

Openbaar ministerie : de h. Du Jardin

Strafbare deelneming—Misdrijf waarvan de deelnemer de bijzonderheden niet kent.

Het volbrengen en slagen van een terroristische aanslag hangt niet alleen af van de zorg waarmee hij voorbereid en uitgevoerd wordt, maar grotendeels ook van de genomen voorzorgen en van de geheimhouding waarmee alles omringd wordt, en het is dan namelijk ongewenst, dat alle deelnemers elkaar van tevoren kennen of van het werkelijk doel van de onderneming op de hoogte zijn.

Die onwetendheid waarin sommige deelnemers opzettelijk door de hoofdadaders gelaten worden en die zij aanvaarden, kan niet aangevoerd worden om de deelneming ongestraft te laten.

Het vrijwillig afzien van meer concrete kennis en opzet is een deel van het stilzuijgend overleg.

Van den Bremt

Overwegende dat niet betwist wordt dat door de Nederlandse overheden op rechtsgeldige wijze een officieel bericht werd gegeven aan de Belgische overheid van twee aanslagen met bomontploffingen gepleegd op het Nederlands grondgebied, namelijk te Ravenstein en te Ommen, in de nacht van 5 op 6 februari 1972, feiten door onbekenden gepleegd en die strafbaar zijn overeenkomstig de bepalingen van de artikelen 47 en 157 van het Nederlands Strafwetboek terwijl een der vermoedelijke daders in het gerechtelijk arrondissement Brussel gevonden werd ;

Overwegende dat de ontvankelijkheid van de strafrechtelijke vervolgingen vaststaat en trouwens niet betwist wordt ;

Overwegende dat gebleken is dat beide aanslagen gepleegd werden door twee ploegen van drie mannen en op touw werden gezet vanuit Parijs door leden van een Palestijnse verzetssluikorganisatie met het doel terreur in Nederland te verwekken ;

Overwegende dat om in een dergelijke onderneming te slagen de hoofddaders op de deelneming moeten kunnen rekenen van verschillende personen die ieder de door haar aanvaarde taak zorgvuldig dient te vervullen zo het gewenste doel wil bereikt worden, zonder dadelijk vereenzelvigd en aangehouden te worden ;

Overwegende dat in dergelijke geheime organisatie het volbrengen en het slagen van een dergelijke expeditie niet alleen afhankelijk wordt gemaakt van de zorg waarmee deze voorbereid en uitgevoerd wordt, maar ook grotendeels van de voorzorgen en meer bepaald de geheimhouding waarmee alles wordt omringd ;

Overwegende dat het namelijk ongewenst is dat alle deelnemers elkaar op voorhand zouden kennen of dat zij van het werkelijk doel van de onderneming op de hoogte zouden zijn ;

Overwegende dat deze onwetendheid waarin bepaalde deelnemers opzettelijk door de hoofddaders worden gelaten en welke door hen wordt aanvaard in hun voordeel niet kan ingeroepen worden om deze deelneming ongestraft te laten ;

Overwegende dat in hoofde van beklaagde de strafbare deelneming in verband met dergelijke misdaden, zoals omschreven in de eerste betichting, bestaat in de materiële daden die hij gesteld heeft ;

Overwegende dat hij namelijk met de personenwagen toebehorende aan zijn echtgenote de pakken vervoerde die de bommen inhielden, mede de genaamde Chabanne Kadem, van wie hij het adres niet kende doch wel de sterke interesse voor de Palestijnse politieke problemen, alsook een onbekend gebleven Arabier tot over de Nederlandse grens, doch naar een onbekende bestemming ;

Overwegende dat hij beide mannen naar Brussel heeft teruggevoerd in het holle van de nacht, na een uur ongeveer op een onbekende plaats die hem door Chabanne aangeduid werd, te hebben gewacht en zonder de politie nadien te verwittigen aangaande de bomaanslag die hij 's anderendaags in de vroege morgen door de radio had vernomen ;

Overwegende dat de omstandigheid dat beklaagde niet zou geweten hebben dat hij bommen in de door hem bestuurde wagen zou vervoerd hebben, noch dat de expeditie als doel had gasinstallaties zwaar te beschadigen,

het strafbaar karakter van zijn deelneming niet wegneemt ;

Overwegende dat vanaf het ogenblik dat hij aanvaardde Chabanne en de onbekende naar een onbekende bestemming over de Nederlandse grens te voeren, om er een aanslag uit te voeren zonder nadere uitleg te eisen, doch met de enkele verzekering dat er geen slachtoffers zullen gemaakt worden, op voldoende wijze voorafgaand overleg bewezen is tussen beklaagde en de hoofddaders ; dat dit overleg het plegen van een misdaad betrof, waaraan hij, niettegenstaande het beweerd gebrek aan enige uitleg, moest weten dat zij zich schuldig gingen maken of hadden gemaakt ;

Overwegende dat het niet opgaat te beweren dat hij in de mening zou verkeerd hebben dat zijn beide passagiers aan een vergadering gingen deelnemen, vermits bij zijn eerste verklaring, beklaagde toegaf zich erom bekommerd te hebben of er eventueel slachtoffers zouden gemaakt worden ;

Overwegende dat hij niet kan ontkennen dat hij erin toestemde Chabanne behulpzaam te zijn en dit min of meer blindelings daar hij de door hem aan te wijzen bestemming niet mocht kennen noch het tijdstip van zijn terugkomst ; dat het immers niet bewezen noch beweerd wordt dat hij of Chabanne bagage meegenomen hadden om ergens te blijven overnachten ;

Overwegende dat zodoende beklaagde zich schuldig maakte aan stilzwijgend overleg, door namelijk vrijwillig te verzaken aan een meer concrete kennis en opzet ;

Overwegende dat ongetwijfeld zonder de hulp van beklaagde zoals deze reeds beschreven werd, de beide aanslagen niet hadden kunnen gepleegd worden zoals deze gepleegd werden ;

dat hij bijgevolg als mededader dient schuldig verklaard te worden van de feiten in beide betichtingen omschreven, doch dat deze een collectief misdrijf uitmaken bij eenheid van opzet, zodat er slechts één enkele straf dient toegepast met name de zwaarste ;

Overwegende dat de beklaagde nog geen veroordeling heeft ondergaan tot een criminele straf of tot een hoofdgevangenisstraf van meer dan zes maanden ; dat de omstandigheden van de zaak daarenboven de reclassering van de beklaagde laten verhoppen, in de hiernabepaalde voorwaarden van uitstel der tenuitvoerlegging van de straf ;

Veroordeelt Van Den Bremt Etienne Alfons Hortense uit hoofde der betrekkingen A en B ééngemaakt tot : één enkele hoofdgevangenisstraf van drie jaar, waarvan de tenuitvoerlegging gedurende vijf jaar zal worden uitgesteld wat betreft dertig maanden van de hoofdgevangenisstraf.

NOOT betreffende mededaderschap.

1. Het onderscheid tussen mededaderschap en medeplichtigheid is een kiese aangelegenheid. De klassieke leer heeft een stelsel uitgedokterd dat echter door de rechtspraak niet wordt toegepast : het Hof van Cassatie verwijst naar de feitenrechter (Cass., 14 mei 1945, *Arr. Cass.*, 1945, 148) die er blijkbaar ook geen raad mee weet. Behoudens voor wat betreft het overspel, waar het trouwens om een apart geval gaat, komt de medeplichtigheid nog zelden voor in de praktijk : de parketmagistraten kennen nog alleen daders of mededaders en de strafrechters scheren toch alle verdachten over dezelfde kam.

De problematiek omtrent het medeplegerschap werd op een verhelderende manier uiteengezet door J. D'HAENENS (*Strafbaar deelneming*, A.P.R.), maar deze studie moet worden aange-

vuld met volgende werken : P. GULPHE, "La distinction entre coauteurs et complices", in *Rev. sc. crim.*, 1948, 673 en volg. ; A. LEGAL, noot onder Hof Toulouse, 8 maart 1956, in *Rev. sc. crim.*, 1957, 131 ; P. A. PAGEAUD, *Complicité*, n° 24 in *Juris-Classeur Pénal* ; D. HAZEWINKEL-SURINGA, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, 6e druk, p. 290 ; T. J. NOYON en G. E. LANGEMEIJER, *Het wetboek van strafrecht*, 7e druk, I, p. 350, n° 20 en volg.).

2. Mede onder invloed van het behaviourisme, zijn de rechtspractici gaan inzien dat mededaderschap niet de som van daderschappen is, zoals een handeling nog heel wat méér is dan een samenstelling van bewegingen. Mededaderschap is ook een handelingencomplex, waarvan elke dader een deel voor zijn rekening neemt : er is een bewuste samenwerking, een taakverdeling, een samenspel dat voortvloeit uit één plan of opzet (D. HAZEWINKEL-SURINGA, *o.c.*, p. 296 ; C. J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *Belgisch strafrecht*, II, 649, n° 1210). Het onderhavige vonnis kan doorgaan voor een schoolvoorbeeld van een dergelijke arbeidsverdeling : elkeen heeft zijn eigen taak, elk brengt zijn deel bij tot de uitvoering van het plan, elke handeling past in een vooraf bestudeerd kader.

Wie aan dit opzet meewerkt is niet louter aansprakelijk voor hetgeen hij persoonlijk verricht, maar daar het opzet ruimer is dan de inzet, reikt de aansprakelijkheid tot het gezamenlijk plan. Elke persoonlijke daad is slechts een inbreng die bijdraagt tot de verwezenlijking van het strafbaar opzet, door deze steun, door deze bijdrage neemt elkeen deel aan het geheel : elkeen hoeft de delictsinhoud niet volledig te vervullen, het kan zelfs gebeuren dat elke bijdrage afzonderlijk genomen niet eens onder de toepassing van de strafwet valt, maar de handelingen worden als één complex beschouwd en alle daders worden geacht deel te hebben genomen aan het hele opzet. "En s' associant au délit d'autrui, le complice fait sien ce délit et en accepte par avance les conséquences pénales" schrijft R. COMBALDIEU (noot onder Cass. fr., 18 november 1965, *D.S.*, 1966, 248).

3. Kennis van alle omstandigheden die de gedraging tot een misdrijf maken wordt onontbeerlijk geacht voor alle mededaders : samenwerking veronderstelt bewuste deelneming aan het gemeenschappelijk opzet. De klassieke leer schiet echter te kort wanneer het gaat om een strafbaar opzet, waarbij de deelnemers in de onwetendheid blijven omtrent alle bijzonderheden en waarbij elkeen een welgeplande opdracht krijgt die rechtstreeks bijdraagt tot de uitvoering van de operatie.

J. D'HAENENS spreekt in dit verband van een deelneming "à toutes chances" (*o.c.*, p. 73, n° 165), terwijl het mij eerder een onbepaald opzet lijkt : de dader beseft in het onderhavige geval dat het om een terreuractie gaat, maar hij weet niet precies waar, wanneer of hoe deze zal uitgevoerd worden. Hoewel hij afziet van iedere concrete kennis en opzet, blijft hij toch bereid zich in te zetten om persoonlijk, in het kader van zijn opdracht, daaraan mee te werken. Deze blinde volgzzaamheid is een onontbeerlijke vereiste voor het welslagen van het opzet en kan natuurlijk achteraf niet worden ingeroepen als strafuitsluitingsgrond (P. A. PAGEAUD, *o.c.*, n° 161 ; E. GARCON, *Code pénal annoté*, 2e éd., p. 173, n° 301).

E.G.Code,n161 ;'o.c.4 .P

De toepassing van art. 66 Sw. op een dergelijke terreuractie wijst erop dat onze strafrechtsleer grote nood heeft aan verfijning en vernieuwing, om maar te zwijgen over een aanpassing aan de sociale werkelijkheid.

A. Vandeplass

ARBEIDSRECHTBANK TE MECHELEN

3e KAMER—4 SEPTEMBER 1973

Voorzitter : de h. A. Van Saet

Arbeidsauditeur : de h. C. Quisthoudt

Advocaten : mrs. E. Vervaeke en H. Demeester

Arbeidsovereenkomst bedienden—Onderwijzers in het gesubsidieerd katholiek onderwijs—Akkoord van partijen over de rechtsgeldigheid van een ontbindende voorwaarde—Verwezenlijking van de ontbindende voorwaarde—Bewijs.

Wanneer de rechtsgeldigheid van een opgenomen ontbindende voorwaarde door partijen erkend wordt, maar de verwezenlijking ervan in betwisting is, rust de bewijslast van de verwezenlijking op de partij die zich op de ontbindende voorwaarde heeft beroepen. Een verwijzing naar de niet geschaafde "officiële leer van de Kerk" vormt geen voldoende bewijs.

X. t./ De inrichtende macht van de vrije lagere meisjesschool te Y.

Ten gronde

Overwegende dat het geschil tussen partijen vooreerst en hoofdzakelijk de verwezenlijking van de ontbindende voorwaarde betreft welke krachtens art. 2 van de op 12 oktober 1970 afgesloten aanwervingsakte zou gelden ;

Dat daarnaast in betwisting bleef of de toestand, waarin eiseres verkeerde, al dan niet een dringende reden uitmaakte die verweerster het recht gaf de overeenkomst zonder opzegging noch vergoeding te verbreken ;

Dat logischerwijze dan ook eerst dient beoordeeld over die ontbindende voorwaarde ;

Overwegende dat duidelijkheidshalve dient opgemerkt dat het in casu niet gaat om een loutere toepassing van art. 21bis van de gecoördineerde wetten betreffende de bediendenovereenkomst volgens welke o.a. nietig zijn de bedingen waarbij wordt bepaald dat het huwelijk een einde maakt aan de overeenkomst ;

Dat immers blijkens de door partijen gegeven uitleg de kwestieuze ontbindende voorwaarde niet het huwelijk als zodanig betreft, maar wel een persoonlijke of gezinstoestand zoals omschreven in art. 31, § 1, 4, van het voorgelegde algemeen reglement ;

Dat die toestand dan zou bestaan in het aangaan van een huwelijk, inzonderheid met een gescheiden man ;

Overwegende dat die ontbindende voorwaarde voorkomt in art. 31, § 1, 4, van het algemeen reglement van het personeel van de katholieke lagere- en kleuterscholen dat opgenomen is in de brochure "Verantwoordelijkheden en statuut van de Christelijke opvoeders in het Katholiek lager- en kleuteronderwijs" ;

Dat volgens art. 3 van de voormelde aanwervingsakte eiseres verklaart die brochure ontvangen te hebben en de erin opgelegde voorwaarden en verplichtingen te aanvaarden ;

Dat desbetreffend ondervraagd ter zitting van 5 juni 1973 beide partijen uitdrukkelijk hebben verklaard dat niet de rechtsgeldigheid van de opgenomen en erkende ontbindende voorwaarde in geding wordt gebracht, maar wel het feit of eiseres dient geacht zich in een persoonlijke of gezinstoestand bevonden te hebben die de verwezenlijking vormt van de ontbindende voorwaarde ;

Dat de conclusies van beide partijen trouwens ook op dat punt zijn afgestemd ;

Overwegende dat overeenkomstig art. 31, § 1, 4, van dat algemeen reglement de aanwervingsovereenkomst bij toepassing van art. 2 van rechtswege en zonder vergoeding wordt verbroken zodra het personeelslid :

a) zich bevindt in een persoonlijke of gezinstoestand die onverenigbaar is met de wetten van de katholieke moraal ;

b) of de wetten van de katholieke kerk ernstig schendt ;

c) of stellingen verdedigt die in strijd zijn met de katholieke leer ;

Dat bij voormeld art. 2, inzonderheid de §§ 1 en 2, wordt bepaald dat de gestelde voorwaarden "dragen op het bestaan zelf van de verbintenis en zij zowel op het ogenblik van de aanwerving als gedurende de ganse loopbaan moeten vervuld zijn ; dat de personeelsleden moeten behoren tot de Rooms-Katholieke Kerk en uit hun levenswijze moet blijken dat zij een ideaal nastreven, dat in overeenstemming is met de christelijke moraal en de wetten van de Kerk en dat zij in deze aangelegenheden de Kerkelijke tucht aanvaarden" ;

Overwegende dat in de brief van 31 december 1971 aan eiseres gericht en waarbij de ontbinding van de overeenkomst werd vastgesteld, gestuurd wordt op de gevallen hierboven vermeld onder a) en b) ;

Dat punt 5 van die brief immers als volgt luidt :

"Volgens art. 2 en art. 31 van het Algemeen Reglement van het personeel van de Katholieke Lagere en Kleuterscholen bevindt U zich in een persoonlijke of gezinstoestand die onverenigbaar is met de wetten van de katholieke moraal en die de wetten van de Kerk ernstig schendt en is aldus uw aanwezigheid als personeelslid in het katholiek onderwijs onverenigbaar met de eisen van de christelijke opvoeding" ;

Overwegende dat als uitgangspunt dient gesteld dat de partij die zich op het bestaan van de ontbindende voorwaarde beroept, ook het bewijs moet leveren van de verwezenlijking ervan ;

Overwegende dat in de conclusies van verweerster desbetreffend het volgende wordt aangetroffen :

- de officiële leer van de Kerk beschouwt de houding van eiseres als zijnde strijdig met de wetten van de katholieke kerk (cfr. conclusie van 27.2.1973, blz.3) ;
- het officiële standpunt van de Kerk is slechts te vinden in de algemene richtlijnen uitgevaardigd door de bisschoppen (cfr. conclusie van 7.5.1973, blz. 1) ;
- het officieel standpunt in de Kerk wordt bepaald door Paus en Bisschoppen (cfr. conclusie van 5.6.1973) ;

Overwegende dat eiseres van haar kant o.a. een brief dd. 26 november 1972 uitgaande van Kanunnik X. voorlegt waarbij deze o.m. duidelijk stelt dat een kerkrechtelijk geldig huwelijk in casu niet mogelijk is, dat hij als priester gebonden is door de kerkelijke wetten en geen huwelijk kerkrechtelijk kan inzegenen in het geval van eiseres met een uit de echt gescheiden man ;

Dat dezelfde kanunnik anderdeels in dezelfde brief aan eiseres eraan toevoegt dat hij "wel de exponent kan zijn van deze priesters en gelovigen die menen dat het symbool van de christelijke duiding van Uw huwelijk U niet mag onthouden worden" en dat hij "als priester de godsdienstige betekenis die U hieraan wilt hechten kan onderlijnen door voor te gaan in een Eucharistieviering" ;

Overwegende dat verweerster vooralsnog echter niet heeft aangetoond hetzij dat het huwelijk van eiseres met een gescheiden man onverenigbaar zou zijn met de wetten van de katholieke moraal, hetzij dat eiseres de wetten van de katholieke kerk ernstig zou geschonden hebben ;

Dat immers de aangehaalde vermeldingen uit de con-

clusies van verweerster noch gestaafd, noch gemotiveerd zijn door overtuigingsstukken ;

Overwegende dat, aangezien niettemin gewag wordt gemaakt van "officiële leer" en "officieel standpunt", de Rechtbank desbetreffend dient ingelicht te worden alvorens ten gronde te beslissen ;

Dat met het oog op een goede rechtsbedeling een heropening der debatten dan ook aangewezen voorkomt. (...)

NOOT—Zie in dit nummer ook Arrbr. Mechelen, 18 december 1973 met noot van T.

ARBEIDSRECHTBANK TE MECHELEN

3e KAMER—18 DECEMBER 1973

Voorzitter : de h. A. Van Saet

Arbeidsauditeur : de h. C. Quisthoudt

Advocaten : mrs J. Stappers, M. Vermeulen en W. Hendrickx

Arbeidsovereenkomst bedienden—Onderwijzers in het gesubsidieerd katholiek onderwijs—Betwisting over de toepassing van een ontbindende voorwaarde—Voorwaarden voor de rechtsgeldigheid van een ontbindende voorwaarde.

In beginsel kan een bedongen ontbindende voorwaarde inzake arbeidsovereenkomsten uitwerking hebben.

Om geldig te zijn moet een ontbindende voorwaarde evenwel duidelijk en ondubbelzinnig tussen partijen overeengekomen zijn.

X. t./V.Z.W. Sint Calasanz Instituut.

De feiten

Overwegende dat eiseres beweert als onderwijzers in dienst van verweerster te zijn geweest van 1 december 1952 tot 31 augustus 1971 ;

Dat zij bij mededeling van 12 juli 1971 door verweerster onmiddellijk ontslagen werd ;

Dat zij op het ogenblik van het ontslag bijna 37 jaar was en een bruto maandsalaris genoot van 17.058 fr., te vermeerderen met het jaarlijks vakantiegeld van 10.000 fr., wat haar een bruto jaarlijks inkomen bezorgde van 214.696 fr. ;

Overwegende dat verweerster voorhoudt dat eiseres bij geschreven overeenkomst van 1 september 1953 als onderwijzers in dienst trad in de aangenomen gemengde bewaarschool te N. ;

Dat artikel 3 van die overeenkomst in hoofde van eiseres de aanvaarding inhoudt als integrerend deel der overeenkomst van het "Algemeen Reglement van de Katholieke Scholen van het Aartsbisdom Mechelen" ;

Dat bij geschreven akte van 1 september 1966 tussen partijen werd overeengekomen dat hun juridische verhoudingen voorts geregeld werden door de bepalingen van het stabiliteitsstatuut en disciplinair statuut van het gesubsidieerd onderwijzend en administratief lekenpersoneel van de vrije gesubsidieerde onderwijsinrichtingen dat door het Nationaal Paritair Hoofdcmité van het vrij gesubsidieerd onderwijs op 24 maart 1965 werd vastgelegd en dat partijen van de inhoud daarvan kennis had-

den door de overhandiging der brochure "Verantwoordelijkheden en Statuut van de Christelijke Opvoeders" houdende bovengenoemde teksten ;

Dat artikel 31, § 1, 4°, van het algemeen reglement van het personeel van de Katholieke lagere en kleuterscholen (brochure hogervermeld), op de blz. 52 onder de rubriek "Ontbinding van de verbintenis" volgende tekst bevat : "Bij toepassing van artikel 2 wordt de aanwervingsovereenkomst van rechtswege en zonder vergoeding verbroken

- 1.....
- 2.....
- 3.....

4. zodra het personeelslid zich in een persoonlijke of gezinstoestand bevindt die onverenigbaar is met de wetten van de katholieke moraal of de wetten van de Katholieke Kerk ernstig schendt of zodra het stellingen verdedigt die in strijd zijn met de katholieke leer" ;

Dat op 10 juli 1971 eiseres in het huwelijk trad voor de ambtenaar van burgerlijke stand der Stad Mechelen met de genaamde L., echtgescheiden echtgenoot van J. ;

Dat bij aangetekende brief dd. 12 juli 1971 verweerster bij toepassing van artikel 31, eerste lid, 4°, van hogervermeld algemeen reglement de vervulling der ontbindende voorwaarde betekende met onmiddellijke beëindiging der overeenkomst ;

Ten gronde

Overwegende dat ter beoordeling van de gestelde vordering volgend onderscheid dient gemaakt :

- aangezien partijen het oneens zijn nopens de rechtsgeldigheid van de ontbindende voorwaarde, waarop verweerster zich beroepen heeft, dient de rechtbank daaromtrent eerst uitspraak te doen ;
- indien het besluit zou zijn dat de ontbindende voorwaarde rechtsgeldig werd opgenomen, dient te worden uitgemaakt of die ontbindende voorwaarde verwezenlijkt is door akten of gedragingen van eiseres of toestanden waarin eiseres zich bevond ;

Overwegende dat volgens eiseres een ontbindende voorwaarde in casu slechts rechtsgeldig is wanneer is voldaan aan de drie volgende normen :

- zij moet duidelijk en ondubbelzinnig zijn ;
- zij moet stroken met de openbare orde en goede zeden ;
- zij moet van die aard zijn dat zij alle verdere samenwerking onmiddellijk onmogelijk maakt ;

Dat volgens haar aan die normen niet is voldaan ;

Overwegende dat verweerster daartegenover stelt het beginsel van de contractsvrijheid, zodat de rechtsgeldigheid enkel in het gedrang zou komen wanneer ofwel het inlassen van een ontbindende voorwaarde als zodanig ofwel de ontbindende voorwaarde op zichzelf in strijd zou zijn met de openbare orde ;

Dat volgens haar noch het een, noch het ander in strijd is met de openbare orde en de rechtsgeldigheid dan ook niet in het gedrang komt ;

Overwegende dat in de ontslagbrief van 12 juli 1971 met betrekking tot die ontbindende voorwaarde verwezen wordt naar artikel 31, § 1, 4°, van het Algemeen Reglement van het personeel van de katholieke lagere- en kleuterscholen en dat daarbij wordt gepreciseerd :

"Aangezien U het Algemeen Reglement van het onderwijzend personeel aanvaard hebt en kennis genomen

hebt van het stabiliteitsstatuut en disciplinair statuut van het gesubsidieerd lekenpersoneel vgl. bijvoegsel van hogervernoemde verbintenis dd. 1 september 1966, wordt de vervallenverklaring van deze overeenkomst vanaf heden betekend" ;

Overwegende dat desbetreffend wordt vastgesteld dat volgens het bijvoegsel van 1 september 1966 :

- partijen erkennen te "hebben kennis genomen van het stabiliteitsstatuut en disciplinair statuut van het gesubsidieerd onderwijzend lekenpersoneel van de vrije gesubsidieerde onderwijsinrichtingen, dat door het Nationaal Paritair Hoofdcmité voor het vrij gesubsidieerd onderwijs op 24 maart 1965 werd vastgelegd en algemeen verbindend verklaard bij het Koninklijk Besluit van 8 april 1965 (B.S. van 7 mei 1965) en dat vanaf 1 september 1965 de verhoudingen tussen partijen zal regelen" (art. 1) ;
- eiseres erkende een exemplaar ontvangen te hebben zowel van het bijvoegsel als van de brochure "Verantwoordelijkheden en statuut van de christelijke opvoeders" en dat zij tevens de in deze documenten opgelegde voorwaarden en verplichtingen aanvaardde (art. 2) ;

Overwegende dat daarbij wordt opgemerkt dat de beslissing van 24 maart 1965 van het Nationaal Paritair Hoofdcmité voor gesubsidieerd vrij onderwijs als zodanig blijft bestaan (de vernietiging door de Raad van State treft immers enkel het Koninklijk Besluit van 8 april 1965) ;

Dat artikel 2, § 2, van die beslissing van 24 maart 1965 de volgende bepaling inhoudt :

"Op het ogenblik of gedurende de periode die in de aanwervingsakte of in het/de op het personeel toepasselijke reglement(en) wordt vastgesteld, moet het personeelslid de voorwaarden vervullen die de inrichtende macht bij de aanwerving op uitdrukkelijke wijze al dan niet niet titel van ontbindende voorwaarde oplegt, gelet op de eigen aard, de bijzondere noodwendigheden of de ideologische strekking van het in de inrichting gegeven onderwijs, voor zover die voorwaarden, naar het advies van het nationaal paritair hoofdcmité voor het gesubsidieerd vrij onderwijs, gegeven in geval van betwisting, niet strijdig zijn met het statuut. De inrichtende macht kan afwijkingen verlenen op genoemde voorwaarden, behoudens schriftelijk beding van het tegenovergestelde in de aanwervingsakte zijn deze afwijkingen steeds herroepbaar" ;

Dat het bovenvermelde Algemeen Reglement o.m. volgende bepalingen bevat :

- een opsomming van voorwaarden, die dragen op het bestaan zelf van de verbintenis en moeten vervuld zijn gedurende de ganse loopbaan, waarbij o.m. vermeld is dat de personeelsleden een ideaal moeten nastreven, dat in overeenstemming is met de christelijke moraal en de wetten van de kerk (art. 2) ;
- de in de ontslagbrief aangehaalde bepaling volgens welke bij toepassing van voormeld artikel 2 de aanwervingsovereenkomst van rechtswege en zonder vergoeding verbroken wordt "zodra het personeelslid zich in een persoonlijke of gezinstoestand bevindt die onverenigbaar is met de wetten van de katholieke moraal of de wetten van de Katholieke Kerk ernstig schendt" (art. 31, § 1, 4°) ;

Dat zowel de beslissing van het Nationaal Paritair

Hoofdcmité, als het Algemeen Reglement opgenomen zijn in de brochure, waarvan eiseres erkende ze ontvangen te hebben en de erin opgelegde voorwaarden en verplichtingen te aanvaarden ;

Overwegende dat, behoudens strijdigheid met de openbare orde, ook inzake arbeidsovereenkomsten een opgenomen ontbindende voorwaarde in beginsel effect kan sorteren ;

Dat zulks slechts anders wordt in de gevallen waar de wet het uitdrukkelijk bepaalt zoals bij art. 21bis van de gecoördineerde wetten betreffende de bediendenovereenkomst, volgens hetwelk nietig zijn de bedingen waarbij wordt bepaald dat het huwelijk een einde maakt aan de overeenkomst ;

Dat in casu de kwestieuze ontbindende voorwaarde echter niet het huwelijk als zodanig betreft, maar wel een persoonlijke of gezinstoestand zoals omschreven in voormeld art. 31, § 1, 4° : die toestand zou dan bestaan in het aangaan van een huwelijk bepaaldelijk met een gescheiden man, hetgeen onverenigbaar zou zijn met de wetten van de katholieke moraal of de wetten van de Katholieke Kerk ernstig zou schenden ;

Overwegende dat de ontbindende voorwaarde, om geldig te zijn duidelijk en ondubbelzinnig moet zijn ;

Dat in het bijvoegsel bij de dienstverbintenis van 1 september 1966 geen uitdrukkelijke melding is gemaakt van de kwestieuze ontbindende voorwaarde ;

Dat bovenvermeld statuut, waarvan partijen in dat bijvoegsel de toepassing erkennen t.o.v. hun verhoudingen, geen uitdrukkelijke ontbindende voorwaarde bevat, alleen de mogelijkheid in artikel 2, § 2, dat de inrichtende macht ze bij de aanwerving op uitdrukkelijke wijze en in de omschreven context zou kunnen opleggen ;

Dat de ontbindende voorwaarde, opgenomen in artikel 31, § 1, 4°, van voormeld algemeen reglement, niet kan beschouwd worden als een tussen partijen uitdrukkelijk en ondubbelzinnig overeengekomen ontbindende voorwaarde ;

Dat immers in casu uit niets blijkt dat de inrichtende macht de ontbindende voorwaarde uitdrukkelijk opgelegd heeft zoals vereist door artikel 2, § 2, van het statuut en binnen de context van dat artikel ;

Dat het Algemeen Reglement inderdaad geen akte is van de inrichtende macht en niet op zichzelf voorwaarden en verplichtingen kan tot stand brengen t.o.v. huidige gedingvoerende partijen ;

Dat de verwijzing in het tussen partijen op 1 september 1966 opgemaakt bijvoegsel van dienstverbintenis geen juridische draagkracht kan hebben in zover die verwijzing slaat op het Algemeen Reglement als zodanig ;

Dat dergelijke juridische draagkracht maar kon ontstaan, wanneer de inrichtende macht gebruik had gemaakt van de mogelijkheid haar geboden in artikel 2, § 2, van het statuut ;

Dat derhalve dient besloten dat er in casu geen rechtsgeldige ontbindende voorwaarde aanwezig was, omdat ze niet uitdrukkelijk, duidelijk en ondubbelzinnig door partijen werd vastgelegd ;

Overwegende dat daaruit volgt dat verweerster dient geacht de arbeidsovereenkomst eenzijdig verbroken te hebben zonder opzegging of opzeggingsvergoeding ;

Dat verweerster dan ook een schadeloosstelling verschuldigd is welke, rekening houdend met het door eiseres verdiende loon (17.058 fr. bruto per maand), haar

anciënniteit (18 jaar en 8 maanden), haar leeftijd (36 jaar en 10 maanden) en de kansen om een gelijkwaardige betrekking te vinden, billijkerwijze wordt vastgesteld op 18 maanden loon ;

Dat dienvolgens eiseres lastens verweerster gerechtigd is op een schadevergoeding van 322.038 fr.

NOOT

1. De bevoegdheid

Door het Nationaal Paritair Hoofdcmité van het vrij gesubsidieerd onderwijs, opgericht krachtens de Wet van 29 mei 1959, werd bij beslissing van 24 maart 1965 een "statutaire" regeling uitgewerkt onder de titel van stabiliteitsstatuut en disciplinair statuut van het gesubsidieerd onderwijzend en administratief lekenpersoneel van de vrije gesubsidieerde onderwijsinrichtingen. Een Algemeen Reglement bevat nadere uitvoeringsbepalingen.

De aldus ontstane regelingen preciseren o.m. in welke gevallen de inrichtende macht van een vrije gesubsidieerde onderwijsinrichting zich kan beroepen op de z.g. ontbindende voorwaarde. Daarenboven is in een arbitrageprocedure voorzien voor geschillen tussen de inrichtende macht en de leerkrachten.

Niettemin werd de bevoegdheid van de werkrechtshouders, eerst, van de arbeidsrechtbanken nadien meer en meer aanvaard. In de geschillen die voor de Arbeidsrechtbank te Mechelen werden gebracht, werd de onbevoegdheid zelfs niet meer tegen- geworpen.

Deze evolutie steunde op de toenemende overtuiging dat de gecoördineerde wetten op de bediendenovereenkomst kunnen ingeroepen worden door genoemde leerkrachten. Als eenmaal aangenomen is, dat deze leerkrachten als werknemers-bedienden te beschouwen zijn, diende tijdens de laatste jaren overigens rekening gehouden met de volgende wettelijke bepalingen :

- art. 13, 2°, van de opheffingsbepalingen van het Gerechtelijk Wetboek sanctioneert met nietigheid van rechtswege iedere verbintenis, afgesloten vóór het ontstaan van een geschil, die ertoe strekt de geschillen waarvan de arbeidsrechtbank kennis neemt ter uitvoering van de artikelen 578 tot 583 van het Gerechtelijk Wetboek te onderwerpen aan een scheidsrechterlijke uitspraak ;
- art. 9 van de Wet van 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités bepaalt evenzeer de nietigheid van de bepalingen van een collectieve arbeidsovereenkomst die de regeling van de individuele geschillen toevertrouwen aan scheidsrechters.

2. De Wet van 11 juli 1973

De Wet van 11 juli 1973 houdende wijziging van de Wet van 29 mei 1959 betreffende het bewaarschoolonderwijs, het lager, middelbaar, normaal-, technisch, kunst- en buitengewoon onderwijs (*Staatsblad* van 30 augustus 1973) bevat enkele preciseringen die de behandeling van het opgeworpen probleem in de toekomst kunnen beïnvloeden.

Krachtens art. 18 van de Wet van 11 juli 1973 wordt vooreerst de toepassing van de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités uitgesloten m.b.t. de door het Rijk gesubsidieerde personeelsleden die in dienst zijn van de gesubsidieerde inrichtingen van het vrij onderwijs.

Daarenboven houdt art. 19 van de Wet van 11 juli 1973 een aanvulling in van art. 35 van de gecoördineerde wetten op de bediendenovereenkomsten : het gevolg daarvan is dat de bepalingen van de Wet op de bediendenovereenkomst niet toepasselijk verklaard worden op de bedienden, tewerkgesteld in door het Rijk gesubsidieerde inrichtingen van het vrij onderwijs, vanaf het ogenblik dat de toestand van die bedienden statutair geregeld is.

Ter uitvoering van een dergelijk statuut is en blijft het paritair comité ad hoc bevoegd, dat door de Wet van 29 mei 1959 werd voorzien.

Als leidraad voor het statuut bevat art. 4, Wet 11 juli 1973, ingevoegd als art. 12bis in de Wet van 29 mei 1959, een gelijklopende bepaling voor het Rijksonderwijs en het vrij onderwijs: "De statuten van het personeel van het Rijksonderwijs en van het gesubsidieerd onderwijs waarborgen de beveiliging, buiten schoolverband, van het privéleven tegen willekeurige beslissingen van de inrichtende macht".

3. De ontbindende voorwaarde als zodanig

De benadering van de z.g. ontbindende voorwaarden heeft tot sterk uiteenlopende uitspraken aanleiding gegeven (zie o.m. Arbh. Brussel, afd. Antwerpen, 3^e kamer, 4 mei 1973, en Arbrb. Hasselt, 1^e kamer, 16 april 1973, *R.W.*, 1973-74, 382 en 391).

Op dit punt kunnen de in dit nummer gepubliceerde twee uitspraken van de Arbeidsrechtbank te Mechelen nuttig vergeleken worden met voormelde beslissingen. T.

POLITIETRECHTBANK TE KORTRIJK

12 NOVEMBER 1973

Rechter: de h. J. de Zegher

Advocaat: mr. L. Walley loco D. Rambour

Grondwet—Grondrechten—Verspreiding van drukwerk op de openbare weg—Gemeentelijke verordening—Voorafgaand verlof—Wettelijkheid.

Het recht om het uitdelen of verkopen van voorwerpen op de openbare weg aan een voorafgaande vergunning te onderwerpen put de gemeentelijke overheid uit de wet. Een zodanige reglementering druist geenszins in tegen de grondwettelijke vrijheden.

M.B.

De feiten

Beklaagde wordt vervolgd ter zake van: te Kortrijk, op 26 april 1973, met overtreding van art. 26-2 van het Algemeen Politie-reglement van de stad Kortrijk, op de openbare weg zonder vergunning voorwerpen uitgedeeld of verkocht te hebben. Zij had vlugschriften uitgedeeld van "Alle macht aan de arbeiders" waarin de scholieren met een begeleidend commentaar uitgenodigd worden tot een nationale betoging op 1 mei te Gent.

In recht

Beklaagde beweert dat, wanneer een gemeentereglement voor het verspreiden van drukwerken een voorafgaande toelating vereist van de gemeentelijke overheid, dit strijdig is met de Grondwet (artt. 14 en 18) en de Europese Conventie ter bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden bekrachtigd door de Wet van 13 mei 1955 (art. 10, § 1) zodat dientengevolge de rechtbank krachtens art. 107 van de Grondwet de toepassing van dit reglement dient te weigeren.

Zij stelt dat het vereisen van een voorafgaande toelating om drukwerken te verspreiden leidt tot een herinvoeren van de censuur.

Het artikel 26 A.P.R. in kwestie is echter ondergebracht onder hoofdstuk IV: Openbare orde in het algemeen. Door de tekst "voorwerpen uit te delen of te verkopen" worden blijkbaar ook de vlugschriften bedoeld. Uit de verschillende artikelen van dit hoofdstuk treedt duidelijk de bekommernis naar voren om de orde, de netheid, de veiligheid en de rust der burgers op straat te verze-

keren. Dit recht put de gemeentelijke overheid uit de Decreten van 14 december 1789 (art. 50), 16-24 augustus 1790 (art. 3 hoofdstuk XI) en 19-22 juli 1791 (art. 46). Het reglementeren van het uitdelen of verkopen van voorwerpen (in casu vlugschriften) door de gemeentelijke overheden druist geenszins in tegen de uitoefening van de grondwettelijke vrijheden.

Dit reglementeren wordt trouwens in art. 19 der Grondwet uitdrukkelijk voorzien. Indien art. 18 dit niet vermeldt dan is het omdat de ordetoring zich meer bij toepassing van art. 19 kan voordoen dan bij art. 18.

Deze gemeentelijke reglementen beogen slechts het handhaven der sociale orde in al zijn mogelijke uitingen (Cass., 7 juni 1892, *Pas.*, 1892, I, 286; - 22 maart 1886, *Pas.*, 1886, I, 114; - 19 oktober 1953, *Pas.*, 1954, I, 109; - bepaalde overwegingen uit Corr. Brussel 27 april 1972, 20e kamer, onuitg., waarvan fotocopie voorgelegd door beklaagde).

Een Besluit van de Regent van 23 oktober 1948 dat een gemeentelijk reglement waarbij een dergelijk uitdelen van schriften aan voorafgaande toelating werd onderworpen, vernietigt omdat het tegenstrijdig zou zijn met de grondwettelijke vrijheid van de pers, kan niet gevolgd worden (fotocopie voorgelegd door de verdediging uit *Revue de l'Administration*, 1949, 122).

Beklaagde werpt verder op dat het gewraakte artikel 26 A.P.R. geenszins bepaalt wie de vergunning moet afleveren, welke de criteria zijn voor toestemming of weigering en binnen wat voor tijd de "bevoegde persoon" dient te antwoorden op een aanvraag, zodat de gemeentelijke overheid zonder opgave van enige reden of zonder enige motivering een aanvraag tot verspreiding kan verwerpen en zich bij haar beslissing gewoon kan baseren op de inhoud van het geschrift, zodat op die manier de controle ingesteld wordt van de gedachte en haar vrije verspreiding. Zoals echter hierboven gezegd werd, mag de gemeentelijke overheid bij de beoordeling der toelating zich uitsluitend laten leiden door redenen van openbare orde. Indien weliswaar de mogelijkheid bestaat dat een ander doel kan aan de grondslag liggen, dan volstaat de mogelijkheid van misbruik nog niet om deze maatregel als onwettelijk te bestempelen (anders: Corr. Charleroi, 17 mei 1972, *J.T.*, 1972, 627). Bij gebeurlijk misbruik komt het controlerecht alsdan toe aan de Koning of de wetgevende macht krachtens art. 87 van de Gemeentewet. Wel zou een gemeentelijk reglement dat voor altijd om het even welke verspreiding zou verbieden onwettelijk zijn, doch in casu gaat het slechts om een reglementeren ervan met het oog op de openbare orde.

Overwegende dat aldus het feit in hoofde van gedaagde bewezen is.

Om die redenen,

De Rechtbank, rechtdoende op tegenspraak, veroordeelt de gedaagde tot een geldboete van tien frank (...)

NOOT—Het gaat hier om een *casuspositio* die zich in onze maatschappij van contestatie meermaals herhaalt. De vrouwelijke beklaagde deelde aan de ingang van een college pamfletten uit waarin ze naar aanleiding van het nabije internationale feest van de arbeid de scholieren opriep tot "een revolutionaire één-mei-betoging". Drie politieagenten maakten tegen haar een P.V. op en beletten de verdere uitdeling; ze werd vervolgd op grond van artikel 26, 2, van het Algemeen Politie-reglement van de stad Kortrijk (daterende van 16 juli 1969), waarin het

uitdelen van voorwerpen op de openbare weg strafbaar wordt gesteld als dit geschiedt zonder voorafgaande toelating. Voor de politierechter voerde de beklagde de ongrondwettelijkheid van het politiereglement aan omdat de vrijheid van verspreiding een voorwaarde is voor de drukpersvrijheid en omdat het reglement de verspreiding van de mening op de openbare weg op een algemene wijze en in alle omstandigheden onderwerpt aan een voorafgaande vergunning waardoor de burgemeester zijn beslissing kan gronden op de inhoud van het geschrift en zó preventieve censuur kan uitoefenen. De politierechter heeft deze exceptie van illegaliteit in klassieke bewoordingen van de hand gewezen en later heeft de Correctionele Rechtbank te Kortrijk zijn vonnis in dezelfde bewoordingen bevestigd.

Het *probleem* omtrent het uitdelen van geschriften op de openbare weg is te herleiden tot het eeuwenoud evenwichtsprobleem tussen vrijheid en gezag: in casu de drukpersvrijheid, waarvan de distributievrijheid een voorwaarde is, en het behoud van de openbare orde en veiligheid. Met het algemeen principe dat in een democratische en geordende staat de rechten van enkele individuen moeten wijken voor de rechten van allen gaat iedereen akkoord; dé vraag waarom het hier gaat is enerzijds hoever die bepalingen mogen gaan en anderzijds een bruikbaar criterium te vinden om de toelaatbare van de niet-toelaatbare beperkingen te onderscheiden.

Met betrekking tot de *grondwettelijkheid van een voorafgaande toelating* rijst de vraag of het voorbehoud, in art. 19, lid 2, Gw. ingeschreven, een algemeen beginsel is en ook moet toegepast worden op de uitoefening van de andere rechten en vrijheden op openbare wegen en pleinen.

De bespreking in de *grondwetgevende vergadering* van art. 19, lid 2, Gw. (zie E. HUYTTENS, *Le Congrès National*, I, p. 660-662) en van art. 18 Gw. (zie E. HUYTTENS, *o.c.*, I, p. 574, 653 en 656) laat uitschijnen, enerzijds dat het mogelijk maken van voorafgaande, preventieve maatregelen op veel weerstand stuitte en anderzijds dat de grondwetgever elke preventieve maatregel met betrekking tot de drukpersvrijheid heeft willen uitsluiten.

Onder de *auteurs* ontdekt men verscheidene strekkingen: volgens ORBAN (*Droit Constitutionnel*, III, nr. 190) en SERESIA (*Droit de police des conseils communaux*, 1879, nr. 168) zijn enkel regelende maatregelen (bijvoorbeeld het verbod om voorbijgangers lastig te vallen of om bepaalde instrumenten te gebruiken) mogelijk en moet elke preventieve maatregel uitgesloten worden. Anderen, zoals GANSHOF VAN DER MEERSCH ("La sécurité de l'Etat et les libertés individuelles et droit belge", *Rev. dr. int. et dr. comp.*, 1958, 336), ORIANNE ("Le statut de la presse et les limites d'expression en droit belge", *Rev. dr. int. et dr. comp.*, 1958, 401), WIGNY (*Droit constitutionnel*, I, nr. 227) laten uitschijnen dat art. 19, lid 2, Gw. een algemeen principe is. Nog anderen, zoals GIRON (*Dictionnaire de droit administratif et de droit public*, Tw. Association, nr. 6) en SCHUERMANS (*Le Code de la presse*, I, p. 229) menen dat zulke besluiten slechts een voorlopig en lokaal karakter en duur mogen hebben.

Het Hof van Cassatie heeft via art. 19, lid 2, Gw. de grondwettelijkheid van een voorafgaande toelating aanvaard. In de arresten van 18 januari 1892 (*Pas.*, 1892, I, 86) en van 8 juni 1892 (*Pas.*, 1892, I, 286) wordt betoogd dat in art. 19, lid 2, Gw. een algemeen principe is geformuleerd, een standpunt dat naderhand meermaals bevestigd werd (zie o.m. Cass., 7 oktober 1901, *Pas.*, I, 366; Cass., 19 oktober 1953, *Pas.*, 1954, I, 109, en Cass. 29 oktober 1973, dat elders in dit nummer afgedrukt is). Vele lagere rechtbanken menen daarentegen dat de mogelijkheid van een voorafgaande toelating in de Grondwet enkel uitgedrukt is ten aanzien van de vergaderingen in open lucht (zie o.m. Corr. Charleroi, 17 mei 1972, *J.T.*, 1972, 627).

Het is trouwens opmerkelijk dat bijna alle vonnissen van politie- en correctionele rechtbanken, die dergelijke politiereglementen ongrondwettelijk verklaarden omdat preventieve maatregelen de mogelijkheid van censuur inhouden daar het de overheid in staat stelt discretionair elke aanvraag tot verspreiding

op grond van de inhoud van het geschrift te verwerpen, tot nu toe in hoger beroep werden gewijzigd of vernietigd (voor een volledige opgave van deze vonnissen, zie A. ALLEN "Is het vereisen van een absolute, voorafgaande toelating in politiereglementen voor het uitdelen van pamfletten niet in strijd met de grondwettelijke vrijheid van meningsuiting?", *T.B.P.R.*, 1974-75, 1e nummer, voetnoten 28 en 30).

Op het principe van de grondwettelijkheid van een voorafgaande toelating voor het uitdelen van pamfletten op de openbare weg heeft de rechtspraak, ter voorkoming van misbruiken, *bepaalde restricties* aangebracht.

De maatregelen zijn enkel mogelijk met het oog op de openbare orde, rust en veiligheid. Het Hof van Cassatie laat de legaliteit van een voorafgaande toelating afhangen van de bedoeling die de overheid met de maatregel beoogt: als de overheid de toelating eist om de openbare orde te handhaven, geeft de rechter zijn fiat; zou de overheid echter de toelating slechts eisen om vooraf de inhoud der geschriften te controleren, dan is zulks ongrondwettelijk. Hier komt reeds het kunstmatige van dit criterium naar voren: het hof gaat enkel de formele motivering (zoals uitgedrukt in de verordening) na, zodat het voor de overheid voldoende is een stereotiepe motivering te gebruiken waarbij verwezen wordt naar de wettelijke bepalingen waarin de politiebevoegdheid van de gemeenten haar grondslag vindt (de Decreten van 14 december 1789, art. 50, en 16/24 augustus 1790, hfdst. XI, art. 3, de Gemeentewet, artt. 78, 90, 94, 105), opdat het reglement altijd wettelijk zou zijn.

De maatregelen zijn enkel mogelijk op de openbare weg en de publieke plaatsen (zie o.m. Cass., 26 februari 1940, *Pas.*, I, 62, dat een politiereglement dat de colporteurs verbod aan de deuren te kloppen of te bellen om hun waren te verkopen, ongrondwettelijk verklaarde).

Discriminatoire maatregelen zijn verboden: de politiereglementen die alleen maar de toelating aan bepaalde personen toekennen of een bepaalde strekking van dagbladen verbieden zijn ongrondwettelijk (zie de rechtspraak, vermeld in de voetnoten 57 tot 61 van mijn artikel in *T.B.P.R.*).

Een absoluut verbod is ongeoorloofd, alleen een tijdelijk of plaatselijk verbod is toegelaten: principieel mag de verspreiding van geschriften slechts wegens bijzondere, tijdelijke of plaatselijke omstandigheden verboden worden als er redenen zijn om verkeersmoeilijkheden of een inbreuk op de openbare orde te vrezen (zie o.m. Cass., 2 december 1968, *Pas.*, 1969, I, 321; Cass., 20 juli 1951, *Pas.*, 1951, I, 794, en Cass., 14 januari 1952, *Pas.*, 1952, I, 256, en de rechtspraak vermeld in de voetnoten 67 tot 73 van mijn artikel).

Men kan hier terecht de vraag stellen of de politiereglementen, die op algemene wijze het uitdelen of verkopen van geschriften of voorwerpen op de openbare weg zonder vergunning verbieden, geen absoluut verbod uitmaken en of ze niet tegen de geest van dit principe ingaan.

Mijn inziens kan men tegen het door de rechtspraak voorgestelde systeem een dubbele, fundamentele *kritiek* uitbrengen:

De burger bevindt zich in dit systeem in een *zeer zwakke positie*: ofwel vraagt hij de toelating niet en gaat hij over tot het uitdelen van pamfletten met het gevolg dat hij zal vervolgd worden voor de strafrechter, die enkel de externe, formele legaliteit van de verordening nagaat (zo de gemeente wettelijk bevoegd was om zulke verordening te nemen wordt de verordening geacht wettelijk te zijn, en meestal is het voldoende in de preambule van de verordening naar de Gemeentewet en de reeds genoemde decreten te verwijzen); ofwel vraagt hij de toelating aan de overheid wel die ze kan weigeren om gegronde of ongegronde redenen. In deze laatste hypothese bestaat er machtsafwending: de burger zal meestal om opportuniteitsredenen niet de nietigverklaring van het besluit vorderen voor de Raad van State en zal gewoonweg de weigering negeren zodat hij opnieuw voor de strafrechter vervolgd zal worden. Deze laatste kan weliswaar de machtsafwending onderzoeken, doch de toepassing ervan door de gewone rechter is zeer beperkt gebleven.

Men kan de ongrondwettelijkheid van dergelijke reglementen niet op preventieve wijze voor de rechter betwisten, want dan antwoordt hij dat "de mogelijkheid van misbruik niet volstaat om dergelijk reglement ongrondwettelijk te verklaren" (zie o.a. Cass., 7 oktober 1901, *R.A.*, 1902, 19; Cass., 19 oktober 1953, *Par.*, 1954, I, 109, en Cass. 29 oktober 1973, elders in dit nummer). Hoewel men sinds enkele jaren de traditionele opvatting over de scheiding der machten verlaten heeft en men aanvaardt dat de rechter de onwettige aantasting van een burgerlijk recht door de overheid, — beschouwd als een "administratieve feitelijke of voie de fait" — mag doen ophouden kan men in België nog niet, zoals in Nederland (zie DRION, "Het rechterlijk verbod en de vrijheid van meningsuiting", in *Op de grenzen van het komend recht — Opstellen aangeboden aan Prof. Beekhuis*, p. 91-98) een bevel vragen aan de rechter in kort geding tot het verlenen van een vergunning op grond van het feit dat de weigering in strijd is met de vrijheid van meningsuiting. Immers, de rechter heeft geen substitutiebevoegdheid en mag zich niet in de plaats van de bevoegde overheid stellen om de handeling of beslissing, die de overheid weigerde, zelf te nemen: de vaststelling van de onwettelijkheid van een weigering is nog geen toelating (zie o.a. Cass., 27 april 1962, *Par.*, 1962, I, 938, en Cass., 16 december 1965, *Par.*, 1966, I, 513). Als het om een weigering gaat geldt art. 107 Gw. enkel als een exceptiemiddel en bestaat het enige middel in een beroep tot nietigverklaring bij de Raad van State (zie M.A. FLAMME, "Pour un contrôle juridictionnel plus efficace de l'administration", *J.T.*, 1972, 421).

De legaliteitscontrole wordt hier beperkt tot een *externe, formele controle*: in zijn arresten stelt het Hof van Cassatie dat enkel de administratieve voogdijoverheden of het parlement en niet de rechter bevoegd zijn om de intenties van de overheid te beoordelen: er bestaat m.a.w. een onweerlegbaar vermoeden, dat datgene wat de overheid in haar reglementen neergeschreven heeft, met de waarheid strookt (zie o.a. Cass., 14 februari 1910, *Par.*, 1910, I, 94, en Cass., 29 juni 1920, *Par.*, 1921, I, 44). Alzo wordt de overheid haar eigen rechter over het motief dat zij inroept. De rechter zal dan pas de onwettelijke bedoeling van de overheid sanctioneren als dit uit de tekst zelf of uit de formele motivering van de akte voortvloeit; of de feiten wel overeenkomen met die motivering is een opportuniteitsoordeel, voorbehouden aan het soevereine oordeel van de overheid (zie voor enkele voorbeelden A. VANDERSTICHELE, "Het toetsingsrecht", *Rechtskundig Tijdschrift*, 1946, 368-370, en voor de redenen van deze terughoudendheid, R. HAYOT DE TERMICOURT, *Le Conseil d'Etat et le pouvoir judiciaire*, Brussel, 1939).

Sindsdien heeft de rechtspraak wel een gunstige kentering ondergaan in die zin dat machtsafwending voortaan als een variante van illegaliteit verschijnt die uit de tekst van de akte of uit de elementen voorgebracht op de zitting kan blijken en die door de gewone rechter met toepassing van art. 107 Gw. onderzocht moet worden (zie F. DEBAEDTS, *Machtsafwending*, *A.P.R.*, nrs. 97-111; voor de rechtspraak tot op heden over de machtsafwending door de burgerlijke rechter, zie men voetnoot 13 van mijn artikel in *T.B.P.R.*). De hoven en rechtbanken hebben echter (onder invloed van de auteurs) in dit opzicht een voorzichtige houding aangenomen, bevreesd als ze zijn om de overheidsactiviteit te verlammen: slechts een klein aantal vonnissen of arresten heeft de overheid op haar bedoeling gecontroleerd; er bestaan zelfs uitspraken die in de tegenovergestelde zin gaan, waarbij de rechter zich de bevoegdheid onttrekt om het bestaan van de ingeroepen motieven *in feite* te verifiëren (zie mijn artikel, voetnoot 105). Zeer vaak blijft de rechter het pad van de externe, formele legaliteitscontrole bewandelen; gaat hij soms toch verder, dan loopt hij het gevaar dat zijn beslissing door een hogere rechter of het Hof van Cassatie vernietigd wordt.

Hiermede zij gezegd dat het criterium, dat door het Hof van Cassatie in deze materie is uitgewerkt (nl. het onderscheid der motieven) slechts bruikbaar is wanneer de rechter de bedoelingen van de overheid niet alleen aan de hand van de tekst van het reglement maar ook in *feite* toetst. Anders wordt de over-

heid partij én rechter in eigen zaak op een terrein waar censuur zeer goed mogelijk is.

Welke *oplossingen* kan men voor de toekomst voorstellen, zonder onze grondwettelijke principes geweld aan te doen?

De rechter kan door middel van een belangenafweging de overheid een gedeelte van haar discretionaire bevoegdheid ontnemen en zo oordelen of de overheid haar rechtsvormende taak behoorlijk vervulde en of zij geen overdreven middelen heeft gebruikt om haar doel (dat volkomen rechtmatig kan zijn) te bereiken. We denken hier aan de Nederlandse rechtsfiguur van de "marginale toetsing", die moet verhinderen dat de overheidsbeslissing willekeurig is (zie o.m. L. PRAKKE, *Toetsing in het publiekrecht*, 1972, p. 1-12 en de referenties aldaar, en L.P. SUTENS, "De rechtstreekse aanvechting van overheidsdaden voor de burgerlijke rechter", in *Miscellanea Ganshof van der Meersch*, III, p. 673-690).

Men kan het huidige criterium verder blijven hanteren maar dan alleen op voorwaarde dat de controle op de motieven uitgebreid wordt tot de feiten, waaraan de formele motivering getoetst moet worden. Zulks impliceert o.a. een ruimere toepassing van de machtsafwending door de gewone rechter.

Wil men de bezwaren, meestal uitgebracht tegen een extensieve rechterlijke controle op de overheid, dan kan men (naar het voorbeeld van de Amerikaanse rechtspraak) een onderscheid tussen "regelende" en "preventieve" maatregelen in de rechtspraak inbouwen. Regelende maatregelen (bijvoorbeeld de aanduiding van plaats en tijd om te colporteren) en hoogstens een tijdelijk verbod (wegens bijzondere noodzaak, nadat deze uit de feiten is gebleken) kunnen geduld worden, doch een absoluut verbod of een algemene voorafgaande toelating moeten ongrondwettelijk worden verklaard.

De rechter mag in een tijd van permanente interactie tussen overheid en burger de overheid niet de middelen aan de hand doen waardoor deze haar discretionaire bevoegdheid nog kan versterken op een gebied waar ze reeds een vrij ruime, soevereine appreciatiebevoegdheid bezit. De bespreking van dit vonnis moge tot deze visie bijgedragen hebben.

André Alen
Assistent

Afdeling Publiek Recht K.U.L.

TIJDSCHRIFTEN

Recueil Dalloz Sirey.—jg 1974

nr. 13

Christian Lavabre, La proposition de sixième directive en matière d'harmonisation des taxes sur le chiffre d'affaires... ou le choix impossible entre taxe sur le chiffre d'affaires et impôt général sur la consommation.—Jurisprudence.—Sommaires de jurisprudence.—Informations rapides.—Législation.—Bibliographie.

nr. 14

Henri Rameau, La situation juridique du salarié licencié irrégulièrement mais pour causes réelles et sérieuses. Essai d'interprétation de l'art. 24 p. al. 1er, in principio, liv. I, du code du travail.—Jurisprudence.—Sommaires de jurisprudence.—Informations rapides.—Législation.—Bibliographie.

nr. 15

Léo Hamon, Contrôle de constitutionnalité et protection des droits individuels: A propos de trois décisions récentes du Conseil constitutionnel.—Jurisprudence.—Sommaires de jurisprudence.—Législation.—Bibliographie.

Common Market Law Reports.—jg 1974

nr. 79

Cases.