

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

REDACTIE : RIDDER RENE VICTOR, HOOFDREDACTEUR

E. BOONEN, C. CAENEPEEL

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

EEN NIEUW ONTWERP VOOR EEN EUROPEES INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT VAN DE CONTRACTUELE VERBINTENISSEN

In 1972 kwam een Europees ontwerp-verdrag tot stand met betrekking tot het collisierecht van de contracten, de quasi-contracten en de onrechtmatige daad¹. Dit ontwerp kreeg ruime belangstelling. Sommige bepalingen ervan werden uitvoerig besproken. M.n. artikel 7, dat het probleem van de invloed van de dwingende bepalingen aan geeft, is ondertussen tot een begrip geworden. De merites of de gebreken van de tekst van 1972 staan als zodanig niet meer ter discussie. In juni 1978 werd door de groep van experts immers een nieuw ontwerp afgeleverd².

Direct in het oog springt het feit dat nu de onrechtmatige daad en de andere niet-contractuele verbintenissen uit het ontwerp werden gewipt. De vroegere artikelen 10 tot 14 vervallen. Zij hielden een bevestiging in van de regel «lex loci delicti commissi». Voor het geval deze aanknopng te streng mechanisch zou overkomen, werd ze verzacht door een localisering naar de in overwegende mate elders opduikende gevolgen (art. 10 oud). Een zwakheid van het oude voorstel was de vaagheid ter zake van de plaatsbepaling van de onrechtmatige daad — niet in het minst in het verduidelijkend verslag³. Bovendien was het een poging om een heel algemene regel te formuleren. De bijzondere spanningen in verschillende sectoren, en het bestaan van een aantal detailregelingen in een ruimere internationale context, stemden de betrokken milieus tot nadenken. De toetreding van nieuwe lid-staten — waaronder m.n. het op

dat punt weinig compromissfähige Engeland — zal waarschijnlijk de aanleiding geweest zijn voor uitstel.

De studiegroep beperkt er zich toe te melden bereid te zijn m.b.t. de onrechtmatige daad een afzonderlijk verdrag uit te werken.

1. Eenvormige wet

Het geplande verdrag strekt tot het invoeren van een eenvormige wet. D.w.z. dat de toepasselijkheid van de wet van een bepaald land, als contractwet, niet afhangt van reciprociteit (art. 24 oud) en dus van mede-bekrachtiging van de collisieregel (art. 24 nieuw). Door de toepassing van de gegeven beginselen kan welke buitenlandse wet ook worden aangewezen.

2. Wetskeuze — De hoofdregel

De partijen zijn vrij te wijzen op de op hun rechtsverhouding van toepassing zijnde wet. De wetskeuze moet expliciet gedaan worden, maar ze wordt ook gerespecteerd indien met zekerheid kan aangewezen worden dat op een impliciete wijze de keuze werd gemaakt. Voor dit laatste zijn uitsluitend de bedingen van de overeenkomst zelf of de «omstandigheden van de zaak» verhelderend. De wetskeuze mag slaan op heel de verhouding, of op een onderdeel daarvan (art. 2, eerste lid).

De keuze van de partijen mag ook worden gemaakt na het tijdstip van het aangaan van de overeenkomst («rechtskeuze achteraf»). Zij mag zelfs, in onderling overleg, op ieder ogenblik worden gewijzigd. De rechtskeuze achteraf wordt maar geduld voor zover de rechten van derden daarbij niet geschaad worden.

Er is geen beperking van het pakket van uit te kiezen wettenstelsels. Ook de wetten van landen waarmee geen contact bestaat, komen in aanmerking.

¹ Commissie van de E.G., Doc. nr. XIV/398/72.

² Commissie van de E.G., Doc. nr. III/952/78 (Droit international privé, doc. nr. 150).

³ M. GIULIANO, P. LAGARDE en Th. VAN SASSE VAN YSSELT, «Rapport betreffende het voorontwerp van verdrag nopens de wetten die van toepassing zijn op verbintenissen uit overeenkomst en op niet-contractuele verbintenissen (6 december 1972)», Commissie van de E.G., SEC/72/4430 — de voetnoten : Doc. nr. XIV/579/72 ; in W.P.N.R., nr. 5268 - in het Frans, ook in *European P.I.L. of obligations*, Tübingen, 1975, blz. 241-314.

Met een zo ruime wilsautonomie als beschreven, doen zich onvermijdelijk twee problemen voor :

1) Hoe kunnen de imperatieve bepalingen van sommige wettenstelsels worden gerespecteerd en hoe kan wetsontduiking worden voorkomen ?

2) Hoe kunnen sommige beleidsopties m.b.t. de bescherming van zwakkere groepen (werknemers, verzekerden) internationaal in praktijk worden gebracht ?

In verband met de bedenkingen, door experts gemaakt na publikatie van het eerste ontwerp, werden in het ontwerp van juni 1978 aanpassingen aangebracht.

Art. 2,2 (nieuw) stelt dat dwingende bepalingen van een wettenstelsel niet terzijde kunnen worden gelaten door een wetskeuze voor een andere wet, in de hypothese dat alle andere feitelijke elementen van de zaak, ten tijde van de rechtskeuze, zijn gelocaliseerd in het land dat de imperatieve regeling oplegt. Aan een manifest aanknopingsoverzicht moet dus de tol betaald worden. Hiermee wordt het probleem van de semi-publiekrechtelijke regels aangeraakt (zie verder nr. 9).

3. Objectieve localisering

Bij ontstentenis van een duidelijke wetskeuze moet de rechtsverhouding, achteraf, door de rechter in een wettenstelsel worden ondergebracht of gelocaliseerd. De direct meest nuttige aanwinst van een internationaal verdrag voor coöördinatie van de contracten kan hier gevonden worden.

Het verdrag hanteert een aanknopingsfactor van zeer soepele, en als zodanig erg vage aard, m.n. de «nauwste verbondenheid» (art. 4.1). Waar de vaagheid in de verwijzing naar de wet van het land waarmee de overeenkomst het nauwst verbonden is, storend zou worden, hebben de redacteurs de beoogde localisering willen concretiseren.

Een aantal wettelijke vermoedens worden ingevoerd :

— de binding is — in de regel — het sterkst met het land van gewoon verblijf van de persoon (de zetel voor een rechtspersoon) die aan de kenmerkende prestatie gebonden is ;

— contracten gesloten in het kader van een beroepsbezigheid worden, om dezelfde reden, gelocaliseerd bij de hoofdvestiging of bij de nevenvestiging van de partij verplicht de karakteristieke prestatie te verrichten ;

— voor contracten met een onroerend goed tot voorwerp zou aldus de *lex rei sitae* gelden (art. 6 oud, 4, 3 nieuw) ;

— voor contracten van goederentransport treedt het land van hoofdverblijf van de vervoerder naar voren, indien de plaats van laden of lossen of van verblijf van de expediteur samenvalt met de genoemde verblijfplaats van de vervoerder bij de contractsluiting.

Het belang van de gegeven detaillering is echter relatief. Is de karakteristieke prestatie niet nauwkeurig te bepalen, dan zijn de bijzondere aanknopingspunten niet te gebruiken (art. 4,5 eerste zin). Bovendien herleeft onvermijdelijk de discussie over nauwere verbondenheid of nauwste verbondenheid, omdat, tot slot van art. 4, weer beklemtoond wordt, dat de beschreven vermoedens weerlegbaar zijn. De genoemde factoren zijn maar indicia — de rechter zal met de «nauwste verbondenheid», die aanwijsbaar elders ligt, rekening moeten houden !

Met het verdrag wordt dus aan de rechter opdracht gegeven, het zwaartepunt van de rechtsrelatie te zoeken — de

«proper law of the contract». Moet het worden gezegd, dat de rechter met die opdracht reeds langer belast is ; dat de rechter behoefte heeft aan een werkprogramma — alleszins om tot een internationale eenvormigheid en aanvaardbaarheid van de beslissingen te komen.

4. Bescherming van de zwakkere partij : arbeidscontracten

Voor de internationale arbeidsovereenkomst wordt wetskeuze vanwege de partijen toegelaten. Wordt van de vrijheid geen gebruik gemaakt, dan schrijft het ontwerp zelf een wet voor. Die normaal objectief voorgeschreven verwijzing vervult tevens een controlefunctie. De vrije keuze van wet mag niet resulteren in een vermindering van de bescherming van de arbeiders, zoals geboden is door de imperatieve bepalingen in de genoemde objectief voorgeschreven wet.

Welke is deze wet ?

Van toepassing zijn :

a. de wet van de plaats van gewoontelijke uitvoering van de arbeid (niettegenstaande een tijdelijke detachering naar een andere arbeidsplaats) ;

b. de wet van de plaats van vestiging van de onderneming die de werknemers aanwierf (bij gebreke van de eerstgenoemde werkplaats).

De precisie van die verwijzing werd uiteindelijk geschaad, doordat niet nagelaten werd, in voorkomend geval, eveneens de wet van de «nauwste verbondenheid» te doen prevaleren.

5. Bescherming van de verbruikers

In contracten voor de uitvoering van diensten, de levering van goederen en voor de financiering daarvan, werd de bescherming van de verbruiker ingebouwd. Hierin verschilt het nieuwe ontwerp van het eerste. Er is in het ontwerp van 1972 tegenstrijdigheid van de geboden vrijheid met de protectionistische inslag of stroming in de meeste nationale wetgevingen. Hierop werd gewezen in de commentaren.

De genoemde contracten blijven onderworpen aan de imperatieve bepalingen van de wet van de gewone verblijfplaats van de verbruiker, wanneer zij niet uitsluitend de beroepsbezigheid van de betrokkene partijen betreffen. Een dubbele voorwaarde moet daartoe zijn vervuld : 1) in het land van verblijf moet een bijzonder aanbod zijn gedaan of moet publiciteit zijn gemaakt ; 2) gelijktijdig moet in hetzelfde land de overeenkomst gesloten zijn. Is die dubbele voorwaarde vervuld, dan wordt bij ontstentenis van een duidelijke wetskeuze, de wet van de verblijfplaats van de verbruiker van toepassing.

6. Cessie van schuldvordering

De juridische afwikkeling van de cessie wordt afgestemd op de overeenkomst die ten grondslag ligt aan de afgestane schuldvordering. De wet aangewezen conform de boven beschreven techniek beheerst tevens de verplichtingen van cedent en cessionaris. Meer bepaald regelt de wet van de gecedeerde schuldvordering de vragen van cedeerbaarheid, van tegenwerpelijheid aan de schuldenaar, van bevrijding door betaling en van de relaties tussen cessionaris en debiteur.

7. *Vorm van de rechtshandeling*

De regel *locus regit actum* werd bevestigd, in de facultatieve betekenis door het gemene recht bij ons eraan gegeven. Hij moet luidens het ontwerp zelfs gesplitst worden toegepast, voor afzonderlijk gestelde constitutieve handelingen. Het facultatieve ervan houdt in dat mag worden geopteerd voor de vormen, bepaald bij de wet van toepassing op het negotium, overeenkomstig de boven gegeven collisieregeling (de «*lex causae*»).

De nieuwe tekst vult het beginsel aan met een bijzonderheid in verband met de eenzijdige handelingen in een bestaande contractsverhouding, of gericht op de sluiting van een contract. Men denke aan de vorm van het aanbod en aan die van de aanvaarding. Voor dergelijke handelingen geldt eveneens de dubbele mogelijkheid (art. 18, 2).

8. *Bewijsvoering*

Op een haast overbodige wijze wordt gesteld dat de procedure en de bewijsvoering volgens de «*lex fori*» verlopen. Niettemin wordt verwezen naar de «*lex causae*» voor wettelijke vermoedens of voor een verdeling van de bewijslast, van kracht op contractuele verbintenissen. Wat de geldigheid van de vormen betreft, moet gekeken worden naar de boven (zie nr. 7) gegeven wet, voor zover de «*lex fori*» het gebruikte bewijsmiddel aanvaardt.

9. *Het statuut van de dwingende wetsbepalingen*

Bij het ontstaan van ons contractenrecht bestond er een ruime vrijheid tot het determineren van de contractverhouding. Vandaag echter is gebod en verbod reëel voor nagenoeg alle contracten. De staatstussenkomst in de dienstensector en in de produktie en de distributie van goederen is ongeremd. En nog meer overheidstussenkomst wordt gevraagd. Men wil groepen van personen beschermen; men wil de prijs, de kwaliteit en de kwantiteit van de goederen bepalen. Voor dat alles wordt de balans opgesteld in de bureaus van het centraal overleg en van de ministeries.

Met het verschijnsel van de dwingende reglementering van de economie kampt het internationaal contractenrecht. Diversiteit in de nationale reglementering nodigt de onderhorigen uit tot schipperen. Voor de imperatieve bepalingen is het internationale verkeer en de mobiliteit dus een storende factor. Buitenlandse elementen hollen het effect en de geloofwaardigheid van de opgelegde «modelcontracten» uit.

De premisse voor het functioneren van het verwijzingsrecht valt weg. Men is niet meer bereid de verschillende wettenstelsels op grond van een soort gelijkwaardigheid voor uitwisselbaar te houden, d.w.z. gelijk respect te betonen. Inderdaad, wat vroeger de stelsels van o.a. het Europees continent verenigde, nl. de overal geboden private autonomie, is weggefallen. De contractuele sector wordt nu getekend door de positief werkende bepalingen van openbare orde («*règles d'application immédiate*» of «regels van politiek»), in de zin van «public policy», d.w.z. van dwingend overheidsbeleid.

De aanwezigheid van een belangrijke aanknopingsfactor met een ander land volstaat niet meer, om juridisch afstand te nemen en te verwijzen. Omgekeerd vereist de aanwezigheid van één van de vele mogelijke aanknopin-

gen met het eigen land, een dwingende ingreep. M.a.w. ieder land heeft zijn eigen zeg en zo botsen de systemen.

Hoe nu onder de verschillende imperatieve bepalingen gekozen?

Het nieuw ontwerp van Europees verdrag voorziet fundamenteel in twee etapes. Ze komen in grove trekken overeen met de werkwijze, voorgesteld door de unilaterale strekking in het internationaal privaatrecht. Meer dan in het oude ontwerp wordt hier blijk gegeven van een visie en wordt een methode nagestreefd, voor zover het probleem niet alle methode schuwt.

a. Indien wetsbepalingen van het land van de rechter (*lex fori*) zelf rechtstreeks internationaal en dwingend normeren — d.w.z. gelding opeisen onafhankelijk van de toepasselijke wet — moet de rechter die navolgen. *Lex fori* primeert.

b. In het andere geval wordt de uit de boven gegeven verwijzingsregels aangewezen wet doorbroken door imperatieve bepalingen van andere landen, en dat in de volgende voorwaarden:

- er moet een voldoende nauwe band met het ander land bestaan;

- de imperatieve bepaling van het andere land moet de rechtstreekse internationale toepasselijkheid opeisen;

- uit de aard en het voorwerp van de bepaling moet de internationale toepassing van de vreemde bepaling gerechtvaardigd zijn;

- de concrete situatie en de gevolgen van de juridische beslissingen moeten eveneens de toepassing van de imperatieve bepalingen van een ander land rechtvaardigen.

Artikel 7, dat de voornoemde bepalingen inhoudt, is opmerkelijk door zijn consequente openheid t.a.v. alles wat zweemt naar een dwingende ingreep in het contractsveld.

Uit andere bepalingen terzake van de primauteit van imperatieve bepalingen (zie boven nrs. 2 in fine en 4) was dezelfde strekking al gebleken. De bijzondere bepalingen lijken, geplaatst naast artikel 7, voor complicaties te zullen zorgen.

Het is niet duidelijk waarom bijzondere verwijzingen m.b.t. de bescherming van zwakkere groepen (cf. de arbeidsovereenkomst en de verbruikscontracten) dienden te worden uitgewerkt. Dergelijke verwijzingen blijven «blind» gebeuren, d.w.z. ze houden niet bij voorbaat rekening met het verkregen resultaat. Zij garanderen niet a priori de beste bescherming. Met artikel 7 worden ze om dezelfde reden allicht doorkruist door bepalingen uit één van de landen waarmee contact bestaat of zelfs door (al dan niet in conflict komende) bepalingen uit diverse landen.

Eigenlijk wordt in artikel 7 slechts aandacht opgeëist voor het probleem. Het nieuw opgestelde tweede lid van het artikel heeft weliswaar een directe impact — het schuift de *lex fori* beslist naar voren. Maar algemeen gesproken zal de rechter de collisie van imperatieve bepalingen uit vreemde landen naar billijkheid moeten oplossen, d.w.z. op de tast. Onder het verdrag zal dat echter niet gemakkelijk zijn. Inderdaad, een aantal dogmatische argumenten — zoals het niet-medewerken aan de implementatie van het buitenlands publiekrecht — werden ontzenuwd. Bovendien verplicht het ingewikkelde verdragsartikel hem tot bepaalde onderzoeken en tot subtiele motivering. Wellicht groeit met de tijd uit die dwang een duidelijker inzicht in de materie en een aanvaardbare oplossing. Op lange

termijn zou dat de verdienste van het ontwerp kunnen worden.

Op korte termijn gaan we met artikel 7 onzekerheid tegemoet.

Het boven geciteerde commentaar van Giuliano bij het eerste ontwerp (1972), vermeldt het creëren van een zekere appreciatiemarge bij de rechter. Men erkent dat hem «een delicate taak» wordt opgedragen. Het is mogelijk, zegt de Italiaanse hoogleraar, dat de toepassing van artikel 7 niet altijd en overal op dezelfde resultaten zal uitlopen.

10. Toepassingsgebied van de contractwet

Het wettenstelsel waarnaar wordt verwezen, beheerst, luidens art. 15, de interpretatie van de overeenkomst, de uitvoering van de verbintenissen, de gevolgen van de niet-conforme uitvoering en de evaluatie van de schade, zo ze werd genormeerd. Verder, aldus nog de opsomming, vallen onder dezelfde wet, de wijze van tenietgaan van verjaring en van verval van de vorderingen.

De overige bepalingen van het ontwerp-verdrag voegen daaraan toe de toetreding tot het contract en, op facultatieve basis, ter bevordering van de geldigheid der transacties, de vormen en de bewijsvoering dienaangaande.

Uitvoeringsmodaliteiten alsmede vragen omtrent de gedwongen tenuitvoerlegging ressorteren onder de wet van de plaats van de tenuitvoerlegging.

De staat en de bekwaamheid van de personen vallen niet onder het contract. Voor ons is dat doodgewoon. Voor de Angelsaksers zal het nieuw zijn, want zij beoordelen de bekwaamheid tot contracteren immers in verbinding met de specifieke rechtsrelatie. Een uitzondering hierop wordt in artikel 20 gemaakt : een contractpartner kan onbekwaam zijn t.g.v. zijn personele wet. Die wet kan een andere zijn dan die van de plaats van contracteren. Aan diegene die met de gewone zorgvuldigheid tewerk ging bij het sluiten van de overeenkomst, mag een dergelijke onbekwaamheid uit de vreemde personele wet niet tegengeworpen worden. De nietigheid kan dus niet gevorderd worden tegen hem die de onbekwaamheid niet kon vermoeden. Dat is de «Lizardi-doctrine», genoemd naar het Franse arrest dat die bescherming van de eigen handelsmarkt invoerde. Welnu, artikel 20 houdt de bevestiging en de veralgemening in van het beschreven beginsel. De wet van de plaats van het contracteren vult zonodig de persoonlijke bekwaamheid aan.

Aan de oorspronkelijke contractwet blijven ook onderworpen de rechten en plichten van een contractpartner voor wie een ander al presteerde. De subrogatie zelf valt echter onder de overeenkomst of het instituut op grond waarvan zij werd verricht. Wij kennen in België dezelfde opsplitsing voor betalingen na een ongeval gedaan door de verzekeraar.

11. De precontractuele fase

Het geldig bestaan zelf van de overeenkomst wordt onderworpen aan de *lex contractus* (artt. 2, 3 en 8). Voor de precontractuele fase wordt dus qua collisieregeling geanticipeerd op een geldig bestaan : het beoogde contract en de landswet waarmee het ten nauwste verbonden is stralen af op de gronden en de vormen voor zijn ontstaan.

De logische moeilijkheid daarin vervat wordt algemeen erkend. Ter wille van de eenheid van de rechtshandeling

mag de hier gehuldigde keuze echter op een ruime aanvaarding rekenen. Voor België redeneerde het Hof van Cassatie in dezelfde zin⁴.

Een ernstige tekortkoming van de beschreven uitstraling houdt verband met het vermoeden van stilzwijgende aanvaarding : een aanbod kan gericht zijn tot personen in een ander land — het gaat dan tussen «niet-aanwezigen». In hoofde van de ontvanger kunnen dan misverstanden rijzen over het te volgen gedragsspatroon. Het oude ontwerp hield twee varianten van regeling open. Nu ontstond er eensgezindheid.

De partij wier aanvaarding wordt vermoed, mag op grond van de wet van zijn gewone verblijfplaats, d.w.z. naar de voor hem bekende handelsgebruiken, zijn niet-aanvaarding aantonen. Maar die uitweg ligt slechts open indien blijkt dat het opdringen van een geldige aanvaarding overeenkomstig de *lex contractus*, niet redelijk is gezien de omstandigheden. Inderdaad, een beperkte en nogal vage tegemoetkoming.

In verband met de in 1972 ingediende tekstvarianten mag worden geconcludeerd dat het genoemde excuus voor zijn stilzwijgen zal worden onthouden aan de ontvanger van het aanbod, wanneer beide partijen op basis van dezelfde contractwet voordien reeds contracteerden.

12. Enkele algemeenheden

De terugwijzing wordt niet aanvaard. De verwijzing gaat uitsluitend naar de interne *lex causae*.

De gewone exceptie van internationale openbare orde werd uitdrukkelijk opgenomen in een redactie die tot restrictief gebruik aanmaant.

Wat betreft de interpretatie van de uniforme verdragsregels door de rechters, wordt voor het internationale karakter van de bepalingen aandacht gevraagd. Men hoopt dat hierdoor naar uniformiteit gestreefd zal worden.

13. Toepassingsgebied van het verdrag

Opdat een contractuele verbintenis onder dit verdrag kan vallen, moet noodzakelijk een grensoverschrijdend element aanwezig zijn — dat veroorzaakt in de regel het wettenconflict.

Materieel. — Het eerste artikel sluit een aantal materies uit het toepassingsveld van het verdrag uit.

Van staat en bekwaamheid zeiden we al dat ze niet onder de contractuele materie vallen (nr. 10).

Uitgesloten zijn alle aspecten van erfrecht, testamenten en huwelijksvermogensrecht ; en verder alle familierechtelijke relaties, evenals de contracten die ze mochten aangaan. Op dat punt worden we herinnerd aan het Europees bevoegdheids- en executieverdrag van 27 september 1968, dat eveneens de intricate en gevoelige gegevens onaangetast laat.

Hetzelfde geldt voor het recht van de waardepapieren en de arbitrageovereenkomsten. Ter uitsluiting nog steeds worden daaraan de prorogatie-overeenkomsten nu toegevoegd.

⁴ Cass., 21 februari 1975, *R.W.*, 1974-75, 2552, *J.T.*, 1975, 424, *R.C.J.B.*, 1976, 5, met noot van G. VAN HECKE ; *Rev. crit. d.i.p.*, 1976, 660, met noot van P. GOTHOT.

Het specifieke karakter van het verzekeringscontract, althans de bijzondere zorgen van de verzekeraars en de rijkelijk aanwezig dringende voorschriften ter zake, maken ook die contracten voor detaillering goed, elders en later.

De vennootschapsovereenkomsten met het vraagstuk zowel van de interne relaties als van de afscherming van vennoten naar buiten toe, evenals de verbintenissen rondom de lastgeving, worden eveneens uit het toepassingsgebied gehouden. Hieraan is het feit niet vreemd dat bijzondere verdragen de genoemde problemen moeten regelen.

De trusts worden uit het nieuwe ontwerp expliciet geweerd. De Engelse specialisten zullen de eigenheid van die instelling gemakkelijk hebben kunnen aantonen.

Nucleaire schade is in de opsomming als het ware blijven haperen, uit het eerste ontwerp waarin de onrechtmatige daad begrepen was. Niettemin wordt zodoende benadrukt, dat geen enkele contractuele aansprakelijkheid op grond van de gegeven verwijzing zal worden beslecht.

Territoriaal. — Artikel 31 stelt dat het verdrag zal gelden voor het Europees territorium van de lid-staten met inbegrip van Groenland. Wat de Fär-Öer eilanden voor Denemarken en de Antillen voor Nederland betreft, moet vooraf een bijzondere verklaring van de betrokken soevereinen komen. De Europese territoria afhankelijk van Groot Britannië, gelegen buiten het Verenigd Koninkrijk vallen buiten het toepassingsveld, eveneens in afwachting van een bijzondere verklaring.

In de tijd. — De conventie zal enkel slaan op contracten gesloten na het van kracht worden van het verdrag voor de forumstaat (art. 22 A).

Het verdrag treedt in werking drie maanden na de vijfde ratificatie en vervolgens drie maanden na de neerlegging van de bekrachtigingsakte, voor ieder land dat het nadien bekrachtigt.

De geldigheidsduur is, in principe, tien jaar, maar verlenging gebeurt stilzwijgend telkens voor vijf jaar. Opzegging is mogelijk.

T.a.v. andere verdragen. — Het verdrag wijkt — in een bredere buiging dan uit de eerste redactie bleek — voor andere internationale verdragen, gesloten of nog te sluiten door een verdragsstaat of door de E.G. Latere verdragsregeling van een zelfde onderwerp wordt onderworpen aan een procedure van mededeling van de intentie aan de Raad van de E.G. — eventueel gevolgd door overleg of door een akkoord, zoniet door stilzwijgende machtiging na een jaar. Dat geldt niet voor de andere Europese verdragen of voor latere wijziging van de bestaande verdragsverplichtingen.

Wenst een Europese staat na de vankrachtwording van de verdragsregeling voor een onderdeel van het contractenrecht een verwijzing in te voeren, dan moet ook de voornoemde procedure van overleg gevolgd worden.

14. Rechtsleer

Na de bekendmaking van het eerste ontwerp ontstond een stortvloed van commentaren. Met vele aspecten, signaleerd in deze geschriften, werd rekening gehouden n.a.v. de onderhandelingen binnen de uitgebreide Gemeenschap. De hiernavolgende lijst, beperkt tot de namen der auteurs en de vindplaatsen der artikels, is niet exhaustief.

A. Philip, in *Nord. T. Int. R.*, 1972, 177 ; F. Gamillscheg in *RabelsZ*, 1973, 284 ; O. Kahn-Freund in *Rev. crit. d.i.p.*, 1973, 607 ; P. Lagarde e.a. in *Trav. com. fr. d.i.p.*, 1971-73, 147 ; D. Mayer in *Rev. crit. d.i.p.*, 1973, 373 ; K. Nadelmann in *A.J.C.L.*, 1973, 584 en *idem*, 1976, 1 ; K. Siehr in *AWD/RIW*, 1973, 569 ; R. Vander Elst in *J.T.*, 1973, 250 ; O. Lando in *RabelsZ*, 1974, 6 ; A. Von Overbeck en P. Volken in *RabelsZ*, 1974, 56 ; D. Cavers in *So Calif L Rev.*, 1975 ; 603 ; W. Haak en H. Jessurun D'Oliveira in *Internationaal Overeenkomstenrecht* (Med. Ned. Ver. Int. R), Deventer, 1975 ; O. Lando, B. Von Hoffmann, K. Siehr en anderen, in *European P.I.L. of obligations*, Tübingen, 1975 ; L. Collins in *I.C.L.Q.*, 1976, 35 ; K. Heller in *Probleme des europäischen Gemeinschaftsrechts*, 1976, 101 ; H. Jessurun D'Oliveira, in *A.J.C.L.*, 1977, 303.

J. ERAUW R.U.G.)

KRONIEK VAN HET VERBINTENISSENRECHT (Gerechtelijk jaar 1977-1978)

1. De onderhavige kroniek betreffende het verbintenissenrecht verschilt qua opzet en conceptie niet van die van vorig jaar (zie *R.W.*, 1977-78, 2289-2304). Ook thans wordt geen volledigheid nagestreefd, maar wordt een keuze gemaakt uit enkele onderwerpen, waarbij relatief belangrijke rechtspraak gevestigd werd.

Vooraf zal echter een korte bespreking gewijd worden aan het recht in wording. Tijdens het afgelopen gerechtelijk jaar werd inderdaad in deze sector een belangwekkend

wetsontwerp bij het Parlement ingediend, namelijk het «Wetsontwerp houdende goedkeuring van de Benelux-Overeenkomst houdende eenvormige wet betreffende de dwangsom, en van de Bijlage (eenvormige wet betreffende de dwangsom), ondertekend te 's-Gravenhage op 26 november 1973», *Parl. Besch., Kamer*, 1977-78, nr. 353/1 (verder afgekort als «Wetsontwerp op de dwangsom»). De tekst van de eenvormige wet werd reeds afgedrukt in *R.W.*, 1973-74, 1740-1741.

I. Wetsontwerp betreffende de dwangsom

2. Zoals bekend werd op 26 november 1973 te 's-Gravenhage door de gevolmachtigden der drie Benelux-regeringen de Benelux-Overeenkomst houdende eenvormige wet betreffende de dwangsom ondertekend. Door deze overeenkomst hebben de drie betrokken landen zich verbonden de eenvormige wet betreffende de dwangsom in hun wetgeving op te nemen. In Nederland werd door de wet van 23 maart 1977 deze Benelux-Overeenkomst goedgekeurd en de Nederlandse wetgeving overeenkomstig de eenvormige wet aangepast. Dit gebeurde door een wijziging van de artikelen 611a tot 611i van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. De nieuwe wet trad er in werking op 1 januari 1978 (Verslag STORME, *Parl. Besch.*, *Senaat*, 1977-78, nr. 404/2, blz. 2). In Luxemburg werd de Benelux-Overeenkomst goedgekeurd bij wet van 21 juli 1976 en de akte van bekrachtiging werd door Luxemburg neergelegd op 30 november 1976 (*ibidem*). Tussen deze twee landen is het verdrag bijgevolg in werking getreden (zie art. 6.2 van de Benelux-Overeenkomst).

In België werd het wetsontwerp op 30 maart 1978 bij de Kamer van Volksvertegenwoordigers ingediend (*Parl. Besch.*, *Kamer*, 1977-78, nr. 353/1), waar het zonder opmerkingen goedgekeurd werd (*Parl. Hand.*, *Kamer*, 1977-78, vergadering van 8 juni 1978, blz. 2333-2335 en 2340-2342). In de Senaat werd er door LAGASSE op aangedrongen om het ontwerp terug te verwijzen naar de Commissie voor de Justitie, waartegen sterk verzet rees vanwege verslaggever STORME. Uiteindelijk werd de behandeling van het ontwerp *sine die* verdaagd (*Parl. Hand.*, *Senaat*, 1977-78, vergadering van 25 juli 1978, blz. 2112-2113).

Het ontwerp kwam opnieuw ter sprake in de openbare vergadering van de Senaat van 5 juli 1979 en werd andermaal verwezen naar de commissie, ditmaal de verenigde commissies van Arbeid en Tewerkstelling en van de Justitie, omdat het ontwerp ook de arbeidswetgeving raakt en hieraan onvoldoende aandacht zou besteed zijn in de Commissie van Justitie (*Beknopt Verslag, Senaat, B.Z.*, 1979, vergadering van 5 juli 1979, blz. 359-360; zie ook: vergadering van 10 juli 1979, blz. 376).

3. Het wetsontwerp voorziet in de vervanging van titel XVI van boek III van het Burgerlijk Wetboek «Lijfswang in burgerlijke zaken» door «Dwangsom». In plaats van de artikelen 2059 tot 2070 B.W., die opgeheven werden door artikel 48 van de wet van 21 maart 1859 op de lijfswang, werden de artikelen 2059 tot 2066 B.W. ingelast, die de tekst van de eenvormige wet bevatten. Voor de bepaling van de bevoegdheid en de aanleg wordt geen rekening gehouden met het bedrag van de dwangsom (nieuw art. 2066 B.W.), wat tot een aanpassing noopte van artikel 557 Ger. W. Ten slotte worden een aantal wetsbepalingen opgeheven, waaronder de artikelen 46, 47 en 48 Sw. en de wetten betreffende de lijfswang.

4. De dwangsom kan omschreven worden als een bijkomende veroordeling van de schuldenaar om aan de schuldeiser een som geld te betalen, meestal per dag berekend, zonder enig verband met de schade die de schuldeiser ondergaat of zal ondergaan ten gevolge van de niet- of niet-tijdige uitvoering van de hoofdvordering, ten einde op de schuldenaar druk uit te oefenen opdat hij de tegen hem

uitgesproken hoofdveroordeling zou nakomen (J. RONSE, «De dwangsom in het Belgische recht» in *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Jaarboek VIII*, 1961-62, blz. 107; M. STORME, «De dwangsom», *R.W.*, 1962-63, 1321). De elementen van deze definitie vindt men ook terug in de eenvormige wet (art. 1, lid 1, en art. 2; zie nieuw art. 2059, lid 1, en art. 2060 B.W.).

Tot op heden is de toepassing van de dwangsom in het Belgisch recht niet wettelijk erkend. Aangevoerd wordt dat het alleen aan de wetgever toekomt de executiemiddelen van een vonnis vast te leggen; de rechter mag zich geen macht toeëigenen die de wet hem niet verleent, en dus geen dwangsom uitspreken. Daarenboven zou de rechter, door de veroordeling tot een dwangsom, een werkelijke straf opleggen, wat in strijd is met artikel 9 van de Grondwet, volgens hetwelk geen straf mag ingevoerd of toegepast worden dan uit kracht van een wet: «*Nulla poena sine lege*» (M. STORME, *op. cit.*, *R.W.*, 1962-63, 1327).

In België wordt evenwel algemeen aanvaard dat de rechter de bevoegdheid bezit om een veroordeling uit te spreken tot betaling van een geldsom die per tijdseenheid of per overtreding van een bij vonnis gegeven gebod of verbod wordt berekend, indien uit het vonnis blijkt dat de veroordeling strekt tot vergoeding van de schade die de schuldeiser lijdt door het niet-nakomen van de verbintenis (J. RONSE, *op. cit.*, *Jaarboek VIII*, 1961-62, blz. 116; M. STORME, *op. cit.*, *R.W.*, 1962-63, 1328; Gemeenschappelijke memorie van toelichting van de Benelux-Overeenkomst houdende eenvormige wet betreffende de dwangsom, *Parl. Besch.*, *Kamer*, 1977-78, nr. 353/1, blz. 11; zie b.v. Cass., 10 april 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 873, *R.W.*, 1975-76, 413, met noot). Terecht werd dan ook betoogd dat de Belgische rechtbanken in werkelijkheid de dwangsom blijven toepassen onder het mom van een per tijdseenheid berekende schadevergoeding *ad futurum* (J. LIMPENS en J. VAN DAMME, «Examen de jurisprudence (1956-1959). Les obligations», *R.C.J.B.*, 1961, 72, nr. 23; J. RONSE, *op. cit.*, *Jaarboek VIII*, 1961-62, blz. 117). Aan deze praktijk zal geen behoefte meer bestaan wanneer, na de goedkeuring van het onderhavige wetsontwerp, het instituut van de dwangsom een wettelijke basis zal hebben gekregen.

5. Luidens het nieuw artikel 2059 B.W. (art. 1, lid 1, eenvormige wet) kan de rechter op vordering van een der partijen de wederpartij veroordelen tot betaling van een geldsom, dwangsom genaamd, voor het geval dat aan de hoofdveroordeling niet wordt voldaan, onverminderd het recht op schadevergoeding indien daartoe gronden zijn. Een dwangsom kan echter niet worden opgelegd in geval van een veroordeling tot betaling van een geldsom.

Alle verplichtingen die bij vonnis opgelegd worden kunnen met een dwangsom gesanctioneerd worden, zowel verbintenissen om te doen of niet te doen als verbintenissen om een zaak te geven (Gemeenschappelijke memorie van toelichting, *Parl. Besch.*, *Kamer*, 1977-78, nr. 353/1, blz. 16). Alleen de veroordeling tot betaling van een geldsom wordt uitdrukkelijk uitgesloten (nieuw art. 2059 *in fine* B.W.). In de gemeenschappelijke memorie van toelichting wordt deze beperking gerechtvaardigd door de overweging dat een dwangsom tot doel heeft werkelijke nakoming van een verbintenis te verzekeren, terwijl in het geval van veroordeling tot betaling van een geldsom de gewone executiemiddelen voldoening kunnen verschaffen (*Parl. Besch.*,

Kamer, 1977-78, nr. 353/1, blz. 16). Door sommige auteurs werd opgemerkt dat deze overweging hiertoe niet voldoende is, omdat de dwangsom haar nut kan behouden, ook wanneer rechtstreekse tenuitvoerlegging mogelijk is (J. VAN MULLEN, «Vers une légalisation de l'astreinte en droit belge ?», *J.T.*, 1977, 39, nr. 17 ; S.N. VAN OPSTALL, «De dwangsom in het Nederlandse recht», in *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Jaarboek VIII*, 1961-62, blz. 134-135).

De dwangsom kan worden opgelegd door alle rechtscolleges, met inbegrip onder meer van de voorzitter in kort geding, de beslagrechter en de strafrechter ten aanzien van de vordering der burgerlijke partij (Verslag STORME, *Parl. Besch.*, Senaat, 1977-78, nr. 404/2, blz. 3) maar niet door scheidsrechters (Gemeenschappelijke memorie van toelichting, *Parl. Besch.*, Kamer, 1977-78, nr. 353/1, blz. 16). Artikel 2 van de Benelux-Overeenkomst biedt echter aan de wetgever van ieder der verdragsluitende partijen de mogelijkheid om autonoom te bepalen of die bevoegdheid eveneens aan scheidslieden toekomt (Gemeenschappelijke memorie van toelichting, *Parl. Besch.*, Kamer, 1977-78, nr. 353/1, blz. 16). Nederland heeft van deze bevoegdheid gebruik gemaakt, nu in artikel 611i Rv. bepaald wordt dat onder rechters eveneens scheidsmannen moeten worden begrepen.

De dwangsom kan zelfs voor het eerst in verzet of in hoger beroep gevraagd worden (nieuw art. 2059, lid 2, B.W.). De rechters bezitten niet de bevoegdheid om ambtshalve een dergelijke veroordeling uit te spreken (nieuw art. 2059, lid 1, B.W. : «... moet op vordering van een der partijen...»). De dwangsom moet gevraagd worden door de belanghebbende partij, die ook het openbaar ministerie kan zijn wanneer het als hoofdpartij optreedt (Gemeenschappelijke memorie van toelichting, *Parl. Besch.*, Kamer, 1977-78, nr. 353/1, blz. 16).

6. De veroordeling tot een dwangsom moet beschouwd worden als een bijkomende veroordeling bij een hoofdveroordeling, heeft dus een accessoir karakter, en moet met de hoofdveroordeling in één en dezelfde uitspraak vervat zijn (*ibidem*). Anderzijds staat de dwangsom totaal los van de veroordeling tot schadeloosstelling : beide mogen met elkaar gecumuleerd worden, en de rechter die uitspraak moet doen over de eis tot schadevergoeding mag geen rekening houden met het bedrag van de dwangsom (zie het nieuwe art. 2059, lid 1, B.W. : «... onverminderd het recht op schadevergoeding indien daartoe gronden zijn»).

Voor het verschuldigd worden van de dwangsom wordt in het wetsontwerp de uitdrukking gebruikt dat de dwangsom door de veroordeelde wordt «verbeurd» (en-courue). Volgens het nieuwe artikel 2059, lid 3, B.W. kan de dwangsom niet worden verbeurd vóór de betekening van de uitspraak. Het doel van deze bepaling is dat de schuldeiser aan de schuldenaar duidelijk zou maken dat hij nakoming van de hoofdveroordeling wenst (Gemeenschappelijke memorie van toelichting, *Parl. Besch.*, Kamer, 1977-78, nr. 353/1, blz. 17). De rechter kan evenwel aan de schuldenaar nog een termijn van respijt toekennen, die moet verstreken zijn voordat de dwangsom verbeurd zal kunnen zijn (nieuw art. 2059, lid 4, B.W.).

7. De rechter kan de dwangsom hetzij op een bedrag ineens, hetzij op een bedrag per tijdseenheid of per overtreding vaststellen (nieuw art. 2060 B.W.). Het behoort dus

geenszins tot het wezen van de dwangsom dat ze pas verbeurd wordt door het verstrijken van meerdere tijdseenheden. De dwangsom kan in haar geheel verbeurd zijn zodra slechts één enkele termijn verstreken is (Gemeenschappelijke memorie van toelichting, *Parl. Besch.*, Kamer, 1977-78, nr. 353/1, blz. 18).

In de praktijk echter zal de dwangsom meestal slechts efficiënt zijn indien ze bij herhaling kan worden verbeurd, namelijk telkens wanneer een tijdseenheid is verstreken zonder dat de schuldenaar zijn verbintenissen is nagekomen (*ibidem*). Wanneer het gaat om een dwangsom die op een bedrag per tijdseenheid of per overtreding is vastgesteld, kan de rechter evenwel een maximumbedrag bepalen, waarboven geen dwangsom meer wordt verbeurd (nieuw art. 2060 in fine B.W.).

Krachtens de regel van het nieuwe artikel 2061 B.W. komt de dwangsom, eenmaal verbeurd, volledig toe aan de partij die de veroordeling heeft verkregen, en deze partij kan de dwangsom ten uitvoer leggen krachtens de titel waarbij zij is vastgesteld. Dit artikel verwerpt dus duidelijk de gedachte aan een procedure tot vereffening van de dwangsom. De schuldeiser heeft immers geen nieuwe titel nodig om de bedragen in te vorderen die de schuldenaar hem verschuldigd is geworden ingevolge een veroordeling tot betaling van een geldsom (Gemeenschappelijke memorie van toelichting, *Parl. Besch.*, Kamer, 1977-78, nr. 353/1, blz. 18 ; Verslag STORME, *Parl. Besch.*, Senaat, 1977-78, nr. 404/2, blz. 3). Meteen wordt in het wetsontwerp uitdrukkelijk afstand genomen van de traditionele Franse opvatting van een «astreinte provisoire», die in een eerste uitspraak voorlopig wordt begroot en die definitief zal worden vastgesteld (eventueel verminderd of zelfs afgeschaft), wanneer de toestand van partijen vaststaat (J. VAN MULLEN, *op. cit.*, *J.T.*, 1977, 37, nrs. 4-5, en 40-41, nrs. 26-27 ; G.L. BALLON, «Nieuwe wetgeving op de dwangsom», blz. 9, nr. 5.3, *Postuniversitaire lessencyclus Onrechtmatige Daad*, Leuven, 1978).

De tekst van het nieuwe artikel 2061 B.W. wijst uitdrukkelijk de persoon aan, aan wie de dwangsom toekomt : het is de partij die de veroordeling heeft verkregen. Aldus wordt de Staat als verkrijger van de dwangsom uitgesloten, behoudens wanneer de Staat zelf schuldeiser zou zijn (voor de redenen van deze uitsluiting, zie de Gemeenschappelijke memorie van toelichting, *Parl. Besch.*, Kamer, 1977-78, nr. 353/1, blz. 18-19).

8. Het algemeen beginsel van de eenvormige Benelux-wet betreffende de dwangsom is dat een eenmaal opgelegde dwangsom door de rechter niet meer kan worden aangepast of opgeheven. Er zijn nochtans drie gevallen waarin ten gevolge van bepaalde omstandigheden het bedrag van de dwangsom kan worden aangepast, namelijk 1) bij onmogelijkheid van de schuldenaar om de hoofdveroordeling na te komen ; 2) in geval van faillissement van de schuldenaar en 3) bij overlijden van de schuldenaar.

Luidens het nieuwe artikel 2062, lid 1, B.W. kan de rechter die een dwangsom heeft opgelegd, op vordering van de veroordeelde de dwangsom opheffen, de looptijd ervan opschorten gedurende de door hem te bepalen termijn of de dwangsom verminderen in geval van blijvende of tijdelijke, gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen. De dwangsom is inderdaad een drukingsmiddel, bestemd om de uitvoering van een gerechtelijke beslissing te verzeke-

ren, dat zijn bestaansreden verliest wanneer dit doel niet kan worden verwezenlijkt (Gemeenschappelijke memorie van toelichting, *Parl. Besch.*, *Kamer*, 1977-78, nr. 353/3, blz. 19). De rechter beschikt over een zeer ruime beoordelingsbevoegdheid, niet alleen wat betreft de vaststelling van de onmogelijkheid om de hoofdveroordeling na te komen, maar ook met betrekking tot de gevolgen ervan: de rechter is namelijk niet verplicht de dwangsom op te heffen of te verminderen als hij de onmogelijkheid tot uitvoering in hoofde van de debiteur vaststelt (J. VAN MULLEN, *op. cit.*, *J.T.*, 1977, 41, nr. 30).

9. Het nieuwe artikel 2063 B.W. regelt de gevolgen die het *faillissement* ten aanzien van een dwangsom meebrengt. De dwangsom kan niet meer worden verbeurd gedurende het *faillissement* van de veroordeelde (lid 1) en dwangsommen die vóór de faillietverklaring verbeurd zijn, worden niet toegelaten in het passief van het *faillissement* (lid 2).

Deze twee regels zijn gerechtvaardigd door billijkheids-overwegingen, in het bijzonder de bescherming van de andere schuldeisers van de gefailleerde, die meer dan hijzelf, nadeel zouden ondervinden van de eisbaarheid van de dwangsom. Enerzijds is het onbillijk de andere schuldeisers schade te doen lijden door de onwil van de veroordeelde die er de voorkeur aan geeft een hoog bedrag als dwangsom te betalen in plaats van een veel minder zware hoofdverplichting na te komen. Anderzijds zal de dwangsom als middel om de schuldenaar tot betaling te dwingen, tijdens het *faillissement* veel minder efficiënt blijken te zijn, juist omdat zij veel meer de andere schuldeisers dan de veroordeelde zou treffen (Gemeenschappelijke memorie van toelichting, *Parl. Besch.*, *Kamer*, 1977-78, nr. 353/1, blz. 20).

De bepaling van het eerste lid van het nieuwe artikel 2063 B.W. is bovendien het logische gevolg van de regel dat de faillietverklaring tot gevolg heeft dat de gefailleerde het beheer over zijn vermogen verliest. Ten gevolge van een wettelijk voorschrift (art. 444 *Faillissementswet*) kan de schuldenaar de hoofdveroordeling niet nakomen, zodat het door de dwangsom beoogde doel niet kan worden bereikt (Gemeenschappelijke memorie van toelichting, *Parl. Besch.*, *Kamer*, 1977-78, nr. 353/1, blz. 20).

Het toepassingsgebied van het nieuwe artikel 2063 B.W. blijft beperkt tot het *faillissement*: het kennelijk onvermogen en het gerechtelijk akkoord vallen er niet onder (G.L. BALLON, *op. cit.*, blz. 28-29, nr. 11.4). De belangrijkste reden voor de uitsluiting van het gerechtelijk akkoord is dat de schuldenaar niet volledig ontzet wordt uit zijn patrimoniale rechten. Bovendien wordt er in de Gemeenschappelijke memorie van toelichting op gewezen dat de verschillen tussen het gerechtelijk akkoord in België, de in Nederland bestaande «*surséance van betaling*» en het Luxemburgse «*concordat préventif de la faillite*» een ernstige hinderpaal vormen om op dit vlak tot een bevredigende uniforme regeling te komen (*Parl. Besch.*, *Kamer*, 1977-78, nr. 353/1, blz. 21-22).

10. Bij overlijden van de veroordeelde schuldenaar spreekt het vanzelf dat de uit de veroordeling voortvloeiende hoofdverplichting op de erfgenamen overgaat. Vanuit billijkheidsstandpunt kan er nochtans aanleiding toe bestaan om de verplichting tot betaling van een dwangsom die aan de *de cuius* werd opgelegd, niet zonder meer op zijn erfgenamen te laten overgaan. Deze laatste kunnen im-

mers niet bekend zijn met de uitgesproken veroordeling, en de persoonlijke omstandigheden van de erflater die medebepalend zijn geweest voor het opleggen van de dwangsom en de hoogte daarvan, zullen vaak niet voor hen gelden (Gemeenschappelijke memorie van toelichting, *Parl. Besch.*, *Kamer*, 1977-78, nr. 353/1, blz. 22).

Het meest bescherming verdienen de rechtsopvolgers wanneer de dwangsom op een bepaald bedrag per tijdseenheid werd vastgesteld, want door het overlijden en het daarmee gepaard gaande tijdsverlies voor de nakoming van de hoofdveroordeling, zou de dwangsom tot een astronomisch bedrag kunnen oplopen (G.L. BALLON, *op. cit.*, blz. 24). Voor dat geval wordt in het nieuwe artikel 2064, lid 1, B.W. bepaald dat na het overlijden van de veroordeelde de dwangsom niet verder verbeurd wordt en dat de dwangsom door de erfgenamen en andere rechtverkrijgenden van de veroordeelde pas opnieuw verbeurd wordt na tussenkomst van de rechter, die het bedrag en de voorwaarden ervan kan wijzigen. Andere dwangsommen blijven in beginsel bestaan voor de erfgenamen en andere rechtverkrijgenden, maar dezen kunnen aan de rechter vragen deze dwangsommen hetzij blijvend, hetzij tijdelijk op te heffen of te verminderen, in voorkomend geval met terugwerkende kracht tot op de dag van het overlijden (nieuw art. 2064, lid 2, B.W.).

11. Luidens het nieuwe artikel 2065 B.W. *verjaart* de dwangsom na verloop van zes maanden sedert de dag waarop zij verbeurd is. Deze bijzonder korte verjaringstermijn wordt gerechtvaardigd — eens te meer — door een beroep op de billijkheid, om te vermijden namelijk dat de schuldeiser door stil te zitten het bedrag der verbeurde dwangsommen tot een onevenredige hoogte zou kunnen laten oplopen (Gemeenschappelijke memorie van toelichting, *Parl. Besch.*, *Kamer*, 1977-78, nr. 353/1, blz. 23). Het gaat hier niet om een vervaltermijn, maar wel om een verjaringstermijn waarop de gemeenschappelijke regels van stuiting en schorsing toepasselijk zijn (*ibidem*).

De verjaring wordt vooreerst geschorst door *faillissement*, wat een logisch gevolg is van de bepalingen van het nieuwe artikel 2063 B.W., maar ook door «ieder ander wettelijk beletsel voor tenuitvoerlegging van de dwangsom» (nieuw art. 2065, lid 2, B.W.), zoals het gerechtelijk akkoord en de aanvaarding van een nalatenschap onder voorrecht van boedelbeschrijving (Gemeenschappelijke memorie van toelichting, *Parl. Besch.*, *Kamer*, 1977-78, nr. 353/1, blz. 23).

Ten slotte wordt in het nieuwe artikel 2065, lid 3, B.W. bepaald dat de verjaring ook geschorst wordt zolang degene die de veroordeling verkreeg met het verbeuren van de dwangsom redelijkerwijze niet bekend kon zijn. Aldus wordt hier een extensieve interpretatie gegeven van het adagium *contra non valentem agere, non currit praescriptio* (J. VAN MULLEN, *op. cit.*, *J.T.*, 1977, 42, nr. 41).

II. Gebreken in de toestemming — Dwaling

12. Dwaling is luidens artikel 1110 B.W. alleen dan een oorzaak van nietigheid van de overeenkomst, wanneer zij de zelfstandigheid betreft van de zaak die het voorwerp van de overeenkomst uitmaakt. Onder zelfstandigheid van de zaak moet volgens het Hof van Cassatie verstaan worden ieder element dat de partij er hoofdzakelijk toe bewogen

heeft het contract aan te gaan, zodanig dat zonder dit element het contract niet gesloten zou zijn (Cass., 31 oktober 1966, *Arr. Cass.*, 1967, 301, *R.W.*, 1967-68, 1117, *Pas.*, 1967, I, 294 ; Cass., 3 maart 1967, *Arr. Cass.*, 1967, 827, *R.W.*, 1966-67, 1907, *Pas.*, 1967, I, 811). Hieruit blijkt dat de uitdrukking «zelfstandigheid van de zaak» in artikel 1110 B.W. niet in objectieve zin mag worden verstaan, maar een subjectieve en psychologische betekenis heeft (J. HERBOTS, R. BUTZLER en A. VASTERSAVENTS, «Overzicht van rechtspraak (1961-1969). Bijzondere overeenkomsten», *T.P.R.*, 1973, 202-203, nr. 4 ; R. KRUTHOF, H. MOONS en C. PAULUS, «Overzicht van rechtspraak (1965-1973). Verbintenissen», *T.P.R.*, 1975, 465, nr. 26).

Dwaling omtrent de waarde van de zaak, de verkeerde economische appreciatie, maakt geen dwaling over de zelfstandigheid van de zaak uit en is op zichzelf onvoldoende om de vernietiging van de overeenkomst te kunnen krijgen (zie bv. Rb. Mechelen, 21 januari 1975, *R.W.*, 1977-78, 1649). Een dwaling omtrent de waarde van de zaak kan evenwel het gevolg zijn van een dwaling omtrent een wezenlijke eigenschap van het voorwerp van de overeenkomst, zodat op basis van deze laatste dwaling het contract wel voor vernietiging in aanmerking komt (R. KRUTHOF, H. MOONS en C. PAULUS, *op. cit.*, *T.P.R.*, 1975, 468, nr. 30, met verwijzing naar C. RENARD, E. VIEUJEAN en Y. HANNEQUART, *Les Nouvelles, Droit Civil*, IV, 1, *Théorie générale des obligations*, nrs. 698 e.v.). Dat het onderscheid tussen een dwaling omtrent de waarde van de zaak en een wezenlijke dwaling niet altijd eenvoudig te maken is, wordt geïllustreerd door het volgend voorbeeld uit de rechtspraak.

Tijdens de onderhandelingen aangaande de overname van een bedrijf verkeerde de aspirant-overnemer in de mening dat de overname slechts doorgang zou vinden indien de chirografaire schuldeisers van hun schuldvordering zouden afzien ten belope van 80 % van de waarde ervan. In de uiteindelijke tekst van de overeenkomst blijkt het om een renunciatie ten belope van 75 % te gaan. Hoewel op het eerste gezicht de indruk kan bestaan dat het hier gaat om een dwaling omtrent de waarde van de zaak, komt de Rechtbank van Koophandel van Verviers, na een onderzoek van de onderhandelingsdocumenten tot het besluit dat deze voorwaarde voor de aspirant-overnemer het determinerend motief uitmaakte voor het aangaan van het contract. Een onjuiste voorstelling van het resultaat dat een overeenkomst kan opleveren, kan volgens de rechtbank als een wezenlijke dwaling gekwalificeerd worden (Kh. Verviers, 21 december 1976, *J.T.*, 1977, 345 ; vgl. Rb. Brussel, kort ged., 16 oktober 1968, *J.T.*, 1969, 242).

13. Sinds het cassatiearrest van 6 januari 1944 (*Pas.*, 1944, I, 133, met noot R.H.) wordt in de Belgische rechtspraak en rechtsleer als vereiste gesteld dat de dwaling verschoonbaar moet zijn, wil de vordering tot nietigverklaring van de overeenkomst kunnen slagen. In een recent arrest werd deze rechtspraak door het Hof nog bevestigd (Cass., 20 april 1978, *R.W.*, 1978-79, 1489, *J.T.*, 1978, 578).

Het vereiste van verschoonbaarheid van de dwaling werd door M. COIPEL onderzocht ten aanzien van de rechtsdwaling, d.i. de onjuiste beoordeling van een rechtspunt (M. COIPEL, «L'erreur de droit inexcusable», noot bij Cass., 10 april 1975, *R.C.J.B.*, 1978, 202-219). De auteur gaat hierin onder meer na in hoever dit vereiste beïnvloed wordt door de omstandigheid dat de dwaling veroorzaakt

werd door het advies van een juridisch raadgever of minstens dat de dwaling door deze laatste gedeeld werd.

III. Gebreken in de toestemming — Bedrog

14. In de Belgische rechtsleer en rechtspraak is het sedert geruime tijd een uitgemaakte zaak dat bedrog in de zin van artikel 1116 B.W. niet uitsluitend bestaat wanneer de bedrieger positieve daden stelt om de wederpartij te misleiden, maar dat de *verzwijging*, het stilzwijgen eveneens een bedrieglijke houding kan zijn (H. DE PAGE, *Traité*, I, nr. 50 ; W. VAN GERVEN, *Beginnels van Belgisch Privaatrecht*, I, *Algemeen Deel*, Antwerpen-Utrecht, 1969, blz. 315, nr. 105 ; R. VANDEPUTTE, *De overeenkomst*, Brussel, 1977, blz. 69). Er bestaat daarentegen veel minder eensgezindheid over de vraag onder welke omstandigheden de verzwijging als bedrog kan gelden (zie hierover : J. MATTHIJS en G. BAETEMAN, «Overzicht van rechtspraak (1961-1964). Verbintenissen», *T.P.R.*, 1966, 120-123, nrs. 68-69 ; J. DECLERCK-GOLDFRACHT, «Le dol dans la conclusion des conventions. L'article 1116 du Code civil et les correctifs apportés aux conditions de cette disposition», noot bij Cass., 6 mei 1971, *R.C.J.B.*, 1972, 250 e.v., i.h.b. 262-266, nr. 16).

In een arrest van 28 april 1961 heeft het Hof van Cassatie aangenomen dat de verzwijging die gepaard gaat met leugenachtige verklaringen, een listige kunstgreep kan uitmaken in de betekenis van artikel 1116 B.W. (Cass., 28 april 1961, *Pas.*, 1961, I, 925, met noot R.H.). Het Hof heeft de in dat arrest gehuldigde opvatting doorgetrokken in een arrest van 8 juni 1978, maar dan ten aanzien van het *incidenteel bedrog* (Cass., 8 juni 1978, *R.W.*, 1978-79, 1777, *J.T.*, 1978, 544). Van incidenteel bedrog is sprake wanneer de bedrogen medecontractant het contract nog wel zou hebben gesloten maar slechts onder minder gunstige voorwaarden dan het geval geweest zou zijn zonder de bedrieglijke handelwijze (R. KRUTHOF, H. MOONS en C. PAULUS, *op. cit.*, *T.P.R.*, 1975, 473, nr. 35). Het Hof beslist inderdaad dat het stilzwijgen van een partij bij het sluiten van een overeenkomst in bepaalde omstandigheden bedrog kan uitmaken in de zin van artikel 1116 B.W., wanneer het betrekking heeft op een feit waardoor de andere partij, indien zij ervan op de hoogte was geweest, tegen minder bezwarende voorwaarden zou hebben gecontracteerd (vgl. in Nederland : H.R., 30 november 1973, *N.J.*, 1974, 97, met noot G.J. SCHOLTEN ; H.R., 2 mei 1969, *N.J.*, 1969, 344, met noot G.J. SCHOLTEN ; Afdeling Burgerlijk Recht Rijksuniversiteit Leiden, «Overzicht van rechtspraak. Enkele belangrijke arresten van de Hoge Raad der Nederlanden (1970-1976)», *T.P.R.*, 1977, 108-110, nr. 14).

Met dit arrest heeft het Hof duidelijk de opvatting verworpen als zou het eenvoudig stilzwijgen van een contractspartij bij het sluiten van een overeenkomst als bedrog in de zin van artikel 1116 B.W. kunnen worden bestempeld. Er moeten «bepaalde omstandigheden» voorhanden zijn om het stilzwijgen als bedrog te kunnen kwalificeren, maar welke die omstandigheden kunnen zijn, heeft het Hof van Cassatie niet gepreciseerd. In een gedeelte van de rechtsleer wordt de opvatting verdedigd dat loutere verzwijging met bedrog dient te worden gelijkgesteld, wanneer de contractant het stilzwijgen bewaart terwijl hij de verplichting had te spreken, hetzij op grond van een wettelijke bepaling,

hetzij ingevolge de bijzondere aard van het contract dat onderling vertrouwen tussen de partijen veronderstelt (zie de auteurs aangehaald door R.H., noot bij Cass., 28 april 1961, *Pas.*, 1961, I, 925 ; vgl. R. VANDEPUTTE, *op. cit.*, blz. 69). Hoe dan ook, het staat aan de feitenrechter om in ieder concreet geval soeverein te beslissen onder welke omstandigheden het stilzwijgen als bedrog kan worden beschouwd (J. DECLERCK-GOLDFRACHT, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1972, 278-280, nr. 33 ; Cass., 15 februari 1906, *Pas.*, 1906, I, 132 ; Cass., 23 december 1926, *Pas.*, 1927, I, 133 ; Cass., 24 mei 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 1063, *Pas.*, 1974, I, 491).

15. Opdat bedrog als grondslag kan dienen voor de nietigverklaring van een overeenkomst, moeten de kunstgrepen «door een van de partijen gebezigd» worden en niet door een derde (art. 1116 B.W.). Het wordt nochtans aanvaard dat bedrog gepleegd door de vertegenwoordiger van de medecontractant aan laatstgenoemde kan worden toegerekend en dus niet geldt als bedrog uitgaande van een derde (H. DE PAGE, I, nr. 52 ; W. VAN GERVEN, *op. cit.*, blz. 316, nr. 105).

In het geval dat een verzekeringspolis door de verzekeringnemer ondertekend werd ten gevolge van kunstgrepen van de zijde van de verzekeringsagent, waarmee de verzekeraar niet onbekend mocht zijn, werd de zojuist vermelde regel door de vrederechter te Grâce-Hollogne om billijkheidsmotieven opzij geschoven : «Attendu, certes, que les manoeuvres dolosives n'émanent pas de la demanderesse principale elle-même ; qu'il serait cependant profondément inéquitable d'imposer à l'autre partie contractante le respect d'obligations auxquelles elle n'a souscrit qu'à la suite de la tromperie dont elle a été victime à propos de l'étendue de la garantie qui lui était offerte en contrepartie» (Vred. Grâce-Hollogne, 17 mei 1977, *J. Liège*, 1977-78, 271). Uit het vonnis blijkt evenwel niet dat de verzekeringsagent ten deze bij het sluiten van het contract als vertegenwoordiger (*in casu* lasthebber) van de verzekeraar beschouwd kan worden, wat over het algemeen trouwens niet het geval is (R. VANDEPUTTE, *Begin-selen van Belgisch Privaatrecht*, XIV, *Inleiding tot het verzekeringsrecht*, Antwerpen/Amsterdam, 1978, blz. 189-191 ; vgl. Vred. Flobecq, 12 maart 1964, *T. Vred.*, 1964, 218, en de kritiek op dit vonnis van J. MATTHIJS en G. BAETEMAN, *op. cit.*, *T.P.R.*, 1966, 120, nr. 67).

IV. Gebreken in de toestemming — Toelaatbaar en achterhaalbaar bedrog

16. Traditioneel wordt onderscheid gemaakt tussen de *dolus malus* en de *dolus bonus* (toelaatbaar bedrog). Met deze laatste vorm van bedrog bedoelt men de gebruikelijke vormen van overdrijving in de handelsreclame, waarvan het overdreven karakter door een normaal aandachtig mens gemakkelijk kan worden achterhaald. De *dolus bonus* is dus in feite geen bedrog en levert geen grond op voor vernietiging van de overeenkomst of veroordeling tot schadevergoeding (R. DEKKERS, *Handboek Burgerlijk Recht*, 2e uitg., Brussel, 1971, blz. 32, nr. 49 ; R. KRUIHOF, H. MOONS en C. PAULUS, *op. cit.*, *T.P.R.*, 1975, 474-475, nr. 37).

In dit verband rijst de vraag of ten aanzien van de gevolgen van het bedrog onderscheid moet worden gemaakt naar gelang de partij tegenover wie bedrog werd gepleegd, al dan niet nalatig of lichtgelovig was, zodat de aangewende listen

hun doel enkel bereikt hebben wegens de houding of de persoonlijke toestand van deze partij (E. KRINGS, conclusie bij Cass., 23 september 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 111). Kan het bedrog nog aanleiding geven tot vernietiging van de overeenkomst of tot een veroordeling tot betaling van schadevergoeding, wanneer het enkel aan de nalatigheid of de onvoorzichtigheid van de bedrogene te wijten is dat hij het bedrog niet achterhaald heeft op het ogenblik van de contractsluiting ? (R. KRUIHOF, H. MOONS en C. PAULUS, *op. cit.*, *T.P.R.*, 1975, 474, nr. 36).

Sommige auteurs hebben gemeend dat het Hof van Cassatie aan dit vraagstuk een oplossing heeft gegeven in het arrest van 6 mei 1971 (*Arr. Cass.*, 1971, 881, *R.C.J.B.*, 1972, 244 met noot J. DECLERCK-GOLDFRACHT), waarbij de voorziening verworpen werd tegen een arrest van het Hof van Beroep te Luik, dat de vordering tot nietigverklaring wegens bedrog verworpen had op grond van de overweging dat de verkopers het advies hadden ingewonnen van vier deskundigen en dat het aan hun eigen onverschoonbare nalatigheid of onbekwaamheid te wijten is dat zij onwetend waren van de aanwezigheid van een rijke kalklaag in de ondergrond. Op het arrest werd onder meer de kritiek geuit dat het hof aldus de belangen van de bedrogene opgeofferd heeft aan die van de bedrogpleger, omdat de nalatigheid van het slachtoffer gesanctioneerd wordt, maar de opzettelijke fout van de bedrogpleger onbeteugeld blijft (J. DECLERCK-GOLDFRACHT, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1972, 274, e.v. ; R. KRUIHOF, H. MOONS en C. PAULUS, *op. cit.*, *T.P.R.*, 1975, 474, nr. 36).

17. Bij een nadere lectuur van het arrest kan men zich evenwel niet van de indruk ontdoen dat het Hof van Cassatie over het hierboven geschetste probleem van het achterhaalbaar bedrog eigenlijk geen uitspraak heeft gedaan en ook niet heeft kunnen doen, omdat de eisers tot cassatie het als zodanig niet in hun cassatiemiddelen aangevoerd hebben. In burgerlijke zaken kan het Hof van Cassatie slechts oordelen binnen de perken van de aangevoerde middelen, en het feit dat het Hof de voorziening verwerpt, wil nog niet zeggen dat het de bestreden beslissing voor het overige goedkeurt (zie F. DUMON, «De motivering van de vonnissen en arresten en de bewijskracht van de akten», *R.W.*, 1978-79, 257 e.v.).

De vraag naar de invloed van de nalatigheid of de onvoorzichtigheid van het slachtoffer op de vordering tot nietigverklaring of tot betaling van schadevergoeding wegens bedrog, werd daarentegen wel aangeraakt in het arrest van 24 mei 1974 (Cass., 24 mei 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 1063, *Pas.*, 1974, I, 491) en kwam nog veel duidelijker naar voren in het arrest van 23 september 1977 (Cass., 23 september 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 107, met conclusies van de advocaat-generaal KRINGS, *R.W.*, 1977-78, 933, *J.T.*, 1978, 362). Dit laatste arrest is, om meer dan een reden trouwens, een belangrijke uitspraak voor de rechtsfiguur van het bedrog als wilsgebrek.

Op de eerste plaats beslist het Hof dat de dwaling van een partij ten gevolge van het bedrog van de tegenpartij, *althans qua oorsprong en gevolgen*, niet de dwaling is in de zin van artikel 1110 B.W. Door de toevoeging van de woorden «althans qua oorsprong en gevolgen» nuanceert het Hof enigszins zijn uitspraak van 1974 (Cass., 24 mei 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 1063, *Pas.*, 1974, I, 491) waarin gezegd werd dat de door het bedrog van de tegenpartij veroorzaakte dwaling niet de dwaling is bedoeld in artikel 1110 B.W. Aan

de oorsprong van het bedrog ligt inderdaad altijd een onrechtmatige handeling, wat niet het geval is bij dwaling, en het bedrog heeft tot gevolg hetzij de nietigverklaring van de overeenkomst (hoofdbedrog) hetzij een veroordeling tot betaling van schadevergoeding (voor meer details, zie C. RENARD, E. VIEUJEAN en Y. HANNEQUART, *op. cit.*, nr. 848 ; J. DECLERCK-GOLDFRACHT, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1972, 273-275, nrs. 25-27).

Vervolgens bevestigt het Hof de reeds hierboven aangehaalde rechtspraak dat de feitenrechter op soevereine wijze het bestaan vaststelt van het voornemen om te bedriegen en van de kunstgrepen die bedrog opleveren, alsmede van de invloed van deze kunstgrepen op de wil van de persoon wiens toestemming bij het tot stand komen van een overeenkomst was vereist (zie nr. 14).

Ten slotte heeft het Hof zich in ondubbelzinnige bewoordingen uitgesproken over de door bedrog veroorzaakte dwaling en de mogelijke invloed van de nalatigheid of de onvoorzichtigheid van het slachtoffer. Als het bedrog tot de toestemming heeft geleid, aldus het Hof, kan de onvoorzichtigheid of zelfs de grove en onverschoonbare nalatigheid van het slachtoffer van het bedrog niet door de medecontractant worden ingeroepen. Deze onvoorzichtigheid of nalatigheid heeft niet tot gevolg dat het bedrog op zijn beurt verschoond wordt en geen aanleiding zou kunnen geven tot vernietiging van de overeenkomst of tot schadevergoeding (in dezelfde zin : J. DECLERCK-GOLDFRACHT, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1972, 275-276, nr. 29).

18. In zijn conclusie bij dit arrest bespreekt de advocaat-generaal KRINGS de verschillende stellingen die in dit verband ontwikkeld werden. Hij onderstreept het overwegend belang in deze materie van het onderscheid tussen *dolus bonus* en *dolus malus*, in deze zin dat naar een objectief criterium moet worden uitgezien om het bedrog te bepalen (*Arr. Cass.*, 1978, 112). Grondslag voor de door hem voorgestane zienswijze die ook door het Hof van Cassatie gevolgd werd, vormt het adagium «*Fraus omnia corrumpit*», m.a.w. «dat fraude op alle regels uitzondering maakt en dat wanneer bedrog werd gepleegd de dader ervan nooit vrij uit mag komen, dat zijn bedrog, dat een burgerlijk misdrijf uitmaakt, steeds moet worden betoelgd» (*Arr. Cass.*, 1978, 111-112). Juist omdat bedrog niet ongestraft mag blijven, dient ook onderscheid gemaakt te worden tussen de dwaling in de zin van artikel 1110 B.W. en de door bedrog veroorzaakte dwaling (zie boven, nr. 17). Volgens de advocaat-generaal kan er geen sprake zijn van een *culpa in contrahendo* vanwege het slachtoffer van het bedrog, juist omdat er door de tegenpartij listen aangewend werden.

In het licht van de praecontractuele aansprakelijkheid klinkt deze uitspraak van het Hof van Cassatie verrassend en doet ze wel enige vragen oprijzen. Het Hof beoogt met deze uitspraak ongetwijfeld de belangen van de bedrogene te beschermen tegen de bedrogpleger, maar wordt hier geen overdreven bescherming geboden aan degene die door eigen nalatigheid en onvoorzichtigheid het slachtoffer werd van bedrieglijke kunstgrepen ?

Beter ware het, met toepassing van de leer van praecontractuele aansprakelijkheid, de onvoorzichtigheid en de nalatigheid (in *casu* zelfs «de grove en onverschoonbare nalatigheid») van het slachtoffer als een *culpa in contrahendo* te beschouwen, d.w.z. een fout die door een contracterende partij tijdens de praecontractuele fase begaan werd (*anders* : E. KRINGS, conclusies voor Cass., 23

september 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 113). Ook tijdens de praecontractuele periode geldt de algemene zorgvuldigheidsplicht, waarvan de niet-naleving door de artikelen 1382 en 1383 B.W. geregeld wordt. Er is geen aannemelijke reden om, zoals KRINGS doet (*ibidem*), de *culpa in contrahendo* alleen in aanmerking te nemen bij *dolus bonus*, maar niet bij *dolus malus*.

Anderzijds wordt aangenomen dat bedrog niet alleen een wilsgebrek is, maar ook een burgerlijk delict, een onrechtmatige daad (J. DECLERCK-GOLDFRACHT, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1972, 257-258, nr. 11). Zou het dan niet logischer zijn in de hier besproken hypothese te beslissen dat het slachtoffer van het bedrog geen aanspraak kan maken op vernietiging van de overeenkomst of op schadevergoeding, alleszins niet op een totale schadevergoeding ? Ook het slachtoffer heeft, bij onderstelling, tijdens de praecontractuele periode een fout begaan en is bijgevolg gedeeltelijk aansprakelijk, zodat het zelf een deel van de schade moet dragen. Een afweging van de wederzijdse praecontractuele fouten lijkt in een dergelijk geval meer verantwoord te zijn (vgl. H. DE PAGE, *Traité*, I, nr. 50 *in fine* ; R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, I, Parijs, 1923, blz. 571, nr. 362). Aangezien de rechter inzake onrechtmatige daad de meest aangepaste vorm van schadeherstel kan kiezen, kan hij, naargelang het geval, hetzij de overeenkomst in stand houden en alleen schadevergoeding toekennen, hetzij de overeenkomst nietig verklaren en geen of slechts gedeeltelijk schadevergoeding toewijzen.

V. Ongeoorloofde oorzaak

19. De bepalingen betreffende de verbintenis aangegaan uit een ongeoorloofde oorzaak (artt. 1131 en 1133 B.W.) worden door de rechtbanken regelmatig ingeroepen om schenkingen tussen concubinerenden nietig te verklaren. Met het arrest van 23 juni 1977 (*Cass.*, 23 juni 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 1098, *R.W.*, 1977-78, 1996, *J.T.*, 1978, 83) heeft het Hof van Cassatie zijn vroegere rechtspraak op dit stuk bevestigd (zie *Cass.*, 19 januari 1968, *Arr. Cass.*, 1968, 686, met noot W.G. ; *Cass.*, 5 februari 1970, *Arr. Cass.*, 1970, 519, met noot W.G., *R.W.*, 1969-70, 1735, met noot C. CAENEPEEL). Opdat schenkingen tussen een man en een vrouw die geslachtsbetrekkingen onderhouden buiten het huwelijk nietig zijn, is het volgens deze rechtspraak nodig maar voldoende dat één van de doorslaggevende beweegredenen van de schenking geweest is het doen ontstaan, het in stand houden of het vergoeden van de ongeoorloofde betrekkingen. De feitenrechter beoordeelt op soevereine wijze het bewijs van het bestaan van een dergelijke beweegreden (*Cass.*, 23 juni 1977, *gecit.*).

Gebruik makende van deze soevereine appreciatiebevoegdheid besliste de Burgerlijke Rechtbank te Hasselt dat louter affectieve betrekkingen tussen niet in concubinaat levende personen, waaromtrent geen buitenechtelijke seksuele betrekkingen bewezen zijn, op zichzelf niet toelaten te besluiten tot het bestaan van een ongeoorloofde oorzaak (*Rb. Hasselt*, 13 januari 1978, *R.W.*, 1977-78, 2164). Dit vonnis vormt aldus een toepassing van het onderscheidingscriterium dat door het Hof van Cassatie in zijn arrest van 5 februari 1970 vooropgesteld werd betreffende het bestaan van «louter genegenheidsbetrekkingen» (*Cass.*, 5 februari 1970, *Arr. Cass.*, 1970, 519 met noot W.G., *R.W.*, 1969-70, 1735, met noot C. CAENEPEEL ; zie

hierover : R. KRUIHOF, H. MOONS en C. PAULUS, *op. cit.*, *T.P.R.*, 1975, 493, nr. 55 ; P. VAN OMME-SLAGHE, «Examen de jurisprudence (1968 à 1973). Les obligations», *R.C.J.B.*, 1975, 471, nr. 29). In tegenstelling tot dit laatste cassatiearrest ging het in het Hasseltse vonnis om een wederkerige overeenkomst onder bezwarende titel, namelijk de overdracht van een handelszaak.

20. De wettelijke beperking van de pachtprizen is zeker een van de oorzaken van de verspreiding van de *drempelvergoeding (chapeau, pas de porte)* (G. SUETENS-BOURGEOIS, «Pachtrecht (1969-1977)», *R.W.*, 1977-78, 910, nr. 91). Hieronder verstaat men de vergoeding die de intredende pachter dient te betalen, hetzij aan de eigenaar-verpachter om aldus boven andere aspirant-pachters verkozen te worden, hetzij aan de uittreedende pachter, als tegenprestatie voor diens renunciatie aan de pacht of de pacht-overdracht (vgl. V. RENIER, *Le droit de l'agriculture*, Gembloux, 1973, blz. 92, nr. 86 ; Hof Brussel, 12 april 1978, *J.T.*, 1978, 436).

In de mate waarin een dergelijke vergoeding bedongen wordt tussen de eigenaar en de nieuwe pachter, lijkt zij onwettig daar zij een correctie uitmaakt op de door de wet beperkte pachtprijs (H. CLOSON, «Le bail à ferme et le droit de préemption», in *Répertoire notarial*, T. VIII, *Les baux*, livre II, blz. 48-52 ; J. H. HERBOTS en A.M. STUBBE-PAUWELS, «Overzicht van rechtspraak (1969-1974). Bijzondere contracten», *T.P.R.*, 1975, 1058-1059, nr. 216 ; G. SUETENS-BOURGEOIS, *op. cit.*, *R.W.*, 1977-78, 910, nr. 91 ; zie Vred. Tubize, 24 april 1973, *T. Vred.*, 1973, 290, met noot F. HEILIER ; Vred. Doornik, 24 december 1974, *T. Vred.*, 1975, 202).

In de relatie tussen de oude en de nieuwe pachter wordt de geldigheid van de drempelvergoeding betwist. Voor de Burgerlijke Rechtbank te Dinant is het om het even of de drempelvergoeding nu betaald wordt aan de eigenaar of aan de uittreedende pachter, want in beide gevallen is het ontrokken resultaat, te weten de maximum pachtprijs, hetzelfde : «que la (= la somme payée comme droit de chapeau) rendre licite pour le fermier cédant serait lui permettre à sa sortie ce que, à son entrée, il peut contester au propriétaire, en dernière analyse au détriment de ce dernier qui voit s'installer dans son bien un locataire chargé, au profit d'un tiers, d'une dette contractée à propos d'un droit qu'il détient» (Rb. Dinant, 15 december 1977, *J. Liège*, 1977-78, 164, *R.J.I.*, 1978, 185). Andere rechtscollages hebben de betaling van een drempelvergoeding aan de uittreedende pachter geldig verklaard, op grond van de beschouwing enerzijds dat het pachtcontract een economische waarde vertegenwoordigt in het vermogen van de pachter en anderzijds dat in de relatie tussen de intredende en de uittreedende pachter er geen sprake is van betaling van een verdorpen pachtprijs (Hof Bergen, 8 maart 1976, *J.T.*, 1976, 352 ; Hof Brussel, 12 april 1977, *J.T.*, 1978, 436 ; Rb. Nijvel, 16 mei 1977, *Rev. rég. dr.*, 1978, 485, met noot H. CLOSON, die deze laatste rechtspraak goedkeurt). Opgemerkt zij dat de zojuist vermelde beslissingen gewezen werden inzake onteigeningsvergoedingen, waarbij door de onteigende pachters vergoeding gevorderd werd voor het feit dat zij, om gelijkaardige percelen in huur te nemen aan de uittreedende pachter een drempelvergoeding zullen moeten betalen.

21. Het vereiste van gelijkwaardigheid der wederzijds bedongen prestaties in een overeenkomst ligt in ons huidige positief recht niet besloten in het oorzaakvereiste van artikel 1131 B.W. (H. DE PAGE, II, nr. 473, C ; R. VANDEPUTTE, *op. cit.*, blz. 90 ; W. VAN GERVEN, *op. cit.*, blz. 340, nr. 111 ; P. VAN OMME-SLAGHE, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1975, 461-462, nr. 24 ; Cass., 5 oktober 1967, *Arr. Cass.*, 1968, 172 ; Cass., 29 september 1972, *Arr. Cass.*, 1973, 121). Door bepaalde auteurs werd een poging ondernomen om dit vereiste toch in ons recht te introduceren via de leer van de ongeoorloofde oorzaak, indien althans zekere begeleidende omstandigheden voorhanden zijn (A. DE BERSAQUES, «Le juge peut-il réduire le salaire stipulé par le locateur d'industrie ?», *R.C.J.B.*, 1954, 186 ; *Id.*, «La notion des bonnes moeurs et la sanction des actes y contrevenant», *R.C.J.B.*, 1958, 183 ; W. VAN GERVEN, *op. cit.*, blz. 349-353, nr. 114). Betoogd werd dat overeenkomsten die gekenmerkt zijn door een aanzienlijke wanverhouding tussen de wederzijds bedongen prestaties wegens een ongeoorloofde oorzaak nietig dienen te worden verklaard, indien een dergelijke wanverhouding haar oorsprong vindt in het misbruik dat een van de partijen heeft gemaakt van de zwakheid, de nood, de onwetendheid of de onervarenheid van de tegenpartij. Het is de rechtsfiguur van de *gekwalficeerde benadeling*, gegrondvest op de leer van de ongeoorloofde oorzaak (zie vorige kroniek, *R.W.*, 1977-78, 2294-2296, nrs. 12-13). Het is bekend dat als grondslag van de gekwalficeerde benadeling thans eerder de quasi-delictuele aansprakelijkheid (art. 1382 B.W.) in aanmerking genomen wordt (zie A. DE BERSAQUES, «La lésion qualifiée et sa sanction», *R.C.J.B.*, 1977, 10).

In het licht van het voorgaande moet het belang gesitueerd worden van het cassatiearrest van 25 november 1977 (Cass., 25 november 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 343, *R.W.*, 1978-79, 169, maar in dit laatste tijdschrift vermeld op datum van 25 april 1977). Hierin poneert het Hof als regel dat het louter bestaan van een wanverhouding tussen de prestaties van de in een overeenkomst betrokken partijen, *in se* niet impliceert dat de oorzaak van die overeenkomst bij een of beide partijen ongeoorloofd is. Het Hof van Cassatie lijkt hier de mogelijkheid nog open te laten voor de rechter om een overeenkomst wegens ongeoorloofde oorzaak nietig te verklaren, indien de aanzienlijke wanverhouding tussen de wederzijds bedongen prestaties haar oorsprong vindt in het misbruik dat een van de contractspartijen gemaakt heeft van de minder gunstige positie, de benarde toestand, de zwakheid, de nood, de onervarenheid of de onwetendheid van de tegenpartij. Dit zou in elk geval in de lijn liggen van het cassatiearrest van 21 september 1961 (Cass., 21 september 1961, *Pas.*, 1962, I, 92) waarin het Hof impliciet de theorie van de gekwalficeerde benadeling aanvaard heeft en als juridische grondslag voor deze leer de ongeoorloofde oorzaak genomen heeft (zie J. MATTHIJS en G. BAETEMAN, *op. cit.*, *T.P.R.*, 1966, 134-136, nrs. 84-86 ; W. VAN GERVEN, *op. cit.*, blz. 349-353, nr. 114).

VI. Inspannings- en resultaatsverbintenissen

22. Het onderscheid tussen inspannings- en resultaatsverbintenis heeft belangrijke implicaties op het vlak van de bewijslast, met name de inhoud van het door de schuldeiser te leveren bewijs (zie R. KRUIHOF, H. MOONS en C. PAULUS, *op. cit.*, *T.P.R.*, 1975, 513, nr. 75) maar eigenlijk

reikt dit onderscheid verder dan de kwestie van de bewijslast. Het voorwerp zelf van de verbintenis, de inhoud en de draagwijdte van de aangegane prestaties wordt er wezenlijk door beïnvloed, wat van groot belang is voor de uitstippling van de contractuele aansprakelijkheid (M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, 1962, nrs. 416 e.v., vooral nr. 450 ; P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1975, 516, nr. 54).

Betreffende de aansprakelijkheid van de brandstofleverancier werd door de Rechtbank van Koophandel te Brussel een onderscheid gemaakt naargelang de wijze van bestelling door de klant (Kh. Brussel, 22 december 1976, *R.G.A.R.*, 1978, nr. 9832). De levering van stookolie kan namelijk gebeuren, hetzij automatisch, op regelmatige tijdstippen, in principe aan het oordeel van de leverancier overgelaten, naargelang de behoeften van de klant ; hetzij op bestelling van de klant en zonder bepaling van hoeveelheid ; hetzij op bestelling van een bepaalde hoeveelheid door de klant. In de eerste twee gevallen is de leverancier aansprakelijk voor de gevolgen van een overdadige levering, aangezien de appreciatie van de te leveren hoeveelheid aan hem overgelaten werd, terwijl in de laatste hypothese de klant aansprakelijk is voor de gevolgen van een overdreven bestelling, tenzij hij in hoofde van de leverancier een fout bewijst (Kh. Brussel, 22 december 1976, *gecit.* ; in dezelfde zin : Kh. Verviers, 9 mei 1977, *J. Liège*, 1977-78, 159). De brandstofleverancier gaat hier dus een inspanningsverbintenis aan. Andere vonnissen hebben in de hypothese dat de klant een bepaalde hoeveelheid brandstof bestelde, de aansprakelijkheid verdeeld tussen de leverancier en de klant (zie vorige kroniek, *R.W.*, 1977-78, 2301, nr. 25).

De overeenkomst waarbij eigenaars aan een woningbureau de opdracht geven om voor de verkoop van goederen die hun toebehoren te zorgen, is een aannemingsovereenkomst. Het bureau verbindt zich niet tot een bepaald resultaat (de effectieve verkoop), maar wel om alle nodige inspanningen te verrichten om de appartementen verkocht te krijgen (Hof Antwerpen, 8 februari 1977, *T. Aann.*, 1978, 195, met noot A. PELEGRIN).

23. De garagehouder heeft een *resultaatsverbintenis* met betrekking tot de teruggave van de hem toevertrouwde wagen. Wanneer hij er zich toe verbonden heeft het voertuig te wassen, is hij aansprakelijk voor elk ongeval dat zich tijdens deze verrichting voordoet, behoudens wanneer hij een vreemde oorzaak kan aantonen (Rb. Luik, 26 september 1977, *J. Liège*, 1977-78, 123 ; zie R. KRUIJTHOF, H. MOONS en C. PAULUS, *op. cit.*, *T.P.R.*, 1975, 515, nr. 75 ; P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1975, 518, nr. 54).

De bewaringsverplichting van de restauranthouder met betrekking tot de kleren die de gasten hem toevertrouwen, kan niet gegrond worden op de bewaargeving uit noodzaak (art. 1949 B.W.), noch op de hotelbewaargeving (art. 1952 e.v. B.W.). Deze bewaringsverplichting vloeit evenmin voort uit een contract van vrijwillige bewaargeving, maar met toepassing van artikel 1135 B.W. moet geoordeeld worden dat zij haar oorzaak vindt in het overeengekomen eetmaal, waarvan zij als een onontbeerlijk accessorium voorkomt. De verplichting om de kleren bij het vertrek van de gasten terug te geven wordt als een resultaatsverbintenis gekwalificeerd (Rb. Brussel, 14 juni 1977, *R.G.A.R.*, 1978, nr. 9932).

VII. Contractuele aansprakelijkheid

24. In een arrest van 24 juni 1977 herinnert het Hof van Cassatie aan de regel dat luidens artikel 1151 B.W., bij foutieve niet-nakoming van een contractuele verbintenis, de aan de schuldenaar verschuldigde schadevergoeding alleen moet omvatten hetgeen een onmiddellijk en rechtstreeks gevolg is, dit is een noodzakelijk gevolg, van het niet-uitvoeren van de overeenkomst (Cass., 24 juni 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 1101 ; zie ook Cass., 3 mei 1957, *Pas.*, 1957, I, 1050). De schade is een onmiddellijk en rechtstreeks gevolg van de contractuele tekortkoming, indien zij noodzakelijk uit de wanprestatie voortvloeit, zodat zonder deze wanprestatie de schade zich niet zou hebben voorgedaan (R. DEKKERS, *op. cit.*, blz. 199, nr. 350 ; R. VANDEPUTTE, *op. cit.*, blz. 245).

25. Een maatschappij voor elektriciteitsdistributie had gedurende bijna drie jaar een vergissing begaan bij het opmaken van het rekeninguittreksel voor de verbruikte hoeveelheid elektriciteit door een grootwarenhuis. Toen de vergissing ontdekt werd, vroeg zij betaling van een supplement voor het elektriciteitsverbruik dat niet in de rekeningen was opgenomen. Door de Rechtbank van Koophandel te Brussel werd de betaling geweigerd wegens het onverschoonbaar karakter van deze dwaling, welke notie eveneens toepasselijk geacht werd in het kader van de uitvoering van de overeenkomst (Kh. Brussel, 19 februari 1975, *J.T.*, 1975, 552, met noot J.P. COPPÉE ; zie hierover : A. VAN OEVELEN, «Kroniek van het verbintenissenrecht (Gerechtelijk jaar 1975-1976)», *R.W.*, 1976-77, 2389, nr. 8 ; P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1975, 514-516, nr. 53).

In een stevig gemotiveerd arrest heeft het Hof van Beroep te Brussel terecht dit vonnis vernietigd (Hof Brussel, 6 juni 1977, *J.T.*, 1977, 608). De uitbreiding van de notie *onverschoonbare dwaling* tot het domein van de *uitvoering van de overeenkomst* wordt door het hof van de hand gewezen. Er moet integendeel onderscheid gemaakt worden tussen enerzijds het recht van de maatschappij om van haar abonnee de betaling te eisen van de geleverde elektriciteit, zulks in overeenstemming met het contract, en anderzijds het recht van de abonnee om te weigeren de nadelige gevolgen te ondergaan van de fouten die door de maatschappij begaan werden in de berekening van de geleverde hoeveelheid. Het feit dat de schuldeiser betaling van zijn schuldvordering opeist na het verstrijken van de contractueel overeengekomen of gebruikelijke termijn, maakt op zichzelf geen contractuele fout uit, maar het toesturen van onjuiste rekeningen van het elektriciteitsverbruik is naar het oordeel van het hof een tekortkoming aan de contractuele verbintenissen, waardoor de contractuele aansprakelijkheid van de distributiemaatschappij in het gedrang komt. Het onverschoonbaar karakter van de dwaling van een contractspartij in de uitvoering van de overeenkomst is een constitutief element van de fout begaan in de uitvoering van het contract en beïnvloedt bijgevolg de omvang van de contractuele aansprakelijkheid (zie in dezelfde zin : P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1975, 515-516, nr. 53 *in fine*). Maar aangezien de abonnee (het grootwarenhuis) geen schadevergoeding vraagt — welke schade zou zij trouwens kunnen bewijzen ? — blijft de contractuele fout van de distributiemaatschappij zonder gevolg.

gen voor de oplossing van het geschil en dient het grootwarenhuis tot betaling veroordeeld te worden.

VIII Vreemde oorzaak

26. De schuldenaar is niet aansprakelijk voor de niet-uitvoering of de slechte uitvoering van zijn verbintenis, indien deze te wijten is aan een *vreemde oorzaak*, d.w.z. iedere onvoorzienbare gebeurtenis, die buiten de wil van de schuldenaar om, de uitvoering van de overeenkomst volstrekt onmogelijk maakt en waaraan hij geen schuld heeft (artt. 1147-1148 B.W.). Tijdens de besproken periode heeft het Hof van Cassatie in twee arresten de gelegenheid gehad om de voorwaarden in herinnering te brengen die vervuld moeten zijn wil men de vreemde oorzaak kunnen invoeren.

Inzake uitvoering van overeenkomsten onderstelt overmacht een gebeurtenis die een onoverkomelijk beletsel uitmaakt tot de nakoming van de verbintenissen en die, wat haar totstandkoming betreft, aan geen fout van de schuldenaar te wijten is (Cass., 9 december 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 404, *R.W.*, 1977-78, 695). Volstreekte onmogelijkheid tot uitvoering van de verbintenis evenals het vereiste dat deze onmogelijkheid niet mag te wijten zijn aan de fout van de schuldenaar, zijn in de klassieke leer inderdaad twee toepassingsvoorwaarden voor de vreemde oorzaak (H. DE PAGE, II, nr. 599 ; R. DEKKERS, *op. cit.*, II, blz. 70-71, nr. 121 ; R. VANDEPUTTE, *op. cit.*, blz. 183-187 ; R. KRUTHOF, H. MOONS en C. PAULUS, *op. cit.*, *T.P.R.*, 1975, 522-524, nrs. 82-84, P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1975, 519-524, nrs. 55-56 ; Cass., 23 februari 1967, *Arr. Cass.*, 1967, 797 ; *Pas.*, 1967, I, 782). Maar in een belangrijk gedeelte van de rechtsleer wordt er onmiddellijk aan toegevoegd dat de beoordeling van de onmogelijkheid om de overeenkomst uit te voeren in redelijkheid en met de nodige soepelheid dient te gebeuren (H. DE PAGE, II, nr. 602 ; R. DEKKERS, *op. cit.*, II, blz. 70, nr. 121 ; R. VANDEPUTTE, *op. cit.*, blz. 184 ; R. KRUTHOF, H. MOONS en C. PAULUS, *op. cit.*, *T.P.R.*, 1975, 522-523, nr. 83 ; P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1975, 521, nr. 55).

Op het vereiste van volstreekte onmogelijkheid om de overeenkomst uit te voeren werd eveneens de nadruk gelegd in een vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Charleroi, waarin terecht beslist werd dat wanneer een onderaannemer ziek geworden was na afloop van de contractuele voltooiingsdatum voor de werken, hieruit noodzakelijkerwijze volgt dat hij vóór het intreden van zijn ziekte zijn contractuele verplichtingen niet was nagekomen (Kh. Charleroi, 16 september 1976, *T. Aann.*, 1978, 162). In *casu* ging het helemaal niet om een volstreekte onmogelijkheid voor de onderaannemer om zijn verbintenis na te komen, die te wijten zou zijn aan een vreemde oorzaak, maar wel om een betrekkelijke onmogelijkheid die verband hield met het feit dat de onderaannemer zijn krachten overschat had.

In het hierboven besproken cassatiearrest besliste het Hof, in overeenstemming met zijn vroegere rechtspraak, dat de feitenrechter soeverein over het bestaan van overmacht oordeelt (Cass., 9 december 1976, *gecit.*, zie ook Cass., 23 februari 1967, *gecit.*).

27. Het al of niet voorhanden zijn van een vreemde oorzaak moet beoordeeld worden op het ogenblik dat de gebeurtenis die als dusdanig wordt ingeroepen, zich voordoet. Er moet geen rekening gehouden worden met om-

standigheden na deze gebeurtenis, aangezien zij geen invloed hebben op het bestaan van de vreemde oorzaak en op de rechtsgevolgen die ze heeft doen ontstaan (Cass., 10 november 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 288, *R.W.*, 1977-78, 197). Het bestreden arrest (Arbh. Brussel, 19 september 1975) had *in casu* vastgesteld dat de werkplaatsen en het exploitatiemateriaal van verweerster in cassatie door brand helemaal vernield werden en dat het totaal onmogelijk was de arbeidsovereenkomst verder uit te voeren. Het Hof verwierpt de vordering van eiser tot cassatie, werkloos gestelde bediende, die de wettelijke vergoeding wegens onregelmatige beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst eist, aanvoerend dat de belemmering om de arbeidsovereenkomst uit te voeren feitelijk slechts van tijdelijke aard was geweest, aangezien de werkgever enkele maanden later van zijn verzekeringsmaatschappij vergoedingen had ontvangen waarmee hij het bedrijf had kunnen wederoprichten, wat hij evenwel niet gedaan heeft. Het Hof van Cassatie verwierpt de voorziening om reden dat het arbeidshof uit bovenvermelde vaststellingen wettelijk heeft kunnen afleiden dat het ongeval (de brand) een einde heeft gemaakt aan de arbeidsovereenkomst voor bedienden en dat er geen rekening diende te worden gehouden met de nadien betaalde verzekeringsvergoeding, daar deze uitkering zonder invloed is op het bestaan van de vreemde oorzaak en op de rechtsgevolgen die ze heeft doen ontstaan in verband met de tussen partijen bestaande overeenkomst (Cass., 10 november 1976, *gecit.*).

Het moet inderdaad onderstreept worden dat de door de wet aan de vreemde oorzaak verbonden rechtsgevolgen plaatshebben vanaf het moment dat de aldus gekwalificeerde gebeurtenis zich voordoet. Als aan de vereisten van de vreemde oorzaak voldaan is, hebben latere gebeurtenissen geen invloed meer op het bestaan en de gevolgen van de vreemde oorzaak (noot bij Cass., 10 november 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 288).

IX. Ontbinding wegens wanprestatie

28. In een interessante studie van M. VAN RUYMBEKE («Et si la résolution n'était plus judiciaire...», *R.G.A.R.*, 1978, nrs. 9850 en 9876) wordt een kritisch onderzoek gewijd aan de toepassingsvoorwaarden en de werking van de *ontbinding van de overeenkomst wegens wanprestatie* (art. 1184 B.W.). Niet alleen het Belgisch recht wordt onderzocht, maar er wordt ook uitvoerig aandacht besteed aan het buitenlands recht (Frankrijk, West-Duitsland, Zwitserland, Nederland, Groot-Brittannië) en het recht in wording, in het bijzonder het Ontwerp van nieuw Nederlands B.W. en het Benelux-ontwerp betreffende de niet-nakoming van verbintenissen.

Uit rechtsvergelijkend oogpunt kunnen *grosso modo* twee tendensen onderscheiden worden : enerzijds het Franse systeem en de daarvan afgeleide systemen, die een gerechtelijke ontbinding vooropstellen en aan de rechter een soevereine appreciatie-macht toekennen en anderzijds het Duitse systeem en de daarvan afgeleide systemen, die een ontbinding door eenvoudige eenzijdige verklaring toelaten, onder voorbehoud van een rechterlijke controle *a posteriori*. Tussen deze beide systemen kan men een zekere toenadering vaststellen : in de landen waar een preventieve rechterlijke controle vereist wordt (Frankrijk, België) laat sommige rechtspraak in vrij uitzonderlijke ge-

vallen toe, wanneer er namelijk urgentie bestaat, dat een contractspartij eenzijdig de overeenkomst verbreekt (zie bv. wat België betreft : Hof Gent, 15 december 1971, *R.W.*, 1971-72, 913, *B.R.H.*, 1971, 683, *T. Aann.*, 1973, 22, met noot Th. DELAHAYE ; Kh. Brussel, 7 april 1977, *B.R.H.*, 1978, 635 ; zie ook P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1975, 603-611, nrs. 65-65bis), terwijl in de landen waar de ontbinding door een eenvoudige eenzijdige verklaring plaatsheeft, de rechters nauwkeuriger de toepassingsvoorwaarden van de ontbinding zullen onderzoeken door een houding die in strijd is met de goede trouw, te sanctioneren (M. VAN RUYMBEKE, *op. cit.*, *R.G.A.R.*, 1978, nr. 9876/9*verso*). In het kader van een harmonisatie van het verbintenissenrecht in Benelux-verband of in de schoot van de Europese Gemeenschappen pleit de auteur onder meer voor het naast elkaar bestaan van de gerechtelijke en de niet-gerechtelijke ontbinding, omdat beide systemen hun eigen voordelen vertonen, afhankelijk van de omstandigheden waarin de contractuele tekortkoming zich voordoet (M. VAN RUYMBEKE, *op. cit.*, *R.G.A.R.*, 1978, nr. 9876/9-10 ; zie ook P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1975, 603-611, nrs. 65-65bis ; R. VANDEPUTTE, *op. cit.*, blz. 270-271).

29. Sedert geruime tijd lopen in de Belgische rechtspraak en rechtsleer de meningen uiteen over de vraag of de ontbinding wegens wanprestatie (art. 1184 B.W.) al dan niet toepasselijk is op de *dading*. De tegenstanders laten gelden dat de *dading* tot voorwerp heeft een bestaand geschil te beëindigen of een toekomstig geschil te voorkomen, zodat de toepassing van artikel 1184 B.W. juist de herleving van de betwisting waaraan de partijen een einde wilden maken, ten gevolge zal hebben, hetgeen zich tegen de aard zelf van de *dading* verzet (H. DE PAGE, V, nr. 526 ; Hof Brussel, 19 oktober 1967, *Pas.*, 1968, II, 75 ; Rb. Brussel, 12 februari 1962, *Ann. not.*, 1964, 258). Wanneer een van de partijen weigert een van de bedingen in de *dading* verrat, uit te voeren, zou de andere partij alleen nog het recht hebben op gedwongen uitvoering, in beginsel *in natura*, of, bij gebreke daarvan, in de vorm van plaatsvervangende schadevergoeding.

De voorstanders van de toepasselijkheid van artikel 1184 B.W. betogen integendeel dat de *dading* door geen enkele wetsbepaling aan het gemene recht onttrokken wordt (G. GHEYSEN, *Dading*, A.P.R., Brussel, 1966, nrs. 332-333 en 338-341 ; J. DE GAVRE, *Le contrat de transaction*, Brussel, 1967, nr. 3 ; Kh. Brussel, 31 december 1966, *B.R.H.*, 1969, 169). Hieraan wordt nog toegevoegd dat artikel 2047 B.W. toelaat in de *dading* een strafbeding in te lassen tegen hem die in gebreke blijft de *dading* uit te voeren. Nu het strafbeding een geanticiperde vaststelling is van de schade die een van de partijen ondergaat als de andere partij haar verbintenis niet uitvoert, moet aangenomen worden dat ook artikel 1184 B.W. op de *dading* toepasselijk is, aangezien er geen wezenlijk verschil bestaat tussen het strafbeding en de schadevergoeding die ingevolge artikel 1184 B.W. bij de ontbinding kan worden toegekend (G. GHEYSEN, *op. cit.*, nr. 332). Opgemerkt zij dat er geen enkel bezwaar bestaat om in de *dading* een uitdrukkelijk ontbindend beding op te nemen (H. DE PAGE, V, nr. 526 ; G. GHEYSEN, *op. cit.*, nr. 327 ; J. HERBOTS en P. HERTEN, «Overzicht van rechtspraak (1961-1969). Bijzondere overeenkomsten», *T.P.R.*, 1973, 897, nr. 27 ; R. KRUIHOF, H.

MOONS en C. PAULUS, *op. cit.*, *T.P.R.*, 1975, 531, nr. 94 ; Hof Brussel, 19 oktober 1967, *Pas.*, 1968, II, 75).

Aan deze controverse in rechtspraak en rechtsleer werd door het Hof van Cassatie thans een einde gemaakt (Cass., 6 april 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 844, *R.W.*, 1977-78, 1131). Het Hof heeft zich in ondubbelzinnige bewoordingen voorstander verklaard van de toepasselijkheid van artikel 1184 B.W. op de *dading*. Overwogen wordt dat luidens artikel 1184 B.W. in wederkerige contracten de ontbindende voorwaarde altijd stilzwijgend begrepen is, voor het geval dat een van de partijen haar verbintenis niet nakomt. De *dading* nu is een wederkerig contract en de artikelen 2044 tot 2058 B.W. die over de *dading* handelen, bevatten geen enkele uitzondering op voormelde regel van 1184 B.W. Wanneer een van de partijen haar verbintenis niet nakomt, dan mag de andere partij bijgevolg de ontbinding van de *dading* eisen en de oorspronkelijke betwisting aan de rechter voorleggen (Cass., 6 april 1977, *gecit.*). Deze duidelijke motieven laten geen twijfel meer open over de toepasselijkheid van artikel 1184 B.W. op de *dading*.

30. De ontbinding van een contract op grond van artikel 1184 B.W. geschiedt principieel met terugwerkende kracht (*ex tunc*). Van deze regel werd een interessante toepassing gemaakt in twee recente uitspraken, waarbij de contractspartij ten aanzien van wie de toepassing van artikel 1184 B.W. gevorderd werd, failliet verklaard werd nadat de vordering tot ontbinding was ingeleid. Hierbij rees dan de vraag wat het gevolg was van het faillissement op de vordering tot ontbinding, nu in artikel 546 Faillissementswet bepaald wordt dat het recht van ontbinding niet geldt in geval van faillissement. Uitgaande van het principe dat de gerechtelijke ontbinding van een contract *ex tunc* werkt, werd in beide gevallen terecht beslist dat, nu de vordering tot ontbinding werd ingeleid vóór het vonnis van faillietverklaring, de eiser het recht heeft de ontbinding te horen uitspreken en zijn vordering kan worden tegengeworpen aan de failliete boedel. Artikel 546 Faillissementswet betreft immers slechts de vorderingen die ingeleid worden na het faillissement (Hof Brussel, 2 februari 1977, *J.T.*, 1978, 267, *B.R.H.*, 1978, 111 ; Hof Luik, 22 maart 1978, *J. Liège*, 1977-78, 249).

X. Gevolgen van de overeenkomst ten aanzien van derden — Algemeen

31. Bij de behandeling van de gevolgen van de overeenkomst ten aanzien van derden (art. 1165 B.W.) wordt traditioneel onderscheid gemaakt tussen het *louter bestaan* en de *interne gevolgen* van de overeenkomst. De interne gevolgen van het contract, d.w.z. de rechten en de verplichtingen die eruit voortspuiten, gelden enkel tussen partijen en kunnen niet aan derden tegengeworpen worden. Maar het bestaan van het contract als juridisch feit dringt zich wel aan derden op, die er in hun betrekkingen met de contracterende partijen rekening mee moeten houden, met alle daaraan voor hen verbonden gunstige en ongunstige gevolgen (H. DE PAGE, I, nrs. 117-123 ; R. DEKKERS, *op. cit.*, blz. 89-90, nrs. 157-158 ; R. VANDEPUTTE, *op. cit.*, blz. 327-328 ; W. VAN GERVEN, *op. cit.*, blz. 374 e.v., nr. 120 ; R. KRUIHOF, H. MOONS en C. PAULUS, *op. cit.*, *T.P.R.*, 1975, 533, nr. 97, en de aldaar geciteerde rechtspraak ; *adde* : Cass., 29 mei 1974, *Arr. Cass.*, 1974, *R.G.E.N.*, 1976, 5 ; Cass., 19 juni 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 1114).

Deze principes werden door het Hof van Cassatie bevestigd in een recent arrest, hoewel de door het Hof gebruikte bewoordingen enigszins verschillen van die van vroegere arresten (Cass., 22 april 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 869, R.W., 1978-79, 655). Beslist werd namelijk dat de regel van artikel 1165 B.W. niet belet dat een derde zich niet alleen op het bestaan van een contract, maar ook op de gevolgen ervan tussen de contracterende partijen mag beroepen, hetzij om de gegrondheid te staven van de vordering die hij tegen een van die partijen instelt, hetzij als verweermiddel tegen de vordering die een van die partijen tegen hem instelt. Ten deze had een in vrijwaring geroepen aannemer voor de rechter ten gronde als verweermiddel aangevoerd dat de clause van vrijtekening van aansprakelijkheid, ingelast in de akte van verkoping, tussen de daarbij betrokken partijen wel toepasselijk was. Tegen het cassatiemiddel van de aannemer werd door de verkopers de niet-ontvankelijkheid wegens gebrek aan rechtmatig belang opgeworpen op grond dat hij als derde, ingevolge artikel 1165 B.W., de interne gevolgen van de tussen partijen gesloten overeenkomst niet mocht invoeren. Deze grond van niet-ontvankelijkheid werd door het Hof van Cassatie om bovenvermelde redenen verworpen.

De door het Hof gebruikte bewoordingen maken niet mogelijk te zeggen dat het Hof van zijn vroegere rechtspraak afgeweken is. Wellicht heeft het arrest alleen deze draagwijdte, dat een nadere verklaring gegeven werd van het begrip «bestaan van de overeenkomst». Wanneer gezegd wordt dat een derde zich op het bestaan van een overeenkomst mag beroepen om een rechtsvordering tegen een van de partijen daarbij te rechtvaardigen betekent dit — in de bewoordingen van het Hof van Cassatie — dat een derde zich niet alleen op het bestaan van een contract, maar ook op de gevolgen ervan tussen de contracterende partijen mag beroepen om de gegrondheid te staven van de vordering die hij tegen een van die partijen instelt. Met meer precieze bewoordingen wordt eigenlijk juist dezelfde gedachte tot uitdrukking gebracht die reeds in de vroegere rechtspraak terug te vinden was (vgl. Cass., 10 december 1971, *Arr. Cass.*, 1972, 360 ; Cass., 29 mei 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 1072).

XI. Gevolgen van de overeenkomst ten aanzien van derden — De rechtstreekse vordering

32. Samen met het beding ten behoeve van een derde vormt de *rechtstreekse vordering* een belangrijke uitzondering op het beginsel van de relativiteit van de overeenkomsten. Anders evenwel dan het beding ten behoeve van een derde is de rechtstreekse vordering nergens systematisch geregeld in het Burgerlijk Wetboek. Van een rechtstreekse vordering is sprake wanneer iemand krachtens de wet, of soms krachtens de rechtspraak, een recht haalt uit een contract waarbij hij geen partij is (R. VANDEPUTTE, *op. cit.*, blz. 367 ; Ph. NONET, «Action directe et inopposabilité des exceptions», *Ann.Fac.Dr.Liège*, 1963, 61-114).

Krachtens artikel 1994, 2e lid, B.W. kan de persoon die door de lasthebber in zijn plaats is gesteld (de onderlasthebber), door de lastgever rechtstreeks worden aangesproken. In een dergelijk geval oefent de lastgever volgens het Hof van Cassatie geenszins de vordering uit van zijn schuldenaar, de oorspronkelijke lasthebber, doch een persoonlijke en rechtstreekse vordering (Cass., 16 december 1977, R.W., 1977-78, 2514). Hieruit werd door het Hof afgeleid

dat de excepties die de in de plaats gestelde lasthebber tegen de oorspronkelijke lasthebber kan aanvoeren, door eerstgenoemde niet tegen de lastgever kunnen worden aangevoerd. Met deze uitspraak bekrachtigt het Hof van Cassatie de zienswijze van een belangrijk gedeelte van de rechtsleer die in artikel 1994, 2e lid, B.W. een toepassing ziet van de rechtstreekse vordering (H. DE PAGE, II, nr. 717 ; R. VANDEPUTTE, *op. cit.*, blz. 369 ; C. PAULUS en R. BOES, *Lastgeving*, A.P.R., Gent-Leuven, 1978, blz. 98, nr. 155 ; Ph. NONET, *op. cit.*, *Ann.Fac.Dr.Liège*, 1963, 73-74). Dit blijkt niet alleen uit het feit dat de lastgever in een dergelijk geval niet de vordering van zijn schuldenaar, de oorspronkelijke lasthebber, uitoefent — hierin ligt het verschil met de zijdelingse vordering (zie art. 1166 B.W.) — maar ook uit het feit dat hij de excepties vermijdt die de in de plaats gestelde lasthebber tegen de oorspronkelijke lasthebber zou kunnen opwerpen.

XII. Moratoire en gerechtelijke interesten

33. De bepaling van artikel 1153 B.W. dat inzake verbintenissen die alleen betrekking hebben op het betalen van een geldsom, de schadevergoeding wegens vertraging in de uitvoering nooit in iets anders dan in de wettelijke interest bestaat, is uitsluitend van toepassing op verbintenissen waarvan het *oorspronkelijk voorwerp* in de *betaling van een som geld* bestaat (H. DE PAGE, III, nr. 139 ; R. DEKKERS, *op. cit.*, II, blz. 204, nr. 360). Artikel 1153 B.W. vindt bijgevolg geen toepassing wanneer bij niet-nakoming van een verbintenis deze zich oplost in compenserende schadevergoeding, omdat rechtstreekse uitvoering niet of niet meer mogelijk is (Hof Brussel, 20 oktober 1977, *J.T.*, 1978, 31 ; Hof Brussel, 20 oktober 1977, *R.G.A.R.*, 1978, nr. 9941 ; Hof Brussel, 30 mei 1978, *J.T.*, 1978, 633).

Beslist werd dat de organismen belast met de uitkering van sociale zekerheidsprestaties, wegens vertraging in de uitbetaling eveneens kunnen worden veroordeeld tot betaling van *moratoire interesten*. De betaling van sociale zekerheidsprestaties vindt immers haar oorzaak in een burgerlijke verbintenis (vgl. art. 92 Grondwet), minstens moet aangenomen worden dat deze betaling onder het toepassingsgebied van artikel 1153 B.W. valt (Arbh. Brussel, 13 januari 1978, *J.T.*, 1978, 350).

De *gerechtelijke interesten* zijn de interesten die door de rechter worden toegekend, meestal vanaf de dagvaarding, en die de schade vergoeden die de schuldeiser ondergaat, omdat na de dagvaarding nog een zekere tijd voorbijgaat vooraleer het vonnis gevelde wordt en de schuldeiser uiteindelijk betaald wordt (H. DE PAGE, III, nr. 100 ; R. VANDEPUTTE, *op. cit.*, blz. 254 en 257). Door het Hof van Beroep te Brussel werden over het bedrag van de compenserende schadevergoeding gerechtelijke interesten toegekend vanaf de datum van de uitspraak (Hof Brussel, 30 mei 1978, *J.T.*, 1978, 633). De rechter kan inderdaad op soevereine wijze beslissen dat door de toekenning van compenserende schadevergoeding de schuldeiser integrale vergoeding krijgt voor de schade die hij tot op de datum van het vonnis geleden heeft, en slechts interesten toestaan voor de periode nadien (vgl. R. VANDEPUTTE, *op. cit.*, blz. 258).

34. Het *anatocisme*, d.i. de inlijving van vervallen interest in het kapitaal, zodanig dat die interest op zijn beurt kapitaal wordt en zelf interesten gaat opbrengen (R. DEK-

KERS, *op. cit.*, II, blz. 208, nr. 367) kan slechts toepassing vinden mits de strikte voorwaarden van artikel 1154 B.W. nageleefd worden. Vereist wordt onder meer een aanmaning of een bijzondere overeenkomst die betrekking heeft op interessen die ten minste voor een geheel jaar verschuldigd zijn. Een schuldbekentenis, uitgaande van de schuldenaar, waarin hij erkent samengestelde interest verschuldigd te zijn vanaf 1963 tot 1972, is een eenzijdige verbintenis en geen overeenkomst tussen partijen die in het bijzonder betrekking heeft op de vervallen interessen (Rb. Luik, 20 september 1977, *J. Liège*, 1977-78, 122). Daarenboven moet deze overeenkomst bij iedere jaarlijkse vervaldag vernieuwd worden; een globaal akkoord over verscheidene jaren volstaat niet (Rb. Luik, 20 september 1977, *gecit.*). Ten slotte wijst de rechtbank erop dat de regels van artikel 1154 B.W. betreffende het anatocisme de openbare orde raken (zie H. DE PAGE, III, nr. 150; R. DEKKERS, *op. cit.*, II, blz. 208, nr. 367; R. VANDEPUTTE, *op. cit.*, blz. 258; Cass., 22 december 1938, *Pas.*, 1938, I, 405).

XIII. Het schadebeding

35. Tijdens de besproken periode werden talrijke beslissingen gewezen *inzake schadebedingen*, waarvan de grote meerderheid in overeenstemming is met de recente cassatierechtspraak op dit vlak (zie hierover I. MOREAU-MARGRÈVE, «Une institution en crise : la clause pénale», noot bij Cass., 17 april 1970, *R.C.J.B.*, 1972, 459; *Id.*, «Encore la clause pénale : nouvelle phase d'une crise», noot bij Cass., 24 november 1972, *R.C.J.B.*, 1973, 311; E. WYMEERSCH, «Strafbedingen zijn verboden, schadebedingen niet», noot bij Cass., 8 februari 1974, *R.W.*, 1973-74, 2432; *Id.*, «Toetsing van verhogingsbedingen», *R.W.*, 1976-77, 135). Hierna zullen enkele van de meest interessante uitspraken kort besproken worden. Ook in de rechtsleer hebben de schadebedingen, in het bijzonder de verhogingsbedingen, de aandacht gaande gehouden (zie J. STUYCK, «Toetsing van verhogingsbedingen — Naar een betere bescherming tegen onereuze bedingen in standaardcontracten?», *R.W.*, 1977-78, 545).

Het cassatiearrest van 17 juni 1977 heeft in deze materie zeker geen vernieuwing gebracht, maar betekent eerder een bevestiging van de vroegere jurisprudentie die buitensporige strafbetingen in de mate waarin ze geen louter schadevergoedend karakter bezitten, ongeoorloofd acht (Cass., 17 juni 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 1073, *R.W.*, 1977-78, 571; J. STUYCK, *op. cit.*, *R.W.*, 1977-78, 549-550, nr. 5). In deze zaak had het hof van beroep in het bestreden arrest beslist dat, indien de eisers destijds van oordeel waren dat een verhogingsbeding van 20 % overdreven was en aan verweerster een groter voordeel verschafte dan de door haar geleden schade, ze bij de ontvangst van kwestieuze facturen onmiddellijk hadden moeten protesteren, wat ze niet gedaan hebben, en dat derhalve «kwestieus aanvaard beding», dat de overeenkomst van partijen vormt, zijn volle uitwerking moet hebben. Het Hof van Cassatie heeft dit arrest vernietigd omdat de rechters in het onzekere laten of zij oordelen dat de eisers, bij gebrek aan protest tegen het strafbeting bij de ontvangst van de facturen, erkend hebben dat dit beding geen buitensporig karakter vertoonde, dan wel of, zelfs indien dit buitensporig karakter vaststond, de eisers niettemin, bij gebrek aan tijdig protest, door dit beding gebonden zijn, in welk geval de beslissing niet wet-

telijk verantwoord is. Het bestreden arrest wordt m.a.w. vernietigd wegens een tekortkoming aan de motiveringsverplichting, meer bepaald een dubbelzinnigheid in de motieven (art. 97 Grondwet). Wel blijkt uit de zinsnede «in welk geval de beslissing niet wettelijk verantwoord is» dat het Hof van Cassatie zich over de onwettelijkheid van de tweede hypothese uitspreekt, indien namelijk het bestreden arrest in die zin moet worden begrepen dat, zelfs indien het buitensporig karakter van het verhogingsbeding vaststond, de eisers niettemin, bij gebrek aan tijdig protest, door dit beding gebonden zijn (J. STUYCK, *op. cit.*, *R.W.*, 1977-78, 550, nr. 5).

36. Bij de beoordeling van de geoorloofdheid van verhogingsbedingen zijn sommige uitspraken wellicht minder nauwkeurig in hun motivering, wanneer als maatstaf gehanteerd wordt dat het beding buiten alle verhouding staat tot de schade die uit de niet-uitvoering van het contract kan voortvloeien (Hof Antwerpen, 8 juni 1977, *R.W.*, 1977-78, 2521; Hof Luik, 7 februari 1978, *J. Liège*, 1978-79, 49; Rb. Hasselt, 21 december 1976, *R.W.*, 1977-78, 1976). Het beoordelingscriterium dat door het Hof van Cassatie aan de feitenrechters meegegeven werd, is dat een verhogingsbeding ongeoorloofd is indien de bedongen som meer dan de *potentiële schade* behelst. Om een verhogingsbeding ongeoorloofd te verklaren is het voldoende dat de bedongen som meer dan de vergoeding van de potentiële schade bedraagt, en dit ongeacht hoe groot de wanverhouding is (E. WYMEERSCH, «Strafbedingen zijn verboden, schadebedingen niet», *R.W.*, 1973-74, 2435-2436, nr. 8; R. KRUTHOF, H. MOONS, en C. PAULUS, *op. cit.*, *T.P.R.*, 1975, 748, nr. 147). Indien er een totale wanverhouding bestaat tussen de gevraagde vergoeding en de potentiële schade bij wanprestatie, is het duidelijk dat de bedongen vergoeding meer dan schadevergoeding vertegenwoordigt en derhalve ongeoorloofd is, maar dit betekent nog niet dat de bedongen som buiten elke verhouding tot de potentiële schade moet staan (E. WYMEERSCH, *op. cit.*, *loc. cit.*).

Ten onrechte werd in een arrest van het Hof van Beroep te Brussel de geoorloofdheid van een strafbeting (*in casu* een verhogingsboete in een aannemingscontract) afgemeten aan de werkelijk aangerichte schade, in plaats van aan de potentiële schadeomvang (Hof Brussel, 6 november 1974, *T. Aann.*, 1978, 153 met noot K. VERBERNE). Om de rechtsgeldigheid van het beding te beoordelen moet de rechter zich immers plaatsen op het ogenblik van de toetstandkoming ervan en niet op het ogenblik dat de schuldeiser door de contractuele wanprestatie werkelijk schade lijdt (K. VERBERNE, noot bij Hof Brussel, 6 november 1974, *T. Aann.*, 1978, 156-157; zie ook Hof Bergen, 17 februari 1976, *Pas.*, 1977, II, 22).

37. De meerderheid van de rechtspraak is van oordeel dat de *conventionele interessen* wegens *vertraging in de betaling* mogen worden gecumuleerd met een *forfaitair schadebeding* bij niet-betaling op de vervaldag. Men gaat hierbij uit van de beschouwing dat beide bedingen een verschillend doel beogen. De conventionele interessen hebben tot doel de schuldeiser te vergoeden voor het verlies dat hij lijdt ten gevolge van het niet kunnen wederbeleggen van de nog niet betaalde schuldvordering, terwijl het schadebeding het verlies beoogt te vergoeden dat de schuldeiser lijdt door de onkosten die hij moet uitgeven en de stappen die hij moet doen om betaling van zijn schuld-

vordering te krijgen (Hof Brussel, 23 maart 1978, *J.T.*, 1978, 396 ; Kh. Charleroi, 23 juni 1977, *J.T.*, 1977, 573 ; Kh. Charleroi, 20 september 1977, *B.R.H.*, 1978, 244 ; Kh. Dinant, 20 juni 1978, *J.T.*, 1978, 598 ; *anders* : Hof Luik, 19 april 1978, *J. Liège*, 1978-79, 18 ; Vred. Nijvel, 12 februari 1975, *T.Vred.*, 1977, 110 ; vgl. P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1975, 537-538, nr. 61, en de aldaar vermelde rechtspraak, zowel in de ene als in de andere zin).

38. Een vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Brussel verklaart nietig een beding dat, in geval van niet-betaling van een factuur op de vervaldag, de schuldenaar verplicht een bedrag te betalen dat hoger is dan de schade die hij hierdoor kan veroorzaken (Kh. Brussel, 4 februari 1977, korte inhoud opgenomen in *B.R.H.*, 1978, 85, met noot R. DEBACKER ; zie ook : « Une institution en crise : la clause pénale », *J.T.*, 1978, 586). De motivering van dit vonnis klinkt enigszins verrassend : een dergelijk beding is nietig, omdat luidens artikel 9 van de Grondwet geen straf mag worden ingevoerd of toegepast dan uit kracht van een wet, en de artikelen 1226 tot 1233 van het Burgerlijk Wetboek werden afgeschaft door artikel 138 van de Grondwet, waarin bepaald wordt dat met ingang van de dag waarop de Grondwet uitvoerbaar wordt, alle daarmee strijdige wetten, decreten, besluiten, reglementen en andere akten opgeheven zijn. De artikelen 1226 tot 1233 van het Burgerlijk Wetboek nu hadden niet tot voorwerp de conventionele regeling van de schade te verzekeren in hoofde van de medecontractant die het slachtoffer was van een contractuele wanprestatie, maar hadden tot voorwerp een « straf », d.w.z. de verplichting meer te betalen dan hetgeen zou voorkomen als de vergoeding voor de veroorzaakte schade.

Deze motieven zijn niet alleen inadequaat, maar ook onjuist. Indien de artikelen 1226 e.v. B.W. inderdaad « straffen » zouden betreffen in de betekenis die het vonnis eraan geeft — wat erg twijfelachtig is (zie E. WYMEERSCH, « Strafbedingen zijn verboden, schadebedingen niet », *R.W.*, 1973-74, 2434, voetnoot 10) — dan nog wordt tevergeefs een beroep gedaan op artikel 9 van de Grondwet om deze « strafbetingen » ongeldig te verklaren en te besluiten tot de afschaffing van de artikelen 1226 tot 1233 B.W. (R. DEBACKER, noot bij Kh. Brussel, 4 februari 1977, *B.R.H.*, 1978, 91). Artikel 9 van de Grondwet heeft enkel de bescherming van de burgers tegen het willekeurig optreden van de overheid (uitvoerende en rechterlijke macht) op het oog en is vreemd aan de relaties tussen particulieren onderling (I. MOREAU-MARGRÈVE, « Une institution en crise : la clause pénale », *R.C.J.B.*, 1972, 496 ; J. STUYCK, *op. cit.*, *R.W.*, 1977-78, 549, nr. 4).

XIV. Hoofdelijke en ondeelbare verbintenissen

39. Wanneer verscheidene personen schuldeisers of schuldenaars zijn van dezelfde verbintenis, wordt deze verbintenis onder hen verdeeld en is ieder slechts gehouden voor zijn deel ; in dat geval spreekt men van *samen-gevoegde* verbintenissen (R. DEKKERS, *op. cit.*, II, blz. 244, nr. 427). Bij pluraliteit van schuldeisers of schuldenaars is de splitsing van de verbintenissen de regel (Cass., 5 december 1975, *R.W.*, 1976-77, 277, met noot J.H. HERBOTS, *J.T.*, 1976, 351). De contractuele verbintenis (*in casu* een lening) aangegaan door echtgenoten die gehuwd zijn onder het stelsel van scheiding van goederen is een samengevoegde verbintenis, en dus deelbaar, indien geen

hoofdelijkheid noch ondeelbaarheid bedongen werd (Rb. Aarlen, 17 november 1977, *J. Liège*, 1977-78, 189).

Een verbintenis is *ondeelbaar*, hetzij van aard, wanneer het te presteren voorwerp niet vatbaar is voor gedeeltelijke uitvoering (art. 1217 B.W.), hetzij bij contract, wanneer partijen de verbintenis aldus gewild hebben, ook al is ze deelbaar van aard (art. 1218 B.W.) (R. DEKKERS, *op. cit.*, II, blz. 258, nr. 454). Het ondeelbaar karakter van de verbintenissen van twee huurders, die zich als echtgenoten gedragen, kan volgens een vonnis van de vrederechter te Namen, even goed voortvloeien uit een uitdrukkelijke overeenkomst als uit de duidelijke en ondubbelzinnige houding van de schuldenaars of van een van hen (Vred. Namen, 14 oktober 1977, *Rev.rég.dr.*, 1978, 494, met noot E. CEREXHE en M. COIPEL). Hoewel de conventionele ondeelbaarheid zowel uitdrukkelijk als stilzwijgend bedongen kan zijn en uit de bedoeling van de contracterende partijen kan blijken (zie art. 1221, 5°, B.W.), is dit vonnis toch niet geheel van kritiek vrij te pleiten. De vraag kan inderdaad gesteld worden of de door de vrederechter aangenomen oplossing van de conventionele ondeelbaarheid geen autonome rechtsinstelling maakt, terwijl deze vorm van ondeelbaarheid hoofdzakelijk beoogt de onvolmaakte gevolgen van de hoofdelijkheid te ondervangen door de hoofdelijke verbintenis te doen overgaan op de erfgenamen (E. CEREXHE, noot bij Vred. Namen, 14 oktober 1977, *Rev.rég.dr.*, 1978, 498).

40. Luidens artikel 1202 B.W. wordt *hoofdelijkheid* niet vermoed, maar moet zij uitdrukkelijk bedongen zijn. Van deze regel werd een interessante toepassing gemaakt in het volgende geval (Hof Antwerpen, 17 mei 1979 *R.W.*, 1977-78, 1571).

In de gedrukte tekst van een contract wordt bepaald dat de schuldeiser, krachtens de « hierboven » bedongen hoofdelijkheid en ondeelbaarheid, betaling van de gehele schuld kan eisen van de borg en, in geval van overlijden, van ieder van zijn rechtverkrijgenden. In het contract is echter « hierboven » nergens sprake van hoofdelijkheid en ondeelbaarheid, en de borg heeft zijn handtekening laten voorafgaan door de vermelding : « Goed voor persoonlijke ondeelbare borgtocht tot beloop van X fr. », maar zonder eigenhandige vermelding van het woord « hoofdelijk ». Bovendien werd in het contract het beding geschrapt waarin de borg afziet van het voorrecht van uitwinning.

Door het hof wordt nagegaan of de borg, door de eigenhandig geschreven vermelding zoals hij ze deed, de bedoeling had de hoofdelijkheid uit te sluiten. Voor deze stelling is steun te vinden in het feit dat de borg zich ook het voorrecht van uitwinning uitdrukkelijk heeft voorbehouden, welk voorrecht hij als hoofdelijke borg niet zou hebben (zie art. 2021 B.W.). Mede door een beroep te doen op de interpretatieregel van artikel 1162 B.W., luidens welke bij twijfel de overeenkomst dient te worden uitgelegd ten nadele van hem die bedongen heeft en ten voordele van hem die zich verbonden heeft, komt het hof tot de conclusie dat niet naar voldoening van recht bewezen is dat de borg zich hoofdelijk verbonden heeft.

41. Krachtens een oud gebruik wordt aanvaard dat verscheidene *handelaars* die een zelfde contractuele verbintenis hebben aangegaan, *hoofdelijk* gehouden zijn tegenover de schuldeiser. Deze regel werd onlangs nog bevestigd door het Hof van Cassatie (Cass., 5 december 1975, *R.W.*, 1976-77, 277, met noot J.H. HERBOTS, *J.T.*, 1976, 351). In

een noot onder dit arrest tracht J. DECLERCQ-GOLDFRACHT aan te tonen dat het vermoeden van passieve hoofdelijkheid ten laste van handelaars een autonome regel geworden is, die onafhankelijk staat van het burgerrechtelijk principe van de splitsing van de verbintenissen bij pluraliteit van schuldeisers of schuldenaars (J. DECLERCQ-GOLDFRACHT, «La présomption de solidarité passive commerciale. Une solution : la responsabilité 'in solidum' ?», *R.C.J.B.*, 1977, 472-498). Volgens de auteur moet deze commerciële hoofdelijke aansprakelijkheid niet noodzakelijk uitgebouwd worden volgens het model van de hoofdelijkheid in het burgerlijk recht. Zij pleit er eerder voor om op dit vlak een aansprakelijkheid in *solidum* in te voeren (vgl. Cass., 15 februari 1974, *R.W.*, 1973-74, 1715, met conclusie van de eerste advocaat-generaal DUMON, *R.G.A.R.*, 1975, nr. 9530, *R.C.J.B.*, 1975, 233, met noot J.L. FAGNART, «L'obligation in solidum dans la responsabilité contractuelle»; zie ook J. PÉRILLEUX, «La solidarité et l'obligation in solidum dans la responsabilité contractuelle», *R.G.A.R.*, 1975, nr. 9519).

XV. Betaling

42. Bij betaling van geldsommen rijzen belangrijke juridische problemen wanneer de waarde van de munt verandert, vooral bij feitelijke muntdepreciatie, zoals dit de laatste jaren het geval is. Tijdens de besproken periode werd in een drietal bijdragen aandacht besteed aan de verbintenisrechtelijke gevolgen van de *waardeschommelingen van de munt* (S. DAVID-CONSTANT, «Erosion monétaire et droit privé», *Annales de Droit*, 1977, 443-457; J. DUBAERE, «Het principe van het monetair nominalisme», *Jura Falconis*, 1978-79, 57-76; J. VAN MULLEN, «L'incidence des variations monétaires sur le droit belge des obligations», *Ann.Fac.Dr.Liège*, 1978, 57-149).

43. Wanneer een schuldenaar verschillende schulden van dezelfde aard heeft tegenover een schuldeiser, en hij doet een gedeeltelijke betaling die niet voldoende is om alle schulden teniet te doen, rijst de vraag welke schuld betaald werd. Dit is het probleem van de *toerekening van betalingen* dat geregeld wordt door de artikelen 1254 tot 1256 B.W. Bij de toerekening van een schuld moet de schuldenaar eerst de interesten en dan het kapitaal aanzuiveren (art. 1254 B.W.). Hieruit werd het basisprincipe in deze materie afgeleid, dat de toerekening geen nadeel mag toebrengen aan de rechtmatige belangen van de schuldeiser (H. DE PAGE, III, nr. 488). Indien de toerekening noch door de schuldenaar, noch door de schuldeiser gebeurde, verschaft de wet aan de rechter enkele richtlijnen (art. 1256 B.W.), onder meer dat bij verschillende schulden van gelijke aard, de toerekening geschiedt op de oudste.

De Burgerlijke Rechtbank te Brussel had zich uit te spreken over de vraag van een gedeeltelijke betaling verricht door de schuldenaar die twee schulden had die beide interest opbrachten (Rb. Brussel, 27 januari 1978, *J.T.*, 1978, 587). Diende de toerekening eerst te gebeuren op de interesten van beide schulden en vervolgens op het kapitaal van de eerste en de tweede schuld (toepassing van art. 1254 B.W.) of diende men integendeel eerst op de interesten van de eerste schuld toe te rekenen, vervolgens op het kapitaal van de eerste schuld, daarna op de interesten van de tweede schuld en ten slotte op het kapitaal van de tweede schuld (toepassing van art. 1256 B.W.)? De toepassing van de ene dan wel van de andere toerekeningswijze zou belangrijke

verschillen te zien geven, omdat zowel het kapitaal als de interesten aanzienlijke bedragen vertegenwoordigden.

De rechtbank heeft de eerste toerekeningswijze toegepast en heeft de gedeeltelijke betalingen van de schuldenaar eerst toegerekend op de interesten van iedere schuld, in de volgorde van hun anciënniteit, en vervolgens op het kapitaal van iedere schuld, in dezelfde volgorde. In de motivering gaat de rechtbank uit van het basisprincipe dat de toerekening geen nadeel mag toebrengen aan de rechten en de belangen van de schuldeiser, waaruit volgt dat de schuldenaar, buiten de toestemming van de schuldeiser, de betaling die hij doet, niet mag toerekenen op het kapitaal eerder dan op de interesten. Deze regel van artikel 1254 B.W. formuleert een algemeen beginsel dat eveneens toepasselijk is als er meerdere schulden zijn, en de bepalingen van artikel 1256 B.W. mogen hierop niet prevaleren. In de noot bij dit vonnis wordt erop gewezen dat slechts weinige auteurs deze aangelegenheid bestudeerden en dat de rechtspraak hierover zeer schaars is; het besproken vonnis volgt de meerderheidsopvatting in de rechtsleer (zie de in de noot geciteerde auteurs).

XVI. Betaling met subrogatie

44. Luidens artikel 1251, 1^o, B.W. geschiedt indeplaatsstelling van rechtswege ten voordele van hem die, zelf schuldeiser zijnde, een andere schuldeiser betaalt, die voorrang boven hem heeft uit hoofde van zijn voorrechten of hypotheeken. Iedere schuldeiser, zelfs een hypothecaire, kan er belang bij hebben de schuldeisers te betalen die voorrang boven hem hebben, om te verhinderen dat de gedwongen verkoop van de goederen van de schuldenaar op een ongelegen ogenblik geschiedt (H. DE PAGE, III, nr. 540; R. VANDEPUTTE, *op. cit.*, blz. 232-233).

Voor de toepassing van artikel 1251, 1^o, B.W. is het noodzakelijk dat de schuldeiser die betaalt, de *solvens*, zelf schuldeiser is en dat hij deze hoedanigheid bezit vóór zijn betaling aan de schuldeiser die voorrang boven hem heeft uit hoofde van zijn voorrechten of hypotheeken. Het is evenwel niet vereist dat de twee schuldeisers dezelfde schuldenaar hebben; voldoende is dat de *solvens* het recht heeft om in samenloop te komen met de schuldeiser die hij betaalde, op de prijs van het onroerend goed dat bezwaard is met een voorrecht of een hypotheek (Hof Bergen, 23 maart 1977, *J.T.*, 1977, 748, *Pas.*, 1977, II, 200, *Rev.not.belge*, 1978, 91; zie in dezelfde zin: H. DE PAGE, III, nr. 540; R. DEKKERS, *op. cit.*, II, nr. 568).

In dit arrest wordt er verder op gewezen dat artikel 5 van de Hypotheekwet zowel op de conventionele als op de wettelijke subrogatie van toepassing is (vgl. Cass., 19 mei 1922, *Pas.*, 1922, I, 310). Hieruit volgt dat, om de subrogatie tegenwerpelijk te maken aan derden, de gesubrogeerde een van de akten moet laten opmaken vermeld in artikel 2 van de Hypotheekwet. Deze akte, die overeenkomstig artikel 2 van de Hypotheekwet een notariële akte moet zijn, zal het bewijs van de betaling moeten vermelden, aangezien, bij hypothese, de indeplaatsstelling van rechtswege uitwerking heeft. Hiervan zal melding moeten worden gemaakt op de kant der inschrijving van de bevoorrechte of hypothecaire schuldvordering, volgens de modaliteiten bepaald in artikel 5 van de Hypotheekwet (Hof Bergen, 23 maart 1977, *gecit.*; zie H. DE PAGE, III, nr. 538).

Alois VAN OEVELEN
Assistent UIA

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 25 JUNI 1979

Voorzitter : de h. Gerniers

Raadsheer-rapporteur : de h. Mahillon

Advocaat-generaal : de h. Lenaerts

Advocaten : mrs. Houtekier en Bayart

1. Arbeidsovereenkomst — Bedienden — Personeel der gesubsidieerde inrichtingen van het vrij onderwijs — Toepasselijke wetgeving — Statuut — Begrip en gevolgen — 2. Onderwijs — Schoolpactwetgeving — Rechtstoestand van het personeel der gesubsidieerde inrichtingen van het vrij onderwijs — Fragmentarisch statuut — Rechtsgevolg — Ogenblik waarop het personeel der gesubsidieerde inrichtingen van het vrij onderwijs zich onder statuut zal bevinden — 3. Arbeidsovereenkomst — Bedienden — Ontbindende voorwaarde — Huwelijk — Nietig beding.

1. Krachtens art. 35 der gecoördineerde Bediendenwetten zijn deze wetten van toepassing op het overheidspersoneel en op het personeel van de gesubsidieerde inrichtingen van het vrij onderwijs, waarvan de toestand niet statutair geregeld is (cf. art. 1, lid 2, W.A.O. 1978). Dit artikel bevat, althans impliciet, een onderscheid m.b.t. de bedienden van het gesubsidieerd vrij onderwijs die onder statuut staan en degenen die zodanig statuut niet bezitten.

In art. 35 wordt het woord «statutair» in twee verschillende betekenissen gebezigd. M.b.t. het overheidspersoneel betekent het dat de dienstbetrekking wordt geregeld door algemene en onpersoonlijke bepalingen, die op de partijen toepasselijk zijn geworden door een eenzijdige aanstelling door de overheid, terwijl t.a.v. het personeel van de inrichtingen van het vrij onderwijs de dienstbetrekking blijft ontstaan door een overeenkomst tussen partijen, zodat het regime van dit onderwijs contractueel blijft.

Het personeel van een particuliere persoon of instelling valt onder het arbeidsrecht, inzonderheid het arbeidsovereenkomstenrecht, tenzij de wet het een statuut geeft waarbij zijn rechtspositie en arbeidsvoorwaarden worden bepaald naar eigen regelen die van het arbeidsovereenkomstenrecht kunnen afwijken.

2. Het is de bedoeling geweest van de schoolpactwetgever het gesubsidieerd personeel van het vrij onderwijs onder statuut te plaatsen, zoals blijkt uit de artt. 4, §§ 1 en 3, en 15 W. 11 juli 1973, ingevoegd in de wet van 29 mei 1959.

Het oordeel dat een fragmentarisch statuut niettemin een statutair geregelde toestand uitmaakt zoals bedoeld in art. 35 Bediendenwetten, geldt alleen voor de dienstbetrekkingen ontstaan door een eenzijdige aanstelling door de overheid en niet ingevolge een overeenkomst; bij aanstelling door de overheid worden de dienstbetrekkingen immers in ieder geval beheerst door de algemene beginselen en de eruit afgeleide rechtsregels die de toestand van het personeel van de rijksdiensten regelen.

Blijkens de parlementaire voorbereiding van de wet van 11 juli 1973 heeft de wetgever het ogenblik waarop het

gesubsidieerd personeel van de gesubsidieerde inrichtingen van het vrij onderwijs geacht wordt zich onder statuut te bevinden in de zin van art. 35 Bediendenwetten, vastgesteld op de dag waarop het door art. 12bis, § 3, van de Schoolpactwet in het vooruitzicht gestelde koninklijk besluit houdende bepaalde en op eenvormige wijze voor alle gesubsidieerde onderwijsnetten en voor alle gesubsidieerde personeelsleden vastgestelde statutaire bepalingen, zal zijn genomen en in werking getreden.

Nu bedoeld koninklijk besluit nog niet genomen is en geen andere wetsbepaling het gesubsidieerd personeel van de gesubsidieerde inrichtingen van het vrij onderwijs van de toepassing van art. 21bis gec. Bediendenwetten uitsluit, wordt dit artikel en art. 35 geschonden door de rechterlijke beslissing die stelt dat een dezer personeelsleden gebonden is door een arbeidsovereenkomst «sui generis».

3. Art. 21bis gec. Bediendenwetten (art. 36 W.A.O. 1978), naar luid waarvan de bedingen volgens welke het huwelijk van de werknemer een einde maakt aan de arbeidsovereenkomst nietig zijn, is een dwingende wetsbepaling die geen onderscheid maakt tussen de verschillende clausules waarbij rechtstreeks of onrechtstreeks wordt bedongen dat het huwelijk van de bediende een einde maakt aan de overeenkomst.

B. t/ B.

**Conclusie van de advocaat-generaal
Lenaerts**

Het arrest verwerpt de vordering van eiseres tot betaling van een opzeggingsvergoeding wegens onrechtmatige beëindiging van haar dienstbetrekking. Namens de inrichtende macht van de onderwijsinrichting waar eiseres als kleuterleidster in dienst was, deelde verweerster aan eiseres mede dat deze zelf een einde aan haar dienstbetrekking had gemaakt door een louter burgerlijk huwelijk aan te gaan met een uit de echt gescheiden man wiens kerkelijk huwelijk niet ontbonden was. Volgens verweerster had eiseres zich daardoor in een gezinstoestand geplaatst die onverenigbaar is met de leer en de wetten van de katholieke kerk en met haar taak als opvoedster in een katholieke instelling. Verweerster leidde hieruit af dat eiseres zodoende zelf de ontbindende voorwaarde had gerealiseerd die in het door haar onderschreven reglement van het katholiek onderwijs was opgenomen.

Volgens de arresten van 8 december 1976¹ en 12 januari 1977² is een dergelijk beding nietig met toepassing van artikel 21bis van de Arbeidsovereenkomstenwet bedienden, in zoverre de beëindiging van de arbeidsover-

¹ Arr. Cass., 1977, 399; zie de conclusie van de procureur-generaal DUMON, toen eerste advocaat-generaal, bij dit arrest in Pas., 1977, I, 395.

² Arr. Cass., 1977, 530, met de conclusie van de procureur-generaal DUMON, toen eerste advocaat-generaal, R.W., 1976-77, 1937.

eenkomst het gevolg is van het sluiten van een huwelijk ; derhalve zou de door verweerster vastgestelde beëindiging van de dienstbetrekking van eiseres onrechtmatig zijn.

In beide voornoemde zaken heeft het Hof uitspraak gedaan over de beëindiging van dienstbetrekkingen vóór de inwerkingtreding van de wet van 11 juli 1973, d.w.z. op een ogenblik dat geen twijfel erover bestond dat de Arbeids-overeenkomstenwet bedienden toepasselijk was op de personeelsleden van de gesubsidieerde inrichtingen van het vrij onderwijs.

In de onderhavige zaak daarentegen werd de dienstbetrekking van eiseres beëindigd in 1975, d.i. na de bekendmaking van de wet van 11 juli 1973. Ingevolge deze wet moet vooraf de vraag worden onderzocht of de Arbeids-overeenkomstenwet bedienden — en dus ook artikel 21bis — in deze zaak nog wel toepassing vindt. Is dat niet het geval, dan komt de in de vorige arresten behandelde rechtsvraag niet meer aan de orde.

De wet van 11 juli 1973 wijzigt de zgn. Schoolpactwet van 29 mei 1959. Artikel 19 wijzigt bovendien artikel 35, § 1, van de wetten betreffende het bediendencontract, gecoördineerd op 20 juli 1955. Ingevolge deze wijziging zijn die wetten van toepassing op door «de door het Rijk gesubsidieerde inrichtingen van het vrij onderwijs tewerkgestelde bedienden, wier toestand niet statutair geregeld is» ; wat uiteraard wil zeggen dat dezelfde wetten geen toepassing vinden op de genoemde personeelsleden, wier toestand wel statutair geregeld is.

De vraag is dus of de toestand van eiseres statutair geregeld was, in de zin van voornoemde bepaling, op het ogenblik dat verweerster haar meedeelde dat zij de dienstbetrekking als beëindigd beschouwde.

Het eerste onderdeel van het eerste middel noopt echter tot een voorafgaand onderzoek naar de betekenis van de term «statuut».

In zijn conclusie bij het arrest van 8 december 1976 vestigt de procureur-generaal Dumon de aandacht erop dat de term «statuut» in artikel 35 van de gecoördineerde wetten in een dubbele betekenis wordt gebruikt³.

Vóór de inwerkingtreding van de wet van 11 juli 1973 betrof deze bepaling uitsluitend overheidspersoneel. Te zijnen aanzien betekent «statuut» dat, zoals het Hof het in zijn arrest van 13 juni 1973⁴ omschrijft, de dienstbetrekking wordt geregeld «door algemene en onpersoonlijke bepalingen, die op de partijen toepasselijk zijn geworden door een eenzijdige aanstelling door de overheid en niet ingevolge een overeenkomst».

Wanneer de wet van 11 juli 1973 artikel 35 van de gecoördineerde wetten aanvult met de vermelding — naast het overheidspersoneel — van het personeel van de vrije scholen en hierop ook de woorden «wier toestand niet statutair geregeld is» toepasselijk maakt, is het zeer de vraag of de wetgever zich wel voldoende rekenschap ervan heeft gegeven dat diezelfde woorden niet dezelfde betekenis kunnen hebben ten aanzien van laatstgenoemd personeel als ten aanzien van het overheidspersoneel.

Inrichtingen van het vrij onderwijs zijn immers geen overheidsinstellingen maar particuliere instellingen. En

een particulier kan niet, zoals de overheid dit in het algemeen belang wel kan, een ander particulier door een eenzijdige handeling en zonder de instemming van deze laatste, tot het verrichten van arbeid verplichten. Tussen particulieren kan een dienstbetrekking alleen ontstaan door een wilsovereenstemming tussen beide partijen, dus ingevolge een overeenkomst.

Dit impliceert nu niet dat partijen ook zelf al hun wederzijdse rechten en plichten volkomen vrij regelen. Ook in het arbeidsrecht komen werkgever en werknemer daaraan steeds minder te pas. De lonen en arbeidsvoorwaarden worden uitvoerig geregeld door dwingende wetsbepalingen en door collectieve regelingen die, zoals de algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomsten, evenmin plaats laten voor enig overleg en vrije wilsovereenstemming tussen de partijen bij de individuele arbeidsovereenkomst.

Hieruit volgt dat er niet zulk groot verschil bestaat tussen het personeel van een particulier persoon of instelling dat een statuut heeft, en hetzelfde personeel dat geen statuut heeft. Voor beiden ontstaat de dienstbetrekking ingevolge een overeenkomst tot het verrichten van arbeid. En de rechtspositie van beiden wordt ook in ruime mate geregeld door «algemene en onpersoonlijke bepalingen» en slechts bijkomstig door de individuele overeenkomst. Het enige verschil ligt, naar mijn gevoelen, hierin dat beiden onder verschillende regelingen vallen.

Het personeel van een particuliere persoon of instelling valt onder het arbeidsrecht, inzonderheid het arbeidsovereenkomstenrecht.

Bepaalt de wet dat dit personeel een statuut heeft, dan betekent dat niet meer dan dat op die personeelsleden niet het arbeidsovereenkomstenrecht toepasselijk is, maar hun rechtspositie en hun arbeidsvoorwaarden worden bepaald door eigen regelen die van het arbeidsovereenkomstenrecht afwijken en vastgesteld zijn door en krachtens de wet die ze onder statuut heeft geplaatst.

Het komt wel vreemd over dat de arbeidsovereenkomst die de vrije scholen met hun statutair personeel moeten sluiten om de dienstbetrekking tot stand te kunnen brengen, onder geen enkele bepaling van de wet op de arbeidsovereenkomsten valt ; begrijpelijker zou zijn dat die wet niet toepasselijk is in zoverre het statuut ervan afwijkt. Maar de wetgever heeft nu eenmaal de Arbeidsovereenkomstenwet integraal uitgeschakeld.

Hoewel het statuut personeel niettemin ingevolge een arbeidsovereenkomst in dienst wordt genomen, kon het arbeidshof dus beslissen dat de band tussen school en personeel statutair is, maar de rechtsbetrekking tussen partijen toch door een overeenkomst ontstaat.

Tevergeefs voert eiseres in het eerste onderdeel van het eerste middel aan dat zulke beslissing tegenstrijdig en duister is.

Volgens het tweede onderdeel van het eerste middel is de toestand van eiseres niet statutair geregeld zoals vereist door artikel 12bis, § 3, van de Schoolpactwet en is de Arbeidsovereenkomstenwet bedienden dus, volgens artikel 35, § 1, nog toepasselijk.

Dit onderdeel gaat er duidelijk van uit dat van een statutaire regeling in de zin van laatstgenoemde bepaling maar sprake kan zijn vanaf het ogenblik dat artikel 12bis, § 3, van de Schoolpactwet uitvoering heeft gekregen, d.w.z. dat een koninklijk besluit de gemeenschappelijke statutaire be-

³ Zie inzonderheid *Pas.*, 1977, I, 397 en 403 ; zie ook *Arr. Cass.*, 1977, 531.

⁴ *Arr. Cass.*, 1973, 995, met noten 1 en 2 op blz. 995 tot 997.

palingen betreffende de in die paragraaf opgesomde aangelegenheden voor alle gesubsidieerde onderwijsnetten en hun gesubsidieerde personeelsleden zal hebben uitgevaardigd.

Als argument tot staving van die stelling verwijst eiseres naar een verklaring in het Senaatsverslag over de wet van 11 juli 1973 dat de bedoeling van artikel 19 is het betrokken personeel aan de Arbeidsovereenkomstenwet te onttrekken, «zodra het koninklijk besluit wordt getroffen in toepassing van § 3 van het nieuwe artikel 12bis»⁵.

Hoe waardevol deze verklaring ook moge zijn, toch is zij niet het enige gegeven om artikel 35 van de gecoördineerde wetten te interpreteren. Ik dacht dat hiervoor ook de rechtspraak in aanmerking kon worden genomen, evenals de opzet van de bepaling die niet alleen uit de parlementaire voorbereiding kan worden afgeleid maar evenzeer uit het geheel van de Schoolpactwetgeving, waarvan dit artikel een gevolg is.

Het arrest van 21 september 1972⁶ doet uitspraak over dezelfde vraag als die welke in deze zaak wordt gesteld, in zoverre artikel 35 het overheidspersoneel betreft, inzonderheid een kleuteronderwijzeres in het rijksonderwijs. Volgens dit arrest volstaat dat zulke leerkracht «een ten minste fragmentarisch statuut» geniet opdat de toepassing van de Arbeidsovereenkomstenwet bedienden uitgesloten zou zijn. Overwogen wordt dat «noch het gebrek aan stabiliteit van de betrekking noch het ontbreken van een volledige redactie van alle bestanddelen van een statuut impliceren dat er een contractuele regeling bestaat».

Het reeds genoemde arrest van 13 juni 1973⁷ betrof de directrice van de school, opgericht door het Koninklijk Gesticht van Mesen, dat een openbare instelling is. Op het ogenblik dat deze directrice werd ontslagen, ontbrak elke statutaire bepaling, want het voorheen geldende statuut was uitdrukkelijk opgeheven. Niettemin oordeelt het Hof dat «wanneer de bevoegde overheid beslist het personeel van een openbare dienst onder statuut te plaatsen, het ontbreken van een regelmatig uitgevaardigde regeling ... niet tot gevolg (heeft) dat de toestand van de betrokkene niet meer statutair geregeld is en het arbeidsovereenkomstenrecht op zijn dienstbetrekking toepasselijk wordt».

In mijn conclusie bij laatstgenoemd arrest, heb ik de gelegenheid gehad erop te wijzen dat de rechtspraak van de Raad van State in dezelfde zin is⁸.

Ongetwijfeld betreffen de twee voornoemde arresten van het Hof overheidspersoneel. Maar ten aanzien van de vraag of de toestand statutair geregeld is, maakt dat geen verschil.

Zoals daareven werd gezegd, is er wel verschil in de betekenis van het begrip «statuut». Verschil ligt bovendien ook hierin dat voor het overheidspersoneel het statuut de regel is en het contract de uitzondering, terwijl het personeel van een particuliere persoon of instelling steeds een overeenkomst heeft en bovendien nog onder een statutaire regeling kan vallen, maar dan alleen indien en in zoverre de wet beslist dit personeel onder statuut te plaatsen.

Maar als de wetgever eenmaal die beslissing genomen heeft, is er geen reden om de woorden «wier toestand

statutair geregeld is» anders te interpreteren naargelang overheidspersoneel of personeel in dienst van een particulier onder statuut is geplaatst.

Dit betekent dus, naar de zin en de bewoordingen van de rechtspraak van het Hof, dat noch het gebrek aan stabiliteit van de betrekking, noch het ontbreken van een volledige regeling die alle bestanddelen van een statuut omvat, tot gevolg heeft dat de toestand van het personeel van het vrij gesubsidieerd onderwijs nog niet statutair geregeld is.

De vraag is dan waaruit dat statuut bestaat.

Vooreerst bevat de Schoolpactwet reeds vanaf haar oorspronkelijke versie van 29 mei 1959 een aantal bepalingen omtrent de rechtspositie van het personeel der gesubsidieerde onderwijsinrichtingen. De voornaamste betreffen de wedde, de onderbreking van de dienst wegens ziekte of bevalling en het pensioen. Strekking van deze bepalingen is dat althans het lekenpersoneel op die drie gebieden een gelijkwaardige regeling geniet als het personeel van het Rijksonderwijs en dat het Rijk hun weddetoelagen betaalt⁹.

Voorts voorziet de wet in een tuchtregeling, wanneer een personeelslid in de school aan politiek doet of zich schuldig maakt aan oneerlijke praktijken in de concurrentie tussen de inrichtingen¹⁰.

Ten slotte draagt artikel 45 de Koning op paritaire comités op te richten, die o.m. tot opdracht hebben te beslissen over de algemene arbeidsvoorwaarden, welke beslissingen bij koninklijk besluit algemeen verbindend kunnen worden verklaard.

Behoudens door de bepalingen van de Schoolpactwet zelf wordt het statuut van het personeel van het vrij onderwijs nog geregeld door de sociale wetten die toepasselijk zijn op allen die door welke arbeidsovereenkomst ook gebonden zijn, in zoverre de wet ze daarvan niet uitdrukkelijk uitsluit, zoals bijvoorbeeld de wetgeving op de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités¹¹, of maar gedeeltelijk toepasselijk verklaart, zoals bijvoorbeeld de sociale zekerheidswetgeving¹². Ook al valt dit personeel niet onder de arbeidsovereenkomstenwetgeving, toch is het, zoals daarstraks werd gezegd, in dienst ingevolge een arbeidsovereenkomst; en dat volstaat om de sociale wetgeving principieel toepasselijk te doen zijn.

Het statuut van het personeel van het vrij onderwijs wordt ten slotte nog in ruime mate beïnvloed door de wet van 11 juli 1973. Deze trekt de gelijkstelling tussen gesubsidieerd en Rijksonderwijs nog verder door en wijzigt met dit doel sommige van de voornoemde statutaire bepalingen van de Schoolpactwet. Bovendien voegt zij in die wet een artikel 12bis in, dat de volgende drie paragrafen omvat.

¹⁰ 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 (§ 1);

²⁰ De Koning bepaalt de vereiste bekwaamheidsbewijzen op eenvormige wijze voor alle onderwijsnetten en voor alle personeelsleden die door het Rijk bezoldigd of gesubsidieerd worden (§ 2);

⁵ Senaat, 1972-1973, *Gedr. St.*, nr. 392, blz. 11.

⁶ *Arr. Cass.*, 1973, 85, *R.W.*, 1972-1973, 1284.

⁷ *Arr. Cass.*, 1973, 995.

⁸ Zie noot in *Arr. Cass.*, 1973, 996.

⁹ Zie de artt. 26-31, 36 en 40.

¹⁰ Zie de artt. 41 tot 44.

¹¹ Wet van 5 december 1968, art. 2, § 3, 2.

¹² Koninklijk besluit van 28 november 1969, art. 7.

3° De Koning vaardigt op eenvormige wijze voor alle gesubsidieerde onderwijsnetten en voor alle gesubsidieerde personeelsleden statutaire bepalingen uit die 'in de mate van het mogelijke, identiek zijn aan die van het Rijk' en betrekking hebben op :

- a) de grondregels die de aanwerving, de benoeming, de selectie en de bevordering vastleggen ;
- b) de administratieve standen en de reffectatieregels van de ter beschikking gestelde personeelsleden ;
- c) de verlofregeling ;
- d) de gemeenschappelijke essentiële onverenigbaarheden ;
- e) de gemeenschappelijke fundamentele plichten (§ 3).

Ten slotte draagt de wet van 11 juli 1973 de paritaire comités op «een statuut inzake tuchtregeling en aanvullende regels bij de statutaire bepalingen van het in § 3 van artikel 12bis van deze wet bedoeld koninklijk besluit vast te leggen voor het gesubsidieerd personeel»¹³.

Het volledige personeelsstatuut van het vrij onderwijs zal uiteindelijk dus bestaan uit drie soorten van regelingen :

- 1° de wettelijke bepalingen ;
- 2° de bij koninklijk besluit vastgestelde «statutaire bepalingen» uitgevaardigd met toepassing van artikel 12bis, § 3 ;
- 3° de algemeen verbindend verklaarde beslissingen van de paritaire comités.

Toen de dienstbetrekking van eiseres werd beëindigd¹⁴ was nog geen koninklijk besluit uitgevaardigd en geen algemeen verbindend verklaarde beslissing bekendgemaakt.

Op dat ogenblik bestonden dus nog maar alleen de door de wet zelf uitgevaardigde statutaire bepalingen en de toepasselijke sociale wetten.

Hoe fragmentarisch ook, volgens de rechtspraak van het Hof volstaat dat om van een statutair geregelde toestand te kunnen spreken in de zin van artikel 35 van de gecoördineerde wetten.

Opgemerkt moge worden dat de materies die door de Schoolpactwet geregeld worden, in ruime mate overeenstemmen met het fragmentarisch statuut dat volgens het arrest van 21 september 1972 gold voor de betrokken kleuteronderwijzeres van het Rijksonderwijs ; dit betrof «de wedde, het recht op pensioen, de kinderbijslagen, de ziekte- en invaliditeitsverzekering en de ziekteverloven».

Na de rechtspraak van het Hof in verband met artikel 35 van de gecoördineerde wetten te hebben onderzocht, lijkt het voor de interpretatie van dit artikel niet onnuttig de wijziging die artikel 19 van de wet van 11 juli 1973 erin heeft aangebracht, te situeren in het geheel van de door die wet ingevoerde regeling van de rechtspositie van het personeel van het vrij onderwijs.

In dit verband moge vooreerst de aandacht worden gevestigd op de verschillende data van inwerkingtreding van die bepalingen.

Luidens artikel 26 heeft de wet van 11 juli 1973 in beginsel uitwerking op de datum waarop ze wordt bekendgemaakt, d.i. op 30 augustus 1973.

Sommige statutaire bepalingen treden evenwel, luidens het 3° van dit artikel 26, eerst in werking «op de door de

Koning te bepalen data». En dat geldt o.m. artikel 12bis, § 3, dat de Koning opdraagt op de aangehaalde terreinen gelijkwaardige statutaire bepalingen uit te vaardigen als voor het Rijksonderwijs.

Deze datum van inwerkingtreding is tot op heden nog steeds niet bepaald. In de huidige stand van de wetgeving kan het statuut van het personeel van het vrij onderwijs dus nog niet bestaan uit bij koninklijk besluit vastgestelde regelen, want de wetbepaling die dat voorschrijft, heeft nog geen rechtskracht.

Indien men dus met eiseres zou aannemen dat de statutair geregelde toestand waarvan sprake in artikel 35 van de gecoördineerde wetten, uitsluitend zou verwijzen naar de uitvoeringsmaatregelen van artikel 12bis, § 3, zou dit betekenen dat men de toepassing van artikel 35 afhankelijk zou maken van de uitvoering van een nog niet van kracht zijnde wetbepaling. Indien zulks de bedoeling van de wetgever ware geweest, zou hij beslist de wijzigende bepaling van artikel 35 van de gecoördineerde wetten op dezelfde datum in werking hebben doen treden als artikel 12bis, § 3, van de Schoolpactwet, d.i. op de door de Koning te bepalen datum. Artikel 19 van de wet van 11 juli 1973 dat genoemd artikel 35 wijzigt, is echter op de dag van de bekendmaking van de wet in werking getreden, d.i. 30 augustus 1973.

Gelet op die wettelijke regeling is het niet aannemelijk dat de statutair geregelde toestand alleen zou verwijzen naar een gedeelte van het statuut dat nog niet kan worden uitgevaardigd, omdat de rechtsgrond ervoor vooralsnog ontbreekt. In die omstandigheden is er zeker geen reden om te veronderstellen dat de wetgever heeft willen afwijken van de door het Hof gegeven interpretatie van artikel 35 van de gecoördineerde wetten, volgens welke een fragmentarisch statuut volstaat.

Behoudens uit de bepalingen betreffende de inwerkingtreding van de wet van 11 juli 1973, kan de betekenis van artikel 35 van de gecoördineerde wetten ten slotte nog worden afgeleid uit de verklaring die de wetgever zelf van de daarin aangebrachte wijziging heeft gegeven.

In de memorie van toelichting lezen wij daaromtrent het volgende :

«Om verwarring te vermijden is het volstrekt noodzakelijk erop te wijzen dat de wetgeving betreffende de arbeids-overeenkomsten blijft gelden voor de niet gesubsidieerde personeelsleden van de gesubsidieerde onderwijsinrichtingen. Artikel 12bis zal immers uitsluitend gelden voor de door de Staat bezoldigde of gesubsidieerde personeelsleden. Dit is het voorwerp van artikel 19»¹⁵, dat genoemd artikel 35 wijzigt.

Deze verklaring van degenen die de wet hebben opgesteld, geeft zeer duidelijk en concreet aan welke personeelsleden aan de toepassing van de Arbeidsovereenkomstenwet worden onttrokken : degenen die een weddetoelage van de Staat ontvangen.

De geciteerde passus van de memorie van toelichting spreekt weliswaar ook van «door de Staat bezoldigde personeelsleden». Maar die zijn er in het vrij onderwijs volgens de Schoolpactwet niet. De passus maakt daarvan gewag, omdat hij naar artikel 12bis verwijst. En daarin komt de tekst «door de Staat bezoldigd of gesubsidieerd» voor in § 2, omdat dit toepasselijk is op alle onderwijsnetten, dus

¹³ Artikel 45, § 9, eerste lid, c, van de wet van 29 mei 1959, gewijzigd bij artikel 15 van de wet van 11 juli 1973.

¹⁹ Zie hierna wat de intussen bekengemaakte koninklijke besluiten betreft.

¹⁵ Kamer, 1972-1973, *Gedr. St.*, nr. 635/1, blz. 9.

ook op het Rijksonderwijs. Hieruit blijkt dus wel dat de verklaring van de wijzigende bepaling van artikel 35 in de memorie van toelichting, ook al verwijst zij naar artikel 12*bis*, niet tot uitdrukking heeft willen brengen dat de toepassing van artikel 35 op het vrij onderwijs noodzakelijk gebonden is aan de uitvoering van § 3 van artikel 12*bis*, dat volgens zijn uitdrukkelijke bewoordingen alleen voor de gesubsidieerde personeelsleden van de gesubsidieerde onderwijsnetten geldt en niet voor «door de Staat bezoldigde» personeelsleden.

De bedoeling van de wijziging van artikel 35 is dus duidelijk : de zgn. «gesubsidieerde» personeelsleden van het vrij onderwijs aan de toepassing van de Arbeidsovereenkomstenwet onttrekken.

En die opzet past volkomen in het raam van de Schoolpactwet die alleen de rechtspositie van die personeelsleden regelt. Zoals daareven werd gezegd, bepaalt artikel 12*bis*, § 3, uitdrukkelijk dat de bij koninklijk besluit vastgestelde statutaire bepalingen alleen gelden voor de gesubsidieerde personeelsleden. En dan kunnen de door de paritaire comités uitgevaardigde *aanvullende* regels uiteraard ook maar op dezelfde personeelsleden toepassing vinden¹⁶.

Daarom ook onttrekt artikel 18 van de wet van 11 juli 1973 alleen «de door het Rijk gesubsidieerde personeelsleden die in dienst zijn van de gesubsidieerde inrichtingen van het vrij onderwijs» aan de toepassing van de wetgeving op de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités.

Ten aanzien van de personen die eronder vallen, heeft artikel 18 precies dezelfde draagwijdte als artikel 19. Maar terwijl de omschrijving daarvan «gesubsidieerde personeelsleden» in de tekst zelf van artikel 18 voorkomt, wordt zij, wat artikel 19 betreft, alleen in de toelichting gebruikt. De reden daarvan is duidelijk : omdat de door artikel 19 ingevoerde wijziging moet passen in de reeds bestaande formulering van artikel 35. Gelet op die bestaande tekst diende alleen te worden vermeld op het personeel van welke instellingen de wet toepasselijk is ; om welke categorie van personeelsleden het ging, moest niet meer uitdrukkelijk worden gezegd, want dat werd reeds tot uitdrukking gebracht door de omschrijving «wier toestand niet statutair geregeld is». En dat zijn in het vrij onderwijs precies de personeelsleden die geen weddetolagen van de Staat ontvangen.

In zoverre artikel 35 het vrij onderwijs betreft, is de omschrijving «bedienden, wier toestand niet statutair geregeld is», dus synoniem met «niet-gesubsidieerde personeelsleden».

Dat is vermoedelijk aan de aandacht van de Senaatscommissie ontsnapt, toen zij de door eiseres aangehaalde toelichting bij artikel 19 van de wet van 11 juli 1973 gaf¹⁷.

Weliswaar brengt het verslag eerst in herinnering dat de bedoeling van de wijziging van artikel 35 van de Arbeidsovereenkomstenwet bedienden, volgens de memorie van toelichting, is erop te wijzen dat die wet blijft gelden «voor de niet-gesubsidieerde personeelsleden van de gesubsidieerde onderwijsinrichtingen».

Maar dan vervolgt het verslag :

«A contrario moet bevestigd worden dat het de bedoeling is van dit artikel 19 de leden van het personeel van de door

het Rijk gesubsidieerde inrichtingen van het vrij onderwijs te onttrekken aan de samengordende wetten betreffende de bediendenovereenkomsten, zodra het koninklijk besluit wordt getroffen in toepassing van § 3 van het nieuwe artikel 12*bis*».

Het «a contrario» van de toepassing van de wet op de *niet-gesubsidieerde* personeelsleden is niet, zoals het Senaatsverslag stelt, dat «de personeelsleden» later aan de toepassing van de wet worden onttrokken, maar wel dat de *gesubsidieerde* leden niet onder de wet vallen. Het ogenblik waarop dit gebeurt, komt daaraan niet te pas ; dat volgt uit de datum van inwerkingtreding van die bepaling. En deze is, zoals reeds werd gezegd, 30 augustus 1973, terwijl artikel 12*bis*, § 3, nog steeds niet in werking is getreden.

Misschien is de vergissing van de Senaatscommissie te verklaren doordat de memorie van toelichting verwijst naar artikel 12*bis*. Maar zoals daarnet werd aangetoond, had zij daarmee niet speciaal § 3 van dit artikel op het oog, maar gebruikte zij de bewoordingen van § 2. Daaruit kan dus hoegenaamd niet volgen dat de wetgever de bedoeling heeft gehad de toepassing van de wijziging van artikel 35 van de Arbeidsovereenkomstenwet bedienden te binden aan de uitvoering van artikel 12*bis*, § 3, en de inwerkingtreding ervan dus praktisch te verdagen tot op de door de Koning te bepalen datum, wat strijdt met de duidelijke tekst van artikel 26 van de wet van 11 juli 1973.

Ik kan eiseres derhalve niet volgen waar zij meent de draagwijdte van de bepaling die artikel 35 wijzigt, alleen te kunnen uitleggen aan de hand van één zin uit het Senaatsverslag. De verklaring die de Senaatscommissie aldus van die bepaling geeft, stoelt op een verkeerde interpretatie van de memorie van toelichting en gaat in tegen de opzet van de wet, zoals die én uit de tekst én uit de toelichting blijkt.

Voor mij betekent die bepaling duidelijk dit : de Arbeidsovereenkomstenwet bedienden is met ingang van 30 augustus 1973 niet meer toepasselijk op de personeelsleden van de door het Rijk gesubsidieerde inrichtingen van het vrij onderwijs, aan wie de wet ten laste van de Schatkist weddetolagen toekent.

Deze uitlegging stemt overeen met de rechtspraak van het Hof en met de ook in de tekst van de wet tot uitdrukking komende bedoeling van de wetgever.

Indien men overigens de stelling van eiseres zou volgen, ziet men niet goed in op welk ogenblik de Arbeidsovereenkomstenwet bedienden in het vrij onderwijs geen toepassing meer zal vinden, indien de statutaire bepalingen met toepassing van artikel 12*bis*, § 3, niet in eenmaal maar achtereenvolgens door verschillende koninklijke besluiten worden uitgevaardigd.

En het lijkt wel de bedoeling van de uitvoerende macht te zijn artikel 12*bis*, § 3, geleidelijk uit te voeren. Want tot op heden verschenen drie koninklijke besluiten — respectievelijk van 14 april 1977, 13 oktober en 28 november 1978 — die op deze wetsbepaling steunen¹⁸.

¹⁸ Koninklijk besluit van 14 april 1977 betreffende de afwezigheden van lange duur gewettigd door familiale redenen, van de gesubsidieerde personeelsleden (*Stbl.*, 29 april 1977) ; koninklijk besluit van 13 oktober 1978 betreffende het verlof voor de opvang met het oog op adoptie en pleegvoogdij van de personeelsleden van het gesubsidieerd onderwijs (*Stbl.*, 31 oktober 1978) ; koninklijk besluit van 28 november 1978 betreffende het uitzonderlijk verlof in gevallen van overmacht, toegestaan aan de leden van het gesubsidieerd personeel (*Stbl.*, 30 december 1978).

¹⁶ Vgl. Kamer, 1972-1973, *Gedr. St.*, nr. 635/1, blz. 3.

¹⁷ Senaat, 1972-1973, *Gedr. St.*, nr. 392, blz. 11.

Nu is het onder oogpunt van wetgevingstechniek wel vreemd dat deze koninklijke besluiten worden genomen ter uitvoering van een wetsbepaling die zelf nog niet in werking is getreden, aangezien, zoals daarnet werd gezegd, de datum van inwerkingtreding van artikel 12bis, § 3, nog niet door de Koning is bepaald. Maar men zou kunnen aannemen dat, door het uitvoeringsbesluit te nemen, de Koning deze wetsbepaling meteen ook impliciet in werking doet treden, in zoverre zij de rechtsgrond van het uitvoeringsbesluit vormt.

Kan men nu beweren dat de toestand van het personeel sedert 1 mei 1977 statutair geregeld is, omdat het eerste van de genoemde koninklijke besluiten — dat van 14 april 1977 — vanaf die datum uitwerking heeft en er vanaf die datum dus reeds één statutaire regeling met toepassing van artikel 12bis, § 3, is genomen? Of moet men wachten totdat het statuut volledig is? Maar wie zal zeggen wanneer de achterenvolgens uitgevaardigde regelingen een voldoende afgerond geheel vormen om als volledig statuut te kunnen worden aangemerkt? Stelt men zich daarentegen tevreden met een onvolledig statuut, dan zie ik niet in waarom men zou afwijken van de rechtspraak van het Hof, volgens welke een fragmentarisch statuut volstaat.

Hoe dit ook zij, indien de uitvoerende macht voortgaat met het geleidelijk uitvaardigen van statutaire bepalingen in de zin van artikel 12bis, § 3, zal het niet gemakkelijk zijn om precies te bepalen vanaf welk ogenblik de toestand van het personeel van het vrij onderwijs in de stelling van eiseres, statutair is geregeld. Bevorderlijk voor de rechtszekerheid is die stelling beslist niet.

Wellicht zou men de bedenking kunnen hebben dat ook de door mij voorgedragen opvatting de rechtszekerheid in het gedrang brengt, maar dan om andere redenen. Deze opvatting heeft inderdaad tot gevolg dat aan het onderhavige geschil een andere juridische oplossing dient te worden gegeven dan die welke het Hof heeft gegeven aan gelijkaardige geschillen die vóór de gelding van de wet van 11 juli 1973 zijn ontstaan. Overigens kan de vraag rijzen of de hier uiteengezette opvatting de rechtsbescherming van het betrokken personeel niet ernstig in het gevaar brengt.

Ook indien deze bezwaren aan de voorgestelde oplossing zouden verbonden zijn, mogen zij de rechter niet ervan weerhouden aan de wet de volgens hem juridisch juiste uitlegging te geven. Voor die eventuele nadelen zou overigens niet de rechtspraak verantwoordelijk zijn, maar de uitvoerende macht die reeds meer dan vijf jaar verzuimt de wet uit te voeren. En dat heeft de wetgever zeker niet voorzien; want de memorie van toelichting stelt uitdrukkelijk dat de statutaire bepalingen ter uitvoering van artikel 12bis zullen worden uitgevaardigd «ten laatste op 31 augustus 1974»¹⁹.

Wanneer overigens de voorgestelde oplossing aan het onderhavige geschil wordt gegeven, sluit de rechtspraak opnieuw aan bij het arrest van 2 mei 1969²⁰, volgens hetwelk een ontbindend beding in verband met het huwelijk van de bediende niet als zodanig nietig is. De geldigheid van zulk beding wordt door de opeenvolgende arresten ver-

schillend beoordeeld, niet omdat het Hof zich tegensprekt of van mening verandert, maar omdat de toepasselijke wetgeving anders is.

Ten slotte is het mijn overtuiging dat de wet van 11 juli 1973 het personeel van het vrij onderwijs niet onbeschermd heeft gelaten zolang de statutaire bepalingen ter uitvoering van artikel 12bis, § 3, niet zijn genomen, inzonderheid ten aanzien van het vraagstuk dat in de onderhavige zaak aan de orde is.

Uiteindelijk gaat het om de betrachting van het personeel in hun persoonlijk leven niet gebonden te zijn door het ideologisch engagement van het onderwijs in wiens dienst het is.

Welnu, bescherming tegen willekeurige beslissingen van de onderwijsinrichting op dat gebied wordt verleend door de reeds aangehaalde § 1 van artikel 12bis, die luidt: «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.»

In tegenstelling tot § 3 van artikel 12bis is deze paragraaf de dag van de bekendmaking van de wet in werking getreden. De erdoor verleende bescherming is dus reeds effectief.

Weliswaar verwijst deze bepaling naar de statuten, die de gewaarborgde bescherming moeten concretiseren in uitvoeringsmaatregelen. Maar zowel het Kamerverslag²¹ als het Senaatsverslag²² leggen er de nadruk op dat die bepaling, wat men in het gemeenschapsrecht zou noemen, «selfexecuting» is:

«Wanneer een personeelslid van gelijk welk onderwijsnet meent dat de inrichtende macht een willekeurige beslissing nam jegens hem, zal de rechterlijke macht zich dienen uit te spreken over eventuele vernietiging op grond van § 1.

(...)

Een lid voegt hieraan toe dat dit artikel, naast de reeds voorziene statutaire bescherming, een rechtstreekse wettelijke beveiliging tegen willekeur biedt aan de personeelsleden van alle onderwijsnetten.

(..)

De bescherming tegen deze willekeur zal geschieden, enerzijds door de in de statuten voorziene procedure, en anderzijds door de mogelijkheid voor de betrokkene om zich tot de rechterlijke macht te wenden op grond van § 1.»

In de opvatting van de wetgever had eiseres haar vordering tegen verweerster kunnen gronden op artikel 12bis, § 1, wanneer zij meende dat haar huwelijk een louter privé-aangelegenheid was zonder enige weerslag op haar hoedanigheid van leerkracht en de beslissing van verweerster een willekeurige inmenging in haar privéleven was.

Weliswaar is de beoordeling van die beslissing anders wanneer de rechter ze moet toetsen aan artikel 12bis, § 1, van de Schoolpactwet dan wanneer hij artikel 21bis van de Arbeidsovereenkomstenwet bedienden moet toepassen.

Maar dat heeft de wetgever precies gewild door de toepassing van laatstgenoemde wet uit te schakelen en te vervangen door de statutaire bepalingen van de Schoolpactwet.

Het is hier niet de plaats om te onderzoeken welke rechtsgevolgen een vordering gebaseerd op genoemd ar-

¹⁹ Kamer, 1972-1973, *Gedr. St.*, nr. 635/1, blz. 10.

²⁰ *Arr. Cass.*, 1969, 834, met conclusie van de procureur-generaal DUMON, toen advocaat-generaal, *R.W.*, 1968-69, 1929.

²¹ Kamer, 1972-1973, *Gedr. St.*, nr. 635/3, blz. 4.

²² Senaat, 1972-1973, *Gedr. St.*, nr. 392, blz. 3.

tikel 12bis, § 1, zou kunnen hebben, omdat deze bepaling in het onderhavige geschil helemaal niet aan de orde is gekomen.

Alleen is het wel duidelijk, dacht ik, dat het privé-leven en de ideologische vrijheid van het personeel van het vrij onderwijs ook wettelijk beschermd zijn, wanneer men aanneemt dat het niet meer onder de arbeidsovereenkomstenwetgeving valt zonder dat de statutaire bepalingen ter uitvoering van artikel 12bis, § 3, zijn uitgevaardigd.

Samengevat meen ik dat uit het voorgaande duidelijk blijkt dat de wetgever aan het personeel van het vrij onderwijs een gelijkwaardige behandeling heeft willen waarborgen als aan het personeel van het Rijksonderwijs. Daarom heeft hij dat personeel aan de toepassing van de wetgeving op de individuele en op de collectieve arbeidsovereenkomsten onttrokken en beslist dat zijn toestand voortaan statutair zal worden geregeld, zoals ook de toestand van het personeel van het Rijksonderwijs statutair is.

Dat het personeel van het vrij onderwijs overgaat van het arbeidsovereenkomstenrecht naar een «statutaire» regeling, en dit vanaf de datum van inwerkingtreding van de wet van 11 juli 1973, heeft de wetgever duidelijk tot uitdrukking gebracht in de artikelen 18, 19 en 26 van de wet.

Die fundamentele optie heeft de wetgever zelf genomen; hij heeft het niet aan de uitvoerende macht overgelaten te oordelen wanneer die overgang zou kunnen plaatshebben. Alleen heeft hij de Koning de nodige tijd willen geven om alle statutaire bepalingen uit te vaardigen — en in zijn opvatting zou dat binnen het jaar verwezenlijkt zijn —, maar daarmee heeft hij aan de Koning niet de bevoegdheid gegeven om de overgang van het arbeidsrechtelijke naar het statutaire gedurende jaren uit te stellen en aldus te beletten dat de wet in haar fundamentele beginselen wordt toegepast.

Indien men de stelling van eiseres volgt, neemt men aan dat de wet aan de uitvoerende macht de bevoegdheid heeft verleend, niet alleen om de wet uit te voeren door het statuut op te maken, maar ook om te beslissen wanneer de arbeidsovereenkomstenwetgeving niet meer toepasselijk zal zijn en de onderwijswetgeving uitwerking zal hebben in zoverre deze de gelijkwaardigheid van de verschillende onderwijswetten, wat de rechtspositie van het personeel betreft, heeft doorgevoerd.

Interpreteert men de wet van 11 juli 1973 in de zin zoals eiseres voorstelt, dan gaat men onmiskenbaar in tegen de tekst en de opzet van de wet, en dit omwille van één zin uit het Senaatsverslag die, zoals werd aangetoond, een passus uit de memorie van toelichting kennelijk verkeerd interpreteert en aldus een uitlegging aan de wet geeft die de werkelijke bedoeling en de ware betekenis duidelijk mis kent.

Al te gemakkelijk staat de wetgevende macht haar prerogatieven af aan de uitvoerende macht. Meermaals laat zij het aan de Koning over niet alleen de wet uit te voeren, maar ook over haar toepassing te beslissen. Het staat de rechterlijke macht niet deze strekking in de hand te werken door een ruime interpretatie van de wet in dit opzicht. Tot enige overdracht van bevoegdheid mag zij maar beslissen, wanneer dit uit de wet duidelijk en onafwendbaar blijkt.

De wet van 11 juli 1973 heeft de eigen bevoegdheid van de Koning nauwkeurig bepaald — artikel 12bis uitvoeren — maar even duidelijk zelf beslist dat het personeel van het vrij onderwijs aan de toepassing van de Arbeidsovereen-

komstenwet bedienden onttrokken wordt, niet vanaf de door de Koning te bepalen datum, maar vanaf de datum van inwerkingtreding van artikel 19 van de wet, d.i. 30 augustus 1973.

In een uitvoerig en overigens zeer degelijk gemotiveerd arrest beslist het arbeidshof terecht dat de Arbeidsovereenkomstenwet bedienden en dus ook artikel 21bis van die wet, geen toepassing vindt.

Hieruit volgt dat niet alleen het tweede onderdeel van het eerste middel, dat die stelling rechtstreeks aanvecht, naar recht faalt, maar dat evenzeer het derde en het vierde onderdeel van dit middel, alsook de eerste drie onderdelen van het tweede middel tevergeefs worden voorgesteld, omdat aan al die onderdelen dezelfde verkeerde rechtsopvatting ten grondslag ligt.

In het vierde onderdeel van het tweede middel verwijt eiseres het arbeidshof te hebben beslist dat zij een fout heeft begaan, omdat zij volgens de Belgische wet een huwelijk mag aangaan met een uit de echt gescheiden man en zij niet om godsdienstige redenen mag worden gediscrimineerd.

In de passus van het arrest die in het tweede middel wordt geciteerd, komt de volgende overweging in verband met een fout voor: «dat de leerkracht die haar verplichtingen op een essentieel punt niet meer nakomt, een fout begaat wanneer zij nalaat de inrichtende macht hiervan tijdig op de hoogte te stellen en haar ontslag aan te bieden.»

De fout waarvan sprake, is kennelijk alleen die welke het gevolg is van het feit dat de leerkracht de verplichtingen die zij tegenover de school vrij heeft aangegaan, niet nakomt.

Door de verplichting aan te gaan geen gescheiden man te huwen zolang men in dienst van de school is, beperkt men zelf eigenmachtig zijn recht om te huwen; maar dat is geen aantasting van dat recht en evenmin een inbreuk op het discriminatieverbod.

Maar hoe dit ook zij, de bekritiseerde passus uit het arrest vormt een overbodig motief, omdat het arbeidshof de geldigheid van de beëindiging van de dienstbetrekking afleidt uit de verwezenlijking van een geldige ontbindende voorwaarde.

Het vierde onderdeel is derhalve niet ontvankelijk.

Conclusie: verwerping.

Arrest

Gelet op het bestreden arrest, op 20 december 1977 door het Arbeidshof te Antwerpen, afdeling Hasselt, gewezen;

Over het eerste middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 14, 17, 25, 26, 28, 30, 66, 67, 92, 93, 97, 107 van de Grondwet, 1134, 1135, 1779 van het Burgerlijk Wetboek, 1, 21bis, 35, § 1, van de bij koninklijk besluit van 20 juli 1955 gecoördineerde wetten betreffende het bediendencontract, zoals gewijzigd door de wetten van 21 november 1969 en 11 juli 1973, 1 van de wet van 22 juni 1964 betreffende het statuut van de personeelsleden van het Rijksonderwijs, zoals gewijzigd door de wet van 11 juli 1973, 1 van het koninklijk besluit van 2 oktober 1937 houdende het statuut van het Rijkspersoneel, 1, 4, 7, 12bis, § 3, 27, 28, 29, 31, 36, 40, 45, §§ 1, 9 en 11, van de wet van 29 mei 1959 tot wijziging van sommige bepalingen van de onderwijswetgeving, zoals gewijzigd door de wetten van 6 juli 1970 en 11 juli 1973, 7, § 1, van het koninklijk besluit van 28 november 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944

betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders, zoals gewijzigd door het koninklijk besluit van 16 februari 1971, 2, § 3, en 51 van de wet van 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités, zoals gewijzigd door de wet van 11 juli 1973, en van het grondwettelijk beginsel van de scheiding van de machten,

doordat het arrest de door eiseres tegen verweerster ingestelde vordering tot betaling van een opzeggingsvergoeding van 319.278 fr., gelijk aan twaalf maanden loon, verworpt op grond, dat de band tussen de inrichtende macht en het gesubsidieerde personeelslid van een vrije school van statutaire aard is en niet onder de toepassing van de wet op de arbeidsovereenkomst voor bedienden valt ; dat hieraan geen afbreuk gedaan wordt door de omstandigheid dat elementen van het statuut, namelijk de eenvormige regels waarvan sprake in artikel 12bis, § 3, van de wet van 29 mei 1959, zoals gewijzigd bij de wet van 11 juli 1973, nog niet werden uitgevaardigd ; dat, wanneer de wetgever de noodzaak van een rechtspositie «sui generis» erkent, de geschillen in geval van lacune in de uitgewerkte regels door afleiding uit de implicaties van de wet zelf dienen te worden opgelost ; dat de normen betreffende andere relaties niet als zodanig mogen worden toegepast, doch eventueel slechts bij analogie en mits zij niet strijdig zijn met de aard van de betrekking ; dat noch het gebrek aan stabiliteit, noch het ontbreken van een volledige redactie van alle bestanddelen van een statuut impliceren dat een contractuele regeling bestaat ; dat, ten overvloede, niet van een hiaat in het statuut gesproken kan worden, aangezien het nationaal paritair comité voor het gesubsidieerd vrij kleuter- en lager onderwijs in zijn zitting van 26 april 1968 een stabiliteits- en disciplinair statuut voor het directie- en onderwijzend lekenpersoneel van het gesubsidieerd vrij kleuter- en lager onderwijs vaststelde ; dat deze collectieve algemene overeenkomst weliswaar niet algemeen verbindend verklaard werd, maar dat men, naar analogie met het bepaalde in artikel 51 van de wet van 5 december 1968, mag stellen dat zij geldt voor de inrichtende machten die aangesloten waren bij de representatieve organisatie die de overeenkomst medeondertekend heeft ; dat de aldus uitgewerkte regels een algemeen en onpersoonlijk karakter hebben ; dat, op grond van het door de wet van 11 juli 1973 in de Schoolpactwet ingevoegde artikel 12bis, een koninklijk besluit een aantal eenvormige statutaire bepalingen zal invoeren, maar dat zulks niet betekent dat in afwachting daarvan, de conventioneel vastgelegde regeling zou zijn afgeschaft ; dat de verbintenis tussen de inrichtende macht en het gesubsidieerde personeelslid van het vrij onderwijs ingevolge een contract ontstaat en door particuliere personen wordt gesloten ; dat zij het verrichten van arbeid onder gezag tot voorwerp heeft en bijgevolg een arbeidsovereenkomst «sui generis» uitmaakt ; dat het arbeidsrecht geen wet kent die de arbeidsovereenkomst in haar geheel regelt ; dat, naast verschillende arbeidsovereenkomstenwetten, de schoolpactwetgeving een bijzondere relatie opgesteld heeft,

terwijl, eerste onderdeel, het tegenstrijdig en duister is te beslissen enerzijds dat de band tussen partijen van statutaire aard is, wat elk contract uitsluit, en anderzijds dat dezelfde verbintenis tussen dezelfde partijen, die particuliere personen zijn, door een contract ontstaat en een arbeidsovereenkomst «sui generis» uitmaakt (schending van de artikelen 14, 17, 66, 67, 97 van de Grondwet, 1134, 1135,

1779 van het Burgerlijk Wetboek, 1 van het koninklijk besluit van 20 juli 1955, 1 van de wet van 22 juni 1964 en 1 van het koninklijk besluit van 2 oktober 1937) ;

tweede onderdeel, de toestand van eiseres niet statutair geregeld is zoals vereist door artikel 12bis, § 3, van de Schoolpactwet, en eiseres dientengevolge, krachtens de dwingende bepalingen van artikel 35, § 1, van de wetten betreffende het bediendencontract, onder de toepassing van deze wetten blijft (schending van de artikelen 12bis, § 3, van de wet van 29 mei 1959, 21bis, 35, § 1, van het koninklijk besluit van 20 juli 1955 en 17 van de Grondwet) ;

derde onderdeel, noch de op 26 april 1968 in het nationaal paritair comité voor het gesubsidieerd vrij kleuter- en lager onderwijs gesloten stabiliteitsstatuut en disciplinair statuut van het gesubsidieerd directie- en onderwijzend lekenpersoneel van de gesubsidieerde vrije kleuter- en lager onderwijsinrichtingen, noch het algemeen reglement van het personeel van de katholieke lagere en kleuterscholen, een statutaire regeling is in de zin van artikel 12bis, § 3, van de Schoolpactwet, en ze niet bekrachtigd werden door de Koning, zodat deze akten niet van die aard zijn dat zij de toestand van eiseres onttrekken aan de toepassing van de wetten betreffende het bediendencontract ; daarbij de «aanwervingsakte» van eiseres niet naar dit paritair akkoord verwijst en het ten deze geenszins toepasselijk is (schending van de artikelen 12bis, § 3, 45, §§ 1, 9 en 11, van de wet van 29 mei 1959, 2, § 3, 51 van de wet van 5 december 1968, 1, 5, 35, § 1, van het koninklijk besluit van 20 juli 1955, 1134 en 1135 van het Burgerlijk Wetboek) ;

vierde onderdeel, noch de vrijheid van godsdienst en van onderwijs, noch de beginselen van de schoolpactwetgeving en van het statuut van het personeel, noch de wetgeving inzake sociale zekerheid en collectieve arbeidsovereenkomsten tot gevolg hebben dat de band tussen eiseres en verweerster statutair zou zijn ; deze grondwettelijke en wettelijke bepalingen de toepassing van de artikelen 21bis, en 35, § 1, van de wetten betreffende het bediendencontract in geen geval uitsluiten ; zelfs indien de grondwettelijke regeling de door eiseres ingeroepen principes zou bevatten, door de rechtbanken dan nog de wet zelf dient te worden toegepast, aangezien de grondwettelijkheid ervan niet kan worden getoetst (schending van de artikelen 14, 17, 25, 26, 28, 30, 92, 93, 107 van de Grondwet, 1, 4, 7, 12bis, 27, 28, 29, 31, 36, 40, 45, §§ 1, 9 en 11, van de wet van 29 mei 1959, 7, § 1, van het koninklijk besluit van 28 november 1969, 2 van de wet van 22 juni 1964, 2, § 3, van de wet van 5 december 1968, 1, 21bis, 35, § 1, van het koninklijk besluit van 20 juli 1955, 1134 en 1779 van het Burgerlijk Wetboek en van het grondwettelijk beginsel van de scheiding van de machten) ;

Wat het tweede, derde en vierde onderdeel betreft :

Overwegende dat het arrest vaststelt : dat eiseres, krachtens een aanwervingsovereenkomst van 1 september 1971, voor een gewone loopbaan als kleuterleidster in dienst was van verweerster ; dat eiseres op 28 juni 1975 in het huwelijk trad met een uit de echt gescheiden persoon, wiens kerkelijk huwelijk niet was ontbonden ; dat verweerster bij aangetekende brief van 23 juli 1975 aan eiseres meedeelde dat de overeenkomst onmiddellijk werd beëindigd met toepassing van artikel 31, § 1, 4°, van het algemeen reglement van het personeel van de katholieke

lagere en kleuterscholen, daar de hierin bepaalde ontbindende voorwaarde vervuld was ;

Overwegende dat eiseres een vordering tot betaling van een opzeggingsvergoeding wegens onrechtmatige beëindiging van haar dienstbetrekking instelde, stoelend op de nietigheid van de tegen haar ingeroepen ontbindende voorwaarde die, naar haar bewering, in strijd zou zijn met artikel 21bis van de gecoördineerde wetten betreffende het bediendencontract ;

Overwegende dat naar luid van dit artikel 21bis, bedingen waarbij wordt bepaald dat het huwelijk van de werknemer een einde maakt aan de overeenkomst nietig zijn ;

Dat dit voorschrift een dwingende wetsbepaling is en geen onderscheid maakt tussen de verschillende clausules waarbij rechtstreeks of onrechtstreeks wordt bedongen dat het huwelijk van de bediende een einde aan de overeenkomst maakt ;

Overwegende dat het arrest de stelling van eiseres verwerpt om de in het middel aangehaalde redenen en meer bepaald omdat sedertdien artikel 35, § 1, van de gecoördineerde wetten werd aangevuld door artikel 19 van de wet van 11 juli 1973 en bepaalt dat «deze wet van toepassing is op de door het Rijk, de provincies, de gemeenten en openbare instellingen die er onder ressorteren en de instellingen van openbaar nut en de door het Rijk gesubsidieerde inrichtingen van het vrij onderwijs tewerkgestelde bedienden, wier toestand niet statutair geregeld is», wat naar het oordeel van de rechters inhoudt dat deze gecoördineerde wetten geen toepassing meer vinden op de genoemde personeelsleden, wier toestand wel statutair geregeld is ;

Overwegende dat in deze wetsbepaling het woord «statutair» terzelfder tijd in twee verschillende betekenissen wordt gebezigd ; dat met betrekking tot het erin bedoelde overheidspersoneel het woord «statuut» betekent dat de dienstbetrekking wordt geregeld door algemene en onpersoonlijke bepalingen, die op de partijen toepasselijk zijn geworden door een eenzijdige aanstelling door de overheid en niet ingevolge een overeenkomst ; dat ten aanzien van het personeel van de inrichtingen van het vrij onderwijs, welke inrichtingen geen overheidsinstellingen, maar particuliere instellingen zijn, de dienstbetrekking blijft ontstaan door een overeenkomst tussen beide partijen, zodat het regime van het gesubsidieerde vrij onderwijs contractueel blijft ;

Overwegende dat het personeel van een particuliere persoon of instelling onder het arbeidsrecht, inzonderheid het arbeidsovereenkomstenrecht valt, tenzij de wet dit personeel een statuut geeft, waarbij zijn rechtspositie en arbeidsvoorwaarden worden bepaald naar eigen regelen die van het arbeidsovereenkomstenrecht kunnen afwijken en vastgesteld zijn door en krachtens de wet die het onder statuut plaatst ;

Overwegende dat bedoeld artikel 35, § 1, althans impliciet, een onderscheid bevat met betrekking tot de bedienden tewerkgesteld door inrichtingen van het vrij onderwijs welke door het Rijk zijn gesubsidieerd, met name tussen degenen die onder statuut staan en anderen die zodanig statuut niet bezitten ;

Dat echter noch dit artikel noch een ander artikel van de wet van 11 juli 1973 waarbij onder meer voormeld artikel werd gewijzigd, bepaalt welke betekenis aan het woord statuut moet worden gegeven, welke voorwaarden moeten

worden vervuld opdat dit statuut op bepaalde personen toepassing kan vinden, en of dit statuut al dan niet reeds bestaat en in werking is getreden ;

Overwegende dat het wel de bedoeling van de wetgever is geweest bij de schoolpactwetgeving de gesubsidieerde personeelsleden van het vrij onderwijs onder statuut te plaatsen ; dat artikel 4, § 1, van de wet van 11 juli 1973, dat als artikel 12bis in de wet van 29 mei 1959 wordt ingelast, als algemene richtlijn bepaalt dat de statuten van het personeel van het Rijksonderwijs en van het gesubsidieerd onderwijs de beveiliging waarborgen, buiten schoolverband, van het privéleven tegen willekeurige beslissingen van de inrichtende macht ; dat § 3 van hetzelfde artikel bepaalt dat de Koning, op eenvormige wijze voor alle gesubsidieerde onderwijsnetten en voor alle gesubsidieerde personeelsleden, statutaire bepalingen uitvaardigt die in de mate van het mogelijke, identiek zijn aan die van het Rijk en betrekking hebben, onder meer op (d) de gemeenschappelijke essentiële onverenigbaarheden en (e) de gemeenschappelijke fundamentele plichten ; dat artikel 15 van de wet van 11 juli 1973 de paritaire comités opdraagt een statuut inzake tuchtregeling en aanvullende regels bij de statutaire bepalingen van het in de voormelde § 3 bedoelde koninklijk besluit vast te leggen voor het gesubsidieerde personeel, en de paritaire comités door de ministers van Nationale Opvoeding kunnen worden verzocht dit statuut en deze aanvullende regels binnen een door hen gestelde termijn vast te stellen ;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat elementen van het statuut, met name de eenvormige regels waarvan sprake in voormelde § 3 van artikel 4 van de wet van 11 juli 1973, nog niet werden uitgevaardigd, maar oordeelt dat een fragmentarisch statuut niettemin een statutair geregelde toestand uitmaakt die luidens artikel 35 van de gecoördineerde wetten, de toepassing van die wet uitsluit ;

Overwegende echter dat het aldus geformuleerde oordeel alleen geldt voor de dienstbetrekkingen die, naar het hoger gemaakte onderscheid, op de partijen toepasselijk zijn geworden door een eenzijdige aanstelling door de overheid, en niet ingevolge een overeenkomst ; dat de dienstbetrekkingen bij aanstelling door de overheid immers in ieder geval beheerst worden door de algemene beginselen die de toestand van het personeel van de Rijksdiensten regelt en door de uit die beginselen afgeleide rechtsregels ;

Overwegende dat, hoewel de tekst van de wet van 11 juli 1973 geen bepaling bevat nopens de betekenis die aan het erin gebezigde woord «statuut» moet worden gegeven, noch over het al dan niet reeds bestaan of over het al dan niet onmiddellijk in werking treden van het bedoelde statuut en hoewel artikel 19, dat artikel 35 van de gecoördineerde wetten aanvult, zich ertoe beperkt te bepalen dat de wetgeving betreffende de arbeidsovereenkomsten blijft gelden voor de niet-gesubsidieerde personeelsleden van de gesubsidieerde onderwijsinrichtingen, het verslag van de Senaatscommissie voor de Nationale Opvoeding betreffende het ontwerp van wet dat leidde tot de wet van 11 juli 1973 in dit verband onderstreept dat a contrario moet worden bevestigd dat het de bedoeling is van deze aanvulling, de leden van het personeel van de door het Rijk gesubsidieerde inrichtingen van het vrij onderwijs aan de toepassing van voormelde gecoördineerde wetten te onttrekken, «zodra het koninklijk besluit wordt getroffen in toepassing

van § 3 van het nieuwe artikel 12bis» van de wet van 29 mei 1959 ;

Dat de wetgever aldus terzelfder tijd de toepassingsfeer van de wetgeving betreffende de arbeidsovereenkomst voor bedienden beperkt, wat betreft de door het Rijk gesubsidieerde inrichtingen van het vrij onderwijs, tot de personeelsleden wier toestand niet statutair geregeld is, en het ogenblik bepaalt vanaf hetwelk het gesubsidieerde personeel van deze inrichtingen wordt geacht zich onder statuut te bevinden in de zin van artikel 35, § 1, met name de dag waarop het door artikel 12bis, § 3, van de wet van 29 mei 1959 in het vooruitzicht gestelde koninklijk besluit zal zijn genomen en in werking getreden ;

Overwegende dat bedoeld artikel 12bis, § 3, luidens artikel 26 van de wet van 11 juli 1973 nog niet in werking is getreden ; dat het koninklijk besluit waarvan artikel 12bis, § 3, gewaagt, dan ook nog niet is genomen ;

Overwegende, voorts, dat geen andere wetsbepaling het gesubsidieerde personeel van de door het Rijk gesubsidieerde inrichtingen van het vrij onderwijs van het toepassingsgebied van artikel 21bis heeft uitgesloten ;

Overwegende dat door te beslissen dat eiseres gebonden is door een arbeidsovereenkomst «sui generis», die niet onder de toepassing valt van de gecoördineerde wetten betreffende het bediendencontract, het arrest voornoemde artikelen 21bis en 35, § 1, van deze wetten schendt ;

Overwegende dat de onderdelen gegrond zijn ;

Om die redenen,

Vernietigt het bestreden arrest.

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

Houdt de kosten aan en zegt dat de feitenrechter erover zal beslissen ;

Verwijst de zaak naar het Arbeidshof te Gent.

NOOT—Het bestreden arrest van het Arbeidshof te Antwerpen is gepubliceerd in *T.S.R.*, 1978, 66, met noot van H. GOORDEN. M.b.t. de kwestie van het huwelijk van een personeelslid van het katholiek onderwijs met een echtgescheiden partner als ontbindende voorwaarde t.a.v. de arbeidsovereenkomst, zie Cass., 12 jan. 1977, *R.W.*, 1976-77, 1937 met conclusie van de eerste advocaat-generaal DUMON en noot van R. VERSTEGEN.

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

10e KAMER — 20 MEI 1976

Voorzitter : de h. Caron

Raadsheren : de hh. Logé en Lox (rapporteur)

Substituut-procureur-generaal : de h. Geyskens

1. Wegmaking van in beslag genomen voorwerpen—Art. 507, 2e lid, Sw.—2. Diefstal—Ten nadele van echtgenoot—Mededaderschap.

1. Art. 507, tweede lid, Sw. beoogt uitsluitend de bestraffing van het vernietigen, beschadigen of wegmaken van roerende goederen ten aanzien waarvan een maatregel

is uitgevaardigd als bedoeld in de artt. 221, § 1, en 224 B.W.

Wanneer de feiten hun oorsprong vinden in het niet-naleven van een bevelschrift in kort geding uitgesproken door de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg op grond van art. 1280 Ger. W., kunnen deze feiten niet bestraft worden op grond van voormeld artikel.

2. De echtgenote die bedrieglijk voorwerpen toebehorend aan de huwelijksgemeenschap wegneemt, pleegt een diefstal die de toepassing van art. 462 Sw. tot gevolg heeft, daar de helft van deze goederen haar niet toebehoorden. De personen die meegewerkt hebben om, met bedrieglijk opzet, de voorwerpen toebehorende aan de huwelijksgemeenschap weg te nemen hebben zich schuldig gemaakt aan diefstal als mededaders.

T. e.a.

Overwegende dat artikel 507, 2e lid, van het Strafwetboek uitsluitend de betuigeling beoogt van het vernietigen, beschadigen of wegmaken van roerende goederen ten aanzien waarvan een maatregel is uitgevaardigd als bedoeld in de artikelen 222, § 1, en 224 van het Burgerlijk Wetboek ;

Overwegende dat, nu de ten laste gelegde feiten hun oorsprong vinden in het niet-naleven van een bevelschrift in kort geding, uitgesproken door de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Leuven op grond van artikel 1280 van het Gerechtelijk Wetboek, deze feiten niet kunnen betuigeld worden bij voormeld artikel van het Strafwetboek ; dat beklaagden hiervan dienen te worden vrijgesproken ;

Overwegende dat het zonder nut voorkomt na te gaan in hoeverre de getroffen maatregelen in kracht van gewijsde waren getreden ; dat deze omstandigheid evenmin weerslag heeft op de tenlasteleggingen sub I, 1, b, nu kan worden volstaan met de vaststelling dat de echtelieden G.-T. steeds gehuwd waren en geen rechterlijke beslissing een verdeling van hun roerende goederen had bevolen ;

Overwegende dat de echtgenote die, zoals in casu, bedrieglijk voorwerpen toebehorend aan de huwelijksgemeenschap wegneemt, een diefstal begaat die de toepassing van artikel 462 van het Strafwetboek tot gevolg heeft, daar de helft van deze voorwerpen haar niet toebehoorden (Cass., 5 juli 1897, *Pas.*, I, 244) ;

Overwegende dat de beklaagden C. Marcel, T. Maria en T. Philomena op 6 oktober 1973 geholpen hebben bij het wegnemen uit de woning van de echtelieden G.-T. van voorwerpen opgesomd in de oorspronkelijke dagvaarding sub I, 1, b ;

Overwegende dat beklaagde T. Philomena op 6 november 1973 aan de rijkswacht toefat dat de buffetkast en de keukenkast met dubbele waterbak, alsook het kinderbed in ijzer en het huishoudgerief dat zich bij haar thuis in de wasplaats en op de zolder bevonden, er gebracht werden door de echtgenote G.

Overwegende dat de rijkswacht op 17 december 1973 diende vast te stellen dat deze voorwerpen verdwenen waren ; dat T. Philomena toen bekende dat zij een onjuiste verklaring afgelegd had om haar zuster Simone te sparen en hiertoe de toegang van bepaalde plaatsen van haar woning aan de rijkswacht ontzegde ;

Overwegende dat deze beklaagde toen aan de reeds waargenomen voorwerpen toevoegde : 2 buffetkasten

met tafel en 6 stoelen, een keukenkast met dubbele metalen afwasbak, een volledige slaapkamer, een T.V.-toestel met roltafel, twee luchters, een keukentafel met stoel, een frigo, een deken, divers keukengerief, een divan en 2 clubzetels ;

Overwegende dat T. Philomena door de onderzoeksrechter onderhoord, toegaf dat zij wist dat het voorwerpen betrof van het echtpaar G.-T. en op de hoogte was dat een echtscheidingsprocedure aanhangig was ;

Overwegende dat zij toen geen gewag maakte van de omstandigheid dat al deze voorwerpen de huisraad uitmaakten die haar zuster Simone van haar ouders gekregen zou hebben in april 1973, zoals deze laatste vooropzet bij haar onderhoor door de onderzoeksrechter ; dat T. Simone, in haar klacht gericht tot de procureur des Konings van Leuven op 23 april 1973, slechts gewag maakt van een ontbrekende automatische wasmachine, een diepvriezer, een gasvuur, een w.c., een gootsteen, een ventilator, 5 paar lakens, 4 dekens, en keukengerief en nergens het ontbreken van slaapkamer, salon- en keukenmeubelen aanklaagt ;

Overwegende dat getuigen La. en Le. vaststelden dat de derde, vijfde en zesde beklaagde meeg geholpen hebben om de voorwerpen van de echtelijke woning naar die van beklaagde T. Philomena over te brengen ;

Overwegende dat het bedrieglijk opzet voldoende bewezen wordt door de bekentenissen van T. Philomena en uit haar poging om de ontvreemde voorwerpen te verbergen ; dat zulks insgelijks het geval was voor beklaagden C. Marcel en T. Maria die, tot op de zitting van het hof, alle deelneming aan de verhuis loochenden ;

Overwegende dat de tenlastelegging tegen de drie beklaagden minstens bewezen is wat betreft de wasmachine, de droogzwierder, het onderstel van inbouwkeuken, de luchters, het volledig salon, de T.V.-tafel, de twee tapijten, de volledige slaapkamer, de grasmachine en de kleerkast ;

(...)

NOOT—Wegmaking van aangeslagen goederen

1. In verband met de wegmaking van aangeslagen huwelijksgoederen, zie ook Hof Gent, 9 maart 1976, *R.W.*, 1977-78, 1369, met noot.

2. De wet van 14 juli 1976 heeft de artt. 221, § 1, en 224 (oud) B.W. in art. 507 Sw. vervangen door art. 224 (nieuw) B.W.

Het valt te betreuren dat de wetgever van deze gelegenheid geen gebruik heeft gemaakt om de overtredingen van de verbodsbepalingen vervat in de artt. 1253septies en 1280 Ger. W. te beteugelen of tenminste heel deze materie te harmoniseren.

In zijn huidige vorm voorziet art. 507 Sw. slechts in een partiële — en bijgevolg onbevredigende — bestraffing van de overtredingen van de rechterlijke verbodsbepalingen in verband met de huwelijksgoederen.

«Laws should be like clothes. They should be made to fit the people they are meant to serve», beweerde Clarence Darrow. Ten deze kan men zich van de indruk niet ontdoen dat we sedert lang uit de kleren waren gegroeid.

A. Vandeplas

MEDEDELINGEN

Herziening van het Nederlandse scheidingsprocesrecht en nieuwe regeling van het omgangsrecht

Bij de Tweede Kamer is een wetsontwerp ingediend waarbij het scheidingsprocesrecht en het omgangsrecht bij scheiding herzien worden. Mededelingen van het Nederlandse Ministerie van Justitie, Voorlichtingsdienst, nr. 1109)

De herziening van het scheidingsprocesrecht betreft verbeteringen waaraan behoefte is gebleken sedert de invoering van het nieuwe echtscheidingsrecht in 1971. Sindsdien zijn in de rechtspraktijk een aantal oneffenheden en onduidelijkheden gesignaleerd.

De regeling die het wetsontwerp voorstelt voor het omgangsrecht, betekent vooral een principiële versterking van de positie van de ouder die na de scheiding niet het gezag over het kind heeft gekregen.

Verbeteringen in het scheidingsprocesrecht

De verbeteringen die het wetsontwerp in het scheidingsprocesrecht voorstelt, gaan voor een belangrijk deel terug op voorstellen van de Commissie Scheidingsprocesrecht uit 1974. Op die voorstellen zijn tal van reacties en beschouwingen gekomen. Ook daaraan is bij het opstellen van de wettekst veel aandacht geschonken.

In het wetsontwerp is o.m. opgenomen een meer stringente regeling van het horen van minderjarige kinderen als het gaat om beslissingen over het gezag of over de omgang tussen ouder en kind.

Het huidige recht bepaalt dat de rechter die beslissingen niet neemt dan nadat hij het kind, als dat veertien jaar of ouder is, zo mogelijk heeft gehoord. Dat «zo mogelijk» leidt er in de praktijk wel toe dat het horen achterwege blijft. Het wetsontwerp formuleert het nu zo dat duidelijk tot uitdrukking komt het recht van het kind om zijn mening kenbaar te maken. De rechter moet het kind daartoe in de gelegenheid stellen. Bovendien wordt de leeftijdsgrens van veertien jaar verlaagd naar twaalf.

Afgeschaft wordt de verplichte verschijning van beide echtgenoten voor de rechter, de zgn. verzoeningscomparitie. In de praktijk beantwoordt die niet aan het doel dat de wetgever er mee had : een zinvol gesprek van de rechter met partijen over hun problemen en een eventuele verzoening.

In het huidige recht sluiten voorlopige voorzieningen voor de duur van de procedure en de definitieve voorzieningen niet altijd goed op elkaar aan. Dit is het geval bijvoorbeeld bij beslissingen over de alimentatie. Het wetsontwerp bevat bepalingen die een betere aansluiting bevorderen.

Omgangsrecht

De voorgestelde regeling gaat er van uit dat omgang tussen ouder en kind ook na de scheiding in beginsel in het belang van het kind is.

De regeling maakt zoals gezegd de positie van de ouder die niet met het gezag over het kind is belast, veel sterker. Daarnaast is tot uitdrukking gebracht dat omgang een wederkerige aangelegenheid is, namelijk van ouder en kind.

In het nu nog geldende recht kan de ouder aan wie het kind niet is toevertrouwd, alleen omgang met het kind hebben als de ouder die het gezag heeft, daarmee instemt of als de rechter een regeling daarvoor getroffen heeft.

De voorgestelde regeling komt kort gezegd op het volgende neer. Het kind en de ouder die na de scheiding niet met het gezag is belast, zijn van rechtswege bevoegd, met elkaar om te gaan.

Voorwaarde voor uitoefening van die bevoegdheid is echter dat de ouders het eens zijn geworden over de wijze van uitoefening. Zij moeten daarvoor gezamenlijk en in overleg met het kind een regeling treffen. Als ze niet in onderling overleg tot een regeling kunnen komen, moet eerst de rechter een regeling vaststellen. De ouders kunnen samen, maar ook ieder afzonderlijk zo'n regeling aan de rechter vragen.

De rechter mag de ouder die niet met het gezag over het kind is belast, de omgang met het kind alleen ontzeggen als die omgang kennelijk in strijd zou zijn met het belang van het kind. Ontzegging kan ook volgen als het kind zelf — mits twaalf jaar of ouder — ernstig bezwaar heeft tegen de omgang met de ouder. Is er geen ontheffingsgrond aanwezig, dan moet de rechter dus als men hem er om vraagt een regeling voor de omgang vaststellen.

Is een regeling tussen de ouders afgesproken of door de rechter vastgesteld, dan is de ouder die het gezag over het kind heeft, verplicht medewerking te verlenen. De andere ouder moet zijn bevoegdheid tot omgang uitoefenen als een goed ouder en in overleg met de ouder die het gezag over het kind heeft.

Voorgesteld wordt in de wet ook duidelijk vast te leggen wat in de rechtspraak al werd aanvaard: dat een omgangsregeling tussen het kind en de ouder aan wie het niet is toevertrouwd, ook als voorlopige voorziening kan worden gevraagd; dus voor de tijd dat de scheiding er nog niet door is.

Minister De Ruiter heeft over het nieuwe stelsel van omgangsrecht advies gevraagd aan het Werkverband Integratie Jeugdwelzijnswerk Nederland (W.I.J.N.), de Afdeling Familie- en Jeugdrechtspraak van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak en het College van Advies voor de Kinderbescherming. De adviesaanvraag van 28 december 1978 en de drie adviezen zijn als bijlagen gevoegd bij de memorie van toelichting van het wetsontwerp.

Voertuigschade en BTW

In welke gevallen is de aansprakelijke gehouden tot de terugbetaling van de BTW of inschrijvingsbelasting?

1. Herstelling

Het is algemeen gebruikelijk dat de schadeveroorzaker of zijn verzekeraar de BTW op de herstellingskosten slechts dient te vergoeden indien de reparatie werd uitgevoerd. De rechtspraak is het daar onverdeeld mee eens. Als bewijs zal de herstellingsfactuur dienen voorgelegd te worden.

2. Totaal verlies

De meningen zijn verdeeld.

Strekking nr. 1. — De BTW of inschrijvingsbelasting¹ is slechts verschuldigd als de benadeelde bewijst dat hij een vervangingsvoertuig heeft aangekocht (bewijsmiddel: aankoopfactuur of inschrijvingsbewijs).

De voorstanders van deze strekking beroepen er zich op dat de benadeelde geenszins het recht heeft de terugbetaling te eisen van een belasting die niet werd betaald, met name de BTW op de aankoop van een vervangingsvoertuig (Hof Brussel, 28 sept. 1973, *De Verz.*, 1974, 859).

Daartegen wordt aangevoerd dat de vordering niet het voorwerp uitmaakt van de belasting op de aankoop van een vervangingsvoertuig, maar van een gedeelte van de belasting die betaald werd bij de aankoop van het ondertussen vernield voertuig.

Klopt niet, beweren de strekking nr. 1-aanhangers, aangezien de belasting die betaald werd bij de aankoop van het vernield voertuig in ieder geval verloren is en was. Immers, wanneer de benadeelde zijn voertuig zou verkocht hebben vóór het schadegeval, zou hij enkel de tegenwaarde van het voertuig ontvangen. Inzake BTW zou hij niets krijgen (Hof Brussel, 28 september 1973, *De Verz.*, 1974, 859).

S., annotator bij dit arrest, vergelijkt het probleem met de aankoop van een huis tegen de prijs van 800.000 fr. De belastingen en diverse kosten doen de prijs oplopen tot 1.000.000 fr. Wanneer de

nieuwe eigenaar beslist het huis een weinig later te verkopen zal hij slechts 800.000 fr. krijgen.

Dat is volkomen juist maar de vergelijking gaat niet in alle opzichten op. Inderdaad, de benadeelde was immers niet noodzakelijk van zins zijn voertuig te verkopen.

Het Hof van Cassatie heeft geoordeeld dat de schade niet bestaat in het «verlies van de waarde van het voorwerp» doch in het «verlies van het voorwerp zelf» (8 mei 1952, *Pas.*, 1952, I, 570). Welnu, de tegenwaarde van het verlies van het voertuig bestaat in de waarde van het voertuig vóór het ongeval, vermeerderd met de BTW op dat bedrag.

In de zin van het arrest van het Hof te Brussel werd gevonnis door Rb. Brussel, 22 maart 1974, *R.G.A.R.*, 1974, 9326 en Hof Bergen, 6 feb. 1975, *R.G.A.R.*, 1975, 9509.

Strekking nr. 2. — In de beslissingen van strekking nr. 1 wordt uitgegaan, zo beweren L. Schuermans, J. Schrijvers, D. Simoens, A. Van Oevelen en M. Debonnaire in «Overzicht van rechtspraak», *T.P.R.*, 1977, 591, van de (foutieve) redenering dat de aan de benadeelde verschuldigde schadevergoeding gelijk moet zijn aan de verkoopprijs van het voertuig vóór het ongeval, terwijl deze moet beantwoorden aan de vervangingswaarde. Deze laatste opvatting wordt dan ook door de rechtsleer verworpen (J. Kirkpatrick, noot onder Cass. 29 mei 1973, *R.C.J.B.*, 1975, 586-587, nr. 8: J. L. Fagnart, blz. 109, nr. 133). De BTW, berekend op de waarde van het vernielde voertuig, dient dus vergoed te worden, zonder dat vereist is de aankoopfactuur van het nieuwe voertuig voor te leggen.

De Politierechtbank te Luik oordeelt dat de BTW verschuldigd is zelfs ingeval de benadeelde geen factuur voorlegt en alzo geen bewijs levert van de aankoop van een andere auto (24 april 1975, *R.G.A.R.*, 1976, 9578).

De BTW is verschuldigd zonder rechtvaardigingsstuk. De terugbetaling ervan moet niet afhangen van het bewijs van de betaling van een nieuwe belasting, aangezien niet de tweede maar wel de eerste BTW moet worden terug betaald (Corr. Neufchâteau, 18 december 1975, *De Verz.*, 1976, 679).

De vergoeding mag geen onrechtmatige verrijking met zich brengen doch ze is niet beperkt tot de verkoopwaarde. Binnen deze grenzen verzet er zich niets tegen dat de BTW wordt toegekend, aangezien de rechtbank van oordeel is dat het terugkrijgen ervan de tegenwaarde vertegenwoordigt van de schade die de benadeelde lijdt door het verlies van zijn voertuig (Pol. Hamoir, 9 mei 1977, *R.G.A.R.*, 1978, 9877).

«Overwegende dat appellant door het vroegtijdig verlies van zijn voertuig het voordeel van de door hem betaalde BTW verloor en in de schadeberekening het verlies van dit voertuig eveneens dient te worden begrepen; dat appellant trouwens bij aankoop van een gelijkwaardig voertuig benevens de prijs ook de BTW op deze prijs zal moeten betalen; dat de eerste rechter terecht de BTW in het schadebedrag opgenomen heeft» (Hof Antwerpen, 25 feb. 1976, *R.W.*, 1976-77, 297).

«Dat echter door het voortijdig verlies van het voertuig de burgerlijke partij eveneens het voordeel van de door hem betaalde BTW verliest; dat de burgerlijke partij trouwens tot volledig herstel van zijn patrimonium zich slechts een gelijkaardig voertuig van dezelfde waarde zou kunnen aanschaffen door betaling van de nettowaarde van het vernielde voertuig vermeerderd met de BTW op deze waarde» (Corr. Tongeren, 11 juli 1975, *R.W.*, 1975-76, 318).

In ongeveer dezelfde zin werd geoordeeld door Hof Brussel, 19 juli 1973, *R.G.A.R.*, 1974, 9284, door Corr. Aarlen, 17 okt. 1973, *J.L.*, 1973-74, 267 en 9 juni 1976, *J.L.*, 1976-77, 58, en door het Franse Hof van Cassatie 20 okt. 1971, *Rev.Trim.Dr.Civ.*, 1972, 605.

De mening van het Hof van Cassatie

Een auto wordt vernield. De waarde wordt bij expertise vastgesteld op 119.690 fr. De benadeelde koopt een vervangingsvoertuig voor de prijs van 90.000 fr. Hij vordert 119.690 fr. + 29.923 fr., zijnde 25 % belasting op 119.690 fr. Het Militair Hof

willigt deze vordering in (29 maart 1977). De aansprakelijke partij voorziet zich in cassatie. Ze is immers van mening dat ze slechts 22.500 fr. aan belasting verschuldigd is (25 % op 90.000 fr.).

Het Hof van Cassatie deelt dit standpunt en vernietigt het arrest. De motivering luidt als volgt :

«Dat de vergoeding ten bedrage van de belasting over de toegevoegde waarde niet tot doel heeft het verlies van een deel van de vervangingswaarde van het verongelukte voertuig goed te maken, maar het nadeel te herstellen dat voortvloeit uit de betaling van die belasting bij de vervanging van dat voertuig, en het arrest, door eiser te veroordelen tot de betaling van een hoger bedrag dan verweerder bij de aankoop van het vervangingsvoertuig voor die belasting heeft betaald, aan verweerder een vergoeding toekent voor een niet geleden schade en aldus de voormelde wettelijke bepalingen schendt ;

Overwegende dat de persoon die aansprakelijk is voor het ongeval waardoor andermans voertuig totaal vernield werd, aan de benadeelde het bedrag moet terugbetalen van de belasting over de toegevoegde waarde die bij de aankoop van het vervangingsvoertuig werkelijk werd betaald, en *niet* het bedrag van die belasting berekend op de waarde van het vervangen voertuig vóór het ongeval, voor zover evenwel de waarde van het vervangingsvoertuig de waarde van het vervangen voertuig niet te boven gaat ;

Dat de vermogensvermindering voor de benadeelde namelijk voortvloeit uit de betaling van die belasting en de schade dan ook slechts bestaat indien en naarmate die belasting werd betaald» (Cass., 19 okt. 1977, *R.W.*, 1978-79, 207).

Besluit

Na overweging van de verschillende uiteenlopende meningen blijkt een stellingname ter zake niet zo eenvoudig als op het eerste gezicht werd vermoed.

Het hoeft geen betoog dat het geciteerde cassatiearrest de houding van de verzekeringsmaatschappijen in niet geringe mate heeft beïnvloed.

Het zal om zo te zeggen niet meer mogelijk zijn, in geval van totaal verlies, de BTW of de inschrijvingsbelasting bij een minnelijke regeling te recupereren, zonder dat het beschadigd voertuig vervangen wordt.

De belasting zal slechts vergoed worden : 1. als de benadeelde bewijst dat hij een vervangingsvoertuig heeft aangekocht (bewijsmiddel : aankoopfactuur of inschrijvingsbewijs) ; 2. ten belope van de belasting die bij de aankoop van het vervangingsvoertuig werkelijk werd betaald, voor zover de waarde van het vervangingsvoertuig de waarde van het vervangen voertuig niet overtreft.

Einde van de discussie ?

Of alle hoven en rechtbanken de stelling van het Hof van Cassatie zullen volgen blijft een open vraag. Ook zal niemand durven te beweren dat het opperste Hof niet op zijn stappen zal terugkeren.

Jan Stasseyns

¹ De inschrijvingsbelasting vervangt sedert 1 jan. 1978 de BTW bij aankoop van een personenauto, auto voor dubbel gebruik, minibas, kampeerauto, kampeeraanhangwagen of motorfiets, als de verkoper een *niet*-BTW-plichtige is. Zie daaromtrent *Vademecum Autoverzekeringen*, J. Stasseyns, Informatica, Antwerpen.

BALIELEVEN

Vlaamse Conferentie der Balie van Gent
Samenstelling van het bestuur

Voorzitter : mr. René Verstringhe ; ondervoorzitter : mr. Guido Aerts ; secretaris : mr. Guy Naesens ; penningmeester : mr. Karel Van Hoorebeke ; leden : mrs. Thierry Beele, Lieven Decaluwé, Fred Evers, Monique Steyaert, Tony Van Parijs, Rita Van Peteghem ; dauphin : mr. Paul De Cordier ; vertegenwoordiger der stagiairs : mr. Paul Cooreman ; vervangingsdienst : mr. Annie-Roos Van Laeres.

TIJDSCHRIFTEN

Nederlands Juristenblad

jg. 54, 24 febr. 1979, nr. 8.

H. Naber, Vormt het uitzendwezen in het arbeidsrecht een driehoek met twee zijden ?—J.C.M. Leyten, Van de zeven kleine verschrikkingen van het strafrecht. De tweede verschrikking—Uitreikingsperikelen—R. de Winter, De grondslagen van de grondslagen der vrijheid van meningsuiting—J.A. Peters, Naschrift—Rubrieken.

jg. 54, 3 maart 1979, nr. 9.

Lotty van den Berg-Eldering, Huwelijk, huwelijksontbinding en de positie van minderjarigen in het Marokkaans recht—Th. H.J. Dorrestein, Rechtsvinding in het internationale wegvervoerrecht met naschrift K.F. Haak—J. van Slooten, Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam 1978—E.P.A. Keyzer en J. Spier, Onuitsprekelijk ? Rubrieken.

jg. 54, 10 maart 1979, nr. 10.

Henc van Maarseveen, en Hetty Stout, Algemene beginselen van behoorlijke rechtspraak—I.M. Abels en J.F. Nijboer, Alternatieve bewezenverklaring in strafzaken—M.R. Mok, De forumfunctie van het NJB—J.E. Keman, Kunnen homoseksuele mensen duurzaam samenleven ?

jg. 54, 17 maart 1979, nr. 11.

J. Soetenhorst-de Savornin Lohman, Van advies tot wetsontwerp. De lotgevallen van de commissie vermogensstraffen nader bekeken—A.W. Koers, De onderhandelingen over een nieuw internationaal recht van de zee : schipbreuk of redding ?—U.G.M. Arnold, Verbod van ontslag wegens ziekte.

jg. 54, 24 maart 1979, nr. 12.

J. Griffiths, Legal Reasoning from the External and the Internal Perspectives : The Legal Philosophy of Ronald Dworkin—F. de Graaf, Particuliere politie bestaat niet, maar dient sceptisch tegemoet getreden te worden—Th. M. Bervoets, Verslag van de jaarvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking—A.P. Funke, Mogen juristen gediscrimineerd worden door verhuurders ?

jg. 54, 31 maart 1979, nr. 13.

C. Kelk, «Diversion» en de kritische strafrechtswetenschap—A.H.J. Swart, De rol van het parlement bij de uitvoering van verdragen—F.W. Grosheide, Voortgang des rechts : rechtsvinding en transsexisme—D.W.J.M. Pessers, Verslag Congres Rechtsomlegging—F.J. Houwing, Die pleit om een koe, geeft er één toe.

jg. 54, 7 april 1979, nr. 14.

A.C. 't Hart, Pornografie en strafvervolgning : van «Chick» tot «Deep Throat»—J.J.A. de Groot, Meerderjarige - zelfstandig ? D.H.M. Peepkorn, Deep Throat—Chr. G.J. Rutten, Een onzorgvuldige recensie.