

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

REDACTIE : RIDDER RENE VICTOR, HOOFDREDACTEUR

E. BOONEN, C. CAENEPEEL

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

DE NIEUWE WET OP DE DWANGSOM

1. Begripsomschrijving en wordingsgeschiedenis

De dwangsom is een bijkomende veroordeling die aan de schuldenaar bij rechterlijke uitspraak wordt opgelegd ten einde op hem druk uit te oefenen om hem ertoe te brengen dat hij de tegen hem uitgesproken hoofdveroordeling nakomt.

In haar huidige gedaante is zij een creatie der 19e-eeuwse Franse rechtspraak (als geldig erkend bij Cass., 20 maart 1889, *S.*, 1892-1-565, dat de term «astreinte» voor het eerst ter kenmerking gebruikt) en zij werd in vorige eeuw ook in België regelmatig uitgesproken (o.m. Hof Brussel, 31 december 1877, *B.J.*, 1878, 601: bevel aan gehuwde vrouw de echtelijke woonplaats opnieuw te betrekken op straffe van een dwangsom van 5 fr. per dag).

Men kan echter in een veel verder verleden teruggrijpen; sommige uitspraken uit de vorige eeuw verwezen tot hun rechtvaardiging naar een constante traditie teruggaand tot Justinianus' regel: «Omnibus magistratibus, non tamen duumviris, secundum ius potestatis suae concessum est, iurisdictionem suam defendere poenali iudicio». (*D.*, II, 3, 1, pr.).

De rechtsleer heeft echter steeds de dwangsom bestreden als onwettig, bij gemis aan een uitdrukkelijke wettekst die haar zou toelaten (o.a. LAURENT, *Principes de droit civil*, XVI, nr. 299-302 en XVII, nr. 425; *P.B.*, tw. «Astreinte», nr. 13 e.v.; *R.P.D.B.*, tw. «Obligations», nr. 683 en 755; STORME, «De dwangsom», *R.W.*, 1962-63, 1321 e.v.).

Haar stem werd pas gehoord toen het Hof van Cassatie bij arrest van 24 januari 1924 (*Pas.*, 1924, I, 151, met concl. proc.-gen. TERLINDEN) een arrest van het Hof te Luik (6 december 1921, *Pas.*, 1923, II, 39) vernietigde, o.m. op grond der naderhand klassiek geworden overweging: «... qu'il appartient à la loi de déterminer les voies d'exécution qu'elle autorise; (...) qu'aucune disposition légale ne permet au juge civil de sanctionner ses injonctions par de condamnations préconiales à titre de pure contrainte, peine privée ou menace; que, s'il le fait, il excède ses pouvoirs».

Meteen geeft het Hof ook een goede samenvatting van de bezwaren der rechtsleer. Dit standpunt is het Hof nadien steeds trouw gebleven (Cass., 22 november 1926, *Pas.*,

1927, I, 92; 10 maart 1932, *Pas.*, 1932, I, 98; 30 september 1937, *Pas.*, 1937, I, 249, met concl. proc.-gen. Leclercq; 10 februari 1956, *Pas.*, 1956, I, 603 en 604 (2 arresten) en *R.W.*, 1956-57, 1011; 13 maart 1964, *R.W.*, 1964-65, 1018, naast andere). De lagere rechters zijn dit standpunt bijgevalen en de rechtsleer betuigde haar instemming (DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, III, nr. 160; DEKKERS, *Handboek van het burgerlijk recht*, II, nr. 387; KLUYSKENS, *De Verbintenissen*, nr. 73). Waakzaamheid bleef echter vanwege het hoogste gerechtshof geboden: een dwangsom is immers een zeer efficiënt middel om de schuldeiser vanwege de schuldenaar te doen toekomen waar hij recht op heeft. Vaak wordt zij dan ook vermomd toegekend als een actuele vaststelling van de schade die de schuldeiser per dag zal lijden, als de schuldenaar de veroordeling niet nakomt. Men voelt dat onder de vaststelling *ex aequo et bono* van deze schadepost, meer schuilt dan de loutere wil om de schuldeiser schadeloos te stellen voor de eventuele niet-nakoming door de schuldenaar. De uitspraak zal echter onaanvechtbaar zijn indien de rechter zorgvuldig alles uit zijn motivering bant wat naar dwangsom, straf en onder druk zetten van de schuldenaar zweemt, en benadrukt dat het om schadeloosstelling gaat. Mogelijk ook laat hij dit door een vrij lage begroting van het per tijdseenheid verschuldigde bedrag tot uitdrukking komen (J. RONSE, «De dwangsom in het Belgisch recht», *Jaarboek VIII van de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, blz. 106 (117)).

In de ons omringende landen bestonden reeds wetten die de oplegging van een dwangsom regelden (Nederland, *W.* 29 december 1932; Duitsland, art. 888 c.v. Zivilprozessordnung; Frankrijk, *W.* 5 juli 1972, artt. 5-8). Het mag dan ook geen wonder heten dat op 26 november 1973 te 's-Gravenhage door de gevolmachtigden der drie Benelux-regeringen de Benelux-Overeenkomst houdende eenvormige wet (E.W.) betreffende de dwangsom werd ondertekend. Nederland en Luxemburg hebben het verdrag reeds geratificeerd en hun bekrachtigingsoorkonden neergelegd, zodat het verdrag tussen hen in werking is getreden en de wet in hun interne rechtsorde van kracht werd.

In België werd het wetsontwerp op 30 maart 1978 in de

Kamer neergelegd (*Gedr. St., Kamer*, 1977-78, nr. 353) en zonder discussie goedgekeurd. Bij de behandeling in de Senaat werd verslag uitgebracht door M. STORME, namens de Commissie voor Buitenlandse Zaken (*Gedr. St., Senaat*, nr. 404 (1977-78), nr. 2), doch werd, bij de behandeling in plenaire zitting, gevraagd dat ook de Commissie voor de Justitie dit wetsontwerp zou bespreken (*Parl. Hand., Senaat*, 25 en 28 juli 1978). Namens de Commissie voor de Justitie werd ook verslag uitgebracht door M. STORME (*gedr. St., Senaat*, 1979, nr. 177/2), waarna twee amendementen werden ingediend door A. LAGASSE (*Gedr. St., Senaat*, 1979, nr. 177/3). Daarop werd besloten het advies der verenigde Commissies voor de Justitie en de Tewerkstelling, de Arbeid en de Sociale Voorzorg in te winnen, daar er een amendement was ingediend dat beoogde de toepassing van de dwangsom op de arbeidsovereenkomsten uit te sluiten, wat krachtens artikel 3 van het verdrag mogelijk was. Deze commissies vroegen daarna het advies van de Nationale Arbeidsraad over dit amendement. Nadat de Nationale Arbeidsraad aanneming ervan nuttig had geoordeeld, werd namens de verenigde commissies opnieuw verslag uitgebracht door M. STORME (*Gedr. St., Senaat*, 1979, nr. 177/4). In zijn vergadering van 22 november 1979 werd dan het gewijzigd wetsontwerp door de Senaat goedgekeurd (*Parl. Hand., Senaat*, 22 november 1979). In de Kamer werd het ontwerp daarna zonder discussie goedgekeurd (*Parl. Hand., Kamer*, 10 januari 1980).

De wet 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, werd op 31 januari 1980 bekrachtigd en afgekondigd. Zij werd bekend gemaakt in het Staatsblad van 20 februari 1980 (blz. 218 e.v.).

In het Gerechtelijk Wetboek wordt een hoofdstuk XXIII onder het opschrift «De dwangsom» in Deel IV, Boek IV ingevoegd, bestaande uit de 8 artikelen der Eenvormige Wet, en genummerd van 1385bis tot 1385nonies. Tevens wordt voor de bepaling van de rechterlijke bevoegdheid door de waarde van de vordering (art. 557 Ger. W.) het bedrag van de gevorderde dwangsom uitgesloten en werden de artikelen 46, 47 en 48 Sw. en de wetten betreffende de lijfswang opgeheven.

Oorspronkelijk wilde men een titel XVI «Dwangsom» in Boek III van het Burgerlijk Wetboek opnemen (artt. 2059-2066) in de plaats van de vroeger opgeheven artikelen over de lijfswang in burgerlijke zaken (*Gedr. St., Senaat*, 1977, nr. 177/3).

Bij de Eenvormige Wet en het verdrag hoort een gemeenschappelijke memorie van toelichting, gepubliceerd door de Interparlementaire Beneluxraad op 1 juni 1970 (N 108/1, blz. 8-24) en afgedrukt bij het wetsontwerp van 30 maart 1978 (*Gedr. St., Kamer*, 1977-78, nr. 353/1, blz. 4-24).

Naast deze gemeenschappelijke memorie van toelichting vindt men in de publikaties van de Raadgevende Interparlementaire Beneluxraad ook het verslag van J. HAM-BYE, uitgebracht namens de Commissie voor de burgerlijke, de handels- en de strafwetgeving en een aanvullend verslag van dezelfde rapporteur voor dezelfde commissie (Doc. 108/2 en 3 resp. van 9 december 1971 en 14 april 1972).

2. Begripsomschrijving door de Eenvormige Wet

De rechter kan, op vordering van een der partijen de wederpartij veroordelen tot betaling van een geldsom, dwangsom genaamd, voor het geval 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, noch ten aanzien van vorderingen ter zake van de nakoming van arbeidsovereenkomsten (art. 1385bis Ger. W.).

3. Aard der veroordeling tot een dwangsom

De veroordeling is *accessoir*, *voorwaardelijk*, zij is een *pressiemiddel* en *geen schadeloosstelling* en heeft een *arbitrair* karakter.

3.1. Accessoir karakter. Een dwangsom kan slechts worden opgelegd als bijkomende veroordeling bij een hoofdveroordeling, *zonder welke zij niet kan bestaan of voortbestaan*. Slechts definitief verbeurde dwangsommen geven aanleiding tot een verbintenis die onafhankelijk bestaat van de verbintenis tot nakoming van de hoofdveroordeling.

Beide vorderingen moeten worden ingeleid in een zelfde geding en bij een zelfde rechterlijke uitspraak worden beslecht. De vordering tot oplegging van een dwangsom die niet in samenhang met een hoofdvordering wordt ingesteld, is niet ontvankelijk, wat blijkt uit het feit dat art. 1385bis, eerste lid, van de hoofdveroordeling spreekt (zo ook : art. 1385quinquies, eerste lid).

Als een dwangsom voor het eerst in hoger beroep of in verzet wordt gevorderd (art. 1385bis, 2e lid, Ger. W.), kan de oplegging ervan niet afzonderlijk worden gevraagd ; deze vordering moet samengaan met de vordering tot een hoofdveroordeling, (S..., VAN OPSTALL, «De regeling van de dwangsom in het gewijzigd ontwerp voor het derde boek van het nieuwe burgerlijke wetboek», *W.P.N.R.*, 5194, 473/476) (1972).

3.2. Voorwaardelijk karakter. De veroordeling tot een dwangsom is *onder opschortende voorwaarde* verleend : zij zal slechts verschuldigd zijn, zo de hoofdveroordeling niet of niet tijdig wordt nagekomen. Wordt de hoofdveroordeling binnen de gestelde termijn nagekomen, dan vervalt de accessoire veroordeling tot een dwangsom.

3.3. Pressiemiddel. Bedoeling der dwangsom is druk op de schuldenaar uit te oefenen. Dit is haar belangrijkste bestaansreden : zij is bedoeld als een middel dat de rechter de mogelijkheid biedt de uitgesproken hoofdveroordeling van een accessorium te voorzien om de schuldenaar te dwingen tot nakoming.

Dit dwangmiddel zal slechts *indirecte* werking hebben en strijdt daardoor niet met het verbod dwangmiddelen op de persoon van de schuldenaar te bevelen (art. 1142 B. W.) : de debiteur zal slechts via de aantasting van zijn vermogen tot nakoming worden gedwongen. De veroordeling is ook een afschrikkingsmiddel, doordat aan de rechter de mogelijkheid wordt geboden de debiteur afkerig te maken van een lichtvaardig niet-nakomen van de hoofdveroordeling. Niet-nakomen van de hoofdveroordeling brengt in de regel verbeuren van de dwangsom met zich mee en krachtens de hoofdveroordeling is de debiteur hiervan op de hoogte.

3.4. *Onafhankelijkheid tegenover de veroordeling tot schadeloosstelling.* De dwangsom is geen schadeloosstelling. Dit betekent dan ook dat dwangsom en schadeloosstelling *gecumuleerd* kunnen worden en dat de rechter die uitspraak moet doen over de schadeloosstellingseis geen rekening mag houden met de veroordeling tot een dwangsom of met het bedrag aan reeds verbeurde dwangsommen. De dwangsom beoogt geenszins de schade ongedaan te maken die voortspruit uit het gebrek aan uitvoering, uit het niet tijdig of niet volledig uitvoeren. Dit betekent dan ook dat de dwangsom in principe volledig verschuldigd blijft in elk van deze drie gevallen.

3.5. *Arbitrair karakter.* De dwangsom hoeft in geen deele aangepast te zijn aan de hoogte of aan de aard der schade, geleden door of voorzienbaar ten gevolge van de niet-nakoming van de hoofdveroordeling. De rechter hoeft zich bij de vaststelling van de hoogte van de dwangsom niet te bekommeren om de hoogte of het actueel en zeker karakter van enige schade. Hij stelt vrij de dwangsom vast op die som en met die modaliteiten, die hij meent een voldoende druk te zullen uitoefenen op de (eventueel tot dan toe moedwillige) schuldenaar, opdat deze tot de nakoming van de hoofdveroordeling zou overgaan. De rechter dient ervoor te zorgen bij de bepaling van de dwangsom, dat de schuldenaar, door de hoogte ervan, ertoe gebracht wordt de hoofdveroordeling na te komen, liever dan de dwangsom te verbeuren. Enige leidraad voor de rechter bij de bepaling van de dwangsom moet een bezorgdheid zijn om haar efficiëntie. De dwangsom zal dan ook steeds in een wanverhouding staan tot de hoofdveroordeling.

4. De bepaling van de dwangsom en de hoogte ervan

4.1. Art. 1385ter en art. 1385bis, laatste lid, Ger. W.

«De rechter kan de dwangsom hetzij op een bedrag ineens, hetzij op een bedrag per tijdseenheid of per overtreding vaststellen. In de laatste twee gevallen kan de rechter eveneens een bedrag bepalen waarboven geen dwangsom meer verbeurd wordt.»

«De rechter kan bepalen dat de veroordeelde pas na verloop van een zekere termijn de dwangsom zal kunnen verbeuren.»

4.2. *Discretionaire bevoegdheid.* Het staat de rechter vrij de veroordeling — die niet is een veroordeling tot betaling van een geldsom — met een dwangsom te sanctioneren, indien hij dit aangewezen acht en geen andere regels zich tegen de toekenning ervan verzetten.

De rechter is niet verplicht een dwangsom toe te wijzen, noch zich te houden aan het bedrag en de modaliteiten, zoals die door de eiser worden voorgesteld. Of hij een dwangsom toekent, zal afhangen van zijn oordeel over haar efficiëntie om de verweerder tot nakoming van de hoofdveroordeling te doen overgaan; onder voorbehoud van het verbod *ultra petita* te statuëren, stelt hij hoogte en modaliteiten in verband daarmee vast, rekening houdend met de waarde van de hoofdveroordeling, de financiële draagkracht en de te verwachten weerstand van de debiteur.

De rechter mag slechts een dwangsom opleggen, als hij meent dat dit de debiteur tot nakoming der veroordeling zal aanzetten. Is duidelijk dat oplegging van een dwangsom de debiteur niet tot nakoming zal aanzetten, dan is het beter na

te gaan of niet andere dwangmiddelen in aanmerking kunnen komen om de naleving van de hoofdveroordeling te verzekeren.

De dwangsom kan *alleen in geld*, nooit in natura, bepaald worden en moet op een bedrag in Belgische munt worden vastgesteld (art. 3, W. 30 december 1885).

De wet omschrijft ook de wijze waarop de rechter de dwangsom kan vaststellen. In dit verband merkt de gemeenschappelijke memorie van toelichting (p. 18) op dat het niet tot het wezen der dwangsom behoort dat ze pas verbeurd zal zijn na verloop van meerdere tijdseenheden, gedurende welke de op de schuldenaar wegende hoofdveroordeling niet wordt nagekomen. De dwangsom kan immers in haar geheel verbeurd zijn zodra slechts één enkele termijn verstreken is. Dit zal bv. het geval zijn indien de schuldenaar slechts gedurende een welbepaalde (vrij korte) termijn de hoofdveroordeling zal kunnen nakomen op een voor de schuldeiser nuttige wijze. Maar hoewel deze wijze van bepaling der dwangsom in de tekst vooropstaat, is dit in de praktijk toch de uitzondering en zal haast steeds de dwangsom slechts efficiënt zijn zo ze bij herhaling kan worden verbeurd en deze herhaling bepaald wordt in verband met de tijdseenheden dat de hoofdveroordeling niet wordt nagekomen. De rechter kan echter, wanneer het gaat om een dwangsom die vastgesteld is op een bedrag per tijdseenheid of per overtreding, een maximaal bedrag vaststellen waarboven geen dwangsom meer wordt verbeurd. Dit zou kunnen gebeuren, wanneer de dwangsom, door onwil van de schuldenaar, een astronomisch bedrag zou kunnen bereiken, dat waarschijnlijk nooit zal kunnen worden ingevorderd, terwijl wanneer het zou kunnen ingevorderd worden, andere schuldeisers erg zouden kunnen worden benadeeld. In zo'n geval zou het instituut van de dwangsom zelf in diskrediet kunnen komen: de rechter kan daarom een maximumbedrag stellen.

De rechter hoeft ook *niet te motiveren* waarom hij aan de hoofdveroordeling een dwangsom verbindt of niet, en waarom hij haar op een bepaald bedrag vaststelt bij voorkeur op een ander, en waarom hij bepaalde modaliteiten eerder dan andere voor de bepaling van deze dwangsom verkiest. Een ruimere motiveringsplicht hangt af van de mate waarin de partijen daaromtrent middelen of conclusies hebben aangebracht (art. 780 Ger. W.). Dit betekent dat de rechter slechts wanneer specifieke middelen omtrent de mogelijkheid een dwangsom uit te spreken in het betwiste geval worden aangehaald, wanneer het recht omtrent de dwangsom wordt betwist, zijn uitspraak moet motiveren.

4.3. *De bevoegde rechter.* De wet stelt geen enkele precisering nopens de aard der uitspraak of de bevoegde rechter over de vordering tot oplegging van een dwangsom. Niet vereist is dat de rechter bij wie de vordering aanhangig wordt gemaakt, rechtsmacht ten gronde zou hebben, noch dat hij een veroordeling tot schadeloosstelling kan uitspreken. Wel is het opleggen van een dwangsom voorbehouden aan de feitenrechter, die alleen bevoegd is om de hoogte ervan vast te stellen. Het Hof van Cassatie kan zich met de discretionaire beoordeling van de opportuniteit en de bepaling van de hoogte van zulk bedrag, niet inlaten (art. 608 Ger. W.).

Alle rechtscolleges worden bevoegd geacht om een veroordeling uit te spreken, met uitzondering van scheidsrechters (*Toelichting*, blz. 16) of wanneer het zou

gaan om een minnelijke schikking. De voorzitter in kort geding, de beslagrechter, de strafrechter ten aanzien van de eis van de burgerlijke partij, (*Gedr. St., Senaat*, 1979, nr. 177/2, blz. 6) en de voorzitter der rechtbank van koophandel, rechtsprekend krachtens art. 55 der wet betreffende de handelspraktijken, moeten bevoegd geacht worden om een dwangsom uit te spreken.

5. Het verbeuren der dwangsom

5.1. Art. 1385bis, derde lid, en art. 1385quater Ger. W.

«De dwangsom kan niet worden verbeurd vóór de betekening van de uitspraak waarbij zij is vastgesteld.»

«De dwangsom, eenmaal verbeurd, komt ten volle toe aan de partij die de veroordeling heeft verkregen. Deze partij kan de dwangsom ten uitvoer leggen krachtens de titel waarbij zij is vastgesteld.»

5.2. *De betekening van de veroordeling.* Vóór de betekening der uitspraak, waarbij zij werd vastgesteld, kan de dwangsom niet worden verbeurd. De schuldeiser moet duidelijk maken dat hij nakoming der hoofdveroordeling wenst en stelt meteen ook indirect de veroordeling onder verbeurte van een dwangsom in werking. De betekening alleen volstaat daartoe, geen ingebrekestelling of aanmaning tot nakomen is vereist.

5.3. *De vereffening der dwangsom.* Krachtens de regel van art. 1385quater Ger. W. komt de dwangsom volledig toe aan de partij die de veroordeling heeft verkregen, en dit zodra de dwangsom door niet-nakoming der hoofdveroordeling werd verbeurd. Bovendien wordt gesteld dat de dwangsom ten uitvoer kan worden gelegd, krachtens de titel waarbij zij werd vastgesteld.

Geen vordering tot vereffening is vereist ; bovendien is de vordering tot aanpassing of tot herziening van een uitgesproken dwangsom principieel onmogelijk, behoudens de door de wet in art. 1385quinquies en septies Ger. W. uitdrukkelijk bepaalde gronden. Meteen zet de wet zich af tegen de Franse opvatting van een *astreinte provisoire*, die in een eerste uitspraak voorlopig begroot wordt en die definitief zal worden vastgesteld, wanneer de toestand van partijen vaststaat. Deze dwangsom wordt dan ook beschouwd als een vorm van schadeloosstelling.

De overbodigheid van een vereffening betekent niet dat de schuldenaar niet tegen de tenuitvoerlegging van de bedragen aan verbeurde dwangsommen zou kunnen opkomen of ook niet het feit of door een bepaalde gedraging de dwangsom al dan niet werd verbeurd, aan het oordeel van de rechter zou kunnen onderwerpen. In zulk een geval gaat het om een geschil over de regelmatigheid van het beslag voor de beslagrechter of om een executiegeschil voor de rechtbank van eerste aanleg, waarbij de rechter het uitgesproken bedrag en de modaliteiten der dwangsom niet meer kan wijzigen (vgl. J. VAN MULLEM, «Vers une législation de l'astreinte en droit belge ? *J.T.*, 1977, 37-41).

De dwangsom komt toe aan de persoon die de hoofdveroordeling verkreeg. Hierdoor wordt de staat als algemeen begunstigde der dwangsom uitgesloten of wordt toekenning der dwangsom aan een buiten het geding staande derde onmogelijk.

5.4. *Het verbeuren der dwangsom.* De dwangsom wordt door de debiteur verbeurd door het niet of niet tijdig vol-

doen aan de hoofdveroordeling, waarbij zij als accessorium werd opgelegd.

Geen bewarend beslag hoeft de executie vooraf te gaan, wel een bevel tot betaling. De partij die de veroordeling verkreeg kan haar krachtens de titel waarbij zij is vastgesteld ten uitvoer leggen ; zij alleen beoordeelt of en hoe vaak de door de rechter uitgesproken veroordeling is overtreden of niet nageleefd of gedurende welke tijdsspanne ze niet is nagekomen en welke gevolgen dit voor het verbeuren der dwangsom heeft.

6. De hoofdveroordeling die met een dwangsom kan worden gesanctioneerd.

6.1. Art. 1385bis, eerste en tweede lid, Ger. W.). Eerste lid zie nummer 2.

«De dwangsom kan ook voor het eerst in verzet of in hoger beroep worden gevorderd.»

6.2. *Welke hoofdveroordelingen ?* De wet stelt hierover niets, tenzij negatief, namelijk dat de hoofdveroordeling niet mag zijn een veroordeling tot betaling van een geldsom of tot nakoming van verplichtingen uit een arbeidsovereenkomst. Alle andere veroordelingen komen dus in aanmerking, zowel een vonnis als een beschikking. Maar beschikkingen op verzoekschrift gewezen (bv. artt. 585 e.v. en 594 Ger. W.) komen niet in aanmerking, omdat er geen recht wordt gesproken op tegenspraak en geen eigenlijk geschil wordt beslecht.

Voorwerp der hoofdveroordeling kan zijn het verrichten van een handeling of het geven van een zaak. Gaat het om een veroordeling om een zaak te geven dan moet onderscheid gemaakt worden tussen specieszaken en genuszaken. De veroordeling tot afgifte van specieszaken kan met een dwangsom worden gesanctioneerd ook al is reële executie mogelijk. De rechter kan zelfs beide dwangmiddelen samen verbinden aan zijn uitspraak. Een amendement om soortzaken uit de toepassing der Eenvormige Wet te weren werd niet aangenomen (*Gedr. St., Senaat*, 1979, nr. 177/2), zodat ook bij genuszaken een dwangsom kan worden opgelegd, maar hier kan geen beslag worden gelegd, zodat de veroordeling zich moet oplossen in een veroordeling tot schadeloosstelling of in de machtiging voor de schuldeiser zich elders, op kosten van de schuldenaar, soortgelijke zaken aan te schaffen (art. 1144 B.W.).

6.3. *De veroordeling tot betaling van een geldsom.* Wanneer de rechter een hoofdveroordeling uitspreekt die betaling van een geldsom inhoudt, kan de rechter daaraan geen dwangsom verbinden.

Deze beperking wordt gemotiveerd door het feit dat een dwangsom als een *dwangmiddel* moet worden beschouwd, bestemd om de schuldeiser ertoe te bewegen om de hoofdverbintenis, zoals die bij vonnis werd vastgesteld, persoonlijk na te komen. Ook wijst men erop dat de dwangsom voornamelijk werd ingevoerd om tegemoet te komen aan de behoefte die bestond aan een dwangmiddel dat de rechtstreekse executie van een veroordeling tot een prestatie mogelijk zou maken in die gevallen waar dit tot nog toe niet mogelijk was. M.a.w. daar bij veroordeling tot betaling van een geldsom rechtstreekse tenuitvoerlegging mogelijk is, zonder medewerking van de schuldenaar, heeft men de hier besproken uitzondering opgenomen.

Eveneens wordt aangevoerd dat een veroordeling onder verbeurte van een dwangsom tot het betalen van een geldschuld, de mogelijkheid zou bieden aan de meest gereede onder iemands schuldeisers, om zijn schuldvordering, mogelijk ten nadele van de andere schuldeisers, op te voeren.

Ten slotte werd opgemerkt dat in het geval van een veroordeling tot betaling van een geldsom, door beslaglegging op de goederen van de schuldenaar en het te gelde maken daarvan, aan de schuldeiser voldoening zal worden geschonken. Is beslag onmogelijk wegens onvermogen van de schuldenaar, dan zal de hoofdveroordeling (mogelijk slechts tijdelijk) niet ten uitvoer kunnen worden gelegd, doch dan zou evenmin de daaraan verbonden dwangsom kunnen worden vermeden, noch zou het verbeurde bedrag kunnen worden verhaald, zodat een dwangsom zinloos zou zijn (J. RONSE, o.c., *Jaarboek*, VIII, blz. 107-108).

Wegens het feit dat de uitsluiting van een dwangsom bij de veroordeling tot betaling van een geldsom, uitzondering is op de algemene regel die in het verbeuren van een dwangsom voorziet, dient zij *beperkend* te worden geïnterpreteerd. Alleen dan mag namelijk geen dwangsom worden opgelegd als de hoofdveroordeling daadwerkelijk in de betaling van een geldsom bestaat. Om dit uit te maken zal soms een teleologische interpretatie nodig zijn: wordt namelijk de *ratio legis* der uitzondering niet gerealiseerd, dan moet men aannemen dat in zulk geval wel een dwangsom zal kunnen worden opgelegd. *Cessante ratione legis, cessat lex ipse*. Men moet immers ook op het oog houden dat de dwangsom een zeer efficiënt middel is om de schuldenaar tot nakoming van zijn verbintenis te dwingen, een middel dat de schuldeiser niet nodeloos mag onthouden worden.

7. Onmogelijkheid een dwangsom op te leggen

Hiervoor hebben wij gesteld dat in principe de rechter steeds de veroordeling die hij uitspreekt met een dwangsom kan sanctioneren, tenzij de wet zich daartegen verzet. Dit betekent dat, indien de rechter de hoofdveroordeling niet kan toewijzen, de accessoire veroordeling tot een dwangsom evenmin kan worden toegewezen en dat er vorderingen bestaan, die wel kunnen worden toegewezen, doch die niet met een dwangsom kunnen worden gesanctioneerd, omdat welbepaalde rechtsregels zich daartegen verzetten.

7.1. De hoofdveroordeling kan niet worden toegewezen. Zoals gezegd volgt uit het accessoir karakter van de dwangsom dat bij onmogelijkheid van de hoofdveroordeling de bijkomende veroordeling tot een dwangsom evenzeer onmogelijk is. Deze gevallen zijn talrijker dan men op het eerste gezicht zou vermoeden.

Aldus indien de hoofdveroordeling wegens de regel «*nemo potest te praecise cogi ad factum*» (art. 1142 B.W.) onmogelijk is. Hetzelfde geldt wanneer een uitspraak van de hoofdvordering niet kan worden toegewezen wegens het bestaan van een in kracht van gewijsde gegaan vonnis of wegens de beëindiging van het geding door een geldige dading, afstand en dgl. Ook de in de wet uitdrukkelijk uitgesloten vorderingen tot nakoming van een individuele of collectieve arbeidsovereenkomst, kunnen onmogelijk worden toegewezen, voor zover één der partijen daaraan op onrechtmatige wijze een einde maakte en geen ak-

koord tussen partijen over de hervatting werd bereikt (W. BEIRNAERT, in *Arbeidsrecht*, II, tw. «De opzegging van de arbeidsovereenkomsten voor werklieden en bedienden afgesloten voor onbepaalde duur», nr. 80; *R.P.D.B.*, 3e compl., tw. «Contrat de travail et contrat d'emploi», nr. 690, met verdere verwijzingen). Voor andere, wel mogelijke veroordelingen gegrond op een arbeidsovereenkomst, zou de dwangsom wel nuttig zijn geweest (*Gedr. St.*, *Senaat*, 1979, nr. 177/2, blz. 12).

7.2. De hoofdveroordeling kan wel, de accessoire veroordeling kan niet toegewezen worden. De wet bepaalt twee gevallen van uitsluiting van de accessoire veroordeling tot een dwangsom, namelijk zo de hoofdveroordeling strekt tot betaling van een geldsom en zo de hoofdveroordeling gegrond is op de nakoming van een arbeidsovereenkomst. Hiermee moet gelijkgesteld worden de hoofdverbintenis die zich om welke reden dan ook opgelost heeft in een verbintenis tot betalen van geldelijke, vervangende schadeloosstelling. Aldus een sterkmaking die niet resulteerde in de toestemming van diegene voor wie de belover zich sterk maakte; of zo de termijn gedurende welke slechts nuttig kon worden gepresteerd, verstreken is en slechts vervangende schadeloosstelling in geld als mogelijkheid overblijft.

Een veroordeling onder verbeurte van een dwangsom is onmogelijk als de schuldenaar van de hoofdverbintenis en de veroordeelde niet één en dezelfde persoon zijn. Aldus kunnen diegenen die verantwoordelijk zijn voor onbekwamen niet onder verbeurte van een dwangsom veroordeeld worden voor handelingen van de onder hen staande personen.

Bovendien is een veroordeling tot een dwangsom onmogelijk indien zij niet terzelfder tijd, in een zelfde geding met de hoofdveroordeling wordt gevorderd.

8. De schuldeiser en de schuldenaar der hoofdveroordeling

Een dwangsom kan zowel aan de eiser als aan de verweerder, eiser op wedereis, in een geding worden toegekend, indien zij zulks vorderen en de door hen verkregen veroordeling met een dwangsom kan worden gesanctioneerd. Daardoor worden zij schuldeiser resp. schuldenaar van een hoofdveroordeling en van een accessoire verbintenis met als opschortende voorwaarde de uitvoering van de hoofdveroordeling.

8.1. De schuldeiser. Wat de persoon betreft aan wie de dwangsom kan worden toegekend, is door de eenvormige wet niets bepaald. Vereist is slechts dat hij schuldeiser is van een veroordeling, die niet strekt tot betaling van een geldsom of tot nakoming van een arbeidsovereenkomst en dat er door hemzelf of namens hem een dwangsom wordt gevorderd. Aldus komen in aanmerking rechtspersonen, onbekwamen, ontzeten via hun vertegenwoordiger, alsook de staat of een andere overheid voor wie het openbaar ministerie of de wettelijk aangeduide vertegenwoordiger zullen vorderen (Vgl. *Toelichting*, blz. 16; *Gedr. St.*, *Senaat*, nr. 1979, nr. 177/2, blz. 8).

8.2. De schuldenaar. Slechts de persoon die gehouden is tot persoonlijke nakoming van de hoofdveroordeling, kan een dwangsom verbeuren, op hem alleen behoort druk te

worden uitgeoefend om tot de nakoming over te gaan.

Voor een rechtspersoon houdt dit in dat de druk der dwangsom die op hem weegt, zijn organen ertoe zal moeten leiden de op de rechtspersoon wegende veroordeling na te komen. De omstandigheid dat voor de nakoming van een verplichting de medewerking van andere personen noodzakelijk is, staat de veroordeling onder verbeurte van een dwangsom niet in de weg (H.R., 14 mei 1976, *N.J.*, 1977, 375).

Veroordeling tot betaling van een dwangsom aan een buiten het geding staande derde is niet mogelijk (vgl. Pres. Rb. Amsterdam, 3 oktober 1974, *N.J.*, 1975, 78 : Pres. Rb. Arnhem, 18 december 1973, *N.J.*, 1974, 65). Ons procesrecht kent geen veroordelingen ten laste of ten bate van een buiten het geding staande derde. Die regel is neergelegd in artikel 23 Ger. W. dat het gezag van het rechterlijk gewijsde tot de partijen beperkt en in de regeling van het derdenverzet (artt. 1122-1131 Ger. W.). Ook in artikel 1385*quater* Ger. W. ligt een argument besloten : de dwangsom komt ten volle toe aan de persoon die de hoofdveroordeling heeft verkregen. Van anderen is geen sprake.

De hoofdveroordeling moet een *eigen* verplichting van de veroordeelde persoon betreffen. Hij moet schuldenaar van de hoofdveroordeling zijn. Is men aansprakelijk wegens schade veroorzaakt door personen, dieren of zaken, waarover men moet waken, dan betekent dit nog niet dat een veroordeling onder verbeurte van een dwangsom kan worden opgelegd. Artikel 1384 B.W. sanctioneert slechts een verplichting van de aansprakelijke wegens tekortkoming aan een bewakingsplicht (DEKKERS, *o.c.*, II, nr. 240; DE PAGE, *o.c.*, II, nr. 964 en 971; KLUYSKENS, *o.c.*, I, nr. 376).

De aansprakelijke persoon kan dus slechts onder verbeurte van een dwangsom tot nakoming van zijn bewakingsplicht worden veroordeeld en niet tot het nalaten van schade toebrengende handelingen.

9. De rol van de rechter

9.1. *Omlijning van de uitspraak.* Het door de rechter uitgesproken verbod of gebod, waarvan de niet-nakoming de debiteur de dwangsom doet verbeuren, moet *voldoende precies* zijn geformuleerd. De rechterlijke uitspraak moet een duidelijk richtsnoer voor de schuldenaar inhouden, waarnaar hij zijn handelen zal kunnen richten. Hem moet duidelijk zijn wat wel en wat niet met een dwangsom is gesanctioneerd en hoe groot deze dan is (zie Voorz. Kh. Brussel, 6 februari 1976, *R.W.*, 1976-77, 1916, noot G.L. BALLON.) Ook de schuldeiser heeft belang bij een zo duidelijk mogelijke uitspraak. Niet alleen heeft hij het recht te weten wat hem precies verschuldigd is, maar, gezien het bepaalde in artikel 1385*quater* Ger. W. en daar hij krachtens artikel 1398, tweede lid, Ger. W. op eigen risico de veroordeling ten uitvoer legt, moet hij met een zo groot mogelijke mate aan zekerheid weten of de gedragingen van de schuldenaar al dan niet onder de gegeven veroordeling vallen en welke dwangsom dientengevolge werd verbeurd.

Onduidelijke veroordelingen onder verbeurte van een dwangsom zijn inefficiënt en beëindigen het geschil niet.

9.2. *Bevoegdheid.* Indien de schuldenaar het er niet mee eens is dat hij het verbod, dat hem werd opgelegd, heeft overtreden, dan zal hij een executiegeschil kunnen uitlokken en de rechtbank van eerste aanleg (art. 569, 5°, Ger. W.)

van de plaats waar de tenuitvoerlegging wordt vervolgd (art. 633 Ger. W.) kunnen vragen uitspraak te doen over het al dan niet verbeurd zijn van de dwangsom.

Normaal zal het echter de beslagrechter zijn die bevoegd zal zijn, aangezien het geschil meestal zal rijzen in het raam der procedure van tenuitvoerlegging der dwangsom.

In de mate dat zulks nodig is, zal dan de rechter de gewraakte gedragingen beoordelen, de bewoordingen van de veroordeling onder verbeurte van een dwangsom nagaan en verklaren of de dwangsom al dan niet werd verbeurd.

Indien nochtans op de onmogelijkheid om de veroordeling na te komen, een beroep gedaan wordt of zo het gaat om het verbeuren van de dwangsom na het overlijden van de veroordeelde schuldenaar, is slechts de rechter die de dwangsom heeft opgelegd, bevoegd (art. 1385*quinquies*, eerste lid, en 1385*septies* Ger. W.).

10. De aanpassing of herziening van de in een vroegere veroordeling opgelegde dwangsom.

10.1. *Het principe.* De eenvormige Beneluxwet betreffende de dwangsom heeft als principe gesteld dat een eenmaal verbeurde dwangsom voor het verbeurde bedrag volledig verworven blijft en dat de rechter haar bedrag niet zal kunnen aanpassen of opheffen op het ogenblik dat de situatie, voortvloeiend uit de hoofdveroordeling, definitief zal zijn geworden, zoals dat in Frankrijk gebruikelijk was. Er zijn echter twee uitzonderingen op dit principe : zo zal, in geval van onmogelijkheid de hoofdveroordeling na te komen of in het geval van overlijden van de schuldenaar, de rechter die de dwangsom oplegde, haar ook, door herziening van de vroeger opgelegde som, kunnen aanpassen aan de nieuw ontstane situatie. Deze regeling werd uitgewerkt in de artikelen 1385*quinquies* (onmogelijkheid) en 1385*septies* (overlijden) Ger. W.

Omdat zij als uitzonderingen aan te merken zijn op de algemene regel, neergelegd in artikel 1385*quater* Ger. W., waarvolgens er slechts definitieve dwangsommen mogelijk zijn, moeten de artikelen 1385*quinquies* en 1385*septies* Ger. W. *limitatief geïnterpreteerd* worden.

Uit de bepalingen van artikel 1385*quinquies* en 1385*septies* Ger. W. volgt ook de uitsluiting van een matigingsbevoegdheid van de rechter, zoals die bestaat inzake het boete- of strafbeding, indien niet op een uitzonderingssituatie omschreven in de wet kan worden gesteund. Zelfs bij gedeeltelijke nakoming der hoofdveroordeling blijft dus principieel de dwangsom evenzeer verschuldigd als bij niet-nakoming. Doel der dwangsom is immers de schuldeiser te doen toekomen waarop hij recht heeft krachtens de overeenkomst of de verbintenis, waarbij de dwangsom als accessorium geldt.

Een matigingsbevoegdheid erkennen zou betekenen dat men de regeling ombuigt naar de Franse opvatting toe, die stoot op ernstige bezwaren van miskenning van het gezag van gewijsde, die de wetgever heeft willen weren (art. 1385*quater* Ger. W. : «komt ten volle toe ...») en zou de norm ondermijnen neergelegd in artikel 1134 B.W.

10.2. *Procedure.* De vordering moet worden ingesteld bij dagvaarding — niet bij verzoekschrift, aangezien het Gerechtelijk Wetboek deze gevallen limitatief opsomt — en gebracht worden voor dezelfde rechter of rechtbank die de dwangsom heeft opgelegd. Dagvaarden wordt ook vereist wegens het feit dat de schuldeiser een manifest belang heeft

om over de vordering tot herziening of aanpassing conclusie te kunnen nemen.

10.3. *De vastgestelde onmogelijkheid om aan de vroeger uitgesproken hoofdveroordeling onder verbeurte van een dwangsom te voldoen.* Artikel 1385quinquies Ger. W. biedt de rechter de mogelijkheid om, op vordering van de schuldenaar, de dwangsom op te heffen of aan te passen in geval van blijvende of tijdelijke, gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen. Hier heeft de wetgever het dus nodig geacht, de kracht of het gezag van rechterlijk gewijsde, die toekomt aan een (definitief geworden) veroordeling, wat te verzachten, indien de billijkheid zulks gebiedt. Men kan het artikel dan ook als een illustratie zien van het adagium *ultra posse nemo tenetur*. De noodzaak voor zulke aanpassingsmogelijkheid volgt ook uit het accessoir en zijdelings karakter van de dwangsom : zij behoeft aanpassing zo de hoofdveroordeling, waaraan zij werd toegevoegd, geheel of gedeeltelijk, al dan niet tijdelijk, onmogelijk uit te voeren valt door de schuldenaar.

De beoordeling van de onmogelijkheid en van haar aard wordt aan de rechter die de dwangsom heeft opgelegd, overgelaten : hij kan al naar gelang van die beoordeling de dwangsom opheffen of verminderen, maar hij kan niet ontslaan van dwangsommen die waren verbeurd op de dag dat de onmogelijkheid intrad. Dit laatste houdt wel in dat de rechter de dwangsom kan opheffen of verminderen vanaf de dag waarop naar zijn oordeel de onmogelijkheid intrad, ook al werd later gedagvaard. M.a.w. de rechter is verplicht, indien hij de vordering op grond van artikel 1385quinquies, eerste lid, Ger. W. toewijst, meteen ook de dag te bepalen waarop naar zijn oordeel de onmogelijkheid intrad en vanaf welke de dwangsom niet meer op haar vroeger vastgestelde hoogte zal worden gehandhaafd. Maar de schuldenaar, die thans wegens onmogelijkheid de aanpassing vordert, moet over deze dag en zijn bepaling concluderen, daar anders de onmogelijkheid pas op de dag van de uitspraak zal worden vastgesteld.

De rechter treft geen verplichting de dwangsom op te heffen of te verminderen, indien hij enige onmogelijkheid in hoofde van de debiteur vaststelt.

Evenmin als de rechter verplicht is een dwangsom op te leggen indien hij de debiteur tot iets veroordeelt, is hij verplicht de dwangsom aan te passen, zo hij enige onmogelijkheid vaststelt. Aldus hoeft een tijdelijke of gedeeltelijke onmogelijkheid niet noodzakelijk tot een wijziging der voorwaarden van de dwangsom te leiden en kan de rechter de dwangsom in haar volle strengheid of in verzachte vorm handhaven zo de nakoming geheel of gedeeltelijk onmogelijk wordt.

Dit laatste zal vooral aangewezen zijn als de schuldenaar zelf de onmogelijkheid deed intreden.

Hoewel men in zulk een geval ermee rekening moet houden geen té excessieve last op de schuldenaar te leggen, aangezien het verbeuren van een dwangsom niet belet dat schadeloosstelling daarnaast wordt gevorderd en een verzachte geldelijke schadeloosstelling toch in de plaats der definitief onmogelijk geworden uitvoering zal moeten worden toegekend.

Uiteraard zal de rechter het bedrag der vroeger opgelegde dwangsom thans niet kunnen verhogen of de last ervan kunnen verzwaren. De eerste veroordeling geldt in dit verband als maximum dat niet meer kan overschreden

worden, aangezien de rechter gebonden is aan de vordering die tot herziening strekt van de dwangsom en de schuldeiser — verweerder in de vordering tot herziening — geen verhoging kan vorderen, omdat dit zou indruisen tegen het gewijsde der eerste uitspraak en de manifeste bedoeling van de wetgever, om afstand te nemen van de in Frankrijk geldende praktijk der voorlopige dwangsom. Deze laatste bedoeling leidde trouwens tot een limitatieve opsomming der gronden die herziening of aanpassing mogelijk maken. Bovendien heeft de schuldeiser bij zulk een vordering onvoldoende belang.

10.4. *De onmogelijkheid.* De wet bepaalt dat de aanpassing van de dwangsom een gehele of gedeeltelijke, tijdelijke of blijvende onmogelijkheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen veronderstelt. Geen verdere precisering wordt gegeven, zodat de feitenrechter soeverein oordeelt over het bestaan, de aard en de aan de vastgestelde onmogelijkheid te hechten gevolgen voor de dwangsom. Daarbij heeft hij een ruime beoordelingsvrijheid.

Onmogelijkheid beduidt het niet, niet meer volledig of voorlopig niet meer kunnen voldaan worden aan de hoofdveroordeling vanwege de schuldenaar.

Is volledige nakoming der hoofdveroordeling actueel nog mogelijk, dan is een beroep op art. 1385quinquies Ger. W. uitgesloten. Geen onmogelijkheid is dus de omstandigheid dat nakomen voor de debiteur sedert de veroordeling zwaarder of moeilijker is geworden of dat hij zich om de ene of andere reden zal moeten laten bijstaan bij de nakoming. Evenmin is een onmogelijkheid de omstandigheid dat de nakoming der hoofdveroordeling voor de crediteur niet meer of niet meer in dezelfde mate nuttig kan geschieden als dit het geval was ten tijde van de veroordeling. In dit geval zal evenwel meestal misbruik van recht kunnen worden aangevoerd door de schuldenaar doch deze vordering zal niet voor de rechter die de dwangsom uitsprak, wel door de rechtbank van eerste aanleg moeten worden beoordeeld, naar aanleiding van een executiegeschil (art. 569, 5°, Ger. W.) of van een vordering tot herziening van het gewijsde (art. 1133 Ger. W.).

10.5. *Wijze van aanpassing.* Artikel 1385quinquies, eerste lid, Ger. W. spreekt slechts van het opheffen of verminderen van de dwangsom, bepaalt echter niet of de rechter in geval van vermindering ook de modaliteiten, in de eerste uitspraak met de dwangsom verbonden, mag wijzigen. Dit laatste moet worden aanvaard, onder voorbehoud dat dit niet tot een verhoging der dwangsom leidt, zo men rekening houdt met de krachtens art. 1385bis Ger. W. aan de rechter verleende vrijheid bij het opleggen der dwangsom, terwijl ook de bewoordingen van art. 1385quinquies Ger. W. niet tot een zeer strikte houding van de rechter nopen. Veeleer is bedoeld dat hem de mogelijkheid wordt geboden de dwangsom aan de gewijzigde omstandigheden aan te passen op de hem meest passend lijkende manier. Er zij nochtans opgemerkt dat artikel 1385septies, eerste lid, *in fine* voor het geval de schuldenaar overleden is, de rechter uitdrukkelijk machtigt tot het wijzigen van het bedrag en van de voorwaarden van de vroeger opgelegde dwangsom.

10.6. *Overlijden van de veroordeelde schuldenaar.* De billijkheid gebiedt dat een dwangsom die aan de overledene werd opgelegd, niet zonder meer op zijn erfgenamen zal

overgaan : zij kunnen onwetend zijn van de veroordeling en de persoonlijke omstandigheden van de erfflater, die medebepalend zijn geweest voor het opleggen van de dwangsom en het bepalen van de hoogte en de modaliteiten ervan zullen vaak niet voor hen gelden (*Toelichting*, blz. 22). Toch mag ook de schuldeiser die een veroordeling bekwaam, niet zonder bescherming gelaten worden ; het overlijden van de schuldenaar mag voor zijn erfopvolgers geen aanleiding bieden om de voor hen hinderlijke verplichtingen van hun rechtsvoorganger en de daaraan verbonden sancties te omzeilen en de schuldeisers te benadeln.

Artikel 1385septies Ger. W. maakt dan ook een onderscheid naar gelang de dwangsom op een bepaald bedrag per tijdseenheid dan wel op een bepaald bedrag ineens of een bedrag per overtreding werd vastgesteld. In het eerste geval is de bescherming der rechtsopvolgers van de *de cuius* veel dringender dan in het tweede, daar door het overlijden en het daarmee mogelijk gepaard gaande tijdverlies bij de nakoming der veroordeling, de dwangsom tot een astronomisch bedrag zou oplopen. Daarom maakt het overlijden van de schuldenaar, veroordeeld onder verbeurte van een dwangsom per tijdseenheid, een einde aan het verbeuren van een dwangsom. Diegene die de veroordeling van de *de cuius* verkreeg, zal van de rechter die de uitspraak deed, moeten vorderen dat de dwangsom ook door de erfgenamen zal worden verbeurd. De rechter is — behoudens inmiddels ingetreden onmogelijkheid tot nakoming der hoofdveroordeling — gebonden aan de uitgesproken hoofdveroordeling, maar kan het bedrag en de voorwaarden der dwangsom, die hij de rechtsopvolgers tot nakoming oplegt, wijzigen, rekening houdend met de nieuwe, door het overlijden geschapen toestand en bijvoorbeeld voor de rechtsopvolgers een maximumbedrag stellen aan de te verbeuren dwangsommen of een dwangsom op een bepaald bedrag per tijdseenheid vaststellen. Hem moet immers een grote vrijheid bij de beoordeling gelaten worden. Tegen deze opvatting pleit evenwel dat in deze mogelijkheid slechts in artikel 1385septies, eerste lid, Ger. W. werd voorzien en ook dat een tijdelijke opheffing van de dwangsom of het verlenen van een termijn waarna de dwangsom zal worden verbeurd, in wezen hetzelfde zijn.

Zowel in het geval dat de dwangsom per tijdseenheid als in het geval dat ze per overtreding of op een bepaald bedrag ineens was vastgesteld, blijft het bedrag ervan dat vóór het overlijden verbeurd was, verschuldigd, behalve indien vóór het overlijden een onmogelijkheid tot nakoming in hoofde van de *de cuius* was ontstaan. In dat geval kunnen de erfgenamen het door hun rechtsvoorganger daaromtrent ingesteld geding voortzetten, of zelf op grond van artikel 1385quinquies, eerste lid, Ger. W. vorderen dat de dwangsom wordt aangepast of opgeheven vanaf de dag waarop de onmogelijkheid intrad. Het overlijden van de *de cuius* kan dan aanleiding zijn voor de rechter om van dan af een verdere aanpassing van de dwangsom uit te voeren.

11. Het faillissement van de schuldenaar

11.1. *Het principe en zijn motivering.* Artikel 1385sexes Ger. W. stelt dat geen dwangsom kan worden verbeurd gedurende het faillissement van de veroordeelde schuldenaar en dat dwangsommen die vóór de faillietverklaring verbeurd zijn, in het passief van het faillissement niet worden toegelaten.

De dwangsom is immers een dwangmiddel, dat de aan-

spraak op schadeloosstelling wegens niet-nakoming der hoofdverbintenis onaangetaast laat, en dat zijn efficiëntie mede ontleent aan de wanverhouding tussen de hoogte van de te verbeuren som en de last van de hoofdverbintenis.

Via het patrimonium van de debiteur, waaraan de dwangsom op overtuigende wijze geacht wordt te knagen, wil men zijn vermoede of bewezen onwil tot nakomen breken.

Het faillissement betekent zijnerzijds het verlies van het beheer van de gefailleerde over zijn vermogen en brengt de nietigheid of de mogelijkheid tot aanvechten van rechtshandelingen en betalingen met zich (art. 444 e.v. Faillissementswet). Om al deze redenen mag men ertoe besluiten dat het toelaten van de schuldvordering wegens verbeurde dwangsommen in het faillissement meer de schuldeisers dan de schuldenaar zou treffen. Het zou immers tegen de logica en de billijkheid indruisen, de koppigheid en de onwil van de schuldenaar die — staande het faillissement — tot onvermogen tot handelen kunnen worden, nog verder te sanctioneren (*Toelichting*, blz. 20; VAN MULLEM, o.c. J.T., 1977, 37 - 41) en aldus de failliete boedel nog meer te belasten, waardoor schuldeisers in veel mindere mate dan verwacht, hun schuldvordering op het te verdelen actief zouden kunnen verhalen.

11.2. *Invloed op het vonnis van faillietverklaring.* Artikel 1385sexies Ger. W. stelt dat met de dwangsom geen rekening wordt gehouden in het faillissement. Hieruit rijst echter de vraag, in hoeverre met reeds verbeurde dwangsommen en de daaruit volgende schuldvorderingen rekening mag worden gehouden bij de faillietverklaring en bij de vaststelling van het staken der betalingen.

Het feit dat de schuldvordering wegens verbeurde dwangsommen in het passief der failliete boedel niet wordt toegelaten, belet niet er rekening mee te houden bij het uitspreken van het faillissement of bij de vaststelling van het staken der betalingen. De vordering kan immers bepalend of medebepalend zijn om de insolventie, het staken der betalingen of het wankelen van het krediet van de schuldenaar vast te stellen, in zoverre ze namelijk de gehele commerciële activiteit van de schuldenaar kan in het gedrang brengen en de toekomst ervan compromiteren (CLOQUET, *Les Nouvelles, Droit commercial*, IV, *Les concordats et la faillite*, nr. 230 e.v. met verwijzingen ; VAN RYN en HEENEN, *Principes de droit commercial*, IV, nr. 2642).

Wel kan de schuldeiser jegens wie aan de hoofdveroordeling is voldaan en die nog slechts een vordering wegens verbeurde dwangsommen heeft, het faillissement van zijn schuldenaar niet meer uitlokken, want hij heeft daarbij niet enkel geen voldoende belang, doch hij schaadt zelfs het eigen belang, omdat hij door het faillissement voor de duur van dit faillissement zijn mogelijkheid tot executie van de verbeurde dwangsommen verliest.

11.3. *Gevolgen.* Tot op het ogenblik van de faillietverklaring kan de schuldenaar wegens niet-nakoming der veroordeling de daaraan verbonden dwangsom verbeuren. Vanaf de faillietverklaring tot het ogenblik dat het faillissement een einde neemt, wordt de dwangsom niet verbeurd. Dit betekent dat, na het einde van het faillissement, dwangsommen die vóór de faillietverklaring zijn verbeurd, kunnen worden verhaald ; mede omdat krachtens art. 1385octies, tweede lid, Ger. W., de verjaring geschorst

wordt door het faillissement. Maar aangezien de dwangsom niet verbeurd wordt gedurende het faillissement, zal voor de periode van het faillissement de dwangsom nooit kunnen worden verhaald. De stuiting der dwangsom door het faillissement geldt zowel ten aanzien van de boedel als ten aanzien van de gefailleerde zelf. Dit betekent dat om eerdere herstel te verkrijgen de schuldenaar de gedurende het faillissement verbeurde dwangsommen niet zal hoeven te betalen, in tegenstelling met wat artikel 586 Faillissementswet bepaalt, want artikel 1385*sexies* Ger. W. betreft slechts de schuldvordering wegens verbeurde dwangsommen en het verder verbeuren tijdens het faillissement van de dwangsom. Het faillissement raakt de verplichting tot nakoming van de hoofdveroordeling niet; deze blijft verschuldigd en zal eventueel door de curator of door de gefailleerde zelf, in het geval van een verbintenis om iets te doen of niet te doen, zonder pecuniaire weerslag op de failliete boedel (DE PAGE, *o.c.*, VI, nrs. 748*bis* en 780; CLOQUET, *o.c.*, nr. 1787) moeten of kunnen worden nagelaten. Ook belet de regel van artikel 1385*sexies*, tweede lid, Ger. W., niet dat de vordering tot schadeloosstelling wegens niet-nakoming of de vordering tot vervangende geldelijke schadeloosstelling in het faillissement wordt opgenomen. In dit laatste geval wordt uiteraard de dwangsom niet verder verbeurd.

11.4. *Andere gevallen van samenloop van schuldeisers.* Artikel 1385*sexies* Ger. W. is beperkt tot het faillissement. Toch hebben de opstellers der nieuwe wet zich afgevraagd of de regels van dit artikel niet dienden te worden uitgebreid tot andere gevallen van samenloop van schuldeisers. Daarbij is slechts gedacht aan het gerechtelijk akkoord. Men had ook het geval van het kennelijk onvermogen met samenvoeging van verscheidene beslagen onder ogen kunnen zien, aangezien ook daar een vorm van samenloop ontstaat met pondspondsgewijze verdeling tussen de beslagleggende schuldeisers.

Dat het kennelijk onvermogen niet werd geregeld is echter logisch, gezien het ontbreken van enige organisatie ervan door de wet. Bovendien kan worden opgemerkt dat de feitelijke samenloop tussen schuldeisers die volgt uit het menigvuldig in beslag nemen van de goederen uit het patrimonium van de debiteur, slechts geldt tussen die schuldenaars die beslag gelegd hebben: de anderen, die te laat kwamen bij de verdeling, zullen niets ontvangen (DEKKERS, *o.c.*, II, nrs. 381B en 384, sub F; DE PAGE, *o.c.*, III, nr. 168). Het is evenwel zeer goed mogelijk dat de schuldeiser van een verbintenis gesanctioneerd met een dwangsom, van het kennelijk onvermogen en de verdeling helemaal niet op de hoogte was, zodat het ook weinig zinvol zou zijn, een opschorting van de hem toekomende dwangsom te voorzien.

Wat het gerechtelijk akkoord betreft, lijkt de belangrijkste reden voor het uitsluiten ervan de moeilijkheid te zijn geweest om tot een bevredigende uniforme regeling te komen, gezien de verschillen tussen het gerechtelijk akkoord, de in Nederland bestaande *surséance van betaling* en het Luxemburgse *«concordat préventif de la faillite»*. De *Toelichting* (blz. 22) preciseert trouwens dat de nationale wetgever vrij een regeling kan treffen die het gerechtelijk akkoord zou omvatten of dat de nationale rechter, door analogische interpretatie, de regeling inzake faillissement tot het gerechtelijk akkoord zou kunnen uitbreiden, indien hij dit mogelijk en aangewezen acht.

Als reden voor het verwerpen van de in art. 1385*sexies* Ger. W. opgenomen regeling voor het gerechtelijk akkoord, stelt de *Toelichting* (blz. 21), voorts dat de schuldenaar bij gerechtelijk akkoord niet volledig wordt ontzet uit zijn patrimoniale rechten en dat hij deze in beginsel zelf blijft uitoefenen, met medewerking van een rechter-commissaris. Uit dit gedeeltelijke behoud der handelingsbekwaamheid wordt afgeleid, dat dit het de schuldenaar mogelijk zou maken de hoofdverbintenis, bestaande in een niet-doen, straffeloos te schenden, indien de indiening van een verzoek tot gerechtelijk akkoord het verbeuren der dwangsom zou opschorten. Ten slotte wordt opgemerkt dat op de in artikel 1385*quinqüies* Ger. W. opgenomen regeling der onmogelijkheid een beroep zal kunnen gedaan worden voor het geval zulke onmogelijkheid zou voortvloeien uit of samenvallen met de procedure van gerechtelijk akkoord.

Ook de in artikel 1385*sexies*, tweede lid, Ger. W., neergelegde regel werd niet uitgebreid tot het gerechtelijk akkoord. Dwangsommen die vóór de aanvraag tot gerechtelijk akkoord werden verbeurd, kunnen dus wel in het akkoord worden opgenomen. De *Toelichting* motiveert dit door te stellen dat het gerechtelijk akkoord weliswaar leidt tot samenloop der schuldeisers en de vorming van een voor hen bestemde boedel (CLOQUET, *o.c.*, nr. 666; DE PAGE, *o.c.*, VII, nr. 8, A, 3^o; FREDERICQ, *o.c.*, VIII, nr. 618), maar niet altijd uitmondt in een vereffening van het vermogen van de schuldenaar. Indien men de vorderingen wegens reeds verbeurde dwangsommen niet zou toelaten tot het akkoord, zou dit inhouden dat ze door de schuldeiser na de homologatie van het akkoord weer voor hun volle omvang zouden kunnen worden geëxecuteerd. In de hypothese van artikel 1385*sexies* Ger. W. kan immers de reeds vóór de faillietverklaring verbeurde dwangsom na het einde van het faillissement verder worden verhaald.

12. Verjaring van de dwangsom

12.1. *Principe.* Het recht op de dwangsom verjaart na verloop van zes maanden. Deze korte termijn wordt gemotiveerd met een beroep op de billijkheid. Het zou immers voor de schuldenaar al te erg zijn wanneer de schuldeiser, door stil te zitten, het bedrag der verbeurde dwangsommen tot een astronomische hoogte zou kunnen laten oplopen.

Het gaat daarbij om een extinctieve verjaring, niet om een vervaltermijn (*Toelichting*, blz. 23): immers, een vervaltermijn kan niet door stuiting of schorsing verlengd worden (DE PAGE, *o.c.*, VII, nr. 1035, blz. 1031), terwijl de hier bedoelde termijn, krachtens de tekst zelf van artikel 1385*octies* Ger. W. voor schorsing en stuiting vatbaar is.

De verjaring moet worden berekend vanaf de dag dat de verbintenis tot betaling van een dwangsom moet worden uitgevoerd, d.i. vanaf de dag waarop zij werd verbeurd. Gaat het om een dwangsom waaraan een termijn werd gekoppeld, dan begint de verjaring te lopen vanaf de dag waarop de termijn is verstreken en de dwangsom dus werd verbeurd. Indien een dwangsom per overtreding of per dag vertraging werd vastgesteld, dan geldt per overtreding of per dag vertraging een termijn van zes maanden, ingaande op de dag dat de dwangsom werd verbeurd, d.i. de dag der overtreding of elke dag vertraging afzonderlijk.

Het is evident dat het feit dat de veroordeling tot verbeuren van een dwangsom verjaard is, niet meebrengt dat de hoofdveroordeling meteen ook verjaard zou zijn. Bovendien kan de verjaring der dwangsom ook worden geschorst

en gestuit volgens de daaromtrent algemeen geldende regels.

De eenvormige wet voert echter bijzondere schorsingsregelen in, eigen aan het instituut der dwangsom. Deze verwijzen zelf uitdrukkelijk naar de schorsingsgronden uit het burgerlijk recht van elk der verdragssluitende landen (art. 1385*octies*, tweede lid, Ger. W.).

12.2. *Schorsing der verjaring*. Het faillissement schorst de verjaring van de dwangsom. Zulks is het logisch complement van de bepalingen van artikel 1385*sexies* Ger. W.

Hetzelfde lid van artikel 1385*octies* Ger. W. bepaalt ook dat elk ander wettelijk beletsel voor de tenuitvoerlegging van de dwangsom de verjaring belet verder te lopen. De Toelichting vermeldt in dit verband het gerechtelijk akkoord en de aanvaarding van een nalatenschap onder voorrecht van boedelbeschrijving. Maar ook de andere in het Burgerlijk Wetboek bepaalde gronden van stuiting en schorsing der verjaring komen uiteraard in aanmerking. In dit verband kan erop gewezen worden dat artikel 1385*octies*, derde lid, Ger. W., uit billijkheidsoverwegingen een extensieve toepassing maakt van het reeds krachtens artikel 1385*octies*, tweede lid, Ger. W. tot schorsing aanleiding gevende *contra non valentem agere non currit praescriptio* (vgl. VAN MULLEM, o.c., J.T., 1977, 37, nr. 41). Het voorstel van de Commissie voor de burgerlijke, de handels- en de strafwetgeving (*Verslag Hambye*, nr. 108/2, blz. 6-7) werd immers aanvaard en derhalve wordt de verjaring ook geschorst, zolang de persoon die de veroordeling verkreeg met het verbeuren der dwangsom door de schuldenaar bekend kon zijn. Niet vereist is dat de schuldenaar maatregelen nam om de inbreuk op de hoofdveroordeling voor de schuldeiser verborgen te houden, noch dat de veroordeling door haar aard of door de eigen omstandigheden van het geval de kennisneming van inbreuken door de schuldeiser bemoeilijkt. Wordt op de regel van artikel 1385*octies*, derde lid, Ger. W. een beroep gedaan, dan oordeelt de rechter in het executiegeschil soeverein over de vraag of de schuldeiser al dan niet met het verbeuren bekend kon zijn.

13. Bevoegdheid

13.1. *Algemene regeling*. Artikel 1385*nonies* Ger. W. luidt, dat voor de bepaling van de bevoegdheid geen rekening moet worden gehouden met de dwangsom. De hoofdvordering is alleen maatgevend; men handelt daarbij alsof de bijkomende vordering onbestaande was.

Dit artikel is de uitdrukkelijke bevestiging van de adagia *continentia causae dividi non debet* en *accessorium sequitur principale* (FETTWEISS, o.c., nr. 125, blz. 80 met verwijzingen; VAN LENNEP, o.c., VIII, nr. 119, blz. 238 en nr. 167, blz. 242; Hof Luik, 10 november 1937, *Pas.*, 1938, II, 84). De rechter over de hoofdvordering is derhalve altijd de rechter over de bijkomende vordering, zelfs al heeft hij een toegewezen bevoegdheid en zou hij, wanneer de bijkomende vordering tot opleggen van een dwangsom afzonderlijk voor hem ingesteld werd, onbevoegd zijn om van zulk een vordering kennis te nemen (FETTWEISS, o.c., nr. 125, blz. 80, met verwijzing naar DE PAGE, *Les actions complexes*, blz. 27).

Ook ter bepaling van de bevoegdheid *ratione summae* moet dus met het bedrag der dwangsom geen rekening worden gehouden en hetzelfde geldt m.b.t. de aanleg. Art. 557 Ger. W. over de bevoegdheid *ratione summae* werd in die zin aangevuld door art. 4 der wet (vgl. 618 Ger. W.; *Verslag VAN REEPINGHEN*, I, blz. 218; FETTWEISS, o.c., blz. 66, nr. 96; VAN BAUWEL, o.c., II, nr. 333; W. BROSENS, *Beroep in burgerlijke zaken en in zaken van koop-handel*, nr. 54; Hof Luik, 10 november 1937, *Pas.*, 1938, II, 84).

De ontvankelijkheid van het hoger beroep tegen de veroordeling tot een dwangsom hangt af van de vatbaarheid voor hoger beroep van de hoofdveroordeling, behalve als tegen de veroordeling tot een dwangsom alleen wordt opgekomen.

Aldus kan de vrederechter kennis nemen van een hoofdvordering die tot zijn bevoegdheid behoort, zelfs indien bijkomend een dwangsom wordt gevorderd, waarvan het bedrag 50.000 fr. overtreft.

De bepaling van artikel 1385*nonies* Ger. W. leidt er ook toe dat, wanneer de hoofdvordering in eerste en laatste aanleg werd toegewezen, de dwangsom niet mag worden meegerekend ten einde de vatbaarheid voor hoger beroep van de vordering te verzekeren. Dit geldt krachtens artikel 2066 B.W. zowel voor reeds vervallen als nog te vervallen dwangsommen. Zulks resulteert ook uit de aangevulde tekst van art. 557 Ger. W.

Niet alleen houdt artikel 1385*nonies* Ger. W. in dat, ongeacht de aard van de vordering, principieel door de rechter bij wie ze aanhangig is, een dwangsom eraan kan worden verbonden als bijkomende veroordeling, voor zover de wet zulks niet uitdrukkelijk of impliciet verbiedt, bovendien kan uit deze tekst, in verbinding met artikel 1385*bis*, eerste lid, Ger. W., besloten worden dat elke rechter die bevoegd is om een hoofdveroordeling uit te spreken, deze kan sanctioneren met een dwangsom.

13.2. *Het Benelux-Gerechtshof*. Artikel 4 van het verdrag bepaalt dat het Benelux-Gerechtshof kennis zal nemen van eventuele vragen tot uitlegging van het verdrag en de eenvormige wet.

Ratione materiae is het Hof bevoegd om uitspraak te doen, als in een bij een Belgische, Nederlandse of Luxemburgse rechter aanhangige zaak een interpretatieprobleem rijst in verband met een bij een verdrag — hier: het Beneluxverdrag betreffende de dwangsom — aangewezen en aan de drie landen gemeenschappelijke rechtsregel. Het rechtscollège bij wie de zaak aanhangig is zal dan, hetzij ambtshalve, hetzij op verzoek van een der partijen, de behandeling opschorten tot over het interpretatieprobleem uitspraak zal zijn gedaan door het Benelux-Gerechtshof. De rechters die in de zaak uitspraak zullen doen na het arrest van het Benelux-Gerechtshof, zijn door de door het Hof gegeven interpretatie gebonden (GOTZEN, *Van Belgisch naar Benelux-Merkenrecht*, blz. 192 e.v.). De verwijzing naar het Hof is niet nodig, zo het betrokken rechtscollège meent dat over de uitlegging die wordt gevraagd, geen twijfel mogelijk is of zo het om spoedeisende zaken gaat.

RECHTSpraak

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 11 FEBRUARI 1980

Voorzitter : de h. Gerniers

Raadsheer-rapporteur : de h. Mahillon

Advocaat-generaal : de h. Lenaerts

Advocaat : mr. Houtekier

Arbeidsovereenkomst — Bedienden — 1. Instemming met duur van de gegeven opzeggingstermijn — Uitdrukking van instemming — 2. Beding waarbij voor de werkgever een kortere opzegging dan de voor hem wettelijk bepaalde wordt vastgesteld — Nietigheid — Draagwijdte.

1. *Benevens de ontvangstmelding, kan de partij die de opzegging ontvangt ook haar instemming betuigen met de duur van de gegeven opzeggingstermijn. Deze instemming kan ze tot uitdrukking brengen door haar handtekening te laten voorafgaan door de woorden «gelezen en goedgekeurd».*

2. *Naar luid van art. 22 der gecoördineerde wetten, is nietig, «wat aangaat de opzegging die de werkgever doen moet», elk beding waarbij kortere termijnen dan die vermeld in art. 15 worden bepaald.*

Deze wetsbepaling bedoelt de bedingen en overeenkomsten die tussen partijen worden gesloten vóór de kennisgeving van de opzegging door de werkgever. Vanaf dat ogenblik mag de werknemer evenwel alle overeenkomsten sluiten en m.n. afstand doen van zijn recht op de wettelijk voorgeschreven opzeggingstermijn.

V. t/ S.

Conclusie van de advocaat-generaal Lenaerts

Het arrest verwerpt eisers vordering tot betaling van de wettelijke opzeggingstermijn van drie maanden, omdat hij zijn handtekening op de opzeggingsbrief had laten voorafgaan door de woorden «gelezen en goedgekeurd». Het arbeidshof oordeelt dat eiser aldus zijn instemming heeft betuigd met een opzeggingstermijn die korter is dan die welke de wet hem toekent en dat zulk een akkoord, dat een afstand van rechten inhoudt, geldig is, wanneer het ten vroegste tot stand komt op het ogenblik waarop de opzegging werd gegeven.

In het eerste onderdeel van het middel voert eiser aan dat zijn handtekening op de opzeggingsbrief alleen geldt als bewijs van ontvangst van kennisgeving, ook al is die handtekening voorafgegaan door de woorden «gelezen en goedgekeurd».

Artikel 14, vierde lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet bedienden bepaalt dat de handtekening van de partij die de opzegging ontvangt, op het duplicaat van het geschrift enkel geldt als ontvangstbewijs. Deze bepaling is zonder enige toelichting of commentaar ingevoegd door de wet van 11 maart 1954.

Beirnaert meent dat dit voorschrift niet uitsluit dat de betrokken partij niettemin daarnaast ook haar instemming

met de inhoud van het geschrift kan te kennen geven, o.m. door haar handtekening te laten voorafgaan door de duidelijke vermelding «gelezen en goedgekeurd»¹.

Dit standpunt lijkt mij gegrond te zijn. Het ligt in dezelfde lijn als de rechtspraak van het Hof omtrent de kwijting voor saldo van rekening. Luidens artikel 23 van de Arbeidsovereenkomstenwet bedienden betekent het afgeven van zulke kwijting niet dat de bediende afziet van zijn rechten. Het arrest van 10 maart 1976² beslist evenwel «dat dit artikel echter niet ongeldig verklaart de afstand van dergelijke aanspraken die de werknemer, benevens de kwijting voor saldo van rekening, tegelijkertijd uitdrukkelijk doet».

Zowel artikel 14, vierde lid, als artikel 23 willen voorkomen dat de bediende door het plaatsen van zijn handtekening onbewust en ongewild afstand van rechten doet. Maar geen van beide bepalingen strekken ertoe hem te verbieden geheel of gedeeltelijk van zijn rechten af te zien. Alleen is vereist dat zulks volledig vrij en bewust gebeurt. Daarom volstaat de handtekening op de opzeggingsbrief of op de kwijting voor saldo van rekening niet. Dat wil nu niet zeggen dat daarover noodzakelijk een apart geschrift moet worden opgesteld. Die afstand mag ook worden gedaan in de voornoemde stukken zelf, op voorwaarde dat de wil van de bediende duidelijk tot uitdrukking wordt gebracht. En dat kan ook door de handtekening op de opzeggingsbrief te laten voorafgaan door de woorden «gelezen en goedgekeurd».

Het staat de rechter in elk concreet geval te oordelen of werkelijk de wil aanwezig is geweest om een akkoord over de duur van de opzeggingstermijn te sluiten. Ik kan mij bijvoorbeeld indenken dat de rechter minder geneigd zal zijn daartoe te besluiten, wanneer de woorden «gelezen en goedgekeurd» er vooraf op getypt zijn dan wel wanneer ze, zoals ten deze, er door ieder van beide partijen eigenhandig op geschreven zijn.

Ten onrechte voert eiser aan dat de rechter daaruit in geen geval kan afleiden dat de bediende zijn instemming met de gegeven opzeggingstermijn heeft betuigd.

Het eerste onderdeel faalt naar recht.

Volgens het tweede onderdeel kan het arbeidshof uit de vermelding van dezelfde woorden niet afleiden dat partijen de arbeidsovereenkomst met wederzijds akkoord hebben beëindigd. Maar dat beslist het arbeidshof niet. Het oordeelt alleen dat er een akkoord was omtrent de duur van de opzeggingstermijn, niet over de beëindiging zelf. Deze blijft eenzijdig van de werkgever uitgaan.

Het onderdeel mist feitelijke grondslag.

In het derde onderdeel voert eiser aan dat hij van zijn recht op een opzeggingstermijn van minder dan drie maanden niet geldig kon afzien, nu hem dit door een dwingende wetsbepaling wordt toegekend.

¹ «De opzegging van de arbeidsovereenkomst voor werklieden en bedienden afgesloten voor onbepaalde duur», nrs. 16 en 38, in *Arbeidsrecht* II. 5.

² *Arr. Cass.*, 1976, 793; zie de conclusie van het openbaar ministerie in *Journal des tribunaux du travail*, 1976, 290.

Centraal staat hierbij artikel 22 van de Arbeidsovereenkomstenwet bedienden, luidens hetwelk elk beding, waarbij kortere termijnen worden bepaald dan die vermeld in o.m. artikel 15, «nietig is, wat aangaat de opzegging die de werkgever doen moet».

Tot staving van zijn betoog verwijst eiser naar het arrest van 5 februari 1975³, waaruit inderdaad moet worden afgeleid dat partijen geen akkoord kunnen sluiten omtrent een kortere opzeggingstermijn dan het wettelijk voorgeschreven minimum.

Kennelijk is het Hof echter op deze rechtspraak teruggekomen; want bij arrest van 22 mei 1978⁴ overweegt het dat artikel 22 «de bedingen en overeenkomsten bedoelt die tussen de partijen worden gesloten vóór de kennisgeving van de opzegging door de werkgever; dat de werknemer vanaf dat ogenblik alle overeenkomsten mag sluiten en met name afstand mag doen van bepaalde voordelen die hem door het contract worden verleend».

Het lijdt geen twijfel dat volgens dit arrest de instemming van eiser met een kortere opzeggingstermijn dan de wettelijk bepaalde van drie maanden geldig is, aangezien hij zijn akkoord heeft gegeven op het ogenblik dat de opzegging hem ter kennis werd gebracht.

Hoe is nu de tegenstrijdigheid in de rechtspraak van het Hof te verklaren? In beide zaken ging het niet, zoals ten deze, om een lagere bediende — die minder dan 250.000 fr. per jaar verdient — in welk geval de wet zelf de duur van de opzeggingstermijn bepaalt, maar om een hogere bediende met een jaarloon van meer dan dit bedrag⁵. In dat geval bepaalt artikel 15, § 2, van de Arbeidsovereenkomstenwet bedienden dat de opzeggingstermijn wordt vastgesteld «hetzij bij overeenkomst gesloten ten vroegste op het ogenblik waarop de opzegging wordt gegeven, hetzij door de rechter». En het tweede lid voegt eraan toe: «Indien de opzegging wordt gegeven door de werkgever, mag de opzeggingstermijn niet lager zijn dan de in § 1, eerste en tweede lid, vastgestelde termijnen», dit zijn de termijnen welke gelden voor de lagere bedienden.

In 1975 heeft het Hof deze bepalingen kennelijk zo gelezen — en de letterlijke interpretatie geeft daartoe ongetwijfeld aanleiding — dat, wanneer partijen de duur van de opzeggingstermijn bij overeenkomst vaststellen, zij gebonden zijn door de wettelijk voorgeschreven minimumtermijn welke voor lagere bedienden geldt, natuurlijk alleen wanneer de werkgever opzegging geeft.

Het arrest van 1978 spreekt zich niet expliciet uit over de strekking van artikel 15, § 2, maar uit de interpretatie die het aan artikel 22 geeft en de toepassing die het ervan maakt, volgt toch noodzakelijk dat de werkgever en de hogere bediende een akkoord kunnen aangaan omtrent een kortere opzeggingstermijn dan die welke de wet t.a.v. de lagere bediende bepaalt. En dat komt dan toch erop neer artikel 15, § 2, tweede lid, dat het vaststellen van een kortere termijn verbiedt, niet toepasselijk te verklaren, wanneer partijen de duur van de opzeggingstermijn bij overeenkomst bepalen.

³ In samenvatting gepubliceerd in *Arr. Cass.*, 1975, 636; in extenso gepubliceerd in *Tijdschrift voor Sociaal Recht*, 1975, 159.

⁴ *Arr. Cass.*, 1978, 1115.

⁵ In het geval door het arrest van 5 februari 1975 berecht, bedroeg het in aanmerking te nemen bedrag nog 150.000 fr.

In de onderhavige zaak rijst die moeilijkheid weliswaar niet, omdat niet § 2 van artikel 15 toepasselijk is, maar wel § 1 van hetzelfde artikel dat de genoemde verbodsbepaling niet bevat. Men mag van dit probleem nochtans geen abstractie maken, wanneer men de betekenis van artikel 22 onderzoekt. Want men kan aan deze wetsbepaling toch geen verschillende draagwijdte geven naar gelang het om een hogere of een lagere bediende gaat. Zoniet zou men immers tot de toch wel paradoxale toestand komen dat de hogere bediende niet van zijn recht mag afzien en dat de lagere bediende dit wel mag.

Voor de interpretatie van de artikelen 15 en 22 lijkt het niet onnuttig de wordingsgeschiedenis ervan even in herinnering te brengen.

Het in artikel 22 neergelegde verbod om kortere opzeggingstermijnen te bedingen kwam reeds voor in artikel 17 van de eerste versie van de Arbeidsovereenkomstenwet bedienden van 7 augustus 1922. Op dat ogenblik was de wet niet toepasselijk op de hogere bedienden en werd t.a.v. de lagere bedienden, zoals thans nog steeds het geval is, de opzeggingstermijn door de wet bepaald.

In die samenhang lijkt de betekenis van artikel 17 nogal duidelijk: aan artikel 12, dat de opzeggingstermijn bepaalt, het karakter van een dwingende wetsbepaling geven, waarvan partijen contractueel niet kunnen afwijken in het nadeel van de bediende. Maar niets wijst erop dat de wetgever van 1922 de contractsvrijheid van partijen in zodanige mate heeft willen beperken, dat de bediende niet het recht zou hebben van de hem door de wet verleende bescherming af te zien en zelfs niet gedeeltelijk afstand van zijn rechten te doen op het ogenblik dat hij ontslagen wordt en dus bevrijd is van de ondergeschiktheidspositie tegenover de werkgever, wat precies de bestaansreden van de wettelijke bescherming is. De interpretatie die het arrest van 22 mei 1978 aan artikel 22 geeft, past volkomen in de opzet van de oorspronkelijke wet.

In deze wet werd een artikel 12bis ingevoegd door de wet van 11 maart 1954. Het 2^o van dit artikel luidde als volgt: «Wanneer de jaarlijkse bezoldiging hoger is dan 120.000 fr. (het toenmalige bedrag voor de hogere bedienden), wordt de termijn van de opzegging welke door de werkgever moet in acht genomen worden, vastgesteld bij overeenkomst of door de rechter, zonder dat hij lager mag zijn dan de termijnen vastgesteld bij 1^o van dit artikel». Aangezien de overeenkomst over de duur van de opzeggingstermijn, volgens die wetsbepaling, om het even wanneer kan worden aangegeven — eventueel zelfs bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst — ontstaat er helemaal geen anomalie met artikel 17 dat het bedingen van kortere termijnen verbiedt: dit artikel slaat op de bedingen en overeenkomsten die vóór de beëindiging van de arbeidsovereenkomst worden gesloten, maar verbiedt niet dat de bediende achteraf van zijn rechten afziet, zoals ook het arrest van 22 mei 1978 beslist.

Artikel 12bis van de wet van 7 augustus 1922, dat intussen artikel 15 van de gecoördineerde wetten van 20 juli 1955 is geworden, werd gewijzigd door de wet van 21 november 1969. Toen werd bepaald dat de overeenkomst tussen de werkgever en de hogere bediende omtrent de duur van de opzeggingstermijn maar mag worden gesloten «ten vroegste op het ogenblik waarop de opzegging wordt gegeven».

Deze bepaling vindt haar oorsprong in een regeringsamendement dat verantwoord wordt door de bekommernis

«te vermijden dat de overeenkomst die de opzeggingstermijn vaststelt, zou gesloten worden op een ogenblik dat de bediende niet op voet van gelijkheid met zijn werkgever de besprekingen kan voeren»⁶

In de kamercommissie, die het amendement aanneemt, merkt de minister op dat het steeds vaker voorkomt «dat werkgevers, bij de indiensttreding van de bedienden, overeenkomsten doen ondertekenen waarin bepaald wordt dat als opzeggingstermijn het door de wet vereiste minimum geldt.

«Dit is een ongezonde toestand die schadelijk is voor de belangen van de werknemers, in het bijzonder voor die van het kaderpersoneel. Wie naar een betrekking solliciteert, bevindt zich — hoe groot zijn bekwaamheid ook moge zijn — bij de bespreking van zijn aanwervingsvoorwaarden in een ondergeschikte positie t.o.v. de werkgever.

«Derhalve moet het onmogelijk worden gemaakt om de duur van de opzeggingstermijn bij overeenkomst te regelen, tenzij die overeenkomst na het ogenblik waarop de opzegging wordt gegeven, tot stand komt»⁷.

De parlementaire voorbereiding van de wet van 21 november 1969 laat geen twijfel bestaan over de bedoeling van de wetgever bij het stellen van de voorwaarde dat de overeenkomst omtrent de duur van de opzeggingstermijn ten vroegste mag worden gesloten op het ogenblik waarop de opzegging wordt gegeven : de hogere bediende beschermen zolang hij zich in een zwakke onderhandelingspositie tegenover de werkgever bevindt, d.i. inzonderheid bij de indiensttreding en daarna nog zolang hij in dienst is. Maar ook in 1969 denkt de wetgever er niet aan de vrijheid van de bediende te beperken vanaf het ogenblik dat hij ontslagen is en «op voet van gelijkheid met zijn werkgever» kan overeenkomen.

Aan die strekking van de wet werd ook in 1969 niet geraakt ; alleen werd zij bevestigd door er een nieuwe beschermingsmaatregel aan toe te voegen.

Het is de wetgever daarbij wel ontgaan dat als gevolg van die toevoeging artikel 15, § 2, tweede lid, zinloos is geworden, in zover het ook aan partijen verbiedt kortere opzeggingstermijnen dan het wettelijk minimum te bedingen. Alvorens de opzegging is gegeven, mag er helemaal geen overeenkomst worden gesloten ; daarna herneemt de bediende zijn volledige vrijheid, bedingt hij de termijn die hem het best past, ook al is deze korter dan die welke voor lagere bedienden geldt. Want wanneer hij de door de werkgever voorgestelde termijn te kort vindt — zelfs al gaat deze het wettelijk minimum te boven — kan hij zijn instemming weigeren en aan de rechter vragen de termijn te bepalen.

Dat artikel 15, § 2, tweede lid, de hogere bediende niet verhindert vrij over zijn rechten te beschikken zodra hij opgezegd is, ligt overigens in de lijn van heel de arbeidsovereenkomstenwetgeving : de vrijheid van de bediende alleen dan door dwingende wetsbepalingen beperken, wanneer zulks als gevolg van zijn ondergeschiktheid tegenover de werkgever noodzakelijk is ; daarbuiten blijft zijn contractsvrijheid onaangetast.

Een andere toepassing van dit beginsel die tot hetzelfde resultaat als de onderhavige leidt, is het recht van partijen om de arbeidsovereenkomst bij onderling akkoord te beëindigen. De Arbeidsovereenkomstenwet spreekt over die mogelijkheid niet. Derhalve vinden, aldus het arrest van

12 juni 1978⁸, de bepalingen betreffende de opzeggingsvergoeding geen toepassing — en hetzelfde geldt die betreffende de opzeggingstermijn. Partijen kunnen dus onderling overeenkomen dat de arbeidsovereenkomst onmiddellijk beëindigd wordt of vroeger een einde neemt dan wanneer de bij eenzijdige beëindiging geldende opzeggingstermijn toepassing zou vinden. En zo de bediende van zijn recht op opzeggingstermijn geheel of gedeeltelijk kan afzien, wanneer hij met zijn werkgever akkoord gaat over zijn ontslag zelf, waarom zou hij die zelfde vrijheid niet hebben, wanneer zij niet akkoord gaan over het ontslag zelf, maar wel over het ogenblik waarop het eenzijdig door de werkgever gegeven ontslag ingaat ?

Terecht beslist het arrest van 22 mei 1978 dat ook artikel 22 van de Arbeidsovereenkomstenwet bedienden niet belet dat de werknemer afstand mag doen van hem toegekende voordelen, zodra hij is opgezegd. En dit geldt eveneens, wanneer hij afstand doet van rechten die hem door dwingende wetsbepalingen zijn toegekend.

Het derde onderdeel faalt naar recht.

Conclusie : verwerping.

Arrest

Gelet op het bestreden arrest, op 24 mei 1977 door het Arbeidshof te Antwerpen, afdeling Hasselt, gewezen ;

Over het middel afgeleid uit de schending van de artikelen 14, vierde lid, 15, 22 van de bij koninklijk besluit van 20 juli 1955 gecoördineerde wetten betreffende het bediendencontract, gewijzigd door de wet van 21 november 1969 en door het koninklijk besluit van 6 juni 1975, 6, 1108, 1131, 1133, 1134, 1135, 1156, 1319, 1320, 1322, 1326 van het Burgerlijk Wetboek en 51 van de wet van 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités,

doordat het arrest de door eiser tegen verweerder ingestelde vordering tot betaling van een opzeggingsvergoeding van 58.616 fr. verwerpt op grond : dat eiser, die sedert 16 september 1975 bij verweerder in dienst was, op 24 oktober 1975 een opzegging ontving, aanvangend op dezelfde datum en eindigend op 31 oktober 1975, gedurende welke eiser van arbeidsprestaties vrijgesteld was ; dat eiser dit geschrift voor gelezen en goedgekeurd ondertekende en vervolgens verweerder dagvaardde tot betaling van een opzeggingsvergoeding ; dat de eerste rechter oordeelde dat deze ondertekening, voorafgegaan door de woorden «gelezen en goedgekeurd» moet worden beschouwd als een overeenkomst, met wederzijds akkoord afgesloten ; dat het arbeidshof de opvatting van de eerste rechter deelt volgens welke tijdens de duur van de arbeidsovereenkomst geen geldige regelingen kunnen worden getroffen die een verzaaking van rechten door de werknemer inhouden, maar dat dergelijke akkoorden wel degelijk op geldige wijze kunnen tot stand komen, wanneer de werknemer zich niet meer in de beschermde toestand bevindt, dit is ten vroegste op het ogenblik waarop de opzegging wordt gegeven ; dat hieruit voortvloeit dat de eis ongegrond is,

terwijl, eerste onderdeel, de handtekening die eiser op het geschrift, waardoor verweerder hem zijn opzegging gaf, heeft geplaatst, enkel geldt als bewijs van ontvangst van de betekening van die opzegging, ook al was die handtekening

⁶ Kamer, 1966-1967, *Gedr. St.*, nr. 407/1, blz. 3.

⁷ *Ibid.*, 1968-1969, *Gedr. St.*, nr. 270/7, blz. 73-74.

⁸ *Arr. Cass.*, 1978, 1199.

voorafgegaan door de woorden «gelezen en goedgekeurd» (schending van de artikelen 14, vierde lid, 15, 22 van het koninklijk besluit van 20 juli 1955, 1108 en 1326 van het Burgerlijk Wetboek) ;

tweede onderdeel, het aan eiser door verweerder betekende geschrift, waarbij verweerder hem zijn opzegging gaf, omdat eiser onvoldoende Frans kende, een eenzijdige opzegging is en het feit dat eiser dit geschrift voor gelezen en goedgekeurd ondertekend heeft, niet tot gevolg heeft dat partijen met wederzijds akkoord de overeenkomst hebben beëindigd (schending van de artikelen 1108, 1134, 1135, 1156, 1319, 1320, 1322 van het Burgerlijk Wetboek en 51 van de wet van 5 december 1968) ;

derde onderdeel, de jaarwedde van eiser 18.554 x 12 = 222.648 fr. beliep en hij dus gerechtigd was op een opzegging van drie maanden of een overeenstemmende opzeggingsvergoeding ; eiser, door de met miskenning van deze dwingende bepaling gegeven opzegging voor gelezen en goedgekeurd te ondertekenen, niet geldig van zijn rechten heeft kunnen afzien ; zulks evenzeer het geval is, indien het jaarloon van eiser hoger dan 250.000 fr. zou zijn (schending van de artikelen 14, vierde lid, 15, 22 van het koninklijk besluit van 20 juli 1955, 6, 1131 van het Burgerlijk Wetboek en 51 van de wet van 5 december 1968) ;

Wat het eerste onderdeel betreft :

Overwegende dat, luidens artikel 14, vierde lid, van de gecoördineerde wetten betreffende het bediendencontract, de handtekening van de partij aan wie een opzegging wordt overhandigd, op het duplicaat van het geschrift, enkel als bewijs van ontvangst van de betekening geldt ;

Dat dit voorschrift niet belet dat de partij die de opzegging ontvangt, benevens de ontvangstmelding, ook haar instemming kan betuigen met de duur van de gegeven opzeggingstermijn ; dat zij deze instemming tot uitdrukking kan brengen door haar handtekening te laten voorafgaan door de woorden «gelezen en goedgekeurd» ;

Wat het tweede onderdeel betreft :

Overwegende dat het arbeidshof niet beslist dat de partijen de arbeidsovereenkomst met wederzijds akkoord hebben beëindigd, maar oordeelt dat zij een akkoord hebben gesloten omtrent de duur van de opzeggingstermijn die bij de eenzijdige beëindiging van de overeenkomst door verweerder in acht diende te worden genomen ;

Wat het derde onderdeel betreft :

Overwegende dat, naar luid van artikel 22 van de gecoördineerde wetten, elk beding waarbij kortere termijnen dan die vermeld in artikel 15 worden bepaald, nietig is «wat aangaat de opzegging die de werkgever doen moet» ;

Dat die wetsbepaling de bedingen en overeenkomsten bedoelt die tussen de partijen worden gesloten vóór de kennisgeving van de opzegging door de werkgever ; dat de werknemer vanaf dat ogenblik alle overeenkomsten mag sluiten en met name afstand mag doen van zijn recht op de wettelijk voorgeschreven opzeggingstermijn ;

Dat het arbeidshof wettelijk beslist dat partijen ten vroegste op het ogenblik waarop de opzegging wordt gegeven, geldig een akkoord omtrent de duur van de opzeggingstermijn kunnen sluiten, waarbij de werknemer afstand van hem toekomende rechten doet ;

Dat het middel niet kan worden aangenomen ;

Om die redenen, verwerpt de voorziening ; veroordeelt eiser in de kosten.

NOOT—Art. 22 der gecoördineerde wetten werd art. 6 van de W.A.O. 1978 naar luid waarvan «alle met de bepalingen van deze wet en van haar uitvoeringsbesluiten strijdige bedingen nietig zijn voor zover zij ertoe strekken de rechten van de werknemer in te korten of zijn verplichtingen te verzwaren». Art. 15, § 2, der gecoördineerde wetten werd ongewijzigd als art. 82, § 3, in de W.A.O. 1978 ingevoegd.

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 25 SEPTEMBER 1979

Voorzitter : de h. Châtel

Raadsheer-rapporteur : de h. Lebbe

Advocaat-generaal : mevr. Liekendaal

Voorlopige hechtenis — Rechten van de verdediging — Bijstand van een raadsman.

Door geen enkele wettelijke bepaling wordt aan de onderzoeksgerichten, zitting houdende inzake voorlopige hechtenis, opgelegd of toegestaan, wanneer de verdachte niet zelf een raadsman heeft gekozen, hem een raadsman voor zijn verdediging toe te voegen.

De S.

Gelet op het bestreden arrest, op 7 augustus 1979 gewezen door het Hof van Beroep te Antwerpen, kamer van inbeschuldigingstelling ;

Over het middel, afgeleid uit de schending van de rechten van de verdediging,

doordat het arrest, uitspraak doende bij verstek, de voorlopige hechtenis van eiser handhaaft,

terwijl eiser niet zonder verdediger wenste te verschijnen en «hierom schriftelijk had verzocht» ;

Overwegende dat het arrest de beschikking van de raadkamer van 13 juli 1979, waarbij de hechtenis van eiser gehandhaafd werd, bevestigt ;

Overwegende dat uit de procedurestukken blijkt dat eiser bij de behandeling van de zaak voor de raadkamer niet verschenen is ; dat de griffier van het hof van beroep, met het oog op de behandeling van de zaak, aan de raadsman, die eiser intussen had aangewezen, overeenkomstig de artikelen 5 en 20 van de wet van 20 april 1874 bericht gaf van plaats, dag en uur van de verschijning voor de kamer van inbeschuldigingstelling ; dat eiser op de terechtzitting van 24 juli 1979 zonder bijstand van zijn advocaat is verschenen en uitstel van de zaak gevraagd heeft «om zich door een raadsman te laten bijstaan», waarop de zaak tot 3 augustus 1979 werd verdaagd ; dat op laatstvermelde datum de zaak andermaal, op verzoek van eiser, werd uitgesteld ten einde eiser «toe te laten een raadsman te contacteren» ; dat op de terechtzitting van 7 augustus eiser verklaarde «niet verder te willen verschijnen noch zich verdedigen zonder bijstand van een advocaat» en desbetreffend een verzoekschrift

neerlegde ; dat hij in dat verzoekschrift een nieuw uitstel vroeg ten einde een andere advocaat te kunnen raadplegen ;

Overwegende dat het arrest oordeelt dat eiser ingevolge de uitstellen van 24 juli 1979 en van 3 augustus 1979 de gelegenheid kreeg om zich door een raadsman te laten bijstaan, indien bij hem de werkelijke wil daartoe bestond, en dat er geen geldige redenen voor verder uitstel bestaan ; dat het vervolgens beslist zoals hierboven vermeld ;

Overwegende dat geen enkele wettelijke bepaling aan de onderzoeksgerechten, zitting houdende inzake voorlopige hechtenis, oplegt of toelaat, wanneer de verdachte niet zelf een raadsman heeft gekozen, hem een raadsman voor zijn verdediging toe te voegen ;

Overwegende dat het arrest, door in de eerder weergegeven omstandigheden te oordelen zoals gezegd, de rechten van de verdediging niet schendt ;

Dat het middel niet kan worden aangenomen ;
(...)

NOOT—De voorzitter van de kamer van inbeschuldigingstelling kan wel ambtshalve een advocaat aanwijzen voor een verdachte, wanneer de kamer van inbeschuldigingstelling moet beslissen over een verzoek tot internering en de betrokkene geen advocaat gekozen heeft (art. 28 van de wet van 9 april 1930 tot bescherming van de maatschappij).

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 12 SEPTEMBER 1979

Voorzitter : de h. Legros

Raadsheer-rapporteur : de h. Sace

Advocaat-generaal : de h. Declercq

Advocaten : mrs. Risopoulos en Chomé

Uitlevering — Voorlopige invrijheidstelling — Bevoegdheid van de rechterlijke macht.

Wanneer de verdachte in hechtenis is op grond van een in het buitenland verleend bevel tot aanhouding, dat overeenkomstig artikel 3 van de wet van 15 maart 1874 op de uitleveringen rechtsgeldig uitvoerbaar werd verklaard en naar behoren werd betekend, staat hij aldus ter beschikking van de uitvoerende macht en alleen zij kan, na het advies van de kamer van inbeschuldigingstelling te hebben ingewonnen, beslissen of de verdachte al dan niet moet worden uitgeleverd aan het gerecht van het land dat om zijn uitlevering verzoekt. De rechterlijke macht is zonder jurisdictie om de voorlopige invrijheidstelling van de aldus opgesloten vreemdeling toe te staan.

G.

Gelet op het bestreden arrest, op 17 juli 1979 gewezen door de kamer van inbeschuldigingstelling van het Hof van Beroep te Brussel, waarbij het verzoek tot voorlopige invrijheidstelling van eiser werd afgewezen ;

Overwegende dat uit de stukken waarop het Hof vermacht te slaan, blijkt dat eiser in hechtenis is op grond van

een door het Landesgericht für Strafsachen te Wenen op 16 mei 1979 verleend bevel tot aanhouding, dat overeenkomstig artikel 3 van de wet van 15 maart 1874 op de uitleveringen rechtsgeldig uitvoerbaar werd verklaard en naar behoren werd betekend ;

Dat eiser aldus ter beschikking staat van de uitvoerende macht en alleen zij, na het advies van de kamer van inbeschuldigingstelling te hebben ingewonnen, kan beslissen of eiser al dan niet moet worden uitgeleverd aan het gerecht van het land dat om zijn uitlevering verzoekt ;

Dat de rechterlijke macht zonder jurisdictie was om de door eiser verzochte voorlopige invrijheidstelling toe te staan ;

Dat de middelen waarin grieven naar voren worden gebracht welke geen verband houden met de wettelijkheid van de bestreden beslissing, niet ontvankelijk zijn ;

Om die redenen,

Verwerpt de voorziening ;

Veroordeelt eiser in de kosten.

NOOT—Over de uitleveringen

Wanneer een verdachte in hechtenis is op grond van een buitenlandse titel (veroordelend vonnis of arrest, bevel tot aanhouding, beschikking tot verwijzing naar de strafrechter of een gelijkwaardige akte), die rechtsgeldig uitvoerbaar werd verklaard en behoorlijk werd betekend, verkrijgt de hechtenis een definitief karakter.

Noch de raadkamer, noch de kamer van inbeschuldigingstelling, noch de vonnisgerechten hebben enige bevoegdheid om de voorlopige of de definitieve invrijheidstelling van de aldus opgesloten vreemdeling te bevelen (Cass., 9 juli 1872, *Pas.*, 1872, I, 446 ; Cass., 31 januari 1939, *Pas.*, 1939, 55 ; Cass., 24 mei 1943, *Pas.*, 1943, I, 200 ; K.I. Brussel, 21 juni 1879, *Pas.*, 1879, II, 290 ; Rb. Brussel, 8 maart 1962, *R.D.P.*, 1967-68, 909 ; M. GODDYN en E. MAHIELS, *Le droit criminel belge au point de vue international*, pp. 179-180 en 185 ; *Pandectes belges*, tw. *Extradition*, nrs. 134-135 ; M. THEYS, *Extradition*, nr. 73 in *Nov.*, *Procédure pénale*, I, deel 2 ; J.J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, 3e ed., II, pp. 235-237, nrs. 969 en 973 ; *R.P.D.B.*, tw. *Extradition*, nr. 79 ; E. OLIVIER en A. ERNST, *Code de l'extradition*, pp. 295-296, nrs. 295-296 ; P.E. TROUSSE en J. VANHALEWIJN, *Uitlevering en internationale rechtshulp in strafzaken*, p. 124, nr. 315, A.P.R.).

Alleen de uitvoerende macht is dan nog bevoegd om de voorlopige of de definitieve invrijheidstelling te bevelen. Het onderhavige cassatiearrest bevestigt een meer dan honderdjarige jurisprudentie.

A. Vandeplas

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 4 MEI 1979

Voorzitter-rapporteur : de h. de Vreese

Eerste advocaat-generaal : de h. Charles

Advocaten : mrs. De Gryse, van Hecke en Houtekier

Testament — Vorm — Bij openbare akte — Tegenwoordigheid van getuigen.

Uit de artt. 971 en 972 B.W. vloeit voort dat, wanneer een openbaar testament voor één notaris wordt verleden, de getuigen bij alle essentiële bewerkingen ervan tegenwoordig moeten zijn.

Deze tegenwoordigheid houdt in dat zij de getuige de mogelijkheid biedt vast te stellen dat de laatste wilsbeschikking door de erflater wordt «gedicteerd», dat de notaris deze wilsbeschikking noteert, dat het testament aan de erflater wordt voorgelezen en dat deze het testament ondertekent.

T. t/ J. e.a.

Gelet op het bestreden arrest, op 28 oktober 1977 door het Hof van Beroep te Gent gewezen ;

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 971, 972, voor zoveel als nodig 973, 974 van het Burgerlijk Wetboek en 97 van de Grondwet,

doordat, bij het onderzoek van de pleegvormen die door de in het middel aangehaalde wetsbepalingen worden bepaald voor de opstelling van authentieke testaments, het arrest vaststelt dat de instrumenterende notaris bij zijn verhoor tijdens het strafrechtelijk onderzoek verklaarde dat, «nadat Maria Theresia T. hem op zijn uitdrukkelijk verzoek haar voornemens mondeling had bekendgemaakt in bijzijn van de getuigen, hij zich in de aanpalende keuken heeft teruggetrokken om het testament te schrijven en dat hij nog wel een paar keer bij de testatrice is teruggekeerd om de juiste gegevens te laten bevestigen, waarna hij het testament nogmaals heeft voorgelezen in het bijzijn van de getuigen en heeft laten ondertekenen», en dat, «Indien de getuige verklaarde dat hij de notaris niet heeft zien schrijven, zulks niet insluit dat de notaris het testament niet heeft geschreven en dat, aangezien dit schrijven gebeurde in een aanpalende kamer waarop de getuigen vrij zicht hadden en waarin zij vrij konden komen en gaan, het niet gebeurde in tegenwoordigheid van de getuigen, ook al verklaarde deze dit om een niet nader bepaalde reden niet te hebben gezien» ; dat het arrest vervolgens het authentiek testament van Maria Theresia T., van 21 maart 1966, niettemin geldig en van waarde verklaart en, om die reden, eisers vorderingen als ongegrond afwijst,

terwijl, eerste onderdeel, het, naar artikel 971 van het Burgerlijk Wetboek, geenszins volstaat dat de daarin bedoelde getuigen over de mogelijkheid beschikten het testament door de notaris te zien neerschrijven, doch dat het nodig is dat zij het werkelijk hebben gezien, zodat het arrest ten onrechte weigert bedoeld testament, waarvan de opstelling, naar de rechter in hoger beroep, niet door de twee getuigen werd gezien, ongeldig te verklaren (schending van de in het middel vermelde bepalingen van het Burgerlijk Wetboek),

tweede onderdeel, voor zover de in het middel herhaalde overweging van het arrest dat een getuige om een niet nader bepaalde reden verklaarde het testament niet te hebben zien schrijven, zou moeten worden geïnterpreteerd als enige uiting van twijfel betreffende de oprechtheid van deze getuige, deze beschouwing van het arrest in elk geval dubbelzinnig is, nu zij eveneens kan worden geïnterpreteerd in die zin dat om een niet nader bepaalde reden deze getuige de notaris het testament werkelijk niet heeft zien schrijven,

hetgeen een motiveringsgebrek uitmaakt (schending van artikel 97 van de Grondwet) :

Overwegende dat niet wordt betwist dat uit de artikelen 971 en 972 van het Burgerlijk Wetboek voortvloeit dat, wanneer een openbaar testament voor één notaris wordt verleden, de getuigen bij alle essentiële bewerkingen ervan moeten tegenwoordig zijn ;

Dat deze tegenwoordigheid, om nuttig te zijn, inhoudt dat zij de getuige de mogelijkheid biedt vast te stellen dat de laatste wilsbeschikking door de erflater wordt «gedicteerd», dat de notaris deze wilsbeschikking noteert, dat het testament aan de erflater wordt voorgelezen en dat deze het testament ondertekent ;

Overwegende dat het arrest oordeelt dat, indien de enige nog levende getuige verklaarde dat hij «de notaris niet heeft zien schrijven», zulks — gelet op de omstandigheid dat dit schrijven gebeurde in een aanpalende kamer «waarop de getuigen vrij zicht hadden en waar zij vrij konden komen en gaan» — niet insluit dat het schrijven niet gebeurde in tegenwoordigheid van de getuigen, ook al verklaarde deze getuige dit, om een niet nader bepaalde reden, niet te hebben «gezien» ;

Overwegende dat uit de context blijkt dat het hof van beroep hiermede enkel bedoelt dat uit de verklaring van die getuige niet met voldoende zekerheid volgt dat, in strijd met de eisen van de wet, het noteren door de notaris van de laatste wilsbeschikking van de erflater niet «in tegenwoordigheid van de getuigen» zou zijn gebeurd, dit is : niet op zulke wijze zou zijn gebeurd dat de getuigen die essentiële bewerking van het verlijden van het testament konden vaststellen ;

Overwegende dat het hof van beroep, zonder schending van de artikelen 971 en 972 van het Burgerlijk Wetboek, hieruit heeft kunnen afleiden dat de valsheid van de authentieke vermeldingen van het testament niet als bewezen kan worden beschouwd ;

Dat het meteen zijn beslissing wettelijk verantwoordt en regelmatig motiveert ;

Dat het middel niet kan worden aangenomen ;

Om die redenen,

Verwerpt de voorziening ;

Veroordeelt eiser in de kosten.

RAAD VAN STATE

4e KAMER — 27 NOVEMBER 1979

Voorzitter : de h. Vermeulen (rapporteur)

Staatsraden : de hh. Baeteman en Suetens

Auditeur : de h. De Brabandere

Raad van State — Annulatieberoep — Ontvankelijkheid — Beroep direct ingesteld door de gemeenteraad — Niet ontvankelijk.

Het eenvoudig overmaken door de burgemeester en de gemeentesecretaris van een uittreksel uit de notulen van een gemeenteraad waarbij deze beslist een beroep bij de

Raad van State in te stellen, is geen bestuurshandeling die aan het schepencollege kan worden toegerekend en is dus uiteraard geen geldige manier om in naam van de gemeente de Raad van State aan te spreken

Gemeente Kozen (thans Nieuwerkerken) t/
Minister van Nationale Opvoeding
Arrest nr. 19.936

Gezien het verzoekschrift dat de gemeenteraad van Kozen op 6 oktober 1976 heeft ingediend als gevolg van zijn beslissing van 3 september 1976 om «in beroep te gaan bij de Raad van State, tegen ... (een) koninklijk besluit genomen op 13 augustus 1976 waarbij het besluit (van de gemeenteraad) tot samenvoeging van de gemeentelijke lagere school met de gemengde school wordt vernietigd» ;

(...)

Overwegende dat het beroep van de gemeenteraad van Kozen bij de Raad van State werd ingesteld door eenvoudige toezending van een door de burgemeester en de gemeentesecretaris ondertekend uittreksel uit de notulen van de vergadering van de gemeenteraad van 3 september 1976 waarin beslist wordt beroep bij de Raad van State in te stellen in de bewoordingen zoals hiervoor werden overgeschreven ;

Overwegende dat de uitvoering van een beslissing van een gemeenteraad om in rechte te treden, krachtens artikel 90, 1e lid, 9°, van de gemeentewet in de bevoegdheid ligt van het schepencollege dat in het algemeen door vermelde bepaling belast is met het voeren van de rechtsgedingen waarbij de gemeente, hetzij als eiser, hetzij als verweerder betrokken is ; dat, indien het als onzeker voorkomt dat een beroep van een gemeentebestuur bij de Raad van State is ingesteld door het schepencollege, het instellen van dat beroep enkel dan aan het schepencollege kan worden toegerekend indien een uittreksel uit het notulenboek van de vergaderingen van het schepencollege kan worden overgelegd waaruit blijkt dat het college ter uitvoering van het besluit van de gemeenteraad effectief beslist heeft bij de Raad van State een beroep in te stellen, waarvan het tevens de wezenlijke elementen bepaalt en waarvoor het eventueel aan een advocaat last geeft om als procesvertegenwoordiger van de gemeente op te treden ; dat het uittreksel uit het notulenboek van het schepencollege uiteraard ook moet doen blijken dat de beslissing een beroep bij de Raad van State in te stellen, genomen werd vóór de indiening van het verzoekschrift ;

Overwegende dat het eenvoudig overmaken door de burgemeester en de gemeentesecretaris van een uittreksel uit de notulen van een gemeenteraad waarbij deze beslist een beroep bij de Raad van State in te stellen, geen bestuurshandeling is die aan het schepencollege kan worden toegerekend en dus uiteraard geen geldige manier is om in naam van de gemeente de Raad van State aan te spreken ;

Overwegende dat het college van Kozen na het verslag van de bevoegde auditeur ontvangen te hebben — verslag waarin wordt gesteld dat het ingestelde beroep om de aangehaalde reden nietig was —, geen uittreksel uit de notulen van enige van zijn vergaderingen aan de Raad van State heeft overgelegd, uittreksel waaruit had kunnen blijken dat het college toch de beslissing had genomen, een beroep bij de Raad van State in te stellen ; dat het eenvoudig doorzenden van een uittreksel uit het notulenboek van de gemeenteraadsvergadering van 1 september 1976, dienvolgens

moet begrepen worden als het direct door de gemeenteraad zelf instellen van een annulatieberoep, wat strijdig is met voormeld artikel 90, 1e lid, 9°, van de gemeentewet ; dat een zo ingesteld beroep als zijnde door onbevoegden ahangig gemaakt, van ambtswege niet ontvankelijk moet worden verklaard ; dat de kosten van een in rechte foutief, want in strijd met de gemeentewet, optreden van de gemeenteraad uiteraard door de gemeente moeten worden gedragen,

(...)

NOOT—Zie André ALEN, *Proceshandelingen van en tegen gemeenten*, Maarten Kluwer's Internationale Uitgeversondern., Antwerpen, 1980.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

1e KAMER — 27 JUNI 1979

Voorzitter : de h. Alsteens

Raadsheren : de h. Hernould en De Vocht

Advocaten : mrs. Vandeurzen, Salaets en Belmans

Huwelijksvermogenstelsels — Oud gemeenschapsstelsel — Verkoop door de man van een onroerend gemeenschapsgoed — Overlijden van de vrouw — Haar erfgenamen zijn door deze verkoopovereenkomst gebonden.

Onder gelding van het vroeger gemeenschapsstelsel van gemeen recht was de man beheerder van de gemeenschap (artikel 1421 van het Burgerlijk Wetboek) en kon hij in die hoedanigheid de onroerende goederen van de gemeenschap onder bezwarende titel vervreemden, mede in naam van de vrouw.

Op grond van de interpretatieve wet van 27 april 1850 was deze overeenkomst aan de vrouw tegenwerpelijk, alsof ze authentiek was, ook al had ze geen vaste dagtekening.

Na het overlijden van de vrouw moeten de rechtsopvolgers deze overeenkomst eerbiedigen, behoudens bewijs van bedrog in hoofde van de man.

S. t/C.

Gezien de stukken van het geding, o.m. het op 6 januari 1978 door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Hasselt geveld vonnis (...)

Overwegende dat de toelaatbaarheid van het hoger beroep niet betwist wordt ;

Overwegende dat Joannes Henricus C. bij onderhandse akte, gedagtekend met 12 september 1973, twee bouwplaatsen te Neerpelt, sectie G nrs. 26 V en W, groot 18 a.37 ca en 19 a.75 ca. aan appellanten verkocht ;

Overwegende dat deze onroerende goederen op die datum afhingen van de gemeenschap van goederen met zijn echtgenote, Maria V. ;

Overwegende dat Maria V. stierf op 11 januari 1974, zijnde vóór het verstrijken van de termijn van vier maanden, voorzien voor het verlijden van de notariële akte van deze verkoop ;

Overwegende dat de onderhandse akte geregistreerd werd op 14 januari 1974 ;

Overwegende dat, behalve Lucien C., de kinderen C. na

het overlijden van hun moeder instemden met de verkoop-overeenkomst ;

Overwegende dat Joannes Henricus C. zijn zoon Lucien liet dagvaarden ten einde een notariële akte van neerlegging van het onderhands verkoopcontract te ondertekenen (zaak AR. Rechtbank Eerste Aanleg Hasselt 75 B.74);

Overwegende dat Lucien C. zijn vader en zijn twee broers liet dagvaarden ten einde de verdeling van de nalatenschap van wijlen Maria V. en de openbare verkoping te horen bevelen van de onroerende goederen daarvan afhankelijk, zijnde deze bedoeld in het onderhands verkoopcontract ; dat appellanten in dit geding betrokken werden (zaak AR Rechtbank Eerste Aanleg Hasselt 75 B1259);

Overwegende dat, onder het toenmalig wettelijk stelsel van de gemeenschap van goederen, de man, krachtens artikel 1421 van het Burgerlijk Wetboek, behoudens bedrog, de goederen van de gemeenschap mocht vervreemden ;

Overwegende dat de omzendbrieven van de procureurs-generaal, bedoeld om bedrog te voorkomen, dit recht onverminderd laten ;

Overwegende dat de onderhandse verkoopakte vóór het overlijden van Maria V. geen dagtekening bekomen heeft op een wijze zoals bepaald door artikel 1328 van het Burgerlijk Wetboek ;

Overwegende dat de vrouw na de ontbinding van de huwelijksgemeenschap geen derde is ten aanzien van de akten van de man die geen vaste dagtekening hebben (Laurent XXII, nr. 113 e.v. De Page III nr. 794, X nr. 464/1°, 600/4°, 905 ; Renauld Rég. Patr. nr. 569 ; Ber. Luik 17 januari 1966, *Pas.*, 1967, II, 7 ; Ber. Antwerpen 19 maart 1979 i.z. Busselen t/ Van Dam, onuitgegeven) ;

Overwegende dat de interpretatieve wet van 27 april 1850 beschikt : «L'acte sous seing privé signé par le mari durant la communauté et relatif à des revenus de biens personnels de la femme ... a entre elle et ceux qui l'ont souscrit, même après la séparation de corps et de biens, la même foi que l'acte authentique» ;

Overwegende dat uit de voorbereidende teksten van deze wet blijkt dat door «signé durant la communauté» bedoeld werd : «portant une date antérieure à la dissolution de la communauté» ; dat, hoewel deze beschikking ook, ingevolge de beperking van de interpretatie in functie van het gerezen geschil, beperkt is tot de akten betreffende inkomsten uit eigen goederen van de vrouw, tijdens de bespreking in kamer en senaat hetzelfde beginsel gehuldigd werd ten aanzien van alle akten van de man betreffende de goederen waarvan hij het beheer heeft als hoofd van de gemeenschap (Ann. Parl. Kamer Volksvert. zitt. 16.2.1850 p. 733-735 ; Ann. Parl. Senaat zitt. 11.4.1850 p. 278, zitt. 17.4.1850 p. 259 tot 270) ;

Overwegende dat Lucien C. rechtsopvolger is van Maria V. en zich niet beroept op andere eigen rechten ;

Overwegende dat, geen bedrog vooropgezet noch nietigverklaring van de verkoop gevorderd wordt ;

Overwegende dat, de datum van 12 september 1973 aan Lucien C. tegenwerpelijk zijnde, het ten zijnen opzichte vaststaat dat de verkoopovereenkomst op die datum, en derhalve tijdens de gemeenschap van zijn ouders voltrokken was ;

Overwegende dat, volgens de bewoordingen van de onderhandse akte, de onroerende goederen verkocht werden «door Joannes Henricus C. ... en zijn echtgenote V. Maria... voor welke laatste hij zich verbindt en sterk maakt» ;

Overwegende dat, waar Joannes Henricus C. vermocht de goederen van de gemeenschap te vervreemden en waar hij de verkoop niet afhankelijk stelde van de opschortende voorwaarde van de toestemming van zijn echtgenote, de door zijn sterkmaking gegeven belofte die toestemming te zullen bijbrengen, niet anders kan uitgelegd worden dan een voorzorg om gebeurlijke betwistingen over bedrieglijke benadeling van de rechten van zijn echtgenote te voorkomen ;

Overwegende dat het ten overstaan van het verzet van Lucien C., voor zijn vader aangewezen was hem te dagvaarden om dreigende moeilijkheden te ondervangen ;

Overwegende dat, nu vastgesteld is dat de verkoop door Joannes Henricus C. voltrokken werd vóór het overlijden van zijn echtgenote, haar rechtsopvolgers niet dienen veroordeeld te worden tot het verlijden van de notariële akte ;

Overwegende dat, de oorspronkelijke vorderingen er niet toe strekkend een veroordeling te doen uitspreken tot de betaling van een geldsom, de rechtsplegingsvergoeding begroot wordt zoals hierna ;

Om die redenen,

Het Hof,

Ontvangt de hogere beroepen,

Bevestigt het vonnis behalve waar het :

— in de zaak AR.75 B.74 recht doet over de vordering van Joannes Henricus C.,

— in de zaak AR 75 B.1259, de voorafgaande openbare verkoping beveelt van (...) en Henri S. en Alfons W. buiten zake stelt,

Doet het binnen deze perken te niet en opnieuw wijzend :

— in de zaak AR.75 B.74, zegt voor recht dat appellanten eigenaars zijn geworden ingevolge verkoopskompromis van 12 september 1973 van twee bouwplaatsen gelegen te Neerpelt (...)

Verleent akte aan appellanten dat zij aanbod van gerede betaling doen van de koopprijs (...);

Veroordeelt Lucien C. tot de gedingkosten in deze zaak in eerste aanleg,

— in de zaak AR. 75. B 1259, verklaart de vordering er toe strekkend de openbare verkoping van voormelde onroerende goederen te horen bevelen, ongegrond en wijst haar af,

Veroordeelt Lucien C. tot de kosten van het geding in graad van hoger beroep.

NOOT—Ook in het door de wet van 14 juli 1976 vernieuwd huwelijksvermogensstelsel kan de vraag rijzen in welke mate een handeling door één echtgenoot gesteld de andere kan worden tegengeworpen.

Waar voor de wet van 14 juli 1976 de stelling gold dat de beheershandelingen door de man verricht met betrekking tot gemeenschappelijke goederen de vrouw tegenwerpelijk waren¹, geldt dezelfde regel nu wederkerig ten aanzien van de man en van de vrouw, voor alle door een van hen afzonderlijk doch geldig verrichte handelingen.

Een geldig door één echtgenoot verrichte handeling van bestuur moet door de andere worden geëerbiedigd, aldus

¹ Zie Vieujean, Examen de jurisprudence, *R.C.J.B.*, 1970, blz. 462-472, nr. 34.

artikel 1416 nieuw van het Burgerlijk Wetboek. Maar in werkelijkheid is de andere echtgenoot mede-verbonden door de handeling: hij staat mee in voor de schulden, desgevallend zelfs met zijn eigen goederen².

De verplichting tot eerbiediging van de handeling heeft tevens tot gevolg dat een echtgenoot de andere niet kan vragen op zeer strikte wijze rekening te geven over het bestuur dat hij alleen voerde met betrekking tot gemeenschappelijke goederen³. Uiteraard gelden dergelijke beschouwingen enkel voor de handelingen die een echtgenoot alleen kan verrichten en binnen de door de wet gestelde perken voor deze geldigheid: is medewerking vereist en werd deze niet bekomen, of is buiten de perken gesteld door het belang van het gezin opgetreden, dan behouden de echtgenoot die geen deel heeft gehad aan de bestuurshandeling, en zijn erfgenamen⁴ de verhaalsmogelijkheden, waarin de wet heeft voorzien⁵.

H.C.

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

JEUGDKAMER — 14 JUNI 1979

Jeugdrechter in hoger beroep: de h. Lox

Advocaat-generaal: de h. Marchand

Advocaten: mrs. Ph. Stiers en H. Nelissen Grade

Pleegvoogdij — Hoger beroep tegen homologatie — Wijziging ouderlijk gezag — Uitzonderlijke aard van overeenkomst tot pleegvoogdij — Verband met regels over adoptie — Bekrachtiging pleegvoogdij — Instemming ouders minderjarige — Belang van het kind.

Tegen een beslissing van de jeugdrechter die de akte van pleegvoogdij bekrachtigt kan hoger beroep ingesteld worden.

Iedere overeenkomst, die een kind, in welke vorm ook, aan een opvoeder toevertrouwt kan steeds ad nutum herroepen worden.

De pleegvoogdijovereenkomst maakt een door de wetgever bepaalde uitzondering uit op het algemeen principe dat alle bedingen die de toekenning of de uitoefening van een of meer elementen van het ouderlijk gezag wijzigen of verplaatsen nietig zijn. Daarom moeten de overeenkomstvoorwaarden strikt en beperkend uitgelegd worden.

De principes en de rechtspleging die gelden voor adoptie en wettiging door adoptie mogen niet analogisch toegepast worden op de pleegvoogdij. Beide instellingen zijn door de wetgever als onderscheiden gewild; de pleegvoogdij moet naar eigen voorwerp en vormen geïnterpreteerd worden.

Een overeenkomst tot pleegvoogdij mag niet gehomologeerd worden als blijkt dat een van de ouders van de minderjarige op het ogenblik van de instemming wegens een depressieve toestand niet in staat was de juiste draagwijdte hiervan te beseffen.

² Zie artikel 1414 nieuw B.W.

³ Casman en Van Look, *Huwelijksvermogensrecht*, blz. III/10, 10 en ref.

⁴ Zie artikel 1431 nieuw B.W.

⁵ Zie artikel 1420-1423 nieuw B.W.; Casman, *Het wettelijk stelsel — bestuursbevoegdheden en sanctieregeling*, T.P.R., 1978, 399 e.v.

Evenmin mag de pleegvoogdij gehomologeerd worden als ze niet in het belang van het kind zou zijn, omdat enerzijds de ouders het kind behoorlijk willen en kunnen opvoeden en anderzijds zij zich tegen de adoptie van het kind door de pleegouder zullen verzetten en meer algemeen het ouderlijk gezag dat zij behouden zullen uitoefenen in een geest van verzet tegen de pleegouder.

De pleegvoogd oefent slechts het recht van bewaring uit, als de ouders ermee instemmen dat de minderjarige bij hem zijn gewone verblijfplaats zal hebben

S. en C. t/ V. en W.

Gezien het verzoekschrift, regelmatig naar vorm en te bekwaamere tijd, op 15 juni 1978, ter griffie van het hof neergelegd, waarbij de heer S.C. en zijn echtgenote C.J. hoger beroep instellen tegen het vonnis gewezen op 24 mei 1978 door de Jeugdrechterbank te Leuven die de akte, verleend op 26 december 1977 voor de vrederechter van het tweede kanton te Leuven, waarbij de heer D.V. echtgenoot van M.W., de pleegvoogdij aanvaardt ten opzichte van de minderjarige T.S., geboren op 9 november 1977, wettige zoon van appellanten, heeft gehomologeerd;

Overwegende dat tegen deze beslissing hoger beroep kan worden ingesteld overeenkomstig de artikelen 2, 19, 616 en 1050 van het Gerechtelijk Wetboek en artikel 58 van de wet van 8 april 1965, bij gebrek aan niet uitdrukkelijk geheven of andersluidende wetsbepalingen en zulks zodra een definitief vonnis is uitgesproken (*Novelles, Prot. Jeun.*, nr. 705);

Overwegende dat het voormelde hoger beroep dienstengevolge toelaatbaar is en regelmatig wordt bevonden naar vorm en termijn;

Overwegende dat uit de feitelijke elementen der zaak in aanmerking komt dat appellante C.J., juist voor de geboorte van haar derde kindje, besloten heeft er afstand van te doen omdat zij, volgens de dokter die haar bij haar bevalling bijstond, overstuurd was en namelijk dacht dat zij haar taak van moeder niet zou aankunnen en geen familielid bereid werd gevonden om het zo nodig bij te houden (attest van 15 maart 1978); dat zij, bij het nemen van die beslissing, in depressieve toestand verkeerde (verslag dr. psych.); dat haar echtgenoot met die beslissing instemde, zodat zij haar kind, bij de geboorte, niet wenste te zien en pas een veertiental dagen nadien naar het kind informeerde;

Overwegende dat geïntimeerden bereid werden bevonden het kindje de elfde dag na zijn geboorte in hun leefmilieu op te nemen; dat zij beweren dat zij de voornaam van het kind gekozen hebben; dat het kind sedertdien onafgebroken bij hen verbleef, zodat op 26 december 1977 de thans betwiste overeenkomst van pleegvoogdij tussen partijen werd gesloten;

Overwegende dat de pleegvoogd zich hierdoor verbonden heeft het niet ontvoogd minderjarig kind te onderhouden, op te voeden en in staat te stellen de kost te verdienen, zulks met toestemming van zijn echtgenote en met instemming van de wettige ouders; dat, voor deze laatsten, de pleegvoogdij in principe — en welke ook de bedoeling van partijen zij — slechts de wens beantwoordt hun kind in gunstiger voorwaarden te zien opvoeden, dan zij het actueel zelf zouden aankunnen;

Overwegende dat een dergelijk weldadigheidscontract een door de wetgever bepaalde uitzondering uitmaakt op

het algemeen principe dat alle bedingen die de toekenning op het uitoefenen van een of meer attributen van de ouderlijke macht wijzigen of verplaatsen, nietig zijn ; dat namelijk iedere overeenkomst die een kind, in welke vorm ook, aan een opvoeder toevertrouwt steeds ad nutum kan worden herroepen (De Page, *Dr. Civ.*, I, nr. 756) ;

Overwegende dat de pleegvoogdij dan ook een uitzonderlijk karakter vertoont en twee opeenvolgende vormvoorwaarden vereist om de overeenkomst tot stand te brengen : het plechtig opstellen van de akte van wederzijdse wil voor de vrederechter of de notaris en de bekrachtiging ervan door de jeugdrechtbank ; dat dit uitzonderlijk karakter dan insgelijks een strikte en beperkende interpretatie van de overeenkomstvoorwaarden oplegt ;

Overwegende dat appellanten hierbij ten onrechte naar de bepalingen van artikel 345 en volgende van het Burgerlijk Wetboek betreffende de adoptie en de wettiging door adoptie, verwijzen om, bij analogische redenering, de principes of de rechtspleging van deze instellingen op de pleegvoogdij toe te passen ; dat het feit dat deze laatste door de wetgever duidelijk onderscheiden werd van de twee eerste voldoende blijkt uit de plaats aan de pleegvoogdij in titel X van het eerste boek van het Burgerlijk Wetboek aangewezen onder hoofdstuk *Ibis*, d.w.z. onmiddellijk na hoofdstuk II gewijd aan de voogdij ; dat het aanhalen van de «instemming van degenen wier toestemming vereist is voor de adoptie van minderjarigen» vermeld in artikel 1 van voormeld hoofdstuk *Ibis*, slechts beoogde de redactie van dit artikel te vereenvoudigen met verwijzing naar reeds in dezelfde wet van 21 maart 1969 nader bepaalde personen ; dat dit artikel trouwens slechts de instemming van de ouders vereist en geen toestemming zoals voorgeschreven bij de adoptie van minderjarigen ;

Overwegende dat de pleegvoogdij aldus naar eigen voorwerp en vormen dient te worden geïnterpreteerd ; dat de authentieke akte voor vrederechter of notaris verleend tot doel heeft de wil van de contracterende partijen klaar en duidelijk uit te drukken ; dat de plechtige vorm daarenboven beoogt de zwaarwichtigheid van de overeenkomst te benadrukken, vooral voor de pleegvoogd die, eenzijdig, zware verplichtingen op financieel gebied aanvaardt, terwijl hem geen voordelen worden toegekend ;

Overwegende dat de bekrachtiging door de jeugdrechtbank enerzijds tot doel heeft de wil van de contracterende partijen vast te leggen en anderzijds de rechten en de belangen van het onmondig kind maximaal te vrijwaren, daar het beneden de 15 jaar geen medezeggenschap in de overeenkomst heeft ; dat hierbij niet enkel de opvoedingswaarde en de moraliteit van de pleegvoogd en van zijn gezin onderzocht dient te worden, maar dat insgelijks moet worden nagegaan of de vooropgezette pleegvoogdij in de toekomst voor het kind — en voor het kind alleen — nuttige gevolgen zal hebben ; dat de overeenkomst van pleegvoogdij dan ook eerst gevolgen heeft, nadat zij bekrachtigd is door de jeugdrechtbank ;

Overwegende dat de wettige moeder, volgens de bovenvermelde en door het hof voldoende geachte doktersattesten, niet in staat was de juiste draagwijdte van haar instemming te waarderen, toen zij haar kind in de kliniek achterliet en haar echtgenoot bij deze beslissing betrof ; dat het feit dat zij haar kindje bij de geboorte niet eens in haar armen zou hebben genomen er niet noodzakelijk op wijst dat zij het verstoten heeft of er onverschillig voor was, daar een dergelijke houding insgelijks — en waarschijnlijk

— wijst op haar vrees dat zij in dit geval haar voornemen niet zou volhouden, daar zij reeds tweemaal het experiment van het baren had meegemaakt en de waarde van dit eerste affectief contact tussen moeder en kind ondervonden had ; dat zij het trouwens slechts veertien dagen heeft uitgehouden alvorens naar haar kindje te informeren en thans, samen met haar echtgenoot, haar vaste wil uitdrukt om haar kind zelf op te voeden en een einde te maken aan de pleegvoogdij ;

Overwegende dat de wettige ouders, objectief beschouwd, alle waarborgen bieden om een degelijke opvoeding aan hun kind T. te verzekeren in hun eigen leefmilieu ; dat de sociale verslagen desbetreffend, niettegenstaande de kritiek door geïntimeerden geuit, voldoende positieve elementen aantonen ;

Overwegende dat het leefmilieu van de pleegvoogd op socio-economisch vlak mogelijk andere vooruitzichten voor de opvoeding van het kind biedt ; dat de pleegvoogd nochtans slechts het recht van bewaring zal uitvoeren, met akkoord van de ouders dat T. bij hem zijn gewone verblijfplaats zal hebben (hoofdst. *Ibis*, art. 3, 2e lid) ; dat geïntimeerden nochtans de pleegvoogdij slechts vorderen om het kind bij hen thuis op te voeden ;

Overwegende dat appellanten thans reeds hun wil te kennen geven een eind te maken aan het contract van pleegvoogdij, zoals zij dat ook zouden kunnen aanvragen nadat de bekrachtiging definitief geworden zou zijn ; dat zij wensen hun kind verder persoonlijk op te voeden ;

Overwegende dat de bekrachtiging van de overeenkomst waarbij de pleegvoogdij tot stand komt aldus voor het kind op geen veilige toekomst uitmondt ; dat de wens van de pleegvoogd en van zijn echtgenote om het kind in de toekomst te kunnen wettigen door adoptie of enkel te adopteren thans reeds door de wettige ouders wordt afgewezen ; dat de pleegvoogdij, zoals zij door de contracterende partijen werd opgevat, geen antwoord kan brengen op het delicate probleem van het leefmilieu waar het kind zal worden opgevoed, hoewel wordt vastgesteld dat T.S. sinds de tiende dag na zijn geboorte in het huisgezin van de echtgenoten V. is ingeburgerd ; dat het, als betwist kind tussen zijn wettige ouders, die in ieder geval de ouderlijke macht *sensu lato* zullen blijven uitoefenen, en het huisgezin van de pleegvoogd, geen voordeel zal vinden in een wel-dadigheidscontract dat thans reeds, als zodanig, is voorbijgestreefd ;

Overwegende dat de overeenkomst waarbij de pleegvoogdij van T.S. door D.V. tot stand komt dientengevolge niet kan worden bekrachtigd ten gevolge van het actueel gebrek aan instemmen van de wettige ouders en omdat een dergelijke overeenkomst aan de belangen van het kind niet beantwoordt ;

*Om die redenen,
Het Hof, (...)*

Gehoord de heer advocaat-generaal Marchand in zijn eensluidend advies, gegeven in raadkamer ;

Ontvangt het hoger beroep ; verklaart het gegrond ;

Doet het bestreden vonnis te niet en opnieuw wijzende ;

Zegt dat de overeenkomst verleden voor de vrederechter van 26 december 1977 waarbij de heer D.V., de pleegvoogdij aanvaardt ten opzichte van de minderjarige T.S., niet bekrachtigd wordt ;

Laat de kosten van beide aanleggen ten laste van geïntimeerden.

NOOT—In verband met het recht van bewaring mag worden opgemerkt dat art. 3, tweede lid, van hoofdstuk IIbis over pleegvoogdij de voorwaarde van de ouders niet uitdrukkelijk stelt. Het voorschrift kan ook zo worden uitgelegd dat, als de pleegvoogd de *feitelijke* bewaring heeft (cf. art. 373, tweede lid, B.W. sinds 1974), hij het *recht* van bewaring heeft.

J.P.

HOF VAN BEROEP TE GENT

2e KAMER — 28 MEI 1979

Voorzitter : de h. Soenens

Raadsheren : de hh. De Wulf en Degraeve

Substituut procureur-generaal : de h. De Smet

Advocaten : mrs. Simont en I. Claeys-Bouuaert

Inkomstenbelasting — Fusie van vennootschappen of ontbinding zonder verdeling van het maatschappelijk vermogen — Vrijstelling van belasting.

De toepassing van artikel 123, § 1, 2°, W.I.B. vereist niet dat bij de ontbinding zonder verdeling van het maatschappelijk vermogen een economisch voordeel bestaat, noch dat een grotere onderneming tot stand komt. Uit het feit dat de prijs van de aandelen werd betaald met fondsen die de koopster bij derden bekomen heeft, kan niet worden afgeleid dat een verdeling van het maatschappelijk vermogen voorhanden is.

N.V. Firestone t/ Belgische Staat

Gelet op het arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen van 13 januari 1976 ;

Gelet op het arrest van het Hof van Cassatie van 30 maart 1977, waarbij het evengemeld arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen vernietigd werd met verwijzing van de zaak naar het Hof van Beroep te Gent ;

Gelet op de fiscale voorziening die rechtsgeldig naar de vorm en tijdig is ingesteld ;

Gehoord (...)

Overwegende dat de betwisting verband houdt met de zogenaamde opslorping van de N.V. Union Belge et d'Outremer, vroeger algemeen agent voor de produkten Firestone in België en Luxemburg ; door de blijkbaar daartoe gestichte N.V. Firestone-Belgium, ingevolge aankoop door deze laatste van alle aandelen van eerstgenoemde vennootschap waarvan dientengevolge de ontbinding van rechtswege werd vastgesteld (akte van 15 september 1966) ;

Dat immers, naar aanleiding van de door eerstgenoemde, voortaan Firestone-Belgium, voor de periode 1 februari 1966 — 15 september 1966-ingediende aangifte in de vennootschapsbelasting, de administratie een bijzondere aanslag heeft gevestigd, met toepassing van de artikelen 118 en 123, § 1, 2°, en § 2, W.I.B., op het verschil in meer tussen de waarde van het sociaal vermogen, in casu de «overna-

meprijs» van de aandelen, gelijkgesteld met een in geval van verdeling van het vermogen uitgekeerde som, en het nog terugbetaalbaar gerevaloriseerde maatschappelijk kapitaal ;

Dat de requirante hiertegen een bezwaar formuleerde op grond van de door artikel 124, § 1, W.I.B. bepaalde uitzondering op de toepassing van voormelde artikelen ;

Dat de directeur de betwisting verwierp, evenwel met verbetering van de aanslag, die van 4.377.967 fr. teruggebracht werd op 3.700.930 fr. ;

Overwegende dat dient te worden vastgesteld :

— dat de directoriale beslissing zeer uitdrukkelijk steunt op de artikelen 118 en 123, § 1, 2°, en § 2, W.I.B. — en dat daarbij de stelling van de requirante verworpen wordt op grond van de redenering dat «het economisch voordeel, aanleiding tot de vrijstelling voorzien in artikel 124 van het Wetboek van de Inkomstenbelasting, in onderhavig geval niet aanwezig is» en «dat derhalve de door reclamante gevraagde toepassing van deze wetsbepaling kennelijk strijdig is met de duidelijke bedoeling van de wetgever» ;

— dat de thans door de administratie ontwikkelde argumentatie erop neerkomt te stellen dat de bijzondere aanslag verantwoord is op grond van de bepalingen van het artikel 118 W.I.B., op zichzelf beschouwd, dat de van belasting vrijstellende voorwaarden van artikel 124, § 1, W.I.B. ter zake niet in aanmerking kunnen worden genomen omdat de verrichting niet beantwoordt aan een der rechtshandelingen genoemd in artikel 123, § 1, 1°, of 2°, W.I.B. doordat «onder de schijn van opslorping door aankoop van alle aandelen (die volgens requirante als een 'ontbinding zonder verdeling' zou moeten doorgaan), er in feite niets anders is gebeurd dan de voortzetting van dezelfde vennootschap met verhoging van afschrijfbaar actief en tevens uitkering van fondsen» ;

I. Overwegende dat, nu de stelling van de requirante — een stelling die trouwens oorspronkelijk door de administratie bijgevalen werd — deze is dat de verrichting waarover het gaat, het geval uitmaakt dat bij artikel 123, § 1, 2°, W.I.B. is voorzien, het ter zake weinig of geen zin heeft te betwisten dat de voorwaarden vervuld zouden zijn opdat ze tevens het geval zou uitmaken dat bedoeld is bij hetzelfde artikel, § 1, 1°, W.I.B. ;

Dat, voor zowel als nodig, in dit verband wordt vastgesteld dat de argumentatie van de administratie, meer bepaald het gebrek aan «economisch voordeel» of zoals het thans in conclusie wordt uitgedrukt, het feit dat geen nieuwe en «grotere onderneming» tot stand is gekomen, niet in aanmerking kan komen omdat daarbij een voorwaarde wordt gesteld die door de wet niet is gesteld en zelfs ten duidelijkste uit de voorgaande tekst werd geweerd ;

II. Overwegende dat de administratie bezwaarlijk haar standpunt kan handhaven dat «de prijs» die aan de overlatter werd betaald «voor het grootste deel enkel kan betaald zijn geweest door middel van gelden die de koopster uit het patrimonium zelf van de 'afgekochte' vennootschap heeft gehaald» ; dat zij immers in haar aanvullende conclusie dient aan te nemen dat de prijs van de aandelen — de zgn. «goodwill» inbegrepen — eigenlijk betaald werd met fondsen die de koopster bij derden bekomen heeft ;

Dat uit deze laatste onbetwiste vaststelling niets anders kan worden besloten dan dat de «uitkering van fondsen» die de administratie bedoelt bij haar huidige betwisting nopens de verrichting, als «ontbinding zonder verdeling»

beschouwd, zich niet voordoet als de «verdeling van het sociaal vermogen» van de ontbonden vennootschap — de mogelijkheid dat er aan simulatie werd gedaan, hier ter zijde gelaten ;

III. Overwegende, wat de opgeworpen simulatie betreft, dat de ter zake besproken overeenkomsten alle kenmerken vertonen van normale handelsrechtelijke contracten waarvan de verbintenissen door de partijen die daarin betrokken waren, nageleefd en uitgevoerd werden ;

Dat, indien de administratie wil beweren dat achter de overgelegde en besproken overeenkomsten andere verrichtingen schuil gaan, zij dient te bewijzen welke die eigenlijke verrichtingen zijn en hoe en waarom zij een belastbare grondslag opleveren ;

Dat dit bewijs ter zake ontbreekt ; dat hetgeen hier onder I en II voorafgaat uitwijst dat de eenvoudige verwijzing naar de betwistingen inzake «opslorping» en «ontbinding zonder verdeling» (zie aanvullende conclusie voor de administratie, blz. 4, C.) niet kan volstaan ;

IV. Overwegende dat uit het voorgaande volgt dat de verrichting van overname van de N.V. Union Belge & d'Outremer zich voordoet als een ontbinding zonder verdeling in de zin van art. 123, § 1, 2°, W.I.B. en dat de betwisting betreffende de bij art. 124, § 1, W.I.B. vrijstellende voorwaarden ongegrond voorkomt ;

*Om die redenen,
Het Hof,*

Verklaart de voorziening ontvankelijk en gegrond ;

Doet de betwiste aanslag van 6 januari 1969, begrotingsjaar 1968, navordering 1966, in de vennootschapsbelasting, art. 804.769, Gemeente Antwerpen, te niet ;

Beveelt de terugbetaling van de op grond van deze aanleg geïnde sommen, met de moratoriuminteressen ;

Veroordeelt de Belgische Staat tot al de gedingskosten.

NOOT—Het arrest van 30 maart 1977 van het Hof van Cassatie in deze zaak werd opgenomen in *R. W.*, 1977-78, 1113. Voor een weergave van de voornaamste overwegingen van het Hof van Beroep te Antwerpen : zie *Algemeen Fiscaal Tijdschrift*, 1976, 155. Zie tevens J. COUGNON, «Bijzondere aanslag bij liquidatie en aanhechting van een vennootschap», *Algemeen Fiscaal Tijdschrift*, 1976, 195, en «Opslorping van vennootschap of frauduleuze vereffening», *Algemeen Fiscaal Tijdschrift*, 1977, 240.

ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN

2e KAMER — 19 NOVEMBER 1979

Voorzitter : de h. Rauws

Raadsheren in sociale zaken : de hh. Boon en De Decker

Advocaat-generaal : de h. Smits

Advocaten : mrs. Nietvelt en Degrauwe

Veiligheidscomité — Beschermde werknemer — Kandidaat-personeelsafgevaardigde — Ontslag om dringende reden — Procedure ingesteld bij K.B. nr. 4 — Machtsoverschrijding — Toepasselijkheid — Voorwaarden — Hoedanigheid van kandidaat.

De bijzondere procedure ingesteld bij K.B. van 11 oktober 1979, welke de werkgever moet volgen bij het ontslag van een beschermd werknemer om een dringende reden, werd niet met machtsoverschrijding uitgevaardigd.

Wegens haar uitzonderingskarakter heeft die procedure evenwel maar gelding als alle in de wet aangegeven omstandigheden en voorwaarden aanwezig zijn.

Dit is niet het geval als de werknemer op het ogenblik van het ontslag nog niet de hoedanigheid van kandidaat-personeelsafgevaardigde heeft. Die hoedanigheid ontstaat pas op het ogenblik van de geldige indiening van een kandidatenlijst door een representatieve vakbond.

V.Z.W. G. t/ X en L.B.C.

(...)

In haar oorspronkelijk verzoekschrift stelt de vzw onder meer : dat «geadresseerde», dit is X., op 19 januari 1979 om dringende redenen ontslagen werd ; dat verzoekster bij aangetekend schrijven, gedateerd 18.1.1979, ontvangen 22.1.1979, in kennis werd gesteld van het feit dat de geadresseerde kandidaat zou zijn bij de aanstaande sociale verkiezingen ; dat geadresseerde bij aangetekend schrijven, gedateerd 26.1.1979, een verzoek formuleerde tot herplaatsing in de onderneming.

Op grond van deze en andere feiten verzoekt de vzw de arbeidsrechtbank X. te doen oproepen, ten einde :

«mits het ontslag niet als definitief beschouwd wordt ingevolge het beschermingsstatuut van de geadresseerde, dat zou volgen uit haar eventuele kandidatuur voor de sociale verkiezingen, uitspraak te horen doen over :

«1. de dringende aard van de redenen die verzoekster wenst te doen gelden om de geadresseerde te ontslaan, en die minstens sedert ontvangst van het aangetekend schrijven van de geadresseerde van 21.2.1979 duidelijk zijn gebleken ; ...».

De hiervoor geciteerde formulering uit het oorspronkelijk inleidend verzoekschrift laat er geen twijfel over bestaan dat het voorwerp van het geding het verzoek is tot de voorafgaande aanneming door de rechtbank van de dringende reden waarom de vzw haar werknemster X., voor het eerst candidate bij de komende sociale verkiezingen, wil ontslaan.

(...)

In onderhavig geding is aan de orde de toepasselijkheid van het bepaalde bij artikel 1bis, §§ 2 en volgende, van de Veiligheidswet 1952, zoals gewijzigd bij artikel 10 van het koninklijk besluit nr. 4 van 11 oktober 1978.

In strijd met wat de vzw poneert, werd het koninklijk besluit nr. 4 van 11 oktober 1978 niet met machtsoverschrijding uitgevaardigd.

Artikel 23, § 1, 2°, van de wet van 5 augustus 1978 houdende economische en budgettaire hervormingen, machtigt de Koning tot het wijzigen, bij in de ministerraad overgelegde besluiten, van de artikelen 1 en 1bis van de Veiligheidswet 1952, rekening gehouden met de adviezen mrs. 568, 576 en 577 van de Nationale Arbeidsraad.

Ook reeds vóór de wijziging aangebracht door het koninklijk besluit nr. 4 van 11 oktober 1978, hield het voormeld artikel 1bis ten aanzien van de personeelsvertegenwoordigers en de kandidaten voor het veiligheidscomité een ontslagregeling in die afweek van de gemeenrechtelijke regeling van het arbeidsovereenkomstenrecht. Door de uitbreiding van deze bijzondere ontslagregeling tot het ont-

slag om een dringende reden werd de bij artikel 23 van de wet van 5 augustus 1978 gegeven machtiging niet overschreden en dus is de ingestelde afwijking van artikel 35 van de Arbeidsovereenkomstenwet 1978 wettig.

Uit haar uitzonderingskarakter vloeit evenwel voort dat de specifieke ontslagprocedure ingesteld bij artikel 1bis, § 2, enkel maar gelding kan hebben als alle in de wet aangegeven omstandigheden en voorwaarden aanwezig zijn.

Wanneer dus het eerste lid van paragraaf 2 bepaalt dat ook een kandidaat-personeelsafgevaardigde enkel om een dringende reden mag worden afgedankt mits die vooraf door het arbeidsgerecht wordt aanvaard, dan is dit voorschrift slechts bindend voor zover de betrokken werknemer werkelijk de hoedanigheid van kandidaat bezit op het ogenblik dat de werkgever tot zijn ontslag om een dringende reden wil overgaan.

De hoedanigheid van kandidaat bij de sociale verkiezingen ontstaat op het ogenblik van de geldige indiening van een kandidatenlijst door een representatieve vakbond (cf. artikel 1, § 4, b, 4, lid 3 ; artikel 1, § 4, c ; artikel 1bis, §§ 4 en 5, b ; Arbeidsrechtbank Verviers, 14 december 1977, *J.T.T.*, 1979, 29). De wet stelt trouwens dat een werknemer nadat hij ontslagen is nog als kandidaat kan worden voorgedragen (artikel 1, § 4, *bbis*, lid 4).

In onderhavige zaak werd X. bij aangetekende brief verzonden op 22 januari 1979 onmiddellijk om een dringende reden afgedankt. De kandidaturen van de L.B.C. voor het veiligheidscomité, waaronder die van X., werden per aangetekende brief verzonden op 27 februari 1979 ingediend.

Het staat dus vast dat belanghebbende op het ogenblik van haar afdanking nog geen kandidaat voor de verkiezing van de personeelsafgevaardigden in het veiligheidscomité was, ook al mocht de vzw vóór 22 januari feitelijk ingelicht geweest zijn over de intentie van de L.B.C. om de kandidatuur van x voor te dragen. Het bewijsaanbod dat geïntimeerden omtrent dit laatste punt doen is niet relevant.

Onverminderd de terugwerkende kracht waarmee X., wegens haar latere kandidatuur, eventueel bescherming tegen ontslag genoot, en onverminderd het eventueel geding over de gegrondheid van de tegen haar ingeroepen dringende reden dat in die context zou kunnen plaatshebben, vloeit uit de voorgaande overwegingen en vaststellingen voort dat in onderhavige zaak de voorwaarden waaronder de werkgever verplicht is de goedkeuring van de door hem ingeroepen dringende reden te vragen, niet vervuld waren.

De bijzondere procedure ingesteld bij artikel 1bis, § 2, van de Veiligheidswet, gewijzigd bij koninklijk besluit van 11 oktober 1978, is in onderhavige zaak niet toepasselijk (Arbeidshof Bergen, 20 maart 1979, A.R. 4171, *onuitgegeven* ; id., 22 mei 1979, A.R. 4201, *onuitgegeven* ; J. Mallie, «Travailleur protégé et congé pour motif grave», *T.S.R.*, 1979, 215, nr. 8).

Wegens de restrictieve toepassingsfeer van de litigieuze wetbepalingen dient de oorspronkelijke vordering van de vzw ontoelaatbaar verklaard te worden.

(...)

BURGERLIJKE RECHTBANK TE BRUSSEL

14e KAMER — 5 JANUARI 1977

Voorzitter : de h. Van Malderen

Rechters : mevr. Viérin en Vaes

Openbaar ministerie : de h. Debruyne

Advocaten : mrs. Heerman en Vanderveeren

Bezoekrecht — Grootouders — Bevoegdheid — Reden tot weigering : omzeilen van gerechtelijke beslissing — Ouder — Voorwaarde tot uitoefening : psychiatrische begeleiding — Onderhoudsplicht : hiërarchie.

Het verlenen van bezoekrecht door de ouders aan een grootouder behoort tot de bevoegdheid van de burgerlijke kamer van de rechtbank van eerste aanleg, niet tot die van de jeugdrechtbank.

In normale omstandigheden dient aan grootouders een bezoekrecht t.a.v. hun kleinkinderen toegestaan te worden.

Een bezoekrecht zou aan de grootmoeder geweigerd kunnen worden, als bewezen was dat zij dit zoekt om haar kleinkind in contact te brengen met zijn vader, aan wie gerechtelijk de uitoefening van zijn bezoekrecht ontzegd is.

De rechter kan het uitoefenen van een bezoekrecht door een ouder doen afhangen van het bewijs dat hij regelmatige psychiatrische begeleiding geniet¹.

De onderhoudsplicht van vader en moeder t.o. hun kind gaat vóór die van de grootouders. Laatstgenoemden kunnen slechts aangesproken worden als vaststaat dat geen van hen in de behoeften van het kind voorziet noch erin kan voorzien.

De M. t/ L. en De B.

Gelet op :

— de dagvaarding, betekend op verzoek van eiseres op 22.4.1976 aan verweerster en op 21.4.1976 aan verweerder De B., om te verschijnen op 14.6.1976 voor de 4e kamer van de Jeugdrechtbank te Brussel ten einde eiseres een bezoekrecht te horen toekennen betreffende het kind F. ;

— de beschikking van 30.7.1976 van de heer Voorzitter van de vakantiekamer van deze rechtbank, aan wie de eerste kamer van de jeugdsectie van deze rechtbank, die ambtshalve de vraag van haar bevoegdheid had opgeworpen, het dossier had voorgelegd en waarbij de zaak verwezen werd naar de 14e kamer van de rechtbank van eerste aanleg van deze zetel ;

(...)

I. Wat de hoofdeis betreft

Overwegende dat de eis ertoe strekt aan eiseres, grootmoeder van vaderszijde van het kind F., geboren op 2.1.1967, van wie de ouders uit de echt gescheiden zijn, betreffende dat kind een bezoekrecht te horen toekennen de eerste en derde zondag van elke maand van 9 u. tot 19 u., of zoniet elk eerste week-end van de maand vanaf de zaterdag 9 u. tot de zondag 19 u., bezoekrecht uit te oefenen wel te verstaan bij eiseres, en niet bij haar zoon te G.,

¹ Deze regel volgt uit een vonnis van de Jeugdrechtbank te Brussel van 23 februari 1976, aangehaald in onderstaand vonnis.

op last voor eiseres om het kind te halen en voor verweerster om het kind te komen halen ; vervolgens een zelfde bezoekreht van één volle week te horen toekennen tijdens elk groot verlof te bepalen bij overeenkomst tussen partijen en bij ontstentenis van een duidelijk akkoord vanaf 1 augustus 9 u. tot 8 augustus 19 u. ; te horen zeggen dat, voor zover inmiddels de zoon van eiseres (2e verweerder en vader van het kind) zelf zijn bezoekreht zou mogen en kunnen uitoefenen op dezelfde eerste en derde zondag van de maand, dit bezoekreht prioriteit zal hebben op het hare en zij zich dan zal moeten vergenoegen met het feit dat zij het kind zal kunnen zien bij haar zoon ; het vonnis, voor zoveel als nodig, bindend te horen verklaren voor de verweerder en uitvoerbaar bij voorraad te horen verklaren, niettegenstaande verzet of hoger beroep en zonder borgstelling, te horen zeggen dat er geen reden tot kantonnement bestaat ;

Overwegende dat de echtscheiding tussen verweerster en haar echtgenoot (verweerder) uitgesproken werd ten voordele van verweerster en ten nadele van haar echtgenoot, zoon van eiseres bij vonnis van 17.4.1973 uitgesproken door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent, bevestigd bij arrest van het Hof van Beroep te Gent op 6.12.1973, overgeschreven in de registers van de burgerlijke stand van de stad Aalst op 2.5.1974 ; dat het bezoekreht van de vader van het kind bepaald werd op de eerste en derde zondag van iedere maand van 9 u. tot 18 u. ;

Overwegende dat de uitoefening van het bezoekreht regelmatig aanleiding gaf tot ernstige incidenten ;

Overwegende dat verweerster zich tot de Jeugdrechtbank te Brussel wendde ten einde de afschaffing te horen uitspreken van het bezoekreht van de vader aan het kind ; dat de eerste kamer van deze rechtbank op 23.2.1976, op tegenspraak besliste dat de vader zijn zoon zal mogen bezoeken de eerste zondag van de maand van 10 tot 18 u., in voortdurende aanwezigheid van de grootmoeder van vaderszijde (huidige eiseres), maar tevens bepaalde dat dit vonnis slechts uitvoering zal krijgen nadat de vader aan de moeder (huidige verweerster) het bewijs bezorgd zal hebben dat hij sedert minstens drie maanden regelmatig psychiatrische begeleiding geniet, en voor zover hij verder om de zes maanden het bewijs levert dat hij regelmatig die begeleiding blijft genieten ;

Overwegende dat in de dagvaarding naar dit vonnis verwezen wordt ;

Overwegende dat de vader van het kind zijn bezoekreht omtrent het kind voorlopig niet mag uitoefenen aangezien de hem door de jeugdrechtbank opgelegde voorwaarden niet schijnen te worden nageleefd ;

Overwegende dat eiseres derhalve inziet dat zij gedurende lange maanden of misschien jaren het kind niet meer zal zien ;

Overwegende dat eiseres in de dagvaarding voorstelt dat het bezoekreht zal worden uitgeoefend te R. bij haar en niet te Gent bij haar zoon, maar dat zij echter de verbintenis niet aangaat het bezoekreht te laten verlopen bij uitsluiting van de vader ;

Overwegende dat de opmerking van verweerster (moeder van het kind), dat het thans door eiseres (grootmoeder van het kind) opgeëiste bezoekreht in werkelijkheid aangevraagd wordt in het voordeel van haar zoon om aldus de beslissing van de jeugdrechtbank te omzeilen, niet denkbeeldig is ;

Overwegende dat deze intenties die verweerster aan eiseres toeschrijft in het huidige stadium echter niet voldoende bewezen zijn: dat derhalve een bezoekreht redelijkerwijze niet geweigerd kan worden temeer daar eiseres bij haar zoon niet inwoont ;

Overwegende dat het bezoekreht der grootouders nergens in het Burgerlijk Wetboek vastgesteld wordt ; dat volgens een vaste rechtspraak in normale omstandigheden een bezoekreht dient toegestaan te worden aan de grootouders (Cass., 28.12.1950, *Pas.*, 1951, I, 257 ; Cass., 22.9.1966, *R.C.J.B.*, p. 384 ; Cass., 3.4.1976, *R.W.*, 1976-77, 288) ;

Overwegende dat verweerster voorstelt een bezoekreht toe te staan één woensdag per maand telkens van 14 tot 18 u., op last voor eiseres het kind te komen afhalen en terug te brengen ;

Overwegende dat, gelet op de bijzondere toestand ter zake, het voorstel van verweerster redelijk is en er door de rechtbank mee ingestemd kan worden ;

II. Wat de tegeneis betreft

Overwegende dat verweerster bij conclusie een tegeneis instelt ertoe strekkende eiseres te horen veroordelen tot een maandelijks onderhoudsgeld van 3.000 fr. ;

Overwegende dat deze vordering als niet ontvankelijk verworpen dient te worden bij toepassing van de artt. 203 en 303 van het Burgerlijk Wetboek, aangezien én de vader én de moeder van het kind leven en dat deze laatste trouwens een titel bezit tegen de vader daar het arrest van het Hof van Beroep te Gent van 6.12.1973, waardoor het echtscheidingsvonnis bekrachtigd werd, de beschikkingen van dat vonnis bevestigde waarbij de vader van het kind veroordeeld wordt aan huidige verweerster te betalen als bijdrage in de onderhouds- en opvoedingskosten van dat kind een maandelijks bedrag van 3.000 fr. (cf. Vred. Tielt, 22.8.1974, *R.W.*, 1974-75, 571) ;

Overwegende dat de vordering evenmin ontvankelijk is op grond van de art. 205 en 207 van het Burgerlijk Wetboek daar niet bewezen is dat verweerders of één van hen niet in de behoeften van het kind zou voorzien, of niet in staat zouden zijn erin te voorzien (Cass., 13.2.1947, *Pas.*, 1947, I, 32 ; Hof Brussel, 20.11.1961, *Pas.*, 1963, II, 1 ; Rb. Brussel, 11.10.1962, *J.T.*, 1963, 193) ; (...)

BURGERLIJKE RECHTBANK TE ANTWERPEN

1e KAMER — 8 FEBRUARI 1979

Voorzitter : de h. Cornette

Rechters : de h. Kiebooms en mevr. Bafcop-Spinoy

Openbaar ministerie : de h. Kinart

Advocaat : mr. Janssens

Burgerlijke stand — Verbetering van geslachtsaanduiding en voornamen in geboorteakte — Transseksualiteit — Fysieke interseksualiteit.

Een artificiële ingreep maakt het niet mogelijk in rechte het geslacht te wijzigen door verbetering in de registers van de burgerlijke stand, wanneer de aangebrachte wijzigingen

alleen aan de diepe psychische neigingen van de betrokkene beantwoorden.

Er zijn echter in de huidige stand van de wetenschap minstens vijf criteria die het geslacht bepalen.

Als bij een persoon die bij zijn geboorte morfologisch van het mannelijk geslacht was en als zodanig in de registers werd opgetekend, maar die genetisch het erfelijk materiaal van beide geslachten vertoont, ten gevolge van gewilde chirurgische ingrepen het vrouwelijke geslacht, reeds aanwezig bij de geboorte, meer tot uiting is gekomen, zodat aldus de vier andere criteria volledig werden benaderd, bestaat er aanleiding tot verbetering van de geboorteakte door wijziging van de geslachtsaanduiding en van de voornamen.

Van C.

Overwegende dat het verzoek ertoe strekt te horen bevelen dat de akte van geboorte nr. 197, jaar 1942, van de burgerlijke stand van de gemeente H. verbeterd zal worden, derwijze dat als voornamen vermeld staan «Joanna Alfonsa» in plaats van «Joannes Alfons» en met aanduiding van het geslacht «dochter» in plaats van «zoon» ;

Overwegende dat bij vonnis dezer rechtbank en kamer van 9 maart 1978 desbetreffend een deskundig onderzoek werd bevolen met als opdracht :

1. te bepalen aan de hand van het genetisch, het gonadischmorfologisch, hormonaal en psychologisch criterium, welk geslacht bij de geboorte van verzoeker aanwezig was ;

2. of verzoeker thans over seksuele vrouwelijke organen beschikt die normaal geslachtsverkeer met een man toelaten, zonder dat de nietigheid van het huwelijk zou kunnen worden ingeroepen door de afwezigheid van vrouwelijk geslacht van verzoeker ;

3. of er artificiële ingrepen op deze persoon werden uitgevoerd, waarbij een der beide aanwezige geslachten werden bevorderd en benaderd ;

Overwegende dat het verslag der deskundigen werd opgesteld op 18 augustus 1978 ; dat dit verslag stelt :

1. genetisch vertoont betrokkene het erfelijk materiaal van beide geslachten ; ...

2. betrokkene beschikt thans over seksuele vrouwelijke organen die normaal geslachtsverkeer met een man toelaten, zonder dat de nietigheid van het huwelijk zou kunnen worden ingeroepen door de afwezigheid van vrouwelijk geslacht van verzoeker ;

3. er werden op deze persoon artificiële ingrepen uitgevoerd, waarbij het vrouwelijke aanwezige geslacht werd bevorderd en benaderd ;

Overwegende dat de deskundigen stellen dat verzoeker thans wel over normale vrouwelijke seksuele organen beschikt die normaal geslachtsverkeer met een man toelaten ; dat, waar verzoeker het «erfelijk materiaal» bezat van beide geslachten, zoals de deskundigen stellen, ten gevolge van herhaalde chirurgische ingrepen het vrouwelijk geslacht bevorderd werd ;

Overwegende dat bij de geboorte de bepaling van het geslacht hoofdzakelijk wordt bepaald op uiterlijke waarneembare morfologische kenmerken ; dat in casu verzoeker aldus bij geboorte morfologisch van het mannelijk geslacht was ;

Overwegende dat verzoeker zegt zich psychisch ook steeds meer en meer vrouw te zijn gaan voelen ;

Overwegende dat een artificiële ingreep het niet mogelijk maakt het geslacht in rechte te wijzigen door verbetering in de registers van de burgerlijke stand, wanneer de aangebrachte wijzigingen alleen en slechts aan de diepe psychische neigingen van de betrokkene beantwoorden ;

Overwegende dat echter in de huidige stand van de wetenschap minstens vijf criteria het geslacht bepalen, nl. genetisch, gonadisch, morfologisch, hormonaal en psychologisch ; dat in geval van interseksualiteit door heelkundig ingrijpen kan worden bereikt dat de kenmerken van één geslacht worden verwijderd en de kenmerken van het andere geslacht worden bevorderd zodat het voorafbestaand geslacht wordt onthuld, en dat men aldus personen met interseksuele kenmerken die elkaar tegenspreken (zoals in casu met het «erfelijk materiaal» van beide geslachten) door hormonale behandeling, aanpassingen en chirurgische ingrepen duidelijk tot één der geslachten kan doen behoren (zie Rb. Mechelen, 17 juni 1975, R.W., 1975-76, 870 e.v. en de noot van prof. J.M. Pauwels bij dit vonnis) ;

Overwegende dat bij de geboorte duidelijk beide geslachten aanwezig waren ; dat in dit geval van interseksualiteit — zij het weliswaar door gewilde en artificiële chirurgische ingrepen — een der beide aanwezige geslachten meer tot uiting kwam en vollediger werd benaderd (zie noot prof. Pauwels voormeld) ;

Overwegende dat bijgevolg alleen morfologisch bij de geboorte de voorkeur werd gegeven aan het mannelijk geslacht, terwijl thans het vrouwelijk geslacht — reeds aanwezig bij de geboorte — tot uiting kwam en benaderd werd en dat dus de vier andere criteria volledig werden benaderd ;

Om die redenen,
De rechtbank,

Verklaart het verzoek ontvankelijk en gegrond.

Beveelt dat de beide dubbels van de geboorteakte nummer 197, jaar 1942, van de burgerlijke stand van de gemeente H. zullen verbeterd worden, derwijze :

— dat men voor de vermelding van het geslacht zal lezen «van het vrouwelijk geslacht» in plaats van «van het mannelijk geslacht» ;

— dat men zal lezen «dochter van (...)» in plaats van «zoon van (...)» ;

— dat men voor de voornamen van het kind zal lezen «Joanna Alfonsa» in plaats van «Joannes Alfons».

Beveelt dat het beschikkend gedeelte van dit vonnis zal overgeschreven worden in het bijgevoegd register der geboorten, lopend jaar, van de burgerlijke stand van de gemeente H. en dat er melding van gemaakt zal worden in de rand van de beide dubbels van de te verbeteren akte, waarvan geen afschrift of uittreksel meer zal mogen worden afgeleverd zonder melding van de aangebrachte verbeteringen.

NOOT— Naar de juridische erkenning van de transseksualiteit ?

1. Transseksuelen zijn personen wier fysiek geslacht en psychologisch geslacht tegengesteld zijn. Uiterlijk en volgens alle mogelijke fysieke kenmerken zijn ze man of (vier maal zeldzamer, schijnt het) vrouw, maar ze hebben het onweersaanbaar en blijvend gevoel tot het ander geslacht

te behoren, in een verkeerd lichaam te huizen. Deze tegenstelling geeft aanleiding tot zeer pijnlijke innerlijke drama's; degenen die er het slachtoffer van zijn verdienen geholpen te worden.

Ze hebben niets te maken met homoseksuelen, wier seksuele identiteit geen vragen oproept, maar dit «bijzondere» kenmerk vertonen dat ze zich tot seksgenoten aangetrokken voelen.

2. De meeste Belgische rechtbanken lijken tot nog toe de verandering van de geslachtsaanduiding bij transseksuelen te hebben geweigerd (zie Rb. Mechelen, 17 juni 1975, *R. W.*, 1975-76, 870, met mijn noot «Verandering van de geslachtsaanduiding bij transseksuelen», 973-888); cf. J. PETIT, «L'ambiguïté du droit face au syndrome transsexuel», *Rev. trim.dr.civ.*, 1976, 263-296.

In bovenafgedrukt vonnis staat de Burgerlijke Rechtbank te Antwerpen de verandering toe. Ze komt tot dit resultaat zonder de heersende leer formeel te verwerpen. Dank zij het onderscheid tussen fysieke interseksualiteit (tegenstelling tussen het geslachtstoebehoren op grond van de onderscheiden *fysieke* kenmerken) en transseksualiteit (gedefinieerd als de tegenstelling tussen de psychologie van betrokkene enerzijds en zijn fysieke geslachtskenmerken anderzijds) komt de rechtbank ertoe de verandering toe te staan. Onze rechtspraak staat nl. traditioneel open voor verbetering van de geboorteakte in geval van fysieke interseksualiteit.

Voorliggend geval is bijzonder doordat de betrokkene geen louter tegenstelling tussen fysieke en psychische geslachtskenmerken vertoonde, maar daarenboven een tegenstelling tussen de fysieke kenmerken onderling. De rechtbank hield met laatstgenoemde tegenstelling rekening om de verandering van de geslachtsaanduiding toe te staan¹.

Op voorwaarde dat men onder de fysieke geslachtskenmerken van de transseksueel enige tegenstrijdigheid ontdekt, kunnen derhalve de Belgische rechtbanken ertoe gebracht worden de verbetering van de geslachtsaanduiding toe te staan. Hoewel daardoor mensen worden geholpen, kan deze toestand m.i. niet onveranderd voortduren. Aan «zuivere transseksuelen», wier fysieke geslachtskenmerken zonder uitvoering naar het geslacht wijzen dat door betrokkene als het «andere» wordt gevoeld, kan geen soelaas geboden worden omdat transseksualiteit in 1804 niet onderkend werd en de rechtbanken menen een wetgevend ingrijpen nodig te hebben om hier handelend op te treden.

De beslissing van de rechtbank te Antwerpen betekent zeker een stap vooruit: het is duidelijk dat men zich niet enkel houdt aan de uiterlijke fysieke kenmerken (cf. de rechtspraak van de Hoge Raad), maar ook met de meer verborgen fysieke kenmerken rekening houdt. Het is mogelijk dat de beslissingen van de Gentse rechtbank nog verder gaan en eigenlijk een erkenning van het psychologisch geslachts criterium betekenen: inderdaad is het niet uitgesloten dat de fysieke interseksualiteit slechts als een bijkomend argument wordt aangewend, maar dat ware ze er niet geweest dat geen negatieve beslissing zou betekend hebben.

3. In haar bovenvermeld vonnis van 17 juni 1975 beriep de rechtbank te Mechelen zich op rechtsvergelijkende elementen om haar weigering te staven. Algemeen gesproken meenden de rechtbanken in West-Europa dat een wetgevend ingrijpen vereist was om een verandering van de geslachtsaanduiding in de geboorteakte mogelijk te maken.

In die toestand is ondertussen verandering gekomen. Meerdere lagere Franse rechtbanken hebben de wijziging van de geboorteakte toegestaan², en vooral is er de beslissing van het Duits Grondwettelijk Hof, dat de weigering om de geboorteakte van de transseksist aan zijn psychologisch geslacht aan te passen, zelfs als de wet zulke aanpassing niet organiseert, als een miskennis van fundamentele rechten heeft gebrandmerkt (zie verder nr. 4). Sinds in 1975 de Hoge Raad een wetgevend ingrijpen nodig achtte, denkt men ook in Nederland aan de opstelling van een wetsontwerp (zie VAN RIJN-VAN ALEMADE, «Juridische problemen rond transsexisten», *Het Personeel Statuut*, 1978, 82-89).

4. Op 11 oktober 1978 verklaarde het Westduitse Grondwettelijk Hof (Bundesverfassungsgericht) (*N.J. W.*, 1979, 595) een arrest van het Bundesgerichtshof van 21 september 1971 (*B.G.H.Z.* 57, 63; *N.J. W.*, 1972, 330) ongrondwettelijk, dat de verandering van de geslachtsaanduiding weigerde. Het Bundesverfassungsgericht is van oordeel dat de Duitse Grondwet gebiedt de geslachtsaanduiding in de geboorteakte van een transseksueel te verbeteren, tenminste wanneer het volgens de experts om een onomkeerbaar geval van transseksualiteit gaat en als daarenboven een geslachtsveranderende chirurgische ingreep plaatsgevonden heeft.

Het Hof gaat uit van het fundamenteel recht op menselijke waardigheid en op vrije ontplooiing van de persoonlijkheid (expliciet geproclameerd door artikel 11 van de Westduitse Grondwet) en besluit dat het ontbreken van een wettelijke regeling (in casu om een geslachtsverandering in de akten van de burgerlijke stand in te schrijven) de rechtbanken niet veroorlooft de verandering van de geslachtsaanduiding te weigeren. Het Hof voegt er wel aan toe dat het een aanpassing van de wet op processueel gebied zou toejuichen.

5. In 1976 reeds heeft de Westduitse Bundestag de bondsregering gevraagd een wetsontwerp op te stellen over deze aangelegenheid. Dit wetsontwerp van 5 januari 1979 «Entwurf eines Gesetzes über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtsangehörigkeit in besonderen Fällen (Transsexuellengesetz — TSG)» (Bundesrat, Drucksache 6/79) is een uitgebreide tekst die 17 paragrafen omvat. Hij stelt twee mogelijkheden: de zgn. «kleine oplossing» en de «grote oplossing».

De kleine oplossing zou erin bestaan dat de transseksueel een voornaam krijgt die met zijn psychologisch geslacht overeenkomt. Ik ga op deze oplossing niet in, omdat we in België nu reeds een meer liberale oplossing toepassen: naar Belgisch recht hoeft een persoon niet noodzakelijk voornamen te dragen die met zijn geslacht overeenkomen, en een transseksueel verkrijgt op grond van de W. 11/21 germinal XI — 2 juli 1974 voornaamswijziging zonder in-

¹ Tot een gelijkaardige oplossing kwam de Burgerlijke Rechtbank te Gent, 1e kamer B, 24 april 1978, *R.T.D.F.*, 1979, 413; Rb. Gent, 1e kamer B, 22 mei 1978, *R.T.D.F.*, 1979, 417.

² Onuitg.; zie «Les transsexuels: pour la première fois en France trois changements d'état civil sont accordés», *Le Monde*, 8 november 1978.

achtmering van de in Duitsland voorgestelde strikte voorwaarden (zie verder, nr. 7).

De «grote oplossing» zou een gerechtelijke geslachtsverandering inhouden. De volgende voorwaarden hiertoe zouden opgelegd worden (§§ 1 en 8) :

- de verzoeker dient Duitser of geassimileerde te zijn ;
- sinds minstens drie jaar behoort hij zich onweerstaanbaar als tot het ander geslacht behorend te voelen en aldus te leven ; het moet vaststaan dat in deze toestand hoogstwaarschijnlijk geen verandering zal komen ;
- de verzoeker moet een gelukke geslachtsveranderende operatie hebben ondergaan,
- en niet meer voortplantingsbekwaam zijn.

Twee onafhankelijke experts zouden het met de juridische verandering eens moeten zijn.

De gevolgen van de geslachtsverandering worden in het ontwerp minutieus geregeld. In principe zou ze *ex nunc* werken (§ 10[1]). De datum van de verandering zou derhalve in de kant van de geboorteakte behoren te worden vermeld (§ 25.1). Het huwelijk van de transseksueel zou door de beslissing automatisch ontbonden worden (met de gevolgen van de echtscheiding) (§ 10[2]). Voor de relatie van de transseksueel met zijn ouders, kinderen en kleinkinderen zou de geslachtsverandering geen gevolgen hebben (§ 11). Hetzelfde zou gelden voor periodieke uitkeringen van de sociale zekerheid (§ 12).

6. Tot nog toe lijkt enkel Zweden een *wet* over deze aangelegenheid te bezitten, de «wet over de vaststelling van het geslachtstoebehoren in bepaalde gevallen» van 21 april 1972³. Deze wet behandelt eensdeels de toelaatbaarheid van geslachtsveranderende operatieve ingrepen. Anderdeels, en in nauw verband daarmee, maakt zij het mogelijk dat het juridisch geslacht van een persoon veranderd wordt, zowel in geval van transseksualiteit (als bij een persoon het gevoel tot het ander geslacht te behoren sinds zijn jeugd bestaat en hij als behorend tot dat geslacht optreedt sinds geruime tijd, en aangenomen mag worden dat hierin geen verandering zal komen) als van fysieke interseksualiteit.

De verschillen met het Westduitse ontwerp zijn beïndend : bijvoorbeeld de verzoeken worden in Zweden door het Ministerie voor Sociale Zaken behandeld, niet (in eerste aanleg althans) door de rechtbank, het Duitse ontwerp behandelt niet de toelaatbaarheid van de geslachtsoperatie (maar veronderstelt wel die operatie opdat juridische geslachtsverandering kan intreden), de Zweedse wet treedt niet in bijzonderheden omtrent de gevolgen.

7. Wat België betreft, blijf ik bij mijn eerder uiteengezet standpunt (*R.W.*, 1975-76, 887-888, nr. 23) dat de rechtbanken hier het heft in handen behoren te nemen en om een oplossing te vinden voor een paar honderd gevallen best de bal niet in het veld van de wetgever kaatsen.

De uitvoerende macht doet wat zij kan : sinds de wet van 2 juli 1974 wordt op hun verzoek aan transseksuelen door de Koning toegestaan hun voornaam of -namen te wijzigen. Weliswaar stemt men veelal enkel toe in het kiezen van een seksueel «neutrale» naam (bv. Claude, Dominique, José), wat ik een te schuwe houding vind, vooral wanneer de transseksueel in zijn kennissenkring reeds onder een seksueel meer gekleurde naam is gekend die hem voldoening schenkt. Maar dat is een detail.

8. Zal de Belgische wetgever toch verplicht worden een wet uit te vaardigen om deze aangelegenheid te regelen ? Die mogelijkheid bestaat. Na een verzoek tot verandering van de geslachtsaanduiding te hebben zien afwijzen door het Hof van Beroep te Brussel⁴, heeft D. VAN OOSTERWIJCK⁵ een rekest ingediend bij het Europese Hof voor de rechten van de mens te Straatsburg op 1 september 1976 (nr. 7654/76). Hij riep de schending in van artikel 3 (bescherming tegen onmenselijke behandeling), 8 (recht op eerbied voor het privéleven) en 12 (recht op huwelijk) van het Verdrag van Rome. Op 9 mei 1978 werd het rekest door de Commissie ontvankelijk verklaard ; de Commissie bracht haar verslag uit op 1 maart 1979. Het wachten is nu op de uitspraak van het Hof.

Een wetgevend ingrijpen zou het voordeel bieden dat ingewikkelde kwesties zoals de al dan niet retroactieve werking van de verandering en de mogelijkheden van de transseksueel-met-kindern⁶ daardoor op algemeen vlak een oplossing zouden krijgen. Vóór men in Straatsburg aan een beslissing toekomt ware het te hopen dat de Belgische rechtspraak de zwenking die ze waarschijnlijk aan het maken is voltooit : dat ze zich uitspreekt radicaler dan Antwerpen, duidelijker dan Gent. Want aan de rechters durf ik de vraag te stellen : besteedt ons Parlement zijn kostbare tijd niet beter aan sociaal belangrijker problemen dan de transseksualiteit ?

Prof. J.M. Pauwels

BURGERLIJKE RECHTBANK TE BRUGGE

2e KAMER — 18 DECEMBER 1979

Voorzitter : de h. Castermans

Rechters : de h. Van Damme en Mevr. Brugmans

Openbaar ministerie : de h. Libbrecht

Advocaten : mrs. Gesquiere en Chevalier

Minderjarigheid voogdij en ontvoogding — Verlengde minderjarigheid — Cumulatie met sekwestratie.

De vordering om een persoon, terwijl hij nog wegens geestesachterlijkheid gesequesterd is, in staat van verlengde minderjarigheid te doen verklaren, is ontvankelijk. Weliswaar is het samenbestaan van de twee beschermingsmaatregelen principieel in strijd met de doelstel-

⁴ 7 mei 1974, *J.T.*, 1974, 313 ; *R.N.B.*, 1975, 137, noot KLUGER en MAES.

⁵ Auteur van *Il*, Brussel, Rossel, 1975, een boek over zijn ervaringen.

⁶ Mijn weigerachtige houding tegenover die personen — zie *R.W.*, 1975-76, 887, nr. 22 — vindt geen bijval bij S. SNELDERS en S. DE BATSELIER, *Dagboek van een transseksueel*, De Nederlandsche Boekhandel, Antwerpen - Amsterdam, 1975, p. 226-228. — De Zweedse wetgever beperkt de toelating tot geslachtsoperatie en de geslachtsverandering tot *ongehuwden* (§§ 3 en 4). Volgens het Duitse ontwerp vervalt de naamsverandering wanneer de betrokkene een kind geboren wordt (§ 7), terwijl de geslachtsverandering ontbinding van het huwelijk teweegbrengt (§ 10.2) maar de rechtsverhoudingen tussen betrokkene en zijn vóór de verandering verwekte kinderen en hun afstammelingen onveranderd laat (§ 11).

³ *S.F.S.*, 1972, nr. 119 ; Franse vert. in PETIT, *o.c.*, p. 295-296.

lingen van de wet, maar terecht wordt opgemerkt dat bezwaarlijk de opheffing van de sekwestratie kan worden gevraagd, zolang er geen zekerheid is dat het verzoek tot verlengde minderjarigheid kan worden aanvaard. Na inwilliging van het verzoek kan aan de vrederechter gevraagd worden de door hem bevolen sekwestratie op te heffen, een maatregel die hij overigens ambtshalve kan bevelen.

Van S.

Verzoekster vraagt dat haar broer, V.S.U. geboren te E. op 17 maart 1920 en bij haar verblijvend, in staat van verlengde minderjarigheid wordt verklaard.

Bij bevel van 14 april 1950 van de heer vrederechter van het kanton Gistel werd de inbewaringstelling van betrokkene in zijn woning bevolen.

Zijn ouders zijn thans overleden.

Deze sekwestratie ten huize is een louter feitelijke maatregel die tot doel heeft te vermijden dat de betrokkene zich zou verbinden, maar die zijn bekwaamheid niet aantast (De Page, II, 383 e.v.). Uit de stukken blijkt niet dat een bijzondere voorlopige bewindvoerder werd aangesteld, doch zelfs in dit geval zou de voorlopige bewindvoerder geen gezag hebben over de persoon van de zieke, en heeft deze maatregel slechts gevolgen voor de bescherming van zijn goederen.

Door het instellen van de staat van verlengde minderjarigheid heeft de wetgever de personen willen beschermen die door hun *geestelijke achterlijkheid* onbekwaam zijn hun persoon en hun goederen te besturen, in tegenstelling met de *geesteszieken*, op wie een afzonderlijke wetgeving toepasselijk is (en/of nog ter studie is).

De *geesteszieke* is een persoon wiens toestand zich normaal ontwikkeld heeft, maar bij wie storingen in de gedragingen, in het gevoelsleven of in de betrekkingen met de omgeving slechts intreden wanneer de betrokkene een volwassen leeftijd bereikt. Deze stoornissen kunnen een ingrijpende invloed hebben op het oordeel en de gedragingen van de zieke, maar zijn niet noodzakelijk onomkeerbaar of blijvend.

De *geestelijke achterlijkheid* integendeel is een aanzienlijke verstandelijke onvolwaardigheid vanaf de geboorte, of vanaf de eerste levensjaren. Bij die persoon ontwikkelt zich het verstand niet volgens een normaal tempo, en bereikt het nooit een normaal peil. Die toestand is onomkeerbaar. De persoon en de goederen van de geestesachterlijke zullen gedurende diens hele leven bescherming behoeven (Parl. Besch. Kamer, 1972-73, nr. 417/2, verslag Collignon).

De vraag of een gelijktijdige toepassing van een maatregel van sekwestratie en van verlengde minderjarigheid mogelijk is, wordt in de rechtsleer omstreden (*pro* : Mougnot in *J.T.*, 1973, 476 e.v., J. Pauwels in *R.W.*, 1973-74, 673 e.v.; — *contra* : C. Van Malderen in *R.W.*, 1975-76, 1921 e.v.).

Het wordt gezinszins betwist dat, rekening gehouden met de vroegere wetgeving, de meeste ten huize gesequestreerde personen niet geestesziek, maar geestelijk achterlijk zijn (C. Van Malderen, *op. cit.*) en dat door de toepassing van de nieuwe wetgeving op de verlengde minderjarigheid, een einde kan worden gemaakt aan toestanden die, zuiver juridisch, onjuist zijn. De wetgever heeft tijdens de voorbereiding van de wet wel duidelijk onderstreept dat hij, op grond van een vergelijkende studie, de

toepassing van de nieuwe wet boven de onbekwaamverklaring of sekwestratie verkiest, telkens als zulks mogelijk is. Er blijft een reële keuzemogelijkheid tussen de diverse instellingen (verslag 417/2 Collignon 7.6.73).

De cumulatie van twee beschermingsmaatregelen stoort niet alleen het rechtsgevoel, maar is principieel strijdig met de doelstellingen van de wet. Verzoekster merkt terecht op dat zij bezwaarlijk de opheffing van de sekwestratie van de betrokkene kan vragen zolang zij geen zekerheid heeft dat haar verzoek tot verlengde minderjarigheid aanvaard kan worden. In dit laatste geval zal het passend voorkomen, dat zij — wat zij overigens van plan is te doen — na eventuele toekenning van het onderhavig verzoek, de vrederechter zal vragen de door zijn ambt bevolen sekwestratie ten huize op te heffen, hetgeen deze magistraat overigens eveneens ambtshalve zou kunnen bevelen.

De vordering dient dan ook ontvangen te worden.

Uit het onderzoek, meer bepaald uit het attest van dokter B. is gebleken dat V.S.U. geboren te E. op 17 maart 1920 en wonende te I., in een staat van geestelijke onvolwaardigheid verkeert, aangeboren of begonnen tijdens de vroege kinderjaren, en gekenmerkt door een uitgebleven ontwikkeling van de gezamenlijke vermogens van verstand, gevoel en wil, zodat tevens dient te worden aangenomen dat hij wegens deze achterlijkheid ongeschikt is om zichzelf te leiden, en om zijn goederen te beheren.

Aangezien de ouders van de betrokkene overleden zijn, zal de voogdij dienen te worden ingericht.

Ontvangt het verzoek ;

Verklaart V.S.U., geboren te E. op zeventien maart 1900 en twintig, wonende te I. in staat van verlengde minderjarigheid.

Verklaart dat hij gelijkgesteld wordt en blijft met een minderjarige beneden de vijftien jaar.

Beveelt dat de familieraad zal worden bijeengeroepen voor de inrichting van de voogdij over betrokkene.

Beveelt dat deze beslissing zal worden gebracht ter kennis van de minister van Justitie en van de burgemeester van de gemeente in welker bevolkingsregisters de betrokkene is ingeschreven.

Gelast ten slotte dat de vermelding van de staat van verlengde minderjarigheid zal worden aangebracht op de identiteitskaart van de betrokkene.

Laat de kosten voor rekening van de betrokkene, die echter niet kunnen worden begroot bij gebrek aan kostenstaat.

NOOT—*Verlengd-minderjarigverklaring van een gesequestreerde*

Een redelijk vonnis. Aangezien niets juridisch de cumulatie van (voorafbestaande) sekwestratie en verlengde minderjarigheid belet, wordt ze toegestaan, om te vermijden dat de continuïteit in de bescherming verbroken zou worden.

Ieder ziet daarbij wel in dat bij het effectief worden van de verlengde minderjarigheid de sekwestratie veel van zonniet al haar zin verliest en opgeheven behoort te worden. Een voorlopige bewindvoerder zou dan m.i. niet meer mogen worden benoemd, aangezien de verlengd minderjarige dan al (een) vertegenwoordiger(s) met *meeromvattende* bevoegdheden heeft, en ik heb zelfs het gevoel dat de voorlopige bewindvoerder die al benoemd zou zijn, van rechtswege zijn bevoegdheden verliest, aangezien hij de

beschermers van een handelingsbekwame was die nu zijn staat gewijzigd ziet : nl. handelingsonbekwaam wordt en meteen vertegenwoordigers door wet of rechter toegewezen krijgt.

J. Pauwels

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE KORTRIJK

2e KAMER — 7 JUNI 1977

Voorzitter : de h. Gyselinck

Openbaar ministerie : de h. Laevens

Advocaten : mrs. Vandenbulcke en Leuridan

Bewaargeving — Gerechtelijk akkoord met boedelafstand — Verkoop van een in bewaring gegeven goed — Toekenning van de koopsom aan de bewaargever.

De bewaargever heeft een vordering voortvloeiend uit de overeenkomst van bewaargeving tot teruggave door de bewaarnemer van de in bewaring gegeven goederen. In geval van gerechtelijk akkoord met boedelafstand van de bewaarnemer behoort de opbrengst van reeds verkochte, maar nog niet betaalde goederen toe aan de bewaargever.

N.V. A. t/ P.V.B.A. B.

Bij dagvaarding van 2 december 1976 vraagt de N.V. Les Assurances du Crédit de erkenning in rechte dat zij eigenares is van een reeks welomschreven goederen (8 tractoren), die door degene in wiens rechten zij getreden is, in bewaargeving geplaatst werden bij de Pvba Max Buyck, die een gerechtelijk akkoord met boedelafstand met haar schuldeisers bekomen heeft, met bevel haar deze goederen terug te geven.

Bij vonnis van 22 februari 1977 werd gezegd voor recht dat de eiseres eigenares is van 7 der opgegeven tractoren met uitzondering van de tractor nr. 262 de luxe, nr. 211481 (contract van 17.6.76) waaromtrent de debatten heropend werden omdat de tractor inmiddels verkocht was.

De ingevolge het gerechtelijk akkoord met boedelafstand aangestelde, gerechtelijke vereffenaars erkennen het bestaan van de overeenkomst tot consignatie en derhalve van de teruggaveplicht van de tractoren of hun opbrengst, zoals bedongen.

Bij verzoekschrift van 15 april 1977 verklaart P. Maria vrijwillig tussen te komen in dit geding met verzoek te horen zeggen voor recht dat de koopsom van geciteerde tractor aan de hoofdeiseres moet uitbetaald worden. Deze tussenkomst is toelaatbaar daar de tussenkomende partij de weduwe is van diegene, die zich met zijn persoonlijke goederen borg had gesteld voor de uitbetaling van deze tractoren, zodat zij derhalve een persoonlijk belang heeft bij de afloop van dit geschil. Geen der partijen verzet zich trouwens tegen deze tussenkomst.

Bij conclusies van 20 april 1977 vraagt de hoofdeiseres de toekenning van de koopsom. Daarnaast vraagt zij terecht dat onderhavig vonnis tegenwerpelijk verklaard wordt aan de vrijwillig tussenkomende partij, die zich daar trouwens niet tegen verzet.

Bij samenloop van schuldeisers wordt de «revindicatie» van de «verkoper» geregeld door artikel 568 F.W. in geval

van faillissement en door artikel 20 H.W. in de overige gevallen. Ieder met de beperking van deze artikelen strijdig beding (bv. verkoop met eigendomsvoorbehoud) is naar ons huidige rechtsstelsel hic et nunc niet tegenwerpelijk aan de schuldeisers. Huur, bewaargeving, lastgeving, ruil en schenking, liggen evenwel buiten de werkingssfeer van deze wetsbepalingen met de daaraan verbonden niet-tegenwerpelijkheid (vergelijk art. 567 F.W. inzake faillissement, Van den Bergh, A.P.R. tw. Afbetalingsovereenkomsten, nr. 95). Hierin is geen argument tegen de voor derden toegepaste «schijntheorie» te vinden omdat deze slechts een technische verklaring is van de bescherming van de dynamische rechtszekerheid, die twee grondslagen heeft : 1) .. 2) .. bij de achtergestelde partij, de omstandigheid dat zij zich iets te verwijten heeft, omdat de bedrieglijke schijn aan haar toe te schrijven is ; verhuring, lastgeving en bewaargeving hebben de teruggave van de zaak als «natuurlijk» gevolg, zodat de schijn niet bedrieglijk is en de partijen zich niets te verwijten hebben (eodem loco).

Wij staan hier derhalve niet met een zogeheten «on-eigenlijke» revindicatie van de niet betaalde verkoper in geval van faillissement (art. 568 F.W.) hetzij erbuiten (art. 20 H.W.) doch met een «persoonlijke» vordering tot teruggave ingesteld door de bewaargever van de in bewaring gegeven goederen (Dekkers, II, nr. 1122) krachtens een «wel» tegenwerpelijke overeenkomst, nu deze laatste buiten de werkingssfeer van geciteerde artikelen valt en ter zake volgende elementen vaststaan en niet betwist worden :

— het eigendomsrecht van de hoofdeiseres op het ogenblik van de samenloop der schuldeisers ;

— de causa restitutionis (overeenkomst van bewaargeving) ; zodat het vermoeden van artikel 2279 B.W. weergelegd is omdat de verus dominus hiertegen een rechtsgrond kan aanvoeren, nl. de bewaargeving (T.P.R., 1975, 1134, nr. 338 ; Herbots, «Bezit en bewijs», R.W., 1973-74, 1033, in het bijzonder 1037, nr. 7).

Noch de Pvba, noch de vrijwillig tussenkomende partij, noch de gerechtelijk aangestelde vereffenaars, noch het openbaar ministerie, noch de rechtbank (zie voorgaande vonnis) betwisten de «waarachtigheid» van deze overeenkomst, m.a.w. niemand. De schuldeisers werden over het bestaan ervan ingelicht door de rechter-commissaris tijdens de algemene vergadering der schuldeisers. Ook zij maakten hieromtrent geen opmerkingen, noch komt iemand van hen tussen. Dergelijke overeenkomsten zijn mogelijk ter gelegenheid van een koop (T.P.R., 1973, nr. 189, laatste lid op blz. 507 met verwijzing naar Cass., 2.5.1964, Pas., 1964, I, 932 ; zie ook Hof Gent, 18.4.1973, R.W. 1973-74, 942).

De hoofdeiseres heeft derhalve volgens deze tegenwerpelijke overeenkomst recht op de teruggave van de in bewaring gegeven goederen of van hun opbrengst, zoals bedongen. Deze goederen kunnen immers niet behoren tot de afgestane boedel, noch de opbrengst van de laatste tractor, die «tijdens» de rechtspleging onder toezicht van de rechter-commissaris op een «afzonderlijke» rekening geplaatst werd en op het ogenblik van de samenloop der schuldeisers, die thans unaniem gesteld wordt op de dag van de neerlegging van het verzoekschrift (Cloquet, Les Faill. et Conc., Uitg. 1975, nr. 666), nog niet betaald was, zodat deze opbrengst nooit vermengd geweest is met de te liquideren boedel en de van deze laatste afgescheiden en

steeds geïndividualiseerd gebleven prijs van de in bewaring gegeven tractor, in de plaats komt van deze laatste (reële subrogatie). Wij staan ter zake met een gerechtelijk akkoord met «boedelafstand» waarbij van enige «buitenbezitstelling» zoals in geval van faillissement geen sprake is (Fredericq, VIII, nr. 778). De verzoeker geeft aan zijn schuldeisers niet de «eigendom» van zijn vermogen, doch geeft enkel het recht aan een of meer aan te stellen vereffenaars, om zijn vermogen te verzilveren zoals vastgesteld volgens het «gemene» recht (De Wilde, T.P.R., 1974, Faill. en G.A., blz. 787, in het bijzonder blz. 896, nr. 47) terwijl deze reeds verkochte doch nog niet betaalde tractor volgens het gemene recht niet behoorde tot het door de vereffenaars te verzilveren actief (zie voorbeeld in De Wilde op. cit., nr. 47) en dezès opbrengst derhalve toekomt aan de hoofdeisers, zoals door alle partijen beaamd wordt (akkoordbesluiten van de gerechtelijke vereffenaars, die hier «dubbele» hoedanigheid hebben).

(...)

NOOT—Is tegenwerpelijkmaking van eigendomsvoorbehoud op grond van bewaargeving mogelijk ?

1. In het Belgisch recht is het eigendomsvoorbehoud van de onbetaalde verkoper niet tegenwerpelijk aan de boedel (art. 546, lid 1, Faill. W. ; art. 568, lid 2, Faill. W. ; art. 20, 5^o, Hyp. W., R. MORETUS PLANTIN, *Bezitloos pandrecht*, Brussel 1970, nr. 209, p. 148; W. VAN GERVEN, *Handels- en economisch recht*, I, p. 148; J. VAN DEN BERGH, *Afbetalingsovereenkomsten*, A.P.R., nr. 60, p. 69; P. COPPENS, «Le problème des clauses de réserve de propriété dans l'avant-projet de convention européenne sur la faillite» in *Idées nouvelles dans le droit de la faillite*, Journées Juridiques J. Dabin, Brussel, 1969, p. 235 e.v.; zie ook Cass., 9 februari 1933, *Pas.*, 1933, I, 103; vgl. ook met o.m. Duitsland waar de figuur van het «Verlängerter Eigentumsvorbehalt» wel bestaat: zie o.m. 'W. FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, Berlijn, 1976, p. 406 e.v. en de verwijzingen aldaar; J. ESSER, *Schuldrecht*, Karlsruhe, 1971, deel II, p. 66 e.v.; R. ESSER, *Schuldrecht*, Karlsruhe, 1971, deel II, p. 66 e.v.; R. SERICK, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, I en II, Heidelberg, 1963 en 1965).

2. De bescherming van de schuldeisers van de koper is volgens een deel van de rechtsleer (J. VAN DEN BERGH, a.w., nr. 69) gelegen in de toepassing van de schijn- of vertrouwensleer: de schuldeisers die de verkochte zaak in het bezit van de koper vinden, hebben het recht geloof te hechten aan de verwekte schijn dat de koper reeds eigenaar is.

In het boven afgedrukte vonnis wordt als de juridische grondslag van de vertrouwensleer aangegeven de omstandigheid bij de achtergestelde partij dat zij zich iets te verwijten heeft omdat de bedrieglijke schijn aan haar toe te schrijven is (zie ook J. VAN DEN BERGH, a.w., nr. 93, p. 83).

Deze grondslag voor de vertrouwensleer kan niet meer worden aanvaard (J. CALAIS-AULOY, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, Bibliothèque de droit privé, Parijs, 1961, nr. 10 e.v., p. 22 e.v.). In de rechtsleer wordt thans aangenomen dat niet de schuldtheorie, maar het beginsel van de goede trouw, dat op de billijkheid berust, en subsidiair het beginsel van de rechtszekerheid, als juridische grondslag dienen voor de vertrouwensleer (J. CALAIS-AULOY, noot onder Cass. fr., 13 december 1962,

D., 1963, 277; zie ook W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, nrs. 78 e.v., nl. nr. 83 in fine, p. 225, en de aldaar aangehaalde rechtsleer; J. HEENEN, «Les garanties du vendeur de meubles et leurs avatars», *R.C.J.B.*, 1973, nr. 15, p. 20).

3. Over de aanwending van de vertrouwensleer in faillissementszaken drukt o.m. Heenen zich zeer terughoudend uit. Volgens deze auteur zou niet de vertrouwensleer, maar «le souci de protéger le crédit apparent procuré à l'acheteur par la possession de la chose vendue» ten grondslag liggen aan de niet-tegenwerpelijkheid van het eigendomsvoorbehoud in geval van faillissement (J. HEENEN, a.w., p. 20; zie ook P. COPPENS, a.w., vnl. p. 245-246). Bovendien stelt deze auteur terecht vast dat het thans, in het huidige commerciële verkeer, onverantwoord is te menen dat alle goederen of machines die zich bij een handelaar bevinden, zijn eigendom zijn: de aankoop op krediet is op dit ogenblik wellicht de algemene regel, de aankoop tegen contant de uitzondering (J. HEENEN, a.w., p. 23). Daarenboven lijkt het invoeren van de vertrouwensleer in faillissementszaken niet overtuigend, nu men beschikt over een uitgebreid apparaat van financiële informatievervalsing (zie o.m. de wet 17 juli 1975 met betrekking tot de boekhouding en de jaarrekeningen van de ondernemingen en de K.B. tot uitvoering; zie ook de regeling van de balanscentrale: art. 117bis Venn. W.).

4. In een arrest van 2 mei 1964 (*Pas.*, 1964, I, 932) besliste het Hof van Cassatie dat een overeenkomst tot bewaargeving en de daaruit voortvloeiende vordering van de bewaargever tot teruggave van het in bewaring gegeven goed tegenwerpelijk is aan de boedel. Hierbij moet worden opgemerkt dat de vertrouwensleer moeilijk de verschillende positie van de verkoper met eigendomsvoorbehoud en de bewaargever kan uitleggen, zeker niet wanneer de schuldtheorie nog zou worden aangenomen als grond van deze leer.

In casu had een onderneming een schroef verkocht aan een scheepswerf. Toen deze schroef vervoerd was, stelde de scheepswerf voor haar terug te zenden aan de verkoopster omdat zij niet kon betalen; hierop stelde de verkoopster voor de schroef in bewaring te geven bij de scheepswerf die deze dan zou overnemen ten laatste in september tegen betaling van de factuur.

Het Hof nam in overweging dat alle elementen van een bewaargeving aanwezig waren: de scheepswerf had bij de afgifte van de schroef op zich genomen deze in haar magazijnen te plaatsen als toebehorend aan de fabrikant, ze te zijner beschikking te houden en zich ervan niet te bedienen noch erover te beschikken. Wanneer de eigendom van het goed nog niet is overgedragen aan de koper en deze nog niet in het bezit is gesteld van het goed, kunnen partijen overeenkomen dat de overeenkomst opgeschort wordt en dat het goed in bewaring wordt gegeven, mits het gaat om een niet geveinsde bewaargeving («pourvu qu'il s'agisse d'un dépôt non simulé»).

5. De vordering van de bewaargever tot teruggave van het toevertrouwde goed vloeit voort uit de rechtsfiguur van de bewaargeving zelf: de bewaarnemer verkrijgt niet het bezit, slechts de detentie van het hem toevertrouwde goed (P. COPPENS, a.w., p. 243). Het ter beschikking houden van het toevertrouwde goed hoort tot het wezen van de bewaargeving (cf. ook het bovengenoemd cassatiearrest). Het in bewaring genomen goed moet worden teruggegeven op het eerste verzoek van de bewaargever, ook wanneer bij contract een bepaalde tijd voor teruggave is vastgesteld

(art. 1944 B.W. ; H. DE PAGE, *Traité*, V, nr. 181, p. 190 e.v.).

6. Het hierboven afgedrukt vonnis bevestigt de geldigheid van de techniek, waarbij een financieringsmaatschappij de goederen aankoopt, ze bij een handelaar in bewaring geeft en het recht behoudt de goederen terug te vorderen in geval van gerechtelijk akkoord.

Deze door partijen als bewaargeving gekwalificeerde overeenkomst is, rekening houdend met bovengenoemd cassatiearrest, geldig in de mate dat partijen werkelijk een bewaargeving hebben bedoeld. De in artikel 1944 B.W. neergelegde regel van teruggave op eerste verzoek kan de bruikbaarheid van deze techniek echter in aanzienlijke mate beperken.

7. De vraag is echter of de kwalificatie van bewaargeving overeenstemt met de werkelijke bedoeling van partijen : hebben partijen niet de schijn willen wekken een bepaalde overeenkomst te sluiten terwijl zij in feite een andere overeenkomst tot stand hebben gebracht ? Het door het Hof van Cassatie in het bovengenoemd arrest geformuleerde voorbehoud «pourvu qu'il s'agisse d'un dépôt non simulé» bevestigt het belang van de vraagstelling.

Indien simulatie voorhanden is, kan de rechter, met toepassing van de beginselen neergelegd in de artikelen 1156 en 1321 B.W. voorrang verlenen aan de werkelijk bedoelde verrichting. Dienaangaande kan verwezen worden naar de problematiek inzake leasing waar de tegenwerpelijheid van het eigendomsvoorbehoud door de lessor beoordeeld kan worden hetzij vanuit de analyse van het financieel evenwicht in de leasingovereenkomst (Kh. Brussel, 22 september 1975, *B.R.H.*, 1977, 701 : de rechter oordeelde dat partijen in werkelijkheid een koop-verkoop met eigendomsvoorbehoud hadden gesloten) hetzij vanuit het onderzoek naar de eventuele veinzing in de overeenkomst (Hof Brussel, 3 november 1976, *B.R.H.*, 1977, 708 : wijziging in hoger beroep van bovengenoemd vonnis). Tevens kan verwezen worden naar de beoordeling van «sale en lease-back» als een vermomde geldlening : E. WYMEERSCH, noot onder Corr. Brussel, 30 november 1974, *B.R.H.*, 1975, 294 e.v.).

8. In de hypothese dat partijen werkelijk een bewaargeving hebben bedoeld, dient bovendien te worden onderzocht of door deze handeling die zich aandient als toepassing van hetgeen bepaalde wetsvoorschriften veroorloven desniettemin een rechtstoestand geschapen wordt die praktisch gesproken volkomen gelijk is aan die welke door een ander wetsvoorschrift verboden wordt. Dit is de vraag naar het eventueel bestaan van wetsontduiking (over de wetsontduiking : zie o.m. W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, nr. 74 e.v., p. 201 e.v.).

De mogelijkheid bestaat dat partijen een overeenkomst van bewaargeving hebben gesloten om het in België bestaande wettelijk verbod van pand zonder buitenbezitting (art. 2076 B.W.) te ontgaan. (Zie aangaande het pand zonder buitenbezitting : R. MORETUS PLANTIN, *a.w.*, nr. 192 e.v., p. 135 e.v. en vnl. nr. 203, p. 144 en nr. 529, p. 441 ; W. VAN GERVEN, «Les garanties portant sur les matières et les produits», *Rev. Banque*, 1966, p. 167). De figuur van de bewaargeving zou dan enkel en alleen gekozen zijn om deze bepalingen van dwingend recht te ontgaan.

Herman Braeckmans
Assistent U.I.A.

VREDEGERECHT TE SINT-GILLIS-BIJ-BRUSSEL

13 JULI 1978

Rechter : de h. Rommel

Advocaten : mrs. Roosen en Benoît

Taalgebruik in gerechtszaken — Vraag tot taalwijziging — Bij verzet.

De akte van verzet moet op straffe van nietigheid de verweermiddelen van de opposant bevatten.

Derhalve dient voor een eventueel verzoek tot taalwijziging uitdrukkelijk in de akte van verzet dienaangaande voorbehoud te worden gemaakt en moet vervolgens, ter zitting, de vraag tot taalwijziging worden bevestigd overeenkomstig de vormvoorschriften bepaald in art. 4, § 2, lid 2, van de wet van 15 juni 1935.

G. t/ D.

Gelet op het schriftelijk verzoek tot taalwijziging door verzetdoende partij Charles G., eerst neergelegd ter zitting van woensdag 21 juni 1978 (inleiding van het verzet) ;

Overwegende dat artikel 4 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik ter talen in gerechtszaken bepaalt dat het verzoek moet worden gedaan vóór elk verweer of elke exceptie ;

Dat de akte van verzet op straf van nietigheid de verweermiddelen van de opposant moet vermelden (Ger. W. 1047) ;

Dat met toepassing van de bestaande rechtspraak deze motivering niet louter formeel mag zijn maar integendeel nauwkeurig omschreven en op concrete wijze aan de zaak aangepast moet zijn (Fettweis, *Rechtsmiddelen*, nr. 35, *R.P.D.B.*, *Procédure civile*, nrs. 194, 195, 199-205 ; Braas, *Précis de procédure civile*, deel II, nr. 1175, p. 615) ;

Dat een algemeen voorbehoud in de verzetakte wat de verweermiddelen betreft dan ook slechts de draagwijdte kan hebben van een stijlclausule (contra Hof Brussel, 5 april 1971, *R.W.*, 1971-72, 1604) en slechts betrekking kan hebben op andere middelen ten gronde, doch zeker niet op middelen die in limine litis moeten worden opgeworpen ;

Dat derhalve in de akte van verzet uitdrukkelijk voorbehoud dient te worden gemaakt voor een eventueel verzoek tot taalwijziging (zie analogisch art. 7, § 1, lid 2, van vermeldde wet waar bepaald wordt dat de aanlegger die de taalwijziging vraagt dit in de dagvaarding moet doen ; contra : *R.P.D.B.*, *Procédure civile*, nr. 555, en Kh. Brussel 6.5.1966, *R.W.*, 1966-67, 1627, pro: L. Lindemans, *A.P.R.*, *Taalgebruik in gerechtszaken*, nr. 113 ; Van Hoorebeke, *L'Emploi des langues en justice*, nr. 50 ; Van Lennep, p. 152, 148, nr. 23) ;

Overwegende dat vervolgens, ter zitting, de vraag tot taalwijziging dient te worden bevestigd overeenkomstig de vormvoorschriften bepaald in artikel 4, § 2, lid 1, van vermeldde wet, waarna de rechter eerst zijn beoordelingsrecht kan uitoefenen (art. 4, § 2, lid 2) ;

Dat aldus de onderhavige vraag tot taalwijziging zowel op grond van artikel 4, § 1, laatste lid, van de wet van 1935 als op grond van art. 1047 Ger. W. niet ontvankelijk is ;

(...)

WETGEVING IN KORT BESTEK

Het einde van de lijfswang

1. De wet van 31 januari 1980 houdende goedkeuring van de Benelux-Overeenkomst houdende eenvormige wet betreffende de dwangsom heeft de artikelen 46, 47 en 48 van het Strafwetboek, de wet van 27 juli 1871 op de lijfswang (gewijzigd bij de wet van 1 maart 1949), en de artikelen 101 en 102 van het koninklijk besluit van 28 december 1950 houdende algemeen reglement op de gerechtskosten in strafzaken opgeheven.

Deze wet is in werking getreden op 1 maart 1980 en vanaf die dag mag geen lijfswang meer worden opgelegd en de personen die het voorwerp zijn van een dergelijke maatregel moeten vóór die datum in vrijheid worden gesteld daar de abrogatie onmiddellijke uitwerking heeft op de nog niet uitgevoerde lijfswang (cf. P. ROUBIER, *Le droit transitoire*, 2e ed., pp. 320 en 567).

2. Op 10 november 1976 had senator G. Van In een wetsvoorstel ingediend ten einde de lijfswang te beperken tot gerechtskosten van méér dan 25.000 fr. (*Parl.St., Senaat*, 1976-77, nr. 965/1). In de senaatscommissie werd het wetsvoorstel samen met het ontwerp betreffende de dwangsom behandeld en er werd besloten de lijfswang zonder meer af te schaffen.

De voorstellen tot afschaffing van deze archaïsche maatregelen dagtekenen van vóór de Franse Revolutie. Reeds toen was men van mening dat de lijfswang niet strookte met de menselijke waardigheid en bij decreet van de Conventie van 9-12 maart 1793 werd alle lijfswang afgeschaft. Enkele jaren later kwam er zulk verzet vanwege de handelaars dat de maatregel bij de wet van 24 ventôse jaar V weer werd ingevoerd (FOURNEL, *Traité de la contrainte par corps*, p. 4).

3. De lijfswang werd in Frankrijk opnieuw afgeschaft bij decreet van 9 maart 1848, maar enkele maanden later werd de maatregel opnieuw ingevoerd bij decreet van 13 december 1848.

Er is steeds verzet geweest tegen de lijfswang en op 26 maart 1901 werd een nieuw wetsvoorstel strekkende tot afschaffing ervan ingediend door senator Poulain (cf. zijn artikelen in *Revue pénitentiaire*, 1901, 783 en 1902, 938), maar er werd gevreesd dat niemand nog de gerechtskosten zou betalen indien dit afschrikmiddel niet meer bestond.

Begin 1928 voerde de Parijse krant, *Le Quotidien*, een campagne tegen de lijfswang. Talrijke professoren en advocaten werden ondervraagd en iedereen was het erover eens dat de lijfswang een anachronisme was dat zo spoedig mogelijk diende te worden afgeschaft. Mr. Campinchi noemde de lijfswang «une mesure ignoble», J. Longuet sprak van «une chose inique, une monstruosité», E. Frot gewaagde van «un odieux vestige du Droit ancien» (*Doc.parl., Chambre*, annexe nr. 5299, p. 2; *Journ.off.*, 31 mei 1928).

De toepassing van de lijfswang werd door de Franse wetgever beperkt door de wetten van 22 juli 1867, 19 december 1871, 30 december 1928, maar veel verandering kwam er niet (cf. F. DARBOIS, *Traité théorique et pratique de la contrainte par corps en matière criminelle*; J. FABRE, *De la contrainte par corps*; L. DEYMÈS, *L'évolution de la nature juridique de la contrainte par corps*). De Franse

Code de procédure pénale heeft de meeste bepalingen betreffende lijfswang overgenomen (cf. de artt. 749 e.v.), met dit verschil dat de burgerlijke partij ze niet meer kan laten uitvoeren (PETIT, «Faut-il rétablir la contrainte par corps au profit des parties civiles ?», *D.*, 1964, Chr. p. 47).

4. In België kwam er blijkbaar geen kritiek op de toepassing van de lijfswang, maar de maatregel geraakte geleidelijk in onbruik. Iedereen beschouwde de lijfswang als volkomen nutteloos en ondoeltreffend. Inderdaad, ingeval de veroordeelde onvermogen was, diende hij overeenkomstig artikel 46 van het Strafwetboek in vrijheid te worden gesteld nadat hij zeven dagen lijfswang had ondergaan (waarom zeven dagen, als toch vaststond dat de man geen rode duit bezat?), en ingeval hij over voldoende geldmiddelen beschikte, dan diende de invordering van de kosten krachtens artikel 100 van het Algemeen reglement op de gerechtskosten in strafzaken, met alle middelen rechtens te worden vervolgd door de bemoeiingen van de aangestelde van het Bestuur van Registratie en Domeinen.

In de praktijk werd de lijfswang niet meer uitgevoerd en in de statistieken van de jongste jaren kwamen nog drie of vier gevallen voor.

5. Men kan zich afvragen of deze nieuwe wet ook geen gelegenheid bood om de «inbewaarneming in de inrichting van hechtenis voor schulden» van de gefailleerde op grond van artikel 467 van de Faillissementswet af te schaffen. Ook hier gaat het om een gelijkaardig overblijfsel uit het steentijdperk.

Of zullen we moeten wachten op de Benelux-Overeenkomst inzake faillissement om een einde te maken aan dit anachronisme? In de Faillissementswet zijn er trouwens heel wat artikelen die ingevolge de wet betreffende de dwangsom wat opsmuk nodig hebben.

6. De afschaffing van de lijfswang is hoegenaamd geen reden tot triomfalisme. De hervorming komt op een ogenblik dat ze niet veel zin meer heeft, dat elke vernieuwing reeds lang achterhaald is door de rechtspraak en dat ze niet de minste verbetering meer kan brengen in de toestand der gevangenen.

Wat de Conventie in Frankrijk in 1793 deed, wordt bij ons twee eeuwen later eveneens nagevolgd... De afschaffing van de lijfswang verdient hooguit een meewarig hoofdknikje naar de wetgever. Ga maar zo door, jongens... Wie beweerde ook weer «L'Histoire du droit pénal est l'histoire éternelle de son abolition»?

A. Vandeplas