

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

REDACTIE : RIDDER RENE VICTOR, HOOFDREDACTEUR

E. BOONEN, C. CAENEPEEL

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

RISICO-AANVAARDING, EEN NIEUWE UITSLUITINGSGROND VAN EXTRA-CONTRACTUELE AANSPRAKELIJKHEID?

1. Het nemen van risico's is een alledaags gebeuren. Het zal, wanneer ten gevolge daarvan schade wordt geleden, soms aanleiding geven tot gehele of gedeeltelijke uitsluiting van aansprakelijkheid aan de zijde van de schadeverwekker. Omwille van de rechtszekerheid is het noodzakelijk deze gevallen zo precies mogelijk af te bakenen.

Het is opvallend hoe dikwijls de term «risico-aanvaarding» in de rechtspraak voorkomt. Bovendien wordt de term niet altijd in dezelfde betekenis gebruikt. Meestal heeft men het over een klassieke rechtsfiguur, zoals eigen schuld; soms wordt de term als een zelfstandige rechtsfiguur gehanteerd.

Op enkele auteurs na heeft de Belgische rechtsleer weinig aandacht geschonken aan het probleem van de risico-aanvaarding. Deze verhandeling is een poging om het probleem op een systematische wijze — ook rechtsvergelijkend — te bestuderen.

Bij het zoeken naar de betekenis van het begrip risico-aanvaarding zal vooral de rechtspraak in sport- en verkeerszaken behandeld worden, omdat deze in de praktijk de belangrijkste toepassingsgebieden van dat begrip zijn.

2. In de volkstaal komt risico-aanvaarding op het volgende neer: wie zich vrijwillig en bewust aan een bepaald gevaar blootstelt, moet er zelf de gevolgen van dragen. Belangrijker dan deze omschrijving is het rechtskarakter van het begrip, omdat de rechtsgevolgen van de risico-aanvaarding rechtstreeks afhankelijk zijn van het rechtskarakter dat men eraan wil toekennen. Risico-aanvaarding wordt echter door de rechtsleer en de rechtspraak aan verschillende rechtsfiguren verbonden. Het is van zeer groot belang van meet af aan duidelijk te maken waaraan die verscheidenheid te wijten is.

De oorzaak van de verscheidenheid is van tweeërlei aard: eerst en vooral wordt het woord «risico» in twee verschillende betekenissen gebruikt, nl. een gebruikelijke en een juridische, respectievelijk «het gevaar voor, de kans op schade» en «de schade die niet aan een fout te

wijten is»¹, vervolgens kan de risico-aanvaarding hetzij als een rechtsfeit, hetzij als een rechtshandeling worden beschouwd.

3. De bedoeling is na te gaan welke rechtsfiguren door de rechtspraak en de rechtsleer respectievelijk gebruikt en voorgesteld worden om het begrip risico-aanvaarding te gronden.

In het bijzonder zal worden onderzocht of die rechtsfiguren in rechte en in feite wel bruikbaar zijn en zo ja, of het dan zin heeft het begrip «risico-aanvaarding» te hantieren in plaats van de onderliggende rechtsfiguur.

Achtereenvolgens worden besproken:

- risico-aanvaarding als het foutief nemen van risico's;
- risico-aanvaarding als daad van het slachtoffer;
- risico-aanvaarding als toestemming van het slachtoffer;
- risico-aanvaarding als afstand van recht;
- risico-aanvaarding als rechtsverwerking bij voorbaat;
- risico-aanvaarding als het naar verkeersopvattingen overnemen van de verantwoordelijkheid om zichzelf te beschermen tegen het gevaar;
- risico-aanvaarding als bevrijdingsbeding;
- risico-aanvaarding als het op zich nemen van toevalige schade.

¹ Enkele auteurs hebben de nadruk gelegd op dit verschil in betekenis; zie vooral J. HONORAT, *L'idée d'acceptation des risques dans la responsabilité civile*, Bibl. de droit privé, Parijs, L.G.D.J., 1969, 253p., inleiding, 7; R. SAVATIER, *Traité de responsabilité civile*, I, Parijs, L.G.D.J., 1951, 590 p., nr. 191; zie ook doch in mindere mate J. DEWEER, «De verantwoordelijkheid in de sport», *R.W.*, 1949-50, 465-483, 475; M.G., noot onder Hof Luik, 19 maart 1951, *De Verz.*, 1951, 683; wie dit niet doet, vindt geen verklaring voor de verschillende vormen van risico-aanvaarding.

Duidelijkheidshalve zal de risico-aanvaarding in de risico-aansprakelijkheid afzonderlijk behandeld worden.

A. Het rechtskarakter van het begrip risico-aanvaarding in de schuldaansprakelijkheid

I. Risico-aanvaarding als het foutief nemen van risico's

4. Het nemen van risico's is niet altijd foutief. Dat is maar goed ook, want het nemen van risico's is in de huidige samenleving een alledaags gebeuren. Denken we maar aan de risico's die door voetgangers in het drukke stadsverkeer worden genomen².

Wie 's nachts rijdt of bij slecht weer, neemt een risico dat maatschappelijk als normaal, geoorloofd beschouwd wordt³. Hetzelfde geldt voor degenen die zich met een auto of met een bromfiets in het verkeer begeven. Zij stellen zich zonder twijfel aan heel wat gevaren bloot⁴.

Daarenboven is het nemen van risico's soms nuttig of zelfs noodzakelijk⁵. Aan talrijke sporten zijn gevaren verbonden. Risico-aanvaarding door sportlui is echter niet alleen geoorloofd, maar wordt ook aangemoedigd⁶.

5. Terecht wordt opgemerkt dat het nemen van risico's soms niets anders is dan het uitoefenen van een recht of het naleven van een morele of wettelijke verplichting⁷.

Zo is het bv. geen fout van een voetganger dat hij bij het oversteken van een drukke straat, gebruik maakt van een zebrapad⁸.

Geen enkel recht is echter absoluut. De handeling van de al te onbesuisde voetganger zou wel eens als een misbruik van recht kunnen worden bestempeld, want wat is

rechtsmisbruik anders dan het foutief uitoefenen van een recht⁹?

Het klassieke voorbeeld van morele verplichting is de redding. De rechtsleer is unaniem¹⁰: wie risico's neemt om andermans vermogen of leven te redden, begaat geen fout en aanvaardt geen risico. Wel wordt erop gewezen dat de redder zeer onvoorzichtig en bijzonder roekeloos kan tewerkgaan¹¹. Om billijkheidsredenen wordt ook in dat geval zelden een fout van de redder aangenomen, want de redding wordt maatschappelijk zeer positief gewaardeerd. Tunc drukt het als volgt uit: «Si la théorie de l'acceptation des risques est souvent une source de confusion, elle est particulièrement odieuse lorsqu'on prétend l'opposer à un sauveteur»¹².

Wettelijk verplicht zijn de personen die beroepshalve bepaalde risico's moeten nemen zoals bv. de leden van de brandweer, de politie. Ook hier is het bestaan van een fout niet a priori uitgesloten¹³.

Het is dus onjuist uit het rechtmatig of verplicht karakter van de handeling zonder meer af te leiden dat het slachtoffer niet foutief heeft gehandeld.

Om te weten of het nemen van risico's al dan niet foutief is, moet men terugkeren naar het schuldconcept zelf.

² R.O. DALCQ, *Traité de responsabilité civile*, II, in *Les Nouvelles*, Droit civil, Brussel, Larcier, 1962, 821 p., nr. 2692; H. VANDENBERGHE, «Aquilaans foutbegrip», in *Onrechtmatige Daad, Actuele tendensen*, Antwerpen, Kluwer, 1979, 17; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE en P. HAMELINK, «Overzicht van rechtspraak (1964-78), Onrechtmatige Daad», *T.P.R.*, 1980, nr. 4, nr. 37 in fine (hierna: VANDENBERGHE e.a.); W. WILMS, «Risico-aanvaarding», *R.W.*, 1980-81, 1497-1506, nr. 4.

³ Volgens de Belgische rechtspraak maakt het rijden of het meerijden bij ijzel geen abnormaal risico uit: Hof Gent, 14 juli 1952, *De Verz.*, 1952, 275; Hof Brussel, 18 januari 1968, *R.G.A.R.*, 1969, nr. 8315; Hof Brussel, 9 januari 1975, *R.G.A.R.*, 1975, nr. 9459.

⁴ J. HONORAT, o.c., nr. 15; voor voorbeelden van niet-foutief nemen van risico's zie men H. en L. MAZEAUD, en J., MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, II, Parijs, Montchrestien, 1970, 1151 p., nr. 1498 (hierna: MAZEAUD).

⁵ P. ESMEIN, «L'idée d'acceptation des risques en matière de responsabilité civile», *Rev.dr.comp.*, 1952, 683-691, 686; J.M. POUPART, «A propos de l'alpinisme improvisé qui expose autrui au danger», *R.D.P.*, 1960-61, 377-382, 378; W. WILMS, l.c., nr. 4.

⁶ J. HONORAT, «La répression des atteintes à l'intégrité corporelle consécutives à l'exercice des sports», *D., Chron.*, 1969, 207-210, 207; de financiële steun die door de overheid aan de sportbeoefening verleend wordt, is daar het beste bewijs van.

⁷ Zie bv. J.F., noot onder Corr. Luik, 3 juni 1969, *R.G.A.R.*, 1972, nr. 8930; andere auteurs stellen als voorwaarde dat het nemen van risico's zonder noodzaak gebeurt: J.L. FAGNART, «Le transport bénévole et l'acceptation des risques», *R.G.A.R.*, 1973, nr. 8947, 4B; H. VANDENBERGHE, l.c., 17.

⁸ J. HONORAT, o.c., nr. 19.

⁹ Cass., 10 september 1971, *R.W.*, 1971-72, en *R.C.J.B.*, 1976, 300, noot P. VAN OMMESELAGHE; zie J. LIMPENS en R. KRUIJTHOF, «Rechtsvergelijkende aantekeningen bij het begrip rechtsmisbruik», in *Recht in Beweging*, I, Antwerpen, Kluwer, 655-678, nr. 20; voor een concreet voorbeeld van het foutief gebruik maken van een zebrapad: Hof Luik, 9 januari 1974, *Pas.*, 1974, II, 93.

¹⁰ R. ANDRÉ, *Fichier*, Fiches jaunes, Lien de causalité, nr. 4/9, nr. 27; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, Les obligations, Brussel, Bruylant, 1964, 1196 p., nr. 1045; J.L. FAGNART, «Chronique de jurisprudence (1955-67), la responsabilité aquilienne», *J.T.*, 1970, 37-47, nr. 14 (hierna: overzicht); F. GLANSDORFF en P. LEGROS, «La réparation du préjudice subi par l'auteur d'un acte de sauvetage», noot onder Rb. Brussel, 20 februari 1970, *R.C.J.B.*, 1974, 60-87, nr. 6; P. ESMEIN, l.c., 691; H. LALOU en P. HAZARD, *Traité pratique de la responsabilité civile*, Parijs, Dalloz, 1962, 1023 p., nrs. 361 ev.; Ph. LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, Parijs, Dalloz, 1976, 747 p., nrs. 711 e.v.; MAEAUD, o.c., II, nr. 1499; R. SAVATIER, o.c., nr. 103; A. TUNC, «Jurisprudence en matière de droit civil», *R.T.D.C.*, 1963, 327-363, nr. 34; A. TUNC, «Sur la responsabilité civile. Amères réflexions», *R.G.A.R.*, 1974, nr. 9353; C.J. HAGEN, «Schadevergoeding en hulploon voor redders in het (toekomstig) Nederlands recht», *A.A.*, 1979, 438; A.J.O. VAN WASSENSAER, *Eigen Schuld*, Leiden, Tjeenk Willink, 1971, 348 p., nr. 9.9.

¹¹ Zie Rb. Brussel, 20 februari 1970, *R.C.J.B.*, 1974, 60, noot F. GLANSDORFF en P. LEGROS, bevestigd door Hof Brussel, 30 juni 1971, *De Verz.*, 1971, 991, noot R.B..

¹² «Jurisprudence en matière de droit civil», l.c., nr. 34; even afkeurenswaardig is het aanwenden van het begrip risico-aanvaarding door verzekeringsmaatschappijen om vorderingen tot vergoeding van schade, door kinderen en gehandicapten veroorzaakt, af te wijzen; zie de laatste voorbeelden geciteerd door P.J. SANDBERG, «Risico-aanvaarding bij minderjarige slachtoffers van een onrechtmatige daad», *N.J.B.*, 1980, 1139.

¹³ J. HONORAT, o.c., nr. 21; MAZEAUD, o.c., II, nr. 1499; A.J.O. VAN WASSENSAER, o.c., nr. 9.9.

6. Onrechtmatig handelen kan eerst en vooral bestaan in een overtreding van een norm die een welbepaald verbod of gebod oplegt¹⁴.

Wanneer het nemen van een risico uitdrukkelijk door de wet verboden wordt, is er geen probleem, want in dat geval wordt een resultaatsverbintenis geschonden. Als toepassing van die regel kan men vermelden: het niet aangespen van de veiligheidsgordel, het (mee)rijden op een bromfiets zonder helm, het klandestien meerijden.

Of ook het zonder toelating betreden van andermans grond of terrein onder deze regel valt, is niet duidelijk¹⁵.

Ook in de sport vindt men toepassingen: het tweegevecht is krachtens de artt. 422 tot 433 Sw. in België verboden; andere sporten zoals de bokssport zijn wettelijk geregeld, zodat de niet-naleving van de spelregels automatisch een fout zal zijn¹⁶.

7. Onrechtmatig handelen kan ook bestaan in een overtreding van de algemene zorgvuldigheidsnorm¹⁷. Daarover oordeelt de feitenrechter vrij.

Bij deze beoordeling is de voorzienbaarheid van de schade aan de zijde van de dader essentieel¹⁸. De rechter zal zich nl. afvragen of het slachtoffer de risico's waaraan hij zich vrijwillig blootstelde, kende of hoorde te kennen.

Zo zal de passagier van een dronken bestuurder slechts mede-aansprakelijk zijn voor de eigen schade, indien de bestuurder kennelijk dronken was¹⁹.

Nu is de redelijke voorzienbaarheid in de meeste gevallen van risico-aanvaarding bij uitstek aanwezig. Dat is de reden waarom risico-aanvaarding dikwijls tot schuld van het slachtoffer kan worden herleid.

¹⁴ H. DE PAGE, *o.c.*, II, nr. 941; H. VANDENBERGHE, *l.c.*, nr. 4; m.b.t. het nemen van risico's: VANDENBERGHE e.a., *l.c.*, nrs. 38 en 40; J. HONORAT, *o.c.*, nr. 12.

¹⁵ J. HONORAT, *o.c.*, nr. 12. Men is het overigens niet eens over de rechtsgrond van de risico-aanvaarding in dat geval; zie daarover MAZEAUD, *o.c.*, II, nr. 1498; F. BANNIER, «Terrein-risico», *N.J.B.*, 1973, 313-319; A.J.O. VAN WASSENAER, *o.c.*, nr. 9.3. Meestal bestaat er o.i. noch toestemming, noch overeenkomst. Wel kan gesteld worden dat de zorgvuldigheidsplicht van de terreineigenaar beperkt is wanneer en in zoverre hij erop kan vertrouwen dat niemand zijn erf betreden kan. Bij aanwezigheid van waarschuwingsbordjes worden de zaken wel wat moeilijker. Over waarschuwing zie men H. DRION, Preadvies, *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging*, 1957, I, Zwolle, Tjeenk Wilink, 185-265, 199; S.C.J.J. KORTMANN, *Derden-werking van aansprakelijkheidsbedingen*, Deventer, Kluwer, 1977, 190p., 12-13.

¹⁶ Wet van 31 mei 1958 tot reglementering van bokswedstrijden en -exhibities (*B.S.*, 12-13 juni 1962); K.B. van 5 juli 1962 tot reglementering van de bokswedstrijden en -exhibities, en van de beoefening van de bokssport (*B.S.*, 9 juli 1962); zie bv. ook de wet van 20 juli 1955 houdende verbod van bovengrondse circus- of music-halloefeningen zonder veiligheidsnet (*B.S.*, 12 augustus 1955).

¹⁷ H. DE PAGE, *o.c.*, II, nr. 941; H. VANDENBERGHE, *l.c.*, nrs. 5 en 6.

¹⁸ VANDENBERGHE e.a., *l.c.*, nr. 42; J. HONORAT, *o.c.*, nrs. 10 en 25.

¹⁹ Bv. Hof Brussel, 1 maart 1967, *J.T.*, 1967, 557; wanneer de passagier niet wist of hoorde te weten dat de bestuurder in dronken toestand verkeerde, kan hem geen fout verweten worden: Hof Luik, 28 februari 1951, *J.T.*, 1953, 10; Hof Brussel, 24 september 1965, *J.T.*, 1966, 151; Hof Gent, 25 januari 1972, *R.W.*, 1971-72, 1598; Corr. Charleroi, 4 april 1963, *J.T.*, 1964, 152, noot R.B..

De onzorgvuldigheid van een handeling wordt getoetst aan een abstract criterium²⁰: de gedraging van een «bonus pater familias», de doorsnee-burger in dezelfde omstandigheden. De rechter moet uitmaken of ook de doorsnee-burger dat risico in dezelfde omstandigheden zou hebben genomen. Daaruit vloeit dan het klassieke onderscheid voort, nl. het onderscheid tussen normale en abnormale risico's²¹.

Zware, abnormale, excessieve, uitzonderlijke risico's worden door een «bonus pater familias» niet genomen, juist omdat de kans op schade te groot is.

In feite betekent «abnormaal» dus niets anders dan «foutief». Naast de voorzienbaarheid van de schade is eveneens vereist dat de dader ten onrechte nagelaten heeft de nodige maatregelen te treffen om de schade te verhinderen²².

8. Men kan zich afvragen of het slachtoffer wel «onrechtmatig» handelt. Handelt het slachtoffer niet alleen onredelijk t.a.v. zijn eigen belangen²³?

Men zou kunnen zeggen dat men t.a.v. zijn eigen persoon en eigen goederen in beginsel vrij is te doen en te laten wat men wil. Er zou wel onrechtmatigheid zijn wanneer door zo te handelen nadeel berokkend wordt aan een derde. Bij het nemen van risico's is dit nadeel het uitbetalen van schadevergoeding.

O.i. is elke onzorgvuldige handeling een overtreding van de algemene zorgvuldigheidsnorm, vervat in art. 1382 B.W.. Het feit dat men t.a.v. zijn eigen persoon of goederen onzorgvuldig handelt, verandert daar niets aan. Ook het bestaan van schade is geen voorwaarde voor het aanwezig zijn van een fout. Het is voldoende dat de schade redelijk voorzienbaar is. De schade is natuurlijk wel vereist voor de toepassing van art. 1382 B.W.. Kortom, men is vrij te doen en te laten wat men wil t.a.v. zijn eigen persoon en goederen, in zoverre aan derden geen nadeel berokkend wordt, doch niet omdat dit rechtmatig zou zijn.

Wanneer men de mening toegedaan is dat het slachtoffer t.a.v. de eigen persoon en goederen geen zorgvuldigheidsplicht heeft, moet de onrechtmatigheid wel noodzakelijkerwijze toegeschreven worden aan het bestaan van schade aan derden²⁴. Wanneer men daarentegen meent dat hij die plicht wel heeft, komt men tot een juridisch aanvaardbaar besluit²⁵.

²⁰ H. DE PAGE, *o.c.*, II, nr. 944; H. VANDENBERGHE, *l.c.*, nr. 6; MAZEAUD, *o.c.*, II, nr. 1497.

²¹ R.O. DALCQ, *o.c.*, II, nrs. 2694 en 2697; J.L. FAGNART, *l.c.*, nr. 8947/4B; H. VANDENBERGHE, *l.c.*, 17; VANDENBERGHE e.a., *l.c.*, nr. 38; W. WILMS, *l.c.*, nrs. 4-6.

²² VANDENBERGHE e.a., *l.c.*, nr. 44.

²³ Deze vraag komt ook aan bod in de problematiek van de schadebeperkingsplicht. Zie daarover E. DIRIX, «De schadebeperkingsplicht van de benadeelde», noot onder Rb. Hasselt, 26 februari 1979, *R.W.*, 1979-80, 2921-2929; het is trouwens opvallend hoezeer beide problemen verwant zijn. Bewijs daarvan is het feit dat voorbeelden uit de schadebeperkingsproblematiek gebruikt worden om de risico-aanvaarding nader te verklaren. Zie bv. bij R. ANDRÉ, *l.c.*, nr. 4/2; W. WILMS, *l.c.*, nr. 9.

²⁴ Bv. R. SAVATIER, *o.c.*, I, nr. 192bis.

²⁵ «Ne pas veiller à sa propre santé est une négligence que ne commettrait pas un bon père de famille» (J.L. FAGNART, overzicht, I, *l.c.*, nr. 50, nogmaals i.v.m. schadebeperking). Het bestaan van een zorgvuldigheidsplicht t.a.v. eigen persoon en goederen wordt eveneens aanvaard door P. ESMEIN, «L'influence

9. Als toepassing van de niet-naleving van de algemene zorgvuldigheidsnorm kan men vermelden het meerijden met een kennelijk dronken bestuurder, het meerijden in een voertuig waarvan de gebreken bekend zijn of dat overladen is²⁶, het meerijden zonder veiligheidsgordel of helm toen dit nog niet wettelijk verplicht was enz.²⁷.

Ook in de sport is het nemen van risico's soms onrechtmatig. Dat is nl. het geval wanneer men aan een gevaarlijke sport deelneemt zonder goed voorbereid te zijn, of wanneer men als toeschouwer op een gevaarlijke plaats vertoeft²⁸.

Naast verkeer en sport zijn er uiteraard vele andere gebieden waar risico's genomen worden en waar dit bijgevolg op een foutieve wijze kan gebeuren²⁹.

Het is vanzelfsprekend dat er geen identieke gevallen bestaan en dat bv. het meerijden bij slecht weer nu eens als een normaal risico, dan weer als een abnormaal risico door de rechter zal worden beschouwd, naar gelang van de feitelijke omstandigheden. Het is ook vanzelfsprekend dat het onrechtmatig karakter van een risico bepaald is naar tijd en ruimte³⁰.

10. Het nemen van risico's kan dus op een foutieve wijze gebeuren. Nu zijn er twee mogelijkheden: ofwel hebben én de dader én het slachtoffer onrechtmatig gehandeld, ofwel heeft alleen het slachtoffer onrechtmatig gehandeld. In het tweede geval is de vraag naar de invloed van de risico-aanvaarding op de vordering ex art. 1382 B.W. irrelevant, omdat het slachtoffer toch geen vordering heeft. Het slachtoffer zal de gehele schade zelf moeten dragen³¹.

de l'acceptation des risques par la victime éventuelle d'un accident», *R.T.D.C.*, 1938, 400; J. HONORAT, *o.c.*, nrs. 10 en 24; MAZEAUD, *o.c.*, II, nr. 1467-2.

²⁶ Hof Brussel, 1 februari 1969, *De Verz.*, 1969, 847, noot S.; Corr. Luik, 6 februari 1932, *R.G.A.R.*, 1932, nr. 1355.

²⁷ Zie de rechtspraak geciteerd door R. ANDRÉ, *l.c.*, nrs. 4/I e.v.; R.O. DALCQ, *o.c.*, II, nr. 2693; J.L. FAGNART, overzicht 1, *l.c.*, nr. 51; dezelfde, «Chronique de jurisprudence (1968-75), La responsabilité civile», *J.T.*, 569-633, nr. 28 (hierna: overzicht 2); R.B., noot onder Hof Luik, 6 december 1979, *De Verz.*, 1980, 187; VANDENBERGHE e.a., *l.c.*, nrs. 37 e.v.; W. WILMS, *l.c.*, nrs. 1-6; MAZEAUD, *o.c.*, II, nr. 1498.

²⁸ Voor het eerste zie men Hof Luik, 1 december 1977, *De Verz.*, 1977, 849; Rb. Luik, 1 maart 1976, *De Verz.*, 1977, 845 (a contrario); Rb. Charleroi, 29 oktober 1929, *R.G.A.R.*, 1930, nr. 613; zie ook R.O. DALCQ, *o.c.*, I, nr. 541; voor het tweede zie men Hof Luik, 18 mei 1954, *Jur. Liège*, 1954-55, 43; Hof Luik, 6 maart 1954, *Jur. Liège*, 1953-54, 250; Hof Luik, 29 juni 1955, *R.G.A.R.*, 1955, nr. 5630; Hof Brussel, 3 mei 1963, *J.T.*, 1964, 60; Hof Luik, 21 mei 1963, *Jur. Liège*, 1963-64, 65; Hof Gent, 1 oktober 1971, *R.W.*, 1974-75, 1316, noot; Hof Luik, 31 januari 1979, *Jur. Liège*; 1979, 255; Rb. Dendermonde, 9 maart 1955, *De Verz.*, 1955, 576; Rb. Antwerpen, 22 februari 1973, *R.G.A.R.*, 1974, nr. 9192; Vred. Borgloon, 26 juni 1975, *Limb. Rechtsl.*, 1975, 158, noot J. SMEETS.

²⁹ Zie bv. Hof Antwerpen, 25 februari 1976, *R.W.*, 1976-77, 297; Hof Antwerpen, 10 juni 1980, *R.W.*, 1980-81, 1139; beide m.b.t. aannemingswerken.

³⁰ J. HONORAT, *o.c.*, nr. 24; MAZEAUD, *o.c.*, II, nr. 1498.

³¹ Krachtens het beginsel dat het slachtoffer de schade zelf moet dragen zolang niet bewezen is dat de schade aan andermans fout te wijten is (D. SIMOENS, «Burgerlijke aansprakelijkheid, verzekering en sociale zekerheid als stelsels tot schadevergoeding», *Jura Falc.*, 1973-74, 507-528, nr. 1; W. VAN GERVEN, «De

In het eerste geval daarentegen is de vraag relevant. Nu moet erop gewezen worden dat het aanwezig zijn van twee fouten op zichzelf niet leidt tot wederzijdse aansprakelijkheid. Voor de toepassing van art. 1382 B.W. is, naast schade (waarvan het bestaan verondersteld wordt) een fout, ook een oorzakelijk verband tussen beide vereist.

Dat betekent dat er bij samenloop van fouten drie mogelijkheden bestaan: de schade kan veroorzaakt zijn door beide fouten, of door de fout van de dader, resp. het slachtoffer, alleen.

Eerst nog dit: de fout van het slachtoffer heft geenszins het onrechtmatig karakter van de gevaarscheppende daad op. Bijgevolg kan de fout van het slachtoffer de aansprakelijkheid van de dader slechts beperken of uitsluiten³².

11. De aansprakelijkheid van de dader wordt uitgesloten of vervalt, wanneer enkel de fout van het slachtoffer de schade veroorzaakt heeft³³. Zo kan de schade enkel veroorzaakt worden door het foutief nemen van het risico: wie zelfmoord wil plegen door zich onder een auto te werpen, begaat een — weliswaar opzettelijke — fout. Als ook de bestuurder van die auto een fout beging, omdat hij te hard reed, zal hij nochtans niet aansprakelijk gesteld worden omdat zijn fout de schade niet veroorzaakt heeft. Immers, de schade zou zich ook hebben voorgedaan indien de bestuurder minder hard gereden had³⁴.

De feitenrechter oordeelt op onaantastbare wijze of de schade enkel door de fout van het slachtoffer is veroorzaakt. Om echter aan de controle van het Hof van Cassatie te ontsnappen, moet hij in zijn beslissing hebben aangevoerd dat, zonder de fout van de dader, de schade zich toch zou hebben voorgedaan. Wanneer hij dit kan aantonen, is er uitsluiting van aansprakelijkheid³⁵.

Deze beginselen gelden eveneens bij risico-aanvaarding als fout van het slachtoffer. De Page drukt het voortreffelijk uit:

«Tout le problème revient à déterminer quelle est l'influence du fait de la victime dans la réalisation du dommage...

«Il suffit alors de rechercher si, réellement, l'intervention téméraire ou audacieuse, voulue et acceptée (comme) telle, a été la cause unique et exclusive du dommage (disparition de la responsabilité), ou si, indépendamment d'une acceptation de risques déterminés et limités, une faute ne doit pas être relevée à charge du défendeur.

«Le juge appréciera alors si la responsabilité doit être totale ou partagée, en raison du fait ou de l'imprudence de la victime³⁶».

invloed van de verzekering op het verbintenissenrecht», *R.W.*, 1962-63, 777-792, nr. 2; zie ook C.A. STREEFKERK, «Risico-aanvaarding», *W.P.N.R.*, 1980, 121-126, 137-143, 169-172, 138 en gecit. rechtspraak en rechtsleer).

³² Dit wordt voor alle duidelijkheid geponeerd omdat door sommige auteurs gesteld wordt dat de toestemming van het slachtoffer zulk een werking wel heeft (zie infra nrs. 17 e.v.).

³³ H. DE PAGE, *o.c.*, II, nr. 958; R. DEKKERS, *Handboek Burgerlijk Recht*, II, Antwerpen, Bruylant, 1971, 1019p., nr. 291.

³⁴ Zie ook het voorbeeld gegeven door STREEFKERK (*l.c.*, nr. 4, 124) i.v.m. een onopzettelijke fout.

³⁵ M. VAN QUICKENBORNE, «Enige aspecten van de causaliteitsproblematiek», in *Onrechtmatige Daad, o.c.*, 159-177.

³⁶ *O.c.*, II, nr. 1045.

De uitsluiting of het verval van de aansprakelijkheid van de dader wegens risico-aanvaarding als fout van het slachtoffer tracht men ook anders te verklaren. Maar deze verklaringen kunnen meestal herleid worden tot de hierboven gegeven verklaring, nl. het gebrek aan oorzakelijk verband tussen de fout van de dader en de schade³⁷.

12. Nu hebben de feitenrechters heel vaak de neiging het ongeval te wijten aan de fout van slechts één van de betrokken personen, wanneer de fout van de andere betrokkene relatief licht is³⁸.

Zo hebben de feitenrechters beslist dat het risiconemend slachtoffer heel zijn schade zelf moest dragen³⁹. Het ging meestal om een geval van meerijden met een dronken bestuurder. Telkens was de reden duidelijk: de fout van het slachtoffer was zó zwaar, dat het onbillijk zou zijn hem enige schadevergoeding toe te kennen.

De rechters verwarren dus wanverhouding tussen de fouten en gebrek aan oorzakelijk verband⁴⁰. Immers, behoudens in één geval⁴¹, kan het bestaan van een oorzakelijk verband tussen de oorspronkelijke fout (fout van de dronken bestuurder) en de schade, moeilijk ontkend worden.

Bijgevolg kan de rechter onmogelijk, zonder miskenning van de beginselen die de verdeling van de aansprakelijkheid bij samenloop van fouten beheersen, de volledige schade van het slachtoffer ten laste van deze laatste leggen⁴².

Om die moeilijkheid te ontwijken heeft de rechter soms een beroep gedaan op het begrip risico-aanvaarding. Een mooi voorbeeld daarvan is het vonnis van de Correctie-rechtbank te Luik van 3 juni 1969: «Attendu en effet que le passager Cornet ... a commis une faute extrêmement grave en acceptant de prendre place dans le véhicule conduit par le prévenu, en état d'ivresse et ce en pleine

connaissance de cause; qu'il a ainsi accepté un risque pour lequel aucune indemnisation ne peut être accordée; ...⁴³.

Deze billijkheidsoplossingen zijn bij de auteurs niet in goede aarde gevallen⁴⁴.

Meteen is het nadeel van de risico-aanvaarding als fout van het slachtoffer duidelijk: de dader zal zelden vrijuit kunnen gaan, ook al is dit billijk.

13. Wanneer, quod plerumque fit, de schade door beide fouten veroorzaakt is, moet de rechter ieders aansprakelijkheid vaststellen. Hier zal de fout van het slachtoffer de aansprakelijkheid van de dader beperken. Hoe zal de rechter de aansprakelijkheid verdelen?

De equivalentieleer vindt geen toepassing in geval van fout van het slachtoffer⁴⁵. De aansprakelijkheid wordt verdeeld «volgens een precies juridisch criterium, dat van de verdeling van de schade tussen degenen die voor het ongeval aansprakelijk zijn, naar verhouding van de invloed welke de fout van elkeen van hen op het tot stand komen van het ongeval heeft gehad»⁴⁶. De aansprakelijkheid voor de aan het slachtoffer berokkende schade wordt dus verdeeld in evenredigheid met het aandeel van ieders fout in de schade⁴⁷.

Volgens Dalcq wordt dit ook bedoeld wanneer geschreven staat dat de aansprakelijkheid verdeeld wordt in evenredigheid met de omvang van de schuld, wat natuurlijk niet hetzelfde is⁴⁸. De aard van het oorzakelijk verband tussen de fout en de schade speelt geen rol.

Gevallen van risico-aanvaarding zoals meerijden met een dronken bestuurder, worden immers gekenmerkt door het feit dat de fout van de passagier niets te maken heeft met de fout van de bestuurder die het ongeval veroorzaakte.

«Dans l'appréciation des causes du dommage subi par le passager, l'imprudence de ce dernier (meerijden met dronken bestuurder) se situe sur un autre plan que l'ivresse du prévenu. Elle est sans lien avec l'accident, mais se relie directement au dommage. L'ivresse d'autre

³⁷ Zie o.m. R. ANDRÉ, *l.c.*, nr. 4/3; R.O. DALCQ, *o.c.*, II, nr. 2699; H. DE PAGE, *o.c.*, II, nr. 945; J. HONORAT, *o.c.*, nrs. 33 e.v.; MAZEAUD, *o.c.*, II, nrs. 1495 e.v.; R. SAVATIER, *o.c.*, I, nr. 485; A.R. BLOEMBERGEN, «Medeschuld en eigen schuld», in *Onrechtmatige Daad*, I, I-J, Deventer, Kluwer, 1981, nr. 376; L.E.H. RUTTEN, *Verbindenissenrecht*, III, in Asser-Serie, Zwolle, Tjeenk Willink, 1979, 263 p., 113; C.A. STREEFKERK, *l.c.*, 124; A.J.O. VAN WASSENAER, *o.c.*, 205.

³⁸ M. VAN QUICKENBORNE, *l.c.*, 166.

³⁹ Hof Bergen, 27 mei 1975, *R.G.A.R.*, 1975, nr. 9608, noot M. BERTRAND; Hof Luik, 6 december 1979, *De Verz.*, 1980, 187, noot R.B.; Corr. Antwerpen, 28 augustus 1966, gecit. onder Hof Brussel, 7 januari 1967, *R.W.*, 1966-67, 1614; Corr. Charleroi, 28 november 1966, *De Verz.*, 1967, 1127, noot R.P.; Corr. Luik, 3 juni 1969, *R.G.A.R.*, 1972, nr. 8930, noot J.F., bevestigd door Hof Luik, 14 oktober 1969, gecit. door R. ANDRÉ, *l.c.*, nr. 4/6, nr. 15; Corr. Gent, 15 december 1972, gecit. onder en gewijzigd door Hof Gent, 24 januari 1973, *R.G.A.R.*, 1973, nr. 9027; zie verder VANDENBERGHE e.a., *l.c.*, nr. 41; AUBRY en RAU, *Droit civil français*, VI, Parijs, Libr. Tech., 1975, 761 p., nr. 365, noot 82; J. HONORAT, *o.c.*, nrs. 14 en 31.

⁴⁰ Volgens VANDENBERGHE e.a. (*l.c.*, nr. 41, 1191) zou de rechter ook het bestaan van een toestemming van het slachtoffer kunnen hebben aangenomen.

⁴¹ Hof Bergen, 27 mei 1975, *R.G.A.R.*, 1976, nr. 9608; noot M. BERTRAND.

⁴² J.L. FAGNART, *l.c.*, nr. 8947/4B; J.F., noot onder Corr. Luik, 3 juni 1969, *R.G.A.R.*, 1972, nr. 8972.

⁴³ Corr. Luik, 3 juni 1969, *R.G.A.R.*, 1972, nr. 8930, noot J.F.; een mooi voorbeeld van het gebruik van het begrip risico-aanvaarding als «dooddoener» (VANDENBERGHE e.a., *l.c.*, nr. 38, 1187).

⁴⁴ Zie supra, voetnoot 42; contra: R.P., noot onder Corr. Charleroi, 28 november 1966, *De Verz.*, 1967, 1127, en de verwijzingen naar vroegere noten.

⁴⁵ Cass., 11 februari 1964, *Pas.*, I, 1964, 624; R. DEKKERS, *o.c.*, II, nr. 234; H. DE PAGE, *o.c.*, II, nr. 958, 964; MAZEAUD, *o.c.*, II, nr. 1506; L.E.H. RUTTEN, *o.c.*, 113.

⁴⁶ Cass., 25 april 1963, *Pas.*, I, 1963, 902; in dit arrest werd het ongeval zelf door een fout van beide betrokkenen veroorzaakt; bij risico-aanvaarding wordt enkel de schade van de kosteloze passagier door de beide fouten veroorzaakt.

⁴⁷ Voor een mooi voorbeeld van verdeling van aansprakelijkheid bij risico-aanvaarding: Hof Brussel, 22 december 1964, *J.T.*, 1965, 298, noot R.O. DALCQ; voor het beginsel: R.O. DALCQ, *o.c.*, II, nrs. 2703 e.v.; R. DEKKERS, *o.c.*, II, nrs. 234 en 291; H. DE PAGE, *o.c.*, II, nrs. 958 en 964; J.L. FAGNART, *l.c.*, nr. 8947/4B; J. HONORAT, *o.c.*, nr. 32; MAZEAUD, *o.c.*, II, nrs. 1495 e.v. en 1510 e.v.; A.R. BLOEMBERGEN, *l.c.*, nrs. 370 e.v.; L.E.H. RUTTEN, *o.c.*, 110 e.v.

⁴⁸ *O.c.*, II, nr. 2704.

part, est cause des erreurs de conduite, causes à leur tour de l'accident, cause du dommage⁴⁹».

14. Als besluit dient te worden gezegd dat risico-aanvaarding dikwijls neerkomt op een fout van het slachtoffer. Bijgevolg zijn alle desbetreffende beginselen van toepassing. Dit besluit kan gestaafd worden door het feit dat de rechters in analoge gevallen nu eens spreken van «foutief nemen van risico» en «fout» zonder meer, dan weer van «risico-aanvaarding». Een ander bewijs is het feit dat «fout van het slachtoffer» en «risico-aanvaarding» in het vonnis of arrest naast elkaar vermeld worden.

Dikwijls is er ook alleen maar sprake van risico-aanvaarding omdat de rechter aldus het middel van de eisende partij beantwoordt⁵⁰.

Telkens wanneer risico-aanvaarding niets anders is dan een fout van het slachtoffer, is het beroep op de term «risico-aanvaarding» dubbelzinnig en overbodig. Dubbelzinnig, omdat de indruk wordt gewekt dat het om een afzonderlijke rechtvaardigingsgrond gaat. Overbodig, omdat niet het nemen of aanvaarden van risico de aansprakelijkheid beperkt of uitsluit, maar wel het onrechtmatig karakter ervan. M.a.w. het begrip risico-aanvaarding brengt niets anders bij dan verwarring.

Het volgend besluit wordt nagenoeg unaniem door de Belgische rechtsleer gedeeld⁵¹: in het Belgisch positief recht heeft de risico-aanvaarding slechts enig juridisch gevolg, in zoverre de risico-aanvaarding tevens een fout van het slachtoffer uitmaakt. Daar de term in dat geval juist overbodig is, pleiten de Belgische auteurs zonder meer voor een schrapping van dit begrip uit het juridisch vocabularium.

⁴⁹ J.F., noot onder Corr. Luik, 3 juni 1969, *R.G.A.R.*, 1972, nr. 8930; zie ook R. ANDRÉ, *l.c.*, nr. 4/1; ook in dit opzicht is er een duidelijke verwantschap te merken met de schadebeperkingsplicht waar beide fouten ook niets met elkaar te maken hebben, tenzij dat de eerste de tweede mogelijk maakt; de fout van het slachtoffer (meerijden met dronken bestuurder, niet-aangespen van de veiligheidsgordel, enz.) is enkel oorzaak van de schade van het slachtoffer, maar niet van het ongeval en dus van de schade van de schadeverwekker; toch heeft de rechter in enkele gevallen de medeaansprakelijkheid van de passagier voor het ongeval zelf aangenomen; deze gevallen worden uitvoerig besproken door VANDENBERGHE e.a. (*l.c.*, nr. 47); men kan zich over het uitzonderlijk karakter van deze medeaansprakelijkheid wel vragen stellen: is het niet beletten dat een dronken bestuurder wegrijdt geen fout? Zie ook het wettelijk verbod om kennelijk dronken personen nog verder te bedienen in drankgelegenheden.

⁵⁰ J. HONORAT, *o.c.*, nr. 29; zie bv. Rb. Leuven, 9 februari 1979, *R.W.*, 1979-80, 1551, noot; Rb. Bergen, 19 juni 1979, *R.G.A.R.*, 1980, nr. 10258.

⁵¹ R.O. DALCQ, *o.c.*, I, nrs. 507, 523, 529, en II, nrs. 2695, 2697; dezelfde, «Examen de jurisprudence (1963-67), la responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle», *R.C.J.B.*, 1968, 193-251, 329-386, nr. 13; dezelfde, «Examen de jurisprudence (1968-70), la responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle», *R.C.J.B.*, 1973, 627-680, 1974, 249-319, nr. 19 (hierna: overzicht 1 en 2); dezelfde, noot onder Hof Brussel, 22 december 1964, *J.T.*, 1965, 298; J.L. FAGNART, *l.c.*, nr. 8947/4B; dezelfde, overzicht 1, *l.c.*, nr. 51; dezelfde, overzicht 2, *l.c.*, nr. 28; R. PIRSON, noot onder Corr. Doornik, 28 maart 1963, *De Verz.*, 1965, III; R.B., noot onder Hof Luik, 6 december 1979, *De Verz.*, 1980, 187; H. VANDENBERGHE, *l.c.*, 17; VANDENBERGHE e.a., *l.c.*, nr. 44, 1194.

Ook volgens de Franse rechtsleer en rechtspraak heeft de risico-aanvaarding in de schuldaansprakelijkheid slechts enige juridische betekenis als deze risico-aanvaarding een fout van het slachtoffer uitmaakt⁵². Maar in enkele gevallen, zoals medische ingrepen en sportwedstrijden, wordt de risico-aanvaarding op een andere grondslag gebaseerd.

In Nederland daarentegen heeft deze stelling minder aanhangers. Slechts enkele auteurs beschouwen risico-aanvaarding als een species van eigen schuld⁵³. Voor de meesten is risico-aanvaarding een vorm van toestemming⁵⁴.

II. Risico-aanvaarding als daad van het slachtoffer

15. Er werd tot hiertoe steeds over «fout van het slachtoffer» gesproken. Men mag echter niet uit het oog verliezen dat die fout van het slachtoffer slechts een onderdeel is van de rechtvaardigingsgrond «daad van het slachtoffer»⁵⁵.

Bijgevolg moet men zich afvragen of de risico-aanvaarding ook als niet-foutieve daad van het slachtoffer, rechtvaardigend kan werken. De reden daarvan zou kunnen zijn dat de aan het slachtoffer toegebrachte schade dan niet veroorzaakt wordt door de oorspronkelijke fout, maar wel door de tussenkomende daad van het slachtoffer.

Een voorbeeld dat dikwijls wordt aangehaald om het probleem te illustreren, is dat van de getuige van Jehovah die bij een ongeval gewond wordt en om religieuze redenen weigert een bloedtransfusie te ondergaan. Ten gevolge van die weigering sterft hij⁵⁶.

De reden waarom het slachtoffer of zijn erfgenamen een deel van de schade zelf zullen moeten dragen, is gewoon het feit dat een deel van de door hem opgelopen schade niet te wijten is aan de oorspronkelijke fout (nl. de fout die het ongeval heeft veroorzaakt). Het overlijden is niet veroorzaakt door het ongeval, want het oorzakelijk verband tussen ongeval en overlijden werd verbroken door de daad van het slachtoffer, nl. de weigering een bloedtransfusie te ondergaan. Het gaat dus om een probleem van oorzaakelijkheid. «Le fait non fautif de la victime ... peut rompre à

⁵² AUBRY en RAU, *o.c.*, VI, nr. 365, voetnoot 82; A. COLIN en H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, II, Parijs, Dalloz; 1959, 1006p., nr. 1132; P. ESMEIN, «De l'influence de l'acceptation des risques par la victime éventuelle d'un accident», *R.T.D.C.*, 1938, 400; H. LALOU en P. HAZARD, *o.c.*, nr. 347; G. MARTY en P. RAYNAUD, *Droit civil*, II, Parijs, Sirey, 1962, 927p., nr. 502; MAZEAUD, *o.c.*, II, nrs. 1495, 1497 en 1500; R. SAVATIER, *o.c.*, I, nr. 483; G. DURRY, «Jurisprudence en matière de droit civil», *R.T.D.C.*, 1967, 162; J. HONORAT, *o.c.*, nr. 184; Ph. LE TOURNEAU, *o.c.*, nrs. 660 e.v..

⁵³ H.R., 16 maart 1973, *N.J.*, 1973, nr. 407; C.J.H. BRUNNER, boekbespreking, *R.M. Themis*, 1975, 350-354, 351, (doch in de meest ruime zin); A.J.O. VAN WASSENAER, *o.c.*, 205. Zie ook L. DOMMERING-VAN RONGEN, «Produktaansprakelijkheid in discussie», *N.J.B.*, 1977, 641-651; L.H.M. JANSSEN, «Omstandigheden die de onrechtmatigheid wegnemen», in *Onrechtmatige Daad*, I-E, Deventer, Kluwer, 1980, nr. 217; L.E.H. RUTTEN, *o.c.*, 114; C.A. STREEFKERK, *l.c.*, nr. 4, 123.

⁵⁴ Zie *infra*, nr. 18.

⁵⁵ R. DEKKERS, *o.c.*, II, nr. 290; H. DE PAGE, *o.c.*, II, nr. 1035.

⁵⁶ Zie *supra*, voetnoot 23.

lui seul totalement ou partiellement la relation causale⁵⁷.

Inderdaad, ook De Page stelt het probleem op het vlak van de oorzakelijkheid, ongeacht of de daad van het slachtoffer al dan niet foutief is⁵⁸. André is de enige auteur die uitdrukkelijk stelt dat risico-aanvaarding in de eerste plaats een daad van het slachtoffer is⁵⁹. Deze daad kan tevens een fout uitmaken. Het nemen van een risico door het slachtoffer kan foutief zijn, maar dat hoeft niet, want ook de niet-foutieve daad van het slachtoffer kan het oorzakelijk verband tussen de oorspronkelijke fout en de schade verbreken.

De stelling dat risico-aanvaarding gelijk staat met «daad van het slachtoffer» vindt echter geen steun in de rechtspraak. André geeft trouwens zelf geen voorbeelden om zijn stelling te illustreren, behoudens het arrest van het Hof te Brussel van 22 december 1964⁶⁰. Ook De Page geeft geen toepassingen van de daad van het slachtoffer als rechtvaardigingsgrond⁶¹. Volgens Dalcq en Durry⁶² is er steeds een niet-foutieve daad van het slachtoffer die de schade medeveroorzaakt: wie door rood licht rijdt zou dan kunnen beweren dat de overreden voetganger een deel van de schade zelf moet dragen, omdat het oversteken van de straat een *conditio-sine-qua-non* van het ongeval is⁶³.

Door de toepassing van de equivalentietheorie is het, aldus Dalcq, ook in rechte onaanvaardbaar dat de niet-foutieve daad van het slachtoffer rechtvaardigend zou werken. Op de vraag of dit ook zou gelden bij toepassing van de adequatietheorie, zegt Dalcq het volgende: «On pourrait considérer que l'événement qui n'est pas la cause génératrice ou adéquate du dommage, n'en est pas la cause au sens de l'article 1382 du Code civil et décider dès lors que la victime, dont le fait non fautif a été la cause génératrice du préjudice dont elle réclame réparation, ne dispose d'aucun recours contre celui qui a commis une faute qui tout en étant une condition de la réalisation du dommage n'en a pas été la cause génératrice. Mais ce serait à la fois pousser la théorie de la cause adéquate dans

ses derniers retranchements et forcer l'interprétation de l'article 1382 du Code civil».

Aangezien de loutere daad van het slachtoffer geen rechtvaardigingsgrond kan uitmaken, meent Durry dat de gedraging van het slachtoffer ten minste een abnormaal karakter moet vertonen⁶⁴.

Maar wat is het nemen van een abnormaal risico anders dan een fout?

III. Risico-aanvaarding als toestemming van het slachtoffer

16. Het «foutief nemen van risico's» is als rechtsgrond voor risico-aanvaarding niet algemeen bruikbaar. Denken we maar aan risico-aanvaarding in de sport: wie aan een sportwedstrijd deelneemt, wordt geacht de risico's die eraan verbonden zijn te hebben aanvaard. Er is sprake van risico-aanvaarding terwijl een fout van de spelers niet aanwezig is.

Bovendien is gebleken dat het zelden mogelijk was — zonder miskenning van de beginselen die de verdeling van de aansprakelijkheid tussen dader en slachtoffer beheersen — het slachtoffer, op grond van risico-aanvaarding als fout van het slachtoffer, volledig aansprakelijk te stellen voor de door hem opgelopen schade, ook al was dit billijk.

Om die reden is de risico-aanvaarding als «toestemming» een aantrekkelijke oplossing. In dat geval geeft het slachtoffer toestemming aan de dader om een eventueel schadeverwekkende daad te stellen. Zo geeft de patiënt toestemming aan de chirurg en aanvaardt hij de risico's die met een ingreep gepaard gaan. Zo zou een passagier toestemming geven aan een bestuurder om uiterst snel te rijden, enz..

17. Toestemming van het slachtoffer mag niet verward worden met het bevrijdingsgeding⁶⁵. Bij toestemming wordt het jegens het slachtoffer onrechtmatig karakter van de schadeverwekkende handeling weggenomen, opgeheven. Daaruit volgt dat er geen fout en geen aansprakelijkheid is. Daarom spreekt men soms van indirecte aansprakelijkheidsafwending⁶⁶. M.a.w., de toestemming beïnvloedt de schadeverwekkende handeling zelf⁶⁷. Bij het bevrijdingsbeding daarentegen wordt die handeling onaangeroerd gelaten. De handeling is en blijft onrechtmatig. Alleen de aansprakelijkheid die eruit voortvloeit, wordt door een overeenkomst beperkt of uitgesloten⁶⁸.

18. Een eerste vraag is dan of de toestemming van het slachtoffer een onrechtmatige daad rechtmatig kan maken. Wie bepaalt wat rechtmatig en wat onrechtmatig is?

⁶⁴ Zie supra, voetnoot 62.

⁶⁵ Zie o.m. C.P. AUBEL, *En passant de tweede hand*, Deventer, Kluwer, 1972, 75p., 15.

⁶⁶ S.C.J.J. KORTMANN, o.c., II.

⁶⁷ «... le cas où le consentement de la victime, son acceptation des risques influe sur l'appréciation du fait générateur de la responsabilité, par exemple en faisant disparaître son caractère coupable ou fautif» (MARTY en RAYNAUD, o.c., nr. 502). In dezelfde zin R. RODIERE, «Responsabilité du fait personnel», in *Enc.Dalloz, Dr. civ.*, VI, v° «Responsabilité du fait personnel», 1975, 34p., nrs. 108 en 116; R. SAVATIER, o.c., I, nr. 191 in fine.

⁶⁸ Een tweede verschil is het feit dat de toestemming een eenzijdige rechtshandeling is, terwijl het bevrijdingsbeding het bestaan van een overeenkomst veronderstelt.

⁵⁷ R. ANDRÉ, l.c., nr. 4/I, verso. Cf. de problematiek van de onderbreking van het oorzakelijk verband door een juridische oorzaak: Cass., 28 april 1978, R.W., 1978-79, 1695, concl. adv.-gen. F. DUMON, en R.C.J.B., 1979, 261, noot A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS; Cass., 7 maart 1979, R.W., 1978-79, 2663; Cass., 13 februari 1980, R.W., 1981-82, 23; VANDENBERGHE e.a., l.c., nrs. 228 en 229; M. VAN QUICKENBORNE, «De onderbreking van het oorzakelijk verband door een juridische oorzaak», R.W., 1979-80, 1329-1374.

⁵⁸ Zie citaten supra, nr. 11. Ook DEKKERS (o.c., II, nr. 290) neemt aan dat risico-aanvaarding best op de niet-foutieve daad van het slachtoffer kan steunen: waarom zou hij anders onder «daad van slachtoffer» achtereenvolgens vermelden «fout van het slachtoffer» en «risico-aanvaarding»?

⁵⁹ Zie supra, voetnoot 57.

⁶⁰ J.T., 1965, 298, noot R.O. DALCQ; gecit. door R. ANDRÉ, l.c., nr. 4/8, nr. 17; in de noot stelt DALCQ dat men uit de verdeling van de aansprakelijkheid m.b.t. de schade van het slachtoffer kan afleiden dat het slachtoffer een fout heeft begaan. ANDRÉ daarentegen wijst erop dat er in het arrest nergens sprake is van een fout van het slachtoffer.

⁶¹ O.c., II, nr. 1037.

⁶² R.O. DALCQ, o.c., II, nr. 2669; G. DURRY, «Jurisprudence en matière de droit civil», R.T.D.C., 1967, 153-183, nr. 10; in dezelfde zin J.L. FAGNART, overzicht, 2, l.c., nr. 27; VANDENBERGHE e.a., l.c., nr. 207; MAZEAUD, o.c., II, nrs. 1465 e.v..

⁶³ Zie supra, voetnoot 62.

De Belgische rechtsleer is van mening dat de toestemming van het slachtoffer geen onrechtmatigheidsopheffende werking heeft⁶⁹. De naleving van de zorgvuldigheidsnorm is een verplichting die niet door de toestemming van het slachtoffer wordt opgeheven. «Ce qui est une imprudence vis-à-vis d'une personne quelconque demeure une imprudence vis-à-vis de celui qui consent à sa réalisation. Nous avons le devoir de nous montrer prudents même à l'égard de ceux qui nous sollicitent de ne pas l'être»⁷⁰. De reden daarvan is dat niet één persoon of een overeenkomst tussen personen bepaalt wat al dan niet behoorlijk is, doch wel de maatschappelijke overtuiging. «La faute est une qualification qui résulte de l'opinion commune, et non de l'opinion de la victime; celle-ci ne peut donc pas la modifier explicitement»⁷¹.

Uiteraard kunnen de partijen overeenkomen dat de aansprakelijkheid die uit de onrechtmatige daad voortvloeit, beperkt of uitgesloten zal worden. Dit heeft echter niets met onrechtmatigheidsopheffende toestemming te maken.

In de Belgische rechtsleer en rechtspraak kan er bijgevolg geen sprake zijn van toestemming als grondslag van risico-aanvaarding.

19. De toestemming van het slachtoffer kan ook als een *fout* beschouwd worden. Toestemming en *fout* van het slachtoffer zijn helemaal niet onverenigbaar. Het bewijs daarvan is dat vooraanstaande auteurs⁷² zich eerst inlaten met de vraag hoe men de risico-aanvaarding kan onderscheiden van de loutere kennis van het risico. Risico-aanvaarding impliceert dan duidelijk de toestemming van het slachtoffer.

Deze voorstelling van zaken is niettemin verwarrend en overbodig. Immers, volgens dezelfde auteurs heeft de risico-aanvaarding slechts enig juridisch gevolg wanneer het een *fout* uitmaakt, en heeft de toestemming geen onrechtmatigheidsopheffende werking⁷³. Waarom wordt dan niet meteen gesproken over risico-aanvaarding als *fout*, ongeacht het feit dat het om een rechtshandeling of om een rechtsfeit gaat⁷⁴? Deze opmerking toont aan dat er over het rechtskarakter van de risico-aanvaarding verwarring en dubbelzinnigheid bestaat, zelfs bij vooraanstaande auteurs.

20. M.b.t. medische ingrepen⁷⁵ en sportwedstrijden⁷⁶ menen sommige Franse auteurs dat de risico-aanvaarding

op de toestemming van het slachtoffer moet worden gegrond. Anderen menen dat risico-aanvaarding in die gevallen moet worden gegrond op de stilzwijgende overeenkomst die tussen de betrokken partijen gesloten werd⁷⁷.

M.b.t. de toestemming kan het volgende gesteld worden: toestemming als rechtsgrond voor het begrip risico-aanvaarding heeft maar zin als men de onrechtmatigheidsopheffende werking ervan aanneemt. Welnu, medische ingrepen en een deelname aan sportwedstrijden impliceren handelingen die in gewone omstandigheden een aantasting van de lichamelijke integriteit uitmaken. In gewone omstandigheden zou de dader van zulke aantastingen strafrechtelijk en civielrechtelijk aansprakelijk gesteld worden. Bij medische ingrepen en bij sportwedstrijden daarentegen zijn de meeste van die handelingen niet onrechtmatig. Waarom? Omdat het slachtoffer in de schadeverwekkende handeling heeft toegestemd? Nee! Zowel op strafrechtelijk als op civielrechtelijk gebied is de reden de volgende: de wetgever heeft de geneeskunde en de sport erkend en georganiseerd. Daaruit volgt dat alles wat de normale uitoefening van de geneeskunde en van de sport met zich meebrengt, eveneens toegelaten is⁷⁸. Daartoe behoren de aantasting van de lichamelijke integriteit, de overeenkomsten die tussen geneesheer en patiënt gesloten worden, enz..

Niet alle ingrepen of gewelddadige handelingen zijn echter rechtmatig. Geoorloofd zijn alleen die welke passen in de normale uitoefening van de geneeskunde of van de sport. Wie bepaalt dat? De wetgever, de door de wetgever erkende instanties, nl. de orde van de geneesheren of de sportfederaties? Wellicht, maar de wet en de richtlijnen van deze instanties zijn meestal niets anders dan de vertolking van wat (al een hele tijd) onder het volk leeft.

Dat deze maatschappelijke overtuiging bovendien aan plaats en tijd gebonden is, kan gemakkelijk geïllustreerd worden, bv. door de geschiedenis van de bokssport in België⁷⁹, door de evolutie in de rechtspraak m.b.t. het geoorloofd karakter van sommige ingrepen zoals sterilisatie⁸⁰, esthetische chirurgie⁸¹, enz..

⁷⁷ Zie *infra*, nrs. 30 ev..

⁷⁸ M.b.t. het strafrecht zie men C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *Belgisch Strafrecht*, II, Gent, Story, 1976, nrs. 887 e.v.; m.b.t. de strafrechtelijke immuniteit van de medicus zie men P. ARNOU, «De strafrechtelijke immuniteit van de medicus. Grondslag en grenzen», *Jura Falc.*, 1980, 431-436; Hof Brussel, 27 september 1969, *J.T.*, 1969, 635.

M.b.t. de strafrechtelijke aansprakelijkheid in de sport zie men BOLAND, noot onder Corr. Verviers, 3 februari 1951, *J.T.*, 1951, 239; R. CHARLES, «Le sport et le droit pénal», *R.D.P.*, 1952-53, 852-869; J. CONSTANT, «Droit pénal et sports», *R.D.P.*, 1967-68, 277-291; J. HONORAT, «La répression des atteintes à l'intégrité corporelle consécutives à l'exercice des sports», *l.c.*, 208-209.

⁷⁹ R. CHARLES, *l.c.*, 855 e.v. en 862 e.v.; J. DEWEER, *l.c.*, 477 e.v.; L. SILANCE, noot onder H.v.J., 14 juli 1974, *J.T.*, 1977, 290-295, nr. 3; Dowaii, 3 december 1912, *D.*, 1913, 2, 198, noot, en S., 1914, 2, 217, noot Roux; Hof Gent, 8 juli 1927, *Pas.*, 1960, II, 171; Hof Gent, 12 november 1960, *Pas.*, 1960, II, 142.

⁸⁰ Hof Antwerpen, 27 mei 1980, *VI.T.Gez.*, 1981, 38; Rb. Antwerpen, 17 januari 1980, *VI.T.Gez.*, 1981, 34; W. DELVA en R. DIERKENS, «Enkele civielrechtelijke aspecten van contraceptie, sterilisatie en kunstmatige inseminatie», *T.P.R.*, 1974, 473-493; R. GROSEMANS, «Considérations juridiques et déontologiques sur les stérilisations opératoires sur l'homme», *R.D.P.*, 1960-61, 875-

⁶⁹ R.O. DALCQ, *o.c.*, II, nr. 2700; J.L. FAGNART, *l.c.*, nr. 8947/4A; MAZEAUD, *o.c.*, II, nr. 1492; R. RODIÈRE, *l.c.*, nr. 116; L.E.H. RUTTEN, *o.c.*, 115; contra: R. SAVATIER, *o.c.*, I, nr. 190; H. DRION, *l.c.*, 191; S.C.J.J. KORTMANN, *o.c.*, II; G.H.A. SCHUT, *Onrechtmatige Daad*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1979, 144p., 76; A.J.O. VAN WASSENAER, *o.c.*, nr. 9.I, 174.

⁷⁰ DALCQ en MAZEAUD, zie *supra*, voetnoot 69.

⁷¹ W. WILMS, *l.c.*, nr. 9; R. RODIÈRE, *l.c.*, nr. 116.

⁷² R.O. DALCQ, *o.c.*, II, nrs. 2691 e.v.; MAZEAUD, *o.c.*, II, nr. 1486.

⁷³ Zie *supra*, voetnoten 51, 52 en 69.

⁷⁴ In die zin J.L. FAGNART, *l.c.*, nr. 8947/3 en 4, die terecht opmerkt dat de toestemming toch uit het abnormaal, en dus foutief karakter van het aanvaard risico wordt afgeleid.

⁷⁵ P. ESMEIN, *l.c.*, 685.

⁷⁶ J. FOYER, «Sports, chasse et loisirs», in *Juris-Classeur*, Civ., Fasc. XXXIIIa, 1970, 34p., nr. 287; J. HONORAT, *o.c.*, nrs. 46 e.v. en 67 e.v..

In de sport en in de geneeskunde heeft de toestemming geen onrechtmatigheidsopheffende werking. Ofwel is de ingreep of de sport geoorloofd, ofwel is ze ongeoorloofd. In het laatste geval zal de toestemming van het slachtoffer daar niets aan veranderen. In het eerste geval zou men weliswaar kunnen aanvoeren dat, niettegenstaande het geoorloofd karakter van de ingreep of de sport, de toestemming van de patiënt of de speler vereist is. Dit komt echter omdat de meeste medische ingrepen en sportbeoefeningen volgens de maatschappelijke overtuiging onder bepaalde voorwaarden geoorloofd zijn. Een der belangrijkste voorwaarden is de toestemming van de patiënt of speler. De maatschappelijke overtuiging of de wet bepaalt namelijk dat een ingreep of een gewelddadige handeling in de sport geoorloofd is, op voorwaarde dat de patiënt of de speler zijn toestemming gegeven heeft⁸². Kortom, niet het slachtoffer maar de maatschappelijke overtuiging bepaalt welke ingreep of gewelddadige handeling al dan niet geoorloofd is en zo ja, onder welke voorwaarden.

21. De aansprakelijkheid van de geneesheer of chirurg is meestal van contractuele aard en hoeft bijgevolg niet besproken te worden⁸³. Toch maken we van de gelegenheid gebruik om ook hier het aanwenden van het begrip risico-aanvaarding te kritiseren. Een medische ingreep veronderstelt meestal, d.w.z. wanneer de patiënt geldig kan toestemmen, een overeenkomst tussen geneesheer en patiënt. Door deze overeenkomst neemt de geneesheer een verbintenis op zich. Deze verbintenis is een inspanningsverbintenis, d.w.z. dat de geneesheer niet tot een bepaald resultaat, nl. de goede afloop van de ingreep, gehouden is. Hij verbindt zich slechts om al het mogelijke te doen om de ingreep te doen lukken. Inspanningsverbintenis betekent ook dat de geneesheer slechts aansprakelijk is indien het slachtoffer kan bewijzen dat hij een fout begaan heeft. Indien dit bewijs niet geleverd wordt, zal het slachtoffer de schade zelf moeten dragen; m.a.w. het slachtoffer draagt het risico⁸⁴. Risico betekent hier dus «toevallige schade». De term «aanvaarding» past hier dan ook niet, omdat de overeenkomst tussen de geneesheer en de patiënt van die aard is dat de patiënt die schade moet dragen, of hij dat wil of niet. Wanneer het slachtoffer het bewijs van een professionele fout van de geneesheer kan leveren, heeft volgens een unanieme rechtsleer de toestemming of risico-aanvaarding van het slachtoffer geen onrechtmatigheidsopheffende werking. Het slachtoffer «aanvaardt» geenszins de schade die aan een fout van de geneesheer te wijten is.

Men mag dus besluiten dat het begrip «risico-aanvaarding» m.b.t. medische ingrepen volkomen overbodig is en bovendien een verkeerd beeld geeft van de onderliggende juridische structuur.

22. M.b.t. sportwedstrijden wordt ook door sommige Belgische auteurs vereist dat de spelers geldig hebben toegestemd⁸⁵. Maar waarin heeft hij toegestemd? Geeft een speler toestemming aan een tegenpartij om een voor hem schadeverwekkende handeling te verrichten? O.i. geeft een voetballer zulke toestemming niet⁸⁶. En de bokser dan? De bokssport bestaat bijna uitsluitend uit slagen en verwondingen. Wie aan een bokswedstrijd deelneemt zou in die slagen toestemmen, waardoor ze dan onrechtmatig zouden worden⁸⁷.

Boven werd reeds aangetoond dat de rechtmatigheid van schadeverwekkende handelingen in de sport niet toe te schrijven is aan de toestemming van het slachtoffer. Daarenboven aanvaardt het slachtoffer ook in de bokssport geen zekere schade, hij wil de schade niet. Hij wil de schade juist ontwijken. Trouwens, de oorspronkelijke bedoeling van de bokssport is niet zozeer het toebrengen van slagen aan te leren, dan wel aan te leren hoe men de slagen van de tegenstrever moet ontwijken.

De speler aanvaardt dus alleen maar de kans op schade⁸⁸. Wie aan een gevaarlijke sport deelneemt, weet of hoort te weten dat er een gevaar bestaat schade te lijden, en dat hij daarvoor waarschijnlijk geen schadevergoeding zal kunnen eisen. Zoals de patiënt, weet hij dat hij het risico draagt. Maar dat is geen uitzonderlijk beginsel, eigen aan de medische en sportwereld. Iedere deelnemer aan het maatschappelijk verkeer weet immers dat hij het risico draagt, dat hij slechts zal vergoed worden, mits hij het bewijs van een fout levert.

Maar in de sport en bij medische ingrepen is die kans op toevallige schade groter dan normaal. Daarom wordt in beide gevallen de nadruk gelegd op het vereiste van toestemming. Dit heeft echter niets meer te maken met de onrechtmatigheidsopheffende toestemming.

Kortom, de toestemming in de sport is een toestemming om zich te begeven in een situatie met een verhoogde risico-graad, een situatie met een hogere gevaarsdrempel⁸⁹. Tevens impliceert dit de erkenning dat de zorgvuldigheidsplicht van de deelnemers tegenover elkaar, beperkt is.

23. Toestemming als rechtsgrond voor risico-aanvaarding zou ook betekenen dat minderjarigen geen risico kunnen aanvaarden⁹⁰. In de sport wordt de toestemming door de ouders van het kind gegeven, maar bij kinderspelletjes is dat niet het geval en toch zal het kind geen vergoeding kunnen eisen als de schade tot de normale risico's van het spel behoort⁹¹.

24. Is toestemming van het slachtoffer geen grondslag voor risico-aanvaarding buiten de reeds behandelde gebieden, nl. in verkeerszaken?

⁹¹ Over risico-aanvaarding bij kinderspelletjes zie men R. ANDRÉ, *l.c.*, nr. 4/7, nr. 18; P.J. SANDBERG, *l.c.*, 1139; «Nederlandse Vereniging van Algemene Aansprakelijkheidsverzekeraars, Richtlijnen: risico-aanvaarding en verwante begrippen bij de toepassing in geval van AVP-schade», *N.J.B.*, 1981, 128-130; C.A. STREEFKERK, *l.c.*, nr. 12.

898; M. Th. MEULDERS-KLEIN, «Considérations juridiques sur la stérilisation chirurgicale», *Ann.dr.*, 1967, 3-54.

⁸¹ P. ESMEIN, *l.c.*, 686-687; H. LALOU en P. HAZARD, *o.c.*, nr. 343; Ph. LE TOURNEAU, *o.c.*, nrs. 672 e.v.; MAZEAUD, *o.c.*, II, nr. 1492.

⁸² «Car c'est la loi qui fait de l'absence de ce consentement un élément de l'infraction. Ainsi est-il au pouvoir du préjudicié que cet élément existe ou n'existe pas en fait, mais non de régler les conséquences qu'il a eu en droit» (HAUS gecit. door R. CHARLES, *l.c.*, 857).

⁸³ H. ANRYS, *La responsabilité civile médicale*, Brussel, Larcier, 1974, 387p., nr. 26.

⁸⁴ In die zin MAZEAUD, *o.c.*, II, nr. 1500 in fine; A.J.O. VAN WASSENAR, *o.c.*, nr. 9.6, 189.

Streefkerk somt een aantal gevallen op en leidt daar terecht uit af dat in alle redelijkheid niet kan worden aangenomen dat het slachtoffer in casu in de schadeverwekkende handeling heeft toegestemd⁹².

Hoogstens zou men, bv. in het geval van meerijden met een dronken bestuurder, kunnen zeggen dat de passagier de aansprakelijkheid voor de schade aanvaard heeft⁹³. Want opheffing van onrechtmatigheid, als gewild rechtsgevolg, is zeker méér onwaarschijnlijk dan het aanvaarden van een andere verdeling van de schadelast⁹⁴.

25. Toestemming als grondslag voor risico-aanvaarding is onjuist en overbodig op sport- en medisch gebied. Op andere gebieden berust de oplossing op een fictie, ook wanneer men de onrechtmatigheidsopheffende werking van de toestemming aanneemt. Het probleem is dus het bewijs van het bestaan van een werkelijke wilsuiging van het slachtoffer. Om deze moeilijkheid te vermijden, hebben sommige auteurs naar alternatieve oplossingen gezocht.

IV. Risico-aanvaarding als afstand van recht

26. Volgens Schut⁹⁵ heeft het slachtoffer, door het risico van een enkelbeschadiging (bij volleybal) te aanvaarden, zijn aanspraak op schadevergoeding bij voorbaat verwerkt. Risico-aanvaarding is «rechtsverwerking-bij-voorbaat». Om dit beter te kunnen begrijpen worden eerst rechtsverwerking en afstand van recht besproken.

Onder afstand van recht moet verstaan worden een eenzijdige rechtshandeling waardoor iemand uitdrukkelijk of stilzwijgend verklaart een recht dat hij verworven heeft, af te staan, prijs te geven. Anders dan bij toestemming laat afstand van recht het onrechtmatig karakter van de schadeverwekkende handeling onaangeroerd, want het heeft alleen maar betrekking op het recht op schadevergoeding dat uit de onrechtmatige handeling voortgesproten is. Anders dan bij overeenkomsten betreffende de aansprake-

lijkheid, is afstand van recht een eenzijdige rechtshandeling. Zoals bij overeenkomsten betreffende de aansprakelijkheid is het wel mogelijk bij voorbaat afstand te doen van een nog niet verworven recht⁹⁶.

Risico-aanvaarding zou dus best kunnen steunen op een bij voorbaat stilzwijgende afstand van het recht om schadevergoeding te eisen. Het is dan ook verwonderlijk dat geen enkel auteur «afstand van recht» als mogelijke grondslag van risico-aanvaarding in aanmerking heeft genomen. Wel moet erop gewezen worden dat stilzwijgende afstand van recht een rechtshandeling is en bijgevolg een wilsuiging vereist, net als de toestemming.

In het volgende nummer zal worden aangetoond dat die wilsuiging meestal niet bestaat, maar door de rechter vermoed wordt. Wie risico-aanvaarding als stilzwijgende afstand van recht wil construeren zal daar zeker rekening mee moeten houden.

V. Risico-aanvaarding als rechtsverwerking bij voorbaat

27. «Rechtsverwerking is een beperking van een recht door de gedragingen van de rechthebbenden zelf: een volledige uitoefening van zijn recht zou in strijd zijn met zijn eerder aangenomen houding⁹⁷».

In de Nederlandse rechtspraak wordt meer dan eens een beroep gedaan op dit begrip. In België is het vrijwel onbekend⁹⁸.

Net als bij risico-aanvaarding is het niet voldoende een omschrijving te geven van wat rechtsverwerking is. Het komt erop aan de grondslag voor dit (soms gedeeltelijk) verlies van een recht te vinden. Volgens Aaftink was deze grondslag in de vroegere Nederlandse rechtspraak de «stilzwijgende afstand van recht, een op prijsgeven gerichte wil zoals deze uit het gedrag van de rechthebbende werd afgeleid». In meer recente arresten wordt de rechtsverwerking gegrond op de goede trouw. In vele gevallen van rechtsverwerking bleek immers dat de, zelfs stilzwijgende, wilsuiging van het slachtoffer op een fictie berustte⁹⁹.

Men kan zich echter afvragen of die grondslag wel dienstig is als er tussen dader en slachtoffer geen contractuele band bestaat.

Schut lost alleen maar het probleem van het vooraf bestaan van een recht op. Maar wat de grondslag betreft, zegt hij niets. Spijtig genoeg kiest Schut ook een voorbeeld uit het sportgebeuren: een enkelbeschadiging tijdens een volleybalspel. I.t.t. wat hij beweert, is er in dat geval geen

⁹² L.c., nr. 3, 123; in dezelfde zin VANDENBERGHE e.a., l.c., nr. 41, 1191; J.L. FAGNART, l.c., nr. 8947/4A: «Présumer qu'elle (la victime) a consenti au dommage qu'elle subit, est une pure fiction qui n'a d'autre effet que de compliquer inutilement les données du problème.» Cf. supra, nr. 19.

⁹³ P.M. BOLAND, noot onder Lyon, 26 oktober 1950, J.T., 1951, 237; M. DEBONNAIRE, «De aansprakelijkheid in de sport», *Jura Falc.*, 1968-69, 217-224, nr. 13; J. DEWEER, l.c., 474 e.v..

⁹⁴ In dezelfde zin L.E.H. RUTTEN, o.c., 115; G.H.A. SCHUT, o.c., 76; C.A. STREEFKERK, l.c., nr. 3, 123.

⁹⁵ L.E.H. RUTTEN, o.c., 115; C.A. STREEFKERK, l.c., 123, noot 26.

⁹⁶ R.O. DALCQ, o.c., II, nr. 2691; H. VANDENBERGHE, l.c., 17; H. DRION, l.c., 197; C.H.M. JANSSEN, l.c., nr. 216; P. ESMEIN, l.c., 686; MAZEAUD, o.c., II, nr. 1487.

⁹⁷ C.A. STREEFKERK, l.c., nr. 8, 139.

⁹⁸ H. DRION, l.c., 199, noot 24; C.H.M. JANSSEN, l.c., nr. 220; zie ook E. DE RIDDER, «De zelfkant van de sport», *R.W.*, 1964-65, 1529-1554; J. FOYER, l.c., nr. 307; voor concrete voorbeelden zie men Caen, 20 mei 1969, *J.C.P.*, 1969, nr. 16040, noot M.A.; Cass., 25 februari 1981, *Gaz.Pal.*, 5-7 juli 1981, *Panorama de jurispr.*, 175, noot F. CHABAS.

⁹⁹ L.E.H. RUTTEN, o.c., 115.

⁹⁴ Maar ook dit laatste wordt dikwijls vermoed; zie infra, nrs. 30 e.v.

⁹⁵ O.c., 76.

⁹⁶ P. VAN OMMESLAGHE, «Rechtsverwerking en afstand van recht», *T.P.R.*, 1980, 735-791, nr. 3; H.A.M. AAFTINK, «Rechtsverwerking en afstand van recht», *T.P.R.*, 1980, 793-826, 795 e.v.; S.C.J.J. KORTMANN, o.c., 12.

⁹⁷ H.A.M. AAFTINK, l.c., 794; P. VAN OMMESLAGHE, l.c., 740: «La théorie de la 'rechtsverwerking' implique qu'un droit puisse s'éteindre — sans que cette extinction procède d'une déchéance, ou de quelque autre cause d'extinction prévue par la loi, ni d'une expression de la volonté — essentiellement par suite du comportement du titulaire de ce droit».

⁹⁸ Vooral m.b.t. verbintenissen uit overeenkomsten; zie H.A.M. AAFTINK, l.c., 797 e.v.; Ph. HOUWING, «Rechtsverwerking», *Preadvies voor de Broederschap der Candidaat Notarissen*, 1968, 's-Gravenhage, 107 p.; C.H.M. JANSSEN, l.c., nr. 226.

⁹⁹ L.c., 794 e.v.

fout en daarom alleen al geen schadevergoeding verschuldigd. Wie aan een sportwedstrijd deelneemt en gewond raakt, hoeft meestal geen recht te verwerken omdat hij geen recht heeft, en er nooit een zal hebben.

Bij een studie van de stilzwijgende afstand van recht in het Belgisch recht, komt ook Van Ommeslaghe tot het besluit dat de vereiste wilsuiking in feite niet bestaat en dat de hele constructie op een fictie berust.

Het verlies van het recht zou uitsluitend te wijten zijn aan de gedraging van de rechthebbende. Zodoende zou de rechtsverwerking in het Belgische recht een autonome rechtsgrond uitmaken^{99a}. De niet-foutieve gedraging van het slachtoffer zou de aansprakelijkheid van de schadeverwekker kunnen beperken of uitsluiten, in de mate dat de uitoefening van het recht op schadevergoeding in strijd zou zijn met deze niet-foutieve gedraging.

VI. Risico-aanvaarding als het naar verkeersopvattingen overnemen van de verantwoordelijkheid om zichzelf te beschermen tegen het gevaar

28. Dicht bij de opvatting van Schut ligt de theorie van Streefkerk. Ook deze auteur is de mening toegedaan dat de traditionele rechtsfiguren niet geschikt zijn om de meeste gevallen van risico-aanvaarding te gronden. Hij gaat ervan uit dat risico-aanvaarding wel degelijk als zelfstandige rechtsfiguur bruikbaar is.

Uitgangspunt van Streefkerks theorie is het beginsel uit het aansprakelijkheidsrecht, dat het slachtoffer de schade moet dragen, tenzij hij het bewijs kan leveren dat de schade te wijten is aan een fout, d.i. dat de schade ongeoorloofd is¹⁰⁰. Wanneer dit bewijs geleverd is, kan de dader nog een beroep doen op (ongeschreven) rechtvaardigingsgronden, als handelen krachtens wettelijke bevoegdheid, toestemming van de rechthebbende, zaakwaarneming enz. Daardoor wordt de onrechtmatigheid van de schadeverwekkende handeling weggenomen.

Welnu, risico-aanvaarding is zulk een rechtvaardigingsgrond. De schadeverwekkende handeling wordt nl. rechtmatig omdat het slachtoffer rechtens de verantwoordelijkheid op zich neemt om zich tegen de verhoogde risico's (die hij kent of behoort te kennen) van de situatie waarin hij zich vrijwillig heeft begeven, te beschermen.

«Rechtens» betekent dat dit op zich nemen niet af te leiden is uit de (zelfs stilzwijgende) wil van het slachtoffer, maar wel uit zijn gedraging.

Evenals Schut en Polak¹⁰¹ meent Streefkerk dat niet de wil, maar de gedraging van het slachtoffer van beslissend belang is. Anders dan bij Schut heeft de risico-aanvaarding als gedraging wel een invloed op het onrechtmatig karakter zelf van de handeling. De grensverschuiving tussen geoorloofd en ongeoorloofd wordt bewerkt door het — zij het vrijwillig en bewust — gedrag van het slachtoffer. A priori is de theorie van Streefkerk in het Belgisch positief recht bijgevolg onbruikbaar. Immers, wat onrechtmatig is wordt bepaald door de maatschappelijke overtuiging en dus niet door de wil en (nog minder) door de gedraging van het slachtoffer.

⁹⁹ P. VAN OMMEFLAGHE, l.c., nr. 23.

¹⁰⁰ L.c., nr. 7, 138; zie supra, voetnoot 31.

¹⁰¹ Gecit. door C.A. STREEFKERK, l.c., nr. 3.

29. Om zijn theorie te staven geeft Streefkerk het voorbeeld van een deelnemer aan een motorcrosswedstrijd die uit de baan schiet en op een toeschouwer inrijdt. Volgens de rechtbank was er bij de renner geen fout en dus geen aansprakelijkheid. Zoals verder¹⁰² zal worden aangetoond, betekent risico-aanvaarding hier niets anders dan het op zich nemen van toevallige schade. Het begrip risico-aanvaarding is hier overbodig. Bovendien is het o.i. verkeerd te stellen dat de aanrijding geoorloofd wordt door het gedrag van het slachtoffer, want de aanrijding is nooit ongeoorloofd geweest. De aanrijding is rechtmatig omdat het een risico is, dat inherent is aan de beoefening van de motorcrosssport.

Streefkerk erkent dit trouwens zelf waar hij zegt: «Normaal gesproken moet ik (de renner) wel zorgvuldig rijden met het oog op uw (de toeschouwer) belangen, maar nu neem ik deel aan een wedstrijd, waardoor ik in mindere mate met uw belangen rekening kan en hoeft te houden; als u dat niet aanstaat, kunt u beter weggaan¹⁰³».

In zijn antwoord op de vraag wanneer juist het slachtoffer geacht wordt die verantwoordelijkheid op zich te nemen, geeft Streefkerk toe dat risico-aanvaarding begint «waar de zorgplicht van de voor de gevarenbron verantwoordelijke persoon ophoudt», d.w.z. dat de toeschouwer slechts die schade op zich neemt die niet te wijten is aan een fout van de renner, een fout van de inrichter enz..

Streefkerk is er o.i. niet in geslaagd de risico-aanvaarding als een zelfstandige rechtsfiguur te construeren. Risico-aanvaarding komt ook bij hem neer op het op zich nemen van de schade wegens afwezigheid van fout. Bovendien moet gezegd worden dat «het naar verkeersopvattingen overnemen van de verantwoordelijkheid om verschoond te blijven van schade tengevolge van door de gevaarzetters (laedens) geschapen risico's», een nogal kunstmatige grondslag vormt voor de leer van de risico-aanvaarding.

VII. Risico-aanvaarding als bevrijdingsbeding

30. Een andere rechtsfiguur waarop de risico-aanvaarding kan worden gegrond, is het bevrijdingsbeding¹⁰⁴. Daarbij komen de dader en het slachtoffer stilzwijgend overeen dat de aansprakelijkheid van de dader uitgesloten of beperkt zal zijn. Dat is een overeenkomst betreffende de aansprakelijkheid. Volgens Streefkerk zijn de partijen een andere risico-verdeling overeengekomen dan zonder overeenkomst zou gelden¹⁰⁵. Het aantal toepassingen van deze oplossing in de recente Belgische rechtspraak is uiterst gering¹⁰⁶.

¹⁰² Zie *infra*, nrs. 33 e.v.

¹⁰³ L.c., nr. 8, 138.

¹⁰⁴ R.O. DALCQ, o.c., II, nr. 2695; H. DE PAGE, o.c., II, nr. 1045, voetnoot 7; J.L. FAGNART, l.c., nr. 8947/4A; M.G., noot onder Hof Luik, 19 maart 1951, *De Verz.*, 1951, 684-685; H. VANDENBERGHE, l.c., 17; P. ESMEIN, l.c., 689.

¹⁰⁵ L.c., nr. 2; R.O. DALCQ, o.c., II, nr. 2695.

¹⁰⁶ M.b.t. kosteloos vervoer vermeldt DALCQ (o.c., I, nr. 498) slechts één geval: Hof Gent, 6 januari 1949, *R.G.A.R.*, nr. 4402; zie ook Corr. Bergen, 17 oktober 1958, *De Verz.*, 1959, 112, noot M.G.. Op het gebied van de sport zijn er slechts drie gevallen: Rb. Gent, 29 mei 1935, *De Verz.*, 1936, 686; Pol. Namen, 1 oktober 1971, *R.G.A.R.*, 1972, nr. 8772; Rb. Turnhout, 7 februari 1973, *R.W.*, 1973-74, 1169.

31. Eerst en vooral is er een overeenkomst vereist. Anders dan bij de toestemming gaat het hier om een tweezijdige rechtshandeling¹⁰⁷.

Er dient wel een onderscheid gemaakt te worden tussen de overeenkomst betreffende de aansprakelijkheid, en andere overeenkomsten waardoor de partijen gebonden zouden kunnen zijn: de vervoersovereenkomst tussen bestuurder en (kosteloze) passagier, of de overeenkomst tussen degenen die aan een sportwedstrijd deelnemen.

Vroeger werd aanvaard dat ook bij kosteloos¹⁰⁸ vervoer een overeenkomst bestond tussen vervoerder en passagier. Wanneer de vervoerder zijn verbintenis — de passagier veilig tot een bepaalde plaats vervoeren — niet of niet goed had uitgevoerd, kon hij contractueel aansprakelijk gesteld worden. Omdat het vervoer om niet gebeurde, bleef deze aansprakelijkheid beperkt tot de aansprakelijkheid voor grove schuld.

Heden wordt die opvatting verworpen. Het bestaan van zulk een overeenkomst zou meestal op een fictie berusten. Bijgevolg wordt de aansprakelijkheid van de kosteloze vervoerder geregeld volgens de artt. 1382 e.v. B.W.¹⁰⁹.

Ook in de sport hebben enkele auteurs het bestaan van overeenkomsten vooropgesteld.

De voornaamste ervan is de overeenkomst waarbij alle deelnemers zich tegenover elkaar verbinden om de spelregels na te leven en om de normale risico's van de sport te aanvaarden¹¹⁰. Volgens de rechtspraak betreffen deze overeenkomsten geenszins de aansprakelijkheid van de spelers¹¹¹.

De vervoerder en de passagier kunnen echter wel stilzwijgend of uitdrukkelijk overeenkomen dat van de artt. 1382 e.v. B.W. zal worden afgeweken. In zeldzame gevallen zal de rechter deze wil uit zekere feitelijke gegevens kunnen afleiden. Meestal zal de rechter dit in alle redelijkheid niet kunnen doen. In het verleden vermoedde de rechter dat er tussen partijen een overeenkomst bestond, om redenen van billijkheid. Men vond het onbillijk dat de kosteloze vervoerder even zwaar als de «vervoerder onder bezwarende titel» aansprakelijk gesteld kon worden. Om deze billijkheid enige juridische grondslag te geven, werd een beroep gedaan op de stilzwijgende overeenkomst. Die rechtspraak wordt door de huidige rechtsleer en rechtspraak verworpen, omdat het even onbillijk en bovendien willekeurig is uit het kosteloos karakter van het vervoer zonder meer af te leiden dat de passagier de vervoerder zou hebben vrijgesteld van zijn aansprakelijkheid voor lichte fout¹¹².

¹⁰⁷ Zie supra, voetnoot 68.

¹⁰⁸ Over de terminologie inzake vervoer zie men R.O. DALCQ, *o.c.*, I, nrs. 477 e.v.; H. DE PAGE, *o.c.*, II, nr. 1046; J.L. FAGNART, *l.c.*, nr. 8947/I.

¹⁰⁹ *Ibid.*; zie ook J. HONORAT, *o.c.*, nrs. 105 e.v.; R. SAVATIER, *o.c.*, I, nr. 123; C.A. STREEFKERK, *l.c.*, nr. 2, 122.

¹¹⁰ M. DEBONNAIRE, *l.c.*, nr. 2; J. DEWEER, *l.c.*, 467; G. DURRY, «Jurisprudence...», *R.T.D.C.*, 1967, nr. 12; J. FOYER, *l.c.*, Fasc. XXXIIIc, nr. 317; Ph. LE TOURNEAU, *o.c.*, nr. 677; R. SAVATIER, *o.c.*, II, nr. 853.

¹¹¹ P.M. BOLAND, noot onder Lyon, 26 oktober 1950, *J.T.*, 1951, 237; R.O. DALCQ, *o.c.*, I, nr. 522; J. FOYER, *l.c.*, nr. 318; MAZEAUD, *o.c.*, I, nr. 523-2, voetnoot 2bis; contra: TGI Lyon, 20 april 1977, *J.C.P.*, 1978, nr. 18915.

¹¹² R.O. DALCQ, *o.c.*, I, nrs. 493 e.v.; H. DE PAGE, *o.c.*, II, nr. 1046, B, 2°; J.L. FAGNART, *l.c.*, nr. 8947/4A; P. ESMEIN, *l.c.*, 689;

Ook op sportgebied wordt de risico-aanvaarding om billijkheidsredenen gegrond op een bevrijdingsbeding. Men vindt het namelijk onbillijk dat een speler zou moeten opdraaien voor een schade die inherent is aan de betrokken sport. Maar ook in dit geval is er fictie. Bovendien maakt men de zaken onnodig moeilijk, want in feite heeft de schadeverwekker geen fout begaan en is het bevrijdingsbeding bijgevolg overbodig.

32. Risico-aanvaarding als bevrijdingsbeding veronderstelt dat de partijen handelingsbekwaam zijn. Dit vormt een probleem wanneer minderjarigen partij zijn¹¹³.

Risico-aanvaarding als bevrijdingsbeding veronderstelt ook dat men over die aansprakelijkheid mag overeenkomen. In België betreffen de bepalingen van de artt. 1382 e.v. B.W. de openbare orde niet. Men mag er dus bij overeenkomst van afwijken¹¹⁴. In Frankrijk daarentegen zijn de bepalingen betreffende de delictuele aansprakelijkheid¹¹⁵ en volgens sommigen¹¹⁶ alleen die betreffende de schuldansprakelijkheid, van openbare orde.

Een andere vraag is of die overeenkomsten niet ongeldig zijn, omdat ze de aansprakelijkheid voor lichamelijke schade regelen¹¹⁷.

VIII. Risico-aanvaarding als het op zich nemen van toevallige schade

33. Risico-aanvaarding als het op zich nemen van schade die niet aan een fout te wijten is, wordt niet alleen bij medische ingrepen maar ook in de sport gehanteerd¹¹⁸.

H. LALOU en P. HAZARD, *o.c.*, nr. 339; MAZEAUD, *o.c.*, II, nrs. 1277 en 1490; C.A. STREEFKERK, *l.c.*, nr. 2, 122.

¹¹³ Zie supra, nr. 23.

¹¹⁴ R. DEKKERS, *o.c.*, II, nr. 290; H. DE PAGE, *o.c.*, II, nr. 1052; H. VANDENBERGHE, *l.c.*, 16; J. VAN RYN, «Les clauses de non-responsabilité. Etude de quelques restrictions à leur validité», *R.G.A.R.*, 1931, nr. 703.

¹¹⁵ AUBRY en RAU, *o.c.*, VI, nrs. 364-365, voetnoot 81; A. COLIN en H. CAPITANT, *o.c.*, II, nr. 1130; MAZEAUD, *o.c.*, II, nrs. 1486, voetnoot 3, en 1490.

¹¹⁶ P. ESMEIN, *l.c.*, 689; deze auteur stelt tegenover de nietigheid van zulke overeenkomsten de jurisprudentiële regel dat art. 1384 C. civ. niet van toepassing was bij kosteloos vervoer (infra nr. 37); J. HONORAT, *o.c.*, nr. 165; R. SAVATIER, *o.c.*, I, nr. 125; G. DURRY, «Jurisprudence...», *R.T.D.C.*, 1967, 357 e.v., die eerder voorstander is van het Belgische stelsel.

¹¹⁷ Vooral de Franse rechtsleer schijnt daar veel last mee te hebben: volgens de klassieke leer zijn alle overeenkomsten m.b.t. het menselijk lichaam ongeldig omdat het menselijk lichaam onbeschikbaar is, en bijgevolg geen voorwerp van een overeenkomst kan uitmaken. Op dit beginsel werden om begrijpelijke redenen twee uitzonderingen gemaakt nl. op het gebied van de sport en op het gebied van de geneeskunde. HONORAT keert de redenering om: alle overeenkomsten die aan de bestaansvoorwaarden voor een geldige overeenkomst voldoen, zijn principieel geldig (*o.c.*, nrs. 47 e.v. en de verwijzingen naar de rechtsleer). De Belgische rechtsleer houdt er een gelijkaardige mening op na. Zie reeds J. VAN RYN, *l.c.*, nrs. 6-7. De vraag is wel relevant omdat risico-aanvaarding meestal betrekking heeft op lichamelijke schade.

¹¹⁸ Deze betekenis kwam in de loop van de uiteenzetting reeds even aan bod; zie nrs. 22, 27, 29 en 31. Over de burgerlijke aansprakelijkheid in de sport zie men R. ANDRÉ, *Fichier, Responsabilités professionnelles, sports, jeux et loisirs*, nr. 28 (hierna: fiches oranges); P.M. BOLAND, noot onder Lyon, 26 oktober 1951, *l.c.*; R.O. DALCQ, *o.c.*, I, nrs. 506-550; M. DEBONNAIRE, *l.c.*; J. DEWEER, *l.c.*; G. DOR, «Essai sur la doctrine et la juris-

Risico-aanvaarding in de sport is een moeilijke en uitgebreide problematiek die een onderzoek van het schuld-begrip in de sport vereist. Daarom wordt hier slechts in het kort weergegeven hoe risico-aanvaarding in de sport moet worden begrepen.

Er is reeds gezegd dat de meeste sporten door de wetgever toegelaten en zelfs aangemoedigd worden, al is het maar door het toestaan van kredieten, en dat niet de toestemming van het slachtoffer maar de gunst van de wetgever de straffeloosheid van de toegebrachte slagen en verwondingen die inherent zijn aan de beoefening van de betrokken sport, rechtvaardigt¹¹⁹. Immers, hoe zou de wetgever het beoefenen van de voetbalsport toelaten, zonder de slagen en verwondingen die daar een wezenlijk deel van uitmaken, eveneens toe te laten¹²⁰? Die redenering gaat ook op m.b.t. de burgerlijke aansprakelijkheid: het duwen¹²¹ en het samen naar de bal schoppen¹²² zijn schadeverwekkende gedragingen die inherent zijn aan het beoefenen van de voetbalsport.

34. Dat betekent niet dat art. 1382 B.W. in het sportgebeuren buiten toepassing verklaard wordt. Er wordt zelfs geen afbreuk gedaan aan het schuld-begrip van dat artikel¹²³: een fout wordt begaan door de speler die zich niet gedraagt zoals een normaal zorgvuldige en voorzichtige speler in dezelfde omstandigheden zou hebben gedaan. Wel zal de rechter rekening moeten houden met de «omstandigheden», d.i. met het feit dat een zekere dosis geweld aan de meeste competitiesporten inherent is¹²⁴.

prudence en matière de responsabilité sportive», *De Verz.*, 1947, 35-40; L. SILANCE en F. MATTHIJS, *Sport en recht*, BLOSO, Oostende, 1979, 387 p.; *R.P.D.B.*, XI, v° Responsabilité, nrs. 438-494. Over risico-aanvaarding in de sport zie men in het bijzonder M.G., noot onder Hof Luik, 19 maart 1951, *De Verz.*, 1951, 682-685; VANDENBERGHE e.a., *l.c.*, nrs. 39, 43, 45 en 46; ANDRÉ, noot onder Cass.fr., 8 november 1976, *R.G.A.R.*, 1979, nr. 10075. De strafrechtelijke aansprakelijkheid (zie *supra*, voetnoot 78) mag niet verwaarloosd worden, daar de burgerlijke rechter met de uitspraak van de strafrechter rekening moet houden: «La chose jugée au criminel a autorité sur le civil.»

¹¹⁹ Zie o.m. P.M. BOLAND, noten onder Lyon, 26 oktober 1950 en onder Verviers, 3 februari 1951, *J.T.*, 237 en 239; R. CHARLES, *l.c.*, nr. 890; L. SILANCE, «Les règles du Comité international olympique et le droit», *J.T.*, 1971, 694-696, nrs. 4-6; MAZEAUD, *o.c.*, I, nr. 523-2.

¹²⁰ Zie bv. Poitiers, 3 mei 1974, *Gaz.Pal.*, 22 oktober 1974: «L'absence de sanction pénale pour des faits habituellement répréhensibles pénalement, dérogation au droit commun, est la reconnaissance de l'essence même du sport en vue de permettre à l'athlète, libre de toute sujétion, de tendre sa volonté et ses forces vers la réalisation de sa performance»; met instemmende noot van DURRY: Ou alors, que l'on dise qu'il est interdit de participer à des compétitions automobiles! («Jurisprudence...», *R.T.D.C.*, 1975, 109, nr. 4.

¹²¹ Hof Gent, 16 december 1968, gecit. onder Cass., 16 juni 1969, *Arr. Cass.*, 1969, 1026.

¹²² Hof Brussel, 8 juni 1977, *J.T.*, 1977, 587.

¹²³ «La responsabilité du joueur ou du sportif est donc, quant à l'appréciation de la faute, maintenue en principe sous l'empire du droit commun, lequel comporte d'ailleurs que l'on tienne compte des circonstances particulières que le jeu et le sport entraînent» (G. MARTY en P. RAYNAUD, *o.c.*, II, nr. 416).

¹²⁴ «... En wie sport zegt, zegt meteen competitie. Heel wat auteurs noemen de competitie een georganiseerde en strikt gereglementeerde vorm van geweld. Het zal dan ook niemand verbazen dat het gevaar voor gewelddadigheid tijdens het competi-

Daaruit volgt dat de zorgvuldigheidsplicht van de spelers tegenover elkaar kleiner is dan die welke in het normaal maatschappelijk verkeer van iedereen verwacht wordt¹²⁵. Wanneer de rechter dan beslist dat er risico-aanvaarding is aan de zijde van de speler, bedoelt hij in feite dat de schadeverwekkende daad niet onrechtmatig was en dat bij gebrek aan fout het slachtoffer «het risico draagt»¹²⁶. Dat is ook de stelling van het Hof van Cassatie¹²⁷.

Meteen dient te worden gezegd dat de term risico-aanvaarding niet juist gebruikt wordt: schade die niet aan een fout te wijten is, moet men zelf dragen of men dit nu aanvaardt of niet¹²⁸. Zoals boven is vermeld, ligt de aanvaarding in een ander vlak, nl. in het vlak van de deelname aan de sportwedstrijd zelf.

35. Indien risico-aanvaarding dus niets meer betekent dan het op zich nemen van schade die niet aan een fout te wijten is, dan wordt het probleem van de risico-aanvaarding in de sport gewoon herleid tot dat van de fout in de sport¹²⁹.

De plaats ontbreekt hier om deze problematiek uitvoerig te behandelen. Wel dient te worden vermeld dat de fout van de speler wordt onderverdeeld in de niet-naleving van de spelregels enerzijds, en — in de veronderstelling dat de spelregels worden nageleefd — in het zich niet gedragen als een normaal zorgvuldige en voorzichtige speler in dezelfde omstandigheden¹³⁰.

Deze traditionele onderverdeling werd onlangs door het Hof van Cassatie op de helling gezet¹³¹. Het Hof besliste

tiegebeuren immanent is omdat de reglementaire barrière niet zelden tot zeer dicht bij de geweldgrens geschoven is» (R. DE BACKER-VAN OCKEN, Toespraak, in *Congres: Geweld in de sport*, Brussel, Ministerie van Nationale opvoeding en Nederlandse cultuur, 1978, 19).

¹²⁵ R.O. DALCQ *o.c.*, I, nr. 540; VANDENBERGHE e.a., nr. 45 in fine; G. DURRY, «Jurisprudence...», *R.T.D.C.*, 1975, 109 en 310; dezelfde, «Jurisprudence...», *R.T.D.C.*, 1976, 357; «Ceci (het speciaal aansprakelijkheidsregime van de sportlui) est justifié par l'essence même du sport qui est compétition, et par là même anthétique à la modération qui est le propre du bon père de famille.» Zie ook Pol. Namen, 1 oktober 1971, *R.G.A.R.*, 1972, nr. 8772: «... la licéité du rallye étant admise, il est certain que la pratique de cette activité sportive restreint l'étendue de l'obligation de prudence de celui qui s'y livre». De mate waarin die zorgvuldigheidsplicht beperkt wordt, hangt af van de aard van de sport, d.w.z. van de omstandigheden; zo zal de zorgvuldigheidsplicht van een deelnemer aan een «toeristische» rallye geenszins beperkt zijn (Parijs, 25 november 1980, *Gaz.Pal.*, 13-14 mei 1981, 15).

¹²⁶ In die zin R.O. DALCQ *o.c.*, I, nrs. 523 en 630; J.L. FAGNART, overzicht, I, *l.c.*, nr. 51; M.G., noot onder Hof Luik, 19 maart 1951, *l.c.*, 683.

¹²⁷ Het Hof heeft tweemaal de vraag naar de zin en de draagwijdte van het begrip risico-aanvaarding in de sport kunnen omzeilen door «omgekeerd» te redeneren (R. ANDRÉ, *l.c.*, nr. 4/2) nl. door gewoon te stellen dat de dader in feite geen fout begaan had, en dat het slachtoffer bijgevolg de schade zelf moest dragen: Cass., 8 december 1967, *Pas.*, 1968, I, 477; Cass., 16 juni 1969, *Arr. Cass.*, 1969, 1026.

¹²⁸ Zie de rechtsleer *supra*, voetnoot 126.

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ Deze indeling wordt door alle auteurs aanvaard; contra: MAZEAUD, *o.c.*, I, nr. 523-2, 620.

¹³¹ Cass., 16 juni 1969, *R.W.*, 1969-70, 473; dit belangrijk arrest werd door de Belgische auteurs op uiteenlopende wijze besproken.

immers dat het hof van beroep¹³² wettelijk kon beslissen dat een «duwfout», al zou die handeling «formeel beschouwd, een inbreuk op de spelregels uitmaken, nochtans niet indruist tegen de regels van een voorzichtige gedraging van mens tot mens, doch slechts een voorval is dat tijdens een match, volgens de scheidsrechter, veelvuldig voorkomt en tot de normale risico's behoort welke inherent zijn aan het beoefenen van de voetbalsport». Dit betekent dat ook de spelregels die tot doel hebben ruw spel te voorkomen, onvermijdelijk in de hitte van de strijd overtreden worden, of anders uitgedrukt, dat de loutere overtreding van de spelregel niet volstaat of althans niet van beslissend belang is voor de bepaling van de burgerlijke fout.

De recente Franse rechtspraak en sommige Franse auteurs delen deze opvatting¹³³.

36. Wat tot hiertoe gezegd werd, geldt niet alleen voor de risico-aanvaarding door de spelers, maar ook voor de risico-aanvaarding door de toeschouwers van gevaarlijke sportwedstrijden als auto- en motorwedstrijden.

Getuige daarvan de voortreffelijke uitspraak van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen: «Overwegende dat vooreerst dient opgemerkt dat zo de toeschouwers van een sportieve manifestatie de gevaren ervan kennen, men hieruit niet mag afleiden, dat zij er al de risico's van aanvaard hebben; — dat zij door hun aanwezigheid op deze manifestatie enkel aanvaard hebben zich bloot te stellen aan de gevaren die een normaal verloop van de wedstrijd in zich houdt en die schade te dragen die het gevolg is van een toevallige oorzaak d.w.z. die zich voordoet in afwezigheid van elke fout en niettegenstaande de regels van het spel en deze van de algemene voorzichtigheid door iedereen werden nageleefd; — dat zij integendeel — indien hen geen enkel verwijt treft — dienen vergoed te worden wanneer de schade ontstaan is door een fout van de renners¹³⁴».

Men mag echter niet vergeten dat risico-aanvaarding door de toeschouwers van gevaarlijke sportwedstrijden in talrijke uitspraken ook betekent dat de toeschouwer een abnormaal risico genomen heeft, en daardoor een fout begaat¹³⁵.

Dat is tevens een illustratie van het feit dat het woord «risico» in analoge gevallen in twee verschillende betekenissen gebruikt wordt.

¹³² Hof Gent, 16 december 1968; in eerste aanleg was de rechter wel de mening toegedaan dat de speler een fout begaan had (Corr. Kortrijk, 11 juni 1968); zie L. SILANCE, noot onder H.v.J., 14 juli 1976, *J.T.*, 1977, 290.

¹³³ Aix-en-Provence, 2 februari 1977, *D.*, 1978, I.R., 323 met afkeurende noot van C. LARROUMET, bevestigd door Cass.fr., 21 juni 1979, *D.*, 1979, I.R., 543, noot F. ALAPHILIPPE en J.P. KARAKUILLO; in dezelfde zin zie Aix-en-Provence, 28 november 1978, *D.*, 1980, I.R., 492, noot F. ALAPHILIPPE en J.P. KARAKUILLO, en het recent arrest van het Franse Hof van Cassatie van 25 februari 1981, *Gaz.Pal.*, 5-7 juli 1981, 174, noot F. CHABAS; in de rechtsleer is vooral DURRY voorstander van de stelling dat art. 1382 C.civ. slechts bij opzettelijke of althans zware overtredingen van de spelregels moet worden toegepast (zie *R.T.D.C.*, 1967, 166, nr. 12; *l.c.*, 1973, 132, nr. 3; *l.c.*, 1977, 329, nr. 6).

¹³⁴ 22 februari 1973, *R.G.A.R.*, 1974, nr. 9192; in dezelfde zin Hof Luik, 29 juni 1955, *R.G.A.R.*, 1955, nr. 5630; Hof Luik, 21 mei 1963, *Jur. Liège*, 1963-64, 65.

¹³⁵ Zie supra, voetnoot 28.

B. De risico-aanvaarding in de risico-aansprakelijkheid

37. In het Franse recht is de bewaarder van de zaak aansprakelijk, zodra de schade door de zaak zelf veroorzaakt wordt. Anders dan in het Belgische recht, is er geen bewijs van een gebrek in de zaak vereist¹³⁶. Hieruit volgt dat de aansprakelijkheid voor zaken in Frankrijk dikwijls voorkomt.

Ook de kosteloze passagier die in een auto-ongeval gewond werd, deed een beroep op art. 1384 C. civ.. Om zich van die aansprakelijkheid te bevrijden moest de vervoerder het bewijs leveren dat de schade te wijten was aan een vreemde oorzaak. Omdat dit meestal onmogelijk was, werd de bestuurder (lees: de bewaarder) bijna altijd aansprakelijk gesteld. Dit vond men onbillijk, vooral omdat de passagier toch het kosteloos medegebruik van de zaak had.

Om die redenen besliste het Franse Hof van Cassatie dat de kosteloze passagier geen beroep meer mocht doen op art. 1384 C. civ.. Later sprak men ook van risico-aanvaarding i.p.v. kosteloos gebruik, maar dit laatste is niettemin steeds de hoofdreden geweest om de toepassing van art. 1384 C. civ. te weren.

De bestuurder bleef aansprakelijk voor de schade die te wijten was aan zijn fout. M.a.w. de passagier kon nog steeds beroep doen op art. 1382 C. civ.¹³⁷.

De theorie van de risico-aanvaarding is dus een uitvinding van de Franse rechtspraak, waarbij risico-aanvaarding betekende dat het «risico» verschoven werd van de bewaarder naar het slachtoffer wegens het kosteloos gebruik van de zaak. Het slachtoffer aanvaardde slechts de schade te dragen die niet aan een fout van de vervoerder te wijten was. Dat is de oorspronkelijke betekenis van het begrip «risico-aanvaarding»¹³⁸.

Onlangs heeft het Franse Hof van Cassatie zijn vroegere rechtspraak herzien. Sindsdien kan de kosteloze passagier als iedereen een beroep doen op art. 1384 C. civ.¹³⁹. Dat betekent dat het gebruik van het begrip risico-aanvaarding in de oorspronkelijke betekenis van het woord door het Hof van Cassatie werd afgewezen; althans in verkeerszaken, want op het gebied van de sport wordt ook nu nog veelvuldig gebruik gemaakt van het begrip risico-aanvaarding. Dit komt omdat, nog steeds ingevolge de ruime interpretatie van art. 1384 C. civ. in het Franse recht, de aansprakelijkheid voor zaken op sportgebied veel te dikwijls voorkwam¹⁴⁰. Denken we maar aan het aantal

¹³⁶ R. DEKKERS, *o.c.*, II, nrs. 269 e.v.; H. DE PAGE, *o.c.*, II, nrs. 1002 en 1037; H. VANDENBERGHE, «Aansprakelijkheid voor zaken, dieren en gebouwen», in *Onrechtmatige Daad, Actuele tendensen*, 66, voetnoten 38-39; MAZEAUD, *o.c.*, II, nrs. 1211 e.v..

¹³⁷ Cass.fr., 27 maart 1928, *D.*, I, 145, noot RIPERT en S., 1928, I, 353, noot GENY; J. HONORAT, *o.c.*, nr. 142; MAZEAUD, *o.c.*, II, nrs. 1273 e.v. en de verwijzingen naar de vorige edities.

¹³⁸ R. SAVATIER, *o.c.*, I, nr. 191 jo 380.

¹³⁹ Cass.fr., ch. mixte, 20 december 1968, twee arresten, *J.C.P.*, 1969, II, nr. 15756 en *D.*, 1969, 37, concl. adv.-gen. SCHMELCK.

¹⁴⁰ Zie J. FOYER, *l.c.*, nrs. 316 e.v.. Niet alleen is er geen gebrek vereist, maar bovendien is het voldoende dat de schade materieel door de zaak veroorzaakt wordt; het feit dat de zaak (bv. een voetbal) slechts een passieve tussenschakel is in het ontstaan van de schade, staat de toepassing van art. 1384 C. civ. niet in de weg (J. HONORAT, *o.c.*, nr. 153).

sporten bij de beoefening waarvan een voorwerp gebruikt wordt.

Bovendien bracht de ruime interpretatie van art. 1384 C. civ. een discriminatie tot stand tussen enerzijds sporten mét en sporten zonder zaken, voorwerpen¹⁴¹ en anderzijds, in een bepaalde sport, een discriminatie tussen schade, veroorzaakt door een speler of spelers, en schade veroorzaakt door een voorwerp¹⁴². Om deze onbillijke gevolgen te weren werd aanvankelijk een beroep gedaan op de begrippen «risico-aanvaarding» en «kosteloos medegebruik van de zaak»¹⁴³. Door rechtsverfijning kwam de rechtspraak vervolgens tot de figuren «gezamenlijke bewaking»¹⁴⁴ en «afwezigheid van bewaking»¹⁴⁵. Deze oplossingen zijn echter alleen bruikbaar wanneer de zaak, een voetbal bijvoorbeeld, gezamenlijk kan worden bewaakt, en dus niet voor andere zaken.

In de recente rechtspraak¹⁴⁶ is men daarom teruggekeerd tot het begrip risico-aanvaarding, hetgeen volgens Durry terecht een erkenning inhoudt van de geldigheid van de overeenkomsten betreffende de risico-aansprakelijkheid¹⁴⁷, want men ziet niet in op welke andere rechtsgrond de risico-aanvaarding in zulke gevallen kan worden gefundeerd.

38. In de veronderstelling dat het slachtoffer het bewijs van een gebrek in de zaak kan leveren, kan ook in België de vraag naar de toepassing van de risico-aanvaarding in de risico-aansprakelijkheid gesteld worden. Dit kan trouwens zonder meer m.b.t. de aansprakelijkheid voor dieren, waarbij het bewijs van een gebrek niet vereist is. Wanneer de schade veroorzaakt is door een gebrek in de zaak, of door het spontaan gedrag van het dier, neemt de Belgische rechtsleer en rechtspraak aan dat de aansprakelijkheid van de bewaarder vermoed wordt. De bewaarder kan zich slechts bevrijden door het bewijs van een vreemde oorzaak te leveren, d.i. toeval of overmacht, daad van een derde en fout van het slachtoffer¹⁴⁸.

¹⁴¹ R. ANDRÉ, noot onder Cass.fr., 8 november 1976, *R.G.A.R.*, 1979, nr. 10075; G. DURRY, «Jurisprudence...», *R.T.D.C.*, 1967, 165 en 1973, 133.

¹⁴² G. DURRY, zie supra, voetnoot 141.

¹⁴³ J. FOYER, *l.c.*, nr. 319.

¹⁴⁴ Cass., 20 november 1968, *Gaz.Pal.*, 1969, 2, Somm., 4, en *R.T.D.C.*, 1969, 335, noot G. DURRY. Cf. Cass., 21 februari 1979, *D.*, 1979, I.R., 346, noot C. LARROUMET, en I.R., 545, noot F. ALAPHILIPPE en J.P. KARAQUILLO.

¹⁴⁵ Caen, 20 mei 1969, *J.C.P.*, 1969, II, nr. 16040, noot M.A., en *R.T.D.C.*, 1969, 336 en 1970, 176, noot G. DURRY.

¹⁴⁶ In chronologische volgorde: Aix-en-Provence, 27 april 1972, *Gaz.Pal.*, 6 september 1972 en *R.T.D.C.*, 1973, 133, noot G. DURRY, TGI Parijs, 18 januari 1975, *Gaz.Pal.*, 15 maart 1975, Somm., 109, en *R.T.D.C.*, 1975, 310, noot G. DURRY; Cass., 8 oktober 1975, *Bull.civ.*, II, nr. 246, 198 en *R.T.D.C.*, 1976, 357, noot G. DURRY, TGI Lyon, 20 april 1977, *J.C.P.*, 1978, II, nr. 18915, Ch. en Cl., noot BRYON; Cass., 21 februari 1979, *D.*, 1979, I.R., 346, noot C. LARROUMET en I.R., 545, noot F. ALAPHILIPPE en J.P. KARAQUILLO.

¹⁴⁷ Noot onder Cass., 8 oktober 1975, *R.T.D.C.*, 1976, 357.

¹⁴⁸ Cass., 23 juni 1932, *Pas.*, 1932, I, 200; zie, voor de toestand vóór 1932, O. MALTER, noot onder Hof Luik, 18 januari 1928, *R.G.A.R.*, 1928, nr. 229; R.O. DALCQ, noot onder Hof Brussel, 31 mei 1963, *R.G.A.R.*, 1965, nr. 7412; R. DEKKERS, *o.c.*, II, nr. 280; H. DE PAGE, *o.c.*, II, nr. 1015; H. VANDENBERGHE, *l.c.*, 79, nr. 15; VANDENBERGHE e.a., *l.c.*, nrs. 103 e.v. en gecit. constante rechtspraak; zie, voor zaken, supra, voetnoot 136.

De leer van de risico-aanvaarding is bijgevolg ook hier bruikbaar, wanneer bedoeld wordt dat het slachtoffer een fout heeft begaan door het nemen van een abnormaal risico. Risico-aanvaarding is in dat geval niets anders dan een fout van het slachtoffer, die de bewaarder geheel of gedeeltelijk zal bevrijden.

Men zou zich het geval kunnen indenken van een go-cart die, wegens een gebrek in de stuurinrichting, de piste verlaat en toeschouwers verwondt¹⁴⁹. De bewaarder van de go-cart zou kunnen aantonen dat het slachtoffer zich op een onveilige afstand had opgesteld en daarom een fout begaan heeft¹⁵⁰.

Het Hof van Beroep te Luik besliste in die zin dat het feit dat het slachtoffer, een nieuweling als ruiter, aan een wandeling, die buitengewone risico's inhield, had deelgenomen, een fout uitmaakte. Bijgevolg oordeelde het hof dat het slachtoffer zelf voor een derde van de hem door het paard berokkende schade moest instaan¹⁵¹.

39. Moeilijker is de vraag of risico-aanvaarding in de zin van «het op zich nemen van schade die niet aan een fout te wijten is» in de risico-aansprakelijkheid mogelijk is.

Theoretisch zou men ontkennend moeten antwoorden. Bij risico-aansprakelijkheid is de bedoeling van de wet juist dat de bewaarder het «risico» zou dragen en niet het slachtoffer. Risico-aanvaarding zou de bedoeling van de wet ontkrachten.

Niettemin gaan er stemmen op om de risico-aanvaarding in de risico-aansprakelijkheid aan te nemen, nl. op het gebied van de paardesport¹⁵².

De vraag werd voor het eerst duidelijk gesteld voor de Rechtbank van Eerste Aanleg en het Hof van Beroep te Brussel¹⁵³. Bij een opvoering in een manège werd een ruiter gewond door het achteruitslaan van een paard dat door een andere deelnemer bereden werd¹⁵⁴. Op het verweermiddel dat het slachtoffer het risico van zulk een schade aanvaard had, antwoordde de rechtbank «dat het begrip stilzwijgende risico-aanvaarding» of beter «het op zich nemen van de normale risico's van de sport zonder

¹⁴⁹ Rb. Antwerpen, 12 december 1966, *R.W.*, 1966-67, 1724.

¹⁵⁰ Hof Brussel, 3 mei 1963, *J.T.*, 1964, 60.

¹⁵¹ Hof Luik, 1 december 1977, *De Verz.*, 1977, 849; zie ook Hof Luik, 4 juli 1953, *De Verz.*, 1954, 89, noot M.G.

¹⁵² R. ANDRÉ, noot onder Cass.fr., 8 november 1976, *R.G.A.R.*, 1979, nr. 10075; dezelfde, Fichier, *l.c.*, nr. 4 verso.

¹⁵³ Rb. Brussel, 16 oktober 1975, *R.G.A.R.*, 1977, nr. 9728; Hof Brussel, 17 oktober 1977, *R.G.A.R.*, 1978, nr. 9927.

¹⁵⁴ In de paardesport wordt de schade meestal veroorzaakt door het steigeren, het op hol slaan, het achteruitschoppen, enz.. Deze gedragingen van het paard maken geen toeval of overmacht uit in de zin van «vreemde oorzaak» (H. VANDENBERGHE, «Aansprakelijkheid voor zaken, dieren en gebouwen», *l.c.*, 79, voetnoot 132). Meermaals werd beslist dat het achteruitschoppen van een paard geen toeval of overmacht uitmaakt in de zin van vreemde oorzaak: Hof Brussel, 20 november 1938, *De Verz.*, 1938, 21; Hof Brussel, 18 januari 1971, *Pas.*, 1971, II, 117; Rb. Luik, 1 maart 1976, en Hof Luik, 1 december 1977, *De Verz.*, 1977, 845 en 849; Hof Brussel, 15 februari 1980, *R.W.*, 1980-81, 734. Het achteruitschoppen kan daarentegen wel bevrijdend werken, wanneer deze gedraging niet spontaan is, maar veroorzaakt is door een voorafgaande fout van het slachtoffer of van een derde: Hof Luik, 1 maart 1976 en Hof Luik, 1 december 1977, *De Verz.*, 1977, 845 en 849; Rb. Brussel, 3 februari 1978, *R.G.A.R.*, 1979, 10078.

belang is bij art. 1385 B.W., waar de aansprakelijkheid vermoed wordt, omdat de bewaker van het dier, volgens de gebruikelijke interpretatie van dit artikel, zijn aansprakelijkheid niet kan ontlopen door het bewijs dat hij geen fout begaan heeft».

De redenering van de rechtbank is juist: risico-aanvaarding betekent hier «het op zich nemen van schade die niet aan een fout te wijten is». Anders dan in de schuldaansprakelijkheid, moet in de risico-aansprakelijkheid de dader (d.i. de bewaker) zelf instaan voor de schade. Dit beginsel zou ontkracht worden indien de dader mocht bewijzen dat hij geen fout begaan heeft¹⁵⁵.

In hoger beroep overwoog het hof daarentegen dat «de theorie van de risico-aanvaarding slechts in aanmerking kan komen bij sporten waarvan de aantrekkingskracht vooral gelegen is in het geweld of in het bewust nemen van risico's zoals in de bokssport of in het autorennen; dat dit niet het geval is bij paardrijden in een manège, uitgebaat door een rijmeester-lesgever». O.i. is dit een minder goed argument, omdat risico-aanvaarding aanwezig is zodra de schade niet aan een fout te wijten is. Welnu, zulke toevallige schade kan men ook bij niet-gevaarlijke wedstrijden oplopen, al moet worden toegegeven dat de zorgvuldigheidsplicht van de spelers, vooral bij zogenaamde gevaarlijke sporten, beperkt wordt. Rest dan de vraag welke sport gevaarlijk is en welke niet. In tegenstelling tot wat de rechter in hoger beroep meent is de paardesport o.i. wel een gevaarlijke sport.

In zijn noot onder het arrest van het Franse Hof van Cassatie van 8 november 1976, dat de risico-aanvaarding als bevrijdingsgrond aanvaardt, betreurt André de beslissing van de Belgische rechters omdat ze dat niet doen¹⁵⁶. Terecht vindt deze auteur het niet billijk dat de risico-aanvaarding wel in de voetbal- en niet in de ruitersport aangenomen wordt, om de enkele reden dat de aansprakelijkheid in het tweede geval vermoed wordt. In beide gevallen is er immers sport, en sport betekent ook dat er een bepaalde sfeer is waardoor schadeverwekkende gedragingen onvermijdelijk worden. André zegt dit voortreffelijk: «... le juge du fond ne peut méconnaître le phénomène sportif...» Het achteruitslaan van een paard is een gevaar dat onvermijdelijk aan opvoeringen, rijlessen en uitstapjes in groep verbonden is. Ook het deelnemen aan wedrennen houdt altijd een zeker gevaar in dat inherent is aan de sport en geenszins aan de mededingers te wijten is¹⁵⁷. Daarover zal iedereen het wel eens zijn. De vraag is alleen hoe men het onweerlegbaar vermoeden van art. 1385 B.W. in de sport kan omzeilen.

André voelt iets voor het bevrijdingsbeding, als oplossing voor het probleem. Deze oplossing zou inderdaad juridisch aanvaardbaar zijn en zeer praktisch, maar boven werd reeds aangetoond waarom de oplossing moet worden verworpen¹⁵⁸. Uit andere vonnissen en arresten kan men

enigszins afleiden dat het begrip «risico-aanvaarding» ook in de paardesport moet worden aangenomen als bevrijdingsgrond¹⁵⁹.

In de recente Franse rechtspraak wordt uitdrukkelijk aangenomen dat de toepassing van art. 1385 C. Civ. in de sport wordt uitgesloten door de risico-aanvaarding. Het Franse Hof van Cassatie besliste tweemaal dat de deelnemers aan paardenrennen geacht worden de risico's die aan de beoefening van deze sport inherent zijn, te aanvaarden¹⁶⁰: «Attendu qu'en subordonnant l'exonération du gardien de l'animal à la preuve d'un comportement fautif de la victime, sans avoir égard aux risques normaux, inhérents à la course à laquelle cette victime participait en connaissance de cause, la Cour d'appel n'a pas donné une base légale à sa décision», aldus het Hof in zijn arrest van 8 november 1976.

Duidelijker kan niet. Positief is zeker het verwerpen van elke discriminatie tussen schuld- en risico-aansprakelijkheid: in beide gevallen draagt het slachtoffer en niet de schadeverwekker of de bewaarder het risico. Minder lovenswaardig is de motivering van de beslissing, want het Hof zegt niet welke rechtsgrond gebruikt werd om de toepassing van art. 1385 C. civ. in de paardesport te weren. Is het de toestemming, de overeenkomst betreffende de aansprakelijkheid? O.i. is het deze laatste rechtsfiguur, net zoals dat het geval is bij de aansprakelijkheid voor zaken¹⁶¹.

Besluit

40. Risico-aanvaarding wordt door de Belgische rechtspraak en rechtsleer op verschillende rechtsfiguren gefundeerd.

De meest gebruikte rechtsfiguur is ongetwijfeld de fout van het slachtoffer. Immers, waar in verkeerszaken het begrip risico-aanvaarding aangewend wordt, bedoelt men nagenoeg altijd dat het slachtoffer een deel van zijn schade zelf moet dragen omdat het zelf een fout begaan heeft. Die fout bestaat nl. uit het nemen van een abnormaal risico.

Daaruit volgt dat alle beginselen met betrekking tot de fout van het slachtoffer, en vooral dan die met betrekking tot de verdeling van aansprakelijkheid tussen dader en slachtoffer, van toepassing zijn. Zodoende wordt risico-aanvaarding herleid tot een species van «fout van het slachtoffer». Het is dan ook niet verwonderlijk dat de meeste Belgische auteurs het gebruik van het begrip risico-aanvaarding in deze betekenis als overbodig en verwarrend bestempelen.

André is de enige Belgische auteur die uitdrukkelijk de stelling verdedigt dat risico-aanvaarding eerst en vooral als een daad van het slachtoffer moet worden beschouwd, en uit dien hoofde alleen een rechtvaardigingsgrond uitmaakt. Daarin wordt hij echter noch door de rechtspraak,

gold voor de eigenaar van paarden m.b.t. zijn aansprakelijkheid op grond van art. 1385 B.W.. Zie supra, voetnoot 106.

¹⁵⁹ Hof Brussel, 22 december 1976, *R.G.A.R.*, 1979, nr. 9990; Rb. Brussel, 3 februari 1978, *R.G.A.R.*, 1979, nr. 10078; het gaat hier om *obiter dicta*.

¹⁶⁰ Cass.fr., 16 juni 1976, *J.C.P.*, 1977, nr. 18585, noot A. BENABENT, en *R.T.D.C.*, 1977, 329, noot G. DURRY; Cass.fr., 8 november 1976, *J.C.P.*, 1977, nr. 18759, noot A. BENABENT, en *R.G.A.R.*, 1979, nr. 10075, noot R. ANDRÉ.

¹⁶¹ Zie supra, nr. 37 in fine.

¹⁵⁵ Hof Brussel, 18 januari 1971, *Pas.*, 1971, II, 117; R.O. DALCQ, noot onder Hof Brussel, 31 mei 1963, *R.G.A.R.*, 1965, nr. 7412; M. MAHIEU, noot onder Rb. Nijvel, 6 februari 1979, *J.T.*, 1979, 253.

¹⁵⁶ Noot onder Cass. fr., 8 november 1976, *R.G.A.R.*, 1979, nr. 10075.

¹⁵⁷ Rb. Turnhout, 7 februari 1973, *R.W.*, 1973-74, 1169.

¹⁵⁸ De Rechtbank van Eerste Aanleg te Turnhout besliste dat de stilzwijgende overeenkomst tussen de deelnemers tot wederkerige uitsluiting van aansprakelijkheid voor gewone fouten ook

noch door de rechtsleer gevolgd. Deze laatste meent immers dat de niet-foutieve daad van het slachtoffer in de schuld aansprakelijkheid geen rechtvaardigingsgrond kan uitmaken.

In het buitenland heeft risico-aanvaarding als toestemming van het slachtoffer vele aanhangers. In het Belgische recht daarentegen wordt deze oplossing verworpen, omdat men van oordeel is dat de toestemming van het slachtoffer het onrechtmatig karakter van de schadeverwekkende daad niet kan wegnemen. Zelfs in de sport is het in werkelijkheid de wetgever, en niet het slachtoffer, die de onrechtmatigheid opheft. De toestemming betreft in dat geval enkel de deelname aan de wedstrijd.

Risico-aanvaarding als het bij voorbaat stilzwijgend afstaan van het recht op schadevergoeding, wordt door geen enkele auteur als mogelijke oplossing in aanmerking genomen. Dit is wel vreemd, omdat deze rechtsgrond in vergelijking met de druk besproken toestemming van het slachtoffer, weinig bezwaren met zich meebrengt.

Volgens Schut moet risico-aanvaarding als rechtsverwerking-bij-voorbaat beschouwd worden. Wat dit juist inhoudt, wordt door deze auteur noch uitgewerkt, noch passend geïllustreerd.

Streefkerk vindt dat risico-aanvaarding een autonome rechtvaardigingsgrond uitmaakt, maar hij slaagt er niet in op een afdoende wijze aan te tonen dat dit in werkelijkheid het geval is.

Slechts in een zeer klein aantal gevallen heeft de Belgische rechtspraak een beroep gedaan op de overeenkomst

betreffende de aansprakelijkheid als grondslag voor risico-aanvaarding. Dit komt, en de rechtsleer is het daarmee volledig eens, omdat zulk een overeenkomst tussen schadeverwekker en slachtoffer, waarbij de aansprakelijkheid van de eerstgenoemde beperkt wordt in werkelijkheid bijna nooit bestaat.

Ten slotte wordt het begrip risico-aanvaarding dikwijls gebruikt in die gevallen waarin het slachtoffer de door hem opgelopen schade zelf moet dragen, omdat de dader «eigenlijk» geen fout begaan heeft. Deze betekenis vindt men vooral in de sport terug. Meestal heeft de schadeverwekkende speler bij een sportwedstrijd inderdaad geen fout begaan. Dit komt omdat de algemene zorgvuldigheidsplicht van de spelers tegenover elkaar bij sportwedstrijden kleiner is dan in het gewone maatschappelijk verkeer. Een beroep doen op het begrip risico-aanvaarding is dus ook hier overbodig. De rechter dient alleen maar uit te maken of er al dan niet een fout begaan is.

In de risico-aansprakelijkheid is het vooral de vraag of risico-aanvaarding in deze laatste betekenis mag worden gebruikt. Zoals het woord het zelf zegt, moet in dat geval niet het slachtoffer, maar de schadeverwekker het risico dragen. Toch vindt men inzake paardesport enkele beslissingen die erop wijzen dat er in de toekomst wel eens een uitzondering zou kunnen worden gemaakt op het onweerlegbaar vermoeden van art. 1385 B.W..

N. GEELHAND
m.m.v. Ph. VERBEECK

RECHTSPRAAK

BENELUW-GERECHTSHOF

22 DECEMBER 1981

President: de h. Goerens

Advocaat-generaal: de h. Dumon

Advocaten: mrs. Houtekier en De Gryse

Verzekering — Motorrijtuigen — Benelux-Overeenkomst — Gemeenschappelijke Bepalingen — Houder — Begrip.

Het begrip «houder» in art. 3, §1, van de Gemeenschappelijke Bepalingen behorende bij de Benelux-Overeenkomst betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen, kan niet worden uitgebreid tot een persoon die niet zelf of door middel van een ander de feitelijke heerschappij over het motorrijtuig heeft.

Dat een persoon een, zij het vereist, stuk ter beschikking stelt voor het motorrijtuig en dat hij tevens passagier wordt van dat rijtuig, is op zichzelf niet voldoende om deze persoon als houder van het rijtuig aan te merken. Dit geldt ook voor het geval dat deze persoon autonummerplaten heeft verschaft, zelfs als hij wist dat het rijtuig niet geïmmatriculeerd was en dat de burgerrechtelijke aansprakelijkheid waartoe het rijtuig aanleiding kon geven, niet gedekt was door een verzekering. Telkens moet nader

onderzocht worden of de bedoelde persoon de feitelijke heerschappij over het voertuig had.

Van H. en M. t/ Het Gemeenschappelijk
Motorwaarborgfonds

Conclusie van de advocaat-generaal F. Dumon

De feiten die hebben geleid tot het arrest van het Hof van Beroep te Gent van 15 januari 1980 dat thans is voorgelegd aan het Hof van Cassatie, hetwelk een prejudiciële vraag van uitleg tot ons Hof heeft gericht, zijn blijkens de memories van de partijen die een juiste analyse van dat arrest en van het arrest van het Hof van Cassatie geven, de volgende.

Op 17 juni 1979 om 21.45u. deed zich een zwaar verkeersongeval voor te Menen, waarvoor ene D. Christian door voornoemd arrest van het Hof van Beroep te Gent penaal verantwoordelijk en civielrechtelijk aansprakelijk werd verklaard.

Wijlen Van H. Rita, dochter van Van H. en M., eisers voor het Hof van Cassatie, die in de door D. bestuurde wagen had plaatsgenomen, kwam ten gevolge van dat ongeval om het leven.

De «Alfa Romeo» toerismewagen waarmee D. Christian het ongeval heeft veroorzaakt was zijn eigendom en werd, toen het ongeval plaatsgreep, door hemzelf bestuurd.

Het rijtuig was niet verzekerd. Alvorens zich daarmee op de openbare weg te begeven had D. met medeweten van wijlen Rita Van H. — die zijn verloofde was — de aan haar toebehorende autonummerplaten op zijn eigen «Alfa Romeo» wagen aangebracht.

Wegens deze omstandigheden werd wijlen Rita Van H. door het Hof van Beroep te Gent als «houderes» van het rijtuig beschouwd.

Het Hof van Beroep te Gent overwoog: «Het slachtoffer Rita Van H. kon niet onwetend zijn dat de eerste beklagde (D. Christian) niet verzekerd was toen hij zijn niet geïmmatriculeerd voertuig bestuurde na er de nummerplaten op aangebracht te hebben van haar eigen voertuig. Door in die voorwaarden in dit voertuig plaats te nemen was zij te beschouwen als mede-houder van dit voertuig in de zin van artikel 4, 1^o, van het koninklijk besluit van 5 januari 1957 en beschikte zij over geen enkel verhaal tegen het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds. Hetzelfde geldt voor de burgerlijke partijen Van H.-M., doch enkel voor zover zij vergoeding vorderen voor lasten van de nalatenschap».

Artikel 1 van het koninklijk besluit van 5 januari 1957 bepaalt: «Het gemeenschappelijk waarborgfonds wordt in de plaats van de verplichtingen van de aansprakelijke dader gesteld, voor de vergoeding van de schade voortvloeiende uit lichamelijke letsels, in België veroorzaakt door motorrijtuigen die krachtens de wet van 1 juli 1956 moeten verzekerd zijn, wanneer het betrokken rijtuig niet verzekerd is overeenkomstig de bepalingen van die wet of wanneer iemand zich door diefstal of geweldpleging van het rijtuig heeft meester gemaakt ...»

Artikel 4, 1^o, van hetzelfde koninklijk besluit bepaalt: «Het gemeenschappelijk waarborgfonds is niet tot vergoeding gehouden tegenover: 1^o de eigenaar, de houder of de bestuurder van het niet verzekerde motorrijtuig dat de schade heeft veroorzaakt...».

Bij het arrest van 10 februari 1981 verzoekt het Hof van Cassatie «het Benelux-Gerechtshof artikel 3, § 1, van de gemeenschappelijke bepalingen behorend bij de Overeenkomst betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen uit te leggen en meer bepaald het begrip 'houders van het voertuig' nader toe te lichten».

Inleidende opmerkingen

1^o Het ligt voor de hand, dat ons Hof geen uitlegging vermag te geven van het rechtsbegrip «houder ... van het voertuig», zoals het in artikel 4, 1^o, van het koninklijk besluit van 5 januari 1957 geformuleerd staat. Immers, het betreft daar geen «gemeenschappelijke rechtsregel» in de zin van artikel 1-2 van het Verdrag van 31 maart 1965.

Het Hof van Cassatie is zich dat vanzelfsprekend bewust, en het is wel van een rechtsbegrip waarop een «gemeenschappelijke rechtsregel» in de zin van het Verdrag zich beroept, dat het de uitlegging vraagt.

Hoe komt dat Hof tot zulk een verzoek?

a) In het arrest waarbij het Hof van Cassatie ons een vraag van uitleg stelt, overweegt dat rechtscollege dat de «houder van het voertuig» dat niet verzekerd is en de schade heeft veroorzaakt, die geen verhaal heeft, met toepassing van artikel 4, 1^o, van het koninklijk besluit van 5 januari 1957 tegen het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds, is de «houder» bedoeld door artikel 3, eerste lid, van de wet van 1 juni 1956 betreffende de verplichte

aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen.

Deze uitlegging van het koninklijk besluit van 5 januari 1957 valt kennelijk buiten de toetsing en de bevoegdheid van ons Hof.

Echter is zij de oorzaak van de uitlegging die ons wordt gevraagd.

Nu het Hof van Cassatie overweegt, dat het rechtsbegrip «houder van het rijtuig» *identiek* is met het begrip neergelegd in artikel 3, eerste lid, van de wet van 1 juli 1956, hetwelk zelf ook identiek is met dat van artikel 3, § 1, van de gemeenschappelijke bepalingen behorende bij de Benelux-Overeenkomst betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen — een «gemeenschappelijke rechtsregel» in de zin van het Verdrag van 31 maart 1965 — legt dat rechtscollege ons in conformiteit met dat Verdrag een vraag van uitleg voor van dat in die gemeenschappelijke bepalingen neergelegd begrip.

b) Het is gewis hun nationale wet — in casu artikel 3 van de wet van 1 juli 1956 — die de Belgische gerechten, én dus het Belgische Hof van Cassatie, moeten toepassen, maar die nationale wet is niettemin een «gemeenschappelijke rechtsregel» geworden die het Hof van Cassatie, met toepassing van artikel 6-3 van het Verdrag van 31 maart 1965, verplicht is door het Benelux-Gerechtshof te laten uitleggen ingeval er een vraag van uitleg bestaat waarvan de beantwoording noodzakelijk is om zijn arrest te kunnen wijzen.

Het spreekt vanzelf dat, zo nationale wetten die worden aangenomen met toepassing van een Benelux-Overeenkomst, zoals die waarmee wij thans te maken hebben, niet de omschrijving «gemeenschappelijke rechtsregel» kregen in de zin van het Verdrag van 31 maart 1965, het geen zin zou hebben dat de Benelux-verdragen, overeenkomsten en protocollen de hoedanigheid van «gemeenschappelijke rechtsregels» zouden geven aan «gemeenschappelijke bepalingen» of model-wetten die, allemaal, uit kracht van die verdragen, overeenkomsten en protocollen — en met het oog op de harmonisering van het recht — in de nationale wetgevingen moeten worden opgenomen. Die «gemeenschappelijke bepalingen» of model-wetten worden niet toegepast door de nationale gerechten; toegepast worden alleen, zoals hiervoren is gezegd, de nationale wetten, genomen op grondslag van die gemeenschappelijke bepalingen of van die model-wetten.

Zoals het Benelux-Gerechtshof reeds heeft beslist bij het arrest van 16 april 1980 — zaak A 79/1 — is het feit dat de Belgische wet — artikel 3 van de wet van 1 juli 1956 — dagtekent van vóór het Benelux Verdrag met zijn bijlagen in dit opzicht onverschillig.

Wanneer dus met betrekking tot die nationale wetten een vraag van uitleg rijst, schort de nationale rechter zijn uitspraak op om de uitlegging aan het Benelux-Gerechtshof te vragen.

Dit rechtscollege moet evenwel *niet de nationale wetten* uitleggen, zelfs zo daarin de bepalingen, door de Benelux-verdragen, overeenkomsten en protocollen gegeven, letterlijk zijn opgenomen ... doch enkel de bepalingen zelf van die verdragen, overeenkomsten en protocollen, van de bijlagen daarvan ... van de «model-» of «typewetten» — ten deze artikel 3, § 1, van de gemeenschappelijke bepalingen behorende bij de Benelux-Overeenkomst betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen.

De Belgische wet heeft nochtans artikel 3, § 1, van de «gemeenschappelijke bepalingen», waarin het begrip «houder» staat vermeld, niet tekstueel overgenomen.

Immers, terwijl dit artikel 3, § 1, bepaalt: «De verzekering moet de burgerrechtelijke aansprakelijkheid dekken van de eigenaar, van ieder houder, van iedere bestuurder van het verzekerde motorrijtuig en van iedere vervoerde persoon, zulks met uitzondering van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van hen die zich door diefstal of geweldpleging de macht over het motorrijtuig hebben verschaffen en van hen die, *dit wetende, een dergelijk motorrijtuig zonder geldige reden gebruiken*», luidt artikel 3, lid 1, van de Belgische wet van 1 juli 1956: «De verzekering moet de burgerrechtelijke aansprakelijkheid dekken van de eigenaar, van iedere houder en van iedere bestuurder van het verzekerde motorrijtuig, zulks met uitzondering van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van hen die zich door diefstal of geweldpleging de macht over het motorrijtuig hebben verschaffen».

Deze divergentie geeft evenwel ter zake niet, nu beide teksten hetzelfde begrip «houder» vermelden, het begrip nl. dat wij worden verzocht uit te leggen.

In dit opzicht is het van belang ontbloot, dat de Beneluxtekst de verplichting vermeldt ook de burgerrechtelijke aansprakelijkheid «van iedere vervoerde persoon» te dekken, terwijl de Belgische tekst dit niet doet.

Enig belang kan het daarentegen misschien wel hebben, dat de Beneluxtekst van de verzekering uitsluit «hen die, *dit wetende, een dergelijk motorrijtuig zonder geldige reden gebruiken*», want het kan zijn dat aldus een nadere verduidelijking bij het begrip «houder» wordt gegeven.

2° Het Hof van Cassatie formuleert zijn vraag van uitleg op een uiterst eenvoudige, men mag zelfs zeggen summier wijze. Het bepaalt er zich bij ons te verzoeken «het begrip 'houders van het voertuig' nader toe te lichten».

Het lijkt mij voor de hand te liggen dat, zo wij ons ermee vergenoegden louter in het algemeen te antwoorden, met terzijdelating van het welbepaald uitlegingsprobleem dat aan het Hof van Cassatie wordt voorgelegd en onder verstreking alleenlijk van een doctrinale definitie van het begrip, wij voor het nationaal rechtcollege dat ons raadpleegt niets nuttigs zouden doen en de opdracht niet zouden vervullen waarmee het Verdrag van 31 maart 1965 ons heeft bekleed.

De memorie van toelichting bij dat Verdrag luidt: «Men kan nu eenmaal bezwaarlijk abstraheren van de feiten van het concrete geval die vaak ingewikkeld maar ook telkens weer anders zijn. Inderdaad zal men slechts met kennis van die omstandigheden in staat zijn om op juiste wijze het rechtspunt vast te stellen ... Volgens de bedoeling van de opstellers van het ontwerp zal het Beneluxhof dan ook niet mogen fungeren als rechtsacademie die leerstellingen opbouwt op grond van veronderstelde feiten».

In strijd met wat sommigen hebben kunnen menen wat de procedure betreft waarin de artikelen 177 E.E.G. en 150 E.G.A. voorzien, wordt het Europees Hof met het verzoek de uitlegging te geven die geboden is uit aanmerking van de welbepaalde aan het nationaal gerecht voorgelegde feiten geenszins verzocht de norm, waarvan de uitlegging vereist is, «toe te passen», en niet eenvoudig uit te leggen. Dezelfde bedenkingen moeten vanzelfsprekend gelden ten aanzien van de vragen die tot het Benelux-Gerechtshof worden gericht.

Niet lang geleden werd geschreven¹: «De rechter is niet los van alle feitelijke betrokkenheid, doch met het oog op een concreet geval tot uitlegging geroepen, hoewel hij zich er rekenschap van dient te geven dat hij zich in alle verdere gevallen aan zijn uitlegging zal hebben te houden. Wanneer hij de zaak dus moet verwijzen naar een andere rechter die in zijn plaats tot uitlegging heeft over te gaan — bij voorbeeld langs de weg van artikel 177 EEG — zal hij die andere rechter ook in staat moeten stellen zijn plaats in te nemen — en hem volledig informeren, hem van de feiten in kennis stellen, hem precies op de hoogte stellen van het concrete probleem dat de uitleggingsvraag deed rijzen. Komt dat neer op een uitnodiging aan andere rechters — het Hof van Justitie — een norm toe te passen? Die vraag moet ontkennend worden beantwoord. Toepassing wil zeggen: aan de uitlegging van de norm en de vaststelling en beoordeling der feiten een welbepaalde consequentie verbinden, die het dictum van de uitspraak wordt. Het Hof van Justitie is in het kader van artikel 177 EEG nooit geroepen de feiten vast te stellen en te beoordelen en daaruit — ofwel zelfs uit de uitlegging welke het aan de rechtsregels zal geven — een conclusie te trekken. Men mag ... het Hof van Justitie ... niet verplichten om, met name in het dossier, naar de feiten te rechercheren ... De rechter moet dus zelf precies opgeven met betrekking tot welke feiten de uitleggingsvraag is gerezen».

Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen heeft meermaals eraan herinnerd, dat, om aan de nationale rechter een dienstige uitlegging te verschaffen, nadere inlichtingen omtrent het juridisch raam, omtrent de feiten der zaak, waarvoor een interpretatieprobleem rijst, noodzakelijk zijn².

In deze geest bepaalt artikel 6-5 van het Verdrag van 31 maart 1965: «De beslissing waarbij uitleg wordt gevraagd omschrijft de feiten, waarop de door het Beneluxhof te geven uitleg moet worden toegepast».

Enkele overwegingen van het arrest van het Hof van Cassatie, en de aanhaling door dit Hof van de door de partijen voorgestelde middelen bezorgen ons aanduidingen die precies genoeg zijn, aangaande het «juridisch raam» en de feiten der zaak, om ons in staat te stellen onze uitleggingsopdracht te vervullen.

Deze feiten werden beknopt samengevat — ik moge er even aan herinneren — in de aanhef van deze conclusie.

Betekenis en draagwijdte van het begrip «iedere houder ... van het motorrijtuig»

Van wezenlijk belang dunkt het mij hier van meet af aan te beklemtonen — en wij zullen erop terugkomen — dat onderscheid moet worden gemaakt tussen de toestand van een persoon die «houder» van het voertuig is en de toestand van diegenen die gewoon profijt of genot halen uit de voordelen of mogelijkheden welke het rijtuig kan verschaffen of die door een rechtmatige of onrechtmatige daad een eigenaar, bestuurder of houder toestaan zelf over het rijtuig te beschikken, het te gebruiken of het genot ervan te hebben.

¹ De jurisprudentie van het Hof van Justitie — Kritische bespreking van de uitleggingsmethoden — Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen — p. III-29 en 30, Luxemburg 1976.

² Raadpl. o.m. de arresten van 12 juli 1979 — zaak 244/78 — en 10 maart 1981 — zaken 36 en 71/80.

Degene die in een door een derde persoon bestuurd rijtuig wordt vervoerd is in beginsel niet de houder van dat rijtuig; ik zeg «in beginsel», want degene ter beschikking van wie het rijtuig is gesteld, o.m. door de eigenaar ervan, en die zich door een derde laat «voeren» is een houder; dit is het geval voor een garagehouder die, verzocht een rijtuig te repareren en na te gaan of het rijklaar is, zich met dit doel door een van zijn mecaniciens of chauffeurs laat voeren.

Het lijkt mij ook voor de hand te liggen, dat degene die aan de eigenaar of bestuurder van een rijtuig een luchtband, een wiel of zelfs papieren waarmee op de openbare weg gereden kan worden leent, ofschoon hij hun een bijstand, ja zelfs een essentiële bijstand verstrekt, niet een «houder» van het rijtuig is, tenzij men de zin en de draagwijdte van dat begrip te enenmale verdraait.

Hij die aan de eigenaar, de bestuurder of de houder van het rijtuig nummerplaten leent waarmee deze bij de politieke autoriteiten een schijn van regelmatigheid in het verkeer kan wekken, verstrekt voorzeker een wezenlijke bijstand, die trouwens eventueel, naar gelang van de nationale wetgeving, een penale handeling van een mededader of medeplichtige kan opleveren ... maar wordt niet, meen ik, een «houder». Natuurlijk, wanneer ik nu reeds deze bedenkingen geef loop ik vooruit — en men gelieve mij erom te verontschuldigen — op de conclusie die ik behoor te geven.

Toch zeg ik het onmiddellijk, want het Hof van Beroep te Gent, in zijn aan het toezicht van het Hof van Cassatie voorgelegde arrest, overweegt dat Rita Van H., die bij het ongeval om het leven kwam, «mede-houder» was van het rijtuig dat het ongeval veroorzaakte omdat zij in dat rijtuig had plaatsgenomen en omdat zij, hoewel wetende dat het niet verzekerd was, daarop de aan haar toebehorende nummerplaten had aangebracht.

De h. en mevr. Van H.-M. zijn van mening, dat onder «houder van het voertuig» dient te worden verstaan dat «de persoon die het houderschap heeft, door bepaalde materiële daden het kwestieuze voertuig in zijn feitelijk bezit dient te hebben en dat het aanbrengen van een nummerplaat, zonder welke andere daad ook, geenszins inhoudt dat daardoor wijlen Van H. Rita houder geworden is van het voertuig».

Het Gemeenschappelijke Motorwaarborgfonds stelt, hoewel het belang heeft bij de bevestiging van de uitlegging die het Hof van Beroep te Gent van het begrip heeft gegeven, een voorzichtig antwoord voor dat, mijns inziens, evenmin tot goedkeuring van die uitlegging zou kunnen leiden.

Het is van oordeel dat «moet besloten worden dat 'houder' in de zin van artikel 3, § 1, van de gemeenschappelijke bepalingen bij de Benelux-Overeenkomst betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen, in de ruimste zin moet worden uitgelegd, nl. als een persoon die zonder passagier, eigenaar of bestuurder te zijn, de materiële beschikking over een motorrijtuig heeft, zonder dat daarbij een 'animus' of bedoeling tot bezitten voor zichzelf vereist is».

Nochtans had het Fonds voorheen geoordeeld: «In de zaak die aanleiding gaf tot het stellen van de vraag om uitleg betreffende het begrip 'houder', kon het Hof van Beroep te Gent wettelijk beslissen dat wijlen mevrouw Rita Van H. 'mede-houder' was van het voertuig dat eigendom was van de heer Christiaan D. en dat deze

laatste zelf bestuurde. Het hof van beroep stelde immers vast dat de nummerplaten van het voertuig van mevrouw Van H. op het niet-geïmmatriculeerd voertuig van de heer D. werden overgeplaatst en dat mevrouw Van H. daarna in de auto van de heer D. had plaatsgenomen, waaruit volgt dat zij een feitelijke materiële macht over de auto van D. had (zij kon bijvoorbeeld op ieder ogenblik haar nummerplaten teruggeisen, waarna de heer D. waarschijnlijk zijn weg niet zou hebben voortgezet».

De Benelux «wetgever» verstrekt ons weinig aanduidingen nopens het begrip «houder ... van het rijtuig».

Het enige bestaande element is een gedeelte van de gemeenschappelijke toelichting die bij de Benelux-Overeenkomst en haar bijlagen gevoegd werd, toelichting waarnaar de nationale wetgevers konden verwijzen en waarnaar zij hebben verwezen toen zij die Overeenkomst goedkeurden.

Daarin staat te lezen: «De verzekering heeft een zeer ruime strekking. In dit artikel wordt in de eerste plaats een nauwkeurige omschrijving gegeven van de personen wier aansprakelijkheid door de overeenkomst moet worden gedekt. De overeenkomst moet niet alleen de aansprakelijkheid van de eigenaar dekken (persoonlijke aansprakelijkheid, aansprakelijkheid voor degenen voor wie hij verantwoordelijk is en voor de zaken die hij onder zijn toezicht heeft), zij moet bovendien de aansprakelijkheid dekken van iedere gebruiker, die een ander is dan de eigenaar (bv. de huurder, de lener, de bewaarnemer) en tenslotte van iedere bestuurder».

Acht slaande op de Nederlandse tekst van dat gedeelte van de gemeenschappelijke toelichting, betoogt het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds: «De vertaling van 'détenteur' in de Nederlandse tekst van de toelichting door 'gebruiker', waar in de gemeenschappelijke bepalingen over 'houder' wordt gesproken, de opsomming van een niet beperkte reeks voorbeelden in de toelichting, de aanhef van de toelichting bij artikel 3 die zegt dat de verzekering een zeer ruime strekking heeft, alsmede de aanduiding dat ook personen verschillend van de eigenaar, bestuurder en passagier, maar die het motorrijtuig gebruiken, bedoeld worden, verklaren dat de term 'houder' in de ruimste zin moet worden geïnterpreteerd».

Die commentaren en verduidelijkingen doen ons natuurlijk niet genoeg gegevens aan de hand om op de gestelde vraag te kunnen antwoorden.

Dit lijkt mij trouwens niet verwonderlijk. Toen de opstellers van de Benelux-Overeenkomst en de daarbij behorende gemeenschappelijke bepalingen het begrip «houder» vermeldden, vonden zij niets uit, bewandelden zij geen nieuwe paden, maar hanteerden zij een courant begrip, ja zelfs een gemeenrechtelijke notie, die in de drie rechten der Benelux Staten bekend is en waarvoor dus aan aanvullende toelichtingen geen behoefte was.

Er bestaat niet de minste reden om aan te nemen dat in die Overeenkomst en in haar bijlagen aan het begrip «houder» een betekenis en een draagwijdte werden toegekend, verschillend van die welke aan de drie Benelux Staten eigen en gemeen zijn, welke sedert eeuwen geregeld in die drie landen aangewend en ingeroepen worden en welke in hun doctrine en hun jurisprudentie gecommuniceerd en gepreciseerd werden.

Men is geneigd — en ik ben mij dat bewust — conclusies te trekken uit de zo vaak ingeroepen slagzin van de «specificiteit» van die of die bepaalde rechtscategorie — so-

ciaal recht, strafrecht, belastingrecht ... en men zal er ongetwijfeld het Benelux recht aan toevoegen — om aan welbepaalde begrippen van het burgerlijk recht — ons gemeene recht — of van het koop handelsrecht andere of afwijkende betekenissen en portées te geven.

Dat is natuurlijk niet uitgesloten, maar voordat men die richting inslaat is het zaak aandachtig en degelijk na te gaan of de wetgever, zowel door zijn teksten als door de geest waarin hij legifereerde en door de doeleinden die hem voor ogen stonden, waarlijk aan gemeenrechtelijke begrippen betekenissen en portées heeft willen toekennen die verschillen van die welke zij in dat recht hebben.

Kennelijk zijn bij het probleem dat ons hier bezighoudt welbekende en precieze begrippen van gemeen recht — van burgerlijk recht — aan de orde: detentie, en de «verwanten» daarvan: eigendom, bezit ...

Niets, volstrekt niets biedt ons houvast om aan te nemen, dat het begrip «detentie» in de Benelux-Overeenkomst en haar gemeenschappelijke bepalingen een betekenis en een draagwijdte heeft gekregen die verschillen van die welke het in het gemeene recht van de drie Benelux Staten heeft.

Ik zal mij ertoe beperken, om die betekenis en die draagwijdte in herinnering te brengen, een paar auteurs aan te halen en moge zo vrij zijn mij op twee arresten van het Hof van Cassatie te beroepen.

Ik meen dat het nuttig is de doctrine van professor De Page tamelijk uitvoerig te citeren ³:

«844. De la détention, ou possession précaire. — On appelle détenteur celui qui tient une chose avec la permission ou pour le compte d'autrui. Peut-être réalise-t-il l'élément matériel de la possession, le *corpus*: mais il lui manque l'élément psychologique, l'*animus*. En effet, s'il à la chose en mains, c'est uniquement en vertu d'un titre qui explique pourquoi il est et pourquoi il est laissé en possession, bien qu'il ne soit nullement propriétaire.

Voici les principaux détenteurs: a) le locataire ou le fermier; b) le métayer; c) l'usufruitier; d) l'usager; e) l'emphytéote; f) le créancier gagiste; f) le créancier saisissant; h) le créancier antichrésiste; i) le dépositaire; j) le séquestre; k) le commodataire; l) les administrateurs du bien d'autrui, tels que mandataires (conventionnels ou légaux), tuteurs, maris, gérants d'affaires; m) le vendeur avant la livraison.

Ajoutons-y certaines situations particulières: n) le public n'a guère que la détention du chemin public (ou seulement du droit de passage), pour le compte de la commune; o) les pauvres n'ont que la détention, pour le compte de la commission d'assistance publique, de l'immeuble qu'ils occupent gratuitement à titre de secours; p) certains ordres religieux détiennent des bâtiments pour le compte de l'Etat.

On remarquera que la liste des détenteurs est beaucoup plus longue que celle des possesseurs. Ceux-ci n'en sont pas moins plus nombreux, car ils comprennent la catégorie la plus importante, celle pour laquelle la protection possessoire fut vraisemblablement inventée: tous les propriétaires, et ceux qui croient l'être.

Observons aussi qu'une même personne peut se trouver simultanément possesseur et détenteur par rapport à un même bien: ce même bien, en effet, peut être l'objet de plusieurs droits différents. Supposons un immeuble grevé

d'usufruit. Cet immeuble fait l'objet de deux droits simultanés: le droit de propriété du nu propriétaire, le droit d'usage et de jouissance de l'usufruitier. C'est ce dernier qui possède l'immeuble. Il le possède comme simple détenteur au regard de la propriété, qu'il s'interdit de prescrire, mais comme possesseur légal au regard de l'usufruit.

845. De la possession par l'intermédiaire d'autrui. — Lorsqu'un bien est entre les mains d'un détenteur, il ne cesse pas pour cela d'avoir un possesseur légal. Ce possesseur, c'est celui de qui le détenteur tient la chose. C'est le propriétaire véritable, ou supposé tel: le bailleur, le nu propriétaire, le débiteur gagiste, le déposant, le prêteur, le mandant, le maître de l'affaire. Ce sont ces personnes qui pourront invoquer les avantages légaux de la possession: prescription, protection possessoire (ou art. 2279). Sans doute n'ont-elles plus le *corpus possessionis*, puisque les faits de possession ne sont pas accomplis par eux, mais par d'autres, — locataires, usufruitiers, emprunteurs, etc. Mais ils ont l'*animus domini*, l'intention de conserver la chose pour eux. Et cet élément intentionnel a fini par prédominer. Si curieux que cela paraisse dans une matière dont le point de départ est essentiellement concret, l'élément intentionnel, l'*animus*, l'emporte dans l'analyse de la possession sur l'élément matériel, le *corpus*. Il sera possible de posséder légalement par l'intermédiaire d'autrui, *animo sua, corpore alieno*; inversement, de détenir légalement pour le compte d'autrui...».

De memorie, ingediend namens de h. en mevr. Van H., vermeldt zeer ad rem Cassart, Bodson en Pardon die, in hun werk *L'assurance automobile obligatoire* (p. 129), met correcte toepassing van de leer van professor De Page, t.a.v. het begrip «houder» in de Belgische wet van 1 juli 1956, welk begrip hetzelfde is als in de Benelux-Overeenkomst, schrijven:

«Responsabilité de tout détenteur. — Ce terme juridique qui apparaît pour la première fois dans la loi du 1er juillet 1956 et que les polices antérieures n'avaient point l'habitude de mentionner est particulièrement bien choisi lorsqu'on y réfléchit.

En fait, il s'agit de protéger quiconque non seulement conduit le véhicule, et pour cela l'expression tout conducteur a été mentionnée, mais encore quiconque tient *sous sa main* une chose avec la permission ou pour le compte d'autrui ...

L'on peut dire que l'expression dans son ensemble tout détenteur ou tout conducteur couvre n'importe quelle personne qui détient un instant le véhicule, en garde un instant le *corpus*, même s'il n'a pas l'intention de posséder le véhicule.

Seront donc couverts:

- a) celui qui loue une auto sans chauffeur;
- b) celui qui demande à son patron, à son ami, à son parent l'usage du véhicule pendant quelques heures ou quelques minutes;
- c) le garagiste qui répare et essaye le véhicule qui lui est confié;
- d) l'intermédiaire qui, chargé de le vendre, essaye le véhicule ou le présente à la clientèle;
- e) le gardien du parking à qui les clefs ont été remises et qui manœuvre l'auto en vue de faciliter le départ d'un autre véhicule;
- f) éventuellement la police locale qui déplace un véhicule parké illégalement et le transporte;

³ *Traité*, V, p. 752 e.v.

g) dans certains clubs sportifs, il a été parfois invoqué l'usage suivant lequel les divers membres, très intimes les uns avec les autres, pouvaient réciproquement s'emprunter leurs véhicules, sans y être autorisés expressément et préalablement.

Si tel est le cas et si visiblement, celui qui s'empare du véhicule n'a pas une intention d'acqureur, on n'use pas de violence, il sera visiblement couvert.»

Het *Répertoire de droit civil Dalloz*⁴ verschaft zeer nuttige preciseringen aangaande het begrip «detentie»:

«64. La détention, ou possession précaire ne se distingue extérieurement pas de la possession. Le corpus du détenteur peut être constitué par les mêmes éléments que ceux qui fondent une possession au sens strict. La différence résulte de ce que le détenteur ne détient pas avec l'intention de se comporter comme le titulaire du droit réel qu'annonceraient ses agissements; il n'a pas l'*animus rem sibi habendi*; il détient pour le compte d'autrui.

65. Ceci ne veut pas dire qu'il ne détient pas la chose dans son intérêt. Un locataire jouit de la chose dans son intérêt personnel (V. supra n° 12); c'est pour lui d'abord qu'il la détient et qu'il en use; lorsqu'on dit qu'il détient pour le compte du bailleur, on considère uniquement alors la possession proprement dite et l'on signifie qu'il y a, de la part du bailleur, possession corpore alieno, par le truchement de son locataire.

66. Si le locataire prétendait qu'il a entendu se comporter comme un possesseur, qu'il a eu l'*animus possidendi*, on refuserait de le croire. Son titre de locataire contredirait sa prétention. La protection possessoire lui sera refusée parce que le premier examen révèle qu'il n'a le corpus sur la chose que parce qu'il en est locataire, c'est-à-dire en vertu d'un titre exclusif de sa prétention. La situation sera la même pour un emprunteur, un dépositaire, un voiturier, un mandataire chargé de vendre ... Ainsi à la différence de la possession, qui se présente d'abord comme un état de fait, la détention apparaît aussitôt comme une situation fondée en droit. Le détenteur est celui qui exerce sur la chose d'autrui des actes de garde, de conservation, de maniement, d'usage, de jouissance ou de transformation en vertu d'un titre qui l'y habilite.

67. Ce titre peut être conventionnel, judiciaire ou légal. Le locataire, le séquestre, le mari commun en biens sur les propres de sa femme, offrent un exemple de chacun de ces types».

In het merkwaardig werk van Asser⁵ wordt ernaar gestreefd nauwkeurig de grenslijn te trekken tussen bezit en detentie in het Nederlandse recht.

Na met kritische geest het onderwijs van Von Savigny, Scholten, Ihering en Meijers te hebben onderzocht, precieert de schrijver: «Wij kunnen uit het voorgaande de conclusie trekken, dat noch de wil, noch de omstandigheid, dat men de zaak onder zich heeft krachtens een rechtsverhouding tot een ander, een goed criterium vormen voor het onderscheid tussen bezit en detentie. Meijers heeft daarom — zoals wij zagen — in het Ontw.

B.W. beide criteria vermeden: of iemand een goed houdt voor zichzelf dan wel voor een ander moet op grond van uiterlijke feiten naar verkeersopvattingen worden beoordeeld, zij het met inachtneming van de regels vervat in de artt. 3.5.3-3.5.5. en overigens op grond van uiterlijke feiten. Met het laatste is bedoeld dat een interne wil om als eigenaar op te treden voor het zijn van bezitter van geen betekenis is. Het zijn uiterlijke feiten, waaraan in het verkeer een erkenning als bezit geknoopt wordt, die voor het zijn van bezitter beslissend zijn, al zijn dit feiten die in de regel op het bestaan van een *animus domini* wijzen (Toel. Ontw. Meijers ad art. 3.5.2, 2e alinea).

Of men bezitter dan wel houder is, hangt overigens niet uitsluitend af van feitelijke omstandigheden, maar ook van omstandigheden van juridische aard. De Nederlander, die in Frankrijk een zaak koopt, terwijl op de koopovereenkomst het Franse recht van toepassing is, zal rechtens geacht worden voor de koper te houden, omdat in het Franse recht de eigendom reeds overgaat door de koopovereenkomst; is de koop in Nederland gesloten, dan zal hij echter geacht worden voor zichzelf te houden. Men verg. ook H.R., 4 dec. 1953, *N.J.*, 1954, 374, *A.A.*, 1954-55, p. 142 (geen bezitsovergang aangenomen, nu de overeenkomst, waarop deze zou moeten steunen, nietig was). Zie uitvoeriger Beekhuis, *W.P.N.R.*, 4461 en 4462.

Hij die voor een ander houdt, kan op zijn beurt de zaak doen houden door een derde.

Op deze mogelijkheid wordt gewezen door Meijers, Toel. B.W., p. 230. De huurder van een auto behoeft deze niet steeds zelf onder zich te houden. Hij kan haar stallen bij een garagehouder, die de auto voor de huurder houdt. Of een committent kan goederen laten inkopen door een commissionair, die op zijn beurt de tussenkomst van een ander commissionair inroept. In deze gevallen bestaat er houderschap in de tweede graad. Bij de bezitsverkrijging, speciaal bij de verkrijging door *traditio brevi manu* en *constitutio possessorium*, zal deze figuur nog ander in ogen-schouw worden genomen».

De memorie van de partijen Van H. en M. vermeldt het werk *Nederlands recht in kort bestek*, opgesteld onder de redactie van professor Bakels, waarin staat te lezen (blz. 186):

«Van bezit moet houderschap of detentie worden onderscheiden. Men is houder van een zaak indien men over die zaak feitelijke macht heeft krachtens een rechtsverhouding tot een ander. Houder is bij voorbeeld de huurder en de bruiklener.

Iemand kan tegelijkertijd houder en bezitter zijn: een erfpachter is enerzijds houder, want hij heeft de zaak krachtens een rechtsverhouding tot de eigenaar onder zich, maar tevens is hij bezitter van het erfpachtrecht».

Het Hof van Cassatie besliste in zijn arrest van 6 november 1975⁶:

«In de zin van artikel 3 van de wet van 1 juli 1956 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen is houder van het verzekerde voertuig, met uitzondering van het geval dat hij zich door diefstal of geweldpleging de macht over het motorrijtuig zou hebben verschaft, hij die zonder eigenaar of zonder noodzakelijk bestuurder te zijn van het verzekerde voertuig daarover materieel beschikt».

⁴ Mise à jour 1981, tome V, tw. «Possession».

⁵ *Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht — Zakenrecht — Algemeen Deel*, tiende druk, bewerkt door mr. J.H. Beekhuis, Zwolle, 1975, p. 95-97.

⁶ *Arr. Cass.*, 1976, 308.

In het arrest van 4 mei 1972⁷ had het Hof gepreciseerd: «Detentie vereist niet dat hij die een zaak onder zich houdt, de wil bezit om deze zaak voor zich te houden».

Conclusies

Het is begrijpelijk dat sommigen het wijs achten dat aan de persoon die plaats heeft genomen in een rijtuig waarvan hij wist dat het niet verzekerd was, die zijn eigen nummerplaten aan de eigenaar, bestuurder van dat rijtuig heeft overhandigd om hem in staat te stellen te gaan rijden zonder direct risico voor een politieel ingrijpen, een verhaal tot vergoeding, zo er een ongeval plaatsgrijpt, bij het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds moet worden ontzegd.

De reden en de verantwoording van dat gevoelen kunnen kennelijk niet zijn dat hij die zich zo onvoorzichtig en laakbaar heeft gedragen de *houder* van het rijtuig, in de zin van het koninklijk besluit van 5 januari 1957, van de wet van 1 juli 1956 en van de Benelux-Overeenkomst was ... maar wel dat zijn onvoorzichtigheid, zijn karakterloosheid, zijn lichtzinnigheid hebben geleid tot het ongeval dat de oorzaak van de schade is, en tevens dat hij zich niet heeft bekreund om de politiewetten en om de veiligheid van de derden.

Men zou begrepen hebben dat het hof van beroep zou gepoogd hebben het recht van verhaal door de ouders van het onvoorzichtig en lichtvaardig slachtoffer (dat overleden is) uit te sluiten op grondslag van die beschouwingen — mits deze natuurlijk een beslissing in die zin op grond van rechtsregels hadden kunnen rechtvaardigen — maar niet door een ontarding, verdraaiing of vervalsing van het begrip van het Beneluxrecht «houder ... van het rijtuig», welk begrip ook dat van de wet van 1 juli 1956 is.

1^o «Houder ...» is een begrip in onze nationale rechten — inzonderheid in de regels en beginselen m.b.t. de goederen — waarvan op geen enkele grond valt aan te nemen dat de Benelux-Overeenkomst en haar gemeenschappelijke bijlagen hebben willen afwijken. Aan dat begrip moeten dus de zin en de draagwijdte worden gegeven welke het in die nationale rechten heeft.

2^o Het «houden» is verwant aan, maar niettemin verschillend van het «bezit».

«Houder» is diegene die een zaak onder zich houdt, die een zaak bezit met het verlot of voor de rekening van een ander, die aldus materieel over die zaak beschikt — die deze in handen heeft — onder precare voorwaarden, maar die niettemin het *meesterschap* over de zaak heeft zonder dat hij evenwel aan de rechten, i.h.b. van de bezitter of de eigenaar, afbreuk mag doen. Diegene die door geweld, bedrog, misbruik — inzonderheid door het plegen van een misdrijf — een zaak in zijn bezit heeft gekregen is nochtans niet de «houder» daarvan.

Het «houden» («detentie») is gewis verwant aan het «bezit», maar, anders dan het bezit dat zich in de eerste plaats voordoet als een feitelijke staat, treedt het houden dadelijk naar voren als een situatie die op het recht stoelt. De houder is hij die op andermans zaak daden van bewaking, bewaring, behandeling, gebruik, genot of transformatie uitvoert krachtens een titel die hem daartoe machtigt. Deze machtiging kan uitdrukkelijk, stilzwijgend of im-

plicit zijn ... ja zelfs eventueel verondersteld worden of uit een zaakwaarneming blijken ... maar zij moet bestaan.

Het houden is ten aanzien van het bezit «van een lagere orde» — hoewel zowel het ene als het andere een meesterschap verlenen. Het houden leidt niet speciaal tot eigendom, hetzij onmiddellijk of door verkrijgende verjaring.

Wanneer hij de zaak in handen heeft, gedraagt de houder zich niet als eigenaar of met het voornemen zodoende de eigendom ervan te verkrijgen. Gemeenlijk wordt er dan ook geschreven, dat, zo de houder het «corpus» in handen heeft, hij niet de «animus» heeft die aan de bezitter eigen is.

Laten wij nog preciseren dat, terwijl de houder materieel «bezit», het zo kan zijn dat de bezitter alleen maar bezit langs een andere persoon om.

Een houder in de zin van onze nationale rechten en bijgevolg ook van artikel 3, § 1, van de gemeenschappelijke bepalingen behorende bij de Benelux-Overeenkomst, is onbetwistbaar degene die van zijn vriend, verwant, werkgever of aansteller het gebruik heeft ontvangen van een wagen zodanig dat hij daarover voor zijn vermaak, zijn vrije tijd, zijn persoonlijke bezigheden kan beschikken. Wanneer hij die wagen bestuurt is hij natuurlijk tegelijkertijd «bestuurder» en «houder» in de zin van die gemeenschappelijke bepalingen. Wanneer het rijtuig tot zijn beschikking is zonder dat hij het bestuurt, is hij slechts houder ervan, zoals hij ook houder blijft wanneer hij aan een derde toestaat het te besturen, want dit verlot doet hem niet het «meesterschap» verliezen dat hem door de eigenaar is verleend.

«Houder» is tevens diegene die een wagen zonder chauffeur huurt — hij heeft het meesterschap — en de garagehouder die het hem toevertrouwde rijtuig repareert en een proefrit ermee maakt.

3^o Geen «houder» is kennelijk hij die de eigenaar van het rijtuig, de bestuurder of de ware «houder» ervan in staat stelt het rijtuig te gebruiken hetzij rijdend of zelfs gestationeerd, door hem met dat doel een wiel, een luchtbank, een inschrijvingsbewijs, een accu ... te bezorgen. Zodoende immers verricht die derde gewis daden van bijstand of zelfs van medewerking opdat de eigenaar, de bestuurder of zelfs de werkelijke houder over het rijtuig kan beschikken zoals het recht van eigendom, van houderschap of van besturen het mogelijk maken ... maar die derde heeft niet het «corpus» tot zijn beschikking, hij heeft het rijtuig niet onder zijn meesterschap, hij is geen houder uit kracht van een titel van houderschap.

4^o Hetzelfde doet zich vanzelfsprekend voor wanneer een derde, zoals de dochter van de echtgenoten Van H.-M. de eigenaar die het ongeval veroorzaakte, heeft in staat gesteld, gelijk in casu, zijn rijtuig op de openbare weg te besturen door hem de nummerplaten van haar eigen wagen te lenen, ook al heeft zij — welke omstandigheid trouwens aan het begrip «houden» vreemd is — in dat rijtuig plaats genomen, wetende dat de burgerrechtelijke aansprakelijkheid niet gedekt werd door een verzekeringscontract.

Ik stel voor bij het beantwoorden van de vraag van uitleg, voorgelegd door het Hof van Cassatie, ons te laten leiden door de twee beginselen, hiervoren onder 1^o en 2^o vermeld, waarbij die beginselen worden toegelicht — om een dienstig antwoord te kunnen verstrekken — door bij wijze van voorbeeld gegeven preciseringen van de aard van die welke onder 3^o en 4^o worden geformuleerd.

⁷ Arr. Cass., 1972, 830.

Arrest

Gezien de brief van 19 februari 1981 van de Griffier van het Hof van Cassatie van België met in bijlage het vooreensluitend gewaarmerkte afschrift van het arrest door dat Hof gewezen op 10 februari 1981 in de zaak van Emiel Van H. en Cecile M. tegen het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds;

Ten aanzien van de feiten

Overwegende dat op 17 juni 1979 te 20.15 uur te Menen een zwaar verkeersongeval zich voordeed; dat het motorrijtuig toebehoorde aan Christiaan D. die het bestuurde; dat de passagier, Rita Van H., om het leven kwam; dat bij arrest van 15 januari 1980 het Hof van Beroep te Gent besliste dat D. straf- en civielrechtelijk aansprakelijk is voor het ongeval;

Overwegende dat het motorrijtuig verzekerd noch geïmmatriculeerd was; dat D. met medeweten van zijn verloofde, Rita Van H., autonummerplaten die haar toebehoorden, aanbracht op zijn rijtuig; dat Rita Van H. daarna plaats nam in dat rijtuig;

Overwegende dat het Hof van Beroep te Gent in voornoemd arrest overweegt: «het slachtoffer Rita Van H. kon niet onwetend zijn dat D. Christiaan niet verzekerd was toen hij zijn niet geïmmatriculeerd voertuig bestuurde na er de nummerplaten op aangebracht te hebben van haar eigen voertuig. Door in die voorwaarden in dit voertuig plaats te nemen was zij te beschouwen als mede-houder van dit voertuig in de zin van artikel 4, 1^o, van het koninklijk besluit van 5 januari 1957 en beschikte zij over geen enkel verhaal tegen het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds»;

Overwegende dat het Hof van Cassatie onder meer beslist: «Schorst de uitspraak op over de voorzieningen van Emiel Van H. en Cecile M., optredend de eerste als beheerder van de huwelijksgemeenschap en beiden als erfgenenamen-rechtsopvolgers van hun dochter Rita Van H., in zoverre die voorzieningen betrekking hebben op de beslissing waarbij hun vordering, 'wegens de lasten van de nalatenschap' tegen het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds ingesteld, afgewezen wordt; verzoekt het Benelux-Gerechtshof artikel 3, § 1, van de gemeenschappelijke bepalingen behorende bij de Overeenkomst betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen uit te leggen en meer bepaald het begrip 'houders van het voertuig' nader toe te lichten»;

(...)

Ten aanzien van het recht

Betreffende de bevoegdheid van het Benelux-Gerechtshof om de onderhavige vraag van uitleg te beantwoorden:

Overwegende dat het koninklijk besluit van 5 januari 1957 tot bepaling van de toekenningsvoorwaarden en van de omvang der rechten van de benadeelden tegen het Gemeenschappelijk Waarborgfonds bedoeld bij de wet van 1 juli 1956 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen, in zijn artikel 4, eerste lid en 1^o, bepaalt: «Het gemeenschappelijk waarborgfonds

is niet tot vergoeding gehouden tegenover: 1^o de eigenaar, de houder of de bestuurder van het niet verzekerde motorrijtuig dat de schade heeft veroorzaakt»;

Overwegende dat artikel 3, eerste lid, van de wet van 1 juli 1956 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen bepaalt: «De verzekering moet de burgerrechtelijke aansprakelijkheid dekken van de eigenaar, van iedere houder en van iedere bestuurder van het verzekerde motorrijtuig, zulks met uitzondering van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van hen die zich door diefstal of geweldpleging de macht over het motorrijtuig hebben verschaft»;

Overwegende dat artikel 3, § 1, van de gemeenschappelijke bepalingen behorende bij de Benelux-Overeenkomst betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen bepaalt: «De verzekering moet de burgerrechtelijke aansprakelijkheid dekken van de eigenaar, van iedere houder, van iedere bestuurder van het verzekerde motorrijtuig en van iedere vervoerde persoon, zulks met uitzondering van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van hen die zich door diefstal of geweldpleging de macht over het motorrijtuig hebben verschaft en van hen die, dit wetende, een dergelijk motorrijtuig zonder geldige reden gebruiken»;

Overwegende dat het Hof van Cassatie in het onderwerpelijk arrest oordeelt dat in artikel 4, eerste lid en 1^o, van het koninklijk besluit «door 'houder' wordt bedoeld, de 'houder' wiens burgerrechtelijke aansprakelijkheid krachtens artikel 3, eerste lid, van de wet van 1 juli 1956 door de verzekering moet zijn gedekt»; dat het Hof van Cassatie verder oordeelt: «dat artikel 3, eerste lid, van de wet van 1 juli 1956 — althans wat de verplichte verzekering van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de houder betreft — overeenstemt met artikel 3, § 1, van de gemeenschappelijke bepalingen»;

Overwegende dat aldus de uitspraak in de voor het Hof van Cassatie aanhangige zaak, naar het oordeel van dat Hof, de beantwoording medebracht van een vraag van uitleg van artikel 3, § 1, van de bedoelde gemeenschappelijke bepalingen;

Overwegende dat, gelet op artikel 1 van het Aanvullend Protocol bij de Benelux-Overeenkomst betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen — Protocol dat ondertekend werd op 26 september 1968 en in werking is getreden op 1 juli 1976 — het Benelux-Gerechtshof bevoegd is om de bepalingen van de Bijlage bij de Benelux-Overeenkomst van 24 mei 1966 uit te leggen, voor zover de inhoud daarvan is opgenomen in de wetgeving van de Staat, waarin de vraag van uitleg is gerezen; dat zulks het geval is, aangezien artikel 3, eerste lid, van de Belgische wet van 1 juli 1956 is gesteld in bewoordingen, gelijklopend aan die van artikel 3, § 1, van de gemeenschappelijke bepalingen, met dien verstande dat in dit laatste artikel nadere bepalingen voorkomen over het dekken van de aansprakelijkheid van de vervoerde persoon en over het niet-dekken van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van hen die, wetende dat de macht over het motorrijtuig door diefstal of geweldpleging werd bekomen, een dergelijk motorrijtuig zonder geldige reden gebruiken;

Overwegende dat voor de bevoegdheid van het Benelux-Gerechtshof het feit dat de Belgische wet van eerdere datum is dan het Benelux-verdragsrecht niet van belang is;

Betreffende de vraag van uitleg:

Overwegende dat naar Belgisch, Luxemburgs en Nederlands burgerlijk recht de houder, zelf of door middel van een ander, een feitelijke heerschappij over de zaak uitoefent;

Overwegende dat geen grond bestaat om aan te nemen dat in artikel 3, § 1, van de gemeenschappelijke bepalingen, behorende bij de Benelux-Overeenkomst betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen, een ander begrip «houder» zou gehanteerd worden;

Overwegende dat voor een ruimere uitleg van de term «houder» met name onvoldoende grond is te vinden in de passage in de gemeenschappelijke toelichting bij de voornoemde Benelux-Overeenkomst, waarin met betrekking tot de verzekering wordt gesteld dat zij een zeer ruime strekking heeft en dat de Overeenkomst niet alleen de aansprakelijkheid van de eigenaar moet dekken, doch bovendien de aansprakelijkheid van «iedere gebruiker, die een ander is dan de eigenaar», nu de betekenis van de daar gebezigde term «gebruiker» — in de Franse tekst «détenteur» — is toegelicht met: «bv., de huurder, de lener, de bewaarnemer»;

Overwegende dat de enkele omstandigheid dat een persoon die voor een motorrijtuig een nummerplaat of een ander, voor het gebruik van dat motorrijtuig vereist, stuk uitleent, niet volstaat om hem te kunnen aanmerken als houder van dat rijtuig, in de zin van artikel 3 van de gemeenschappelijke bepalingen; dat daarvoor vereist is dat hij de feitelijke heerschappij over het rijtuig uitoefent;

Overwegende dat het niet genoegzaam is dat iemand nut heeft van de zaak, om hem als houder daarvan te kunnen aanmerken;

Overwegende dat de passagier evenmin gezegd kan worden de feitelijke heerschappij over het motorrijtuig uit te oefenen op grond van het enkele feit dat hij weet dat het niet geïmmatriculeerd is en dat geen aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen voor dat rijtuig bestaat;

Overwegende dat de omstandigheid dat iemand een voor het gebruik van het motorrijtuig vereist stuk verschaft, het gebrek aan immatriculatie en aansprakelijkheidsverzekering kent en passagier van het rijtuig wordt, dan ook onvoldoende is om deze als houder van het motorrijtuig in de zin van meergenoemd artikel 3, § 1, te kunnen aanmerken; dat de rechter nader behoort te onderzoeken of deze persoon al of niet de feitelijke heerschappij over het motorrijtuig heeft;

Ten aanzien van de kosten

Overwegende dat het Hof, volgens artikel 13 van het Verdrag betreffende de instelling en het statuut van een Benelux-Gerechtshof, de kosten moet vaststellen welke op de behandeling voor het Hof zijn gevallen, welke kosten omvatten de honoraria van de raadslieden van partijen, voor zover zulks in overeenstemming is met de wetgeving van het land waar het bodemgeschil aanhangig is;

Dat krachtens de Belgische wetgeving, de honoraria van de raadslieden niet zijn begrepen in de kosten die aan de in het ongelijk gestelde partij in rekening worden gebracht;

Dat op de behandeling voor het Hof geen andere kosten zijn gevallen;

Uitspraak doende op de door het Hof van Cassatie van België bij arrest van 10 februari 1981 gestelde vraag;
Gelet op de conclusie van advocaat-generaal Dumon;

Verklaart voor recht

Het begrip «houder» in artikel 3, § 1, van de gemeenschappelijke bepalingen behorende bij de Benelux-Overeenkomst betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen, kan niet worden uitgebreid tot een persoon die niet zelf of door middel van een ander de feitelijke heerschappij over het motorrijtuig heeft;

Dat een persoon een, zij het vereist, stuk ter beschikking stelt voor het motorrijtuig en dat hij tevens passagier wordt van dat rijtuig, is op zichzelf niet voldoende om deze persoon als houder van het rijtuig aan te merken. Dit geldt ook voor het geval dat deze persoon autonummerplaten heeft verschaft, zelfs als hij wist dat het rijtuig niet geïmmatriculeerd was en dat de burgerrechtelijke aansprakelijkheid, waartoe het rijtuig aanleiding kon geven, niet gedekt was door een verzekering. Telkens moet nader onderzocht worden of de bedoelde persoon de feitelijke heerschappij over het motorrijtuig had.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 18 JUNI 1981

Voorzitter: ridder de Schaetzen

Raadsheer-rapporteur: mevr. Raymond-Decharneux

Eerste advocaat-generaal: de h. Charles

Advocaten: mrs. Simont en Van Ommeslaghe

Adoptie — Toestemming door ouder van minderjarige adoptandus — Intrekking — Gevolg — Wettige belangen.

Wanneer de ouders of een van hen de bij art. 348 B.W. voor de adoptie van een minderjarige vereiste toestemming rechtsgeldig en in de voorgeschreven vormen hebben gegeven, kan de rechter de adoptie wettig homologeren, ook als de persoon die aldus zijn toestemming heeft gegeven, die naderhand heeft ingetrokken.

De rechter die, bij de beoordeling van de vraag of de adoptie op wettige redenen steunt, krachtens de wet rekening moet houden met alle wettige belangen, mag in zijn oordeelsvorming de omstandigheid dat de toestemming van een persoon bedoeld in art. 348 B.W. is ingetrokken niet ter zijde laten.

De P. t/ De P.

Gelet op het bestreden arrest, op 6 juni 1980 gewezen door de Jeugdkamer van het Hof van Beroep te Bergen;

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 6, 348, inzonderheid eerste lid, 349, 350, 351, 353, 354, 355, 1131 van het Burgerlijk Wetboek, 1068, 1397 van het Gerechtelijk Wetboek en 97 van de Grondwet,

doordat het arrest beslist dat de omstandigheid dat eiseres haar toestemming tot de adoptie van haar dochter door verweerster heeft ingetrokken voor het hof van beroep, aan die adoptie niet in de weg kan staan, op grond «dat de

adoptie volgens de gewone procedure, zoals ten deze, een overeenkomst is, dat de toestemming van de ouders vereist is tot het einde van de procedure, waaronder moet worden verstaan het einde van de eigenlijke adoptieprocedure, dat wil zeggen tot de homologatie; dat er geen enkele reden is om aan te nemen dat de wetgever heeft gewild dat bedoelde toestemming moet worden behouden totdat de rechtsmiddelen verstreken zijn»,

terwijl, enerzijds, de homologatie van een adoptieakte slechts werking kan verkrijgen wanneer de beslissing waarbij ze is uitgesproken, niet meer vatbaar is voor hoger beroep of voorziening in cassatie (artikel 354, inzonderheid derde lid, van het Burgerlijk Wetboek) welke rechtsmiddelen trouwens schorsende kracht hebben (artikelen 1397 van het Gerechtelijk Wetboek en 352, § 2, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek); het hoger beroep anderzijds het geschil zelf aanhangig maakt bij de rechter in hoger beroep (artikel 1068, inzonderheid eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek); daaruit volgt dat de door artikel 348, § 1, van het Burgerlijk Wetboek vereiste toestemming van de ouders van de geadopteerde, die van openbare orde is (artikelen 6 en 1131 van het Burgerlijk Wetboek) en een noodzakelijke voorwaarde is voor de homologatie van de adoptie (artikelen 350 en 353, inzonderheid § 1, van het Burgerlijk Wetboek), en die moet blijven bestaan totdat de homologatie van de adoptie definitief wordt, rechtsgeldig kan worden ingetrokken tijdens de homologatieprocedure, zowel in eerste aanleg als voor de rechter in hoger beroep die kennis neemt van het gehele geschil zelf (artikel 1068 van het Gerechtelijk Wetboek); het arrest derhalve, door het homologatievonnis te bevestigen zonder de intrekking van de toestemming van eiseres in aanmerking te nemen, op grond dat de toestemming in hoger beroep was ingetrokken en dat de wetgever niet gewild heeft dat de ouders van de geadopteerde met de adoptie moeten blijven instemmen na het homologatievonnis en tot het verstrijken van de rechtsmiddelen, een schending inhoudt van alle in het middel vermelde wetsbepalingen, inzonderheid van de artikelen 348, § 1, 350, 352, § 2, 353, § 1, 354 van het Burgerlijk Wetboek, 1068, eerste lid, en 1397 van het Gerechtelijk Wetboek:

Overwegende dat, wanneer de vader en de moeder of een van hen de bij artikel 348 van het Burgerlijk Wetboek voor de adoptie van een minderjarig kind vereiste toestemming rechtsgeldig en in de door artikel 349, derde lid, van dit wetboek voorgeschreven vormen hebben gegeven, de rechter de adoptie wettig kan homologeren, ook als de persoon die aldus zijn toestemming heeft gegeven, die naderhand heeft ingetrokken;

Dat de rechter evenwel die, bij de beoordeling van de vraag of de adoptie op wettige redenen steunt, krachtens de wet rekening moet houden met alle wettige belangen, de omstandigheid dat de toestemming is ingetrokken, in zijn oordeelsvorming, niet ter zijde mag laten;

Dat het arrest dat die omstandigheid niet in aanmerking neemt, om de enige reden dat zij zich na de homologatiebeslissing van de eerste rechter heeft voorgedaan, zijn beslissing niet naar recht verantwoordt;

Dat het middel in dat opzicht gegrond is;

(...)

NOOT—Intrekking van toestemming tot adoptie

1. Voor de eerste maal diende het Hof van Cassatie zich uit te spreken over de gevolgen van de intrekking van een toestemming vereist inzake adoptie of wettiging door adoptie.

Aangezien de adoptie een complexe rechtshandeling is die een tamelijk lange procedure veronderstelt, kan een wijziging in hun standpunt bij degenen die moeten toestemmen in de praktijk voorkomen.

Bij adoptie ontmoet men vele types van toestemming: a) toestemming van de adoptant; b) van de geadopteerde (of zijn vertegenwoordiger); c) van de ouder(s) of familieraad van de minderjarige geadopteerde; d) van de echtgenoot van de adoptant; e) van de echtgenoot van de geadopteerde (analoge vragen kunnen gesteld worden over de houding van de bij adoptie verplicht te raadplegen personen).

Een eerste vraag die rijst is of men voor alle gevallen dezelfde oplossing behoort aan te houden. Men kan m.i. verdedigen dat de toestemmingen van adoptant en geadopteerde tijdens de procedure moeten voortduren, terwijl men aanneemt dat de toestemming geldig is en blijft zodra ze in de vereiste vorm gegeven is door ouders, echtgenoot, enz..

2. De rechtspraak heeft zich over het probleem enkele keren uitgesproken, telkens over een intrekking van toestemming door *adoptant of geadopteerde*. Men vindt zowel voorstanders van de geldigheid van de eens gegeven toestemming als van de noodzaak dat de toestemming blijft voortduren, maar de eerste mening overheerst enigszins. Canivet heeft de tweede mening sterk (maar m.i. niet overtuigend) verdedigd (*R.P.D.B.*, Complément V, «Filiation adoptive», nrs. 171-180), terwijl Van Malderen de eerste mening voorstaat (verwijzingen in Canivet, *l.c.*).

3. Het Hof van Cassatie, sprekend over de toestemming van de *ouder van de minderjarige geadopteerde*, bevestigt een onderscheid dat lagere rechtbanken al eerder gemaakt hadden (Jrb. Verviers, 18 november 1969, *J.T.*, 1970, 48, noot Canivet): aan de ene kant blijft de toestemming, eens geldig gegeven, geldig niettegenstaande een wijziging in de houding van degene die toegestemd heeft. Aan de andere kant moet na de intrekking van een dergelijke toestemming nagegaan worden of het voorwerp van de adoptie nog beantwoordt aan de eisen van recht en wet (nl. de voorwaarden omschreven in de artt. 343 en 350, § 3, *in fine*, resp. 353, § 3, *in fine*, B.W.).

De auteurs spreken van de «institutionele» of de «algemene» voorwaarden van de adoptie; in feite gaat het om voorwaarden die het *voorwerp* van de rechtshandeling adoptie betreffen. Art. 343 B.W. vermeldt er twee:

a) voordeel voor de betrokkene (de geadopteerde wordt bedoeld);

b) wettige redenen. Deze uitdrukking wordt ofwel verstaan als wijzend op de subjectieve beweegredenen van partijen, ofwel op de rechtmatigheid, het met recht en wet conform zijn van de adoptie;

c) de artt. 350, § 3, en 353, § 3, B.W. vermelden een derde voorwaarde: het rekening houden met alle wettige belangen. Het Hof stelt deze derde voorwaarde als een onderdeel van de tweede voor (en vindt hierin trouwens steun in de formulering van de artt. 350 en 353 B.W.).

De wettige belangen die de wetgever op het oog had zijn die van andere personen dan de adoptant en de adop-

tandus. Maar de tekst sluit niet uit dat men oog heeft voor de belangen van de partijen zelf, in het bijzonder van de adoptant.

4. Het Hof van Cassatie heeft geopteerd voor een compromis tussen de eisen van de rechtszekerheid en de noodzaak om in adoptieaangelegenheden concreet rekening te houden met een gevarieerde reeks belangen.

De verschillende argumenten pleiten ten voordele van de oplossing die het Hof van Cassatie aanhoudt.

In de eerste plaats lijkt het nodig om de toestemmingen als definitief geldig te beschouwen zodra ze gegeven zijn. Anders staat men voor de niet op te lossen vraag (cf. het arrest) *tot wanneer* precies ze mogen worden ingetrokken, en staat men voor *bewijsmoeilijkheden* (wie moet bewijzen dat A nog toestemt of B niet meer toestemt, en hoe zal dit bewezen worden — cf. de moeilijkheden die men bij de toepassing van art. 353 B.W. ondervond om te bewijzen dat een ouder van de adoptandus toestemming weigerde, terwijl hij er feitelijk mee instemde, maar te weinig gemotiveerd was om bij het verlijden van de akte te verschijnen). Ook bouwt men dan in het systeem mogelijkheden in voor personen die in een gevoelsgeladen sfeer een moeilijke beslissing moeten nemen, om er onder psychologische druk op terug te komen.

Vervolgens is het wel verkieslijk aan de rechtbank een uitweg te laten en niettegenstaande het voorliggen van een akte en alle vereiste toestemmingen de verwerping van de homologatie mogelijk te laten als blijkt dat zulks niet de goede oplossing is.

Ten slotte is het «compromis» van het Hof gelukkig omdat het m.i. bruikbaar is voor alle toestemmingen, niet alleen voor die welke uitgaan van degenen die niet partij zijn bij de adoptie, maar ook voor de toestemming van adoptant of geadopteerde. Weliswaar zou men hier kunnen stellen dat ten minste zij moeten volharden in hun wil. Maar ook in dat geval rijzen de praktische bezwaren, en komt er zelfs een bij aangezien twee verschillende systemen naast elkaar zouden bestaan, en in vele gevallen zouden toegepast worden op één en dezelfde persoon (bv. een adoptant is echtgenoot van de andere adoptant en ouder van de geadopteerde).

J.M. Pauwels

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 9 APRIL 1981

Voorzitter: ridder deSchaetzen

Raadsheer-rapporteur: mevr. Raymond-Decharneux

Advocaat-generaal: de h. Ballet

Advocaat: mr. Simont

Nationaliteitskeuze — Verklaring voor het parket van de rechtbank van eerste aanleg — Persoonlijke verklaring noodzakelijk.

De verklaring van nationaliteitskeuze dient te geschieden door de belanghebbende persoonlijk, in voorkomend geval bijgestaan door de persoon die toestemming verleent tot het huwelijk. Vertegenwoordiging van degene die de keuze doet, is uitgesloten wegens de belangrijkheid

van de wilsuiting en de noodzaak dat ze bij de belanghebbende zelf wordt vastgesteld.

Daar de verklaring van nationaliteitskeuze moet worden gedaan bij het parket van de rechtbank van eerste aanleg vóór het onderzoek dat de procureur des Konings moet instellen, is ze niet ontvankelijk in de latere fasen van de procedure.

H. e.a. t/ Procureur-generaal bij
het Hof van Beroep te Brussel

Gelet op het bestreden arrest, op 25 maart 1980 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 488, 902, 1124, 1311, 1594 van het Burgerlijk Wetboek, 10 en 21 van de bij koninklijk besluit van 14 december 1932 gecoördineerde wetten op de verwerving, het verlies en de herkrijging van de nationaliteit, en van de in de artikelen 488, 902, 1124 en 1594 van het Burgerlijk Wetboek neergelegde algemene rechtsbeginselen volgens welke de onbekwaamheid enkel voortvloeit uit de wet, bekwaamheid de regel en onbekwaamheid de uitzondering is en de wetten waarbij een onbekwaamheid wordt ingevoerd eng moeten worden uitgelegd,

doordat het arrest beslist dat de tweede en derde eiser geen verklaring van nationaliteitskeuze konden doen namens eerste eiseres en derhalve besluit dat hun verklaring van keuze niet ontvankelijk is, op grond «dat uit de door de tweede en derde appellant (thans de eisers) overgelegde doktersattesten, uit hun verklaringen en uit de verschijning voor het hof van de eerste appellante (thans eerste eiseres) blijkt dat laatstgenoemde onbekwaam is om haar wil rechtsgeldig te kennen te geven; dat de wet de verwerving van de Belgische nationaliteit door keuze afhankelijk stelt van de uitdrukkelijke wilsverklaring door de betrokkene bij het parket van de rechtbank van eerste aanleg van zijn verblijfplaats; dat zijn persoonlijke verschijning dus op dat moment onmisbaar is, ook al is ze dat niet meer tijdens de inwilligingsprocedure; dat het zonder belang is dat, voor andere wijzen van verwerving van de Belgische nationaliteit, die persoonlijke wilsuitdrukking niet wordt vereist; dat zelfs als de eerste appellante voldoet aan de overige wettelijke voorwaarden om de keuze te kunnen doen, hetgeen trouwens helemaal niet wordt betwist, en dus het recht zou hebben ze te doen, het niettemin noodzakelijk is dat zij daartoe persoonlijk haar wil te kennen geeft; dat de rechtbank diende na te gaan of die wil rechtsgeldig tot uitdrukking was gebracht; dat de wetten op de nationaliteit van openbare orde zijn; dat ze niet voorzien in de vertegenwoordiging van iemand die onbekwaam is om te kennen te geven dat hij een keuze wil doen; dat, bij gebrek aan een wettelijke bepaling dienaangaande, het wezenlijk persoonlijk karakter van de nationaliteitskeuze zich verzet tegen elke vertegenwoordiging; dat de voogd de minderjarige vertegenwoordigt in alle handelingen van het burgerlijk leven, voor zover de wet niet een persoonlijke wilsverklaring van de minderjarige vereist, zoals voor de nationaliteitskeuze; dat de tweede en derde appellant zich niet kunnen beroepen op een lastgeving die de eerste appellante hun zou hebben verleend, daar zij niet gerechtigd was daarin toe te stemmen»,

terwijl, eerste onderdeel, de onbekwaamheid enkel voortvloeit uit de wet, bekwaamheid de regel en onbekwaamheid de uitzondering is, de wetten waarbij een on-

bekwaamheid wordt ingevoerd eng moeten worden uitgelegd en het hof van beroep heeft vastgesteld, zoals uit het proces-verbaal van de terechtzitting van 18 januari 1980 blijkt, dat de eerste eiseres verklaard heeft Belg te willen worden, de onbekwaamheid ten gevolge van de staat van minderjarigheid zich er niet tegen verzet dat een behoorlijk bijgestane minderjarige een verklaring van nationaliteitskeuze doet, waaruit volgt dat het hof van beroep, door te beslissen dat de eerste eiseres, om een andere reden dan haar staat van minderjarigheid, onbekwaam was om haar wil rechtsgeldig te kennen te geven en dat zij niet in staat was om toe te stemmen in een lastgeving, zonder opgave van de wettelijke basis van de aldus in aanmerking genomen onbekwaamheid, zijn beslissing niet naar recht verantwoordt en de artikelen 488, 902, 1124 en 1594 van het Burgerlijk Wetboek alsmede de algemene rechtsbeginselen waarvan sprake in die bepalingen en in het middel en artikel 21 van de gecoördineerde wetten op de verwerving, het verlies en de verkrijging van de nationaliteit schendt;

tweede onderdeel, de eerste eiseres minderjarig was op het moment dat de tweede en derde eiser de verklaring van nationaliteitskeuze hebben gedaan; zij, zoals zij in hun appelconclusie betoogden, niet alleen optraden als wettelijke vertegenwoordigers doch ook als lasthebbers van de eerste eiseres; tegen de eerste eiseres geen enkele administratieve of gerechtelijke maatregel was genomen met enige onbekwaamheid te haren aanzien en zij, nadat zij meerderjarig was geworden, heeft verklaard, zoals is vastgesteld in het proces-verbaal van de terechtzitting van het hof van beroep van 18 januari 1980, Belg te willen worden, en aldus de door haar lasthebbers gedane verklaring van nationaliteitskeuze heeft bekrachtigd, waaruit volgt dat het hof van beroep, door te beslissen dat de tweede en derde eiser zich niet konden beroepen op een lastgeving die de eerste eiseres hun zou hebben verleend omdat zij niet in staat was daarin toe te stemmen, een miskenning inhoudt van artikel 1123 van het Burgerlijk Wetboek dat bepaalt dat een ieder contracten kan aangaan indien hij daartoe door de wet niet onbekwaam is verklaard, alsmede van artikel 1311 van het Burgerlijk Wetboek dat voorziet in de bekrachtiging door een meerderjarige van een verbintenis die hij tijdens zijn minderjarigheid heeft aangegaan;

derde onderdeel, de gecoördineerde wetten op de verwerving, het verlies en de verkrijging van de nationaliteit bepalen dat de verklaring van keuze in België wordt gedaan bij het parket van de rechtbank van eerste aanleg van de plaats waar de aangever zijn gewone verblijfplaats heeft, waaruit volgt dat de wettekst de mogelijkheid van een verklaring van nationaliteitskeuze door een vertegenwoordiger of door een lasthebber niet uitsluit en dat het hof van beroep, door te beslissen dat de persoonlijke verschijning van de eerste eiseres op het parket van de rechtbank van eerste aanleg onmisbaar was en dat het wezenlijk persoonlijk karakter van de nationaliteitskeuze zich verzet tegen elke vertegenwoordiging, de bepaling van artikel 10 van de bij koninklijk besluit van 14 december 1932 gecoördineerde wetten op de verwerving, het verlies en de verkrijging van de nationaliteit schendt door toevoeging van een voorwaarde die niet in die bepaling voorkomt:

Over het middel in zijn geheel:

Overwegende dat de op 14 december 1932 gecoördineerde wetten op de verwerving, het herstel en de verkrij-

ging van de nationaliteit in artikel 10 bepalen dat de verklaring van keuze in België wordt gedaan bij het parket van de rechtbank van eerste aanleg waar de aangever zijn gewone verblijfplaats heeft, dat daarvan akte wordt opgemaakt door de procureur des Konings en dat deze een onderzoek instelt naar de geschiktheid van de aangever, en in artikel 21 dat de minderjarige kinderen vanaf de leeftijd van volle zestien jaar bevoegd zijn om de bij artikel 10 voorziene verklaring af te leggen met bijstand van de persoon wier toestemming zij behoeven voor de geldigheid van het huwelijk;

Overwegende dat, enerzijds, uit die wetsbepalingen volgt dat de mogelijkheid om een keuze te doen aan de belanghebbende zelf eerst wordt toegekend vanaf de leeftijd van zestien jaar met bijstand, in voorkomend geval, van de in dat artikel 20 genoemde personen en dat de wet niet heeft voorzien in de vertegenwoordiging van degene die de keuze doet;

Dat de belangrijkheid van die wilsuiting en de noodzaak dat ze bij de belanghebbende zelf wordt vastgesteld, bij gebrek aan uitdrukkelijke wettelijke bepalingen, uitsluiten dat ze door vertegenwoordiging kan geschieden;

Overwegende dat, anderzijds, nu de verklaring van keuze moet worden gedaan bij het parket van de rechtbank van eerste aanleg, dit wil zeggen vóór het onderzoek dat de procureur des Konings moet instellen, ze niet ontvankelijk is in de latere fasen van de procedure;

Overwegende dat uit de vaststellingen van het arrest blijkt dat de verklaring van keuze door de tweede en derde eiser is gedaan in hun respectieve hoedanigheid van moeder, wettelijke voogdes, en van toeziende voogd van de eerste eiseres en dat de eerste eiseres enkel voor het hof van beroep is verschenen;

Overwegende dat het arrest, dat erop wijst dat het persoonlijk karakter van de nationaliteitskeuze zich verzet tegen elke vertegenwoordiging en dat de wet de verwerving van de Belgische nationaliteit door keuze afhankelijk stelt van de uitdrukkelijke wilsverklaring bij het parket van de rechtbank van eerste aanleg, wettig beslist dat de verklaring van keuze van de eerste eiseres niet ontvankelijk is;

(...)

NOOT—Verklaring tot nationaliteitskeuze, een hoogst persoonlijke handeling

1. Ongetwijfeld is de interpretatie van de gecoördineerde wetten op de Belgische nationaliteit, die het Hof van Cassatie in dit arrest aanhoudt, zowel juist naar de letter als vanuit het standpunt van de wil van de wetgever.

Toch is een soepeler uitlegging niet uitgesloten en zou een dergelijke interpretatie wellicht mogelijke pijnlijke situaties vermijden.

Zo had men kunnen stellen dat de bekrachtiging door de betrokkene van de verklaring gedaan door de wettelijke vertegenwoordigers de voortzetting van de procedure mogelijk maakt.

En men had naar mijn (persoonlijk) gevoel nog verder kunnen gaan door te aanvaarden dat vertegenwoordiging inzake nationaliteitskeuze mogelijk is. Geen enkele wettekst sluit formeel een dergelijke uitlegging uit, die in een aantal situaties de gewenste oplossing kan brengen.

2. Daarbij denk ik minder aan het geval van de gezonde minderjarige, die desnoods middels het herbeginnen van

de procedure zelf zijn wil kenbaar kan maken, dan wel aan de feitelijk onbekwame jongeren, wie het door het gekozen systeem misschien onmogelijk gemaakt wordt Belg te worden door optie. Ik denk meer bepaald aan mentaal gehandicapten, al dan niet verlengd minderjarig verklaard. Als men erop staat dat zij persoonlijk de verklaring met het oog op nationaliteitskeuze afleggen, wordt hun die weg tot verkrijging van de Belgische nationaliteit versperd.

Bij het bespreken van het wetsontwerp op de Belgische nationaliteit (*Parl. Stukken, Kamer, 1971-72, nr. 221/1*), al lang weer uit het oog verloren, werd een regeringsamendement ingediend dat deze aangelegenheid beoogde te regelen (*Parl. Stukken, Kamer, 1972-73, nr. 222/5 van 17 juli 1973*) met een art. *This* dat als volgt luidde:

«Wanneer een minderjarige wegens geestelijke onvolwaardigheid in de onmogelijkheid is en schijnt te zullen blijven om persoonlijk een rechtshandeling te verrichten tot verkrijging, verlies of herverkrijging van de Belgische nationaliteit, kan die handeling in naam van de betrokkene door een van zijn ouders worden verricht overeenkomstig de regels gesteld in artikel 7, § 1, tweede tot vijfde lid.

Wanneer de handeling waarvan sprake is in het eerste lid, een persoon betreft die in staat van verlengde minderjarigheid is verklaard, kan zij in naam van de betrokkene door een van zijn ouders worden verricht. De regels van artikel 7, § 1, tweede tot vijfde lid, zijn van overeenkomstige toepassing, met dien verstande dat het geschil voor de rechtbank van eerste aanleg wordt gebracht wanneer de in staat van verlengde minderjarigheid verklaarde persoon de leeftijd van 18 jaar heeft bereikt. (...)».

3. Aangezien we blijkbaar niet op wetsvorming kunnen wachten, behoort een oplossing via rechtspraak en rechtsleer gezocht te worden. En die is er m.i..

Wat het Hof van Cassatie ook moge stellen, het is zo dat men wettelijke vertegenwoordigers van minderjarigen bevoegd acht om in naam van het kind in zeer persoonlijke aangelegenheden op te treden, zonder dat men een uitdrukkelijke wettekst noodzakelijk acht.

Zou men de beslissing van het Hof zo mogen verstaan dat het optreden van de wettelijke vertegenwoordigers mogelijk is als het kind *feitelijk onbekwaam* is? M.i. blijft die interpretatie mogelijk, aangezien in het voorliggend geval het Hof zich schijnt uitgesproken te hebben t.a.v. een feitelijk *bekwame* minderjarige.

J.M. Pauwels

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 14 MEI 1981

Voorzitter: ridder de Schaetzen

Raadsheer-rapporteur: de h. Sury

Advocaat-generaal: de h. Velu

Advocaten: mrs. Van Ryn, De Baeck en De Gryse

Cognossement — Averij — Vordering van de afzender tegen de vervoerder.

Het arrest dat vaststelt dat een derde houder van het cognossement is, dat de afzender de koopwaar had verkocht met het beding dat ze voor rekening en op risico van

de verkoper zou worden verzonden, dat de afzender vrijwillig, zonder enige verplichting, de door de koper geleden schade heeft vergoed en dat hij niet in de rechten van de koper is gesubrogeerd, beslist wettig, zonder art. 89 van de Zeevaartwet te schenden, dat de afzender niet gerechtigd is de averijvordering tegen de vervoerder in te stellen.

Vennootschap naar Frans recht S. t/
N.V. M. en M.

Gelet op het bestreden arrest, op 10 oktober 1979 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen;

Over het eerste middel, afgeleid uit de schending van artikel 97 van de Grondwet (...)

Over het tweede middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 89 van boek II, titel II, 274 van boek II, titel X (dit laatste zoals gewijzigd door de wet van 28 november 1928) van het Wetboek van Koophandel, 1142, 1146, 1147, 1148 en 1150 van het Burgerlijk Wetboek,

doordat het arrest, na vastgesteld te hebben: 1° dat de volledige waarde van de beschadigde koopwaar door de ontvanger Weihrauch werd afgehouden bij zijn betaling, 2° dat Saar-Luxemburg de koopwaar blijkt verder verkocht te hebben aan Hadir te St. Ingbert en het verschil tussen de verkoopprijs aan Weihrauch en aan Hadir 31.409,77DM zou bedragen hebben, 3° dat eiseres ten slotte dit verschil gedragen heeft, niettemin in beginsel beslist, afgezien van de oplossing van de vraag naar de bepaling van de schade, dat appellante (thans eiseres) ten onrechte beweert dat zij als afzender gerechtigd is de averijvordering in te stellen omdat zij wel degelijk schade heeft geleden, dat zij integendeel over geen eigen recht beschikt om vergoeding te vragen van de schade die ontstaan is tijdens het vervoer en dat het bovendien niet deze schade is waarvoor zij vergoeding vraagt, maar het prijsverschil dat spruit uit een commerciële operatie die zij, of haar koper-correspondent, heeft gesloten met Weihrauch, op grond dat, hoewel, weliswaar, wanneer er tussen de verkoper die de charterpartij heeft gesloten en de koper die zich als cognossementhouder de goederen heeft doen afleveren, bedongen werd dat de laatste slechts de goederen moet betalen welke hij werkelijk en gaaf heeft ontvangen, zodat het risico van het vervoer voor de verkoper is, en wanneer de cognossementhouder in plaats van een eis tot schadevergoeding in te stellen tegen de vervoerder verkiest zich door zijn verkoper te doen vergoeden, artikel 89 van de Zeewet niet in de weg staat van een vordering van de verkoper-inlader tegen de kapitein, gebaseerd op de bepalingen van de met de rederij gesloten charterpartij, dat dit ter zake hoegenaamd niet het geval is omdat de koopwaar inderdaad verkocht werd met het beding dat zij voor rekening en risico van de koper werd verzonden en dat de terugneming van de koopwaar door Saar-Luxemburg geen verplichting was die uit de verkoopvoorwaarden kan worden afgeleid en, verder, dat de creditering van Weihrauch slechts als een commerciële tegemoetkoming moet worden beschouwd die aan diegene die deze schade vrijwillig op zich genomen heeft geen der rechten toekent die aan de drager van het cognossement toekomen,

terwijl, eerste onderdeel, wanneer vaststaat, enerzijds, dat de verkoper-inlader werkelijk benadeeld is wegens de schade aan de koopwaar, anderzijds, dat de koper, houder van het cognossement, die verkozen heeft zich door de

verkoper te doen vergoeden, geen vordering instelt tegen de vervoerder, artikel 89 van de Zeewet, de verkoper-inlader niet verhindert de averijvordering in te stellen tegen de vervoerder, zodra vastgesteld wordt dat eerstgenoemde het risico van het vervoer inderdaad heeft gedragen, onverschillig of zulks van meet af aan al dan niet aldus bedongen werd (schending van de artikelen 89, Boek II, Titel II en 274, Boek II, Titel X van het Wetboek van Koophandel);

tweede onderdeel, de schade ter zake van vervoerovereenkomsten hersteld dient te worden overeenkomstig de wettelijke bepalingen van de contractuele aansprakelijkheid, en de vergoeding voor beschadigde goederen gelijk is aan het verschil tussen de verkoopprijs van de goederen in beschadigde toestand enerzijds, en de prijs die verkregen zou worden voor deze goederen in normale toestand anderzijds, zodat het arrest niet wettelijk mocht beslissen dat het prijsverschil, door eiseres als schadevergoeding gevorderd, niet de werkelijke schade zou zijn die ontstaan is tijdens het vervoer (schending van alle andere in het middel aangehaalde wetsbepalingen):

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat het arrest vaststelt dat eiseres de koopwaar had verkocht aan Saar-Luxemburg, die ze verkocht aan Weihrauch aan wie zij door eiseres werd verzonden, dat het door eiseres uitgegeven *cognossement nominatief* was en niet overdraagbaar, dat Weihrauch, houder ervan, het aangeboden heeft en bij ontvangst van de koopwaar protest heeft uitgebracht en de expertise heeft uitgelokt; dat het verder vaststelt dat de koopwaar verkocht werd met het beding dat zij voor rekening en op risico van de koper werd verzonden en dat de terugnemering ervan, door Saar-Luxemburg en ook die van eiseres, geen verplichting was die uit de verkoopsvoorwaarden kon worden afgeleid;

Overwegende dat het arrest oordeelt dat Weihrauch, houder van het *cognossement*, ten opzichte van de verweerder, als enige gerechtigde op vergoeding voorkwam, dat de creditering van Weihrauch slechts als een commerciële tegemoetkoming moet worden beschouwd die aan degene die deze schade vrijwillig op zich heeft genomen, dit is Saar-Luxemburg in de eerste plaats en eiseres door een tweede operatie, geen der rechten toekent die aan de houder van het *cognossement* toekomen, tenzij deze laatste, bij de vergoeding van de schade, de verkoper in zijn rechten zou hebben gesubrogeerd, waarvan geen bewijs wordt voorgebracht;

Overwegende dat, nu het arrest vaststelt dat Weihrauch houder van het *cognossement* was, dat de koopwaar werd verkocht met het beding dat zij voor rekening en op risico van de koper werd verzonden, dat eiseres vrijwillig, zonder enige verplichting, de door de koper geleden schade heeft vergoed en dat eiseres niet bewijst in de rechten van de koper gesubrogeerd te zijn, de rechters zonder schending van de in het onderdeel aangehaalde wetsbepalingen beslissen dat eiseres niet gerechtigd is de averijvordering tegen de vervoerder in te stellen;

Dat het onderdeel faalt naar recht;

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat, gelet op het antwoord op het eerste onderdeel, de aangevoerde grief, bij gebrek aan belang, niet ontvankelijk is;

(...)

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 24 MAART 1981

Voorzitter: de h. Châtel

Raadsheer-rapporteur: de h. Soetaert

Advocaat-generaal: de h. Declercq

Advocaat: mr. De Gryse

Onrechtmatige daad — Oorzakelijk verband — Misdrijf van fiscale aard ten laste gelegd van een vennootschap — Minnelijke schikking — Civielrechtelijke vordering van vennootschap tegen orgaan of aangestelde tot betaling van het bedrag dat bij wijze van transactie aan het Bestuur van Douane en Accijnzen is betaald.

Het bestreden arrest stelt vast dat verweersters (twee vennootschappen) genoodzaakt zijn geweest op grond van artikel 231 van de wet van 26 augustus 1822 een minnelijke schikking met het Bestuur van Douane en Accijnzen aan te gaan. Het stelt aldus impliciet vast dat aan verweersters, althans aan niet nader geïdentificeerde organen of aangestelden van verweersters, een misdrijf van fiscale aard ten laste werd gelegd, en neemt aldus aan dat tussen dat misdrijf en de betaling van de transactionele som een oorzakelijk verband bestaat.

Door te oordelen dat de betaling van de transactionele som uitsluitend te wijten is aan de gedraging van eiser (een orgaan of aangestelde van verweersters), zonder te onderzoeken, binnen het kader van de civielrechtelijke vordering, of het feit dat tot toepassing van voornoemd wetsartikel zou hebben geleid, werkelijk bestond en aan eiser of mede aan eiser was te wijten, heeft het bestreden arrest het begrip oorzaak in de zin van de artikelen 1382 en 1383 B.W. miskend.

De V. t/ N.V. G. en B.V. M.

Gelet op het bestreden arrest, op 25 juni 1980 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen;

Overwegende dat het bestreden arrest ten aanzien van partijen in cassatie enkel uitspraak doet op de civielrechtelijke vordering;

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 229 en 231 van de Algemene Wet van 26 augustus 1822 inzake Douane en Accijnzen, met uitwerking op 1 oktober 1977 opgenomen als de artikelen 263 respectievelijk 265 van de Algemene Wet van 18 juli 1977 inzake Douane en Accijnzen, op grond van het koninklijk besluit van 18 juli 1977 houdende coördinatie van de algemene bepalingen inzake douane en accijnzen, en artikel 1 van de wet van 6 juli 1978 inzake douane en accijnzen, alsmede schending van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek, en van het algemeen rechtsbeginsel betreffende het persoonlijk karakter der straffen, waarvan onder meer in artikel 39 van het Strafwetboek toepassing wordt gemaakt,

doordat het arrest eiser veroordeelt tot betaling aan de verweersters van het bedrag dat dezen, bij wijze van transactie, aan de administratie der Douane en Accijnzen betaald hebben, op grond: dat bedoelde transacties een gemengd karakter hebben, een strafrechtelijk en een burgerlijk, en ten opzichte van verweersters, rechtspersonen, geen ander dan een burgerlijk karakter kunnen hebben,

aangezien strafrechtelijke verantwoordelijkheid van deze rechtspersonen uitgesloten is; dat deze maatschappijen uitsluitend wegens de strafbare en bestrafte gedraging van eiser genoodzaakt zijn geweest op grond van artikel 231 van de wet van 26 augustus 1822, een transactie met de administratie der Douane en Accijnzen aan te gaan; dat dit uitsluitend te wijten is geweest aan de gedraging van eiser, en de tegen hem gestelde eis dan ook gegrond is, wat betreft de verweersters,

terwijl artikel 231 van de wet van 26 augustus 1822, dat de kooplieden, trafikanten, fabrikanten, neringdoende lieden, schippers, voerlieden en andere personen, verantwoordelijk stelt voor de daden van hun bedienden, arbeiders, knechten of andere door hen bezoldigde personen, voor zover die daden betrekking hebben op het door hen uitgeoefend bedrijf, een strafrechtelijke verantwoordelijkheid doet rusten op de handelaars en particulieren, voor de daden van hun aangestelden; hetzelfde wetsartikel bovendien bepaalt dat de genoemde handelaars en particulieren de boeten, op misdrijven tegen de wetten inzake douane en accijnzen gesteld, zullen oplopen; artikel 229 van de wet van 26 augustus 1822 bepaalt dat onder meer omtrent geldboeten kan worden getransigeerd; de bedoelde transacties een publiekrechtelijke overeenkomst vormen, die een strafvermindering inhouden, en de strafvordering, op grond van de wetten inzake douane en accijnzen, doen vervallen,

en terwijl, eerste onderdeel, de strafrechtelijke aard van de in artikel 231 bedoelde boete, en van de in artikel 229 bedoelde vervangende transactie, inhoudt dat de boete of het bij wijze van transactie overeengekomen bedrag persoonlijk moet worden betaald door degene die de wet aansprakelijk stelt, en niet kan worden verhaald op derden, zodat het arrest, door te beslissen dat het bij wijze van transactie door ieder der verweersters betaalde bedrag op eiser kan worden verhaald, op grond dat deze transacties ten opzichte van verweersters, rechtspersonen, een burgerlijk karakter hebben, de strafrechtelijke aard van de bedoelde boete en vervangende transactie miskent (schending van de artikelen 229 en 231 van de Algemene Wet van 26 augustus 1822 inzake Douane en Accijnzen), ten onrechte beslist dat een — ter voorkoming van een strafvordering — bij wijze van transactie overeengekomen bedrag door de partij, die de wet strafrechtelijk aansprakelijk stelt, op een derde kan worden verhaald (schending van het algemeen beginsel betreffende het persoonlijk karakter der straffen, waarvan onder meer in artikel 39 van het Strafwetboek toepassing wordt gemaakt), en derhalve niet wettelijk verantwoord is,

en terwijl, tweede onderdeel, wanneer iemand gedwongen is uitgaven te doen alleen om zich te kwijten van een wettelijke of contractuele verplichting, hij door de loutere vervulling van die verplichting, geen schade lijdt die in oorzakelijk verband staat, in de zin van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek, met een eventuele fout begaan door een derde,

en terwijl de handelaars en particulieren, bedoeld in artikel 231 van de wet van 26 augustus 1822, verplicht zijn tot betaling van een boete of, met toepassing van artikel 229 van deze wet, tot betaling van een bij transactie overeengekomen bedrag, voor de misdrijven gepleegd door hun aangestelden, en zulks op grond van de verplichting neergelegd in artikel 231 zelf, zodat het arrest, dat overweegt dat de verweersters op grond van genoemd artikel

231 genoodzaakt waren een transactie met de administratie der Douane en Accijnzen aan te gaan, en eiser niettemin veroordeelt tot de betaling van het bij transactie tussen verweersters en de administratie overeengekomen bedrag, op grond dat deze betaling «uitsluitend» te wijten zou zijn geweest aan de gedraging van eiser, het wettelijk begrip van het causaal verband miskent, derhalve niet wettelijk verantwoord is (schending van de artikelen 229, 231 van de Algemene Wet van 26 augustus 1822 inzake Douane en Accijnzen, 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek):

Overwegende dat het arrest vaststelt dat de verweersters genoodzaakt zijn geweest «op grond van artikel 231 van de wet van 26 augustus 1822 een transactie met het (Bestuur van Douane en Accijnzen) aan te gaan»; dat het arrest aldus impliciet vaststelt dat aan de verweersters, althans aan niet nader geïdentificeerde organen of aangestelden van de verweersters, een misdrijf van fiscale aard ten laste werd gelegd; dat het arrest aldus aanneemt dat tussen dat misdrijf en de betaling van de transactionele som een oorzakelijk verband bestaat;

Overwegende dat het arrest, door te oordelen dat de betaling van de transactionele som uitsluitend te wijten is aan de gedraging van eiser, zonder te onderzoeken, binnen het kader van de civielrechtelijke vordering, of het feit dat tot toepassing van voornoemd wetsartikel zou hebben geleid werkelijk bestond en aan eiser of mede aan eiser was te wijten, het begrip oorzaak in de zin van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek miskent;

Dat het middel in zoverre gegrond is;

Om die redenen,

Vernietigt het bestreden arrest in zoverre het uitspraak doet op de civielrechtelijke vordering van de verweersters tegen eiser;

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

Veroordeelt de verweersters in de kosten;

Verwijst de aldus beperkte zaak naar het Hof van Beroep te Gent.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 27 APRIL 1981

Voorzitter-rapporteur: de h. Meeüs

Advocaat-generaal: de h. Velu

Advocaten: mrs. Bützler en Simont

Vakvereniging — Vrijheid van vereniging — Ondernemingsakkoord — Voordelen enkel toegekend aan georganiseerde werknemers of aan leden van bepaalde vakbonden — Geldigheidsvoorwaarden.

Een ondernemingsakkoord dat bepaalde voorwaarden enkel toekent aan georganiseerde werknemers of aan de leden van bepaalde vakbonden, tast niet noodzakelijk de vrijheid van vereniging aan.

De rechter moet evenwel nagaan of de toegekende voordelen evenredig zijn met de door de begunstigden en

hun organisaties geleverde diensten en de door hen gedragen lasten, en of de omvang ervan de vrijheid van vereniging niet op ongeoorloofde wijze aantast.

B. t/ N.V. E.

Gelet op het bestreden arrest, op 19 december 1977 door het Arbeidshof te Bergen gewezen;

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 20, 97 van de Grondwet, 1, inzonderheid eerste lid, van de wet van 24 mei 1921 tot waarborging der vrijheid van vereniging, 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek, *doordat*, nu verweerster op 9 april 1968 en 22 maart 1973 met de afgevaardigden van de bij twee vakorganisaties aangesloten werknemers akkoorden heeft gesloten waarin, benevens voordelen voor al het personeel van haar onderneming, uitsluitend aan de leden van die twee organisaties geldelijke premies zijn toegekend, en nu eiser tot staving van zijn vordering tot schadevergoeding tegen verweerster had betoogd, niet alleen dat die overeenkomsten de vrijheid van vereniging aantasten, maar ook dat verweerster een identieke overeenkomst kon sluiten met de vakorganisatie waarbij hij is aangesloten, doch dat zij zulks steeds heeft geweigerd, en door die discriminerende houding de syndicale vrijheid ernstig in het gedrang heeft gebracht, en aldus een quasi-delictuele handeling heeft verricht die hem schade heeft berokkend, het arbeidshof het beroepen vonnis vernietigt en de vordering ongegrond verklaart; dat het arrest om aldus te beslissen voornamelijk hierop steunt dat «de litigieuze overeenkomsten ondernemingsovereenkomsten zijn die regelmatig zijn gesloten tussen het hoofd van de onderneming en de door alle werknemers democratisch verkozen vakbondsafvaardiging; dat de werknemers zelf de vakorganisaties kiezen die hun belangen behartigen en, binnen de onderneming, gekozen hebben voor het C.S.C. en het F.G.T.B.»; dat die vakbondsafvaardiging, die de belangen van de werknemers vertegenwoordigt, sedert 1968 heeft kunnen onderhandelen met de werkgever, niet alleen om loonvoordelen voor het hele personeel te bekomen maar ook een oudejaarspremie «uitsluitend ten voordele van de bij het F.G.T.B. en C.S.C. aangesloten werknemers», en na 1971, de handhaving van de vakbondspremie; «dat die onderhandelingen binnen de onderneming zijn gevoerd overeenkomstig de nationale overeenkomsten met het gevolg dat de vakbondsafvaardiging zich ertoe heeft verbonden de sociale vrede te handhaven; dat de vakbondsafvaardiging door aldus op te treden naar de wens van haar opdrachtgevers heeft gehandeld, te weten de werknemers van de onderneming die aangesloten zijn bij de organisaties waarvan zij oordelen dat ze het best hun belangen kunnen verdedigen»; dat de in 1930 opgerichte algemene centrale van de liberale vakbonden niet representatief is voor de belangen van de werknemers bij verweerster, en eiser «niet beweert dat zij daar ooit enige noemenswaardige collectieve actie heeft gevoerd om het lot van de arbeiders of het paritair overleg te verbeteren»; «dat men in een pluralistisch vakverenigingssysteem aan de enige representatieve organisaties die in onderling overleg optreden, niet kan verwijten zich in te zetten, te onderhandelen, toegevingen en beloften te doen (lees: voor henzelf en niet) voor een concurrerende organisatie die bovendien niet is vertegenwoordigd in de nationale paritaire organen; dat de litigieuze overeenkomsten wederzijdse verbintenissen

inhouden en dat de vakbondsafvaardiging door alleen voor haar opdrachtgevers voordelen te verkrijgen zich van harentwege ertoe heeft verbonden de sociale vrede te handhaven; dat die overeenkomsten dus volledig geldig zijn in zoverre zij rechten voor geheel het personeel doen ontstaan en tegelijkertijd precieze rechten en verplichtingen bevatten die niet voor iedereen gelden; dat de geldigheid van een overeenkomst niet noodzakelijk vereist dat een partij bij die overeenkomst de belangen van een derde behartigt die haar ideologische tegenstander is en die indertijd is opgericht om haar te bestrijden; dat de litigieuze overeenkomsten conform het beginsel van het betrekkelijk karakter van de verbintenissen enkel tussen de contracterende partijen uitwerking hebben; dat de leden van de liberale vakbond de gevolgen moeten ondergaan van de overeenkomst waarbij zij geen partij zijn geweest; dat (zij) intrinsiek geldig moeten worden verklaard; dat vaststaat dat geen enkel binnen het bevoegde paritair comité gesloten collectieve arbeidsovereenkomst het probleem van de vakbondspremie heeft opgelost; dat het beginsel ervan geen enkele dwingende wettelijke bepaling schendt»; dat verweerster de strafbepalingen van de artikelen 3 en 4 van de wet van 24 mei 1921 tot waarborging der vrijheid van vereniging niet heeft overtreden; «dat zij voor het overige de vrije keuze van haar personeel om zich al dan niet bij een of andere vakbond aan te sluiten niet in het gedrang heeft gebracht; dat, enerzijds, de litigieuze overeenkomsten blijf geven van een vaststaande toestand, van de wederzijdse sterkte die in feite bestaat en in rechte naar buiten kan treden binnen de vorenvermelde perken; dat (eiser) met andere woorden door vrij en ongedwongen aan te sluiten bij de C.G.S.L.B. duidelijk en welbewust zijn vakorganisatie heeft gekozen; dat, anderzijds, de fierheid van de werknemers over hun aansluiting bij de vakbond wordt gering geschat wanneer men zegt dat hun vakbondskeuze wordt bepaald door de materiële voordelen of de premies die kunnen worden verkregen; dat die premie, luidens de overeenkomst van 8 april 1968, in 1968 tweederde van een week, in 1969 anderhalve week en in 1970 twee weken en een derde bedroeg; dat die premie is gebracht op 83 loonuren»; dat eiser zegt dat hij voor de jaren 1968 tot 1973 36.380 frank verlies heeft geleden, dus ongeveer 6.000 frank per jaar; «dat dit bedrag de bij het C.S.C. en het F.G.T.B. aangesloten werknemers belooft voor de voordelen die zij door hun eendracht, hun wil, hun doorzettingsvermogen en opofferingen reeds vóór 1968 in de onderneming voor al het personeel hebben verkregen; dat in die omstandigheden het niet ontvangen van de premie geen aantasting van de vrijheid van vereniging vormt; dat de litigieuze overeenkomsten bijgevolg geen enkele bepaling bevatten die strijdig is met artikel 20 van de Grondwet, met de wet van 24 mei 1921 en met de internationale of communautaire verdragen en verordeningen; dat uit de vorenvermelde motieven volgt dat (verweerster) geen enkele fout ten laste kan worden gelegd»;

terwijl, eerste onderdeel, die overwegingen waardoor in feite wordt gezegd dat de litigieuze overeenkomsten geldig zijn en dat verweerster geen fout heeft begaan door ze te sluiten, niet antwoorden op eisers middel dat hierop steunt dat verweerster een fout had begaan omdat zij had geweigerd met zijn vakorganisatie een identieke overeenkomst te sluiten (schending van artikel 97 van de Grondwet);

tweede onderdeel, de vrijheid van vereniging erkend in

artikel 20 van de Grondwet en gewaarborgd bij de voornoemde wet van 24 mei 1921, het recht van de werknemer omvat om zich aan te sluiten bij de vakorganisatie van eigen keuze; dat recht impliceert dat de werkgever moet afzien van elk optreden dat daaraan afbreuk kan doen; de werkgever die verbintenis niet nakomt en dus een fout begaat, waardoor hij de daaruit voortvloeiende schade moet vergoeden, wanneer hij op basis van het loon berekende premies toekent aan de werknemers van zijn onderneming die bij twee welbepaalde vakorganisaties zijn aangesloten zonder die voordelen ook toe te kennen aan zijn personeelsleden die bij een andere vakorganisatie zijn aangesloten, aangezien laatstgenoemden aldus, om die voordelen te kunnen genieten en voor hun werk geen lager loon te ontvangen, ertoe verplicht worden de door hen gekozen vakorganisatie te verlaten en aan te sluiten bij een van de organisaties waarvan de leden de bewuste voordelen ontvangen; het arrest dat, enerzijds, erop wijst, dat verweerster alleen aan de bij het C.S.C. of het F.G.T.B. aangesloten werknemers een jaarlijkse premie heeft toegekend die in 1968 een derde van het weekloon bedroeg en in 1971 het loon voor 83 werkuren, terwijl het aantal werknemers van de onderneming die deze premie niet hebben ontvangen van 28 tot 2 is teruggelopen sedert zij is ingesteld, en dat, anderzijds, impliciet aanneemt of althans niet betwist dat verweerster had geweigerd een dusdanige overeenkomst te sluiten dat haar werknemers die bij een andere vakorganisatie zijn aangesloten hetzelfde voordeel kunnen genieten, bijgevolg op grond van die vaststellingen niet kon beslissen dat verweerster geen enkele fout had begaan en dat de door eiser tegen haar ingestelde vordering tot schadevergoeding niet gegrond was (schending van de in het middel bedoelde wetsbepalingen, met uitzondering van artikel 97 van de Grondwet):

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat de vrijheid van vereniging met name is gewaarborgd door artikel 20 van de Grondwet en door de wet van 24 mei 1921;

Dat, behoudens de bij de genoemde wet als misdrijf bestraft aantastingen van die vrijheid, andere feiten ongeoorloofde aantastingen van de vrijheid van vereniging kunnen vormen;

Overwegende dat het feit dat de werkgever sommige voordelen alleen toekent aan de werknemers die bij vakorganisaties zijn aangesloten of alleen aan werknemers die bij bepaalde van die organisaties zijn aangesloten, niet noodzakelijk de vrijheid van vereniging aantast;

Dat de werkgever aan bepaalde categorieën werknemers voordelen mag toekennen in zoverre die verantwoord zijn door de werkelijke inbreng van die werknemers of hun organisaties in de ontwikkeling van het sociaal-economisch leven van de onderneming;

Overwegende dat de eerbiediging van de vrijheid van vereniging nochtans vereist dat de toegekende voordelen evenredig zijn met de bewezen diensten en de door de werknemers die ze zullen genieten of hun organisaties gedragen lasten, zodanig dat de toekenning van die voordelen de vrije keuze van andere werknemers niet aantast;

Overwegende dat het arrest erop wijst dat die organisaties wier leden een vakbondspremie hebben ontvangen, die in 1973 overeenstemde met een loon van 83 werkuren, werkelijk hebben bijgedragen tot het sociaal-economisch leven van de onderneming en zich ertoe hebben verbonden

den de sociale vrede te handhaven, terwijl de organisatie waarvan verweerder lid is niet heeft deelgenomen aan die collectieve actie; dat het evenwel niet nagaat of de toegekende voordelen evenredig waren met de geleverde diensten en de door de begunstigden of hun organisatie gedragen lasten en of de toekenning ervan wegens de omvang van die voordelen de vrijheid van vereniging op ongeoorloofde wijze aantast zoals eiser betoogde;

Dat het arrest bijgevolg zijn beslissing niet naar recht verantwoordt;

Dat dit onderdeel van het middel gegrond is;
(...)

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 25 JUNI 1981

Voorzitter: ridder de Schaetzen

Raadsheer-rapporteur: mevr. Raymond-Decharneux

Advocaat-generaal: de h. Janssens de Bisthoven

Advocaat: mr. Bützler

Post — Verlies van aangetekende zending — Aan afzender toekomende vergoeding — Maximumbedrag — Geen vergoeding verschuldigd aan anderen.

Uit de vergelijking van de artt. 18 en 23 van de wet van 26 december 1956 volgt dat, in geval van verlies van een aangetekende zending, de verplichting van het Bestuur der Posterijen tot betaling van een vergoeding een uitzondering is op de algemene regel dat het bestuur vrijgesteld is van alle aansprakelijkheid voor opgedragen diensten. Die verplichting kan derhalve niet worden uitgebreid buiten de in art. 18 gestelde voorwaarden en moet aldus worden verstaan dat het bestuur niet gehouden is tot betaling, voor welke schade dan ook, van vergoedingen die groter zijn dan een door de Koning vastgesteld maximumbedrag, of van enige vergoeding aan andere personen dan de afzender.

Regie der Posterijen t/C. en Van der M.

Gelet op het bestreden arrest, op 13 februari 1980 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

I. In zoverre de voorziening gericht is tegen de tweede verweerder:

Over het middel van niet-ontvankelijkheid dat het openbaar ministerie ambtshalve heeft opgeworpen en overeenkomstig artikel 1097 van het Gerechtelijk Wetboek ter kennis is gebracht:

Overwegende dat tussen eiseres en die verweerder geen geding is gevoerd voor de feitenrechter en geen enkele veroordeling ten voordele van verweerder is uitgesproken tegen eiseres, zodat de voorziening niet ontvankelijk is;

Dat eiseres er nochtans belang bij heeft die verweerder tot bindendverklaring van het arrest te roepen;

II. In zoverre de voorziening gericht is tegen de eerste verweerder:

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 18, gewijzigd bij artikel 28 van de wet van 6 juli 1971 houdende oprichting van de Regie der Posterijen, 23 van de wet van 26 december 1956 op de Postdienst en 1382 tot 1384 van het Burgerlijk Wetboek,

doordat het arrest de toepassing uitsluit van artikel 18 van de wet van 26 december 1956, gewijzigd bij artikel 28 van de wet van 6 juli 1971, krachtens hetwelk voor het verlies van een aangetekende zending het Bestuur verplicht is aan de afzender een vergoeding te betalen waarvan het maximum voor de binnenlandse dienst door de Koning en voor de buitenlandse dienst door een verdrag wordt vastgesteld, en zijn beslissing op basis van het gemeene recht schadevergoeding toe te kennen tot herstel van de fout van eiseres motiveert, zulks met overneming van de door de eerste rechter aangevoerde gronden dat «nu eiser (thans eerste verweerder) niet de afzender is van de brief, verweerder (thans eiseres) zich jegens hem niet kon beroepen op de maximumvergoeding van 650 frank waarvan sprake is in het koninklijk besluit van 15 mei 1972 tot uitvoering van de artikelen 18 van de wet van 26 december 1956 en 2 van de wet van 6 juli 1971, welke vergoeding is vastgesteld in geval van verlies van de aangetekende brief en trouwens enkel het materiële verlies dekt van de als dusdanig ingeschreven en aangetekende correspondentie, dit wil zeggen van het instrumentum, en niet de schade die een rechtstreeks gevolg van dat verlies is, in elk geval jegens derden onder wie eiser»,

(...)

Overwegende dat artikel 23 van de wet van 26 december 1956 bepaalt dat, buiten de speciaal voorziene gevallen, het Bestuur der posterijen niet aansprakelijk is voor opgedragen diensten en dat dit mede geldt voor hen die aan het Bestuur hun medewerking verlenen;

Overwegende dat artikel 18 van dezelfde wet, waarin één van de in artikel 23 speciaal bedoelde gevallen wordt geregeld, bepaalt dat voor het verlies van een aangetekende zending het Bestuur verplicht is aan de afzender een vergoeding te betalen waarvan het maximum voor de binnenlandse dienst door de Koning en voor de buitenlandse dienst door een verdrag wordt vastgesteld;

Overwegende dat uit de vergelijking van die beide wetsbepalingen volgt dat, in geval van verlies van een aangetekende zending, de verplichting van het Bestuur tot betaling van een vergoeding een uitzondering is op de algemene regel dat het Bestuur vrijgesteld is van alle aansprakelijkheid voor opgedragen diensten; dat die verplichting derhalve niet kan worden uitgebreid buiten de in dat artikel 18 gestelde voorwaarden en aldus moet worden verstaan dat het Bestuur niet gehouden is tot betaling, voor welke schade dan ook, van vergoedingen die groter zijn dan een door de Koning vastgesteld maximumbedrag, of van enige vergoeding aan andere personen dan de afzender;

Overwegende dat, bijgevolg, het arrest, dat, op de in het middel weergegeven gronden, eiseres veroordeelt tot betaling aan de eerste verweerder van een vergoeding die groter is dan het bij het koninklijk besluit van 15 mei 1972 vastgestelde bedrag van 650 frank, de in dit middel vermelde wetsbepalingen schendt;

Dat het middel gegrond is;

(...)

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 6 MAART 1981

Voorzitter: de h. Janssens

Raadsheer-rapporteur: baron Vinçotte

Advocaat-generaal: de h. Lenaerts.

Advocaten: mrs. De Baeck en De Gryse

Eigendomsvordering en bezitsvordering — Vermenging.

Het vonnis dat de bezitsvordering niet toelaat op grond van een onderzoek naar het recht van de eiser van de erfdiensbaaerheid uit te oefenen over de vóór elke storing gebruikte ligplaats, vermengt aldus de bezitsvordering en een eigendomsvordering.

M. e.a. t/ V.Z.W. V. e.a.

Gelet op het bestreden vonnis, op 9 mei 1978 in hoger beroep gewezen door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen;

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 701, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek, 1370, 1371 van het Gerechtelijk Wetboek en 97 van de Grondwet,

doordat het vonnis de door de eisers tegen de verweerd ers ingestelde bezitsvordering niet toelaatbaar verklaart op grond: dat de veranderingen die artikel 701 van het Burgerlijk Wetboek verbiedt te doen aan de gesteldheid van de plaats, die zijn welke rechtstreeks in strijd zijn met de uitoefening van de erfdiensbaaerheid beschouwd in haar wezen; dat derhalve de eigenaar van het lijdende erf alle andere veranderingen kan aanbrengen in zoverre ze in overeenstemming blijven met de vrije uitoefening van de erfdiensbaaerheid die hij in acht dient te nemen; dat uit het proces-verbaal van plaatsbezoek van de eerste rechter van 22 september 1975 overduidelijk bewezen is dat de verlegging van de zate enkel voordelen en geen nadelen meebrengt voor de eisers; dat de eigenaar van het dienstbare erf aan de eigenaar van het heersende erf een erfdiensbaaerheid kan aanbieden die voor de uitoefening van de rechten van de eigenaar van het heersende erf even gemakkelijk is en dit aanbod niet mag worden afgewezen; dat geen enkele wettelijke verplichting voor de eigenaar van het lijdende erf bestaat om vooraf de eigenaar van het heersende erf in te lichten over de voorgenomen wijzigingen aan een bestaande erfdiensbaaerheid van uitweg, wanneer deze wijziging de essentie zelf van deze erfdiensbaaerheid niet aantast; dat de persoonlijke verschijning van eiseres, tevens handelend namens de andere eisers, zeker het bewijs niet geleverd heeft van het feit dat de essentie van de uitoefening van de erfdiensbaaerheid aangetast werd; dat bovendien geen bewijs voorhanden is van het beweerde feit dat de bestaande erfdiensbaaerheid aan de eisers thans een storing zou berokkenen en evenmin aanbod gedaan wordt om een bewijs dienaangaande te leveren; dat dienvolgens het belang van de vordering van de eisers niet bewezen is, zodat hun vordering niet toelaatbaar is,

terwijl, eerste onderdeel, het de rechter die over de bezitsvordering uitspraak moet doen, verboden is zijn beslissing te laten steunen op motieven die hij uit de grond van het recht haalt; het vonnis dit wettelijk verbod miskent en de bezitsvordering en de eigendomsvordering met elkaar

vermengt door de bezitsvordering van de eisers niet toelaatbaar te verklaren op basis van motieven die uit de grond van het recht zijn gehaald, met name door te overwegen dat de eigenaar van het lijdende erf aan de eigenaar van het heersende erf een plaats voor de uitoefening van de erfdienstbaarheid kan aanbieden die voor de uitoefening van de rechten van het heersende erf even gemakkelijk is en dit aanbod niet mag worden afgewezen, dat ten deze de verlegging van de zate enkel voordelen en geen nadelen meebrengt voor de eisers, en ten slotte dat door de voorgenomen wijziging aan de erfdienstbaarheid de essentie ervan niet aangetast wordt (schending van de artikelen 701, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek, 1370 en 1371 van het Gerechtelijk Wetboek);

(...)

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat uit het beroepen en uit het bestreden vonnis blijkt dat ten voordele van het erf van de eisers een erfdienstbaarheid van overgang bestaat en dat de bestaande ligging werd versperd terwijl een andere werd opengesteld; dat het vonnis vaststelt dat de eisers een bezitsvordering uitoefenen;

Overwegende dat bij toepassing van artikel 1371, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek bezitsvordering en eigendomsvordering niet mogen worden vermengd;

Overwegende dat het bestreden vonnis de bezitsvordering niet toelaat op grond van een onderzoek naar het recht van eiser de erfdienstbaarheid uit te oefenen over de vóór elke storing gebruikte ligplaats; dat het vonnis aldus de bezitsvordering en een eigendomsvordering vermengt;

Dat het onderdeel gegrond is;

(...)

BESLAGRECHTER TE ANTWERPEN

2 OKTOBER 1980

Rechter: de h. Groetaers

Advocaten: mrs. Vervliet en De Meester

Burgerlijke rechtspleging — Verstekvonnis — Niet betekend binnen een jaar — Berusting — Afstand van de exceptie van verval.

De bij verstek veroordeelde partij doet in geval van berusting in het vonnis afstand van de exceptie van verval wegens niet-betekening van het verstekvonnis binnen het jaar.

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

Overwegende dat de eisende partij op 8 november 1978 solidair met zekere vennootschap naar Nederlands recht B.V. S. door de Rechtbank van Koophandel te Turnhout veroordeeld is om aan de verwerende partij te betalen de som van fr. 439.241 met interesten en kosten;

Overwegende dat dit vonnis bij verstek uitgesproken werd en door de verwerende partij slechts op 12 mei 1980 aan de eisende partij betekend werd;

Overwegende dat de rechtsvordering van de eisende partij er thans toe strekt:

1° het vonnis van 8 november 1978 van de Rechtbank van Koophandel te Turnhout voor nietig en onbestaande te doen verklaren;

2° de betekening ervan en alle andere eventuele uitvoeringsmaatregelen eveneens nietig te doen verklaren;

3° de verwerende partij te doen veroordelen tot betaling van een schadevergoeding van fr. 15.000;

Overwegende, wat het eerste gedeelte van de rechtsvordering betreft, dat middelen van nietigheid niet kunnen worden aangewend tegen vonnissen, die alleen worden vernietigd door de rechtsmiddelen bij de wet bepaald (art. 20 Ger. W.);

Overwegende dat het de beslagrechter dus niet toekomt een vonnis van een andere rechter nietig te verklaren, zodat de vraag van de eisende partij als niet-toelaatbaar voorkomt;

Overwegende, wat de tweede eis betreft, dat de uitvoering van vermeld vonnis echter wel moet worden geschorst;

Overwegende dat het vonnis, daar het bij verstek geveld is en niet binnen een jaar betekend is, als niet bestaande beschouwd wordt (art. 806 Ger. W.);

Overwegende dat geen uitvoering mag geschieden dan krachtens een uitvoerbare titel (art. 1494 Ger. W.) hetgeen hier niet het geval is;

Overwegende dat het ditmaal wel de beslagrechter toekomt de schorsing van zulk een uitvoering te bevelen (art. 1498 Ger. W.);

Overwegende dat de verwerende partij echter opwerpt dat de eisende partij berust heeft in het vonnis;

Overwegende dat, in geval van berusting in het vonnis, de bij verstek veroordeelde partij inderdaad afstand zou gedaan hebben van de exceptie geput uit art. 806 Ger. W. (De Corte R. en Laenens J., «De verstekprocedure en de taak van de rechter bij verstek», *T.P.R.*, 1980, 482, nr. 81);

Overwegende dat in de onderhavige zaak, een berusting van de eisende partij in het vonnis van 8 november 1978 niet voldoende vaststaat;

Overwegende dat dit vonnis weliswaar gedeeltelijk uitgevoerd werd maar wel door de mede veroordeelde vennootschap naar Nederlands recht B.V. S. en niet door de eisende partij, die steeds blijkt te hebben beweerd dat haar Nederlandse zustervenootschap de schuldenares was en niet zijzelf;

Overwegende dat de raadsman van de huidige verwerende partij op 24 november 1978 aan de raadsman van de huidige eisende partij schreef:

«Uw brief van 23 dezer ontving ik in goede orde en ik begroet U met genoegen als tegenstrever.

Ik zal voorlopig niet betekenen en U tekent misschien best geen verzet aan om misschien te trachten de zaak minnelijk te regelen...»

Overwegende dat in januari, februari en maart 1979, drie betalingen vanwege S. - Nederland volgden, maar het saldo, niettegenstaande aanmaningen en herhalingen niet betaald werd, waarop de betekening van 12 mei 1980 volgde;

Overwegende dat de uitvoering van het vonnis door een van de solidaire medeschuldenaars de andere niet belet de excepties die hem eigen zijn op te werpen (art. 1208 B.W.; De Page H., *Traité*, III, nr. 359 en noot 6);

Overwegende ten slotte dat de betekening van 12 mei 1980 niet kan worden beschouwd als een fout van de ver-

werende partij zodat de vraag tot schadevergoeding ongegrond voorkomt;

Om die redenen:

verklaren de rechtsvordering van de eisende partij niet-toelaatbaar in zoverre zij strekt tot nietigverklaring van het vonnis op 8 november 1978 tussen partijen uitgesproken door de Rechtbank van Koophandel te Turnhout;

verklaren zelfde rechtsvordering gegrond in zoverre strekkend tot schorsing van de uitvoering van zelfde vonnis;

leggen de verwerende partij verbod op tot uitvoering van dit vonnis over te gaan;

verklaren eindelijk ongegrond de rechtsvordering van de eisende partij in zoverre strekkend tot het bekomen van een schadevergoeding en wijzen haar ervan af;

veroordelen elke partij tot de helft van de kosten van huidig geding;

NOOT—*Betekening van een verstekvonnis binnen een jaar*

Werd de exceptie ex art. 806 Ger. W. tijdig opgeworpen? Bovenstaand vonnis heeft zich hierover niet uitgesproken. De wettekst regelt trouwens ook niet de berechting van deze exceptie. Geredelijk mag echter aangenomen worden dat wie het verval van art. 806 Ger. W. wenst op te werpen, over een maand na de betekening van het verstekvonnis (behoudens verlenging) beschikt. Uit bovenstaand vonnis blijkt dat het verstekvonnis van 8 november 1978 op 12 mei 1980 aan eiseres betekend werd. Zij dagvaardde verweerster bijgevolg nog net tijdig op 11 juni 1980 voor de beslagrechter. Het vonnis had op dat ogenblik nog geen kracht van gewijsde. Indien het kwettius vonnis uitvoerbaar bij voorraad werd verklaard, diende de exceptie voor de beslagrechter opgeworpen te worden bij de eerste daad van executie, namelijk bij het bevel, voorafgaand aan het beslag, dan wel de aanzegging van het beslag dat onder derden werd gelegd (De Corte R. en Laenens J., «Art. 806 Ger. W. Een getuige van wel- eer...?», *I.U.S.*, 1979-80, 206).

Jean Laenens

ARBEIDSRECHTBANK TE BRUGGE AFDELING OOSTENDE

2e KAMER — 30 JUNI 1981

Voorzitter: de h. Ampe

Rechters in sociale zaken: de hh. Hennaert en Stuyppens
Advocaten: mrs. D'Hulster loco T'Jonck, Soete en Dela-
rue loco Dewulf

**1. Erfrecht — Arbeidsovereenkomst — Vordering tot betaling van achterstallig loon — 2. Dwangsom — Slechts bij conclusie gevorderd — Voor afgifte van sociale docu-
menten na beëindiging van arbeidsovereenkomst — Erf-
genamen.**

1. Een werknemer kan betaling van zijn achterstallig loon vorderen van de erfgenamen voordat de nalaten-

schap is afgehandeld. Iedere erfgenaam is gehouden ten belope van zijn aandeel in de nalatenschap.

2. Geen wettekst verbiedt de eiser met toepassing van art. 807 Ger. W. een dwangsom te vorderen in de loop van het geding.

Een vordering tot afgifte van het document C4 (bewijs van volledige werkloosheid) en van het document C4.1 (arbeidsbewijs) is niet een vordering tot nakoming van een arbeidsovereenkomst, maar een vordering tot nakoming van een wettelijke verplichting die aan de werkgever is opgelegd door de werkloosheidsreglementering. De bepaling van art. 1385bis Ger. W. volgens welke een dwangsom niet kan worden opgelegd t.a.v. de vordering ter zake van de nakoming van arbeidsovereenkomsten, vindt op zodanige vordering geen toepassing.

Wanneer er verschillende schuldenaars zijn, kan ieder slechts voor zijn deel in de schuld worden aangesproken.

Van H. t/ S. e.a.

Bij conclusie vordert eiser de veroordeling van verweerders, solidair of ieder tot beloop van hun recht in de nalatenschap, tot betaling van 527.632 fr., te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de vervaldag van de verschuldigde lonen.

Eiser vordert tevens de veroordeling van verweerders tot afgifte van alle sociale documenten, in het bijzonder de documenten C4 en C4.1, en voor het geval dat hieraan niet wordt voldaan binnen 48 uren na de betekening van het te wijzen vonnis, de veroordeling van verweerders tot een dwangsom van 10.000 fr. per dag vertraging.

(...)

A. Over de verschuldigde hoofdsom

(...)

De eerste zeven verweerders voeren geen enkele wettekst aan waarop zij steunen om te stellen dat eiser moet wachten met zijn vordering tot na afhandeling van de nalatenschap en dat hij slechts betaling kan vorderen van de nalatenschap.

In rechte kan eiser alleen maar de erfgenamen als dusdanig aanspreken, en geen enkele wetsbepaling verplicht hem te wachten op onderling twistende partijen. Anderzijds is het zo dat elke erfgenaam niet solidair of elk voor heel de schuld kan worden aangesproken, maar slechts tot beloop van zijn recht in de nalatenschap.

B. Afgifte sociale documenten

De achtste verweerders voeren aan dat de vordering tot oplegging van een dwangsom niet ontvankelijk is, omdat ze niet gevraagd werd in het inleidend exploit.

Die stelling is zeker onjuist, daar de wet uitdrukkelijk bepaalt dat een dwangsom voor het eerst kan worden gevraagd in verzet of hoger beroep (art. 1385bis, tweede lid, Ger. W.), op voorwaarde dat ze samengaat met een hoofdveroordeling. Wel is vereist dat de dwangsom in een zelfde geding wordt gevorderd (Ballon, *Dwangsom*, nr. 50, A.P.R.) en dat erover wordt beslist in een zelfde rechterlijke beslissing; doch geen wettekst verbiedt eiser in de loop van het geding met toepassing van art. 807 Ger. W. een dwangsom te vragen.

De achtste verweerders voeren aan dat geen dwangsom kan worden opgelegd omdat het gaat over een vordering

tot nakoming van arbeidsovereenkomsten, die uitdrukkelijk uitgesloten wordt door art. 138bis Ger. W.

De afgifte van een document C4 «bewijs van volledige werkloosheid» en van het document C4.1 «arbeidsbewijs», wordt aan de werkgever opgelegd door art. 188, lid 1 en lid 3, van het Werkloosheidsbesluit en de weigering van de werkgever die stukken af te leveren wordt zelfs strafbaar gesteld door art. 261, lid 1, 1°.

Bijgevolg gaat het niet om een vordering tot nakoming van een arbeidsovereenkomst, doch om een wettelijke verplichting opgelegd aan de werkgever door de werkloosheidsreglementering met het oog op het verkrijgen van werkloosheidsuitkeringen. Er valt op te merken dat art. 1385bis, Ger. W. «de vorderingen ter zake van de nakoming van arbeidsovereenkomsten» (in de Franse tekst — «... les actions en exécution de contrats de travail ...») uitsluit, terwijl art. 578, 1°, Ger. W., bepaalt dat de arbeidsrechtbank kennis neemt van geschillen inzake arbeidsovereenkomsten (Franse tekst: «des contestations relatives aux contrats de louage de travail»), wat breder is dan art. 1385bis, Ger. W., zodat de uitsluiting in art. 1385bis, Ger. W. beperkt wordt tot vorderingen ter zake van de nakoming van arbeidsovereenkomsten.

Uit de voorbereidende werkzaamheden van de wet op de dwangsom blijkt dat de minister van Justitie, mede in naam van zijn collega van Arbeid en Tewerkstelling, om advies vroeg aan de Nationale Arbeidsraad nopens de toepasselijkheid van de dwangsom t.a.v. de vorderingen inzake nakoming van arbeidsovereenkomsten.

De Nationale Arbeidsraad was van oordeel dat men onder vorderingen ter zake van de nakoming van arbeidsovereenkomsten diende te verstaan, de vorderingen betreffende de individuele verplichtingen ingevolge de arbeidsverhouding die door de werkgever of werknemer moeten worden nageleefd en die voortvloeien uit de wetgeving betreffende de arbeidsovereenkomsten of uit de wet van 5 december 1968 (zie Verslag namens de Verenigde Commissies voor de Justitie en de Tewerkstelling, de Arbeid en de Sociale Voorzorg, uitgebracht door dhr. Storme in *Gedr. Stuk.*, Senaat, 1979-80, 23 oktober 1979, 177, BZ 1979, nr. 4, blz. 2).

Ter zake vloeit de verplichting tot afgifte van C4 en C4.1 niet voort uit de wetgeving betreffende de arbeidsovereenkomsten, maar uit de werkloosheidsreglementering.

Overigens blijkt uit de voorbereidende werkzaamheden dat de reden waarom de dwangsom niet werd toegepast inzake naleving van arbeidsovereenkomsten, verplichtingen betreft die onmiddellijk uit de arbeidsovereenkomst en haar wetgeving voortvloeien: aldus was de vrees groot dat bij toelating tot toepassing van een dwangsom in deze materie de werkgever de werknemer had kunnen verplichten op het werk aanwezig te zijn op straffe van een dwangsom (zie *Gedr. Stukken*, Senaat, buitengewone zitting 1979, 12 juni 1979 — Verslag namens de Commissie van Justitie uitgebracht door dhr. Storme, 177, BZ 1979, nr. 2, blz. 12).

Dus valt deze vordering niet onder de uitzondering bepaald in art. 1385bis, eerste lid, Ger. W. «... noch ten aanzien van de vorderingen ter zake de nakoming van arbeidsovereenkomsten».

Art. 1385bis Ger. W. bevat omtrent de hoofdveroordelingen die met een dwangsom kunnen worden gesanctioneerd geen uitdrukkelijke bepaling, behalve een negatieve, namelijk dat de hoofdveroordeling niet mag zijn een ver-

oordeling tot een geldsom — wat ter zake niet het geval is, en niet van een vordering ter zake van nakoming van een arbeidsovereenkomst — wat evenmin het geval is. Bijgevolg kunnen alle andere hoofdveroordelingen gesanctioneerd worden met een veroordeling tot een dwangsom (zie G. Ballon, *Dwangsom*, A.P.R., nr. 121).

De eerste zeven verweerders voeren aan dat zij akkoord zouden zijn de desbetreffende documenten te ondertekenen en dat daarom op hen geen dwangsom kan worden toegepast. De documenten door hen ondertekend worden echter niet voorgelegd, zodat de dwangsom hun wel kan worden opgelegd, voor zover zij in gebreke blijven.

Het is echter zo dat, wanneer het om een gezamenlijke verbintenis gaat, de rechter voor ieder deel een gepaste dwangsom kan opleggen; wanneer er verschillende schuldenaars zijn kan ieder slechts voor zijn deel in de schuld aangesproken worden (zie G. Ballon, *Dwangsom*, nr. 170, A.P.R.). Ter zake kan elke erfgenaam slechts voor zijn handtekening op de sociale documenten aangesproken worden.

De dwangsom dient in billijkheid te worden bepaald op 100fr. per dag en per verweerder zo zij in gebreke blijven de documenten af te geven binnen veertien dagen na de betekening van het te wijzen vonnis.

(...)

BOEKEN

Marcel HUYS en Guy KEUTGEN, *L'arbitrage en droit belge et international*, Bruylant, 1981

Arbitrage is niet meer weg te denken uit de huidige zakenwereld. Internationale contracten bevatten vaak een arbitragebeding omdat partijen transnationale arbitrage boven een nationale rechtbank verkiezen. Doch ook in interne overeenkomsten, zoals aannemingscontracten en verzekeringspolissen, komt een arbitragebeding vaak voor. De arbitrage heeft immers voordelen: de arbitrale beslechting verloopt discreter dan de rechterlijke procedures, die bij wet openbaar zijn. Voor ingewikkelde geschillen kan een expert rechtstreeks als arbiter aangewezen worden, terwijl hij bij een rechterlijke procedure de rechtbank hoogstens kan adviseren. De arbitrageprocedure is soepeler dan de procedures voor de rechtbanken. De talrijke strikte regels van de rechtsprocedure kunnen vaak leiden tot procedurale chicane en dilatoire manoeuvres. Over de arbitrage heerst er een meer informele geest, die de conflictuele spanning reduceert en vaak minnelijke schikkingen in de hand werkt. Vaak is de arbitrage ook sneller dan de rechtsprocedure en, omdat de arbitrage informeel is, kunnen partijen een arbitrage vaak aan zonder raadsman, om hen door het procedurale labyrint te loodsen — wat tijd en kosten spaart.

Vele juristen voelen zich echter onwennig ten aanzien van de arbitrage. Arbitrage behoorde niet tot de courante leerstof van hun rechtsopleiding. Bovendien is de literatuur over arbitrage vrij mager. Er bestond weliswaar een uitvoerig handboek van A. Bernard, *L'Arbitrage volontaire en droit privé*, dat jarenlang leidinggevend was, doch dit werk uit 1937 is thans achterhaald door de introductie van de nieuwe arbitragewet in 1972 en de ratificatie van de Verdragen van New York en Genève. De beknopte commentaar op de wet van L. Dermine, *L'arbitrage commercial en Belgique* (1975) en het overzicht van rechtspraak van Huys en Keutgen (*J.T.*, 1976, 53) konden — o.m. omdat zij slechts een drietal jaren wetspraktijk konden incorporeren — geen diepgaande bespreking bieden. Een tien jaren na de invoering van

de wet biedt *L'arbitrage en droit belge et international* het gedetailleerde Gesamtbild van de arbitrage, waaraan de Belgische rechtspracticus behoefte heeft.

De auteurs, Marcel Huys en Guy Keutgen, zijn steunpilaren van het Belgische CEPINA (Centrum voor Studie en Praktijk van de Internationale en Nationale Arbitrage). In die hoedanigheid zijn ze uiterst vertrouwd met de arbitrage. Aldus kunnen zij de relevante problemen van de arbitrage op een degelijke manier en zonder overbodige beschouwingen bespreken. Hun analyses zijn rijklijk gestoffeerd met — zelfs de recentste en ongepubliceerde — rechtspraak en rechtsleer. Hierbij vermelden zij trouwens niet alleen de Belgische (inclusief de Vlaamse) rechtspraak en literatuur, maar verwijzen zij ook naar Nederlandse en Franse bronnen.

M. Huys en G. Keutgen behandelen de verscheidene aspecten van de arbitrageprocedure (de arbitrageovereenkomst, de aanstelling van de arbiters, de arbitrale procedure, de uitspraak, de tenuitvoerlegging, de rechtsmiddelen etc.) die ook, een vijftig jaren geleden, door A. Bernard besproken werden. Uiteraard doen zij dit echter aan de hand van de nieuwe wet en de recente rechtspraak en doctrine en wordt hun werk aldus een waardige opvolger van Bernards standaardwerk.

Een vergelijking tussen het huidige werk van Huys en Keutgen en de vroegere studie van Bernard toont aan hoe de arbitrage geëvolueerd is. In deze vijftig jaren zijn de accenten duidelijk verschoven. Het wantrouwen t.o.v. de arbitrage is duidelijk verminderd. De echtgenote, de curator, de concordataire schuldenaar, de voogd, de publiekrechtelijke instellingen, de vennoten kunnen thans gemakkelijker tot arbitrage toestemmen dan in Bernards tijd. Sedert Bernard zijn er echter nieuwe problemen opgedoken, welke M. Huys en G. Keutgen niet ontwijken: de geldigheid van arbitragebedingen in algemene voorwaarden, arbitrage over Communautair mededingingsrecht, over octrooien, over arbeidscontracten en over concessieovereenkomsten. De auteurs schenken ook meer aandacht aan de praktische organisatie van de arbitrage (plaats en taal van de arbitrage, keuze van de arbiter, taak van de arbiter, etc.) dan Bernard deed. Opmerkelijk is tevens de aandacht die de auteurs schenken aan de transnationale arbitrage: terwijl Bernard hieraan een honderd pagina's wijdt, spenderen zij er een 260 pagina's aan. De groeiende aandacht voor de transnationale handelsarbitrage blijkt een algemene tendens (cf. Foustoucos, *L'arbitrage - interne et international - en droit privé hellénique*, 1976).

Het Verdrag van New York inzake Tenuitvoerlegging van Arbitrale Uitspraken (1958) en het Europees Verdrag inzake Internationale Handelsarbitrage (1961) krijgen uiteraard de nodige aandacht. Doch ook de andere aspecten van de huidige transnationale handelsarbitrage komen aan bod: de instellingen en reglementen voor transnationale arbitrage worden beschreven. De rechtsaanwending van de transnationale arbiter wordt toegelicht. De betekenis van de zetel van de arbitrage van de arbitrale procedure en de tenuitvoerlegging wordt uiteengezet.

Het blijkt onmogelijk om de rijkdom van het werk in een boekbespreking te belichten. Het handboek van M. Huys en G. Keutgen is voor Belgische juristen het standaardwerk over arbitrage.

H. Van Houtte

L. VAN OUTRIVE, *Preadvies over gezag over de politie in België*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1981, 57p.

In de inleiding verklaart de auteur dat hij de analyse wenst te begrenzen tot de externe gezagsstructuren van het politiestel. Toch beperkt hij zich niet tot de gezagsuitoefening, maar heeft hij ook oog voor het bestuur omdat men zo een meer werkelijkheidsgetrouw beeld krijgt van de verhoudingen tussen de externe instanties en de politiemachten zelf. Tot de politie behoren hier alle organen die een politiefunctie (en openbare-veiligheidsfunctie) uitoefenen.

Het eerste gedeelte biedt de lezer een overzicht van de bevoegdheden van de onderscheiden instanties op bestuurlijk, gerechtelijk en parlementair niveau. Hierbij kijkt men ook naar de feitelijke implicaties van deze bevoegdheidsrelaties, waarbij de auteur een overzicht geeft van enkele recente voorstellen om die verhoudingen te wijzigen.

Op gerechtelijk niveau zijn er drie organen die een zeggenschap uitoefenen op de politie, gaande van het feitelijk gezag van de burgemeester tot een conditionerend beheer van de gemeenteraad. Op bestuurlijk arrondissementeel niveau valt alleen de arrondissementscommissaris te vermelden. Ook is er het gerechtelijk arrondissementeel niveau waar de procureur des Konings en zijn substituten controle uitoefenen. Op provinciaal niveau vindt men de bestendige deputatie en de gouverneur terug. Vervolgens komt de procureur-generaal bij het hof van beroep aan bod, die toezicht uitoefent op alle officieren van de gerechtelijke politie. Op ministerieel niveau zijn er vier ministers die met politieaangelegenheden te maken hebben, nl. de ministers van Binnenlandse Zaken en van het Vlaams Gewest, de minister van Justitie en de minister van Landsverdediging. Tot slot komt de parlementaire controle aan de beurt, waarbij heel speciaal de aandacht wordt gevestigd op het recent parlementair initiatief van de commissie Wijninckx.

In het tweede gedeelte tracht de auteur, vanuit een aantal algemene structurele kenmerken, te komen tot kritische bedenkingen en voorstellen tot wijziging van de externe zeggenschapsstructuur.

België beschikt over een veelheid van politiemachten die op ongelijke wijze worden behandeld m.b.t. de zeggenschap van de externe instanties. Deze vaststelling doet de vraag rijzen naar een betere regeling van de gezagsuitoefening waarbij een onderscheid dient te worden gemaakt tussen een dagelijks functioneringsgezag en een gezag inzake beleidsbepaling. Ook wordt vastgesteld dat de categorieën van politietaken waarover gezag wordt uitgeoefend, vaak verward zijn en niet duidelijk van elkaar te onderscheiden zijn. Het is ook opvallend dat tal van begrippen zoals o.a. gezag en toezicht, een wisselvallige en zelfs ledige duiding hebben. Verder voert de auteur aan dat de veelhoofdige gezags- en bestuursuitoefening moeilijkheden oplevert i.v.m. de onderlinge afbakening van bevoegdheden. Het gezag over politie is uitgesproken hiërarchisch en autoritair: hierbij wordt de vraag gesteld naar de mogelijke oplossingen tot democratisering. Ten slotte merkt de auteur op dat in dergelijke ingewikkelde gezags- en bestuursstructuur nog moeilijk een gecoördineerd en duidelijk beleid mogelijk is.

Tot besluit stelt de auteur dat de actuele evolutie geen democratisering teweeg kan brengen, daar de zeggenschap over politie meer en meer in handen komt van de uitvoerende macht. Dit kan zelfs uitmonden in een gesloten, interne uitbouw van bestuur en gezag ... waartegen de burger met het grootste wantrouwen moet aankijken.

Johan Scheers

Exequatur van vriendschap. Liber discipulorum et amicorum Egied Spanoghe, Kluwer Rechtswetenschappen, Antwerpen, 1981, 234p., 1500fr.

Naast de tekst van de feestrede uitgesproken door prof. M. Storme op vrijdag 9 oktober 1981 in de Aula van de Gentse Rijksuniversiteit ter gelegenheid van het emeritaat van prof. dr. Egied Spanoghe, bevat dit boek de volgende, aan de emeritus aangeboden, reeks van opstellen over privaatrecht en internationaal recht:

- Oprichtersaansprakelijkheid en huwelijksvermogensrecht, door Frans Bouckaert (Leuven);
- Enkele problemen betreffende internationale rechtshulp in strafzaken, door Michel Boute (Gent);
- De schenking van hand tot hand, door Christian De Wulf (Gent);

- Recht in de branding, door Raphaël Dierkens (Gent);
- De werking en de vereffening van huwelijksvermogensstelsels ingevolge het overgangsrecht van de wet van 14 juli 1976, door Christian Engels (Gent);
- Het nieuwe recht van voorafneming in de internationale erfenissen (art. 912 B.W.), door Johan Erauw (Gent);
- Enkele aspecten van het (gezamenlijk) vermogen van duurzaam samenlevenden, door Willem M. Kleyn (Leiden);
- Réflexions, à fin de discussion sur l'appartenance à la communauté des revenus des biens propres, door Claude Renard (Luik);
- Van internationaal naar Europees procesrecht, door Marcel Storme (Gent);
- Van besloten naar internationaal testament, door Edgar Van Hove (Leuven);
- Le notariat belge et les grands pouvoirs constitutionnels, door Pierre Watelet (Luik).

Wat nu volgt is een korte bespreking van de inhoud van de belangrijkste bijdragen die een onderwerp behandelen dat min of meer past in het kader van het Belgisch familiaal vermogensrecht.

In een eerste bijdrage (Oprichtersaansprakelijkheid en huwelijksvermogensrecht) toetst Bouckaert de oprichtersaansprakelijkheid aan de nieuwe schuldenregeling ingevoerd door de wet van 14 juli 1976 betreffende de wederzijdse rechten en verplichtingen van echtgenoten en de huwelijksvermogensstelsels. Eerst zet de auteur de nieuwe schuldenregeling uiteen, dan beantwoordt hij de vraag wie als oprichter moet worden beschouwd en brengt de belangrijkste principes van de oprichtersaansprakelijkheid in herinnering. Ten slotte gaat hij na welke vermogens verbonden zijn voor de schulden die uit deze aansprakelijkheid voortvloeien.

C. De Wulf geeft in «De schenking van hand tot hand» een overzicht van de geldigheidsvereisten van de handgift en behandelt enkele bijzondere vraagstukken i.v.m. deze rechtsfiguur in het licht van recente ontwikkelingen in rechtsleer en rechtspraak. De schrijver wenst het begrip traditio ruimer te stellen dan de daadwerkelijke materiële overdracht van hand tot hand, door de bezitsovergang in zijn meer moderne vormen te erkennen. Dit zou het mogelijk maken een geldige handgift te realiseren door middel van een bankoverschrijving of bij wijze van de vermelding in het register der aandeelhouders van een overdracht van titels op naam. Verder komen in deze bijdrage ook de in de praktijk gebruikelijke lasten en voorwaarden, de bewijsproblematiek, en de beginselen van fiscaal recht aan bod.

In zijn inleiding verwoordt C. Engels het tweeledig doel van zijn artikel (De werking en de vereffening van huwelijksvermogensstelsels ingevolge het overgangsrecht van de wet van 14 juli 1976). Eerst stelt hij voor het primair en de secundaire huwelijksvermogensstelsels een aantal tabellen op die in de verschillende gevallen aangeven welke wetsartikelen juist van toepassing zijn. In een tweede deel worden de drie vereffeningstheorieën (theorie van de retroactiviteit, de continuïteit en de ontbinding) uitvoertiger besproken. Na een weergave van de betekenis, de juridische grondslagen en hun kritiek, zet de auteur de voor- en nadelen van elke theorie uiteen. Hij besluit dat een wetgevend ingrijpen noodzakelijk is; ondertussen lijkt de ontbindingstheorie hem de enige theorie die juridisch te verantwoorden is.

Uit het opstel van C. Renard (Réflexions, à fin de discussion, sur l'appartenance à la communauté des revenus des biens propres) wil ik vnl. op één stelling wijzen die deze auteur vroeger reeds verdedigde (Renard, C., «Le régime légal: la gestion», in *Sept leçons sur la réforme des régimes matrimoniaux*, Université de Liège, Faculté de droit (ed.), 1976, p. 75) en die van groot nut kan zijn voor de echtgenoot die eigen gelden wenst te wederbeleggen in een onroerend goed maar bij de aankoop ervan vergeet een verklaring van wederbelegging te laten opnemen in de authentieke aankoopakte, zoals art. 1402 B.W. dat vereist. Deze verklaring wordt bijna unaniem als substantieel vormvereiste beschouwd om de wederbelegging tegenwerpelijk te maken zowel aan derden als aan de andere echtgenoot (Casman, H. en Van Look, M., *Huwelijksvermogensstelsels*, Brussel, Ced-Samsom,

1977, III/3, 7); zo de verklaring ontbreekt, valt het onroerend goed als aanwinst in het gemeenschappelijk vermogen, vormt een onderpand voor de gemeenschapsschuldeisers en zal eventueel slechts bij ontbinding van het stelsel tot vergoeding aanleiding geven. Een dergelijke opvatting is m.i. al te formalistisch: het ontbreken van een verklaring van wederbelegging maakt het wel moeilijker om het eigen karakter van het aangekochte goed en de gebruikte gelden aan te tonen, maar wanneer de echtgenoot-koper er toch in zou slagen dit bewijs op een ondubbelzinnige manier te leveren acht ik het onbillijk dat men dat niet zou aanvaarden. Volgens Renard is het in die optiek voor de echtgenoot voldoende dat de eigen gelden (bv. verkregen ten gevolge van de onteigening of de verkoop van een geërfd onroerend goed) te allen tijde geïndividualiseerd zijn gebleven, m.a.w. dat ze op geen enkel moment werden vermengd met gelden die aan het gemeenschappelijk vermogen toebehooren. Dit is het geval wanneer de gelden steeds geboekt stonden op een afzonderlijke rekening op naam van de echtgenoot-koper of zelfs wanneer ze vanaf hun verkrijgen op een rekening werden gestort die voor het overige enkel eigen gelden van die echtgenoot bevat. Op grond van de theorie van de zaakvervangende (art. 1400, 5°, B.W.) stelt de auteur dan het volgende: «Une cascade de subrogations (créance du prix subrogée au bien aliéné; créance du vendeur contre le tiers débiteur du compte subrogée à la créance du prix; bien acquis, subrogé à la créance du vendeur contre le tiers débiteur) constituerait une filière qui révélerait sûrement, à condition pour l'époux intéressé de soigneusement conserver les documents probants, l'intention de remplacer un propre par un autre. Ce processus offrirait une garantie beaucoup plus solide de la réalité et de la sincérité de l'opération de remploi que la procédure traditionnelle, produit d'une époque où les règlements se réalisaient uniquement en espèces. Nous estimons correcte une pareille analyse, étant donné le libellé de l'article 1400, quinto. Chaque fois que c'est possible en fait, il est à conseiller néanmoins, pour écarter toute ultime incertitude, d'insérer dans l'acte d'acquisition la déclaration de remploi».

In april 1981 werd door de Kamer het wetsontwerp goedgekeurd «tot invoering van een testament in de internationale vorm en tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende het testament (*Parl. St., Kamer*, 1979-80, nr. 482/1). In de memorie van toelichting wordt gepreciseerd dat de wijzigingen in hoofdstuk V van titel II, boek III van het Burgerlijk Wetboek, betreffende de beschikkingen bij testament, nodig zijn omdat het internationaal testament gewoon in de plaats komt van het besloten testament waarmee het heel wat overeenstemming vertoont. In zijn bijdrage vergelijkt E. Van Hove de bestaande regeling van het besloten testament met die van het in te voeren internationaal testament.

Jan Facq

BALIELEVEN

De informatica in de advocatenpraktijk

Het Verbond van Belgische Advocaten bracht op 18 februari 1982 te Brussel een eerste kern samen van een twintigtal advocaten die interesse hebben voor de toepassing van de informatica bij het beheer van hun eigen praktijk.

Verschillende van deze advocaten beheren reeds hun kantoor via de mechanische verwerking van informatie. Anderen denken eraan zulks te doen of kwamen poolshoogte nemen.

Zij vernamen dat sommige confraters uitgeteste programma's gebruiken zowel voor de behandeling van teksten en documenten als voor de financiële boekhouding en het bestendig overzicht van het bij elk dossier geleverde werk. De uitbouw van een kaartenstelsel betreffende clientèle en dossiers, het acceptenboek en de juridische documentatie kunnen eveneens tot het pakket behoren, eventueel via organismen buiten de advocatuur, zoals Credoc.

De vergadering wenste geregelde ontmoetingen en hoopt dat de eerste kern uitbreiding neemt.

Aan advocaten die reeds ordinators inschakelden of min of meer begonnen met het aanwenden van de informatica in het beheer van hun praktijk wordt gevraagd contact op te nemen met het Verbond van Belgische Advocaten, VZW, Justitiegebouw 1000 Brussel. Zij worden verzocht zo mogelijk nadere inlichtingen te verstrekken over de uitrusting waarover zij beschikken en ook over de praktische toepassingen ervan.

Dit alles om alle leden van de Balie in de ondervinding en de ervaring ter zake te laten delen en de mechanische verwerking van informatie in alle praktijken te vergemakkelijken.

De vergadering wenste dat spoedig een colloquium over het probleem wordt gehouden. In afwachting kunnen belangstellenden steeds terecht bij het Verbond.

MEDEDELINGEN

Wetgevingsvraagstukken in Nederland

Bij besluit van de Nederlandse Minister-President van 5 februari 1981 werd een Commissie Wetgevingsvraagstukken ingesteld. De taak van deze commissie is te adviseren over de vraag hoe verbetering kan worden gebracht in het gebruik van de verschillende vormen van regelgeving die door de centrale overheid worden toegepast.

In de commissie hebben zitting: mr. J.M. Polak (voorzitter), drs. J.Th.J. van den Berg, mr. F.H. van der Burg, mr. A.M. Donner en drs. J.P.A. Gruijters.

Een interim-rapport werd nu uitgebracht. Hiermee wil de commissie reacties uitlokken op haar bevindingen tot dusverre en suggesties, die voor haar verdere werk van belang kunnen zijn.

In haar interim-rapport schetst de commissie de problemen, die thans bij de regelgeving door de centrale overheid een rol spelen. Daarbij geeft zij aan het begrip regelgeving een ruime uitleg en vat daar niet alleen de vaststelling van wettelijke regels onder. Ook regelgeving van minder formele aard, zoals die bijv. kan plaatsvinden door het vastleggen van beleidslijnen in een nota, wordt eronder begrepen. De commissie signaleert een spanning tussen de behoefte aan flexibel en slagvaardig bestuur en de eis, dat regelgeving een democratische grondslag behoort te hebben. In dat spanningsveld is onduidelijkheid ontstaan over de vraag wanneer en in welke mate het parlement bij de vaststelling van regels betrokken behoort te zijn. Tevens hebben zich nieuwe vormen van regelgeving kunnen ontwikkelen, zoals pseudo-wetgeving.

De commissie plaatst de problematiek tegen de achtergrond van de veranderde rol en verantwoordelijkheden van de overheid met betrekking tot de regelgeving sinds de vorige eeuw. Destijds ging die rol niet verder dan het stellen van voor ieder gelijklijk geldende regels op een beperkt aantal terreinen van het maatschappelijk leven en het treffen van regelingen van interne aard.

Thans treedt de overheid op bijna alle terreinen van het maatschappelijk leven regelend op, terwijl zij vaak ook zelf actief aan het maatschappelijk leven deelneemt. Samenleving en overheid zijn daardoor meer met elkaar vervlochten geraakt. De behoefte dat bij het besturen van geval tot geval genuanceerd kan worden opgetreden heeft geleid tot het toekennen bij de wet van ruim omschreven bevoegdheden aan het bestuur en tot het overlaten van de nadere uitwerking daarvan aan dat bestuur zelf door middel van delegatie van wetgeving. Het besturen door middel van subsidiëring heeft een ruime vlucht genomen. Veelal geschiedt dit zonder formeel wettelijke basis, maar zijn wel informele regels vastgesteld en bekendgemaakt volgens welke de subsidiëring zal geschieden. Dit is het verschijnsel van de zogenaamde pseudo-wetgeving. Al deze veranderingen en ontwikkelingen acht de commissie voor haar werk van niet gering belang.

Zij geeft aan bij haar verdere werkzaamheden de in de Grondwet verankerde beginselen van rechtsstaat en democratie als uitgangspunten te willen nemen. Die beginselen kunnen, zo meent de commissie, gehandhaafd worden door aan te sluiten bij de idee van de heerschappij der wet: de handelingen van het bestuur behoren hun grondslag te vinden in de wet en het bestuur behoort bij zijn handelingen niet meer vrijheid te hebben dan strikt noodzakelijk is. Aldus kan worden verzekerd, dat de verkozen politieke leiding meester blijft over het bestuursapparaat en dat de burgers aan de hand van algemene regels gelijkelijk worden behandeld.

De commissie wijst vervolgens op een aantal overwegingen, die bij de keuze tussen verschillende vormen van regelgeving van belang kunnen zijn. Zo noemt zij als voordelen van regeling bij de wet het gezag van aldus tot stand gekomen voorschriften, dat voortvloeit uit de democratische grondslag, de kwaliteit van het eindprodukt als gevolg van de zware procedure en de grote mate van rechtszekerheid doordat wetten onschendbaar zijn. De behoefte aan snel aanpasbare regels kan echter leiden tot regelgeving op lager niveau (delegatie van wetgeving) of ook tot het vaststellen van pseudo-wettelijke regels. Ook overwegingen van slagvaardigheid en van een doelmatige taakverdeling binnen de overheid kunnen ertoe leiden dat regels anders dan bij een formele wet worden vastgesteld. De commissie meent, dat niet alleen ter wille van het gemak van het bestuur gekozen zou mogen worden voor het loslaten van de formele wet.

Aan het slot van het interim-rapport noemt de commissie een aantal vraagstukken, waarop zij nader wil ingaan bij het vervolg van haar werkzaamheden. Dat zijn onder meer:

- het zoeken naar criteria voor de beoordeling van de kwestie welke onderdelen bij voorkeur door de wetgever in formele zin dienen te worden geregeld en voor welke onderdelen (al dan niet krachtens delegatie) met regeling door de Kroon of een minister kan worden volstaan;

- de beantwoording van de vraag wat in artikel 5.1.9 van de herziene Grondwet wordt verstaan onder «algemeen verbindend voorschrift»;

- de wijze, waarop bij gedelegeerde wetgeving kan worden voorzien in een zekere mate van mede-betrokkenheid van het parlement bij de totstandkoming en/of openbaarheid bij de voorbereiding.

Aanvulling en wijziging van het Benelux-Verdrag inzake uitlevering en rechtshulp in strafzaken

In het Belgisch Staatsblad van 25 februari 1982, blz. 2036, verscheen de wet van 22 juli 1977, houdende goedkeuring van het Protocol, ondertekend te Brussel op 11 mei 1974, tot aanvulling en wijziging van het Benelux-Verdrag inzake uitlevering en rechtshulp in strafzaken van 27 juni 1962.

Het Protocol heeft tot doel het stelsel van rechtshulp te verbeteren door de bepalingen van het Verdrag van 27 juni 1962 omtrent het tijdelijk overbrengen van gedetineerden aan te vullen.

De bekrachtigingsoorkonden werden neergelegd op 12 september 1977 door België, op 12 oktober 1977 door Luxemburg en op 15 januari 1982 door Nederland, zodat overeenkomstig de bepalingen van art. 4.2 het Protocol op 1 maart 1982 in werking is getreden.

TIJDSCHRIFTEN

Algemeen fiscaal tijdschrift, 1981

nr. 11

D.H. Bosly en A.M. Druetz-De Wispelaere, De strafrechtelijke betugeling inzake belastingfraude; H. Siebens, De investerings-reserves.