

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

REDACTIE : RIDDER RENE VICTOR, HOOFDREDACTEUR

E. BOONEN, C. CAENEPEEL

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

DE TAAK VAN DE RECHTER BIJ VERSTEK HET VERZET

Inleiding

1. Bij een vroegere gelegenheid — in het raam van een post-universitaire leergang gerechtelijk recht — werden enkele van de aspecten van de taak van de rechter bij verstek en van het verzet behandeld. Tijdens bedoelde cyclus bleek het behandelde onderwerp zowel bij de rechtspractici als bij de rechtstheoretici zeer gevoelig te liggen¹. In de periode na deze cyclus hebben zich enkele nieuwe elementen voorgedaan waardoor het verantwoord wordt aan deze materie vernieuwde aandacht te besteden.

Allereerst heeft de rechtsleer in de tussenliggende periode meer dan gewone aandacht besteed aan de taak van de rechter in de procesvoering in het algemeen. In verschillende deelgebieden werd de vraag onderzocht in hoeverre de rechter autonoom kan optreden tijdens het procesverloop. In deze aangelegenheid kan men in de rechtsleer niet terugvallen op een ware consensus². Daarenboven kan men zich van de indruk niet ontdoen dat de kloof tussen de dagelijkse rechtspraktijk en de theorie hier bijzonder groot is.

Ook het XIe Internationaal Congres voor Rechtsvergelijking (Caracas 1982) besteedde aandacht aan het verstek en aan het verzet³. In dezelfde tussenperiode heeft het Hof

van Cassatie in een tweetal arresten een deelaspect van deze materie geregeld, nl. de gevolgen van het verstek in zoverre de verstekdoende partij voordien een conclusie had neergelegd ter griffie⁴. De rechtspractici schijnen met deze oplossing niet gelukkig te zijn⁵.

Ten slotte heeft de minister van Justitie een wetgevend initiatief genomen ter versnelling van de rechtspleging waarin de onderhavige materie sterk betrokken is⁶.

2. De aanzienlijke meningsverschillen m.b.t. de problematiek van het verstek, de taak van de rechter bij verstek en het verzet kunnen grotendeels aan drie oorzaken worden toegeschreven :

a. op de eerste plaats heerst er thans een vrij grote onduidelijkheid over de taak die men aan de rechter in de procesvoering wenst toe te kennen. Zoals hierboven vastgesteld is die opdracht op zichzelf niet zo duidelijk ;

b. vervolgens wordt in deze materie dikwijls een beroep gedaan op irrationele en/of gevoelsargumenten («het kan toch niet dat een rechter zou meewerken aan ...» ; «de essentiële taak van een rechter is toch ...»). Het beroep op deze irrationele gronden leidt ertoe dat niet alle deelaspecten van een probleem bij de oplossing betrokken worden ;

c. waarschijnlijk is in geen enkel rechtsdomein de kloof tussen praktijk en theorie zo groot als in deze aangelegenheid : iedereen weet wat de rechter bij verstek doet, iedereen kent de hinder van verzet en toch is men niet bereid een verantwoorde onderbouw te geven aan dit stuk rechtswerkelijkheid.

3. In bijgaande tekst worden niet alle elementen opnieuw ter sprake gebracht. Gepoogd zal worden dié aspecten te belichten die tot rationele verantwoording van de standpunten kunnen leiden.

In een eerste gedeelte zal een korte schets gegeven worden van de rol van de rechter in een debat op tegenspraak.

¹ DE CORTE, R. en LAENENS, J., «De verstekprocedure en de taak van de rechter bij verstek», *T.P.R.*, 1980, 447-503.

² KRINGS, E. en DECONINCK, B., «Het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden», *T.P.R.*, 1982, 655-685 ; FETWEIS, A., «Da mihi factum, dabo tibi jus», *Jur. Liège*, 1983, 179-184 ; KRINGS, E., «Het ambt van rechter bij de leiding van het rechtsgeding», *R.W.*, 1983-84, 338-363 ; STORME, M., «De actieve rol van de rechter», *Liber amicorum J. Van Houtte* ; STORME, M., *Rechtspraak in opspraak*, Antwerpen, 1980 ; MEEUS, A., «La fonction de juger», *Rev. Dr. Int. Dr. Comp.*, 1982, 197-213 ; LEMMENS, P., «De ambtshalve aanvulling van rechtsgronden en de eerbiediging van de rechten van de verdediging», *R.W.*, 1982-83, 2188-2191 ; VAN COMPERNOLLE, J., «L'office du juge et le fondement du litige», *R.C.J.B.*, 1982, 14-38 ; X., *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Fac. Univ. St. Louis, 1983.

³ De volgende rapporten verdienen bijzondere aandacht : KRINGS, E., «Rapport général relatif au défaut et à l'opposition» ; BAILLY, P., «Le défaut et l'opposition» (Frans rapport) ; CORDEIRO, A., «La contumacia y la oposicion» ; HABSCHEID, W., «Das Versäumnisverfahren nach deutschem Zivilprozessrecht» ; KRINGS, E., «Le défaut et l'opposition» ; STERK, T., «Le défaut et l'opposition» (Nederlands rapport) ; STROHBACH, H., «Default and objection» (Rapport DDR) ; TURAFO, M., «Le défaut dans le procès civil italien».

⁴ Cass., 12 september 1980, *R.W.*, 1980-81, 1517, en Cass., 21 mei 1981, *R.W.*, 1982-83, 2243.

⁵ MAES, B., «Art. 751 en het beantwoorden van ter griffie neergelegde conclusies», *R.W.*, 1980-81, 1519-1525 ; LEMMENS, P., «Art. 751 Ger. W. en de motiveringsplicht», *R.W.*, 1982-83, 2245-2250.

⁶ Ontwerp tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek m.b.t. de behandeling van de vorderingen en de inleiding van zaken, *Parl. Stukk., Senaat*, 1982-83, nr. 365.

De hier gekozen standpunten zullen vanzelfsprekend mede de verdere uiteenzetting bepalen.

In een tweede gedeelte wordt uitsluitend aandacht besteed aan de taak van de rechter bij verstek.

In het laatste gedeelte wordt het verzet als rechtsmiddel in al zijn aspecten onderzocht.

I. Rol van de rechter in de privaatrechtelijke procesverhouding

4. Het is zeker niet de bedoeling naar aanleiding van dit onderwerp een volledige schets te geven van de juiste taakomschrijving van de rechter in het civiel geding. Een allesomvattende beschrijving zou meer uitmaken dan een studie op zichzelf⁷.

Het enig doel van de hiernavolgende omschrijving is tot een coherente oplossing te komen van het geheel van de gestelde problemen.

Accusatoire en inquisitoriale rechtspleging

5. Terecht merkt Krings, E.⁸ op dat een onderzoek naar de precieze functieomschrijving van de rechter bij de gedingvoering niet wordt vooruitgeholpen door begrippen te gebruiken zoals «accusatoire» of «inquisitoriale» rechtspleging. Het helpt de discussie evenmin vooruit te spreken van een «lijdelijke» of een «actieve» rechter.

Elke auteur zal vrijelijk de inhoud van deze begrippen kunnen invullen en dan in het Gerechtelijk Wetboek voldoende materiaal vinden om het door hem gekozen standpunt te ondersteunen.

6. Daarentegen kan wel degelijk een beter inzicht worden verkregen via de structuur van het materieel recht (waarvan het procesrecht de effectuering op het oog heeft) en de basisregelen van het procesrecht zelf.

Materieel recht. Het dispositief karakter van het procesrecht

7. De rechtsorde kent materiële rechten toe waarover de rechtssubjecten kunnen beschikken. Niet alleen zijn het de partijen en zij alleen die bepalen of ze de materiële rechten waarover zij beschikken, zullen uitoefenen, daarenboven verleent de «rechtsvordering» (het *jus agendi*)⁹ enkel aan de houder de bevoegdheid om in rechte op te treden.

Zowel de uitoefening als de benaerstiging, c.q. de effectuering van materiële rechten, is de uitsluitende aangelegenheid van de partijen. Krings, E. noemt dit het beschikkingsbeginsel.

De vraag of een bedrijf of een bedrijfsleider een bepaalde (twijfelachtige) factuur wenst in te vorderen, is enkel zijn aangelegenheid (én aansprakelijkheid); de vraag of diezelfde bedrijfsleider nadat hij de conclusie van de wederpartij heeft gelezen de zaak wenst voort te zetten is opnieuw een zaak die alleen hem aangaat (vanzelfsprekend rekening houdend met de verkregen rechten van de wederpartij). Het

volledige risico (zowel op het commerciële gebied, als uit het oogpunt van het procesrisico, of uit het oogpunt van de aansprakelijkheid wegens beleid ...) rust volledig op het bedrijf en/of de aansprakelijke bedrijfsleider.

In dit domein kan de rechter niet tussenbeide komen:

a) het zijn de partijen die een zaak dienen in te leiden. De gevallen waarin een ambtshalve inleiding mogelijk is of het O.M. deze bevoegdheid krijgt, zijn uitzonderlijk en leiden tot grote problemen;

b) het zijn de partijen die ten processe de nodige vorderingen zullen moeten formuleren: verstek vorderen waar dit kan én verstekvonnis. Het zijn ook de partijen die een rechtsdag zullen moeten vorderen, wat neerkomt op het vorderen van vonnis;

c) het is aan de partijen om te zorgen voor de betekening van het vonnis en de tenuitvoerlegging. Dit alles geschiedt trouwens op hun risico.

Zoals Krings, E.¹⁰ terecht opmerkt is hier geen ruimte om te spreken over de «lijdelijkheid van de rechter», daar het gaat over een uitsluitende bevoegdheid van de partijen.

Het procesrecht. Machten van de rechter. Rechten van de partijen

8. Als een proces eenmaal aangespannen is, krijgt de rechter een eigen rol te spelen: als overheidsorgaan moet hij rechtspreken. Toch zijn er ook aan deze autonome bevoegdheid van de rechter grenzen.

9. Een eerste beperking blijft het hierboven genoemd «beschikkingsbeginsel» van de partijen. In zoverre proceshandelingen tot voorwerp hebben het vorderen van materiële rechten of het zich verweren tegen deze aanspraak, blijft zulks tot de uitsluitende bevoegdheid van de partijen behoren. Men kan gerust stellen dat elke proceshandeling die een wezenlijke uitoefening van de «rechtsvordering» impliceert, behoort tot het beschikkingsbeginsel van de partijen.

Het nemen van conclusie, het aanvragen van een rechtsdag (om te pleiten d.w.z. vonnis te vorderen) ... zijn proceshandelingen die tot de uitsluitende bevoegdheid van de partijen behoren. Beide proceshandelingen vloeien rechtstreeks voort uit de «rechtsvordering».

10. M.b.t. de bevoegdheid van de rechter om rechtstreeks controle te oefenen over de conclusies en op het toekennen van rechtsdagen doet zich een eigenaardige contradictie voor tussen enerzijds de rechtspraktijk van elke dag en anderzijds de wensen uitgedrukt in de rechtsleer.

Soms¹¹ wordt voorgestaan dat de rechter *boven het hoofd van de partijen heen* een autonome bevoegdheid zou hebben tot controleren van de conclusies en het ambtshalve toekennen van rechtsdagen.

Deze autonome bevoegdheid aldus omschreven lijkt in strijd te komen met het beginsel van de «beschikkingsbevoegdheid» van de partijen.

Men kan zich niet van de indruk ontdoen dat het verdedigen van deze autonome bevoegdheid van de rechter om een rechtsdag toe te kennen ingegeven is door een wantrouwen tegen de advocaat (die de zaken wel zal laten aansle-

⁷ KRINGS, E., a.w., «Het ambt van de rechter», nr. 1.

⁸ KRINGS, E., a.w., «Het ambt van de rechter», nr. 4.

⁹ VAN COMPERNOLLE, J., *Le droit d'action en justice des groupements*, Brussel, 1972; DE CORTE, R., «Hoe autonoom is het procesrecht?», *T.P.R.*, 1980, 1-31.

¹⁰ KRINGS, E., a.w., «Het ambt van de rechter», nr. 3.

¹¹ FETWEIS, A., KOHL, A. en DE LEVAL, G., *Eléments de la procédure*, 1983, nr. 292.

pen). Er lijkt een essentieel verschil te bestaan tussen een advocaat die een zaak laat aanslepen (met miskennis van de belangen van zijn cliënt en tegen diens opdracht in) en een advocaat die adviseert na dagvaarding (ter vrijwaring van rechten) een zaak niet door te drijven omwille van de belangen van zijn cliënt. Alleen het eerste geval dient te worden opgelost, niet door aan de rechter een autonome bevoegdheid te geven maar door op te treden tegen de foutieve gedraging van die advocaat.

11. Terwijl vanuit de theorie blijkbaar de vraag groeit naar een autonome bevoegdheid van de rechter, stelt men nochtans vast dat in diezelfde kringen weinig of geen bezorgdheid wordt getoond voor de thans bestaande afwezigheid van enige inbreng van de rechter wanneer een partij juist op dié rechter een beroep doet om het debat te laten vooruitgaan wegens procesobstructie door de wederpartij.

Het zou denkkelijk niet alleen beter met de logica stroken en beter in overeenstemming zijn met het «beschikkingsbeginsel» van de partijen, maar bovendien ook beter aan de nood van de werkelijkheid beantwoorden, de rechter effectief de middelen ter hand te stellen om het proces vooruit te helpen, wanneer hem daarom verzocht wordt, dan hem een bevoegdheid te geven waar geen behoefte aan bestaat.

12. Hier rijst trouwens een probleem dat de grondslag en de goede werking van het procesrecht zelf rechtstreeks tot voorwerp heeft.

Fouten en/of tekortkomingen van ministeriële ambtenaren, van medewerkers van het gerecht ... begaan tijdens de uitoefening van hun ambt en met betrekking tot de processtukken waarmee ze belast zijn, mogen niet gesanctioneerd worden ten koste van de procespartijen.

Die fouten en tekortkomingen moeten bestreden worden volgens de regels die eigen zijn aan de uitoefening van dit beroep: disciplinaire acties tegen de betrokkenen.

Het geeft blijk van enige hypocrisie aan de ene kant het onderworpen zijn aan een specifieke tuchtregeling aan de rechtsgebruiker aan te prijzen als een kwaliteitslabel (advocaten, notarissen, gerechtsdeurwaarders...) en aan de andere kant in geval van fout van diezelfde personen daar enkel de rechtszoekende te laten voor boeten (nietigheid ...). Een sanctie uitspreken waarvan een partij het slachtoffer wordt, mag in die omstandigheden alleen dan indien de rechtmatige procesbelangen van de wederpartij ernstig zijn geschaad. Wanneer een dergelijk extreme sanctie moet worden toegepast, dient de aansprakelijkheid van die ministeriële ambtenaar als het ware automatisch ter sprake te komen.

De rechtspraak in verband met de nietigheid van betekenissen¹² en van overmacht in geval van nalatigheid van die ambtenaren¹³ wijst wel degelijk in de richting van een te geringe bescherming.

13. Een tweede beperking aan de eigen taak van de rechter ligt in de regels zoals die door het bewijsrecht zijn uitgewerkt¹⁴.

Het lijkt een onjuist uitgangspunt te zijn te beweren dat het Belgisch civiel procesrecht uitgaat van het beginsel dat

de rechter de «materiële» waarheid dient te achterhalen, indien onder materiële waarheid verstaan wordt de feiten als historische momenten of gegevens¹⁵.

14. Een eerste belangrijke beperking bestaat hierin dat de voorgebrachte bewijzen verkregen moeten zijn op een regelmatige wijze. Onregelmatig verkregen bewijzen (door een misdrijf, door ongeoorloofde handelingen, door schending privacy...) mogen in de oordeelsvorming van de rechter niet betrokken worden, zelfs indien hierdoor de «materiële» waarheid niet wordt gevonden.

15. Daarenboven heeft de wetgever het bewijsprobleem behandeld vanuit een bijzonder oogpunt: nl. vanuit de bezorgdheid om een geschil snel en redelijk te kunnen beslechten en zodoende de maatschappelijke vrede te herstellen. Dit wordt o.m. uitgedrukt in de rechtsregel dat, zo de partijen akkoord gaan over de feiten (de openbare orde buiten beschouwing gelaten), de rechter zich helemaal niet om die materiële waarheid mag bekommeren, of in de rechtsregel dat, wanneer een geschrift tot bewijs is opgesteld, de rechter zich naar de inhoud van het geschrift dient te gedragen en niet naar de materiële waarheid mag zoeken zoals deze uit een eventueel getuigenverhoor zou kunnen blijken.

Foriers, P. beschrijft het treffend¹⁶: «Les règles de la preuve visant essentiellement non pas à faire éclater toute la lumière, mais simplement cette approximation jugée suffisante pour que le juge puisse raisonnablement statuer, vont en être profondément affectées.»

De rechter de verplichting opleggen de materiële waarheid op te sporen, in de hierboven aangeduide zin, zou erop neerkomen hem te verplichten de regels eigen aan de historische kritiek toe te passen, hetgeen klaarblijkelijk niet de bedoeling kan zijn geweest van de wetgever.

In redelijkheid kan men stellen dat de wetgever in het uitgewerkte bewijsrecht gepoogd heeft een regeling tot stand te brengen die binnen een concrete procesordening tot een acceptabel resultaat kan leiden.

16. Het zijn ten slotte de partijen die, over en weer, de in feite betwiste punten zullen vastleggen. Voor de taak van de rechter is ook hier het partijgedrag bepalend, zij het in mindere mate dan voor het vaststellen van de rechtsdagen krachtens art. 750 Ger. W.

Wanneer het Gerechtelijk Wetboek een ambtshalve bevoegdheid verleent aan de rechter om onderzoeksmaatregelen te bevelen, gaat dit geenszins over een *persoonlijke bevoegdheid* van de rechter, die geen rekening zou moeten houden met de houding van de procespartijen. Deze ambtshalve bevoegdheid dient functioneel te worden gezien: de rechter is, wat het bevelen van onderzoeksmaatregelen betreft, niet gebonden door de formulering van de procespartijen; hijzelf kan de gepaste maatregelen bevelen voor zover die door een van de partijen worden gevraagd of wanneer die uit de processtukken als gevraagd kunnen worden beschouwd.

Men mag immers niet uit het oog verliezen dat het enkel de partijen zijn die de risico's dragen van de bevolen maatregel: tijdverlies, kosten, eventuele verstoring van de vrien-

¹² Zie referenties LAENENS, J., «Kroniek gerechtelijk recht 1982-1983», *R.W.*, 1983-84, 1462, nr. 3.

¹³ DE CORTE, R., *a.w.*, *T.P.R.*, 1980, nrs. 62-64.

¹⁴ Voor een volledige uiteenzetting zie: STORME, M., *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, 1962.

¹⁵ SOETAERT, R., «Waarheid en gewijsde», in *Recht in beweging*.

¹⁶ FORIERS, P., «Considérations sur la preuve judiciaire», in *La preuve en droit*, Brussel, 1981, 315-329.

den- of zakenrelatie door de uitvoering van onderzoeksmaatregelen ...

De taak van de rechter inzake het bewijsrecht zal wel aanzienlijk kunnen verschillen indien de toepassing van het materieel recht de openbare orde aanbelangt. Immers, in dat geval is de rechter niet gebonden door de houding van de partijen: hij krijgt m.a.w. een grotere vrijheid in de beoordeling van het al dan niet bewezen zijn van de feiten.

17. Ten slotte is het de essentiële taak van de rechter recht te spreken. Dit onderdeel zal de eigenlijke ruimte voor creativiteit aan de rechter bieden. Deze autonome bevoegdheid van de rechter heeft nochtans ook eigen grenzen. Deze grenzen worden eensdeels uitdrukkelijk door de wetgever geregeld: art. 774, tweede lid, Ger. W. (ambtshalve heropening van het debat wegens het gebruik van een exceptie die niet door de partijen was opgeworpen); art. 1138, 2°, Ger. W. (het verbod van ultra petita)..., anderdeels beheerst door het beginsel van het recht van verdediging.

Deze laatste beperking, nl. het recht van verdediging, werd recent op grondige wijze geanalyseerd en er kan, hoe belangrijk het ook moge weze, aan worden voorbijgegaan omdat het geen rechtstreekse betrekking heeft op de taak van de rechter bij verstek¹⁷.

18. Concluderend kan gesteld worden dat voor het optreden van de rechter in het civiele proces sterk bepalend is enerzijds het «beschikkingsbeginsel» van de partijen en anderzijds de concrete proceshouding van die partijen. In het gedeelte waar de rechter meest souverain opteedt, nl. bij het rechtspreken, worden de grenzen van deze bevoegdheid getrokken door het recht van verdediging.

II. De taak van de rechter bij verstek

19. Van meetaf aan moet duidelijk gesteld worden dat de hierna besproken regelen van de taak van de rechter bij verstek geen toepassing vinden in de gevallen waarin het gaat over een eenzijdige rechtspleging. De macht en/of bevoegdheid van de rechter in het raam van een eenzijdige rechtspleging valt buiten de gewone ambtsuitoefening van de rechter zoals deze is geregeld in de artt. 92 en 93 Ger. W.

De rechter dient ambtshalve het aanwezig zijn van alle componenten voor het in werking treden van deze bijzondere opdracht te onderzoeken; bij afwezigheid van één van deze componenten kan hij geen gebruik maken van deze macht en/of bevoegdheid.

Men kan gerust stellen dat elke voorwaarde die de wetgever stelt om een beroep te kunnen doen op een eenzijdige rechtspleging een toelaatbaarheidsvereiste betreft dat ambtshalve door de rechter moet worden onderzocht.

20. In het volgend betoog wordt evenmin rekening gehouden met die gevallen van verstek waarin toepassing wordt gevraagd van een materiële rechtswet die de openbare orde aanbelangt.

In dit geval is het immers de taak van de rechter om op eigen gezag en binnen de regels van het procesrecht deze regel van openbare orde te handhaven.

21. Ten slotte moet voor de goede gang van zaken opgemerkt worden dat de rechtspleging gevolgd na toepassing

van de artt. 751 tot 753 Ger. W. van nature een rechtspleging is bij verstek. De hierna geschetste beginselen zullen derhalve hun toepassing kunnen vinden bij deze rechtspleging.

Het verschil tussen een gewone verstekrechtspleging en die ingevolge de artt. 751 e.v. heeft alleen betrekking op de gevolgen en niet op de aard van de rechtspleging¹⁸.

a) De omvang van de controletaak van de rechter bij verstek

22. Net zoals in de rechtspleging op tegenspraak zal de rechter bij verstek geconfronteerd worden met het toezicht over verschillende aspecten:

- het procesueel toezicht;
- het toezicht over de gegrondheid van de vordering (bewijsrechtelijke regeling);
- het rechtspreken.

Het moet nochtans geen verwondering wekken dat de wijze waarop de rechter dit toezicht moet uitoefenen, verschillend kan zijn naargelang er tegenspraak is dan wel verstek. Zo zal de rechter, ingeval alle partijen voor hem verschenen, geen bijzondere aandacht besteden aan de naleving van die vormen die specifiek bedoeld zijn als garantie voor de wederpartij om tijdig voor de rechter te kunnen verschijnen, terwijl dit onderzoek precies essentieel wordt in geval van verstek.

Het procesueel toezicht

23. *Het toezicht over de dagvaarding.* De wetgever heeft in het Gerechtelijk Wetboek een vrij uitvoerige regeling neergelegd voor de wijze waarop een potentiële eiser een potentiële verweerder voor de rechter dient te brengen. De wetgever heeft gepoogd in de uitgewerkte regeling een zeker evenwicht tot stand te brengen tussen alle belangen die op het spel staan.

Het belang van een potentiële eiser bestaat erin dat hij zonder veel kosten toegang tot de rechter kan krijgen. Daarenboven moet hij de zekerheid hebben dat hij, indien hij de vormen heeft nageleefd opgelegd voor de dagvaarding, de bevoegdheid heeft de wederpartij ten processe onbetwist te kunnen aanspreken.

Het belang van de potentiële verweerder bestaat erin dat hij tijdig en op een ernstige wijze wordt gewaarschuwd.

Deze belangen worden uitgedrukt en vinden hun weerslag in de verplichte tussenkomst van een ministeriële ambtenaar, het stellen van een dagvaardingstermijn en de verplichtingen die betrekking hebben op de inhoud van het exploit. Veel belang heeft de wetgever daarenboven gehecht aan de plaats van betekening.

Uit dit alles mag men naar redelijkheid afleiden dat een eiser ervan kan uitgaan dat hij, indien de door de wet voorgeschreven vormen zijn nageleefd, de verweerder op geldige wijze heeft bereikt. Dit is trouwens de eigenlijke zin van het begrip «woonplaats» in het Ger. W., zijnde de plaats waar een ieder geacht wordt aanwezig te zijn voor de uitoefening van zijn rechten en verplichtingen.

¹⁷ Zie referenties voetnoot 2, vnl. de teksten van LEMMENS, P., KRINGS, E. en DECONINCK, B.

¹⁸ DE CORTE, R., *Sancties tegen een onwillige procespartij*, Gent, 1971, nr. 68; VAN DAMME, J., *Mysterieus rond de artikelen 751 en volgende Ger. W.*, nr. 15.

24. Het is precies de taak van de rechter bij verstek om na te gaan of de door de wet opgelegde verplichtingen correct zijn nagekomen.

Bij niet-naleving van de gestelde normen dient de rechter de sancties, ter beschikking gesteld door het Gerechtelijk Wetboek, toe te passen. Een van de meest voor de hand liggende maatregelen die de rechter kan nemen, is geen verstek toekennen.

25. Soms regelt de wetgever zelf uitdrukkelijk hoe de rechter kan en/of moet optreden wanneer er iets misgegaan is bij de betekening. Indien blijkt dat de rechtsgeldige betekening of kennisgeving de defaillant niet (tijdig) bereikt heeft ten gevolge van een omstandigheid die niet aan hem te wijten is, kan de rechter een herdaging (artt. 730, vijfde lid, en 1058 Ger. W.) of in echtscheidingszaken zelfs een publikatie in een nieuwsblad (art. 1262 Ger. W.) bevelen.

26. Er blijft nochtans een belangrijk probleem niet geregeld: de rechter stelt vast dat de door de wet voorgeschreven vormen zijn nageleefd, doch dat er (op grond van de dossierstukken) ernstige twijfel bestaat of de verweerder tijdig en/of wel degelijk is bereikt, zonder dat dit mogelijk gebrek aan laattijdige verwittiging kan worden toegeschreven aan de onzorgvuldigheid van de verweerder. Het komt voor dat de rechter in dit geval alle passende maatregelen mag nemen om de verweerder vooralsnog de kans te geven om te verschijnen. Deze maatregelen mogen nochtans niet gepaard gaan met kosten ten laste van de eisende partij en dienen bij vonnis te worden bevolen om de aanwezige partij de kans te bieden hiertegen aangepaste rechtsmiddelen te benutten.

27. Het wekt wel enige verbazing dat in de literatuur, waar gepleit wordt voor een ruime bevoegdheid van de rechter bij verstek, geen aandacht wordt besteed aan het hierboven geschetste probleem, evenmin als aan het vraagstuk of de wetgever niet nog meer maatregelen zou kunnen nemen waarbij een grotere zekerheid tot stand zou kunnen worden gebracht over de effectieve verwittiging van de verweerder.

28. *De bevoegdheidscontrole.* Wie afgetrokken wordt van de rechter die de wet hem toekent, hoeft niet te verschijnen enkel om de bevoegdheid of de internationale rechtsmacht van de geadieerde rechter te betwisten. Deze zal immers bij verstek van de gedaagde ambtshalve zijn bevoegdheid en/of rechtsmacht moeten onderzoeken¹⁹⁻²⁰.

29. *De internationale rechtsmacht van de rechter.* In een grensoverschrijdend geschil is de rechter daarenboven ver-

plicht zijn uitspraak aan te houden zolang niet vaststaat dat de defaillant in de gelegenheid is gesteld het stuk dat het geding inleidt, zo tijdig als met het oog op zijn verdediging nodig was, te ontvangen, of dat daartoe al het nodige is gedaan (art. 20, lid 2, EEX juncto art. 15 Betekeningsverdrag van 15 november 1965)²¹⁻²². Deze verplichte processuele bescherming wordt zwaar gesanctioneerd. De genomen beslissing wordt niet erkend en het exequatur wordt niet verleend (art. 27, lid 2, en art. 34 EEX)²³. De exequatur-rechter moet nagaan of er in het concrete geval uitzonderlijke omstandigheden zijn waardoor de betekening of kennisgeving, hoewel regelmatig geschied, toch onvoldoende is geweest om de termijn om zich te verweren te doen aanvaarden²⁴, zelfs indien de rechter van de staat van herkomst op grond van art. 20, lid 3, EEX juncto art. 15 Betekeningsverdrag 15 november 1965 als vaststaand heeft aangenomen dat de niet verschenen verweerder de gelegenheid had het stuk dat het geding inleidt, zo tijdig als met het oog op zijn verdediging nodig was, te ontvangen²⁵.

30. *De niet-toelaatbaarheidsvereisten.* Zoals vroeger reeds werd betoogd²⁶, zal het onderzoek van de rechter met betrekking tot de toelaatbaarheidsvereisten zich beperken tot de bijzondere én positieve toelaatbaarheidsvereisten die ofwel de procesbescherming van de afwezige partij beogen ofwel rechtstreeks de openbare orde aanbelangen.

31. *De nietigheidsgronden.* Wie niet tijdig of naar behoren is opgeroepen, hoeft evenmin te verschijnen. De geadieerde rechter moet weerom ambtshalve de naleving van de dagvaardingstermijn en de regelmatigheid van de betekening of kennisgeving onderzoeken (art. 862, § 1, Ger. W.). Doorgaans wordt het optreden van de gerechtsdeurwaarder inzake de betekening van exploitaten zelfs zeer streng gesanctioneerd²⁷. De rechter kan de nietigheid van de verrichte proceshandeling, zelfs ambtshalve, uitspreken (art. 862, § 2, Ger. W.).

²² Ingevolge de inwerkingtreding van het Betekeningsverdrag 15 november 1965 op 24 januari 1982 (*B.S.*, 3 april 1982) voor Italië wordt art. 20, lid 2, EEX thans voor alle zes oorspronkelijke EEG-landen vervangen door art. 15 Betekeningsverdrag.

²³ Vgl. onder meer art. 570 Ger. W.; art. 11,4, Overeenkomst België-Frankrijk 8 juli 1899; art. 11,4 en 5, Verdrag België-Nederland 28 maart 1925; art. 3, 1, Overeenkomst België-Groot-Brittannië 2 mei 1934; art. 2 Verdrag ter zake van onderhoudsverplichtingen jegens kinderen 15 april 1958; art. 2 Overeenkomst België-Bondsrepubliek Duitsland 30 juni 1958; art. 1 Overeenkomst België-Zwitserland 29 april 1959; art. 2 Overeenkomst België-Oostenrijk 16 juni 1959; art. 1 Overeenkomst België-Italië 6 april 1962. Zie tevens inzake arbitrage: art. 1704 Ger. W. en art. 5. Verdrag over de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse scheids-rechterlijke uitspraken New York 10 juni 1958. LINKE, H., *Die Versäumnisentscheidungen im deutschen, österreichischen, belgischen und englischen Recht. Ihre Anerkennung und Vollstreckbarerklärung*, Bielefeld, 1972.

²⁴ H.v.J., 16 juni 1981 (Klomp/Michel, 166/80), *Jur. H.v.J.*, 1981, 1583.

²⁵ H.v.J., 15 juni 1982 (Pendy/Pluspunkt, 228/81), *Jur. H.v.J.*, 1982, 2723, *Journal de droit international*, 1982, 960, noot HUET, A., en *Revue critique de droit international privé*, 1983, 521, noot DROZ, G.

²⁶ DE CORTE, R. en LAENENS, J., *a.w.*, nrs. 120 e.v.

²⁷ LAENENS, J., «Kroniek van het gerechtelijk recht», *R.W.*, 1982-32, 1426, nr. 4; LAENENS, J., «Kroniek van het gerechtelijk recht», *R.W.*, 1983-84, 1462, nrs. 3-5.

¹⁹ DE CORTE, R. en LAENENS, J., *a.w.*, 119-135.

²⁰ Art. 630, laatste lid, en art. 636, laatste lid, Ger. W.; art. 20, eerste lid, EEX en art. I Protocol EEX; LAENENS, J., *De bevoegdheidsovereenkomsten naar Belgisch recht*, Antwerpen, 1981, nrs. 197-199, 149-151, 510-516.

²¹ KROPHOLLER, J., *Europäisches Zivilprozessrecht*, Heidelberg, 1982, 150-155 en 198-204; SOEK, J.W., «De betekening in het buitenland en de bescherming van de in het buitenland wonende gedaagde», *RM Themis*, 1981, 400-425; VAN DER DUNGEN-HAAXMAN, *Burgerlijke rechtsvordering*, art. 15 Betekeningsverdrag; VAN DER DUNGEN-VLAS, *Burgerlijke rechtsvordering*, art. 20 EEX, aantekening 2; VERHEUL, J.P., *Rechtsmacht in het Nederlands internationaal privaatrecht*, I, EEX, Antwerpen, 1982, 111-119, nrs. 142-150. Zie tevens Kh. Brussel, 27 augustus 1974, *B.R.H.*, 1974, 553.

Toezicht over de gegrondheid van de vordering

32. Het voornaamste discussiepunt over de taak van de rechter bij verstek ligt op het vlak van het toezicht op de gegrondheid van de vordering. Gesteld dat de regels van de dagvaarding correct zijn nageleefd, gesteld dat uit de stukken blijkt dat de dagvaarding de verweerder heeft bereikt, gesteld dat het materieel recht waarvan de effectuering wordt gevraagd, de openbare orde niet aanbelangt, dan komt de vraag in alle scherpste naar voren: kan de rechter aan de aanwezige partij vragen het bewijs te leveren van de feiten, zoals deze gesteld zijn in de dagvaarding.

33. Zoals vroeger reeds uitvoerig werd betoogd, is het toekennen van deze bevoegdheid een miskenning van de regelen van het bewijsrecht m.n. de regelen die de objectieve bewijslast omschrijven. De objectieve bewijslast, nl. «wat» moet worden bewezen is afhankelijk van de houding van de wederpartij. Betwist de wederpartij de feiten, dan zal de partij die de feiten heeft aangevoerd, de objectieve bewijslast van die feiten dragen. Erkent de wederpartij de gestelde feiten, dan is de rechter door die bekentenis gebonden. Hierdoor vervalt de objectieve bewijslast.

Is er geen bekentenis noch enige betwisting (dit zal zich voordoen in geval van verstek én wanneer een partij refereert aan het oordeel van de rechter), dan kan het gestelde in de dagvaarding worden aangenomen als grondslag van de veroordeling.

De verweerder heeft immers de dagvaarding met de gestelde feiten ontvangen (minstens heeft de eiser het nodige gedaan opdat de verweerder de dagvaarding zou kunnen ontvangen) en heeft hierop niet gereageerd. Op grond hiervan mag de rechter deze feiten niet als bewezen beschouwen, evenmin mag hij ze betwisten, hij zal enkel de in de dagvaarding gestelde feiten bij gebrek aan betwisting aannemen als grondslag voor de veroordeling²⁸.

34. Beweren dat het niet-toekennen aan de rechter van een gegrondheidscontrole, zoals hierboven omschreven, gelijk zou staan met het herleiden van de rechter tot een willoos instrument voor sterk georganiseerde belangengroepen, kan wel tot de verbeelding spreken maar lijkt geenszins met de werkelijkheid overeen te stemmen.

De bescherming die de afwezige partij geniet bestaat immers hierin:

1) zij werd verwittigd door een ministeriële ambtenaar, kreeg kennis van het gevorderde en werd verzocht om te verschijnen rekening houdend met een redelijke termijn;

b) de rechter heeft de naleving van de sub a) vermelde formaliteiten grondig gecontroleerd;

c) de rechter heeft de andere processuele bescherming uitgeput: bevoegdheid, toelaatbaarheid en nietigheid;

d) wanneer de rechter op grond van de stukken heeft kunnen vaststellen dat de verweerder niet werd bereikt zonder dat dit hem kan worden toegerekend, heeft de rechter de mogelijkheid de verweerder opnieuw te laten oproepen (nrs. 26 en 27);

e) de rechter heeft vastgesteld primo: de in de dagvaarding gestelde feiten (de aanvoeringslast of de stelplicht) verantwoordt het petitum²⁹; secundo: noch het gestelde noch het petitum komt in strijd met de openbare orde;

f) de rechter kan te allen tijde de uitvoerbaarheid bij voorraad van het vonnis niet toestaan.

35. Bij het afwegen van de belangen van eiser en de belangen van verweerder komt het voor dat naar Belgisch recht de afwezige verweerder een bescherming geniet die niet in verhouding staat tot zijn diligentie.

Het rechtspreken

36. Als de in de dagvaarding gestelde feiten eenmaal zijn aangenomen bij gebrek aan betwisting, zal de rechter op dezelfde wijze als bij tegenspraak, uit eigen gezag, rekening houdend met de rechten van de aanwezige partij, rechtspreken.

b) De beoordeling van de voorgestelde oplossing

37. De voorgestelde oplossing, nl. dat het in de dagvaarding gestelde mag worden aangenomen als grondslag van de veroordeling, is in volledige overeenstemming met de rechtsregelen die deze materie beheersen en met het reële rechtsgedrag zoals dit op de meeste rechtbanken waar te nemen valt.

a. De voorgestelde oplossing is in harmonie met de regelen eigen aan de procesvoering bij verstek. Het fundamenteel beginsel van de verstekrechtspleging ligt precies in het laten wegvallen van alle voorzieningen die tegenspraak moeten organiseren.

Het Hof van Cassatie heeft dit beginsel in enkele arresten overtuigend toegepast: de rechter moet geen rekening houden met de conclusie die door de verstekdoende partij (eerder) was neergelegd.

Men kan trouwens geen enkel redelijk argument vinden waarom de rechter in de schoenen zou gaan staan van een afwezige partij.

De negatieve reacties van de rechtsleer³⁰ en van de Nationale Raad van de Orde van Advocaten³¹ wekt enige bezorgdheid. Men kan zich niet van de indruk ontdoen dat een nalatige of een afwezige partij wordt beschouwd als een wees of een sociaal te beschermen individu, terwijl de diligente partij diegene is die ongetwijfeld misbruik wil maken van de rechterlijke macht.

b. De voorgestelde regeling is daarenboven de enige die in overeenstemming is met het geldend bewijsrecht, nl. de objectieve bewijslast wordt bepaald door de wederpartij en niet door de rechter.

c. De voorgestelde oplossing brengt een evenwichtige verhouding tot stand tussen de belangen van de diligente partij en die van een partij die niet wenst te verschijnen.

38. Het zou nochtans wenselijk zijn dat de wetgever bij urgentie in een aantal bijkomende maatregelen zou voorzien tot betere informatie van potentiële verweerders: het achterlaten van een kopie van de dagvaarding (onder gesloten omslag) in geval van betekening aan het politiecommissariaat zou reeds een aanzienlijke verbetering zijn. Ook

³⁰ Zie voetnoot 5.

³¹ Op 15 januari 1981 heeft de algemene raad van de Nationale Orde van Advocaten een beslissing genomen waardoor de expedatieve rechtspraak van het Hof van Cassatie tussen advocaten om deontologische redenen wordt bemoeilijkt. De tekst is te vinden in *T.R.D.*, 81-1943.

²⁸ DE CORTE, R. en LAENENS, J., *a.w.*, nrs. 107 e.v.

²⁹ DE CORTE, R. en LAENENS, J., *a.w.*, nrs. 109 e.v.

dient de vraag onderzocht te worden of er in geen variabele verzetstermijn moet voorzien worden voor de verstekdoende partij die kan aantonen dat het exploit haar niet bereikte zonder dat dit haar kan worden toegerekend, dit voor zover het verzet als rechtsmiddel zou dienen te worden gehandhaafd.

III. Het verzet

A. Inleiding

39. In de sfeer van het gerechtelijk recht moet een uitvoerig rechtssociologisch onderzoek elke bezinning *de lege ferenda* voorafgaan³². Dit onderzoek betreft allereerst de sociografische gegevens. In verband met het verstek en het verzet moeten op de eerste plaats de gerechtelijke statistieken onderzocht worden. Deze zijn echter niet steeds betrouwbaar. Ze bevatten vaak onnauwkeurigheden en geven aanleiding tot manipulaties³³. Bovendien worden de gegevens in verband met het aantal verstek- en verzetvonnissen geveld door de vredegerichten en de arbeidsgerechten om onverklaarbare redenen niet opgenomen door het Nationaal Instituut voor Statistiek. Veldonderzoek ter griffie van deze gerechten is derhalve onontbeerlijk.

40. Uit de navolgende gegevens geput uit de gerechtelijke statistieken blijkt alvast dat de rechtspleging bij verstek hoegenaamd geen marginaal probleem is³⁴. De verzetprocedure daarentegen is vrij uitzonderlijk. De oorzaken van verstek en het kwantitatief belang van elk van die oorzaken zijn onbekenden. Een wetenschappelijk verantwoord standpunt ter zake lijkt thans nog steeds uitgesloten. Dit zou immers uitlopen op het formuleren van niet gecontroleerde en niet controleerbare gevoelens³⁵. Toch hebben een aantal auteurs zich hieraan gewaagd³⁶. Opvallend is hun

obsessie voor het dilatoir verstek (en verzet)³⁷. Of dit verstek als dilatoir in de praktijk inderdaad het meest voorkomt, kan nochtans betwijfeld worden³⁸. Uit de statistische gegevens blijkt immers dat er geen direct aanwijsbaar verband bestaat tussen het aanwenden van het rechtsmiddel verzet en de frequentie waarmee de gerechten verstekvonnissen verlenen³⁹.

41. In tabel I vindt men voor België het totaal van het aantal in de jaren 1965-1979 uitgesproken vonnissen, onderverdeeld als volgt:

- (a) vonnissen op tegenspraak
- (b) vonnissen bij verstek
- (c) vonnissen tussen meerdere partijen, van wie minstens één verstek laat gaan
- (d) vonnissen op verzet gewezen.

Tabel I

Rechtbanken van eerste aanleg

jaren	a	b	c	d	totaal
1965	13.934	8.472	768	392	23.566
1966	14.990	8.980	742	412	25.124
1967	14.529	10.569	776	395	26.269
1968	16.162	10.029	773	350	27.314
1969	17.799	7.244	516	265	25.824
1970	18.252	7.118	523	232	26.125
1971	18.325	5.616	613	585	25.139
1972	19.825	5.939	856	190	26.810
1973	21.436	6.432	1.225	194	29.297
1974	23.047	7.346	1.021	217	31.631
1975	24.510	8.158	759	197	33.624
1976	25.143	8.628	1.015	198	34.984
1977	27.299	9.118	1.097	236	37.750
1978	28.336	10.543	1.014	262	40.155
1979	27.891	15.159	1.201	216	44.467

Rechtbanken van koophandel

jaren	a	b	c	d	Totaal
1965	19.060	41.856	996	1.065	62.277
1966	23.191	46.380	1.182	1.733	71.366
1967	25.019	49.481	911	955	76.366
1968	24.758	47.822	1.084	969	74.633
1969	23.103	42.406	920	579	67.008
1970	21.611	40.204	663	392	62.870
1971	20.786	20.710	411	415	42.322
1972	22.189	19.216	333	313	42.051
1973	23.257	19.076	407	363	43.072
1974	23.873	21.757	444	318	46.392
1975	25.547	25.853	357	566	52.323
1976	28.052	24.988	437	644	54.121
1977	32.308	28.195	256	628	61.387
1978	32.354	29.119	383	675	62.531
1979	34.251	31.347	439	753	66.790

³² In die zin: VAN HOUTTE, J. en LANGERWERF, E., *Sociografische gegevens voor een studie van het gerechtelijk systeem*, Antwerpen, 1977, 91-92; VAN HOUTTE, J., «De mogelijke bijdrage van de rechtssociologie tot de hervorming van het gerechtelijk recht», *R.W.*, 1982-83, 2231-2242; BAUMGARTEL, G., *Rechtstatistiken zur Dauer der Zivilprozesse, Modell einer Gesetzesvorbereitung mittels elektronischer Datenverarbeitungsanlagen*, Köln, 1972; BAUMGARTEL, G., «Wert und Unwert der Prorogationsnovelle. Ein Beitrag zur Methodik der Prozessreform», *Festschrift Friedrich Weber*, 1975, 23-39; DELNOY, P., «Pour une nouvelle génération de légistes», *J.T.*, 1979, 653; ROTH, G.H., «Der Beitrag der Rechtssoziologie zur Reform des Prozessrechts», in *Effektiver Rechtsschutz und Verfassungsmässige Ordnung*, HABSCHEID, W.J., (ed), Bielefeld, 1983, 215-252.

³³ VAN HOUTTE, J., en LANGERWERF, E., *a.w.*, 43-44; VAN HOUTTE, J., *a.w.*, *R.W.*, 1982-83, 2239.

³⁴ Wat Nederland betreft, zie: ZONDERLAND, P., *Privaatrechtspleging in grondtrekken*, Zwolle, 1977, 62-64.

³⁵ DE CORTE, R. en LAENENS, J., *a.w.*, nr. 6.

³⁶ KRINGS, E., «Le défaut ... Rapport général», *a.w.*, 42; LE PAIGE, A., *Handboek voor gerechtelijk recht*, IV, *Rechtsmiddelen*, Antwerpen, 1973, nr. 19; BAERT, K., «The constitution and the judiciary», in *Effectiveness of judicial protection and constitutional order*, STORME, M., (ed.), Deventer, 1983, 46-47, nr. 65.

³⁷ DE BERSAQUES, A., «Abus de l'opposition», *B.J.*, 1933, 354-356; FETTWEIS, A., «Observations sur la recevabilité de l'opposition au jugement d'homologation du partage, prescrit par l'art. 981 du Code de procédure civile», *R.C.J.B.*, 1956, 160-171; FETTWEIS, A., «Observations sur le défaut, le congé d'audience et l'opposition», *R.C.J.B.*, 1963, 245-255; FETTWEIS, A., «Quelques correctifs nécessaires après une décennie d'application du Code judiciaire», *I.U.S.*, Antwerpen, 1981, 131; TROUSSE, P.E., «Théorie des voies de recours», *Ann. Dr.*, 1968, 434; VAN BAUWEL, L., *Handboek van burgerlijk procesrecht*, IV, 1936, nr. 667; VAN REEPINGHEN, Ch., *Verslag over de gerechtelijke hervorming*, Brussel, 1964, 409.

³⁸ LE PAIGE, A., *a.w.*, 19, nr. 20, vn. 4; STERK, T., «Verstek en verzet», in *Een goede procesorde. Opstellen aangeboden aan Mr. W. L. Haardt*, Kluwer, 1983, 199, nr. 9, vn. 17.

³⁹ DE CORTE, R., en LAENENS, J., *a.w.*, nr. 7.

42. In Tabel II wordt de evolutie geschetst van het percentage verstekvonnissen uitgesproken door de Rechtbanken van Koophandel te Antwerpen, Brussel, Charleroi, Gent en Luik over de periode 1965-1979.

Tabel II

jaren	Antw.	Bruss.	Charl.	Gent	Luik
1965	75.00	72.10	66.35	57.30	62.92
1966	71.10	68.40	61.94	57.00	65.40
1967	69.00	72.00	62.16	48.50	67.64
1968	66.20	74.20	62.19	52.40	66.48
1969	64.40	69.60	63.64	54.70	64.19
1970	65.20	70.00	57.95	50.50	72.76
1971	49.50	53.60	61.92	58.60	50.73
1972	34.60	61.20	66.13	46.40	52.20
1973	31.00	61.00	64.45	29.00	50.70
1974	32.30	63.40	70.88	22.30	53.08
1975	33.39	61.25	71.17	30.74	46.49
1976	25.93	56.51	59.39	32.62	44.10
1977	23.25	62.57	68.51	37.42	53.00
1978	24.71	63.04	70.48	32.49	54.19
1979	26.69	65.91	72.82	32.80	50.08

43. In Tabel III vindt men de vonnissen voor dezelfde periode en dezelfde rechtbanken van koophandel in % uitgedrukt (afgerond tot gehele getallen):

- (a) het aandeel verstekvonnissen uitgesproken in het Rijk;
(b) het aandeel vonnissen op verzet uitgesproken in het Rijk.

Tabel III

jaren	Antw.		Bruss.		Charl.		Gent		Luik	
	(a)	(b)	(a)	(b)	(a)	(b)	(a)	(b)	(a)	(b)
1965	18	19	32	25	4	4	5	2	9	11
1966	19	22	32	20	4	4	5	4	10	15
1967	15	23	35	20	4	5	4	4	10	15
1968	14	30	35	16	3	4	4	1	9	13
1969	13	22	36	13	4	5	4	5	8	12
1970	15	3	38	22	3	5	4	7	9	13
1971	14	14	28	18	7	1	10	5	8	13
1972	11	23	29	14	9	4	8	3	7	6
1973	10	8	32	22	9	4	4	8	9	14
1974	9	14	33	19	9	7	3	6	7	?
1975	10	9	30	45	10	3	3	3	6	6
1976	8	9	26	41	9	4	3	4	9	5
1977	10	4	29	42	8	5	3	5	8	7
1978	10	6	30	39	10	4	3	4	8	4
1979	10	6	30	35	9	4	3	5	6	2

B. Tegenspraak en verstek

45. Tot op heden werd er geen diepgaand onderzoek ingesteld over de grondrechten die het gerechtelijk (privaat) recht beheersen⁴⁰. Het betreft subjectieve rechten die dermate voor de effectuering van materiële aanspraken van elk rechtssubject essentieel zijn, dat de schending ervan te allen tijde door het objectief recht gesanctioneerd dient te worden. Deze grondrechten behoren tot de groep van de zogenaamde institutionele rechten⁴¹, die het bestaan, de toegan-

⁴⁰ LAENENS, J., «Geschillenbeslechtingsovereenkomsten en de grondrechten», in *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, RIMANQUE, K., (ed.), Kluwer, Antwerpen, 1982, 279-310.

⁴¹ RIMANQUE, K., en PEETERS, P., «De toepasselijkheid van grondrechten in de betrekkingen tussen private personen. Algemene problemstelling», *a.w.*, 9.

44. Ten slotte zijn in Tabel IV opgenomen in % het aantal verzetvonnissen in verhouding met het aantal verstekvonnissen uitgesproken door de rechtbanken van eerste aanleg van het Rijk en door de rechtbanken van koophandel van het Rijk van 1965 tot en met 1979.

Tabel IV

Jaren	Rechtb. eerste aanleg	Rechtb. koophandel
1965	4.62	2.54
1966	4.58	3.74
1967	3.73	1.93
1968	3.48	2.02
1969	3.65	1.36
1970	3.25	0.97
1971	10.41	2.00
1972	3.19	1.62
1973	3.01	1.90
1974	2.95	1.46
1975	2.41	2.18
1976	2.29	2.57
1977	2.58	2.22
1978	2.48	2.31
1979	1.42	2.40
Gemiddelde	3.60	2.08

kelijkheid en de behoorlijke werking van het gerecht waarborgen. Ze zijn deels in de Grondwet en deels in het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens vervat. Door gaans worden deze grondrechten ondergebracht bij de algemene beginselen van een behoorlijke civiele procesgang⁴²

⁴² HAARDT, L., «Kentering van de opvattingen over de hoofdbeginselen van ons burgerlijk procesrecht tussen 1870 en 1970», in *Honderd jaar rechtsleven*, Zwolle, 1970, 137-150; HUGENHOLZ, W., en HEEMSKERK, W., *Hoofddlijnen van het Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag, 1967, 12, nr. 5; SOLUS, H. en PERROT, R., *Droit judiciaire privé*, I, Parijs, 1961, 480, nrs. 513 e.v.; STORME, M. en DE CORTE, R., *Handleiding van gerechtelijk recht*, 1973, 131, nr. 250; VEEGENS, D.J., «Alternatieve procesrechtsdidactiek», in *Non sine causa*, Zwolle, 1977, 441-455; ZONDERLAND, P., *a.w.*, 123 e.v.

en onder één noemer gebracht: het recht van verdediging⁴³.

46. Gewis is het recht op tegenspraak het grondrecht bij uitstek dat de gehele civiele rechtspleging beheerst. *Audiat et altera pars*⁴⁴. Alle gedingpartijen moeten gelijkelijk in de gelegenheid gesteld worden door de rechter om gehoord te worden. De wetgever was ongetwijfeld dit beginsel indachtig bij het opstellen van de civiele procesregels⁴⁵. De toelaatbaarheidsvereisten m.b.t. verstekvonnissen waarborgen in belangrijke mate de eerbiediging van het algemeen beginsel van het recht van verdediging⁴⁶. Ook het verzet als gewoon rechtsmiddel⁴⁷ is een uitvloeisel van voormelde grondslag van het gerechtelijk recht: beide partijen moeten gehoord zijn, alvorens een veroordeling definitief is⁴⁸.

47. Een ieder heeft recht op tegenspraak. Niemand is echter verplicht van dit recht gebruik te maken. Een gedaagde partij heeft zelfs het recht verstek te laten gaan. De *verschijningsverplichting* («Einlassungspflicht») wordt immers in het moderne procesrecht niet meer opgelegd⁴⁹. Geen enkele sanctie dwingt de gedaagde tot het aangaan van de rechtsstrijd. Zelfs in afwezigheid van een van de litiganten kan het civiele proces voortgang vinden. Het recht op verstek van de gedaagde partij mag echter hoegenaamd niet het recht van de aanwezige eiser op de toekenning van het gevorderde beperken. De eiser mag niet verstoken blijven van zijn recht op effectuering van zijn materiële aanspraken. Er anders over oordelen zou tot onrecht-

vaardigheid leiden⁵⁰. Wie niet verschijnt, verliest hierdoor uiteraard het voordeel van tegenspraak⁵¹. De geadieerde rechter moet hem niettemin een verregaande *processuele* bescherming verlenen. De wetgever heeft aldus het recht op verstek zelfs geïnstitutionaliseerd, zoals dit blijkt uit de uitgebreide en ingewikkelde processuele bescherming die hij geniet (controle op de dagvaarding, nr. 22; bevoegdheidscontrole, nr. 27; controle op de toelaatbaarheidsvereisten, nr. 29; nazien van de internationale rechtsmacht, nr. 28; nazien van de geldigheid van de proceshandelingen, nr. 30).

C. Het verzet

48. Uit het voorgaande volgt dat bij verstek het recht van verdediging van de defaillant in beginsel aanzienlijk beschermd wordt. Kan men bij een dergelijke verscherpte controle door de geadieerde rechter nog gewagen van een *recht op verzet* waaraan niet mag worden getornd? Betreft het een grondrecht⁵² dat geen aantasting duldt?

49. Rechtshistorisch valt er inzake het recht op verzet een slingerbeweging waar te nemen⁵³. Terwijl in het Romeins recht, alsook in het costumiere recht, het verzet eerder gunstig onthaald werd, legde de *ordonnance civile* touchant à la réformation de la justice in april 1667 bijzondere toelaatbaarheidsvereisten op: slechts verstekvonnissen in laatste aanleg gewezen bleven vatbaar voor verzet. Deze regel viel nadien echter in onbruik. In 1806 onderstreepten de opstellers van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering het belang van het verzet en schaften de bijzondere toelaatbaarheidsvereisten af. Het verzet werd een gewoon rechtsmiddel. Ten gevolge van de misbruiken van het verzet die het liberale systeem noodzakelijkerwijze in de hand werkte, kwamen stemmen op die opnieuw het invoeren van de bijzondere toelaatbaarheidsvereisten voorstonden⁵⁴ of eenvoudig de afschaffing van dit rechtsmiddel bepleitten⁵⁵. Niettemin werd in 1967 het verzet in het Gerechtelijk Wetboek als gewoon rechtsmiddel behouden (art. 21 en art. 1047 Ger. W.), al is het niet zonder langdurig overleg⁵⁶.

⁴³ GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., *Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit*, 1970; GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., «Le droit de défense, principe général de droit», in *Mélanges Jean Dabin*, Brussel, 1963, 569-614; HAYOIT DE TERNICOURT, W., «Un aspect de la défense», *J.T.*, 1956, 505; MOTULSKY, H., «Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle: le respect des droits de la défense en procédure civile», in *Ecrits, études et notes de procédure civile*, Parijs, 1973, 60-84; R.P.D.B., Tw., «Droit de défense».

⁴⁴ CAPPELLETTI, M., «Fundamental Guaranties of the Parties in Civil Proceedings», in *Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil*, Milaan, 1973, 741 e.v.; DOMMERING, E., «Het grondrecht op behoorlijke rechtspraak in het Nederlandse civiele recht», in *Handelingen der Nederlandse Juristenvereniging*, 1983, deel 1, tweede stuk, 196.

⁴⁵ Slechts uitzonderlijk heeft de wetgever gemeend deze regel niet te moeten toepassen: bijvoorbeeld inzake de eenzijdige rechtspleging op verzoekschrift (artt. 1025 e.v.).

⁴⁶ VAN REEPINGHEN, Ch., a.w., 276.

⁴⁷ Weliswaar kan betwijfeld worden dat het verzet een rechtsmiddel s.s. is: GILLES, P., *Rechtsmittel im Zivilprozess*, Frankfurt, 1972, 129-133; KRINGS, E., «Le défaut ... Rapport général», a.w., 33. Zie in verband met de term «gewoon rechtsmiddel» in de artt. 30 en 38 EEX: H.v.J., 22 november 1977 (Diamond/Riva 43/77), *Jur.H.v.J.*, 1977, 2175, R.W., 1977-78, 1483, met noot LAENENS, J., en J.T., 1978, 225.

⁴⁸ LE PAIGE, A., a.w., 18, nr. 19; VAN DER DUNGEN/JANSEN, *Burgerlijke rechtsvordering*, art. 81, aantekening 1.

⁴⁹ Zie ter zake rechtshistorisch: CARRÉ, C., *Lois de la procédure civile*, II, Brussel, 1846, 1-2; DERINE, R., *Schets van het Romeins privaatrecht*, Antwerpen, 1982, 135; GLASSON, E., TISSIER, A. en MOREL, R., *Traité de procédure civile*, III, 1929, nr. 816; LE PAIGE, A., a.w., 18; STAR BUSMAN, C.W., *Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering*, Haarlem, 1972, 157, nrs. 190 en 215, nr. 244.

⁵⁰ VAN BONEVAL FAURE, R., *Het Nederlandse burgerlijk procesrecht*, V, Leiden, 1900, 11.

⁵¹ VAN REEPINGHEN, Ch., a.w., 276; adde DE CORTE, R. en LAENENS, J., a.w., nrs. 70 e.v.

⁵² In die zin: THOMINE-DESMAZURES, *Commentaire sur le code de procédure civile*, I, Brussel 1838, 197; vgl. SCHWAB, K.H. en GOTTWALD, P., «Verfassung und Zivilprozess», in *Effektiver Rechtsschutz und Verfassungsmässige Ordnung*, HABSCHIED, W.J. (ed.), Bielefeld, 1983, 62.

⁵³ Zie voor een rechtshistorisch overzicht: DALLOZ, *Répertoire de procédure civile*, Parijs, Tw. «Opposition», nr. 4; FETTWEIS, A., a.w., R.C.J.B., 1956, 161-163; GARSONNET, E., a.w., Parijs, 1894, V, 419-421, § 1024; LE PAIGE, A., a.w., 18, nr. 20; MERLIN, M., *Recueil alphabétique de questions de droit*, XI, Brussel, 1829, Tw., «Opposition aux jugements par défaut».

⁵⁴ FETTWEIS, A., a.w., R.C.J.B., 1956, 171; GLASSON, R., TISSIER, A., en MOREL, R., a.w., nr. 816.

⁵⁵ Wetsontwerp ALLARD ingediend op 16 december 1869, *Parl. St., Kamer*, 1869-70, nrs. 154 en 213; DE BERSAQUES, A., a.w., B.J., 1933, 354-356; STORME, M., «Honderd jaar Belgisch procesrecht», in *Honderdvijftig jaren rechtsleven in België en Nederland*, Leiden, 1981, 133.

⁵⁶ VAN REEPINGHEN, Ch., a.w., 409.

50. Een rechtsvergelijkend onderzoek⁵⁷ leert dat het verzet als rechtsmiddel niet bestaande is in een aantal landen, zoals in de meeste socialistische landen, Italië⁵⁸ en Brazilië⁵⁹. In andere landen staat het verzet enkel open voor de afwezige verweerder, zoals in Nederland (art. 75 Rv.) en de Bondsrepubliek Duitsland (§ 338 ZPO). Ten slotte kunnen inzake het verzet bijzondere toelaatbaarheidsvereisten gelden, zoals in de V.S.A. («an excusable neglect on the part of the defendant and a meritorious defense») en in Frankrijk (art. 473, lid 2, Code de procédure civile: «Le jugement est réputé contradictoire lorsque la décision est susceptible d'appel ou, lorsque la citation a été délivrée à la personne du défendeur»).

D. Criteria voor een oplossing

51. Uit het voorgaand summier rechtshistorisch en rechtsvergelijkend overzicht blijkt dat het recht op verzet zeker niet universeel als grondrecht wordt beschouwd. Is het dan nog zinvol het verzet als gewoon rechtsmiddel te handhaven? Moet men niet eerder oog hebben voor de misbruiken waartoe het verzet ongetwijfeld aanleiding kan geven? Het is duidelijk dat hierbij de belangen van alle litigerende partijen moeten worden afgewogen. Vanzelfsprekend komen enkel de wettig beschermde belangen in aanmerking. Bovendien moet ook de instelwaarde of het normdoel van het civiele geding duidelijk geëxpliciteerd worden⁶⁰. Inzake verstek is het normdoel ongetwijfeld: de gedaagde daadwerkelijk de kans geven om voor de geadieerde rechter te verschijnen. Is die instelwaarde bereikt, dan verliest het verzet als gewoon rechtsmiddel elke bestaansreden. Concreet betekent dit dat het verzet tegen verstekvonnissen uitgesproken tegen een regelmatig en tijdig opgeroepen partij moet worden afgeschaft⁶¹. De geadieerde rechter is immers toch reeds verplicht een verregaand processueel toezicht uit te oefenen. Het recht van verdediging wordt dus ruimschoots geëerbiedigd. Het al dan niet onderzoeken van de gegrondheid van de ingestelde eis is hierbij zelfs helemaal niet relevant⁶². Vereist de billijkheid echter niet dat het verzet minstens als buitengewoon rechtsmiddel behouden blijft, wanneer de behoorlijk verwittigde defaultant volkomen onvrijwillig verstek laat gaan ten gevolge van bijvoorbeeld overmacht⁶³? Met Van Reepingen kan

men vrezen dat deze oplossing aanleiding zou geven tot nieuwe betwistingen die moeilijk op te lossen zijn, zo men de wisselvalligheden die een afwezigheid kunnen rechtvaardigen, goed wil kennen⁶⁴.

52. Uit het voorgaande volgt dat tegen een verstekvonnis enkel nog hoger beroep zou mogen openstaan. Aangezien uit de gerechtelijke statistieken blijkt dat het aantal verzetprocedures eerder te verwaarlozen is, valt een overbelasting voor de appelgerechten geenszins te vrezen⁶⁵. Het lijkt echter wel wenselijk dat alle verstekvonnissen appellabel worden. Billijkheidsoverwegingen in geval van onvrijwillig verstek liggen aan dit voorstel ten grondslag. Een wijziging van art. 617, eerste lid, Ger. W. is derhalve geboden. Schendt deze hervorming *het recht op dubbele aanleg*? Het beginsel van dubbele aanleg is niet zo absoluut als meestal wordt aangenomen⁶⁶. Het evocatierecht van de appelrechter, de verhoogde appellabiliteitsgrenzen en de toelaatbare berusting in een appellabel vonnis tonen dit aan. Een algemeen beginsel van dubbele aanleg bestaat niet⁶⁷. Art. 6 E.V.R.M. verplicht de staten trouwens niet twee instanties van rechtspleging in te richten. Het recht op hoger beroep is niet in voormelde verdragstekst vervat⁶⁸.

53. Voormeld voorstel tot hervorming inzake verzet heeft geenszins tot gevolg dat alle vonnissen geacht worden op tegenspraak te zijn gewezen. Het onderscheid tussen de behandeling en de berechting op tegenspraak en bij verstek moet behouden blijven. Al bestaat er geen verschijningsverplichting voor litiganten⁶⁹, toch moeten dezen ertoe aangezet worden het debat voor de rechter te aanvaarden⁷⁰⁻⁷¹. Verschijnt een partij niet, dan beperkt de rechter zich tot een onderzoek van de bijzondere toelaatbaarheidsvereisten, de bevoegdheid en/of rechtsmacht en de geldigheid van de

⁶⁴ VAN REEPINGHEN, Ch., *a.w.*, 410.

⁶⁵ Anders: VAN REEPINGHEN, Ch., *a.w.*, 409.

⁶⁶ DEBEUCKELAERE, K., POPPE, G. en RAQUET, M., «Dubbele aanleg», *I.U.S.*, 1981, 120, nr. 3; DE CONINCK, B., BAERT, K., en CLYMANS, E., «De versnelling van het proces. Suggesties en randbedenkingen bij een colloquium te Gent», *R.W.*, 1978-79, 2393; FETTWEIS, A., KOHL, A. en DE LEVAL, G., *Droit judiciaire privé*, 1980, II, 188, nr. 186; FETTWEIS, A., *a.w.*, *I.U.S.*, 1981, 136; JOLOWICZ, J.A., «Appellate proceedings», in *Towards a justice with a human face*, STORME, M., (ed.), Antwerpen, 1978, 151-158; PARODI, Cl., «Esprit général et les innovations du nouveau code de procédure civile», *Rép. Not. Defr.*, 1976, 770, nr. 42; STORME, M., «Tussenkomsst op het congres van het Verbond van Belgische Advokaten te Bergen op 8 oktober 1977», *Omnia Fraternae*, 1978, 24; STORME, M., «L'accélération de la procédure», *J.T.*, 1979, 330; STORME, M., *Rechtspraak in opspraak*, 97; adde BAERT, K., *a.w.*, 33-34, nr. 42; SCHWAB, K.H. en GOTTWALD, P., *a.w.*, 35. Anders: VAN REEPINGHEN, Ch., «Le droit d'appel», *J.T.*, 1934, 771.

⁶⁷ Cass., 21 januari 1983, *R.W.*, 1982-83, 2546.

⁶⁸ Hof Straatsburg, 23 juli 1968, *R.W.*, 1968-69, 1.

⁶⁹ Deze verplichting bestaat daarentegen wél voor getuigen (artt. 924-926 Ger. W.).

⁷⁰ FETTWEIS, A., *a.w.*, *I.U.S.*, 1981, 131.

⁷¹ Een medewerkingsplicht inzake overleggen van stukken werd wél ingevoerd (art. 882 Ger. W.): KOHL, A., *Procès civil et sincérité*, Luik, 1971; STORME, M., *Het bewijsrecht in het Belgisch privaatrecht*, Gent, 1962; VAN COMPERNOLLE, J., «La procédure forcée de documents dans le Code judiciaire», *Ann.Dr.*, 1981, 89-105.

⁵⁷ HERZOG, P., en KARLEN, D., «Attacks on judicial Decisions», in *International Encyclopedia of Comparative law*, 1982, 19-21, nrs. 36-37; KRINGS, E., *a.w.*, 33-36.

⁵⁸ Zie CAPPELLETTI, M. en PERILLO, J., *Civil procedure in Italy*, Den Haag, 1965, 302, nr. 11.07.

⁵⁹ Zie in verband met de invloed van de Italiaanse codice op de Braziliaanse wet: BARBOSA MOREIRA, J.C., «La procédure civile brésilienne», *Revue internationale de droit comparé*, 1982, 1215-1224.

⁶⁰ DE CORTE, R., «Men schiet geen vliegtuig neer omwille van een navigatiefout. Enkele bedenkingen over nietigheden in het gerechtelijk recht», in *Actori incumbit probatio*, Departement Rechten U.I.A., 1975, 45-53.

⁶¹ Vgl. STERK, T.A.W., *a.w.*, 199-201.

⁶² Anders: KRINGS, E., «Le défaut ... Rapport général», *a.w.*, 50-51.

⁶³ KRINGS, E., «Le défaut ... Rapport général», *a.w.*, 50; zie ook SCHWAB, K.H., en GOTTWALD, P., *a.w.*, 62.

verrichte proceshandelingen. De gegrondheid van de eis wordt niet onderzocht. Zodra een partij daarentegen wel het debat aanvaardt, d.i. verschijnt én conclusie neemt, moet de rechter de gegrondheid van de eis onderzoeken. De procedure ten aanzien van die partij moet dan verder op tegenspraak worden gevoerd⁷⁰. Om de verschijningsplicht

nog meer te benadrukken, lijkt het daarenboven wenselijk dat elk verstekvonnis van rechtswege uitvoerbaar bij voorraad is⁷²

Rogier de CORTE
Jean LAENENS

⁷² Zie *Parl. St., Senaat*, 1982-83, nr. 361/1, art. 7: aanvulling van art. 805 Ger. W.: «Wanneer één van de partijen overeenkomstig het bepaalde in de artt. 728 of 729 is verschenen en ter griffie of ter zitting conclusies heeft genomen, wordt de procedure ten aanzien van die partij op tegenspraak gevoerd.» Zie LEMMENS, P., «Art. 751 Ger. W. en de motiveringsplicht», *R.W.*, 1982-83, 2249-2250.

⁷³ Zie over het nut van de uitvoerbaarheid bij voorraad: MARTENS P., «L'exécution provisoire en matière patrimoniale», *Ann.Fac.Dr.Liège*, 1983, 179-213.

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 25 APRIL 1983

Voorzitter: de h. Meeùs

Raadsheer-verslaggever: de h. Lebbe

Advocaat-generaal: de h. Lenaerts

Advocaten: mrs. Bützler en Simont

Werkloosheid — Aanvraag — Uitkeringskaart — Te laat door de R.V.A. aan uitbetalingsinstelling bezorgd — Geen terugwerkende kracht — Intussen betaalde uitkeringen — Niet terugvorderbaar.

Wanneer de uitkeringskaart niet binnen de voorgeschreven termijn door de werkloosheidsinspecteur aan de uitbetalingsinstelling wordt bezorgd, mag deze laatste werkloosheidsuitkeringen uitbetalen tot het bedrag dat de inspecteur zou hebben vastgesteld, indien hij uitkeringen had toegekend. In dat geval heeft de beslissing van de directeur uitwerking vanaf de maandag van de week tijdens welke de uitkeringskaart aan de uitbetalingsinstelling is overgemaakt, zonder terugwerkende kracht.

De intussen regelmatig uitbetaalde uitkeringen zijn niet terugvorderbaar, zelfs zo de inspecteur achteraf beslist dat de aanvrager geen recht op uitkeringen heeft.

L. t/ R.V.A.

Gelet op het bestreden arrest, op 27 mei 1982 door het Arbeidshof te Antwerpen, afdeling Hasselt, gewezen;

Over het middel, afgeleid uit de schending van artikel 193, eerste lid, van het koninklijk besluit van 20 december 1963 betreffende arbeidsvoorziening en werkloosheid, en voor zoveel nodig van de artikelen 191, eerste lid, en 192, eerste lid, 1°, van dit besluit,

doordat het arbeidshof oordeelt: «dat artikel 193, eerste lid, van het koninklijk besluit van 20 december 1963 bepaalt dat, wanneer de directeur zijn beslissing niet binnen

de termijn genomen heeft, de uitbetalingsinstelling uitkeringen mag uitbetalen tot aan het bedrag dat de directeur zou hebben vastgesteld indien hij uitkeringen had toegekend, en dat de beslissing van de directeur in dat geval uitwerking heeft vanaf de maandag van de week tijdens welke de uitkeringskaart aan de uitbetalingsinstelling is bezorgd; dat het voorschrift geenszins betekent dat de uitbetalingsinstelling onverschuldigde uitkeringen mag verschaffen; dat de uitbetalingsinstelling immers als zaakwaarnemer van het overbelast bestuur optreedt, ten einde de werkloze niet te lang op de uitkering te laten wachten; dat de uitbetalingsinstelling deze opdracht te goeder trouw moet uitvoeren en trouwens uitdrukkelijk aansprakelijk gesteld wordt voor de betalingen die ze verricht heeft buiten de regelen van toekenning vastgesteld bij de wetten, besluiten en reglementen ter zake; dat de thesis van (eiseres), luidens welke de uitbetalingsinstelling onvoorwaardelijk en onaanastbaar uitkeringen buiten de regels zou mogen verschaffen, hierop neerkomt dat, wanneer deze instelling, die normaal geen andere functie heeft dan haar benaming aanduidt, uitzonderlijk een opdracht van het bestuur uitoefent in tijden van toeloop, vrijgevheden aan haar leden zou mogen presteren met de fondsen van de sociale zekerheid; dat dergelijke betalingen door de uitbetalingsinstelling gedragen moeten worden en dat, wanneer zij dat niet wenst te doen, het bestuur haar een dienst bewijst door zelf de terugvordering te verrichten; dat (eiseres), met een zekere manier van lezen van de reglementsteksten, tot een interpretatie komt die zichzelf veroordeelt door de overtrokken gevolgen waartoe ze leidt; dat de zin luidens welke de beslissing van de directeur uitwerking heeft vanaf de volgende maandag, geen immuniteit verleent doch alleen betekent dat de uitbetalingsinstelling een uit de reglementering voortvloeiende opdracht vervult en dat het om eigen beslissingen gaat die stand houden mits in redelijkheid genomen; dat in casu geen gegevens worden bijgebracht aan de hand waarvan (het arbeidshof) de uitbetaling (zou) kunnen billijken»; het arrest het hoger beroep gegrond verklaart, het beroepen vonnis vernietigt en de administratieve beslissing van 10 no-

vember 1976 van de gewestelijke directeur van de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening te Hasselt in al haar onderdelen herstelt,
terwijl (...)

Overwegende dat het arrest vaststelt dat de directeur van het gewestelijk bureau van verweerder eiseres heeft uitgesloten van de werkloosheidsuitkeringen vanaf 1 oktober 1976 voor de inactiviteitsdagen, op grond van artikel 130, § 2, eerste lid, 1°, b, van het koninklijk besluit van 20 december 1963 betreffende arbeidsvoorziening en werkloosheid, omdat «de 5/6 van het brutoweekloon dat zij in haar onvolledige dienstbetrekking genoot hoger lag dan zesmaal het dagelijks referteloon», en tevens besloten heeft de vanaf voornoemde datum voor de inactiviteitsdagen genoten werkloosheidsuitkeringen terug te vorderen; dat het arrest, met vernietiging van het beroepen vonnis, de beslissing van de directeur in al haar onderdelen herstelt;

Overwegende dat het arrest aanneemt dat de directeur van het gewestelijk bureau de uitkeringskaart waarop zijn beslissing is ingeschreven, niet binnen de in artikel 191 van voormeld koninklijk besluit bepaalde termijn aan de uitbetalingsinstelling heeft bezorgd en dat die instelling dan, met toepassing van artikel 193 van dit besluit, de uitkeringen aan eiseres heeft uitbetaald; dat niet wordt beweerd dat het bedrag van die uitkeringen hoger was dan het bedrag vastgesteld overeenkomstig de bepalingen van titel III, hoofdstuk I, afdeling III, van dit besluit;

Overwegende dat, krachtens genoemd artikel 193, eerste lid, de uitbetalingsinstelling, wanneer de uitkeringskaart haar niet binnen de voorgeschreven termijn wordt bezorgd, werkloosheidsuitkeringen mag uitbetalen tot het bedrag dat de directeur (in de thans geldende redactie: de inspecteur) zou hebben vastgesteld, indien hij uitkeringen had toegekend, en in dat geval de beslissing van de directeur uitwerking heeft vanaf de maandag van de week tijdens welke de uitkeringskaart aan de uitbetalingsinstelling is overgemaakt;

Overwegende dat aan de beslissing van de uitbetalingsinstelling dat tot de uitbetaling wordt overgegaan, in geen geval door de latere beslissing van de directeur van het gewestelijk bureau, haar uitwerking tegenover de aanvrager met terugwerkende kracht kan worden ontnomen;

Overwegende dat de omstandigheid dat de directeur achteraf beslist dat de aanvrager geen recht op uitkering heeft, niet meebrengt dat de uitkeringen, die hem intussen regelmatig werden uitbetaald, terugvorderbaar zijn;

Dat het middel gegrond is;
(...)

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 22 SEPTEMBER 1983

Voorzitter-rapporteur: de h. Mahillon

Advocaat-generaal: de h. Piret

Advocaat: mr. De Bruyn

Inkomstenbelastingen — 1. Aftrek — Aflossing van hypothecaire lening gesloten voor het bouwen — 2. Aanslag

overeenkomstig art. 259 W.I.B. — Nadat reeds een aanslag op basis van de aangifte is gevestigd.

1. Wanneer aan echtgenoten een hypothecaire lening is toegestaan voor het bouwen, verwerven of verbouwen van een gebouwd onroerend goed en deze lening gewaarborgd is door een verzekering bij overlijden met afnemend kapitaal, die alleen door de man ten voordele van de vrouw is afgesloten, kunnen de aflossingsannuïteiten worden afgetrokken van het bedrijfsinkomen van de vrouw.

2. De rechter die vaststelt dat, wat het belastingjaar 1973 betreft, de aangifte van een belastingplichtige binnen de door art. 259 W.I.B. gestelde termijn is gewijzigd door de administratie op grond dat uit de vergelijking van de algemene kosten van drie soortgelijke belastingplichtigen bleek dat de kosten die hij had aangegeven, overdreven waren, beslist wettig dat de administratie over de bij art. 259 bepaalde termijn beschikte, zelfs indien zij reeds binnen de gewone termijn aanslag op basis van de aangifte had gevestigd.

Belgische Staat t/ O.

Gelet op het bestreden arrest, op 28 april 1982 door het Hof van Beroep te Luik gewezen;

Overwegende dat de voorzieningen tegen hetzelfde arrest zijn gericht;

I. Ten aanzien van de voorziening van de Belgische Staat (minister van Financiën, administratie der directe belastingen, gewestelijke directie Namen):

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 54, 3°, en 56, § 1, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen,

doordat het hof van beroep aanneemt dat van het bedrijfsinkomen van de echtgenote van verweerder mogen worden afgetrokken de aflossingsannuïteiten van een hypothecaire lening die aan de beide echtgenoten is toegestaan en is gewaarborgd door een verzekering bij overlijden met afnemend kapitaal welke alleen door de man ten voordele van zijn vrouw is afgesloten, op grond dat in de artikelen 54 en 56 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen geenszins wordt bepaald dat die aftrek enkel kan worden toegestaan aan degene die de verzekering heeft afgesloten,

terwijl uit de algemene opzet van de in het middel aangegeven wettelijke bepalingen volgt dat de belastingplichtige die aanspraak maakt op de in die bepalingen bedoelde aftrek niet alleen de ondertekenaar van de hypothecaire lening, gesloten voor het bouwen, het verwerven of het verbouwen van een gebouwd onroerend goed, en de eigenaar van dit onroerend goed moet zijn, doch ook en noodzakelijk de verzekerde persoon in het tijdelijk verzekeringscontract bij overlijden met afnemend kapitaal, dat die lening waarborgt;

Overwegende dat, krachtens artikel 54, 3°, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, van het totale bedrijfsinkomen worden afgetrokken de sommen besteed tot aflossing of herstelling van hypothecaire leningen gesloten voor het bouwen, het verwerven of het verbouwen van een gebouwd onroerend goed en gewaarborgd door een tijdelijke verzekering bij overlijden met afnemend kapitaal;

Dat artikel 56, § 1, van hetzelfde wetboek onder meer

vereist dat de voordelen van het verzekeringscontract zijn bedongen ten voordele van de schuldeiser, van de echtgenoot of van de bloedverwanten tot de tweede graad van de belastingplichtige;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat de hypothecaire lening is toegestaan aan eiser en aan zijn echtgenote en dat het verzekeringscontract bij overlijden met afnemend kapitaal alleen door eiser ten voordele van zijn echtgenote is aangegaan;

Overwegende dat het arrest, dat erop wijst dat in voormelde artikelen 54 en 56 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen geenszins wordt bepaald dat de aftrek van de annuïteiten van de hypothecaire lening enkel kan worden toegestaan aan degene die de verzekering heeft afgesloten, naar recht heeft kunnen beslissen dat die annuïteiten kunnen worden afgetrokken van het bedrijfsinkomen van de echtgenote van eiser;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

II. Ten aanzien van de voorziening van Edgard-Jules O.:

Over het tweede middel, afgeleid uit de schending eensdeels van de artikelen 245, 251, 256, 259 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, anderdeels van artikel 264 van hetzelfde wetboek en ten slotte van artikel 260 van dit wetboek, zoals ze bestonden op het ogenblik dat de litigieuze belasting is gevestigd, welke teksten, behalve artikel 260, nadien zijn gewijzigd bij de wet van 3 november 1976, respectievelijk bij de artikelen 40, 41 en 44, en bij de wet van 22 december 1977, artikelen 37 en 39,

doordat het arrest aanneemt dat de administratie, na een belastingplichtige een eerste maal een belasting te hebben opgelegd op basis van zijn aangifte, hetgeen volgens artikel 245 onderstelt dat zij het cijfer van de aangegeven inkomsten heeft onderzocht en dat cijfer niet onjuist heeft bevonden, die zelfde aangifte opnieuw kan onderzoeken zonder dat voor die onderzoeksprocedure de tijd is beperkt, dit keer de cijfers van de aangegeven inkomsten of beter gezegd bepaalde bedrijfskosten die de belastingplichtige had afgetrokken en die nochtans in de aangifte van het belastingjaar 1973 of in de bijlagen ervan waren gedetailleerd, onjuist kan bevinden,

terwijl, eerste onderdeel, artikel 245 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen bepaalt dat de aangifte wordt onderzocht en de aanslag wordt gevestigd door de administratie der directe belastingen en dat zij het cijfer van de aangegeven inkomsten als belastinggrondslag neemt, tenzij zij dat cijfer onjuist bevindt, en artikel 251, § 1, van hetzelfde wetboek voorschrijft dat, wanneer de administratie meent het aangegeven inkomstencijfer te moeten wijzigen, zij vooraleer de aanslag te vestigen aan belanghebbende het cijfer doet kennen dat zij voornemens is in de plaats van dat van de aangifte te stellen;

tweede onderdeel, artikel 264 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen bepaalt dat de voor een aanslagjaar verschuldigde belasting op geldige wijze kan worden gevestigd tot 30 april, of naargelang van het geval 30 juni, van het jaar dat volgt op dat waarnaar het aanslagjaar wordt genoemd, dit is dus in het onderhavige geval tot 30 juni 1974, terwijl ze in feite op 29 december 1975 is gevestigd;

derde onderdeel, zagezegd met toepassing van artikel 260 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, op 22

augustus 1977 nog een andere aanslag ten laste van verzoeker (thans eiser) is gevestigd, dit is zelfs na de bij artikel 259 van hetzelfde wetboek bepaalde termijn van drie jaar, nadat een beslissing van de directeur van 24 juni 1977 de aanslag van 29 december 1975 had nietig verklaard met de bondige motivering: «onwettige aanslag gevestigd in strijd met artikel 251 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen», doch waarbij in het onzekere is gelaten of die beslissing tot nietigverklaring daardoor doelde op het ontbreken van een motivering in het bericht van wijziging, dan wel op het feit dat de inkomsten van 1972 reeds vroeger waren belast (argument afgeleid uit de bewoordingen «vooraleer de aanslag te vestigen» van artikel 251), hetgeen de toepassing van artikel 260 zou hebben uitgesloten, daar in dit geval een regel betreffende de verjaring was geschonden:

Wat de eerste twee onderdelen betreft:

Overwegende dat, naar luid van artikel 245 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, in zijn ten deze toepasselijke redactie, de administratie der directe belastingen het cijfer van de aangegeven inkomsten als belastinggrondslag neemt, tenzij zij dat cijfer onjuist bevindt;

Overwegende dat, volgens artikel 259 van dat wetboek, in zijn ten deze toepasselijke redactie, wanneer het belastbaar inkomen meer bedraagt dan datgene dat de belastingplichtige als dusdanig in de aangifte heeft vermeld, de belasting, in afwijking van artikel 264 van dat zelfde wetboek, in zijn ten deze toepasselijke redactie, kan worden gevestigd gedurende drie jaar met ingang van 1 januari van het aanslagjaar waarvoor ze is verschuldigd;

Overwegende dat het arrest erop wijst dat, wat het belastingjaar 1973 betreft, de aangifte van eiser binnen die laatstgenoemde termijn door de administratie is gewijzigd, daar uit de vergelijking van de algemene kosten van drie soortgelijke belastingplichtigen was gebleken dat de door eiser aangegeven algemene kosten overdreven waren;

Dat het hof van beroep op grond van die vaststellingen en overwegingen naar recht beslist dat de administratie over de bij voormeld artikel 259 bepaalde buitengewone termijn beschikte, zelfs indien zij reeds, binnen de gewone termijn, een aanslag op basis van de aangifte had gevestigd;

Dat de onderdelen niet kunnen worden aangenomen;

Wat het derde onderdeel betreft:

Overwegende dat het arrest zegt dat artikel 251 geenszins de tijd beperkt voor de toepassing van de wijzigingsprocedure en dat aldus de schending van deze bepaling, die heeft geleid tot de beslissing van nietigverklaring van 27 juni 1977, niet tot gevolg heeft gehad dat eiser een verjaring heeft verkregen;

Dat het arrest aldus ondubbelzinnig beslist dat eiser zich niet op enige verjaring kon beroepen;

Dat het onderdeel feitelijke grondslag mist;

(...)

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 26 SEPTEMBER 1983

Voorzitter: de h. Châtel

Raadsheer-rapporteur: de h. Vervloet

Advocaat-generaal: de h. Lenaerts

Advocaten: mrs. Houtekier en Bayart

Sociaal statuut zelfstandigen — Toepassingsgebied — Bestuurder van vennootschap — Kosteloosheid van het mandaat — Bewijs.

Het bewijs van kosteloosheid van het mandaat kan, in de zin van art. 2 K.B. 19 december 1967, slechts voortvloeien uit een bepaling in de statuten, die het toekennen van een bezoldiging aan de mandatarissen verbiedt, ofwel, bij ontstentenis hiervan, dit is wanneer de statuten geen uitsluitel geven nopens de kosteloosheid van de mandaten, uit een beslissing van het bevoegde maatschappelijk orgaan dat de mandaten onbezoldigd zijn. De omstandigheid dat de statuten de mogelijkheid van bezoldiging van de mandatarissen inhouden, heeft niet tot gevolg dat de kosteloosheid van het mandaat niet zou kunnen bewezen worden door een beraadslaging van het bevoegde maatschappelijk orgaan.

C. en N.V. P. t/ R.S.V.Z.

Gelet op de bestreden arresten, op 8 mei 1981 en 5 februari 1982 door het Arbeidshof te Antwerpen gewezen;

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 3, § 1, tweede lid, van het koninklijk besluit nr. 38 van 27 juli 1967 houdende inrichting van het sociaal statuut der zelfstandigen, 20, 1°, 2°, b, en 3°, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen en 2 van het koninklijk besluit van 19 december 1967 houdende algemeen reglement in uitvoering van het koninklijk besluit nr. 38 van 27 juli 1967 houdende inrichting van het sociaal statuut der zelfstandigen, gewijzigd bij koninklijk besluit van 18 augustus 1972,

doordat het arrest van 8 mei 1981 beslist dat de eisers solidair gehouden zijn aan verweerder te betalen het bedrag van de bijdragen en aankleven voor de periode gaande van het derde kwartaal 1972 tot en met het vierde kwartaal 1976, op de volgende gronden: «dat, zoals reeds vermeld, artikel 20 van de statuten bepaalt dat de algemene vergadering aan de beheerders en commissarissen vergoedingen mag toekennen, die zullen worden gebracht in de algemene onkosten; dat dit artikel 20 geenszins de kosteloosheid van het mandaat van beheerder van (eiseres) inhoudt; dat dit artikel integendeel in de mogelijkheid voorziet van inkomsten voortvloeiend uit de uitoefening van dit mandaat; dat artikel 2 van het koninklijk besluit van 1967 onder kosteloosheid verstaat de uitsluiting van enige mogelijkheid van inkomsten; dat, wanneer de statuten in een inkomstenmogelijkheid voorzien, er geen sprake kan zijn van kosteloosheid van het mandaat; dat de beslissing van de algemene vergadering van 21 maart 1972 ter zake evenmin de kosteloosheid kan bewijzen voor de periode na 1 juli 1972; dat immers in verband met voormeld artikel 2 de kosteloosheid van het mandaat enkel kan blijken uit een beraadslaging van het orgaan dat bevoegd is om de vergoedingen van de

mandatarissen vast te stellen, wanneer de statuten hierover niets voorschrijven; dat, aangezien ter zake de vergoedingsmogelijkheid, die de kosteloosheid uitsluit, in de statuten is opgenomen en nooit is afgeschaft, de kosteloosheid van het mandaat niet uit enige beraadslaging van de algemene vergadering kan voortvloeien; dat het feit dat geen vergoedingen aan de mandatarissen werden uitbetaald, evenmin relevant is, aangezien voldoende is dat de zelfstandige beroepsbezigheid inkomsten kan opleveren (artikel 3 van het koninklijk besluit nr. 38) en de kosteloosheid enkel kan worden bewezen door de middelen bepaald in voormeld artikel 2 en dit niet wordt gedaan»; het arrest van 5 februari 1982 de eisers diensgevolge veroordeelt tot betaling aan verweerder van het bedrag van 79.093 frank; (...)

Overwegende dat het middel het arrest van 8 mei 1981 alleen aanvecht in zoverre het arbeidshof de eisers veroordeelt om aan verweerder de bijdragen voor de periode van het derde kwartaal 1972 tot en met het vierde kwartaal 1976 te betalen;

Overwegende dat, krachtens artikel 2 van het koninklijk besluit van 19 december 1967 houdende algemeen reglement in uitvoering van het koninklijk besluit nr. 38 van 27 juli 1967 houdende inrichting van het sociaal statuut der zelfstandigen, gewijzigd bij koninklijk besluit van 18 augustus 1972, de uitoefening van een mandaat in een naamloze vennootschap wordt vermoed de uitoefening te zijn van een verzekeringsplichtige zelfstandige bedrijvigheid, tenzij de kosteloosheid van het mandaat blijkt uit een bepaling van de statuten of, bij gebreke hiervan, uit een beraadslaging van het ter zake bevoegde orgaan;

Overwegende dat, in de zin van dat artikel, het bewijs van de kosteloosheid van het mandaat slechts kan voortvloeien uit een bepaling in de statuten, die het toekennen van een bezoldiging aan de mandatarissen van de vennootschap verbiedt, ofwel, bij ontstentenis daarvan, dit is wanneer de statuten geen uitsluitel geven nopens de kosteloosheid van de mandaten, uit een beslissing van het bevoegde maatschappelijk orgaan dat de mandaten onbezoldigd zijn; dat de omstandigheid dat de statuten de mogelijkheid van een bezoldiging van de mandatarissen inhouden, niet tot gevolg heeft dat de kosteloosheid van een mandaat niet zou kunnen worden bewezen door een beraadslaging van het bevoegde maatschappelijk orgaan;

Overwegende dat het arrest van 8 mei 1981 artikel 2 van het koninklijk besluit van 19 december 1967 schendt door te beslissen dat, nu de mogelijkheid van een vergoeding in de statuten is opgenomen en nooit werd afgeschaft, de kosteloosheid van het mandaat niet uit enige beraadslaging van de algemene vergadering kan voortvloeien;

Dat het middel gegrond is;

(...)

NOOT—Bewijs van kosteloosheid van het mandaat: een wetgevende oplossing

1. Zes dagen vóór het cassatiearrest van 26 september 1983 werd het K.B. van 20 september 1983, B.S., 8 oktober 1983, uitgevaardigd ten einde — zo luidt de aanhef — «dringend art. 2 K.B. 19 december 1967 te herzien om een einde te maken aan de betwistingen die het genoemd arti-

kel, zoals het nu is gesteld, uitlokt». Zowel de wetgever als het opperste gerechtshof hebben hierdoor gereageerd op de verregaande jurisprudentiële interpretatie die in de voorbije jaren aan art. 2 K.B. 19 december 1967 werd gegeven. Het leek ons derhalve nuttig deze evolutie in de rechtspraak — althans de krachtlijnen ervan — beknopt in herinnering te brengen.

2. Het vermoeden van zelfstandige activiteit van de vennootschappelijke mandatarissen kan, krachtens art. 2 K.B. 19 december 1967 worden weerlegd op voorwaarde dat de kosteloosheid van het mandaat wordt bewezen. Dit bewijs kan slechts worden aangenomen voor zover de kosteloosheid blijkt uit de statuten, indien de statuten hierover bepalingen bevatten, of, uit een beraadslaging van het orgaan dat bevoegd is om de vergoedingen van de mandatarissen vast te stellen wanneer de statuten hierover niets voorschrijven.

De interpretatie van dit artikel werd hoofdzakelijk betwist in de gevallen waarin de statuten in een vergoedingsmogelijkheid voorzien via een beslissing van de algemene vergadering.

3. De tendens om steeds strengere eisen te stellen m.b.t. de toelating van dit bewijs werd ingeluid door het cassatie-arrest van 2 juni 1980 (*R.W.*, 1980-81, 2206). Gesteld werd dat «het bewijs van de kosteloosheid van het mandaat, in de zin van art. 2 K.B. 19 december 1967, slechts uit de statuten kan blijken indien de statuten de toekenning van een vergoeding aan de mandatarissen verbieden, of, bij ontstentenis van een dergelijke bepaling, uit een beslissing van het bevoegd orgaan. In dit laatste geval kan het bewijs van de kosteloosheid van het mandaat slechts worden afgeleid uit de vaststelling dat vermeld orgaan de beslissing nam het mandaat niet te vergoeden en *niet uit het eenvoudig feit dat nooit werd beslist een vergoeding toe te kennen*» m.a.w. voor het bewijs van de kosteloosheid van het mandaat is een expliciete beslissing van het bevoegd orgaan vereist. Deze, naar ons gevoel nog vrij aanvaardbare, principes werden nadien door de lagere rechters (*Arbrb. Nijvel*, 6 oktober 1980, *J.T.T.*, 1981, 193; *Arbrb. Mechelen*, 19 juni 1981, *J.T.T.*, 1982, 78) gevolgd en door het Hof van Cassatie bevestigd (*Cass.*, 11 april 1983, *R.W.*, 1983-84, 238).

4. Minder aanvaardbaar werd evenwel de interpretatie die op 16 januari 1981 door het Arbeidshof te Antwerpen, 16 januari 1981, *T.S.R.*, 1981, 295, werd voorgestaan. Geoordeeld werd dat, wanneer in de statuten in een vergoedingsmogelijkheid is voorzien, de kosteloosheid van het mandaat niet meer kan worden bewezen a.h.v. successieve beslissingen van de algemene vergadering waarin van jaar tot jaar uitdrukkelijk werd bepaald dat het mandaat van beheerder niet zal worden vergoed. Men beriep zich hierbij op de tekst van art. 2 zelf, luidens welke de kosteloosheid van het mandaat slechts kan blijken uit een beslissing van het bevoegd orgaan *wanneer de statuten hierover niets voorschrijven*. Zodra in de statuten in een vergoedingsmogelijkheid is voorzien, kan derhalve een beslissing van de algemene vergadering tot kosteloosheid van het mandaat niet meer als tegenbewijs worden aanvaard. Onder kosteloosheid wordt immers verstaan de uitsluiting van enige mogelijkheid van inkomsten.

Uit het advies van het O.M. blijkt dat bij deze uitspraak doorslaggevend is geweest het feit dat de beslissing van de algemene vergadering om het mandaat niet te vergoeden

elk jaar *op voorhand* werd genomen maar hierbij de mogelijkheid niet is uitgesloten dat de algemene vergadering beslist voor een bepaald jaar wél een vergoeding toe te kennen. Deze bedenking roept evenwel de vraag op of het hof in dezelfde lijn zou hebben geoordeeld indien de algemene vergadering had beslist dat het mandaat «ad futurum» volledig gratis zou worden uitgeoefend.

5. De toepassing van voormelde rechtspraak bracht mee dat voortaan de kosteloosheid van het mandaat alleen nog kon worden aangetoond hetzij a.h.v. de statuten wanneer deze uitdrukkelijk en zonder enig voorbehoud in de kosteloosheid voorzien, hetzij a.h.v. een beslissing van het bevoegd orgaan maar dan enkel wanneer de statuten het al dan niet bezoldigd zijn van het mandaat volledig onbesproken laten. Dat deze nieuwe interpretatie in de betrokken kringen onrust heeft gezaaid, is begrijpelijk. Heel wat statuten bepalen immers dat de bezoldiging van de bestuurders door de algemene vergadering kan worden vastgesteld. Zulke bestuurders worden thans onvermijdelijk als zelfstandigen aangemerkt. Een statutenwijziging is in dergelijke gevallen noodzakelijk maar zal slechts voor de toekomst gelden zonder terugwerkende kracht.

Het belang van deze extreme interpretatie wordt nog duidelijker wanneer men weet dat de R.S.V.Z. bijdragen mag vorderen met een terugwerkende kracht van vijf jaar (vermeerderd met moratoire rente en eventueel een boete). Gelukkig heeft het R.S.V.Z., zich bewust van de verregaande draagwijdte van deze rechtspraak, enige soepelheid aan de dag gelegd door te beslissen dat de bijdragen in principe slechts vanaf 1 juli 1982 verschuldigd zijn.

6. De interpretatie van het Arbeidshof te Antwerpen heeft vrij lang standgehouden en bij diverse rechtbanken navolging gekregen (*Arbh. Antwerpen*, 8 mei 1981, onuitg.; *Arbh. Luik*, 11 september 1981, onuitg.; *Arbh. Antwerpen*, 5 februari 1982, A.R. 358/80, onuitg.; *Arbh. Antwerpen*, 7 mei 1982, A.R. 507/81, onuitg.). Een eerste reactie op deze visie kwam eerst op 31 januari 1983 vanuit de Arbeidsrechtbank te Antwerpen, 31 januari 1983, *J.T.T.*, 1983, 145. Of hiermee de visie van het hof volledig werd verworpen, is, gezien de verschillende feitelijke situatie, niet met zekerheid vast te stellen. Het door de Arbeidsrechtbank te Antwerpen te beslechten geval betrof immers statuten waarin de kosteloosheid van het mandaat der bestuurders werd bepaald maar tevens een uitzondering werd gemaakt voor het mandaat aan bestuurders die vaste en werkelijke functies uitoefenden, aan wie de algemene vergadering een vaste vergoeding kon toekennen. Bij beslissing van de algemene vergadering op 24 juni 1974 werd de kosteloosheid van het mandaat uitdrukkelijk bevestigd. Zoals door de arbeidsrechtbank werd opgemerkt, had deze beslissing ontegensprekelijk betrekking op de bestuurders met vaste en werkelijke functies, daar voor de overige bestuurders de kosteloosheid van het mandaat reeds definitief in de statuten was geregeld. De in de statuten voorgeziena mogelijkheid tot het toekennen van een vergoeding aan zekere beheerders werd derhalve door de beslissing van de algemene vergadering («ad futurum»?) ongedaan gemaakt. Overwogen werd in dit verband dat «onderwerping aan het statuut der zelfstandigen bestaat zolang de mogelijkheid tot het toekennen van vergoedingen niet door een beslissing van het bevoegd orgaan ongedaan is gemaakt, maar de onderwerping aan het sociaal statuut ophoudt zodra door het

bevoegd orgaan tot de niet-bezoldiging der mandaten wordt beslist».

«Een definitieve afwijzing van de door het arbeidshof gevolgde interpretatie gebeurde echter wel door het cassatiearrest van 26 september 1983. Zich vastklampend aan het arrest van 2 juni 1980, beslist het Hof dat «het bewijs van kosteloosheid van het mandaat slechts kan voortvloeien uit een bepaling in de statuten, die het toekennen van een bezoldiging aan de mandatarissen van de vennootschap verbiedt, ofwel, bij ontstentenis daarvan, d.i. *wanneer de statuten geen uitsluitel geven nopens de kosteloosheid van de mandaten*, uit een beslissing van het bevoegde maatschappelijk orgaan dat de mandaten onbezoldigd zijn; de omstandigheid dat de statuten de mogelijkheid van een bezoldiging van de mandatarissen inhouden, heeft niet tot gevolg dat de kosteloosheid van het mandaat niet zou kunnen worden bewezen door een beraadslaging van het bevoegde maatschappelijk orgaan».

7. De wetgever heeft dit cassatiearrest niet afgewacht om zelf in te grijpen in de precaire situatie die ingevolge deze rechtspraak voor bestuurders was ontstaan. Bij K.B. van 20 september 1983 werd art. 2 K.B. 19 december 1967 door een volledig nieuwe bepaling vervangen. Het laatste lid van dit artikel luidt thans als volgt: «Dat vermoeden kan worden weerlegd op voorwaarde dat de kosteloosheid van het mandaat bewezen wordt. Belanghebbende mag dat bewijs leveren door elk rechtsmiddel, uitgezonderd de getuigenis, behalve wanneer de Administratie der Directe Belastingen bedrijfsinkomsten heeft weerhouden uit hoofde van de uitoefening van zijn mandaat.» Krachtens een ministeriële circulaire kunnen in deze zin o.m. als bewijs van kosteloosheid worden aanvaard: statutaire bepalingen die de kosteloosheid van het mandaat zonder voorbehoud poneren; een beraadslaging van de algemene vergadering; een getuigschrift van de belastingadministratie; een vonnis of arrest dat de kosteloosheid vaststelt.

Dat door dit K.B. een grotere soepelheid inzake bewijsregeling werd beoogd, is duidelijk. Dat hiermee ook nieuwe betwistingen zullen ontstaan, ligt al evenzeer voor de hand. Praktische moeilijkheden zijn alvast gerezen daar door de opeenvolgende jurisprudentiële interpretaties enerzijds, en het nieuw K.B. anderzijds, situaties denkbaar zijn waarin bestuurders vóór 1 juli 1982 (periode vóór Cass., 16 januari 1981) niet-verzekeringsplichtig zijn, vanaf die datum wel verzekeringsplichtig en opnieuw niet-verzekeringsplichtig vanaf 1 juli 1983, datum waarop het nieuw K.B. in werking treedt. Om aan deze situaties het hoofd te bieden, heeft het Ministerie van Middenstand de sociale verzekeringsfondsen onderricht voor de gehele periode vóór 1 juli 1983 het bewijs van kosteloosheid te aanvaarden a.h.v. bewijsmiddelen die vóór 1 juli 1982 werden aangenomen, zijnde een statutaire bepaling waarin de kosteloosheid uitdrukkelijk wordt geponeerd, hetzij een beslissing van het bevoegd orgaan wanneer de statuten deze vermelding niet bevatten of i.v.m. deze kosteloosheid dubbelzinnig werden opgesteld, m.a.w. de extreme interpretatie van het Arbeidshof te Antwerpen wordt in de praktijk niet toegepast!

Noteren we ten slotte dat, gezien de huidige cassatierechtspraak, het nieuw K.B. ook in de pensioensector zijn weerslag zal hebben. Gedoeld wordt hierbij op de materie inzake gelijkstelling, waarbij door art. 28, § 3, K.B. 22 december 1967 als een der algemene voorwaarden wordt

gesteld dat «geen enkele periode kan worden gelijkgesteld indien de belanghebbende in de loop hiervan een beroepsbezigheid heeft uitgeoefend». Veel omstreden was hierbij de vraag of het vermoeden van zelfstandige activiteit van vennootschappelijke mandatarissen evenals de daarin opgelegde bewijsvoering ook geldt voor de toepassing van art. 28, § 3, K.B. 22 december 1967. Tot tweemaal toe heeft cassatie hierop bevestigend geantwoord (Cass., 24 december 1979, *Arr. Cass.*, 1979-80, II, 506; *Pas.*, 1980, nr. 4, 504; *R.W.*, 1979-80, 2697 met noot H. Goethals; *T.S.R.*, 1980, 95 met noot H. De Clercq; vernietigt Arbh. Antwerpen, 20 januari 1978, *J.T.T.*, 1978, 278; *R.W.* 1979-80, 2775; Cass., 21 maart 1983, A.R. 3790, onuitg.; vernietigt Arbh. Brussel, 5 januari 1981, A.R. 11516, onuitg., gewezen na Cass., 24 december 1979). Kritiek op deze uitspraak bleef evenwel niet uit (De Clercq, H., noot bij Cass., 24 december 1979, *T.S.R.*, 1980, 95; Goethals, H., noot bij Cass., 24 december 1979, *R.W.*, 1979-80, 2697).

Van Regenmortel Anne
Assistente U.I.A.

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 29 NOVEMBER 1983

Voorzitter: de h. Boon

Raadsheer-rapporteur: de h. Holsters

Advocaat-generaal: de h. Declercq

Advocaat: mr. De Gryse

Strafvordering — Kosten — Deskundigenonderzoek — Burgerlijke rechtsvordering.

De kosten van een deskundigenonderzoek dat door de strafrechter op verzoek van de burgerlijke partij bevolen wordt om de omvang van de schade van de burgerlijke partij te kunnen bepalen, zijn geen kosten van de strafvordering, maar kosten van de burgerlijke rechtsvordering.

De burgerlijke rechtsvordering die voor de strafrechter aanhangig is wordt beheerst door de regelen van de rechtspleging in strafzaken. Dit blijft het geval wanneer in strafzaken, nadat de rechter definitief over de strafvordering heeft beslist, bij de feitenrechter alleen nog de burgerlijke rechtsvordering aanhangig is. De strafrechter doet derhalve uitspraak over de kosten van de civielrechtelijke vordering volgens de artt. 50 Sw. en 162, 194, 211 en 365 Sv., en niet volgens art. 1017 Ger. W.

Krachtens de artt. 162, 194 en 211 Sv. kan de burgerlijke partij die de strafvordering niet in werking heeft gesteld en die in het ongelijk wordt gesteld, worden veroordeeld in de kosten jegens de Staat en jegens de beklaagde of in een gedeelte ervan.

De P. t/ T. e.a.

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 162 en 211 van het Wetboek van Strafvordering en 1017 van het Gerechtelijk Wetboek,

doordat het arrest eiser, bij bevestiging van het vonnis in

eerste aanleg, veroordeelt tot betaling aan de verweerders van 39.915 frank, zijnde de kosten van het deskundigenonderzoek van dokter D., dokter N. en dokter P., bevolen bij vonnis van 21 februari 1980, op grond van de overweging enerzijds dat de bepalingen van artikel 1017 van het Gerechtelijk Wetboek niet en die van de artikelen 162 en 194 van het Wetboek van Strafvordering wel van toepassing zijn in strafzaken, om zoals in casu te beslissen wie de kosten moet dragen van een bijkomende maatregel van onderzoek die de strafrechter beval om de schadelijke gevolgen te bepalen van de strafrechtelijke telastlegging en waarvoor de beklaagde alleen aansprakelijk werd verklaard, en op grond van de overwegingen anderzijds dat het voorstel van het college van deskundigen om de blijvende invaliditeit te behouden op 5 % geen reden was om de expertisekosten ten laste van de burgerlijke partij te leggen en dat «de omstandigheid dat het bijkomend onderzoek was aangevraagd door de burgerlijke partij, geen reden is om de ten laste van verwezene vallende gerechtskosten te splitsen van die welke veroorzaakt werden door de onderzoeksmaatregelen die door de feitenrechter werden bevolen en door deze laatste zowel na als voor de uitvoering ervan dienstig en billijk bevonden en niet tergend of roekeloos, of zelfs niet overbodig zoals ten onrechte wordt beweerd door verwezene».

terwijl, eerste onderdeel, de kosten van een deskundigenonderzoek dat door de strafrechter op verzoek van de burgerlijke partijen bevolen is om de omvang van de schade van de burgerlijke partijen te kunnen bepalen, geen kosten van de strafvordering, maar kosten van de burgerlijke rechtsvordering zijn; de strafrechter over deze kosten van de burgerlijke rechtsvordering moet oordelen niet overeenkomstig de bepalingen van de artikelen 162 en 194 van het Wetboek van Strafvordering, maar overeenkomstig de bepalingen van artikel 1017 van het Gerechtelijk Wetboek, zodat het arrest, dat het tegenovergestelde beslist, de artikelen 1017 van het Gerechtelijk Wetboek, 162 en 194 van het Wetboek van Strafvordering schendt;

tweede onderdeel, in de veronderstelling dat de artikelen 162 en 194 van het Wetboek van Strafvordering toch toepasselijk zouden zijn om te beslissen wie de kosten moet dragen van een bijkomende onderzoeksmaatregel op burgerlijk gebied alleen, door de strafrechter op verzoek van de burgerlijke partijen bevolen, overeenkomstig deze artikelen 162 en 194 de kosten van de burgerlijke rechtsvordering gedragen moeten worden door de partij die op het punt waarop de kosten werden veroorzaakt, in het ongelijk is gesteld; het arrest derhalve niet wettig kon beslissen dat eiser de expertisekosten moet dragen van het college van drie geneesheren, op verzoek van de verweerders aangesteld om hun schade te bepalen, nu het arrest ook impliciet doch zeker vaststelt dat deze drie geneesheren tot hetzelfde besluit waren gekomen als de gerechtelijke deskundige die eerder was aangesteld en zij derhalve niet tot het besluit waren gekomen van de deskundige die de verweerders eenzijdig hadden aangesteld en nu het arrest derhalve impliciet doch zeker vaststelt dat de verweerders ongelijk hadden waar zij beweerden dat de blijvende invaliditeit 25 % bedroeg, zodat het arrest niet wettelijk verantwoord is en van de artikelen 162 en 194 van het Wetboek van Strafvordering schendt;

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat de kosten van het betreffend deskundigenonderzoek geen kosten van de strafvordering, maar kosten van de burgerlijke rechtsvordering zijn;

Overwegende dat de burgerlijke rechtsvordering die voor de strafrechter aanhangig is, beheerst wordt door de regelen van de rechtspleging in strafzaken; dat dit het geval blijft wanneer in strafzaken, nadat de rechter definitief over de strafvordering heeft beslist, bij de feitenrechter alleen nog de burgerlijke rechtsvordering aanhangig is; dat de toepassing van de regelen van rechtspleging niet afhangt van de natuur van de behandelde belangen, maar wel van het gerecht dat over die belangen oordeelt;

Dat de regels van de burgerlijke rechtspleging ter zake niet toepasselijk zijn nu de strafrechtspleging in een eigen regeling voorziet;

Dat derhalve de strafrechter over de kosten van de civielrechtelijke vordering uitspraak doet volgens de artikelen 50 van het Strafwetboek, 162, 194, 211 en 365 van het Wetboek van Strafvordering en niet volgens artikel 1017 van het Gerechtelijk Wetboek;

Dat het onderdeel naar recht faalt;

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat krachtens de artikelen 162, 194 en 211 van het Wetboek van Strafvordering de burgerlijke partij die de strafvordering niet in werking heeft gesteld en die in het ongelijk wordt gesteld, kan worden veroordeeld in de kosten jegens de Staat en jegens de beklaagde of in een gedeelte ervan;

Dat het onderdeel, dat opkomt tegen de onaantastbare beoordeling van de rechter, niet ontvankelijk is;

(...)

NOOT—De veroordeling in de kosten

1. Krachtens de artikelen 162, 194 en 211 Sv. wordt de burgerlijke partij die in het ongelijk wordt gesteld, ambtshalve veroordeeld in alle kosten door de Staat en door de beklaagde gemaakt wanneer zij het initiatief tot de rechtstreekse dagvaarding heeft genomen of wanneer het gerechtelijk onderzoek ten gevolge van haar optreden als burgerlijke partij is geopend (R. Van Roye, *Manuel de la partie civile*, nr. 334).

Indien zij echter de strafvordering niet in werking heeft gesteld, kan de burgerlijke partij krachtens de artikelen 162, 194, 211 en 369 Sv. eveneens veroordeeld worden in de kosten jegens de Staat en jegens de beklaagde of in een gedeelte ervan. In dit laatste geval beslist de feitenrechter op onaantastbare wijze of hij de burgerlijke partij al dan niet veroordeelt in de kosten en bepaalt hij welk gedeelte van de gerechtskosten haar ten laste vallen (Cass., 16 december 1975, *Pas.*, 1976, I, 466; Cass., 26 november 1980, *Pas.*, 1981, I, 359).

2. Wanneer krijgt nu een burgerlijke partij gelijk en wanneer wordt ze in het ongelijk gesteld? In Frankrijk heeft men gedurende meer dan een eeuw over dit netelig probleem geredetwist tot in de artikelen 475 en 543 van de *Code de procédure pénale* het Belgische systeem werd overgenomen.

In een recent artikel heeft A. Lorent een vermeldenswaardige poging gedaan om het Belgisch systeem nader te omschrijven en de gevallen te inventariseren waarin de burgerlijke partij moet worden beschouwd als in het ongelijk

gesteld («Les frais de justice répressive», *R.D.P.*, 1983, 656-658).

Maar waarom het ingewikkeld maken als het ook anders kan? Kunnen we niet simpelweg zeggen: de burgerlijke partij wordt in het gelijk gesteld als ze schadevergoeding toegewezen krijgt, ze wordt in het ongelijk gesteld als haar schadeëis niet — zelfs niet ten dele — wordt ingewilligd, welke ook de redenen van deze afwijzing zijn.

3. Ten deze had de strafrechter, nadat hij definitief over de strafvordering had beslist, op verzoek van de burgerlijke partijen, een bijkomende onderzoeksmaatregel op burgerlijk gebied alleen bevolen.

De beklaagde beweerde dat de burgerlijke partij in het ongelijk was gesteld omdat het college van gerechtelijke deskundigen de beweringen van de burgerlijke partij had verworpen en integendeel de bevindingen van de door de eerste rechter aangestelde expert had bevestigd. Hij beriep zich op artikel 1017 Ger. W. om het hof te verzoeken de kosten om te slaan nu de burgerlijke partij omtrent dit geschilpunt in het ongelijk werd gesteld. Maar deze regelen van het Gerechtelijk Wetboek vinden geen toepassing voor de strafgerechten.

De beklaagde heeft echter uit het oog verloren dat de schadeëis van de burgerlijke partij niet werd afgewezen, zelfs al werd hij slechts ten dele toegekend: in de zin van artikel 162 Sv. werd de burgerlijke partij niet in het ongelijk gesteld, bijgevolg kon ze ook niet worden veroordeeld in de kosten of in een gedeelte ervan.

Idem non est idem, beweerde Terentius.

A. Vandeplas

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 21 FEBRUARI 1984

Voorzitter: de h. Boon

Raadsheer-rapporteur: de h. Matthijs

Advocaat-generaal: de h. Tillekaerts

Advocaat: mr. Martens

Verjaring — Burgerlijke rechtsvordering — Voorbehoud.

Noch de artt. 3 en 27 van de wet van 17 april 1878 noch art. 2262 B.W. noch enige andere wetsbepaling leggen aan de rechter de verplichting op aan de getroffen akte te verlenen van zijn voorbehoud voor toekomstige schade, wanneer de rechter oordeelt dat de schade, met inbegrip van de toekomstige schade, volledig gedekt is door de toegekende vergoeding.

D. t/ De V.

Gelet op het bestreden arrest, op 28 oktober 1983 gewezen door het Hof van Beroep te Gent;

Overwegende dat het arrest enkel uitspraak doet op de civielrechtelijke vordering van eiseres tegen verweerster;

Overwegende dat de voorziening, in zoverre zij tegen het openbaar ministerie is gericht, niet ontvankelijk is;

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 97 van de Grondwet, 3, 27 van de wet van 17 april 1878 houdende de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering, en 2262 van het Burgerlijk Wetboek,

doordat het arrest, met bevestiging van het beroepen vonnis, de vordering van eiseres «tot toekenning van voorbehoud voor toekomstige schade» ongegrond verklaart; de eerste rechter de vordering heeft afgewezen op grond «dat immers de aangestelde deskundige aantoonde dat de toestand van het slachtoffer definitief gestabiliseerd is op datum van 3 maart 1981»,

terwijl eiseres aan het hof van beroep een deskundigenverslag heeft overgelegd van dr. V. die op 7 maart 1983 bevestigde en attesteerde: «Ondergetekende heeft op 7 maart 1983 Anna D. onderzocht in verband met restklachten na ongeval van 4 mei 1979. Ten gevolge van restletsels van bovenvermeld ongeval is er een duidelijk versnelde artrose van rechterknie en linkerpols. De varices op het rechterbeen zijn ietwat toegenomen. Er bestaat echter een duidelijke circulaire insufficiëntie met atrofische broze huid. Het laatste jaar trad ook ulcus cruris op dat voormalig behandeld werd. Het valt niet te betwijfelen dat de letsels opgelopen bij het ongeval een negatieve invloed hebben op de evolutie van de artrose en de veneuze insufficiëntie»; het hof van beroep desniettemin heeft geweigerd bovenvermelde medische evidentie te erkennen en het gevraagde voorbehoud als juridisch irrelevant verklaard onder andere met de volgende considerans: «De verergering van de pijnen aan de linker pols waarover dr. V. handelt in zijn brief van 19 juli 1983, heeft niets te maken met de gevolgen van het ongeval, maar is de normale verdere evolutie van de vroeger bestaande artrose»; het arrest aldus de in het middel weergegeven wetsbepalingen schendt door,

eerste onderdeel, aan een burgerlijke partij het recht te ontzeggen de toepassing van artikel 27 van de wet van 17 april 1878 te krijgen om haar burgerlijke belangen gedurende dertig jaren aan de bevoegde rechtbank te kunnen onderwerpen;

tweede onderdeel, door het niet of onjuist beantwoorden van de conclusie van eiseres, burgerlijke partij:

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat eiseres de vordering «tot toekenning van voorbehoud» grondde op het in het middel weergegeven attest van 7 maart 1983 en op een verslag van 19 juli 1983, beide van dr. V., welke stukken zij aan het hof van beroep overlegde;

Overwegende dat het arrest die vordering verwierpt op grond van de consideransen: «De gerechtsdeskundige heeft zeer nauwkeurig herhaaldelijk de burgerlijke partij onderzocht en bij de bespreking van haar toestand haalt hij duidelijk aan dat bij de beoordeling van de gevolgen van de femurfractuur rekening dient te worden gehouden met een duidelijke toestand van polyartrose bij het slachtoffer met aanwezigheid van wat artrose ter hoogte van beide heupgewrichten, duidelijke artrose ter hoogte van beide kniegewrichten en ook artrose ter hoogte van beide polsgewrichten, dat deze polyartrose dient te worden aangemerkt als een reeds vóór het ongeval aanwezige toestand die, ter hoogte van het rechter onderste lidmaat, door het opgelopen ongeval ongunstig beïnvloed werd. Met die ongunstige invloed, die voor de toekomst normaal ook zou gelden

maar slechts voor het rechter onderste lidmaat, heeft de gerechtsdeskundige rekening gehouden bij de bepaling van de graad van blijvende invaliditeit op 20 procent. De verergering van de pijnen aan de linkerpols waarover dr. V. handelt in zijn brief van 19 juli 1983, heeft niets te maken met de gevolgen van het ongeval, maar is de normale verdere evolutie van de vroeger bestaande artrose. In zijn verslag alludeert de gerechtsdeskundige niet op een mogelijke verergering van de toestand van de burgerlijke partij na de consolidatie als gevolg van het ongeval, buiten de ongunstige invloed op de evolutie van de artrose van het rechter onderste lidmaat, welk element echter in rekening werd gebracht bij de bepaling van de blijvende invaliditeit. Er is dan ook geen grond om thans zelfs het gevraagde voorbehoud te verlenen, of om een deskundigenonderzoek te bevelen»;

Overwegende dat de appelrechters aldus, met verwijzing naar het deskundigenonderzoek, constateren: 1) dat, bij het bepalen van de schadevergoeding waarop eiseres aanspraak kan maken, rekening werd gehouden met de nadelige invloed die de bij het ongeval opgelopen femurfractuur zal hebben op de evolutie van de voorafbestaande artrose ter hoogte van het rechter onderste lidmaat, 2) dat, nu die fractuur zonder invloed is op de evolutie van de voorafbestaande artrose ter hoogte van de andere lichaamsdelen, de verergering ervan geen bestanddeel is van de schade, 3) dat, door bij het bepalen van het bedrag van de schadevergoeding een arbeidsongeschiktheid van twintig procent in aanmerking te nemen, rekening werd gehouden met alle actuele en toekomstige schade in oorzakelijk verband met het ongeval;

Overwegende dat de appelrechters zodoende de redenen opgeven waarom zij de vordering van eiseres «tot toekenning van voorbehoud» verwerpen; dat zij mitsdien met inachtneming van het voorschrift van artikel 97 van de Grondwet haar conclusie beantwoorden;

Overwegende dat, in zoverre eiseres aanvoert dat het arrest haar conclusie «onjuist» zou beantwoorden, de grief niets uitstaande heeft met het vormvereiste van artikel 97 van de Grondwet;

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek degene door wiens fout aan een ander schade is veroorzaakt, verplichten die schade integraal te vergoeden, wat impliceert dat de getroffene wordt teruggeplaatst in de toestand waarin hij gebleven zou zijn indien de fout niet was gepleegd;

Overwegende dat de rechter, om de door een fout veroorzaakte schade te beoordelen, zich op het ogenblik van zijn uitspraak moet stellen;

Overwegende dat de rechter in feite en derhalve op onaantastbare wijze het bestaan en de omvang van de door een fout veroorzaakte schade, alsmede het bedrag van de vergoeding om de schade volledig te herstellen, beoordeelt;

Overwegende dat de rechter op onaantastbare wijze de feiten vaststelt waaruit hij een oorzakelijk verband tussen een fout en de schade afleidt; dat het Hof nochtans dient na te gaan of de rechter uit zijn vaststellingen het al dan niet bestaan van zodanig oorzakelijk verband wettig heeft kunnen afleiden;

Overwegende dat een deskundigenverslag of een medisch

attest slechts als inlichtingsbron geldt waarvan de rechter in feite en derhalve op onaantastbare wijze de bewijswaarde beoordeelt, voor zover hij de bewijskracht ervan niet mist; dat ten deze eiseres zodanige miskenning niet aanvoert;

Overwegende dat noch de artikelen 3 en 27 van de wet van 17 april 1878 noch artikel 2262 van het Burgerlijk Wetboek noch enige andere wetsbepaling aan de rechter de verplichting opleggen aan de getroffene akte te verlenen van zijn voorbehoud voor toekomstige schade, wanneer de rechter oordeelt dat de schade, met inbegrip van de toekomstige schade, volledig gedekt is door de toegekende vergoeding;

Overwegende dat ten deze de appelrechters, zonder de zoëven vermelde wetsbepalingen te schenden, uit de in het antwoord op het tweede onderdeel vermelde vaststellingen hebben kunnen afleiden dat, nu alle schade die eiseres door de fout van verweerster heeft geleden, met inbegrip van de toekomstige schade die de zekere voortzetting is van de actuele schade, integraal is vergoed, er geen grond is tot toekenning van enig voorbehoud aan eiseres voor toekomstige schade;

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

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

K.I. — 27 FEBRUARI 1981

Voorzitter: de h. Van Hecke

Raadsheren: de hh. Raymaekers en Colla

Advocaat-generaal: de h. Velleman

Advocaten: mrs. Jordens loco Lens, Geuens en De Feyter

Handelspraktijken — Oneerlijke handelspraktijken — Kwade trouw.

De overtredingen van art. 61 van de Handelspraktijkenwet zijn slechts strafbaar indien ze vastgesteld zijn overeenkomstig art. 55 van die wet, d.i. door de voorzitter van de rechtbank van koophandel.

P.V.B.A. N. t/ De K. e.a.

Overwegende dat het verzet van de burgerlijke partij, zijnde hoger beroep (beschikking raadkamer Antwerpen, 30 mei 1980), regelmatig naar vorm en termijn, ontvanke-lijk is;

Overwegende dat wegens de feiten van de hierboven omschreven telastleggingen A en B tegen de verdachten geen bezwaren gebleken zijn;

Overwegende dat de burgerlijke partij voorhoudt dat de verdachten, nog in dienst zijnde van de Pvba N., met kwade trouw de bepalingen vermeld in art. 55 van de wet van 14 juli 1971 overtreden hebben door daden in strijd met de eerlijke gebruiken op handelsgebied, nl. door het aanspreken van minstens vier klanten van de Pvba N., om er zelf contracten mee te sluiten;

Overwegende dat volgens de burgerlijke partij art. 61 van de reeds vermelde wet, de overtredingen vermeld in art.

55 ook strafbaar stelt wanneer de voorzitter van de rechtbank van koophandel geen kennis heeft van een vordering tot staking van de inbreuken;

Overwegende dat de artikelen 54 en 54bis van de wet van 14 juli 1971 op zichzelf geen strafbepalingen inhouden en art. 61 enkel verwijst naar art. 55;

Overwegende dat dit art. 55 de voorzitter van de rechtbank van koophandel aanwijst als overheid om de opgesomde inbreuken vast te stellen; dat dit uitlegbaar is door de moeilijkheid om inzake handelspraktijken de grens te trekken tussen het geoorloofde en het niet geoorloofde;

dat strafbepalingen in enge zin moeten worden geïnterpreteerd, zodat inbreuken op art. 61 van de voormelde wet enkel strafbaar zijn wanneer ze vastgesteld zijn overeenkomstig art. 55; dat dit ten deze niet het geval is, zodat de raadkamer terecht ook voor het feit C de buitenvervolginstelling van de verdachten heeft uitgesproken;

(...)

NOOT—De bestraffing van oneerlijke handelspraktijken

1. Herhaaldelijk werd geklaagd dat het openbaar ministerie en ook de strafgerichten zich weinig geneigd voelen om mee te werken aan de strafrechtelijke beteugeling van oneerlijke handelspraktijken. Een gelijkaardige houding werd trouwens vastgesteld inzake namaking van fabrieksen handelsmerken, vervalsing van het handels- of ambachtsregister, het verstrekken van onjuiste inlichtingen aan de rechter-commissaris (art. 576 Faillissementswet) of het niet verschaffen van de geëiste toelichtingen (art. 574 Faillissementswet) en talloze overtredingen van de handels- en financiële wetten of verordeningen.

Wellicht is dit geringe enthousiasme te wijten aan een zeker gebrek aan vertrouwdheid met die bijzondere wetten zodat al te vlug wordt geoordeeld dat de aangeklaagde feiten van burgerlijke aard zijn, behoren tot het domein van het handelsrecht of weinig weerslag hebben op de openbare orde en ze dan maar best door de rechtbank van koophandel worden afgehandeld.

2. Zo bestraft artikel 61 van de wet van 14 juli 1971 hen die met kwade trouw de bepalingen vermeld in artikel 55 overtreden, terwijl art. 55 bepaalt dat de voorzitter van de rechtbank van koophandel het bestaan vaststelt en de staking beveelt van de zelfs strafrechtelijk beteugelde tekortkomingen aan de vermelde eerlijke handelspraktijken.

Ten deze werd beslist dat alleen de voorzitter van de rechtbank van koophandel kan vaststellen wat een overtreding van de eerlijke handelspraktijken is, zodat de benadeelde of het parket verplicht is vooraf het bestaan van de aangeklaagde feiten te onderwerpen aan de beoordeling van de voorzitter van de rechtbank van koophandel. Een dergelijke interpretatie vindt niet alleen geen steun in de wet of in de parlementaire voorbereiding, maar ze is in strijd met de letter en de geest van deze wet.

3. Immers, artikel 61 van de Handelspraktijkenwet is geen klachtmisdrijf zodat het openbaar ministerie van ambtswege de met kwade trouw gepleegde feiten mag vervolgen. Welnu, de procureur des Konings heeft geen bevoegdheid om van de voorzitter van de rechtbank van koophandel de vaststelling van het bestaan van de oneerlijke handelspraktijken en de staking ervan te vorderen, zodat het hof van beroep in feite de procureur des Konings

het vervolgingsrecht ontzegt.

Het hof werpt hier een prejudicieel geschil op, dat niet kan worden beslecht, daar het openbaar ministerie niet bevoegd is om de zaak aanhangig te maken bij de voorzitter van de rechtbank van koophandel.

4. Laten we nu veronderstellen dat de zaak door de burgerlijke partij onderworpen wordt aan de voorzitter van de rechtbank van koophandel; dan zal deze bij vaststelling van het bestaan van oneerlijke praktijken de staking ervan bevelen indien er gevaar bestaat voor herhaling of voortzetting van de gewraakte praktijken.

De niet-naleving van het vonnis of arrest gewezen krachtens artikel 55 als gevolg van een vordering tot staking wordt bestraft door artikel 62. In dit geval wordt art. 61 in zijn bestaansrecht aangetast, daar het overbodig is dezelfde feiten in twee verschillende artikelen te bestraffen: de overtreding van de bepalingen van artikel 55 met kwade trouw (art. 61) zal bijna altijd in eendaadse samenloop zijn met de overtreding van het bevel tot staking (art. 62).

5. Ten slotte bepaalt art. 61, tweede lid, dat wanneer de feiten voorgelegd aan het strafrecht het voorwerp zijn van een vordering tot staking, er niet kan worden beslist over de strafvordering dan nadat een in kracht van gewijsde gegane beslissing is geveld betreffende de vordering tot staking.

Het is een ongelukkige innovatie van de wetgever van 1971 die het nieuwe beginsel van «le commercial tient le criminel en état» heeft ingevoerd, die thans door het hof is uitgebreid tot de gevallen waarin geen vordering tot staking werd ingesteld.

Immers, als de wetgever uitdrukkelijk een prejudicieel geschil heeft ingevoerd ingeval de feiten het voorwerp uitmaken van een vordering tot staking, dan impliceert zulks dat ook de mogelijkheid bestaat dat er geen vordering tot staking is ingesteld.

6. Wat diende er dan te gebeuren als er geen vordering tot staking is ingesteld? Wel dan moest het hof zelf beslissen of er al dan niet voldoende bezwaren waren om de verdachte naar de correctionele rechtbank te verwijzen uit hoofde van het plegen met kwade trouw van oneerlijke handelspraktijken (cf. J. D'Haenens, «De sancties in de wet van 14 juli 1971 betreffende de handelspraktijken», in *Ekonomisch en financieel recht vandaag*, II, p. 239).

Onder de optiek van de kamer van inbeschuldigingstelling had ze de buitenvervolginstelling niet mogen uitspreken, maar had ze de zaak niet in staat van wijzen moeten verklaren zolang niet uitgemaakt was door de voorzitter van de rechtbank van koophandel of de feiten bestempeld moesten worden als oneerlijke handelspraktijken.

7. Met opzet hebben we het probleem van de kwade trouw niet aangesneden. Reeds eerder heeft J. D'Haenens gewezen op de problematiek en op de onduidelijkheid van de parlementaire voorbereiding die de rechtspracticus geen enkel houvast biedt (J. D'Haenens, o.c., pp. 240-241).

A. Vandeplas

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

6e KAMER — 15 JUNI 1983

Voorzitter : de h. Deviaene

Raadsheren : de hh. Van Malderen en Verougstraete

Advocaten : mrs. Ruttiens, Hoornaert, Billiet loco Delcor-
de en Picalausa loco Vuylsteke

Overeenkomst — Beginselovereenkomst — Gevolgen ten aanzien van derden — Medeplichtigheid van derden aan contractbreuk — Onrechtmatige mededinging.

Een «beginsovereenkomst» bindt de partijen zodat de derde die meewerkt aan de niet-nakoming ervan door één der partijen aansprakelijkheid kan oplopen. Het desbewust meewerken aan een contractbreuk gepleegd door een handelaar ten einde voor zichzelf de voordelen te putten uit deze contractbreuk is strijdig met de eerlijke handelsgebruiken.

S. t/ P.V.B.A. H. en N.V. B. t/ P.V.B.A. H.

1. Nopens de vordering

Overwegende dat de oorspronkelijke vordering ingeleid door geïntimeerde ertoe strekte appellant «verbod te horen opleggen op welke wijze ook zich als verdeler van de producten Parfums Jacques B. voor te stellen of als dusdanig op enigerlei wijze te handelen», dit op straffe van dwangsom; dat de oorspronkelijke eiser eveneens de publikatie had gevraagd van het uit te spreken vonnis;

Dat de eerste rechter de vordering bij verstek gegrond heeft verklaard;

Overwegende dat appellant de afwijzing vraagt van de oorspronkelijke eis; dat de vrijwillig tussenkomende partij de stelling steunt van appellant;

(...)

3. Nopens de feiten

Overwegende dat de vrijwillig tussenkomende partij (hierna B.) een in Frankrijk gevestigde producent is van parfumerieproducten; dat zij de exclusieve verdeling van haar producten toevertrouwde tot medio 1982 aan de Belgische N.V. S.;

Dat B. in 1982 contacten zocht met mogelijke verdelers en een principieel akkoord sloot van alleenconcessie met geïntimeerde, de P.V.B.A. H. (hierna H.); dat de beginselovereenkomst tenslotte niet werd uitgevoerd; dat B. in november 1982 de concessie van haar producten toevertrouwde aan appellant;

Dat appellant werknemer was van een Société belge de Produits de beauté, thans niet in zake, waarvan de zaakvoerster ook zaakvoerster is van de P.V.B.A. H.;

Dat de arbeidsovereenkomst van appellant met deze P.V.B.A. S.B.P.B. beëindigd werd in november 1982;

4. Nopens de toelaatbaarheid van de oorspronkelijke vordering

Overwegende dat appellant opwerpt dat de oorspronke-

lijke vordering bij gebrek aan belang niet toelaatbaar was omdat zij werd ingesteld op 25 januari 1983 en de nieuwe concessieovereenkomst slechts begon te lopen op 1 februari 1983;

Overwegende dat dit middel faalt zowel in feite als in rechte; dat de overeenkomst met appellant reeds liep vanaf 19 november 1982; dat de onrechtmatige praktijk waaraan een einde zou moeten worden gemaakt reeds een aanvang had genomen in 1982, toen de onderhandelingen tussen appellant en B. tot een goed einde waren gebracht; dat er voldoende belang was voor geïntimeerde om de vordering in te stellen;

Dat geïntimeerde er niet toe verplicht was te wachten tot op het ogenblik dat de schade door haar geleden reeds volledig was geactualiseerd alvorens te dagvaarden;

5. Ten gronde

Overwegende dat geïntimeerde beweert dat appellant zich schuldig maakte aan derde medeplichtigheid aan contractbreuk en in elk geval parasitair ageerde in het verkrijgen van zijn concessie;

Overwegende dat volgens appellant de feiten in de dagvaarding vermeld eventueel een inbreuk zouden zijn op de wetten op de arbeidsovereenkomsten waarvoor de rechter in staking niet bevoegd zou zijn;

Dat appellant beweert dat hij geen handelaar was op het ogenblik dat de litigieuze daden gesteld werden;

Dat hij daarenboven — vermoedelijk subsidiair — poneert dat B. geen contractbreuk pleegde, dat appellant in elk geval hiervan niet op de hoogte was en ten slotte dat hij over een volledige economische vrijheid beschikte contacten te leggen met wie hij wou;

Overwegende dat verboden is elke met de eerlijke handelsgebruiken strijdige daad waarbij een handelaar of ambachtsman de beroepsbelangen van één of meer handelaars of ambachtshuizen schaadt of tracht te schaden;

Overwegende dat appellant handelaar was in de zin van de wet van 14 juli 1971;

Dat hij vanaf 19 november in eigen naam een concessie exploiteerde van producten B.; dat hij in de periode, die hieraan voorafging, tijdens welke appellant de daden zou hebben gesteld die strijdig waren met de eerlijke handelsgebruiken, in eigen naam en voor eigen rekening de onderhandelingen voerde met betrekking tot zijn autonome handelsactiviteit en zich hiervoor ook verbond; dat het juist de daden zijn die hij stelde in zijn hoedanigheid van autonome handelaar die bezwaren uitlokken vanwege geïntimeerde, die geenszins de schending inroept van contractuele verplichtingen die appellant overigens te haren opzichte niet had;

Overwegende dat strijdig is met de eerlijke handelsgebruiken het desbewust medewerken aan een contractbreuk gepleegd door een handelaar ten einde voor zichzelf de voordelen uit deze contractbreuk te putten;

Overwegende dat tussen B. en geïntimeerde een geldige overeenkomst van concessie ontstond;

Dat een beginselakkoord gesloten werd tussen partijen dat ten behoeve van geïntimeerde een inspanningsverbintenis deed ontstaan bij B. (zie hierover L. Cornelis, «Het aanbod», *T.B.H.*, 1983, 15);

dat B. minstens ertoe verbonden was, na het akkoord

gesloten per briefwisseling tussen partijen in juli 1982, het nodige te doen opdat de definitieve overeenkomst zou worden gesloten;

Dat de enige onopgeloste vraag scheen te zijn die van de aanvangsdatum van de overeenkomst;

Overwegende dat B. eenzijdig is teruggekomen op haar akkoord;

Dat zij dit gedaan heeft om de concessie te kunnen geven aan appellant die — volgens onbetwiste gegevens door appellant zelf in zijn briefwisseling bevestigd — actief was opgetreden in de bemiddeling tussen B. en appellant;

Dat appellant aldus desbewust medewerkte aan de contractbreuk gepleegd door B.;

Overwegende dat de beëindiging van deze onrechtmatige praktijk moet worden bevolen;

Dat de beëindiging ervan inhoudt dat aan appellant verbod moet worden opgelegd op te treden als concessiehouder van de produkten van B.;

Overwegende diensgevolge dat het vonnis van de eerste rechter kan worden bevestigd;

(...)

NOOT—Zie Cass., 22 april 1983, *R.W.*, 1983-84, 427, met noot E. Dirix; R. Kruithof, «La théorie de la tierce complicité en droit privé. Plus de soixante-dix années d'incertitude juridique», *R.C.J.B.*, 1980, (97) 111-112, nr. 15; H. Swennen en R. Van den Bergh, *Wet Handelspraktijken. Overzicht van rechtspraak 1976-1982*, Antwerpen, 1983, 140, nrs. 150 e.v.

HOF VAN BEROEP TE GENT

7e KAMER — 25 JANUARI 1984

Voorzitter: de h. De Buck

Raadsheren: de hh. Devos en Lievens

Advocaten: mrs. Vercruyssen en Heymans

Vennootschap — Coöperatieve vennootschap — 1. Ontslag — Begrip — 2. Uitsluiting — Met verlies van tegoed — Geoorloofd.

1. De vennoot van een coöperatieve vennootschap die ontslag wil nemen, kan er niet mee volstaan zijn ontslag aan te bieden. Vereist is dat hij daartoe machtiging krijgt. Zolang die machtiging niet is gegeven en er geen akte van is genomen, blijft hij vennoot, niet alleen ten opzichte van derden, maar ook ten opzichte van de vennootschap. De ontstentenis van handtekening van de uittreedende vennoot op de titel en op het register is een ontstentenis van een substantiële formaliteit.

2. De statuten van een coöperatieve vennootschap kunnen rechtsgeldig bepalen dat een vennoot die uitgesloten wordt, zijn tegoeden in de vennootschap verliest. Art. 153 Vennootschapswet is, wat het recht op teruggave van het aandeel betreft, niet van openbare orde.

P.V.B.A. C. t/ Coöp. V. S.

Appellante heeft tijdig en in regelmatige vorm hoger be-

roep ingesteld tegen een vonnis dat op 27 februari 1979 is gewezen door de Rechtbank van Koophandel te Brugge, afdeling Oostende.

Dit vonnis heeft zowel de oorspronkelijke eis als de incidentele eis van de oorspronkelijke eiseres, thans appellante, afgewezen als ongegrond. De oorspronkelijke eis, ingeleid bij dagvaarding van 17 augustus 1977, strekte tot terugbetaling, na ontslag uit de coöperatieve vennootschap, van 348.200 frank (de waarde van de door omzetting van ristorante's gevormde maatschappelijke aandelen), vermeerderd met de vergoedende interest vanaf 1 maart 1976 (datum van de stopzetting van de exploitatie van het vissersvaartuig Z 418).

De bij conclusie — neergelegd op 7 september 1978 — door de oorspronkelijke eiseres ingestelde additionele eis — eerst ten onrechte beschouwd als een uitbreiding van eis (art. 807 Ger. W.) en nadien opgevat als een tussenvordering (art. 809 Ger. W.) — had tot voorwerp de nietigverklaring van de op 23 december 1977 door de raad van bestuur van geïntimeerde genomen beslissing tot uitsluiting als lid, met toepassing van art. 9 van de Statuten, van appellante.

Overzicht van de zaak en stelling van de partijen

Het betreft een vennootschapsrechtelijke betwisting, ontstaan in het kader van de werking van een samenwerkende vennootschap.

De eerste rechter heeft de feitelijke achtergrond goed geschetst; summier gezien komt het hierop neer: een vennoot, de rederij C., wenst ontslag te nemen uit de coöperatieve; bij brief van 16 februari 1976 wordt meegedeeld dat men stopt met de exploitatie van het schip en dat men de terugstorting vraagt van de waarde van de aandelen, zijnde 348.200 frank; verdere briefwisseling brengt geen baat; de zaak wordt ingeleid voor de rechtbank (dagvaarding van 17 augustus 1977); op 23 december 1977 beslist de raad van bestuur van geïntimeerde tot uitsluiting van de appellante als lid, wegens niet-uitvoering van het contract (miskennning van de bevoorradingsverplichting), zodat — luidens artikel 9 van de Statuten — het uitgesloten lid zijn recht op teruggave verliest, evenals zijn recht «op het geheel van zijn bezit in de maatschappij, dit bezit van rechtswege aan de vennootschap toekomend en zulks zonder vergoeding».

De eerste rechter was van oordeel dat het aangeboden ontslag niet rechtsgeldig was wegens ontstentenis van naleving van de vormvoorschriften bepaald bij art. 150 van de Vennootschapswet. Hij achtte tevens de uitsluiting in feite gegrond en in rechte niet in strijd met art. 153 van dezelfde wet.

De appellante voert aan dat het ontslag werd aanvaard aangezien het nooit werd geweigerd; dat geïntimeerde zich tevoren nooit had beklagd over het feit dat appellante vanaf het jaar 1973 geen stookolie meer aankocht bij geïntimeerde, en vooral dat de artikelen 9 en 10 van de Statuten in strijd zijn met de imperatieve tekst van het artikel 153 van de Vennootschapswet.

De geïntimeerde vordert de bevestiging van het vonnis a quo; daarbij bestrijdt zij, als ontoelaatbaar, drie zogenaamde nieuwe eisen van de appellante, welke «nieuwe eisen» echter in feite en in rechte nieuwe argumenten zijn, zoals hierna zal blijken.

Beoordeling in rechte

Twee punten staan centraal: het ontslag en de uitsluiting, beide te beoordelen in het licht van de artikelen 149

tot en met 153 van de Vennootschapswet.

1. Het ontslag

Krachtens artikel 149 Vennootschapswet staat vast dat de statuten van een coöperatieve vennootschap kunnen bepalen dat de vennoten geen ontslagrecht hebben. Alle auteurs (Fredericq, V, nr. 694; Van Ryn, II, nr. 1000; Resteau, nr. 188) zijn het erover eens dat de wet van 24 mei 1921 op de vrijheid van vereniging ter zake van handelsvennootschappen niet van toepassing is.

Een dergelijk verbod is in de statuten van geïntimeerde niet opgenomen. De vennoten hebben dus ontslagrecht, en de modaliteiten ervan worden — conform artikel 145, 2°, Vennootschapswet — statutair omschreven in artikel 10.

Dit artikel 10 bepaalt dat een lid slechts ontslag kan nemen na zes maanden aansluiting; de beslissing moet aan de raad van bestuur, minstens een maand vooraf, worden bekendgemaakt bij aangetekende brief. De raad van bestuur mag het ontslag weigeren indien het lid nog rekeningen te vereffenen heeft tegenover de maatschappij of indien het aan zijn verplichtingen in het algemeen niet voldaan heeft. Een ontslagnemend lid dat reder blijft, of exploitant van een of meer vissersvaartuigen — op individuele wijze of in welke maatschappelijke vorm ook — verliest al zijn rechten op het totaal van zijn maatschappelijk bezit.

De elementen van het dossier wijzen duidelijk uit dat de brief van 16 februari 1976 — gericht aan geïntimeerde — niet aangetekend werd verstuurd en niet uitdrukkelijk spreekt van een ontslag.

Bovendien geldt de bedenking dat — in strijd met artikel 150 Vennootschapswet — het ontslag niet werd genoteerd op de titel van de vennoot (het lidboekje nr. 272) en ook niet werd ingeschreven in het aandelenregister. Evenzeer staat vast dat de procedure van het artikel 151 Vennootschapswet (bij weigering van vaststelling van het ontslag wordt op de griffie van het vredegerecht een proces-verbaal daaromtrent opgesteld en toegestuurd aan de vennootschap) niet werd toegepast.

Daaruit blijkt onmiskenbaar dat het niet voldoende is zijn ontslag aan te bieden: de vennoot moet toelating krijgen ontslag te nemen (Fredericq, *Beginnelsen Belgisch Handelsrecht*, II, 1931, nr. 977, bladz. 577) en zolang die toelating niet is gegeven én geacteerd, blijft het lid vennoot niet enkel ten opzichte van derden maar ook ten opzichte van de coöperatieve vennootschap. De ontstentenis van handtekening van de uittreedende vennoot, op de titel en op het register, is een ontstentenis van een substantiële formaliteit (Fredericq, V, nr. 692, 2°, p. 976 en nr. 694, p. 979; Cass., 12 nov. 1903, geciteerd door Resteau, *Traité des sociétés coopératives*, 1936, nr. 199, p. 200). Alleen de door artikelen 150 en 151 Vennootschapswet bepaalde formaliteiten leveren een wettelijk bewijs van het ontslag van een vennoot (Van Ryn en Van Ommeslaghe, *R.C.J.B.*, 1981, nr. 3, p. 430). Wettelijk gezien was er dus in casu geen ontslag.

2. De uitsluiting

Artikel 9 van de statuten van geïntimeerde bepaalt onder meer dat ieder lid dat zich niet normaal bevoorraadt in alle waren en materialen bij de coöperatieve, door de raad van bestuur uitgesloten kan worden.

De tekst van de op 23 december 1977 door de raad van bestuur genomen beslissing tot uitsluiting van appellante laat er geen twijfel over bestaan dat voormelde rederij «sedert 21 november 1972 geen stookolie meer kocht bij

geïntimeerde en zich ook voor andere zaken elders bevoorraade»; deze motivering vindt men gevisualiseerd in een vergelijkende tabel. De rederij werd tijdig en aangetekend opgeroepen om gehoord te worden — waaraan zij geen gevolg gaf, tenzij schriftelijk, via haar raadsman, die het argument van het ontslag niet eens inriep...

Die beslissing (van vrijdag 23 december 1977) werd ook tijdig betekend bij aangetekende brief van 27 december 1977, zodat artikel 152 Vennootschapswet — juncto artikel 53 van het Gerechtelijk Wetboek — werd nageleefd.

Formeel gezien werd de uitsluitingsbeslissing volledig rechtsgeldig genomen.

Rijst dan de vraag of artikel 9 rechtsgeldig kan beslissen dat het uitgesloten lid zijn tegoeden in de vennootschap (de tekst spreekt van «zijn bezit in de maatschappij») verliest. Immers, artikel 153 Vennootschapswet bepaalt dat het uitgesloten lid weliswaar niet de vereffening van de vennootschap mag vorderen, maar dat hij gerechtigd is zijn aandeel te ontvangen, zoals het blijkt uit de balans van het maatschappelijk jaar waarin hij uitgesloten werd.

Is het artikel 153 van openbare orde? Dit is een strijd-vraag waaromtrent rechtsleer en rechtspraak verdeeld zijn (Fredericq, V, nr. 698, p. 983, is van oordeel dat de tekst van openbare orde is; anderen, zoals Van Ryn (II, nr. 1015) en 't Kint en Godin (*Les sociétés coopératives*, nrs. 401 en 402) ontkennen zulks).

Het hof is met de eerste rechter van oordeel dat artikel 153 wat het recht op teruggave van het aandeel betreft niet van openbare orde is. Immers, de modaliteiten van ontslag en uitsluiting worden principieel vrij bepaald door de statuten van de coöperatieve vennootschap en dus ook principieel vrij aanvaard; bovendien is artikel 1855 van het Burgerlijk Wetboek — «la clause léonine» — niet van toepassing (Cass., 17 december 1853, *Pas.*, 1854, I, 82) en ten slotte is een statutaire supprimeering van het recht op teruggave van het aandeel te begrijpen in het licht van de zeer bijzondere aard van de coöperatieve vennootschap waarvan de aandelen niet aan derden kunnen worden overgedragen (artikel 141, tweede lid, Vennootschapswet) wat de betrachting verklaart «het kapitaal in de schoot te houden».

Het hof beaamt aldus de zienswijze van de eerste rechter. (...)

ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN

4e KAMER — 12 JANUARI 1983

Voorzitter: de h. Naudts

Raadsheren in sociale zaken: de hh. Coen en Van De Vijver

Advocaat-generaal: de h. Smits

Advocaten: mrs. Van Rompaey en Van de Vijver

Sociale zekerheid werknemers — Binnenschippers — Commissie-concessieovereenkomst.

Binnenschippers die vervoer verrichten voor bevrachters met wie zij in eigen naam overeenkomsten sluiten, met een schip dat niet hun eigendom is maar waarvan zij de exploi-

tatiekosten dragen, zijn met de eigenaar, aan wie zij een deel van de vervoeropbrengst afstaan, verbonden door een commissie-concessieovereenkomst, en niet door een arbeidsovereenkomst.

P.V.B.A. R. t/ R.M.Z.

Uit stukken door de partijen ingediend blijkt:

- 1) Appellant is eigenaar van binnenschepen bemand door binnenschippers.
- 2) Appellant sluit met deze binnenschippers een overeenkomst af waarin de volgende clausules voorkomen:
 - a. het bemanningslid verklaart het bedoelde schip te exploiteren in hoedanigheid van «zelfstandige waardoor de eigenaar ontslagen is van sociale zekerheid»;
 - b. de vervoeropbrengst min de exploitatiekosten worden verdeeld a rato van 65 t.h. voor de eigenaar en 45 t.h. voor de schipper;
 - c. tot de exploitatiekosten behoren: de bevrachtingscommissie, de havenrechten, de brandstof, telefoon, sluisrechten, de verzekering van schip en goederen, de onderhoudskosten van het schip (schilderen, olie), bijhouden van inventaris.
- 3) Er zijn schippers die in de loop van de overeenkomst het schip kopen, aldus schipper B. die op 2 januari 1977 het schip Croco aankocht.
- 4) De schippers sluiten aan bij een kas voor zelfstandigen.
- 5) De kosten van herstellingen aan het schip worden door de scheepswerf gefactureerd aan de schipper die ze betaalt;
- 6) Vervoerprijzen en bevrachtingscommissies worden gefactureerd aan de schipper door de bevrachter.
- 7) Vet, olie en havenkosten worden op naam van de schipper gefactureerd (dienden door hem te worden betaald);
- 8) Blijkens een vonnis van 26 november 1976 werd appellant veroordeeld een schadevergoeding te betalen aan P. als vervangende schadevergoeding voor niet afgeleverde bijdragebons (Z.I.V.).
- 9) F. stelde factuur op voor het vervoer dat hij deed en alle benodigdheden werden hem gefactureerd.
- 10) Er zijn twee verschillende exemplaren van de overeenkomst van 20 januari 1976; enkel het laatste is ondertekend door de schipper D.; het bepaalt:
 - partij anderzijds (D.) handelt als zelfstandig schipper;
 - hij zal varen met behulp van een matroos die te zijnen laste zal zijn; artikel 5 schrijft voor dat de bevrachting zal gebeuren door de firma M. uit Hamburg en door appellant of de schipper in België;
 - de schipper is verantwoordelijk voor de vervoerde goederen.
- 11) Verklaring D. aan de inspecteur: «Hij voer op de lijn Antwerpen-Hamburg en de vracht werd gecontracteerd door de firma R. en ik had daar niet in tussen te komen»;
- 12) Verklaringen van andere schippers: in stukken ingediend in een analoge zaak is gesteld dat schippers die ondervraagd werden door de heer J.S., stelden dat ze als zelfstandig schipper hadden gewerkt.
- 13) Bij arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen van 5 december 1979 werd de heer J. veroordeeld wegens ver-

hinder van toezicht van de sociale wetten en verzuim van afleveren van Z.I.V.-bescheiden aan schipper P. (...)

De commissieovereenkomst als rechtsfiguur

De commissieovereenkomst is een overeenkomst tussen de commissionair en de committent waarbij de eerste handelt in eigen naam voor rekening van een committent.

De concessionaris is een commissionair; hij handelt ook in eigen naam voor rekening van de committent,

a) De commissionair is een handelaar die zelfstandige daden van koophandel stelt. Elke commissiehandelsverrichting is een objectieve daad van koophandel (art. 2 wet van 3 juli 1956). Deze daden worden niet verricht in een toestand van ondergeschiktheid (zie Fredericq, Handboek Belg. Handelsrecht, I, 1380).

Als handelaar heeft de commissionair de verplichtingen van deze groep: handelsregister, houden van boeken, aansluiting bij het R.S.V.Z. en bij de kassen voor zelfstandigen, B.T.W. enz.

b) De commissionair handelt in eigen naam. Hij is persoonlijk schuldenaar van degene met wie hij een overeenkomst sluit, maar hij handelt voor rekening van de committent, overeenkomstig de commissieovereenkomst die orders kan bevatten omtrent de door de commissionair uit te voeren verrichtingen.

Die voorschriften kunnen betrekking hebben op de voorwaarden van de overeenkomst: de prijs, de wijze van uitvoering... De notie «voor rekening van de committent handelen» impliceert een verbintenisrechtelijke verhouding tussen de committent en de commissionair. De commissionair is gehouden rekenschap te geven van zijn verrichtingen overeenkomstig het adagium «qui passe commission perdit».

Deze specifiek verbintenisrechtelijke verhoudingen leiden tot een onderscheid tussen enerzijds het mandaat en de concessie. De lasthebber handelt niet in eigen naam en de concessiehouder verricht slechts een deel van de rechtshandelingen die betrekking hebben op de concessie, voor rekening van de concessiegever. Hij is een *partim*-commissionair: in het kader van de concessie kunnen de verbintenisrechtelijke verhoudingen van concessiehouder en concessiegever dezelfde zijn als die van een commissionair; zoals in een commissieovereenkomst kan de concessiegever, binnen het kader van het handelen voor zijn rekening, voorwaarden voor dit handelen stellen; de onderrichtingen daaromtrent kunnen niet worden gelijkgesteld met bevelen van een werkgever.

Analoog kan men bij een contract van vrije handelsvertegenwoordiging het bevel van de opdrachtgever model X te verkopen niet gelijkstellen met een bevel van een werkgever (Cassatie oordeelde aldus o.m. in het arrest van 4 december 1974, *T.S.R.*, 1975, 155).

Onderrichtingen en algemene aanduidingen kaderen in andere rechtsfiguren als die van de arbeidsovereenkomst (zie Cass., 17 maart 1966, *R.W.*, 1967-68, 138), zeker in dat van de commissieovereenkomst waarin de termen «voor rekening van de committent» verplichtingen kunnen inhouden.

Toepassing in casu

Overwegende dat, gelet op het feitenrelaas, tussen appellant en de schippers overeenkomsten werden gesloten die

ten dele een commissieovereenkomst en ten dele een concessieovereenkomst uitmaken;

Feitelijke gegevens ten deze:

— De schippers handelen in vele opzichten in eigen naam als handelaars die zelfstandig daden van koophandel stellen: aldus hun overeenkomsten met de bevrachters die krachtens art. 2 van boek I, titel I, Wetboek van Koophandel als daden van koophandel worden bestempeld. Hierbij sluit aan dat ze een inschrijving nemen in het handelsregister, een B.T.W.-nummer nemen, en aansluiten bij een Kas voor Zelfstandigen. Uiteraard nemen ze in de exploitatieovereenkomsten die ze sluiten met appellant de hoedanigheid aan van zelfstandige en ontslaan ze de eigenaar van betaling van sociale-zekerheidsbijdragen.

— De schippers zijn verantwoordelijk voor de vervoerde goederen wat het gevolg is van hun optreden in eigen naam; ze moeten zelf instaan voor de door hen gesloten contracten met leveranciers van benodigdheden. De schippers handelen anderdeels ook voor rekening van de committent-concessiegever: ze moeten het schip in goede staat behouden, moeten met het oog op de bepaling van de commissie, de rekeningen voorleggen, ze moeten een bepaalde activiteit uitvoeren.

Overwegende dat de verplichtingen die geïntimeerde aanwijst om tot een arbeidsovereenkomst te besluiten ook tot het wezen van een commissie-concessieovereenkomst behoren;

Overwegende dat de feitelijke gegevens aanwezig zijn om te besluiten tot een dergelijke commissie-concessieovereenkomst; dat de benaming die de schippers en de rederij aan de door hen afgesloten overeenkomst hebben gegeven, overeenstemt met de reële juridische verhoudingen die deze overeenkomst beoogde.

Betekenis en gevolgen van de tussen de contracterende partijen bedongen overeenkomst

Overwegende dat het de rechter slechts toegelaten is de door de contracterende partijen beoogde overeenkomst ten aanzien van een eventuele belanghebbende derde als in casu de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid te wijzigen wanneer zou blijken dat de benaming van de overeenkomst een bedrieglijke bewimpeling zou betekenen van de reële juridische verhoudingen;

Overwegende dat uit het overzicht van de feitelijke gegevens niet kan worden besloten tot een dergelijke bewimpeling; dat de gegevens waarop geïntimeerde zich te dien einde beroept, niet pertinent zijn; dat de aanwezige elementen veeleer laten besluiten tot een commissie-concessieovereenkomst;

Overwegende dat de wet van 1 april 1936 op de arbeidsovereenkomsten wegens diensten op binnenschepen slechts toepassing vindt op arbeidsovereenkomsten wegens diensten op een Belgisch binnenschip, en nu in casu geen arbeidsovereenkomst bestond, deze wet niet van toepassing is;

(...)

CORRECTIONELE RECHTBANK TE VEURNE

4e KAMER — 3 JUNI 1983

Voorzitter: de h. Deschepper

Openbaar ministerie: de h. Verhamme

Advocaat: mr. Vandenbussche

1. Werkloosheid — Uitkering — Activiteiten zonder loon voor derden — Voorafgaande aangifte — Hobby en nuttige vrijetijdsbesteding — 2. Misdrif — Onoverwinnelijke dwaling — Verkeerd advies van vakbond.

1. Onder «activiteiten zonder loon, verricht voor rekening van een derde», die om als zodanig beschouwd te worden door de werkloze vooraf moeten worden aangegeven bij het gewestelijk bureau van de R.V.A., dient geenszins begrepen te worden de onbezoldigde, deeltijdse activiteit, die de werkloze louter als hobby en als nuttige vrijetijdsbesteding beoefent, in casu het medewerken aan en presenteren van programma's in het kader van een vrije radio.

2. Een werkloze werknemer maakt zich niet schuldig aan het bedrieglijk en op onrechtmatige wijze laten afstempelen van zijn controlekaart, wanneer zijn vakbond, op zijn verzoek om advies, hem had laten weten dat de activiteiten die hij deeltijds en onbezoldigd uitoefende niet dienden te worden aangegeven omdat deze activiteiten louter als hobby beoefend werden. De beklaagde is in een dergelijk geval immers volledig te goeder trouw en enkel misleid door het advies dat hij kreeg van zijn vakbond.

D.

Telastlegging: met overtreding van de artikelen 261, 5°, en 263 van het koninklijk besluit van 20 december 1963 betreffende de arbeidsvoorziening en werkloosheid, laatst gewijzigd bij het koninklijk besluit van 27 december 1977, als werknemer bedrieglijk en op onrechtmatige wijze zijn controlekaart te hebben laten afstempelen, althans als werknemer bedoeld in artikel 195, derde lid, van het koninklijk besluit van 20 december 1963, als gewijzigd door het koninklijk besluit van 5 oktober 1979, die geacht wordt bedrieglijk en op onrechtmatige wijze zijn controlekaart te hebben laten afstempelen, namelijk op de dagen van volledige werkloosheid, zijnde sedert 16 februari 1982, arbeid te hebben verricht, die een inkomen oplevert, zonder, alvorens met de uitvoering van die arbeid te beginnen, het op de controlekaart gewerkte vakje te hebben vernietigd.

Blijkens de beslissing van 12 november 1982 van de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening te Oostende — waartegen beklaagde tijdig en op 17 november 1982 een bezwaarschrift heeft ingediend en waaromtrent nog geen vonnis verleend werd door de Arbeidsrechtbank te Veurne — volgt beklaagde sinds 16 februari 1982 regelmatig de stempeelcontrole en geniet hij als volledig werkloze vanaf dezelfde datum werkloosheidsuitkeringen.

Uit het onderzoek, dat op 19 oktober 1982 uitgevoerd werd door de heer C. van de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening, alsmede uit de door beklaagde afgelegde verklaringen en uit de door deze laatste neergelegde stukken blijkt onder meer:

— dat beklaagde oprichter en voorzitter is van de

V.Z.W. F., die blijkens art. 3 van haar statuten als hoofddoel heeft het animeren van buurtwerking en het geven van lokale informatie, het tot stand brengen van een participatie tussen radio en actieve luisteraars en luisteraars onderling, en die ten behoeve van deze doelstelling een vrije radio heeft opgericht die de bedoeling heeft onder meer lokale informatie te bezorgen voor het stimuleren van plaatselijke initiatieven door het geven van kansen tot communicatie en op die wijze bij te dragen tot de sociale en culturele ontwikkeling van de leefgemeenschap binnen een beperkt geografisch gebied.

— dat de taak van beklaagde in deze V.Z.W. bestaat uit: organisatie van de radio, aanvaarden van disc-jockey's, leiden van programma's in samenwerking met het bestuur en het organiseren van drive-in-shows en hij beoefent deze activiteit enkel als hobby.

— in het kader van deze activiteiten presenteert beklaagde iedere dag drie programma's: van 7 tot 8 uur 's morgens, van 18 uur tot 19 uur en van 22 tot 23 uur, waarvoor hij geen enkele vergoeding of bezoldiging ontvangt.

— ook voor de drive-in-shows werd tot 19 oktober 1982 geen enkele vergoeding gevraagd.

— V.Z.W. Radio F. startte haar activiteit op 16 februari 1982.

— volgens de zorgvuldig bijgehouden boekhouding bestonden de inkomsten van de V.Z.W. tot en met oktober 1982 enkel uit de verkoop van steun- en lidkaarten, de betaling van enkele verzoekplaatjes en de opbrengst van de bal kaarten, en van barbecues doch na aftrek van alle uitgaven en onkosten was er op het einde van oktober 1982 een negatief saldo van 18.276 fr.

Daartengenover stelt de arbeidsauditeur:

— Art. 1 van het koninklijk besluit van 5 oktober 1979 tot wijziging van het koninklijk besluit van 20 december 1963 betreffende de arbeidsvoorziening en werkloosheid bepaalt: «Aan art. 126 van het koninklijk besluit van 20 december 1963 betreffende de arbeidsvoorziening en de werkloosheid, gewijzigd bij het koninklijk besluit van 22 juli 1975, wordt een vierde lid toegevoegd, luidend als volgt: De activiteiten zonder loon, verricht voor rekening van een derde, moeten om als zodanig beschouwd te worden, het voorwerp zijn geweest van een voorafgaande aangifte bij het gewestelijk bureau. De minister stelt de modaliteiten van deze aangifte vast».

— Art. 17bis van het ministerieel besluit van 4 juni 1964, ingevoerd bij art. 2 van het ministerieel besluit van 5 oktober 1979 ter uitvoering van het voormeld koninklijk besluit van 10 oktober 1979, bepaalt dat de voorafgaande aangifte, bedoeld in art. 126, vierde lid, van het koninklijk besluit van 20 december 1963, schriftelijk moet worden gedaan en de identiteit van partijen, de duur, de frequentie en de plaats van het werk moet vermelden; bovendien moet deze voorafgaande aangifte door de partijen worden ondertekend.

Ter zake dient echter vastgesteld te worden dat het geenszins in de bedoeling van de wetgever ter zake kan hebben gelegen in de activiteiten zonder loon, verricht voor rekening van een derde, in te sluiten elke onbezoldigde deeltijdse activiteit, die de volledig werkloze louter als een hobby en als een nuttige vrijetijdsbesteding beoefent.

Indien dit wel het geval geweest zou zijn — quod non — dan zou een volledig werkloze evenmin enige onbezoldigde

sportactiviteit (zoals voetbal, tennis enz.) in het kader van een bestaande sportclub of enige onbezoldigde culturele activiteit in het kader van een culturele vereniging mogen uitoefenen, zonder hiervan vooraf aangifte te doen bij het gewestelijk bureau voor Arbeidsvoorziening en zou deze volledig werkloze gedoemd zijn tot het zalig niets doen en het zich volledig nutteloos voelen.

Dergelijke activiteiten zijn voor een volledig werkloze, die getroffen wordt door de huidige economische crisis, integendeel lovens- en aanbevelenswaardig.

Bovendien blijkt uit de verklaring, die beklaagde voor het gewestelijk bureau van de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening te Oostende aflegde op 9 november 1982, dat beklaagde in de loop van februari 1982 aan het A.C.W. te Diksmuide gevraagd heeft of hij aangifte moest doen van deze activiteiten en dat men hem geantwoord heeft dat zulks overbodig was aangezien deze activiteiten louter als hobby beoefend werden; dit feit wordt niet betwist door de arbeidsauditeur.

In de gegeven omstandigheden dient minstens aangenomen te worden dat beklaagde volledig te goeder trouw was en misleid werd door het advies dat hij kreeg vanwege zijn vakbond.

In concreto beschouwd valt beklaagde niet onder de toepassing van de artikelen 261, 5°, en 263 van het koninklijk besluit van 20 december 1963 en evenmin van art. 195, derde lid, van het koninklijk besluit van 20 december 1963, als gewijzigd door het koninklijk besluit van 5 oktober 1979, zodat hij dient te worden vrijgesproken.

(...)

NOOT—*Verkeerd advies als grond voor onoverwinnelijke dwaling*

1. Sinds het einde van de tweede wereldoorlog aanvaardt de Belgische rechtspraak algemeen de onoverwinnelijke rechtsdwaling als uitzondering op de traditionele regel dat de verdachte geen rechtvaardiging kan putten uit enige onwetendheid of dwaling omtrent het recht (Cass., 15 januari 1946, *Pas.*, 1946, I, 25).

Het adagium «Nemo ius ignorare censetur» vindt geen toepassing wanneer de onwetendheid van de verdachte voortkomt uit een aan hem niet toe te rekenen vreemde oorzaak, die bovendien van die aard is dat elk vooruitziend, omzichtig en redelijk mens onder dezelfde omstandigheden in dezelfde dwaling zou hebben verkeerd (Cass., 7 december 1977, *R.D.P.*, 1978, 340; Cass., 10 mei 1978, *R.D.P.*, 1978, 789; *Mil. Ger.*, 16 juni 1983, niet gepubliceerd; *Corr. Gent*, 6 juni 1967, *R.W.*, 1968-69, 947; *Corr. Namen*, 20 mei 1981, *Rev. Rég. Dr.*, 1981, 19; J. Constant, *Traité élémentaire de droit pénal*, I, nr. 498; L. Dupont, *Beginnelen van strafrecht*, I, p. 208, nrs. 524-526; C.J. Vanhoudt en W. Calewaert, *Belgisch Strafrecht*, 2e ed., II, p. 404, nrs. 812 e.v.; noot R.S. sub Cass., 29 november 1976, *R.D.P.*, 1976-77, 528).

2. De onoverwinnelijke dwaling kan zelfs bij niet-opzettelijke misdrijven door de verdachte worden ingeroepen (Cass., 27 januari 1969, *Pas.*, 1969, I, 483).

3. Vereist is wel dat de rechtsdwaling onoverwinnelijk is bij de beklaagde. De goede trouw van de verdachte is noodzakelijk (Brussel, 22 mei 1956, *J.T.*, 1956, 492 en 497, noot), maar niet voldoende (constante rechtspraak: Cass.,

22 oktober 1956, *Pas.*, 1957, I, 168; Cass., 29 januari 1962, *Pas.*, 1962, I, 627; Cass., 21 december 1964, *Pas.*, 1964, I, 407; Cass., 26 september 1966, *R.D.P.*, 1966-67, 301, concl. O.M.; Cass., 27 januari 1969, *Pas.*, 1969, I, 483; Cass., 12 mei 1969, *Pas.*, 1969, I, 834; Cass., 17 juni 1974, *R.W.*, 1974-75, 604; G. Schuind en A. Vandeplas, *Traité pratique de droit criminel*, I, 4e ed., p. 168A).

4. De feitenrechter oordeelt op onaantastbare wijze over het bestaan van de door de verdachte ingeroepen feitelijke omstandigheden die voor hem een onoverwinnelijke dwaling zouden hebben doen ontstaan (Cass., 10 juli 1946, *Pas.*, 1946, I, 293; Cass., 17 maart 1969, *Pas.*, 1969, I, 629; Cass., 11 januari 1977, *Pas.*, 1977, I, 517). Het Hof van Cassatie gaat evenwel na of de rechter uit de aangenomen feiten al dan niet op wettige wijze een onoverwinnelijke dwaling heeft kunnen afleiden (Cass., 29 november 1976, *R.D.P.*, 1976-77, 527, noot R.S.; Cass., 17 mei 1978, *Pas.*, 1978, I, 1056).

5. De onoverwinnelijke rechtsdwaling kan het gevolg zijn van een verkeerd advies aan de verdachte omtrent zijn werkelijke verplichtingen.

Het loutere mis ingelicht zijn, zelfs door een bevoegd persoon, volstaat echter niet om de onoverwinnelijke dwaling aan te tonen (Cass., 29 november 1976, *R.D.P.*, 1976-77, 527, noot R.S.; G. Schuind en A. Vandeplas, *o.c.*, p. 169). Vereist is dat de gedaagde alle mogelijke inspanningen heeft gedaan om de zin en de juiste draagwijdte van de wet te kennen (Mil. Ger., 24 mei 1950, *Pas.*, 1951, II, 39).

6. Algemeen wordt aangenomen dat de dwaling van de verdachte onoverwinnelijk is wanneer ze voortspuit uit een door de administratieve overheid zelf afgeleverde onwettige vergunning of verkeerd advies (C.J. Vanhoudt en W. Calewaert, *o.c.*, nr. 813; J. Constant, *o.c.*, nr. 500).

Men kan de gewone burger niet verwijten die interpretatie van een wetbepaling te volgen, die de officiële overheid, wier taak het is voor de naleving van de wet te waken, zelf eraan gegeven hebben (Cass., 15 januari 1946, *Pas.*, 1946, I, 25; Pau, 18 november 1953, *Dall.*, 1954, 229, noot F.G.; P.E. Trousse, «Droit pénal. Mise à jour du premier volume», nr. 2577 in *Novelles, Droit pénal*, I, 2).

7. Het officieel advies, mededeling of vergunning kan uitgaan zowel van een lagere als van een hogere overheid, zoals van de minister zelf, zijn kabinet of administratie (Bergen, 21 januari 1955, *J.T.*, 1956, 214; Krijgsr. te velde A, 6 oktober 1961, *R.D.P.*, 1961-62, 533); van de bestendige deputatie (Corr. Tongeren, 31 mei 1961, *Jur. Liège*, 1961-62, 76); van de gemeente (Brussel, 12 januari 1957, *J.T.*, 1957, 185; Brussel, 9 mei 1963, *J.T.*, 1963, 150); van de douanedienssten (Cass., 17 januari 1949, *Pas.*, 1949, I, 32).

Het is daarbij onbelangrijk op welke materie het advies betrekking heeft: inzake waterwegen (Corr. Tongeren, 31 mei 1961, *Jur. Liège*, 1961-62, 76); militie (Krijgsr. te velde A, 6 oktober 1961, *R.D.P.*, 1961-62, 533); gezondheidsinspectie (Bergen, 21 januari 1955, *J.T.*, 1956, 214); rivier-visserij (cf. Corr. Gent, 6 juni 1967, *R.W.*, 1968-69, 947 — jarenlang gedogen op basis van verkeerde wetsinterpretatie door administratie); ook bij fiscale misdrijven (Cass., 17 januari 1949, *Pas.*, 1949, I, 32; Cass., 19 december 1949, *Pas.*, 1950, I, 263; J. Constant, *o.c.*, nr. 503), zelfs al was de overheid in kwestie ter zake niet bevoegd: gemeente verleent toestemming om vakantiewoningen te bouwen (Brus-

sel, 9 mei 1963, *J.T.*, 1963, 150); gemeente belooft immuniteit voor exploitatie van casino (Brussel, 12 januari 1957, *J.T.*, 1957, 185).

8. Onder bepaalde omstandigheden zal zelfs het verkeerd advies van buitenlandse autoriteiten een onoverwinnelijke dwaling opleveren (cf. Corr. Aarlen, 23 oktober 1974, *Jur. Liège*, 1974-75, 203).

9. De verdachte kan echter geen onoverwinnelijke dwaling meer invoeren vanaf het ogenblik dat de bevoegde administratieve overheid hem meedeelt dat het vroeger ingenomen standpunt onjuist is en de gevoerde praktijk wel degelijk strijdig is met de wet (Cass., 19 november 1973, *Pas.*, 1974, I, 303).

Evenmin kan de verdachte nog steunen op een tijdelijke administratieve toelating, wanneer de geldingstermijn ervan verstreken is (Cass., 2 december 1974, *Pas.*, 1975, I, 356).

10. Verder vormt het feit dat zowel leden van de wetgevende als van de uitvoerende macht, waaronder de minister van P.T.T. zelf, de opportuniteit van strafrechtelijke vervolgingen inzake «vrije radio's» herhaaldelijk in twijfel hebben getrokken, geen onoverwinnelijke dwaling voor de beklaagde (Corr. Charleroi, 18 november 1980, *J.T.*, 1981, 260, noot J. Falys).

11. Te vermelden is nog dat een verkeerd advies van de administratie ook in Frankrijk als een rechtvaardigingsgrond werd gezien, hoewel het Hof van Cassatie aldaar de onoverwinnelijke rechtsdwaling nog steeds niet aanvaardt (Cass. fr., 26 januari 1956, *Bull. Crim.*, 1956, nr. 107; Cass. fr., 9 oktober 1958, *Gaz. Pal.*, 1958, II, 319; J. Constant, *o.c.*, nr. 500; A. Françon, «L'erreur en droit pénal», in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, p. 250, nrs. 19 e.v.; noot R.S. sub Cass., 29 november 1976, *R.D.P.*, 1976-77, 527. De onoverwinnelijke dwaling is wel wettelijk geregeld in art. 33 van het ontwerp van nieuw strafwetboek van juni 1983).

12. Onoverwinnelijke rechtsdwaling kan ook volgen uit verkeerd advies, opdracht of toelating van particuliere personen of instellingen.

Vereist is dan wel dat elk vooruitziend en redelijk mens in dezelfde omstandigheden van mening zou zijn dat deze personen of instellingen hier bevoegd zijn en hun advies, opdracht of toelating moet worden geacht een juiste weergave te zijn van de ter zake geldende wettelijke verplichtingen.

13. Aldus werd aanvaard dat de verdachte zich in onoverwinnelijke rechtsdwaling bevond, wanneer:

— een chauffeur goederen vervoert zonder alle nodige documenten, maar zijn *werkgever* hem vooraf had gezegd dat de meegegeven documenten voldoende waren (Cass., 19 december 1949, *Pas.*, 1950, I, 263);

— een invoerder van produkten zich door een *deskundige* zou laten voorlichten omtrent het feit of een erts al dan niet onder de wetgeving op de radioactieve stoffen valt (impliciet in Corr. Gent, 13 november 1969, *R.W.*, 1969-70, 762);

— een persoon, vervolgd wegens onwettige uitoefening van de geneeskunde o.a. van de *deken van de orde van oogartsen* de verzekering had gekregen dat zijn activiteiten niet in strijd waren met de wet (Pau, 18 november 1953, *Dall.*, 1954, 229, noot F.G.);

— de invoerder van goederen zijn invoerverklaring deed

opstellen door twee *experts* ter zake (Cass., 27 januari 1969, *Pas.*, 1969, I, 483; gelijkaardig Cass., 10 juli 1946, *Pas.*, 1946, I, 293);

— een persoon zijn voertuig bestuurt ondanks een hem betekende vervallenverklaring van het recht tot sturen, maar er een verzoek tot gratie werd ingediend en zijn *raadsman* hem formeel bevestigde dat hij mocht rijden in afwachting dat over het gratieverzoek zou worden beslist (Pol. Lens, 12 februari 1980, *Pas.*, 1980, III, 22).

14. In de onderhavige beslissing neemt de strafrechter aan dat ook een verkeerd advies van een *vakbond* inzake werkloosheidsreglementering voor de werkloze arbeider een onoverwinnelijke dwaling kan vormen.

Men kan de vraag stellen of de werkloze er niet beter aan had gedaan zich rechtstreeks tot het R.V.A. te richten met zijn vraag om advies. Kan onoverwinnelijke dwaling wel worden aangenomen wanneer de verdachte zich tot een particuliere instelling wendt, terwijl een algemeen bekende officiële dienst ter zake werkzaam is, die even toegankelijk is?

15. Wat het eerste deel van de beslissing betreft, blijkt dat de sociale gerechten de aangifteplicht, opgelegd door art. 126 van het K.B. van 20 december 1963, als gewijzigd door art. 1 van het K.B. van 5 oktober 1979, streng interpreteren en alleen dat onbezoldigd werk voor derden ervan uitsluiten, dat van gering belang is en slechts een louter toevallig en incidenteel karakter heeft (zie J. Kiekens, «Arbeidsverbod en werkloosheidsuitkeringen», *R.W.*, 1982-83, 1957-58, en vooral 1961; zie ook art. 128 van het K.B. van 20 december 1963).

Een werkloze vrouw die bijkomstige huishoudelijke hulp verleent aan haar tante, die pas weduwe geworden is en onder doktersbehandeling staat, dient aldus niet vooraf aangifte te doen van deze bedrijvigheid (Arbh. Bergen, 7 mei 1982, *J.T.T.*, 1982, 242). Dit is echter wel het geval wanneer men een derde helpt bij de bouw of de restauratie van een woning of gebouw (Arbh. Bergen, 1 april 1981, *J.T.T.*, 1982, 140).

Aangezien het hier in casu ging om een tijdens een langdurige periode dagelijks uitgeoefende activiteit, heeft de strafrechter zich ten deze vrij liberaal opgesteld.

Patrick Arnou

CORRECTIONELE RECHTBANK TE DENDERMONDE

6e KAMER — 28 NOVEMBER 1983

Voorzitter: de h. Hoorens

Rechters: mevr. Sabbe en de h. Quintelier

Openbaar ministerie: mevr. De Wael

Advocaten: mrs. De Pauw en Van Weyenberg

Strafvordering — Rechtsbijstand.

De vordering tot rechtsbijstand ingesteld door een beklaagde voor een strafgebrek is niet ontvankelijk daar de artt. 664 tot en met 699 Ger. W. alleen gelden voor privaatrechtelijke processen en voor de strafgebreken derhalve alleen toepassing vinden voor de burgerlijke vorderingen.

V.

Gezien het verzoekschrift tot het verkrijgen van de rechtsbijstand ingediend namens V. (...);

Overwegende dat de vordering zoals voorgebracht bij de zesde kamer van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Dendermonde zitting houdend in strafzaken, rechtdoende in raadkamer, onontvankelijk is.

Artikel 2 van het Gerechtelijk Wetboek luidt: «De in dit wetboek gestelde regels zijn van toepassing op alle rechtspelingen, behoudens wanneer deze geregeld worden door niet uitdrukkelijk opgeheven wetsbepalingen of door rechtsbeginselen, waarvan de toepassing niet verenigbaar is met de toepassing van de bepalingen van dit wetboek.»

De artikelen 664 tot en met 699 van het Gerechtelijk Wetboek, welke handelen over de rechtsbijstand, zijn geschreven voor privaatrechtelijke processen en kunnen derhalve voor de strafrechtbank enkel toepassing vinden voor de burgerlijke vorderingen (cf. R. Declercq, «Raakvlakken gerechtelijk privaatrecht-strafprocesrecht», *T.P.R.*, 1980, 42, nr. 9; A. Kohl, «Le code judiciaire, droit commun de la procédure», *Ann. de la Faculté de droit de Liège*, 1975, 438-441);

Om die redenen,

Wijst het verzoek af als onontvankelijk.

NOOT—De rechtsbijstand in strafzaken

1. Een minvermogene beklaagde die rechtsbijstand wenst te verkrijgen, dient zich te richten tot het bureau voor consultatie en bijstand ingericht door de Raad van de Orde van Advocaten overeenkomstig artikel 455, § 1, Ger. W.

Is de zaak in onderzoek, dan kan hij zijn verzoek vanaf het eerste verhoor richten tot de onderzoeksrechter, en is de zaak reeds aanhangig bij de correctionele rechtbank, dan zal hij zijn verzoekschrift ten minste drie dagen voor de dag van de terechtzitting tot de voorzitter richten en dan zal de onderzoeksrechter, respectievelijk de voorzitter, overeenkomstig artikel 184bis Sv. het verzoekschrift zenden aan de gemachtigde van het bureau voor consultatie en bijstand ten einde een verdediger te doen aanwijzen.

2. Sedert het Gerechtelijk Wetboek de artikelen 6 en 14 van de wet van 30 juli 1889 heeft opgeheven, bestaat er, behoudens de in de wet bepaalde uitzonderingen, geen enkele wettelijke bepaling meer die de voorzitter van de correctionele rechtbank of de onderzoeksgerechten oplegt of toestaat de beklaagde hetzij van ambtswege hetzij op zijn verzoek een raadsman voor zijn verdediging toe te voegen (cf. Cass., 25 september 1979, *R.W.*, 1979-80, 2044; A. Kohl, «Le Code judiciaire, droit commun de la procédure», *Ann.fac.dr. Liège*, 1975, 440).

3. In beginsel kan de beklaagde zich niet beroepen op de artikelen 664 tot 699 Ger. W. om van de strafgebreken rechtsbijstand te krijgen (R. Declercq, «Raakvlakken gerechtelijk privaatrecht-strafprocesrecht», *T.P.R.*, 1980, 42; A. Kohl, o.c., 441).

Alleen de burgerlijke partij en de burgerrechtelijk aan-

ARBEIDSRECHTBANK TE VEURNE

2e KAMER — 5 MAART 1984

Voorzitter: de h. Lecleir

Rechter: de h. Peene

Rechter in sociale zaken: de h. Van Gelderen

Advocaten: mrs. De Ponthière en George

Wetten en besluiten — Voorrechten — Art. 19, 4^oter, tweede lid, Hypotheekwet — Bijdragen opeisbaar vóór de inwerkingtreding van de wettelijke bepaling — Niet bevoorrecht.

De wet van 19 mei 1982 (Belgisch Staatsblad, 5 november 1982) heeft een algemeen voorrecht ingevoerd voor de bijdragen die krachtens het K.B. nr. 38 van 27 juli 1967 verschuldigd zijn aan de sociale verzekeringsfondsen voor zelfstandigen en aan de Nationale Hulpkas voor de Sociale Verzekeringen der Zelfstandigen (art. 19, 4^oter, Hypotheekwet). Dit voorrecht geldt voor drie jaar, te rekenen vanaf de dag waarop de bijdragen opeisbaar zijn.

Die bepaling kan niet worden toegepast op de bijdragen die weliswaar binnen de termijn van drie jaar vóór de faillietverklaring van de schuldenaar, maar vóór de inwerkingtreding van de wet opeisbaar zijn geworden.

V.Z.W. Zelfstandige Arbeiders van België t/ Faillissement O.

Gezien het proces-verbaal van vrijwillige verschijning van 16 januari 1984 waarbij eiseres de opname vordert van sociale bijdragen voor een bedrag van 215.074 frank in het bevoorrecht passief en van 39.526 frank in het gewoon passief van het faillissement van Georges O.;

Gelet op het schriftelijk advies van het openbaar ministerie, voorgedragen door de heer M. Dobbelaere, arbeidsauditeur, ter openbare terechtzitting van 6 februari 1984;

1. De vordering heeft tot onderwerp bijdragen, verhogingen en kosten die in het kader van het sociaal statuut der zelfstandigen worden geëist voor de jaren 1981, 1982 en het eerste en tweede kwartaal 1983;

Eiseres roept het bevoorrecht karakter in voor de volgende bedragen:

- voor de bijdragen over de jaren 1981 en 1982	154.800
- voor de bijdragen voor het eerste en tweede kwartaal 1983	50.290
- voor tijdelijke speciale bijdrage over de periode van 1 juli 1982 tot 31 dec. 1982	4.992
- voor tijdelijke speciale bijdrage voor het eerste kwartaal 1983	2.496
- voor tijdelijke speciale bijdrage voor het tweede kwartaal 1983	2.496
	215.074

Zij vordert de opname in het gewoon passief van de hierna vermelde bedragen:

- voor interesten en kosten tot op 31 dec. 1982 (in verband met de bijdragen over de jaren 1981 en 1982)	36.498
- voor kosten van gerechtsdeurwaarder	1.722

sprakelijke partij kunnen in strafzaken, zelfs bij mondeling verzoek, aan de rechter voor wie de vervolging aanhangig is een rechtsgeldig verzoek tot rechtsbijstand doen op grond van artikel 672 Ger. W.

4. Als de onderzoeks- of de vonnisgerechten, de commissies en de hoge commissie tot bescherming van de maatschappij moeten beslissen over de verzoeken tot internering of invrijheidstelling van een abnormale die niet wordt bijgestaan door een advocaat, dan wijst de voorzitter overeenkomstig artikel 28 van de wet van 9 april 1930 er ambtshalve een voor hem aan.

5. Ook de voorzitter van het hof van assisen, de rechter die hij opdracht heeft gegeven of, indien er aan geen rechter opdracht is gegeven, de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg of een rechter die hij daarmee belast, zijn luidens artikel 294 Sv., op straffe van nietigheid van alles wat zal volgen, gehouden de beschuldigde te vragen wie hij als raadsman gekozen heeft om hem in zijn verdediging bij te staan; bij ontkennend antwoord voegt de rechter hem dadelijk een raadsman toe.

6. Zelfs al verklaart de beschuldigde dat hij een raadsman gekozen heeft, mag de rechter hem veiligheidshalve een andere raadsman toevoegen (*Pand.B.*, tw. «Cour d'assises», nr. 201; S. Sasserath, *La Cour d'assises*, nr. 222 in *Nov.*, *Procédure pénale*, II, 1; R. Declercq, *De rechtspleging voor het hof van assisen*, 5e druk, p. 43).

Wanneer de beschuldigde reeds een raadsman gekozen heeft, geldt de door de voorzitter gedane toevoeging slechts voor het geval de beschuldigde niet meer door zijn gekozen raadsman wordt bijgestaan (Cass., 19 juni 1961, *Pas.*, 1961, I, 1139).

7. Ook de voorzitter van de krijgsraad dient ambtshalve een raadsman toe te voegen aan de personen die voor de krijgsraad worden gebracht en die hem erom verzoeken overeenkomstig artikel 3 van het besluit van het Voorlopig Bewind van 9 november 1830 (Cass., 8 maart 1875, *Pas.*, 1875, I, 167).

Deze regel geldt niet voor het militair hof (Cass., 14 juni 1875, *Pas.*, 1875, I, 354; Cass., 24 november 1947, *Pas.*, 1947, I, 497).

8. Wanneer een zaak als bedoeld in titel II, hoofdstuk III van de wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming bij de jeugdrechtsbank aanhangig is en de minderjarige geen advocaat heeft, dan wijst de stafhouder of het bureau voor consultatie en bijstand er een aan om de minderjarige bij te staan overeenkomstig artikel 55 van bedoelde wet.

We laten beknoptheidshalve de cassatierechtspleging met inbegrip van de aanvragen tot herziening buiten beschouwing.

9. Tenzij de Correctionele Rechtbank te Dendermonde over een verzoek tot internering of invrijheidstelling van een abnormale diende te beslissen, was de strafrechtbank niet bevoegd om een raadsman aan te wijzen ten einde de beklaagde bij te staan.

Indien het verzoekschrift ten minste drie dagen voor de dag van de terechtzitting tot de voorzitter was gericht, dan zou het overeenkomstig artikel 184bis Sw. aan de gemachtigde van het bureau voor consultatie en bijstand gezonden moeten zijn ten einde alsnog een verdediger te doen aanwijzen.

A. Vandeplass

- voor interesten en kosten over de periode van 1 jan. 1983 tot 30 juni 1983 (in verband met de bijdragen voor het eerste en tweede kwartaal 1983) 1.106
- voor interesten op de tijdelijke speciale bijdrage voor de periode van 1 juli 1982 tot 31 dec. 1982) 600

39.526

Georges O. werd door de Rechtbank van Koophandel te Veurne bij vonnis van 15 juni 1983 failliet verklaard.

2. Een wet van 19 mei 1982 tot wijziging van artikel 19 van de wet van 16 december 1851 betreffende de voorrechten en hypotheeken, bekendgemaakt in het B.S. van 5 november 1982, heeft een algemeen voorrecht ingevoerd op de roerende goederen van de schuldenaar ten gunste van de bijdragen die in toepassing van het K.B. nr. 38 van 27 juli 1967 houdende inrichting van het sociaal statuut der zelfstandigen verschuldigd zijn aan de sociale verzekeringsfondsen voor zelfstandigen en aan de Nationale Hulpkas voor de Sociale Verzekeringen der Zelfstandigen.

Dit voorrecht geldt voor drie jaar te rekenen vanaf de dag waarop de bedragen opeisbaar zijn.

De bedragen ten gunste waarvan het voorrecht is ingesteld, zijn die van de eigenlijke bijdragen, met uitsluiting van de verhogingen wegens laattijdige betaling en de nalatigheidsinteresten.

De vraag die thans dient te worden beantwoord is vanaf welk ogenblik het sociaal verzekeringsfonds — in casu eiseres — het nieuwe voorrecht dat door de wet van 19 mei 1982 is ingesteld, kan doen gelden.

De wet van 19 mei 1982 werd bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad van 5 november 1982 en is, bij ontstentenis van een andersluidende bepaling, op 15 november 1982 in werking getreden.

De curator stelt dat de bijdragen verschuldigd zijn op de eerste dag van elk kwartaal. Alle bijdragen van 1981 en 1982 waren derhalve opeisbaar en vervallen vóór de inwerkingtreding van de wet van 19 mei 1982. Het voorrecht kan bijgevolg slechts worden ingeroepen voor de bijdragen vervallen vanaf 1 januari 1983.

Eiseres daarentegen stelt dat het voorrecht integraal van toepassing is op alle bijdragen voor de jaren 1981, 1982 en het eerste en tweede kwartaal 1983 omdat de wet van 19 mei 1982 van kracht was op het ogenblik waarop de samenloop van de schuldeisers is ontstaan. Aangezien het faillissement dateert van 15 juni 1983 moet het voorrecht dus worden toegekend voor alle bijdragen waarvan de datum van opeisbaarheid niet terugwerkt tot op meer dan drie jaar tegenover deze datum. Zij steunt hiervoor op een arrest van het Hof van Cassatie van 30 mei 1968 (R.W., 1968-69, 209), waarin onder meer gezegd wordt dat de wetten die de bestaansvoorwaarden van een voorrecht beheersen, de wetten zijn welke gelden op de dag van het feit of van de akte welke dit voorrecht doet ontstaan en dat, behoudens andersluidende bepaling, de wetten die nieuwe voorrechten invoeren of bestaande voorrechten uitbreiden, niet worden toegepast, wanneer bij voorbeeld ten gevolge van de inwerkingtreding van een schuldplichtige vennootschap, tussen alle schuldeisers ervan een samenloop is ontstaan die op onherroepelijke wijze hun respectieve rechten bepaalt. Uit dit arrest wordt aldus geconcludeerd dat het voorrecht pas

uitwerking heeft op het ogenblik dat er samenloop van de schuldeisers is, met het gevolg dat men zich op dat ogenblik moet plaatsen om uit te maken of een schuldvordering al dan niet een voorrecht geniet. Er wordt aldus beweerd dat de schuldvorderingen op bijdragen verschuldigd in het kader van het sociaal statuut der zelfstandigen bevoorrecht zijn telkens als de samenloop van de schuldeisers plaatsvindt op het ogenblik van de inwerkingtreding van de wet of op een datum gelegen na deze inwerkingtreding.

3. Uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat deze wettekst is ingevoerd met het doel een definitief rechtsverlies voor de zelfstandigen, hun helpers en hun gezin tegen te gaan zowel in het domein van de kinderbijslagen, gezondheidszorgen en arbeidsongeschiktheid als in het domein van het rust- en overlevingspensioen, op grond dat de gewone schuldeiser, meestal eveneens een kleine zelfstandige, ook in bescherming diende te worden genomen, werd bij amendement het voorgesteld voorrecht beperkt in de tijd. Het zou immers niet redelijk zijn dat zelfstandigen die op een latere datum failliet gaan, de voordelen zouden kunnen opeisen van een sociaal statuut waarvoor ze nooit bijdragen hebben gestort. De termijn werd uiteindelijk vastgesteld op drie jaar te rekenen vanaf de dag waarop de bijdragen opeisbaar zijn.

Noch in de tekst noch in de parlementaire voorbereiding is er enig spoor te bemerken dat zou wijzen op enige vorm van retroactiviteit in de toepassing van deze nieuwe wettekst. Elke vorm van retroactiviteit zou bovendien een onbillijke discriminatie inhouden niet alleen t.o.v. de gewone schuldeisers maar tevens t.o.v. de andere bevoorrechte schuldeisers.

In zijn *Traité de droit commercial belge*, Gent, 1949, VII, blz. 557, nr. 369, zegt prof. L. Frédéricq: «... rappelons que les privilèges sont de stricte interprétation et qu'il convient d'appliquer la loi de manière restrictive.»

Ook H. De Page in zijn *Traité élémentaire de droit civil belge*, Brussel, 1957, VII, nrs. 14, 15 en 16, houdt er een zelfde redenering op na, zoals overigens ook R. Dekkers (*Handboek Burgerlijk Recht*, Antwerpen, 1971, IV, nrs. 1484 en 1490).

Ook de rechtspraak bevestigt deze stelling (Brussel, 27 maart 1963, *Pas.*, II, 226).

Er dient ook rekening gehouden te worden met de bepaling vervat in art. 2 B.W., dat luidt als volgt: «De wet beschikt alleen voor het toekomstige; zij heeft geen terugwerkende kracht.»

Deze bepaling is echter geen grondwettelijk beginsel en de werkgever kan er dus van afwijken. Al is het principe van de niet-terugwerkende kracht van de wet én een voorschrift voor de wetgever, én een verplichting voor de rechter én een waarborg voor de burgers, toch heeft het beginsel geen absoluut karakter, en moet de rechter de nieuwe wet op het verleden toepassen indien zulks de uitdrukkelijke of de stilzwijgende maar zekere bedoeling van de wetgever is geweest (Cass., 18 januari 1924, *Pas.*, 1924, I, 141; Cass., 28 november 1939, *Pas.*, 1939, I, 495; Cass., 12 september 1940, *Pas.*, 1940, I, 215; Cass., 17 januari 1944, *Pas.*, 1944, I, 172; Cass., 18 maart 1960, *J.T.*, 1960, 667. Zie artikel 2 Burgerlijk Wetboek, Uitgave E. Story, Scientia P.V.B.A. Gent/Leuven).

Ter zake is in de nieuwe wet geen spoor te vinden van een dergelijke uitdrukkelijke of stilzwijgende maar zekere be-

doeling van de wetgever.

Integendeel en zoals eerder is gezegd, was de invoering van een termijn een inkrimping van de toepasselijkheid van het voorrecht in de toekomst.

De bepaling van art. 2 B.W. houdt in principe in dat de wet niet gemaakt wordt voor het verleden. Zij is niet bestemd voor hetgeen geweest is en definitief beëindigd is.

De nieuwe wet is dus niet toepasselijk op situaties ontstaan en definitief voltooid onder het regime van de oude wet.

Nietemin wordt aangenomen dat de nieuwe wet onmiddellijk toepasselijk is, niet alleen op toestanden die geschapen worden onder haar regime, maar ook zelfs op de toekomstige gevolgen van toestanden ontstaan onder het regime van de wet.

De opeisbare bijdragen daterend van vóór de inwerking-treding van de wet en gelegen binnen de termijn van drie jaar vóór de faillietverklaring, kunnen derhalve het voorrecht genieten.

De faillietverklaring, die weliswaar het voorrecht doet ontstaan, is echter niet te beschouwen als een gevolg van de vroegere en definitieve opeisbaarheid van de bijdragen. Deze opeisbaarheid is ontstaan en definitief geworden vóór de inwerkingtreding van de nieuwe wet en deze wet is hierop dan ook niet toepasselijk. Terloops dient te worden gezegd dat de wetgeving op de voorrechten niet van openbare orde is (H. De Page, *o.c.*, nr. 18 en H. De Page, *o.c.*, Brussel, 1962, I, nrs. 226 en 232)..

De wet van 19 mei 1982, zijnde het huidige artikel 19, 4^{ter}, tweede lid, van de wet van 16 december 1851 betreffende de voorrechten en hypotheeken kan dus niet met terugwerkende kracht worden toegepast op de vervallen bijdragen waarvan de opeisbaarheid ligt vóór de inwerkingtreding van deze wetsbepaling, zelfs niet als deze valt binnen de termijn van drie jaar vóór de faillietverklaring. Eiseres heeft dus alleen een bevoorrechte schuldvordering in het faillissement van Georges O. ten bedrage van 60.274 frank. Zij heeft aldus een gewone schuldvordering in het voornoemd faillissement voor de bedragen van 154.800 frank en 39.526 frank, samen 194.326 frank.

4. Het geschil diende bij de arbeidsrechtbank aanhangig gemaakt te worden omdat eiseres het bevoorrecht karakter tevens opeiste voor de bijdragen van de jaren 1981 en 1982.

Zij werd op dit punt in het ongelijk gesteld en dient dus in de kosten verwezen te worden.

(...)

NOOT—De betwisting nopens de opname in het bevoorrecht passief van het faillissement van een schuldvordering waarvan het bestaan noch de hoegrootheid wordt betwist, behoort tot het bijzonder recht dat het stelsel van het faillissement beheerst, en de rechtbank van koophandel is toegevoegd om daarover, overeenkomstig art. 547 van de Faillissementswet, uitspraak te doen (Cass., 25 juni 1982, *R.W.*, 1982-83, 2703).

BALIELEVEN

Het beroepsjubileum van deken Achille De Gryse

De balie te Kortrijk heeft op 2 december 1983 met de haar eigen luister het gouden beroepsjubileum van deken Achille De Gryse gevierd.

Prominenten en vrienden waren in groot aantal in de salons «Carlton» samengekomen om aan de gehuldigde en zijn lieve echtgenote hun respect en hun sympathie te betuigen.

De rijk voorziene tafelen - getrouw aan de traditie van de Kortrijkse balie - droegen bij tot de uitstekende stemming, die deze hele viering kenmerkte.

In zijn voortreffelijke gelegenheidstoespraak schilderde stafhouder Willy Lietaer, in dikwijls bijzondere geestige maar altijd affectievolle bewoordingen, de schitterende loopbaan van deken Achille De Gryse.

Groot advocaat en overtuigend pleiter, harde werker begaafd met een scherp verstand, steeds stijlvol in houding en taal, de charme van zijn warme persoonlijkheid koppeland aan een weloverwogen kordaatheid, steeg deken Achille De Gryse, als het ware «van rechtswege» steeds hoger in al wat de advocatuur te bieden heeft: lid van de Raad van de Orde te Kortrijk, voorzitter van de Conferentie van de Jonge Balie, stafhouder van de balie te Kortrijk, voorzitter van het Verbond van Belgische Advocaten, deken van de Belgische Nationale Orde van Advocaten, voorzitter van de Raadgevende Commissie van de Balies van de Europese Gemeenschap.

Zulk een loopbaan en zulke kwaliteiten rechtvaardigden ten volle de hoge onderscheiding, die het Zijne Majesteit de Koning behaagde aan eredeken Achille De Gryse te verlenen. Minister en confrater Kempinaire overhandigde met duidelijk genoegen de insignes aan de gelauwerde.

De deken van de Nationale Orde van Belgische Advocaten, de voorzitter van het Verbond van Belgische Advocaten en de erevoorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Kortrijk brachten in hun tafelrede, ieder in hun eigen stijl, de verdiende hulde aan de jubilaris.

Het laatste woord was vanzelfsprekend «aan de verdediging», aan de gehuldigde zelf, in een vuurwerk van klassieke welsprekendheid.

Een onvergetelijke avond, ongetwijfeld niet het minst voor mevrouw De Gryse, die haar ruim verdiend aandeel in de hulde kreeg.

J. Van Den Heuvel

BOEKEN

D. HENRICH, *Der Erwerb und die Änderung des Familiennamens unter besonderer Berücksichtigung von Fällen mit Auslandsberührung*, Frankfurt am Main, Verlag für Standesamtswesen, 1983, 124 blz.

Het naamrecht maakt een belangrijke ontwikkeling door. Onder invloed van het Romeinse recht was de naam van de persoon een materie die tot in de zeventiende eeuw aan de gewoonte werd over-

gelaten. Naarmate de staat zich beter organiseerde werd de naam een middel om een betere controle op de burger mogelijk te maken. Willekeurige naamsveranderingen werden verboden. De naam werd een instelling van politie. Eerst op het einde van de negentiende eeuw werd het tweede facet van de naam ontdekt: het persoonlijkheidsrecht. Waar de wetboeken deze notie als dusdanig niet invoerden, nam de rechtspraak deze taak over. Thans is het naamrecht in een stroomversnelling geraakt. Gelijkberechting van man en vrouw, gelijkheid van alle kinderen ongeacht hun afstamming luidden ook in het naamrecht nieuwe tendensen in. Daarnaast zorgden de gemengde huwelijken, het stijgend aantal internationale adopties, de gastarbeiders en de vluchtelingen voor ontwikkelingen in het internationale naamrecht.

Zowel op het gebied van het familierecht als van het internationaal privaatrecht hebben deze ontwikkelingen zich zeer sterk in de Duitse Bondsrepubliek gemanifesteerd. Het Duitse naamrecht verschilde altijd al erg van het onze. De gelijkberechting tussen man en vrouw was vóór het 1. *Ehereformgesetz* van 1976 niet bestaande. Door het huwelijk verloor de vrouw het recht haar eigen naam te voeren en was ze verplicht de naam van haar man aan te nemen. De hervorming staat thans de keuze van een zogenaamde huwelijksnaam toe, die zowel de naam van de vrouw als van de man kan zijn. In het internationaal privaatrecht heeft de nieuwe regeling een schier onoverzichtelijke rechtspraak veroorzaakt doordat bv. de Belgische man die een Duitse vrouw huwt voor het Duitse systeem kan opteren en de naam van de vrouw als huwelijksnaam kan aannemen.

Al deze en andere problemen worden door professor Henrich op een zeer overzichtelijke wijze uiteengezet. De soms sterk uiteenlopende tendensen in de rechtspraak worden voortreffelijk weergegeven. Na een beknopte uiteenzetting van het Duitse materiële recht, wordt het internationaal privaatrecht uiteengezet aan de hand van een aantal praktische gevallen. Elke topic wordt voorafgegaan door een rechtsvergelijkend overzicht van het materiële vreemde recht. De hierbij gebruikte typologische methode laat de krachtlijnen van de verschillende systemen duidelijk tot uiting komen.

Hoewel het boek op de eerste plaats bestemd is voor de Duitse ambtenaar van de burgerlijke stand, zal een ieder die zich voor het internationale naamrecht interesseert, in deze heldere uiteenzetting van een der moeilijkste hoofdstukken uit het internationaal privaatrecht belang stellen.

W. Pintens.

J. SOETENHORST-DE SAVORNIN LOHMAN, **De Go-between. Een verkenning op het grensgebied tussen helpen en straffen**, Gouda Quint, Arnhem, 1983, 26 blz.

Het recht van de overheid om bij gepleegd onrecht aan de dader hiervan bepaalde maatregelen op te leggen, die sterk ingrijpen in zijn persoonlijkheid of in zijn vermogen en mogelijk zelfs tegen zijn leven gericht kunnen zijn, is een probleem «waarmede reeds in de grijze oudheid vele denkende hoofden zich hebben beziggehouden» en «welker behandeling nog in onze dagen dikke boeken vult» (D. Simons, *Problemen van het strafrecht*, Nederlandse bibliotheek, 1929, blz. 10).

Wellicht zal op deze vraag nooit een voor ieder afdoend antwoord gevonden worden. Het vraagstuk is immers te zeer verbonden met de persoonlijke opvattingen en het mensbeeld van de deelnemers aan de discussie.

Is een dergelijk filosoferen dan ook niet gedoemd tot blijvende «Gedankenspielerlei», met vrij weinig praktisch bruikbaar resultaat?

In deze context is ook het debat «straffen of helpen» te plaatsen dat ook bij ons de gedachten gaande houdt (zie bv. E. Steelandt, «Misdaad en boete», *R. W.*, 1981-82, 1377-1392; Michel, G., «Het debat 'Straffen of helpen' op oude en nieuwe paden», *Panopticon*, 1982, 1-4; Eliaerts, C., «Het 'nieuwe realisme' in het strafrecht en de criminele politiek», *Panopticon*, 1984, 1-9).

Precies hierover handelt ook prof. dr. Soetenhorst in zijn hier voorliggende entree bij de aanvaarding van het ambt van gewoon hoogleraar in de andragogie (volwassenvorming) aan de Universiteit te Amsterdam.

Voornamelijk twee ontwikkelingen worden daarin door hem geschetst:

1. De nieuwe problematiseringen (sedert ± 1900) van het strafrecht, gaande van daad over dader naar dienstenstrafrecht, waar nu de instellingen zelf, en niet in het minst de rechterlijke macht, als schuldige oorzaak worden aangewezen.

2. De verhouding tussen de actuele maatschappijopvatting en de strafrechtstheorie, waarbij het heersende sociologisch paradigma een legitimatie moet vormen voor de bestaande praktijken.

De auteur merkt bij dit alles echter op dat, ondanks de zeer uitgebreide discussies ter zake, men in de praktijk eerder gebleven is bij een marginale aanpassing in plaats van de mogelijke fundamentele herordening.

De traditionele legitimatie lijkt hem daarentegen steviger dan ooit; we schijnen terug te gaan naar galg en wapenstok.

Uiteindelijk zouden volgens spreker de gevoelsmatige scheidslijnen dienen te worden opgeheven tussen mensen die deugen en die niet deugen; iets waartoe diepgaande studie van sociale hulpverlening kan bijdragen.

Dit blijkt echter niet zo makkelijk en niet iedereen lijkt hiervan overtuigd. Allermint het Nederlandse Ministerie van Onderwijs dat stevig overweegt de subfaculteit andragogie gewoonweg af te schaffen.

Patrick Arnou
Assistent K.U.L.

BERICHTEN

Universitair nieuws-Doctoraat

Aan de Katholieke Universiteit te Leuven, Faculteit Kerkelijk Recht, zal op woensdag, 30 mei 1984, om 16.00 uur in Auditorium 01.13 van het College De Valk te Leuven,

de heer Jan DE GROOF, geboren in 1953 te Merksem, wonende te 2530 Boechout, Vredeborgstraat, zijn proefschrift en de bijgevoegde stellingen verdedigen met het oog op het behalen van de graad van doctor in het kerkelijk recht.

Het proefschrift handelt over «Vrijheid van en recht op onderwijs: het regime van de vrije keuze van de confessionele en niet-confessionele school in België».

Promotor is professor J. Lindemans, buitengewoon hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Leuven (Faculteit Kerkelijk Recht). Copromotor is professor L.P. Suetens, buitengewoon hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Leuven (Faculteit Rechtsgeleerdheid).

A.J.A. Contacten tussen Rechtsfaculteiten en verzekeringsondernemingen

Vijfde lezing van de zesde cyclus (1983-1984)

De heer Ch. Deleers, Adviseur van de Directeur-Generaal van de Mij. Royale Belge, zal op donderdag 24 mei 1984 om 17h.30 in het Huis der Verzekering (7de verdieping), de Meeûsplantsoen 29, te 1040 Brussel, een lezing houden over: «Sociale pensioenen, publieke pensioenen, privé-pensioenen - Een noodzakelijke keuze».

De heer R. Ladriere van de A.G.-Groep en lid van de Vereniging heeft aanvaard de redenaar als panellid bij te staan.

Zoals altijd is er gelegenheid tot het stellen van vragen. De toegang is vrij voor iedereen die belang stelt in het verzekeringsrecht.

TIJDSCHRIFTEN

Revue du notariat belge, 1983

nr. 2729, november

J. Demblon, De la nomination d'un administrateur judiciaire ou d'un gérant judiciaire.