

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

REDACTIEADRES: ALBERTSTRAAT 25, 2018 ANTWERPEN

DE NOTARIS ALS LASTHEBBER DER PARTIJEN BIJ DE TERUGBETALING VAN EEN LENING

Probleemstelling

1. Wie een onroerend goed in een openbare verkoping aankoopt, betaalt doorgaans de koopprijs, de kosten en aanhorigheden ten kantore en in handen van de verkopende notaris. De notaris zorgt er dan wel voor dat de koopsom haar uiteindelijke ontvangstgerechtigde(n) bereikt.

Ofschoon het fenomeen thans enigszins in onbruik is geraakt door de belangstelling van het publiek voor obligaties, kasbons en andere beleggingsmogelijkheden meer, leenden privé-personen vroeger anderzijds vaak aanzienlijke sommen geld uit aan andere privé-personen, met hypotheque waarborg uiteraard. De notaris trad dan ook noodzakelijkerwijze op om de akte-hypotheekvestiging te verlijden. De leners betaalden niet zelden de interesten, en zelfs de hoofdsom aan de instrumenterende notaris terug die ze dan overmaakte aan de geldschiet(s).

Veelal verloopt deze gang van zaken probleemloos, en tot eenieders tevredenheid en gemak. Soms echter komt er een ernstige kink in de kabel: de notaris geeft aan de hem door de koper, resp. lener toevertrouwde som niet haar werkelijke bestemming, verduistert ze, en bevindt zich uiteindelijk in staat van kennelijk onvermogen.

De koper of de lener die aan de notaris, en niet aan de schuldeiser, heeft betaald, loopt derhalve het gevaar een tweede maal te moeten betalen: *Qui paye mal, paye deux fois* — met als schrale troost een uiterst hypothetische vordering tegen de notaris. Om hieraan te ontsnappen, voert de lener of koper dan aan dat hij terecht aan de notaris heeft betaald, want dat die de lasthebber was van zijn schuldeiser. De gevolgen van het onvermogen van de notaris moeten dus door de schuldeiser worden gedragen.

In het in dit nummer afgedrukt arrest van 5 april 1984 van het Hof van Beroep van Gent wordt deze stelling evenwel van de hand gewezen.

Wegens de praktische incidenties van het arrest is enige commentaar wellicht niet ongepast. Aangezien het arrest handelt over de terugbetaling van een lening, zal de aandacht hoofdzakelijk gaan naar de vraag of, en zo ja, in hoeverre de notaris inderdaad als lasthebber van de lener kan worden beschouwd. Niettemin zal occasioneel, en voor

zover dienstig ter illustratie of ter vergelijking, ook de terugbetaling van de koopsom aan de notaris ter sprake komen.

Enige inleidende beschouwingen ter herinnering

2. Een mandaat kan uitdrukkelijk of stilzwijgend tot stand komen.

Bij een *uitdrukkelijk* mandaat verleent de lastgever aan de lasthebber met zoveel woorden — ofschoon uiteraard geen sacramentele termen vereist zijn — de bevoegdheid hem te vertegenwoordigen en namens hem rechtshandelingen te verrichten waardoor zijn rechtspositie (d.i. van de lastgever) zal worden beïnvloed.

Bij het *stilzwijgend* mandaat daarentegen bestaat weliswaar de wil van de lastgever om aan de lasthebber de bevoegdheid te verlenen hem te verbinden, en bestaat bij de lasthebber de wil deze bevoegdheid te aanvaarden. Maar deze wil wordt niet rechtstreeks uitgedrukt: hij blijkt uit gedragingen en houdingen van de partijen die duidelijk en onmiskenbaar op een verleende en aanvaarde vertegenwoordigingsbevoegdheid wijzen.

Het stilzwijgend mandaat is overigens slechts een toepassing van het gemene recht: in ons recht is de wilsuiking in beginsel aan geen enkele vorm gebonden, en kunnen overeenkomsten derhalve stilzwijgend worden gesloten.

Aldus besliste het Hof van Cassatie¹ dat het mandaat om een onroerend goed te beheren en om de vraag tot hernieuwing van de erop betrekking hebbende handelshuur in ontvangst te nemen, stilzwijgend kan worden gegeven. *In casu* werd dit stilzwijgend mandaat afgeleid uit het feit dat één van de eigenaars in onverdeeldheid, met instemming van de andere deelgenoten, de onverdeeldheid beheerde.

Enigszins hiermee te vergelijken is de situatie waarin zich vier musici bevinden, die, na veel en gezamenlijk oefenen,

¹ Cass., 8 november 1956, *Pas.*, 1957, I, 244. Vgl. Vred. Luik, 12 april 1929, *J. Liège*, 1929, 175; Vred. Diksmuide, 11 januari 1937, *R.W.*, 1938-39, 323; Rb. Mechelen, 13 juli 1953, *J.T.*, 1954, 196.

een vrij homogeen kwartet hebben gevormd: één van hen, de feitelijke leider, heeft de bevoegdheid om, namens de anderen, met een organisator van concerten contracten te sluiten².

En het Gentse hof van beroep³ was van oordeel dat de Duitse militaire bezettingsautoriteiten waren opgetreden als stilzwijgend lasthebber van Duitse firma's. Het overwoog in dit verband «dat deze lastgeving ter zake niet ernstig kan worden betwist; dat, in het afzijn (sic) van een schriftelijk bewijs ... ze met zekerheid blijkt uit gewichtige, nauwkeurige en overeenstemmende vermoedens; Colaert (de Belgische leverancier) is immers nooit rechtstreeks met de Duitse vennootschappen in betrekking geweest; de bestellingen werden daarentegen gedaan door tussenkomst van de Duitse overheid die aldus wel moet aangezien worden als hebbende de machtiging de prijs te regelen of te veranderen; ook de facturen werden aan deze laatste overgemaakt; bij bestellingen zoals deze, trad de Duitse bezettingsoverheid trouwens regelmatig op voor en in naam van Duitse firma's voor wie de bestellingen waren bestemd; deze handelwijze houdt noodzakelijkerwijze in dat de belanghebbende firma's hiermee instemden en de Duitse bezetter daartoe stilzwijgend hadden gemandateerd».

En wanneer, in het kader van een leasingovereenkomst, de door de *lessor* bestelde goederen aan de *lessee* worden geleverd, zal deze laatste deze goederen aanvaarden, op grond van een uitdrukkelijk of stilzwijgend mandaat, hem verleend door de financieringsmaatschappij⁴.

3. Het stilzwijgend mandaat kan anderzijds voortvloeien uit een bestendig, vast en algemeen erkend gebruik⁵.

Het type-voorbeeld daarvan was het huishoudelijk mandaat van de gehuwde vrouw, die, tot vóór de wetswijziging van 1976, onbevoegd was om het gemeenschappelijk vermogen te verbinden, en die, tot 1958, zelfs handelingsonbekwaam was. Zij werd geacht op te treden in naam en voor rekening van haar echtgenoot, althans voor zover het de «dagelijkse behoeften van de huishouding» betrof⁶.

Een ander — nog steeds actueel — voorbeeld van het op de gewoonte gebaseerd stilzwijgend mandaat kan worden gevonden in de situatie waarin de eigenaar van een foutief beschadigd voertuig dit voertuig toevertrouwt aan een hersteller van zijn keuze, die, samen met de expert van de verzekeringsmaatschappij van de aansprakelijke derde, de schade raamt. Deze raming bindt de benadeelde, daar de hersteller, bij het sluiten van de overeenkomst tot vaststel-

ling van de schade, wordt geacht als lasthebber op te treden van de benadeelde⁷.

Evenzeer kan een ondergeschikte of een aangestelde, in naam van zijn werkgever, kleine bestellingen plaatsen of verbintenissen van minder belang aangaan⁸ — tenzij hij moet worden geacht louter als uitvoeringsagent van zijn werkgever op te treden, in welk geval de overeenkomst rechtstreeks door deze laatste wordt gesloten.

4. Tegenover het stilzwijgend mandaat dat, zoals gezegd, een — zij het niet uitgedrukte wilsovereenstemming onderstelt —, staat het *schijnmandaat*.

Deze constructie is in het leven geroepen om iemand die aan een ander *geen* vertegenwoordigingsbevoegdheid of slechts een *beperkte* vertegenwoordigingsbevoegdheid verleende, niettemin gebonden te verklaren door de handelingen van de schijnvertegenwoordiger. Er is derhalve geen vertegenwoordigingsbevoegdheid; maar aan wie de schijn heeft verwekt dat een dergelijke bevoegdheid bestaat of in een bepaalde mate bestaat, worden de handelingen van de schijnvertegenwoordiger toegerekend.

Ten onzent wordt de gebondenheid van de lastgever, bij aanmatiging of overschrijding van de vertegenwoordigingsbevoegdheid door de pseudo-lasthebber, gegrond op de *quasi-delictuele fout* van de eerste. Deze fout bestaat hierin dat hij de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de lasthebber onvoldoende precies omschreef, zodat derden te goeder trouw ervan mochten uitgaan dat de lasthebber bevoegd was om zekere rechtshandelingen te verrichten namens zijn opdrachtgever. Deze fout kan er eveneens in bestaan dat de beweerde opdrachtgever de schijn verwekte dat de beweerde vertegenwoordiger principieel gerechtigd was om in zijn naam verbintenissen aan te gaan, terwijl zulks helemaal niet strookte met de werkelijke wil van de beweerde opdrachtgever.

De uit deze quasi-delictuele fout voortvloeiende schade wordt *in natura* vergoed, en wel aldus dat de pseudo-lastgever gebonden wordt verklaard door de handelingen van de schijnvertegenwoordiger. De pseudo-lastgever moet dus dulden dat de door hem verwekte schijn ten aanzien van derden te goeder trouw met de werkelijkheid gelijk wordt gesteld⁹.

Het Hof van Cassatie heeft de quasi-delictuele grondslag van de theorie van het schijnmandaat bevestigd¹⁰; en de lagere rechtspraak volgt het hoogste rechtscollege¹¹. Toch is er reeds rechtspraak die niet meer vereist dat de schijnvertegenwoordiger een fout bedreef¹².

Deze quasi-delictuele grondslag is inderdaad betwistbaar,

² Rb. Luik, 22 mei 1929, *J. Liège*, 1929, 212.

³ 23 april 1955, *R.W.*, 1955-56, 542, met concl. proc.-gen. J. MATTHIJS, toen nog adv.-gen.

⁴ Vgl. VAN RIJN en HEENEN, *Principes de droit commercial*, III, 2e druk, 1981, blz. 669, nr. 847. Voor andere voorbeelden van stilzwijgend mandaat, zie *R.P.D.B.*, VII, v°, «Mandat», nrs. 167-240.

⁵ DE PAGE, V, nr. 379, B; *A.P.R.*, v° «Lastgeving», nrs. 93-94; L. SIMONT en J. DE GAVRE, *R.C.J.B.*, 1977, 382. In *R.P.D.B.*, VII, v° «Mandat», nrs. 167-240, wordt dit onderscheid blijkbaar niet expliciet gemaakt; evenmin in *Enc. Dall., Droit civil*, v° «Mandat».

⁶ Zie daarover H. CASMAN, «Het huishoudelijk mandaat», *T.P.R.*, 1975, 117-129.

⁷ Over de grenzen van dit mandaat, zie o.m. Corr. Aarlen, 28 januari 1970, *J. Liège*, 1969-70, 252; Vred. Namen, 9 juli 1970, *J. Liège*, 1970-71, 87.

⁸ Bv. Rb. Verviers, 7 maart 1968, *J. Liège*, 1968-69, 61; Kh. Brussel, 18 november 1981, *J.T.*, 1982, 46.

⁹ Zie o.m. DE PAGE, V, nr. 448; *R.P.D.B.*, v° «Mandat», nrs. 815 e.v.

¹⁰ Cass., 11 april 1929, *Pas.*, 1929, I, 154; 13 januari 1972, *Pas.*, 1972, I, 472; 30 mei 1979, *Pas.*, 1979, I, 1123.

¹¹ Bv. Gent, 4 januari 1952, *Pas.*, 1953, II, 16; Kh. Kortrijk, 6 februari 1960, *R.W.*, 1960-61, 1207; Rb. Brussel, 29 juni 1964, *J.T.*, 1964, 636; Rb. Brussel, 19 februari 1965, *Pas.*, 1966, III, 23.

¹² Zie o.m. Kh. Brussel, 18 november 1981, *J.T.*, 1982, 46.

en werd effectief betwist door de recente doctrine¹³. Volgens de moderne doctrine is het niet vereist dat de schijnverwekker een fout kan worden verweten; voldoende is dat de schijn waarop de derde te goeder trouw is voortgegaan, aan de schijnverwekker *kan worden toegerekend*. De theorie van de «*appearance-faute*» is te eng; of, anders uitgedrukt, wie de schijnverwekker enkel gebonden acht door een foutieve schijncreatie, hanteert een overspannen foutbegrip¹⁴.

In Frankrijk trouwens is de *Cour de cassation* sinds een twintigtal jaar afgestapt van de theorie van de *apparence-faute*. In het arrest van 13 december 1962¹⁵ wordt overwogen dat «le mandant peut être engagé sur le fondement d'un mandat apparent, même en l'absence de faute susceptible de lui être reprochée, si la croyance du tiers à l'étendue des pouvoirs du mandataire est légitime, ce caractère supposant que les circonstances autorisaient le tiers à ne pas vérifier les limites exactes de ces pouvoirs». De «*erreur légitime*» van de derde die met de pseudo-vertegenwoordiger contracteerde, wordt het enige criterium¹⁶.

Ook in Nederland wordt overigens de nadruk gelegd op het criterium van de toerekenbare schijn, zonder dat daarbij van enige quasi-delictuele fout wordt gesproken¹⁷.

5. Meestal wordt thans aangenomen dat derde, en met name de wederpartij van de vertegenwoordiger, diens volmacht door alle middelen rechtens mag bewijzen.

De derde kan zich immers uit de aard van de zaak zelf geen vooraf opgesteld schriftelijk bewijs van de *overeenkomst* van lastgeving verschaffen (artikel 1348, eerste lid, B.W.)¹⁸, omdat hij geen partij was bij de overeenkomst die, wat hem betreft, een *res inter alios acta* vormt.

Maar de derde heeft helemaal geen bewijs van de *overeenkomst* van lastgeving nodig. Het is voor hem voldoende dat hij zekerheid heeft over het bestaan en de omvang van de bevoegdheid van de lasthebber, hetgeen blijkt uit de *pro-*

curatie. Hij kan zich derhalve de procuratie doen voorleggen; en die kan, bij betwisting met de lastgever, als bewijs gelden¹⁹. De derde blijkt dus toch in de mogelijkheid te verkeren de omvang van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van zijn medecontractant schriftelijk te bewijzen.

Daarop wordt²⁰ evenwel gerepliceerd dat de derde zulks inderdaad *kan* doen, maar dat hij het niet *hoef*t te doen; bovendien bestaat er, in geval van stilzwijgend mandaat, geen schriftelijke volmacht.

Geen van beide antwoorden lijkt me erg overtuigend. Wat het eerste betreft, kan eraan worden herinnerd dat niemand ooit verplicht is zich een schriftelijk bewijs te bezorgen van een rechtshandeling die hem aangaat; maar, indien hij dit nalaat, zal hij met alle bewijsmoeilijkheden van dien opgescheept zitten. En aangaande het stilzwijgend mandaat waarvoor geen schriftelijke procuratie werd verleend, kan worden opgemerkt dat elke overeenkomst stilzwijgend tot stand kan komen, maar dat zulks de partijen er niet van ontslaat, in geval van betwisting, de stilzwijgend gesloten overeenkomst met geschriften te bewijzen.

Toch lijkt de opvatting dat derden het bestaan en de omvang van de volmacht door alle middelen rechtens kunnen aantonen, me juist: derden kunnen weliswaar aan hun medecontractant vragen dat die hun zijn procuratie vertoont, maar zij verkeren niet in de mogelijkheid *zelf*, vooraf, een schriftelijk bewijs van de procuratie *op te stellen*, — en dit inderdaad om de afdoende reden dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid door de lastgever wordt verleend. Artikel 1341 B.W. is ten enenmale niet toepasselijk op de medecontractant van de beweerde lasthebber, wat betreft het bewijs van het bestaan en de omvang van het mandaat.

De Franse doctrine blijft evenwel de mening toegedaan dat ook derden het bewijs van het mandaat moeten leveren, met inachtneming van artikel 1341 B.W.²¹.

Ons Hof van Cassatie heeft zich daarentegen duidelijk uitgesproken voor de opvatting dat derden het mandaat door alle middelen rechtens mogen aantonen²². Maar de lagere rechtspraak heeft deze mening niet steeds gevolgd²³.

6. Ofschoon er, theoretisch gezien, een duidelijk onderscheid bestaat tussen het stilzwijgend mandaat van het gemene recht en het schijnmandaat, komen beide rechtsfiguren, in geval van betwisting, voor de derde-medecontractant van de beweerde lasthebber nagenoeg op hetzelfde neer. Weliswaar werd in het eerste geval werkelijk, ofschoon stilzwijgend, volmacht verleend, terwijl zulks bij

¹³ W. VAN GERVEN, *Beginnelen van het Belgisch privaatrecht, I, Algemeen deel*, nrs. 78-83; J. RONSE en K. VAN HULLE, «Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen», *T.P.R.*, 1978, 743, nr. 76; P. VAN OMMESLAGHE, «L'apparence comme source autonome d'obligations et le droit belge», *Rev. dr. intern. et dr. comp.*, 1983, 144-160.

¹⁴ Dit lijkt o.m. de opvatting te zijn van L. VINCENT, «La théorie de l'apparence», *Travaux et Conf. U.L.B.*, 1957, blz. 156 e.v., in het bijzonder nrs. 13 e.v., volgens wie het creëren of laten ontstaan van een niet met de werkelijkheid strokende schijntoestand *ipso facto* foutief zou zijn. Uit de schade — de gecreëerde schijntoestand — wordt derhalve de fout afgeleid.

¹⁵ *D.*, 1963, 277, met noot CALAIS-AULOY, *J.C.P.*, 1963, II, 13105, met noot ESMEIN.

¹⁶ Cass. fr., 29 april 1969 (twee arresten), *D.-S.*, 1970, 23, met noot CALAIS-AULOY, *J.C.P.*, 1969, 15792, met noot LINDON; 5 januari 1970, *D.-S.*, 1970, S., 45; 16 januari 1970, *D.-S.*, 1970, S., 173; 14 december 1976 en 15 juni 1977, *J.C.P.*, 1978, II, 18864 en 18865.

In sommige arresten, kort na dat van 13 december 1962, schijnt de *Cour de cassation* een strenger criterium te hanteren: de dwaling moet «commune» zijn (bv. Cass. fr., 30 november 1965, *Rev. Prat. Not.*, 1967, 374), maar weldra werd teruggekeerd naar de «croyance légitime».

¹⁷ ASSER-VAN DER GRINTEN, I, *De vertegenwoordiging*, 1977, blz. 28-29.

¹⁸ DE PAGE, V., nrs. 399, B en 400. Vgl. J. FALLY, noot onder Luik, 28 oktober 1946, *R.C.J.B.*, 1948, 77-79.

¹⁹ KLUYSKENS, IV, nr. 514, *in fine*; LAURENT, XXVII, nr. 453; PLANIOL en RIPERT, XI, 2e druk, 1954, nr. 1453.

²⁰ DE PAGE, *loc. cit.*; *A.P.R.*, v° «Lastgeving», nr. 106.

²¹ *Enc. Dall., Droit civil*, v° «Mandat», nr. 128; *Jurisc. civ.*, artt. 1984-1990, nrs. 36-38, met veel verwijzingen: «On explique cette particularité par le fait que le tiers qui traite avec le mandataire n'est pas un véritable tiers étranger au contrat de mandat, puisque la validité de l'acte juridique qu'il va passer avec le mandataire, dépend de l'existence de ce mandat.»

²² Cass., 18 september 1964, *R.W.*, 1965-66, 1103; 29 mei 1974, *R.W.*, 1974-75, 348; 17 november 1976, *R.W.*, 1976-77, 1517; 12 september 1977, *R.W.*, 1977-78, 1044; 18 december 1980, *R.W.*, 1981-82, 2098.

²³ Zie, voor meer details, *A.P.R.*, v° «Lastgeving», nr. 106; *Rép. notarial*, v° «Mandat», nr. 29.

Een recente beslissing in de zin van het Hof van Cassatie is bv. Brussel, 22 januari 1981, *R.W.*, 1981-82, 749.

schijnmandaat uiteraard niet het geval was. Maar, bij onderstelling, betwist en ontkent de volmachtgever de verleende volmacht in het eerste geval. Derhalve moet de derde, *in beide gevallen*, op basis van de gedragingen van en de verhoudingen tussen volmachtgever en gevolmachtigde, aantonen dat hij gerechtigd was deze gedragingen en verhoudingen aldus te interpreteren dat er effectief vertegenwoordigingsbevoegdheid was. Wat de volmachtgever, in geval van gemeenrechtelijk stilzwijgend mandaat, werkelijk heeft gewild, blijft voor de derde een academische vraag die hij overigens nooit zal kunnen beantwoorden.

«L'admission d'une volonté tacite suppose toujours un *raisonnement*, une *induction*.»²⁴ Maar ook de theorie van het schijnmandaat «suppose que l'observateur de certains faits croit pouvoir *en déduire* l'existence d'une situation de droit qui en réalité n'existe pas, (...) mais néanmoins à (certaines) conditions, on acceptera les conséquences ou certaines des conséquences qui auraient été attachées à la situation juridique si elle s'était réellement produite»²⁵.

In beide gevallen wordt de volmachtgever derhalve gebonden geacht op basis van de *vertrouwensleer*: de derde die de door de vertegenwoordigde gestelde gedragingen en gecreëerde verhoudingen aldus interpreteerde en mocht interpreteren dat de vertegenwoordigde aan de wederpartij van de derde (een bepaalde mate van) vertegenwoordigingsbevoegdheid verleende, mag in zijn rechtmatig vertrouwen niet worden beschaamd.

Het is evenwel duidelijk dat een dergelijke oplossing, die misschien niet met de werkelijkheid strookt en die in elk geval door de vertegenwoordigde wordt ontkend, slechts acceptabel kan zijn, voor zover de feiten en verhoudingen waaruit de vertegenwoordigingsbevoegdheid wordt afgeleid, aan de vertegenwoordigde kunnen worden *toegerekend*²⁶ — hetgeen niet inhoudt dat deze daarom een fout moet hebben bedreven.

In geval van gemeenrechtelijk stilzwijgend mandaat zal aan deze voorwaarde, *ex hypothesi*, steeds zijn voldaan. Maar in geval van schijnmandaat houdt het zoëven gezegde in dat er geen plaats is voor enige gebondenheid van de vertegenwoordigde, wanneer de gecreëerde schijn niet door hem, maar bv. door de vertegenwoordiger in het leven werd geroepen. Zulks werd in de eerder geciteerde Franse rechtspraak trouwens telkenmale onderstreept²⁷.

7. Het op het gebruik gebaseerd stilzwijgend mandaat vloeit eerder voort uit de noodwendigheden van de rechtszekerheid.

Dit wordt mooi geïllustreerd door het huishoudelijk mandaat van de gehuwde vrouw. Zoals De Page & Dekkers²⁸ overtuigend aantoonde, vloeiende de bevoegdheid van de gehuwde vrouw niet zozeer voort uit een vertegenwoor-

digingsbevoegdheid haar verleend door haar echtgenoot, maar ging het om een eigen bevoegdheid, haar rechtstreeks verleend door onze zeden.

En heel terecht voegen zij eraan toe²⁹ dat het huishoudelijk mandaat van de gehuwde vrouw een kwestie is van «*crédit apparent*, les tiers n'ayant guère de moyen de vérification; aussi la sécurité des tiers doit-elle primer les intentions plus ou moins secrètes du mari».

Ook in Nederland wordt geleerd³⁰ dat een volmacht besloten kan liggen in een bepaalde rechtsverhouding. «Een overeenkomst, waarbij een partij een functie krijgt die naar wet of *verkeersgebruik*, vertegenwoordigingsbevoegdheid meebrengt, sluit een volmacht in. De *aard van de functie* zal bepalend zijn voor de inhoud van de volmacht, voor zover niet duidelijk door de volmachtgever anders is bepaald.» Centraal staat derhalve de idee van hetgeen, naar verkeersgebruik, wenselijk is.

Het op een algemeen gebruik gebaseerd stilzwijgend mandaat kan dan ook wellicht omschreven worden als een *mandat de nécessité*³¹, opgelegd door de noodwendigheden van het rechtsverkeer. Zijn grondslag blijkt niet zozeer te liggen in het vertrouwensbeginsel als wel in de bescherming van de rechtszekerheid.

Dit zou dan op zijn beurt impliceren dat de omstandigheden waaruit dit mandaat wordt afgeleid, niet noodzakelijkerwijze aan de vertegenwoordiger toegerekend moeten kunnen worden: *het algemeen belang* van de verkeersnoodwendigheden zou, in gevallen als deze, soms meebrengen dat de volmachtgever gehouden is door onbevoegd optreden van de gevolmachtigde, zelfs indien de omstandigheden waaruit derden het bestaan, resp. de omvang van de volmacht afleiden, niet aan de volmachtgever kunnen worden toegerekend³².

Bij een op het algemeen gebruik gebaseerd mandaat zou de derde trouwens, althans in deze optiek, vlugger de vertegenwoordigingsbevoegdheid mogen aannemen dan in geval van gemeenrechtelijk stilzwijgend mandaat, resp. schijnmandaat.

Indien het voorgaande juist is, begrijpt men ten slotte dat men hoogst omzichtig moet omspringen met het mandaat, gebaseerd op een «algemeen erkend gebruik».

8. De vorige analyse mag overigens niet doen vergeten dat de scheidingslijn tussen gemeenrechtelijk stilzwijgend mandaat, gebruikelijk stilzwijgend mandaat en schijnmandaat in elk geval erg vaag is.

²⁹ *Op. cit.*, *loc. cit.*

³⁰ ASSER-VAN DER GRINTEN, I, *De vertegenwoordiging*, 1977, blz. 27.

³¹ Noot THUILLIER onder Cass. fr., 2 oktober 1974, *J.C.P.*, 1976, 18247. Vgl. L. SIMONT en J. DE GAVRE, *R.C.J.B.*, 1977, 382: «Ces mandats (fondés sur l'usage) éclosent dans des situations où les rapports qui existent entre les parties rendent pratiquement nécessaire que l'une puisse agir pour le compte de l'autre, et que la première ait reçu de la seconde pouvoir de le faire». Vgl. *R.P.D.B.*, VII, v° «Mandat», nr. 170.

³² VAN GERVEN, *op. cit.*, blz. 222, die weliswaar enkel spreekt over schijnvertegenwoordiging, waaraan hij een dubbele grondslag geeft: rechtszekerheid en billijkheid. Ik hoop zijn ideeën geen onrecht aan te doen door de schijnvertegenwoordiging gebaseerd op de goede trouw, in bepaalde opzichten, gelijk te stellen met het gemeenrechtelijk stilzwijgend mandaat, en door de schijnvertegenwoordiging gebaseerd op de rechtszekerheid, in bepaalde opzichten te assimileren met het op het gebruik gebaseerd mandaat.

²⁴ DE PAGE, III, blz. 528, noot I; *R.P.D.B.*, VII, v° «Mandat», nr. 167.

²⁵ P. VAN OMMESSLAGHE, *art. cit.* (zie noot 13), blz. 144.

²⁶ Vgl. W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, blz. 221.

²⁷ Bv. Cass. fr., 5 maart 1980, *Bull. Civ.*, 1980, IV, nr. 116, blz. 90: «que (la cour d'appel) a ainsi fait ressortir que Le Bihar avait pu légitimement croire qu'Armand agissait comme mandataire du GIE qui n'était pas étranger à l'apparence invoquée»; 25 februari 1980, *ibid.*, nr. 94, blz. 74: «que la société X n'était pas étrangère à l'apparence ainsi créée».

²⁸ X, nr. 587, blz. 573.

Voor derden rijst, bij ontkenning van de vertegenwoordigingsbevoegdheid door de lastgever, steeds hetzelfde probleem: aangezien de derde, *ex hypothesi*, niet over een schriftelijk bewijs van de procuratie beschikt, moet hij aantonen dat het voor hem aannemelijk was in de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de vertegenwoordiger te geloven. De categorieën «stilzwijgend mandaat, op de gebruiken gebaseerd mandaat en schijnmandaat» dienen enkel om de verschillende situaties waarin de derde zich bij de bewijslevering van de volmacht kan bevinden, min of meer te systematiseren.

9. Indien de derde er niet in slaagt een stilzwijgend, resp. een schijnmandaat te bewijzen, kan hij eventueel soelaas vinden in de *bekräftiging* door de lastgever van de door de lasthebber zonder vertegenwoordigingsbevoegdheid verrichte handelingen.

De lastgever kan immers de door de lasthebber verrichte handeling bekräftigen, waardoor hij zich de door de mandataris gestelde daad, die voor hem oorspronkelijk een *res inter alios* was, toeëigent. Tussen de lastgever en de wederpartij van de lasthebber werkt de bekräftiging terug tot op de dag dat de bekräftigde handeling tussen de lasthebber en diens wederpartij tot stand kwam.

De bekräftiging kan uitdrukkelijk of stilzwijgend geschieden.

Ze is stilzwijgend, wanneer de wil tot bekräftiging met zekerheid uit bepaalde gedragingen of handelingen van de lastgever kan worden afgeleid.

De niet-afkeuring door de mandant van de door de lasthebber buiten diens vertegenwoordigingsbevoegdheid gestelde handeling houdt op zichzelf evenwel nog geen bekräftiging in. Bijkomende feitelijke elementen kunnen aan het uitblijven van ontkenning of protest echter wel de draagwijdte van een bekräftiging verlenen³³.

De feitenrechter beslist of de aangevoerde elementen al dan niet als bekräftiging kunnen gelden; zijn onaantastbare beoordeling in feite kan hoogstens marginaal door het Hof van Cassatie worden getoetst.

De notaris is in beginsel geen lasthebber van de partijen

10. Wanneer de notaris zijn ambt verleent om een akte te verlijden van een tussen partijen gesloten overeenkomst, handelt hij niet als lasthebber van deze partijen, maar krachtens zijn wettelijke opdracht als openbaar ambtenaar.

Hetzelfde geldt, wanneer hij, conform artikel 1580 Ger. W., door de beslagrechter met een verkoop wordt belast: ook dan treedt hij op als «gerechtelijk mandataris», en niet als lasthebber van de eigenaar of van de vervolgende schuldeiser(s). Evenmin treedt hij op als lasthebber, wanneer hij is aangesteld in een procedure van gerechtelijke verdeling (artikel 1209, tweede lid, Ger. W.).

Samenvattend kan worden gesteld dat de notaris, wanneer hij handelt krachtens en binnen de perken van zijn wettelijke bevoegdheid, geen lasthebber is³⁴.

11. Niettemin kan worden aanvaard dat de notaris door

de partijen met een stilzwijgend mandaat wordt belast om zekere rechtshandelingen te verrichten die het normaal gevolg zijn van de door hem verleden akte, en die er als het ware een *accessorium* van vormen: betaling van rechten bv., vervullen van sommige formaliteiten die het verlijden van de akte voorafgaan of erop volgen (hypothecaire inschrijving, hernieuwing of doorhaling van de inschrijving), ofschoon het, in gevallen als deze, soms moeilijk is een onderscheid te maken tussen lastgeving en zaakwaarneming.

Wanneer een onroerend goed wordt verkocht «voor vrij en onbelast», en de koopsom door de koper in handen van de notaris wordt betaald, kan daaruit een stilzwijgend mandaat worden afgeleid, krachtens hetwelk de koper de notaris ermee belast de goederen te zuiveren met de hem toevertrouwde koopsom³⁵.

Anderzijds wenst een lener soms, met de door hem ontleende gelden, een vroegere hypothecaire schuld terug te betalen. Het is dan zijn bedoeling de hypothecaire inschrijving tot zekerheid van de terugbetaalde schuld te doen doorhalen, en aan zijn nieuwe schuldeiser, de uitlener bij de tweede lening, een hypotheek in eerste rang toe te staan. Wanneer de uitgeleende som in dergelijke situaties aan de notaris wordt toevertrouwd, blijkt uit het geheel van de zoëven opgesomde omstandigheden dat de notaris de som ontving, in naam en voor rekening van de lener, met als opdracht de nog openstaande schuld te betalen. Geeft de notaris niettemin aan de hem aldus overgemaakte bedragen een andere bestemming, dan moet de lener daarvan de gevolgen dragen: de uitgeleende som werd immers ter beschikking van zijn lasthebber gesteld³⁶.

In deze laatste gevallen kan men inderdaad van een stilzwijgend mandaat van de notaris spreken: de handelwijze van de partijen, en met name van de koper, resp. de lener kunnen nauwelijks anders worden uitgelegd dan dat de notaris, in hun naam, de hypothecaire schuld(en) zal betalen.

Is de notaris lasthebber krachtens een algemeen erkend gebruik?

12. In afwezigheid van dergelijke omstandigheden, kan de vraag worden gesteld of de notaris niet, krachtens een algemeen erkend gebruik³⁷, kan worden beschouwd als de lasthebber van zijn cliënt, en of, met name, de betaling gedaan door de schuldenaar aan de notaris van zijn schuldeiser, de schuld niet doet verdwijnen.

De rechtsleer beantwoordt deze vraag negatief. Aldus leert De Page³⁸ dat men uiterst behoedzaam moet zijn met

januari 1936, *Rev. Prat. Not.*, 1936, 401; Rb. Antwerpen, 2 juni en 15 juni 1938, *R.W.*, 1938-39, 135 en 139; Rb. Brussel, 3 december 1941, *Rev. Prat. Not.*, 1942, 154; Antwerpen, 9 juni 1981, *Rec. gén. enr. not.*, 1982, 256, nr. 22755.

³⁵ Cass., 9 juni 1970, *Rev. Not. B.*, 1973, 406; Rb. Antwerpen, 23 december 1950, *J.T.*, 1951, 385.

³⁶ LAURENT, XXVII, nr. 368; *R.P.D.B.*, VII, v° «Mandat», nr. 214; *R.P.D.B.*, VIII, v° «Notaire», nr. 2138; Brussel, 25 mei 1938, *Rev. Prat. Not.*, 1938, 536; Rb. Charleroi, 14 januari 1938, *Rev. Prat. Not.*, 1938, 566. Vgl. Rb. Bergen, 10 januari 1903, *Pas.*, 1903, III, 166; Brussel, 4 december 1912, *Pas.*, 1913, II, 55.

³⁷ Zie, over de juiste betekenis van deze term, o.m. Cass., 29 mei 1947, *Pas.*, 1947, I, 216, met noot R.H.

³⁸ V, nr. 379, B.

³³ Cass., 26 juni 1947, *Pas.*, 1947, I, 295.

³⁴ LAURENT, XXVII, nrs. 369, 333 en 385; DE PAGE, II, nr. 1075, en V, nr. 363; *R.P.D.B.*, VII, v° «Mandat», nr. 204; *A.P.R.*, v° «Lastgeving», nr. 122; Rb. Oudenaarde, 14 juli 1899, *Rec. gén. enr. not.*, 1902, 40, nr. 13374; Rb. Antwerpen, 14

de stilzwijgende mandaten, op het gebruik gebaseerd. «A fortiori en est-il de même des prétendus mandats tacites conférés aux notaires par leurs clients quant à l'exécution (payements notamment) des contrats dont acte a été passé en l'étude. Il n'existe aucun usage à cet égard».

Toch is er zekere rechtspraak die, samen met andere factoren, tot een mandaat van de notaris besluit, op basis van een algemeen erkend gebruik, en mede *rekening houdend met de notariële functie*, al moet worden erkend dat deze rechtspraak meestal betrekking heeft niet op de terugbetaling van een lening maar wel op de terugbetaling van een koopsom in handen van de werkende notaris, na een veiling of na een onroerend beslag³⁹.

13. Zeker in verband met de terugbetaling van een lening, kan m.i. geen beroep worden gedaan op het bestaan van een voldoende verspreid algemeen gebruik, op basis waarvan de notaris van de schuldeiser zou kunnen worden geacht de schuldeiser te vertegenwoordigen.

Voorzeker zijn er talloze omstandigheden waarin terugbetaling door de schuldenaar, via de notaris, gemakkelijker is, en administratieve rompslomp vermijdt. Maar deze opportuniteitsoverwegingen kunnen niet opwegen tegen het belang van de schuldeiser: indien de schuldenaar niet de moeite heeft willen doen te handelen «volgens het boekje», d.w.z. volgens de bewoordingen van de leningsakte, en indien het achteraf misloopt — doordat de notaris de hem toevertrouwde gelden verduistert — gaat het niet aan de schuldeiser daarvan de gevolgen te doen dragen, onder het mom van een stilzwijgend of op de gebruiken gevestigd mandaat van de notaris. Het is daarentegen de schuldenaar die de gevolgen van zijn handelwijze onder ogen zal moeten zien: hij verkoos immers te betalen aan een andere dan aan zijn schuldeiser.

14. Men is geneigd iets milder te oordelen in verband met de betaling van de koopsom in handen van de notaris.

Na de veiling van een onroerend goed, of na toewijzing die aanleiding moet geven tot een rangregeling, lijken zowel de gebruiken als de aard van de rechtsbetrekkingen zelf de notaris aan te wijzen als de «gemeenschappelijke ontvanger», die de koopsom, in naam van alle gerechtigden en belanghebbenden, zal innen, om ze daarna haar uiteindelijke bestemming te geven.

Toch blijkt ook hier, volgens de overwegende rechtsleer en rechtspraak, het enkele feit dat het om een veiling of (gedwongen) openbare verkoop (na uitvoerend beslag) gaat, onvoldoende om de notaris als lasthebber van de verkoper te beschouwen.

Uiteraard zijn er geen problemen, als de verkoopsvoorwaarden uitdrukkelijk bepalen dat de koopsom betaald moet worden aan de notaris (zie verder nr. 17). Maar in het tegenovergestelde geval moet, in afwezigheid van indicieën

in een andere zin, de notaris aan wie de koper betaalt, als diens lasthebber worden beschouwd⁴⁰.

Trouwens, zelfs indien de verkoopsvoorwaarden vermelden dat de koper de koopsom in handen van de notaris kan betalen, heeft deze koper nog steeds de mogelijkheid de koopsom in de Deposito- en Consignatiekas te storten⁴¹. Deze regeling, die een innovatie van het Gerechtelijk Wetboek uitmaakt, lijkt me niet te pleiten voor een algemeen gebruik dat de notaris als lasthebber zou aanwijzen, ook niet voor het ontvangen van de koopsom.

Niettemin zou ik dit standpunt enigermate willen nuanceren. Zoals later moge blijken, kan een mandaat tot ontvangen van de verschuldigde som uit een aantal indicieën worden afgeleid. Welnu, in het geval van een veiling of een verkoop na uitvoerend beslag, lijkt het feit zelf dat het om een veiling of een gedwongen verkoop gaat, als één van de vermoedens te kunnen gelden op grond waarvan het mandaat van de notaris kracht kan worden bijgezet.

15. In een arrest van de Franse *Cour de cassation*⁴² wordt overwogen «qu'il n'est pas d'usage, en raison de l'autorité et de l'honorabilité qui s'attachent à ses fonctions, de vérifier l'étendue des pouvoirs d'un notaire».

Ook bij ons werden dit gezag en deze eerbaarheid van de notariële functie ingeroepen, maar dan wel in een enigszins andere context. De notaris zou namelijk, wegens zijn eerbiedwaardige functie, in de morele onmogelijkheid verkeren zich een schriftelijk bewijs te verschaffen van de lastgeving waarmee hij door een cliënt werd belast. «Il y a un intérêt public en jeu: celui de ne point amoindrir, aux yeux des parties, la considération due au notaire dans l'exercice de ses fonctions, en lui imposant des obligations qui le ravaleraient au niveau d'un homme d'affaires ou de simple rédacteur d'actes»⁴³.

Hierbij dient allereerst te worden opgemerkt dat deze morele onmogelijkheid om zich een bewijs te verschaffen betwistbaar is, en door sommige rechtspraak effectief werd betwist⁴⁴.

En vervolgens geldt ze enkel *inter partes*. Ze kan met name niet tot gevolg hebben dat de schuldenaar aan de schuldeiser een betaling zou kunnen tegenwerpen die hij, de schuldenaar, heeft gedaan aan de notaris van de schuldeiser, op grond van de overweging dat de notaris, wegens zijn achtenswaardige functie, geen procuratie zou kunnen

⁴⁰ Vgl. Chr. ENGELS, *Het uitvoerend beslag op onroerend goed*, Antwerpen, 1981, nr. 569, blz. 368-370.

⁴¹ Vgl. J. BAUGNIET e.a., *Répertoire Notarial*, XIII, *Procédure notariale*, boek 4, t. 5, *De l'ordre*, nr. 41.

⁴² Cass. fr. Civ., 2 oktober 1974, *J.C.P.*, 1976, II, 18247, met noot THUILLIER. R. LANSIART bestempelt deze beslissing evenwel als «anormal» (noot onder dit arrest in *L'actualité juridique, éd. Propriété immobilière*, 1976, 608-609. Vgl. bij ons Rb. Tongeren, 5 maart 1948, *T. Not.*, 1948, 119: men mag weliswaar weigeren te onderhandelen met een lasthebber die geen volmacht kan vertonen; maar zulks zou het zakenleven, en, inzonderheid, de betrekkingen met de notarissen zozeer bemoeilijken dat er niet aan kan worden gedacht die houding als algemeen geldende regel aan te prijzen.

⁴³ Vred. Ieper, 13 april 1933, *Rev. Prat. Not.*, 1933, 516, met goedkeurende noot van J. VAN DER VORST. Vgl. Gent, 11 juli 1935, *Rev. Prat. Not.*, 1936, 120; *R.P.D.B.*, VIII, v° «Notaire», nr. 2143.

⁴⁴ Bv. Rb. Gent, 11 maart 1960, *T. Not.*, 1960, 171.

³⁹ Betaling van koopsom in handen van de notaris: Rb. Aarlen, 4 maart 1908, *Pas.*, 1908, III, 49; Gent, 4 december 1908, *Rev. Prat. Not.*, 1908, 727; Brussel, 22 februari 1939, *T. Not.*, 1939, 77; Rb. Doornik, 22 juni 1950, *Rev. Prat. Not.*, 1950, 329. Anders: Rb. Antwerpen, 2 juni en 15 juni 1938, *R.W.*, 1938-39, 135 en 139.

Terugbetaling van geleend kapitaal in handen van de notaris: Brussel, 6 februari 1937, *Rev. Prat. Not.*, 1937, 459; Tongeren, 5 maart 1948, *T. Not.* 1948, 119 (samen met andere elementen evenwel). Zie ook noot 45.

of moeten voorleggen. De schuldenaar die het er, ondanks de afwezigheid van een schriftelijke procuratie, toch maar op waagt aan de notaris in plaats van aan zijn schuldeiser te betalen, handelt op eigen risico⁴⁵.

En dit blijft gelden, indien de notaris de schuldenaar verzekerde dat alles in orde was, en dat hij inderdaad de bevoegdheid bezat de schuldeiser te vertegenwoordigen. In dit geval creëerde de notaris ongetwijfeld een schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid; en misschien was de schuldenaar, wegens de respectabiliteit van het notarisberoep, gerechtigd op deze schijn voort te gaan. Maar deze schijn kan aan de schuldeiser niet worden toegerekend, aangezien niet hij, maar de *in casu* niet respectabele notaris bedrieglijk de schijn creëerde⁴⁶.

Indien men er anders zou over oordelen, en derhalve de schuldeiser gebonden zou achten door de handeling van zijn zonder vertegenwoordigingsbevoegdheid optredende notaris, zou men niet zozeer te maken hebben met een stilzwijgend of met een schijnmandaat, maar met een noodzakelijk mandaat, «imposé par la confiance indispensable à l'accomplissement de la haute mission impartie au Notariat»⁴⁷. De belangen van de schuldeiser zouden derhalve worden opgeofferd, omdat het rechtsverkeer eist dat men het woord van de notaris kan geloven, en omdat de rechtsbetrekkingen tussen de notarissen onderling en tussen de notarissen en hun cliënten in grote mate bemoeilijkt zouden worden, indien de notaris, desgevraagd, zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid zou moeten bewijzen.

Maar het lijkt hoogst twijfelachtig of men aldus aan de notaris een «noodzakelijk mandaat» mag verlenen.

16. In het geval waarover het Hof van Beroep te Gent, in zijn arrest van 5 april 1984, uitspraak deed, hadden de leners de terug te betalen som toevertrouwd aan hun notaris A. Nadat deze afrekening had ontvangen van notaris B, de notaris van de geldschieters die de hypothecaire leningsakte had verleden, betaalde notaris A, klaarblijkelijk als lasthebber van de inleners, de lening, in hoofdsom en interesten, terug aan notaris B.

Het zou vanwege notaris A ondelicaat zijn geweest, indien hij er bij zijn confrater, notaris B, wiens oneerlijke praktijken pas later aan het licht kwamen, op aangedrongen had een schriftelijke volmacht voor te leggen. Notaris A, mandataris van de inleners, bevond zich dus in de deontologische (quasi-)onmogelijkheid zich te verzekeren van het bestaan en van de omvang van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van notaris B. Bovendien had hij, krachtens de notariële gebruiken, en met name krachtens de gebruiken geldend in het arrondissement waar beide notarissen A en B kantoor hielden, de plicht om de terugbetaling via notaris B. te doen.

Maar ook deze omstandigheid kan niet worden afgewenteld op de schuldeisers. Het zijn de inleners die verkozen de terugbetaling te doen via hun notaris A; zij moeten dan

ook de gevolgen dragen van de deontologische terughoudendheid waartoe hun lasthebber gehouden was. De situatie van de schuldeisers kan niet verslechterd worden wegens het feit dat de schuldenaars verkozen hun schuld terug te betalen door tussenkomst van hun notaris.

Notaris lasthebber krachtens een beding van de notariële akte?

17. Men kan zich anderzijds de vraag stellen of de notaris, in een door hem verleden akte, geen beding zou kunnen inlassen waardoor hij tot lasthebber van één van de partijen zou worden aangesteld voor de uitvoering van sommige verbintenissen die voortvloeien uit de door de notariële akte vastgestelde overeenkomst.

Met name kan de vraag gesteld worden of de notaris die een akte-hypothecaire lening (of de verkoopvoorwaarden van een openbare verkoping) opstelt, in deze akte geen beding kan opnemen waardoor de uitlener-schuldeiser (of de verkoper) hem machtigt om, in zijn naam, de interesten en het kapitaal (of de koopsom) te ontvangen, en daarvan kwijting te geven.

Men denkt hier uiteraard aan artikel 8 van de Organieke Wet tot regeling van het Notarisambt, volgens hetwelk de notarissen geen akten mogen verlijden... waarin zijzelf partij zijn of waarin enige bepaling *te hunnen voordele* voorkomt.

Voornoemd artikel zou echter niet verbieden dat de partijen, naar aanleiding van de overeenkomst die zij door de notaris authentiek laten vaststellen, aan deze laatste een zekere vertegenwoordigingsbevoegdheid verlenen, mits het mandaat kosteloos is en de délicatesse in acht wordt genomen⁴⁸. Ten einde eventuele objecties te voorkomen, zou deze volmacht overigens eenzijdig, in een afzonderlijke, *onderhandse* procuratie door de opdrachtgever kunnen worden omschreven, en aan de medecontractant en de gevolmachtigde kunnen worden overhandigd.

18. Hetgeen in elk geval kan — en ook frequent gebeurt — is dat in de (lenings)akte wordt bedongen dat de terugbetaling van interesten en kapitalen zal geschieden ten kantore van de instrumenterende notaris. Bovendien kiezen de partijen veelal, in één adem als het ware met de clause houdende aanduiding van de plaats van betaling, woonplaats ten kantore van de notaris voor de uitvoering van de in de notariële akte vastgestelde overeenkomst.

Wat is de draagwijdte van een dergelijke keuze van woonplaats?

Allereerst dient eraan te worden herinnerd dat de gekozen woonplaats niet hetzelfde betekent in het burgerlijk recht (art. 111 B.W.) als in het procesrecht (art. 40 Ger. W.). In het burgerlijk recht is de keuze van woonplaats het gevolg van een wilsovereenstemming, terwijl het in het procesrecht om een eenzijdige rechtshandeling gaat⁴⁹.

⁴⁵ Toch staat Brussel, 22 februari 1939, *T. Not.*, 1939, 77, *Rev. Prat. Not.*, 1940, 512, derden, i.c. de koper, eveneens toe de aard van de notariële functie in te roepen om, in combinatie weliswaar met de gebruiken, het stilzwijgend mandaat te bewijzen.

⁴⁶ Bv. Luik, 8 mei 1936, *Rev. Prat. Not.*, 1938, 55, *Pas.*, 1937, II, 109, *J. Liège*, 1936, 281; Gent, 30 juni 1959, *T. Not.*, 1959, 222.

⁴⁷ THUILLIER, eerder gecit. noot.

⁴⁸ *R.P.D.B.*, VIII, v° «Notaire», nr. 614; *P.B.*, v° «Usages corporatifs des notaires», nr. 1054; *Werken Com. Studie & Wetgev.*, 1954, blz. 233-240; *anders*: P. HARMEL, *Rép. Not., Organisation et déontologie du notariat*, nr. 292; P. WATELET, *La rédaction des actes notariés*, 3e druk, 1980, blz. 384.

⁴⁹ Cass., 10 december 1971, *Pas.*, 1972, I, 356, met noot E.K., *R.W.*, 1971-72, 1143 en 1742, met noot W. MELIS-W. BRONE.

19. Er wordt geleerd⁵⁰ dat de keuze van woonplaats in het burgerlijk recht een beperkte draagwijdte heeft. Keuze van woonplaats, met het oog op de uitvoering van een akte, brengt mee dat de op deze akte betrekking hebbende betekenissen, rechtsvorderingen en vervolgingen aan de overeengekomen woonplaats en voor de rechter van die woonplaats geschieden. De draagwijdte van de conventionele keuze van woonplaats is dus louter procesueel. Ze heeft met name niet tot gevolg de plaats te bepalen waar de overeenkomst moet worden uitgevoerd.

Deze opvatting is echter betwistbaar: de draagwijdte van de conventionele keuze van woonplaats hangt af van de desbetreffende overeenkomst der partijen.

En men ziet niet goed in waarom de keuze van woonplaats niet zou kunnen meebrengen dat ook de *vrijwillige* uitvoering van de overeenkomst dient te geschieden in de gekozen woonplaats⁵¹.

Aangezien art. 111 B.W. de gevolgen van de keuze van woonplaats evenwel limitatief opsomt, leiden sommigen daaruit af dat wie aan de keuze van woonplaats een ruimere draagwijdte wil geven dan bepaald in art. 111 B.W., daartoe een bijzonder beding of clause dient te gebruiken⁵². Dit lijkt me, theoretisch gezien, niet helemaal correct: de werkelijke bedoeling van de partijen primeert op de door hen gebruikte bewoordingen. En indien uit bepaalde omstandigheden impliciet, maar zeker blijkt dat partijen aan de keuze van woonplaats andere gevolgen wensen te hechten dan bepaald door art. 111 B.W., dan moet hun werkelijke wil op dit gebied geëerbiedigd worden.

Het is wel juist dat de gekozen woonplaats een uitzondering vormt op het beginsel van de eenheid van woonplaats, en aan een fictieve woonplaats de voorrang geeft boven de reële woonplaats. In geval van twijfel zal de draagwijdte van de keuze van woonplaats dan ook beperkend worden geïnterpreteerd (beginsel van de specialiteit van de gekozen woonplaats).

Twijfel zal er echter, in gevallen als deze, niet zo dikwijls zijn: zoals gezegd wordt de keuze van woonplaats vaak in één adem genoemd met het beding volgens hetwelk de betalingen zullen geschieden ten kantore van de notaris.

Keuze van woonplaats ten kantore van de instrumenterende notaris *kan* derhalve, al naar gelang van de omstandigheden, de plaats aanduiden waar de overeenkomst moet worden uitgevoerd. De rechter die de keuze van woonplaats in deze zin zou interpreteren, zou de bewijskracht van de akte zeker niet miskennen. Maar de rechter die aan de keuze van woonplaats een restrictievere draagwijdte zou geven, zou dit evenmin doen, — behoudens wellicht het geval dat expliciet is bedongen dat de betalingen dienen te geschieden ten kantore van de notaris.

20. De in het kader van deze studie belangrijke vraag is echter of men niet verder kan gaan, en of de keuze van woonplaats, voor zover ze geschiedt bij een bepaald persoon, niet tot gevolg heeft deze persoon tot lasthebber te

constitueren van de partijen die bij hem keuze van woonplaats deden.

De rechtsleer is in elk geval van oordeel dat de keuze van woonplaats ten kantore van de notaris «voor de uitvoering van de overeenkomst», op zichzelf niet volstaat om aan de notaris het mandaat te verlenen betalingen te ontvangen en daarvan kwijting te geven⁵³. Wel kan de keuze van woonplaats één van de elementen vormen dat, samen met nog andere, toestaat te besluiten tot een stilzwijgend mandaat, resp. tot een schijnmandaat.

Wie bovendien van oordeel is dat ook derden de lastgeving in beginsel met geschriften moeten bewijzen (zie boven, nr. 5), aanvaardt dat de keuze van woonplaats een begin van bewijs door geschrift kan opleveren dat met vermoedens mag worden aangevuld⁵⁴.

Met deze stelling moet worden ingestemd. Ofschoon de keuze van woonplaats ten kantore van de werkende notaris, in bepaalde omstandigheden, en op grond van duidelijke indicieën, een volmachtverlening aan deze notaris *kan* impliceren, is zulks in de regel niet het geval. Het is niet zo dat de keuze van woonplaats geen andere betekenis en draagwijdte kan hebben dan het verlenen van volmacht voor de uitvoering van de in de notariële akte vastgestelde overeenkomst.

Op het eerste gezicht ziet men nochtans niet zo goed het nut in — althans voor de terugbetaling van een lening — van een keuze van woonplaats bij de notaris, wanneer deze keuze slechts tot gevolg zou hebben de plaats van de betaling aan te wijzen. Hoe moet men zich immers de situatie voorstellen, wanneer de notaris niet de bevoegdheid heeft om interesten en/of kapitalen te ontvangen, maar de betaling niettemin in zijn kantoor dient te geschieden? Er zullen toch, in elk geval, om praktische redenen, afspraken moeten worden gemaakt tussen schuldeiser en schuldenaar betreffende dag en uur waarop zij ten kantore van de notaris zullen verschijnen, ten einde aldaar te betalen, resp. de betaling in ontvangst te nemen. «Nous pensons que la clause (d.w.z. de keuze van woonplaats bij de notaris) peut être entendue en ce sens que le vendeur — maar hetzelfde geldt voor de uitlener — sera tenu de se présenter en l'étude du notaire, pour recevoir paiement, au jour qui sera fixé par l'acquéreur — of door de lener aan wie de overeenkomst overigens meestal weinig keuze zal laten — d'accord avec le notaire»⁵⁵.

Ook de verplaatsingsmoeilijkheden, voor zover die, in onze tijd, nog bestaan, worden door de keuze van woon-

⁵³ BAUDRY-LACANTINERIE en BARDE, *Des obligations*, II, nr. 1441; LAURENT, XVII, nr. 531; A. SCHICKS, «Mandat — Vente d'immeuble — Stipulation de paiement et élection de domicile en l'étude», *Rev. Prat. Not.*, 1931, blz. 98-100; DE PAGE, III, nr. 424, blz. 422, noot I; PLANIOL en RIPERT, 2e druk, VII, nr. 1155, en XI, nr. 1454, 5°, blz. 888; *R.P.D.B.*, VII, v° «Mandat», nrs. 217-227, en VIII, v° «Notaire», nrs. 615 en 2154; *A.P.R.*, v° «Lastgeving», nr. 124; *Enc. Dall., Droit civil*, v° «Paiement», nr. 59, en v° «Notaire», nr. 270; J.-V. LEBLOND, *Le notaire mandataire et sa responsabilité*, Parijs, 1935, blz. 134 e.v. met veel jurisprudentiële referenties; P. HARMEL en R. BOURSEAU, *La responsabilité civile des notaires*, 1964, blz. 286.

⁵⁴ *R.P.D.B.*, v° «Mandat», nrs. 220 en 254; PLANIOL en RIPERT, XI, nr. 1452.

⁵⁵ A. SCHICKS, noot onder Gent, 4 december 1908, *Rev. Prat. Not.*, 1908, 735.

⁵⁰ DE PAGE, I, nr. 335, en III, blz. 422, noot I.

⁵¹ Vgl. *R.P.D.B.*, v°, «Domicile élu», nr. 25; MARTY en RAYNAUD, *Droit civil, Les Personnes*, 3e druk, nr. 752: «Les effets de l'élection de domicile varient en étendue suivant l'intention des parties.»

⁵² *Juriscl. civ.*, artt. 102-111, nr. 20.

plaats eerder vergroot dan verminderd. Voor de schuldenaar heeft het beding in elk geval weinig zin, aangezien schulden in beginsel haalbaar zijn. Maar ook voor de schuldeiser is het nut van de aanwijzing van het notariskantoor als plaats van betaling op het eerste gezicht niet bestaande. ofwel gaat hij de schuld «halen» bij zijn schuldenaar, ofwel bedingt hij betaling te zijnen huize. Door betaling te bedingen ten kantore van de notaris, moet hij zich in elk geval verplaatsen.

Toch zijn er omstandigheden denkbaar waar de betaling ter studie, alleen reeds wegens het verplaatsingsprobleem, nuttig kan zijn⁵⁶. Dit zal met name het geval zijn, indien de uitgeleende som samengesteld is uit de «inbreng» van verschillende geldschietters: om de schuldenaar alsdan verschillende verplaatsingen te besparen, in de veronderstelling dat de schuld «draagbaar» werd gestipuleerd, wordt bedongen dat hij op één plaats zal betalen, nl. ten kantore van de notaris.

Al deze verklaringen zijn niettemin bijna volkomen achterhaald, nu de meeste betalingen per overschrijving geschieden.

De betaling ten kantore van de notaris wordt actueel wellicht verklaard hetzij door het spreekwoordelijk traditionalisme voor de notarissen, hetzij door hun verlangen de cliënten min of meer aan het kantoor te binden, hetzij door de volgende omstandigheid. Na betaling zal een notariële opheffingsakte moeten worden opgesteld. Volgens de notariële gebruiken is het de notaris van de schuldeiser die voor de opheffing zorgt. Vandaar de wenselijkheid dat de betaling ten kantore van deze laatste notaris geschiedt.

21. Terloops zij aangestipt dat het niet zo duidelijk en evident nut van de keuze van woonplaats ten kantore van de notaris een tweesnijdend argument is. Men kan eruit afleiden dat partijen in werkelijkheid bedoeld hebben de notaris volmacht te verlenen: dan wordt de keuze van woonplaats weliswaar ongetwijfeld zinvol, maar deze afleiding is nauwelijks verdedigbaar.

Men kan er echter evenzeer uit afleiden dat een keuze van woonplaats waarvan het nut twijfelachtig is, enkel de beperkte gevolgen heeft die art. 111 B.W. eraan hecht, en dat ze derhalve niet eens de plaats aanwijst waar de overeenkomst moet worden uitgevoerd.

22. De nogal overvloedige rechtspraak huldigt duidelijk het beginsel dat de keuze van woonplaats bij de notaris niet tot gevolg heeft deze tot lasthebber van een der partijen te constitueren. Aldus overwoog de Rechtbank te Antwerpen in een vonnis van 2 juni 1938⁵⁷ zeer duidelijk «dat de keuze

van woonplaats bij de notaris geen lastgeving meebrengt, zoals het trouwens algemeen door de rechtsleer en rechtspraak wordt aangenomen».

Dit geldt a fortiori, wanneer de keuze van woonplaats ten kantore van de notaris gepaard ging met een beding, volgens hetwelk de betaling dient te geschieden «in handen van de schuldeisers»: «Aangezien de akte van obligatie aan de (leners) oplegt: 'Alle betalingen, zo in hoofdsom als in interesten, zullen altijd moeten geschieden ten huize en op kwitantie van de geldschietter'; aangezien weliswaar in bewuste akte van obligatie partijen woonplaats hebben gekozen ten kantore van notaris X, dat die keuze geen lastgeving uitmaakt, en niet in het minst macht verleent de betalingen geldig te ontvangen en de kwijting te geven»⁵⁸.

23. Op te merken valt dat het geenszins tegenstrijdig is keuze van woonplaats te doen bij de notaris, en anderzijds betaling te bedingen in handen van de schuldeiser. De keuze van woonplaats preciseert de plaats waar moet worden betaald, ofschoon niet kan worden uitgesloten dat ze enkel de beperkte gevolgen inhoudt bedoeld door art. 111 B.W. Het beding van betaling in handen van de schuldeisers geeft aan, aan wie de lening terugbetaald moet worden.

In de onderstelling dat de keuze van woonplaats inderdaad de plaats van uitvoering aanwijst, leidt het naast elkaar lezen van beide bedingen derhalve tot de conclusie dat de terugbetaling zal geschieden ten kantore van de instrumenterende notaris, in handen van de schuldeisers die zich daar, ten bekwaamere tijd, zullen moeten bevinden.

24. Soms echter wordt bedongen: «Tot uitvoering dezer kiezen partijen woonplaats ter studie van de ondergetekende notaris (beding a). Alle betalingen zullen gedaan moeten worden ter woning van de schuldeiser of in die van zijn gevolmachtigde of rechthebbenden» (beding b).

Het Hof van Beroep te Gent⁵⁹ beoordeelde deze situatie als volgt. Beding a duidt het notariskantoor aan als plaats van betaling. Beding b wijst daarentegen de woonplaats van de schuldeiser of van zijn gevolmachtigde aan als plaats van betaling.

Tussen beide bedingen bestaat tegenstrijdigheid. Deze verdwijnt evenwel, indien men de notaris als gevolmachtigde van de schuldeiser beschouwt!

Het hoeft niet veel betoog dat deze redenering weliswaar spitsvondig is, maar dat ze evengoed omgekeerd kan worden: aangezien slechts op één plaats kan worden betaald, kan de keuze van woonplaats ten kantore van de notaris de plaats van betaling niet aanwijzen, en heeft ze dus enkel de beperkte gevolgen bedoeld door art. 111 B.W.

⁵⁶ F. LAURENT, XVII, nr. 531, blz. 517, die, in de diligence tijd, schreef: «Tout ce que les parties veulent, en indiquant l'étude de notaire comme lieu du paiement, c'est de procurer, à raison de la différence des lieux, une plus grande facilité, soit au créancier de recevoir, soit au débiteur de se libérer.»

⁵⁷ R.W., 1938-39, 135, gewijzigd door Brussel, 22 februari 1939, T. Not., 1939, 77, onder bevestiging van hetzelfde beginsel nochtans. Vgl. o.m. Rb. Bergen, 10 januari 1903, Pas., 1903, III, 166; Rb. Hoei, 17 mei 1922, Pas., 1923, III, 192; Luik, 9 maart 1923, Pas., 1923, II, 122, Rec. gén. enr. not., 1924, 189, nr. 16121; Hof Bordeaux, 21 december 1905, Rec. gén. enr. not., 1907, 412, nr. 14410, waar wordt aangestipt dat niet was bedongen dat de betaling aan de notaris diende te geschieden, maar enkel «ten kantore van de notaris» — «ce qui est différent».

⁵⁸ Rb. Antwerpen, 18 oktober 1934, R.W., 1934-35, 342. Vgl. Luik, 17 maart 1926, Rec. gén. enr. not., 1927, 270, nr. 16457; Rb. Nijvel, 12 mei 1908, Rev. Prat. Not., 1909, 117; Rb. Dijon, 6 augustus 1906, Rec. gén. enr. not., 1907, 404, nr. 14408.

⁵⁹ 23 februari 1956, R.W., 1956-57, 872, Rec. gén. enr. not., 1960, 238, met noot. Vgl. Brussel, 28 november 1904, Rev. Prat. Not., 1906, 317, Rec. gén. enr. not., 1906, 165, nr. 14193: «que si l'acte, qui se borne à mentionner, dans son préambule, l'intimée comme demeurant à Mons, sans autre adresse, ne cite pas le nom de son fondé de pouvoirs à Mons, il contient élection de domicile en l'étude du notaire résidant en cette ville, le désignant ainsi clairement comme ce fondé de pouvoirs»; er waren evenwel nog andere elementen die in de richting van een mandaat wijzen. Anders: Rb. Antwerpen, 2 april 1936, R.W., 1935-36, 1742: de schuldenaar had tot plicht het juiste adres van de schuldeiser te vragen!

Of art. 1162 B.W. hieraan veel kan veranderen, is niet zeker. Het betreft weliswaar een echte rechtsregel waarvan de schending tot cassatie aanleiding kan geven⁶⁰. Maar uit de door het Hof van Cassatie gekozen formulering zou blijken dat art. 1162 B.W. slechts kan worden toegepast, wanneer de andere in de artt. 1156 e.v. B.W. vervatte interpretatieregels geen uitkomst bieden⁶¹. Art. 1161 B.W. dat oplegt het ene beding — de keuze van woonplaats — uit te leggen in samenwerking met het andere beding — de betaling in de woning van de schuldeiser of van zijn gemachtigde —, en omgekeerd, maakt het, zoals zoëven betoogd, mogelijk de notaris bij wie keuze van woonplaats werd gedaan, als mandataris te beschouwen, maar laat evenzeer een interpretatie toe, volgens welke de keuze van woonplaats enkel de door art. 111 B.W. bedoelde gevolgen heeft. Anderzijds, pleit de regel dat bedingen die van het gemene recht afwijken, strikt geïnterpreteerd moeten worden, voor een interpretatie in deze laatste zin. Maar volgens sommigen⁶² is de restrictieve uitlegging van de van het gemene recht afwijkende bedingen op haar beurt gebaseerd op art. 1162 B.W.!

25. De rechtspraak aanvaardt daarentegen wel dat de keuze van woonplaats bij de notaris, *samen met* andere indicieën en elementen, kan inhouden dat aan de notaris mandaat werd verleend om de verschuldigde som in naam van de schuldeiser te ontvangen, en om daarvan kwijting te geven. Talloze vonnissen en arresten bieden hiervan een illustratie, al dient te worden erkend dat, indien de rechter uiteindelijk het mandaat van de notaris aanvaardt, resp. aanneemt dat een schijn van mandaat werd gecreëerd, de keuze van woonplaats ten kantore van de notaris bij de besluitvorming meestal slechts een ondergeschikte rol speelt⁶³.

Wanneer bedongen werd dat de betaling zal moeten geschieden «hetzij in handen en ten huize van de uitleners, hetzij ten kantore van de instrumenterende notaris», aanvaardt de rechtspraak nogal vlug dat de betaling ook *aan de notaris* kan worden gedaan⁶⁴. In dit geval hebben de leners immers, althans wat de plaats van betaling betreft, de keuze tussen de woonplaats van de uitleners en het notariškantoor. Het ligt dan nogal voor de hand hun deze keuze ook te laten met betrekking tot de persoon aan wie rechts-

geldig kan worden betaald, ofschoon een andersluidende interpretatie me niet onverdedigbaar lijkt.

Notarisklerk treedt op als gevolmachtigde van de uitleners

26. Indien uit de notariële akte of uit enige andere onderhandse akte niet blijkt dat de notaris volmacht had om betaling te ontvangen, — hetgeen zelden het geval zal zijn — zal de schuldenaar die zijn schuld in handen van deze notaris heeft betaald, diens volmacht met vermoedens moeten bewijzen. Hij zal een «geheel van gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens» moeten aanvoeren, waaruit volgens hem de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de notaris blijkt. In hetgeen volgt zullen enkele van deze vermoedens ter sprake komen. Het past daarbij vooraf vier opmerkingen te maken.

— Het is duidelijk dat volledigheid ter zake nauwelijks bereikbaar is. Het is gewoonweg niet doenbaar alle elementen op te sommen die, al naar gelang van de omstandigheden, een mandaat van de notaris waarschijnlijk maken. De hier gegeven opsomming is dus zeker niet exhaustief; enkel worden een aantal factoren die nogal vaak als vermoeden worden ingeroepen, aan een kort onderzoek onderworpen.

— De schuldenaar zal in zijn bewijsopdracht slechts slagen, indien hij een *geheel* van vermoedens aanvoert: geen van de aangehaalde vermoedens is op zichzelf dus decisief; maar, samen met andere elementen, kan het ingeroepen feit wel een vertegenwoordigingsbevoegdheid van de notaris aannemelijk maken. Zo is bv. gebleken dat de keuze van woonplaats ten kantore van de instrumenterende notaris op zichzelf zeker niet volstaat om diens volmacht te bewijzen, maar dat ze, aangevuld met andere elementen, eventueel tot dit resultaat kan leiden.

— Het is erg moeilijk, zo niet onmogelijk, ter zake algemene regels te formuleren: elke situatie is verschillend; hetgeen in de ene situatie als een voldoende bewijs kan overkomen, zal in de andere mogelijk niet overtuigend zijn. De feitenrechter beoordeelt overigens op onaantastbare wijze de pertinentie en de bewijswaarde van de ingeroepen vermoedens.

— Meestal is in de notariële leningsakte bedongen dat de terugbetaling dient te geschieden «aan de schuldeiser (of aan zijn gevolmachtigde)». Mag de schuldenaar, in deze omstandigheden, *met vermoedens* bewijzen dat de notaris als gevolmachtigde optrad, en dat hij, schuldenaar, rechtsgeldig aan de notaris kan betalen? Is dit geen bewijs tegen en boven de inhoud van de akte, dat door art. 1341 B.W. wordt verboden⁶⁵?

Deze objectie steunt m.i. evenwel op een verwarring: er is enerzijds de leningsakte waarin de terugbetalingsmodaliteiten worden gepreciseerd. Anderzijds is er, volledig los van de leningsakte, de aan de notaris verleende vertegenwoordigingsbevoegdheid.

In de leningsakte is de schuldenaar uiteraard partij; en, als dusdanig, mag hij niet met vermoedens bewijzen tegen of boven de inhoud van de akte: indien bv., in afwijking van art. 1239 B.W., zou zijn bedongen dat aan de schuldeiser persoonlijk moet worden betaald, met uitdrukkelijke

⁶⁰ Cass., 22 maart 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 860.

⁶¹ Vgl. R. KRUTHOF, «Overzicht van rechtspraak (1974-1980). Verbintenissen», *T.P.R.*, 1983, 594, nr. 93.

⁶² O.m. Nov., *Droit civil*, IV, vol. 2, *La portée des contrats*, nrs. 559-560.

⁶³ Rb. Oudenaarde, 14 juli 1899, *Rec. gén. enr. not.*, 1902, 41; Brussel, 5 december 1901, *Rec. gén. enr. not.*, 1901, 537; Rb. Aarlen, 25 maart 1903, *Rec. gén. enr. not.*, 1905, 311; Rb. Brussel, 24 juni 1903, *Pas.*, 1904, III, 14; Brussel, 28 november 1904, *Rev. Prat. Not.*, 1906, 317; Cass. fr., 2 januari 1907, *Rec. gén. enr. not.*, 1911, 41; Rb. Nijvel, 11 februari 1908, *Pas.*, 1908, III, 191; Rb. Aarlen, 4 maart 1908, *Pas.*, 1909, III, 49; keuze van woonplaats vormt een begin van bewijs door geschrift van het notariël mandaat; Rb. Bergen, 3 april 1913, *Pas.*, 1913, III, 213; Rb. Tongeren, 5 maart 1948, *T. Not.*, 1948, 119; Rb. Antwerpen, 23 december 1950, *J.T.*, 1951, 385.

⁶⁴ Brussel, 6 februari 1937, *Pas.*, 1937, II, 114, *Rev. Prat. Not.*, 1937, 459; Brussel, 2 februari 1938, *Rev. Prat. Not.*, 1938, 176.

⁶⁵ Vgl. Luik, 8 mei 1936, *Rev. Prat. Not.*, 1938, 55, *Pas.*, 1937, II, 119.

uitsluiting van de mogelijkheid van betaling aan enige lasthebber, zou de schuldenaar niet met vermoedens mogen bewijzen dat toch werd overeengekomen dat aan een lasthebber mocht worden betaald.

Bij de rechtsverhouding evenwel waaruit de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de notaris voortvloeit, is de schuldenaar geen partij. Deze rechtsverhouding mag hij dan ook, zoals betoogd (zie boven, nr. 5), door alle middelen rechtens bewijzen. En een zodanig bewijs vormt geen bewijs tegen of boven de inhoud van de leningsakte; het betreft het bewijs van een *ander* negotium waarvan geen akte werd opgesteld en waarover de notariële leningsakte het stilzwijgen bewaart.

Overigens geldt in elk geval dat de schuldenaar, ondanks de bewoordingen van de leningsakte, door alle middelen rechtens mag bewijzen dat de schuldeiser achteraf, door een *nieuwe* rechtshandeling, de notaris als zijn vertegenwoordiger heeft aangesteld⁶⁶.

27. Als element waaruit de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de notaris zou moeten blijken, wordt nogal vaak aangevoerd dat de notaris de *gewone notaris* van de schuldeiser was.

Dit element lijkt me evenwel niet op enig mandaat te wijzen: wie over een groot vermogen beschikt, en voor al zijn verrichtingen — geldplaatsingen, verkopen, e.d.m. — steeds een beroep op dezelfde notaris doet, verleent daardoor niet, ook niet impliciet, aan deze notaris de hoedanigheid van zijn lasthebber.

De notaris die aan de door partijen gesloten overeenkomsten authenticiteit verleent, handelt immers, zoals betoogd (zie boven, nr. 10), krachtens een wettelijke opdracht, als openbaar ambtenaar, en geenszins als lasthebber. En de omstandigheid dat hij veelvuldig als openbaar en authenticerend ambtenaar voor een der partijen optreedt, verandert daaraan niets.

28. Veelal echter gaat de notaris zijn strikte rol van openbaar ambtenaar te buiten, en speelt hij een min of meer actieve rol bij het sluiten van het *negotium*, van de rechtshandeling zelf⁶⁷.

Vaak treedt hij op als *bemiddelaar*, als tussenpersoon: hij brengt de partijen bij elkaar: hij zoekt bv. — hetgeen vroeger zeer vaak gebeurde — voor een kapitaalcrachtige cliënt die zijn geld wil uitlenen, een aspirant-lener.

Zijn rol kan verder gaan: met één van beide partijen onderhandelt hij over de voorwaarden en de modaliteiten van de te sluiten overeenkomst (daarbij wellicht rekening houdend met hetgeen voor de potentiële wederpartij acceptabel zou kunnen zijn), en brengt dus, namens de ene partij aan de andere een voorstel of eventueel zelfs een aanbod over. Indien hij een voorstel overbrengt, is hij nog steeds tussenpersoon, die zijn goede diensten aanbiedt opdat de overeenkomst tot stand kan komen. Brengt hij daarentegen een voor aanvaarding vatbaar aanbod over aan een potentiële contractant, een aspirant-lener bv., dan treedt hij op als lasthebber van de cliënt namens wie hij het aanbod for-

muleert⁶⁸. Wordt het aanbod immers aanvaard, dan komt de overeenkomst tot stand tussen diegene die het aanvaardt en diegene namens wie de notaris het heeft geformuleerd.

Vervolgens kan de notaris werkelijk, in naam van zijn cliënt, zelf de eigenlijke rechtshandeling sluiten, en, als diens vertegenwoordiger, toestemmen in een hypothecaire lening bv.⁶⁹. Het vertrouwen van een cliënt in zijn notaris kan zelfs zo ver gaan dat de notaris, eigenmachtig, een deel of het gehele vermogen van de cliënt beheert. Hij belegt de hem toevertrouwde kapitalen, int de interesten, gaat tot wederbelegging over, en beperkt er zich toe aan de cliënt jaarlijks de opbrengst over te maken (zie ook nr. 34).

29. Deze laatste situatie — de notaris als een soort bewindvoerder over het vermogen van zijn cliënt en die, zonder diens goedkeuring nodig te hebben, dit vermogen beheert, kapitalen uitleent e.d.m., — lijkt me toch de uitzondering te zijn.

In de meeste gevallen laat de notaris de akte, en in elk geval de notariële akte, nog tekenen door de cliënt, namens wie hij de onderhandelingen heeft gevoerd. Dit schijnt erop te wijzen dat deze toch nog het laatste woord heeft⁷⁰ — ten ware men de ondertekening door de cliënt als een — overbodige — ratificatie door de lastgever zou moeten beschouwen.

Indien de notaris evenwel werkelijk «carte blanche» heeft gekregen van zijn cliënt, zal deze meestal niet meer de moeite doen om op het notariskantoor te verschijnen om de akte te tekenen. Het enige wat hem interesseert, is de wetenschap dat zijn geld, via de notaris, uitgeleend is aan bepaalde leners (waarvan de notaris de solvabiliteit en de waarborgen — hopelijk — zal hebben onderzocht). Hij kent deze leners niet, net zo min als zij de uitlener kennen.

Bij het ondertekenen van de notariële akte wordt de uitlener dan ook vertegenwoordigd door de notarisklerk die handelt krachtens een volmacht of zich, in voorkomend geval, sterk maakt voor de uitlener⁷¹.

30. Het *geheel* van deze omstandigheden — de notaris beheert in feite of in rechte het vermogen van zijn cliënt; de partijen kennen elkaar niet en hebben elkaar nooit ontmoet, maar hebben enkel met de notaris contact gehad; de cliënt wordt bij het ondertekenen van de akte door de klerk vertegenwoordigd — lijkt me toch een sterke indicatie te vormen voor de stelling dat de notaris inderdaad de last-

⁶⁸ A.P.R., v° «Lastgeving», nr. 123; Scheidsrechterl. beslissing, 19 februari 1960, *Rev. Prat. Not.*, 1960, 219.

⁶⁹ LAURENT, XXVII, nrs. 363-366; R.P.D.B., v° «Mandat», nrs. 207 e.v., met veel referenties; Rb. Nijvel, 11 februari 1908, *Pas.*, 1908, III, 191; 28 februari 1910, *Pas.*, 1910, III, 207; Rb. Bergen, 3 april 1913, *Rev. Prat. Not.*, 1913, 408, *Pas.*, 1913, III, 213.

In zijn deel XVII, nr. 531, blz. 516 beschrijft LAURENT deze situatie, zeer denigrerend, als volgt: «Depuis que les notaires deviennent banquiers, spéculateurs, agioteurs, les faillites abondent, et le débiteur qui a payé irrégulièrement entre les mains du notaire, obligé de payer une seconde fois, en est réduit à se présenter à la faillite comme créancier de celui qui a trompé sa confiance.»

⁷⁰ HARMEL en BOURSEAU, *op. cit.*, blz. 299. *Anders*: Brussel, 8 oktober 1952, *Pas.*, 1953, II, 65; DE PAGE, V, 2e druk, blz. 363, noot 1.

⁷¹ Vgl. Rb. Antwerpen, 27 februari 1954, *Rev. Prat. Not.*, 1954, 290.

⁶⁶ DE PAGE III, nr. 870; Luik, 8 mei 1936, gecit. in vorige noot.

⁶⁷ Men vindt een goed overzicht van de verschillende mogelijkheden ter zake en van hun juridische kwalificatie bij P. HARMEL en R. BOURSEAU, *Les sources de la responsabilité civile des notaires*, 1964, blz. 311-317.

hebber is van zijn op de achtergrond blijvende cliënt⁷².

Minstens lijkt deze omstandigheid me van dien aard te kunnen zijn dat ze bij de leners de schijn verwekt dat de notaris de geldschietster in alle opzichten vertegenwoordigt.

De leners die de zoëven opgesomde feiten kunnen aantonen, lijken me derhalve een goede kans te maken bij het bewijs dat de notaris bevoegd was om betaling te ontvangen.

31. Het argument van de «gewone notaris-vertrouwensman-beheerder van het vermogen» is echter een mes dat aan twee kanten snijdt: de instrumenterende notaris kan ook de vertrouwensman zijn van de lener!

Wanneer deze laatste in dit geval de lening, hetzij in interesten, hetzij in hoofdsom, aan zijn notaris terugbetaalt, en deze de gelden verduistert, is er klaarblijkelijk geen betaling geweest aan de schuldeiser, noch aan diens vertegenwoordiger. De schuldenaar zal in dit geval een tweede maal moeten betalen⁷³.

Soms kan de notaris overigens worden beschouwd als lasthebber zowel van de ene als van de andere partij: wanneer hem bv. de koopsom wordt toevertrouwd, in afwachting van de regularisatie van de hypothecaire toestand van het verkochte goed, kan worden aangenomen dat hij de som onder zich houdt zowel voor rekening van de koper als voor rekening van de verkoper⁷⁴. Maar dezelfde situatie kan zich voordoen bij een lening, wanneer de notaris tot taak heeft het als waarborg aangeboden goed vooraf van alle hypothecaire lasten te zuiveren⁷⁵.

De notaris ontving steeds de interesten

32. Nogal vaak voeren de gedupeerde schuldenaars aan dat zij op geregelde tijdstippen de interesten, en eventueel zelfs een deel van het kapitaal, ter aflossing van hun schuld, aan de notaris hebben betaald, zonder dat zulks tot enige opmerking of protest vanwege de schuldeiser aanleiding gaf.

Zij leiden daaruit af dat de schuldeiser, na het verlijden van de akte, de notaris stilzwijgend mandateerde om de betalingen in zijn naam te ontvangen, resp. dat hij de door de notaris buiten diens vertegenwoordigingsbevoegdheid ontvangen betalingen stilzwijgend ratificeerde, resp. dat hij aldus de schijn creëerde dat de notaris bevoegd was om in zijn naam betalingen te ontvangen.

Een stilzwijgend mandaat of een stilzwijgende ratificatie onderstelt evenwel dat de houding van de schuldeiser rede-

lijkerwijze niet anders kan worden uitgelegd; en de gecreëerde schijn kan de schijnverwekker slechts worden tegen-gevoerd, indien een redelijk en oplettend schuldenaar deze schijn eveneens voor werkelijkheid zou hebben gehouden.

Op zichzelf is het ontvangen van de interesten zeker onvoldoende om de notaris tot lasthebber van de geldschietster(s) te constitueren. Men kan dit namelijk evengoed in deze zin interpreteren dat de notaris de hem overhandigde fondsen aan de werkelijke ontvangstgerechtigden zal overmaken, als lasthebber of eventueel als zaakwaarnemer van de schuldenaar⁷⁶. De situatie is dan te vergelijken met die waarin de schuldeiser wordt betaald door middel van een betalingsopdracht die de schuldenaar aan zijn bank geeft bv. Indien de notaris in kwestie evenwel duidelijk de gewone notaris van de schuldeiser zou zijn, kan het feit dat hij regelmatig de interesten ontving en daarvan kwijting gaf, zonder enig protest van de schuldeiser, toch wel enig vermoeden creëren van een vertegenwoordigingsbevoegdheid. Zelfs indien het niet-reageren van de schuldeiser slechts een louter gedogen zou uitmaken, en hij niet de bedoeling zou hebben de notaris vertegenwoordigingsbevoegdheid te verlenen met betrekking tot de uitvoering van de akte, wekt dit gedogen, volgens de omstandigheden, toch de schijn van een reële vertegenwoordigingsbevoegdheid.

33. Meestal neemt men echter aan dat deze — eventuele — vertegenwoordigingsbevoegdheid beperkt is tot het ontvangen van de interesten, en dat ze geenszins de notaris machtigt terugbetaling van het kapitaal te ontvangen, en daarvan kwijting te geven⁷⁷.

Algemeen wordt trouwens geleerd dat de omvang van een mandaat, in geval van twijfel, beperkend en strikt moet worden uitgelegd⁷⁸.

A fortiori, zo hoort men wel eens, is de notaris onbevoegd om het kapitaal in ontvangst te nemen, wanneer de terugbetaling ervan voortijdig geschiedt, terwijl in de leningsakte was bedongen dat een voortijdige betaling slechts toegelaten is, mits de schuldeiser daarvan drie (zes) maanden van te voren schriftelijk te verwittigen⁷⁹.

Indien de schuldeiser echter enkel verwittigd moet worden van de geplande voortijdige betaling, en er zich niet tegen kan verzetten, lijkt deze omstandigheid me geen bijkomend argument te vormen tegen een eventueel mandaat van de notaris. Wanneer men, op grond van allerlei indicies, zou mogen aannemen dat deze bevoegd is ook de hoofdsom te innen, valt niet in te zien waarom dit besluit onkracht zou moeten worden op grond van het feit dat de schuldeiser moet worden verwittigd van het voornemen van

⁷² Zie o.m. Rb. Oudenaarde, 14 juli 1899, *Rec. gén. enr. not.*, 1902, 41, nr. 13374; Brussel, 5 december 1901, *Rec. gén. enr. not.*, 1901, 537; 28 november 1904, *Rev. Prat. Not.*, 1906, 317, *Rec. gén. enr. not.*, 1906, 165; Rb. Gent, 23 februari 1956, *R.W.*, 1956-57, 872, *Rec. gén. enr. not.*, 1960, 238; Rb. Tongeren, 5 maart 1948, *T. Not.*, 1948, 119; *R.P.D.B.*, v° «Mandat», nrs. 208 en 213 (met veel jurisprudentiële verwijzingen); P. HARMEL en R. BOURSEAU, *op. cit.*, blz. 299-300.

⁷³ Zie o.m. Rb. Antwerpen, 6 januari 1956, *R.W.*, 1955-56, 2074; Brussel, 27 januari 1939, *Rev. Prat. Not.*, 1940, 517, *Pas.*, 1939, II, 65: de schuldenaar had een rekening-courant bij de werkende notaris; Rb. Antwerpen, 18 oktober 1934, *R.W.*, 1934-35, 342. Vgl. Hof Dijon, 25 april 1913, *Rev. Prat. Not.*, 1914, 284.

⁷⁴ *R.P.D.B.*, v° «Notaire», nr. 2371.

⁷⁵ *R.P.D.B.*, v° «Notaire», nrs. 2136 en 2186.

⁷⁶ Rb. Antwerpen, 18 oktober 1934, *R.W.*, 1934-35, 342; Rb. Antwerpen, 6 januari 1956, *R.W.*, 1955-56, 2074.

⁷⁷ Luik, 17 maart 1926, *Rec. gén. enr. not.*, 1927, 270, nr. 16457; Rb. Antwerpen, 2 juni 1938, *R.W.*, 1938-39, 135; Brussel, 27 januari 1939, *Pas.*, 1939, II, 65; LAURENT, XXVII, nr. 436: «Si (le mandataire) est chargé de toucher les intérêts ou les arrérages, il ne peut pas recevoir le capital et bien moins encore consentir au rachat de la rente. *Cela est d'évidence*»; DE PAGE, V, nr. 394; *R.P.D.B.*, v° «Mandat», nr. 353.

⁷⁸ DE PAGE, III, blz. 420, nr. 423, en V, nr. 393; *A.P.R.*, v° «Lastgeving», nr. 102, blz. 63; *R.P.D.B.*, v° «Notaire», nr. 2158; F. DECKERS, *Le mandat*, in *Rép. Not.*, IX, boek 7, nr. 35.

⁷⁹ Bv. Brussel, 27 januari 1939, *Pas.*, 1939, II, 65; Rb. Antwerpen, 6 januari 1956, *R.W.*, 1955-56, 2074.

een vervroegde terugbetaling. Bij onderstelling volstaan de aanwezige indicïen immers om de notaris als vertegenwoordiger van de schuldeiser te beschouwen. Anderzijds lijkt het me moeilijk verdedigbaar de notaris wel bevoegd te achten om de betaling van de hoofdsom in ontvangst te nemen op de contractueel afgesproken termijn, maar hem deze bevoegdheid te ontzeggen, wanneer de terugbetaling vroeger geschiedt dan in de overeenkomst was bedongen, voor zover althans een geanticipeerde terugbetaling door de overeenkomst was toegelaten.

34. Slechts in vrij uitzonderlijke omstandigheden wordt aanvaard dat de notaris van de schuldeiser ook bevoegd was, namens zijn cliënt, de hoofdsom te ontvangen.

De Rechtbank te Tongeren⁸⁰ besliste zulks in de volgende omstandigheden. Bij het ondertekenen van de akte werd de schuldeiser door de klerk van de notaris vertegenwoordigd; schuldeiser en schuldenaar kenden elkaar niet; de uitgeleende som was overigens door de schuldeiser, samen met andere familieleden, aan de notaris ter belegging toevertrouwd; en de schuldenaar betaalde de interesten steeds aan de notaris. Elk van deze feiten afzonderlijk acht de rechtbank onvoldoende om het mandaat van de notaris te staven. Maar daarbij kwam nog de volgende zeer betekenisvolle omstandigheid: op 1 augustus 1932, toen de lening terugbetaald moest worden, vorderde de schuldeiser geen terugbetaling. Volgens de rechtbank kan deze houding slechts op drie manieren worden verklaard:

— ofwel heeft de notaris de door de lener terugbetaalde som aan de uitlener overgemaakt;

— ofwel bracht de notaris de schuldeiser op de hoogte van de terugbetaling, en liet deze de som niettemin in handen van de notaris; de notaris bleef hem trouwens interesten betalen op de som. De schuldeiser zag derhalve af van het beding betreffende de terugbetaling van de hoofdsom;

— ofwel bracht de notaris de schuldeiser niet op de hoogte van de terugbetaling van de hoofdsom, en vergevoegde hij er zich mee de interesten verder te betalen aan de geldschiet. Daaruit dient dan te worden afgeleid dat de geldschiet er zich niet om bekommerde of de uitgeleende som door de schuldenaar al dan niet verschuldigd bleef, dan wel of ze aan een andere persoon opnieuw uitgeleend was. In dit geval liet de geldschiet de notaris naar goeddunken handelen, en liet hij hem het volledig beheer over van al zijn te beleggen gelden, hetgeen noodzakelijk de macht om terugbetaling van een kapitaal te ontvangen behelst.

In zijn eerder geciteerd arrest van 23 februari 1956 aanvaardt het Hof van Beroep te Gent dat de betaling van de interesten aan de notaris, zonder dat de schuldeiser daartegen protesteert, de conclusie wettigt dat deze laatste, door zijn stilzwijgen, de schuldenaar in de mening heeft gelaten dat de notaris volmacht had om de gelden in zijn naam te

ontvangen. Hij is derhalve voor de eventueel door de schuldenaar ter zake begane vergissing aansprakelijk.

Wie is houder van de grosse?

35. Wanneer de schuld integraal, zowel in hoofdsom als in interesten, terugbetaald is, zal de schuldenaar normalerwijze aan de schuldeiser vragen dat deze hem de grosse van de leningsakte teruggeeft. Teruggave van de grosse creëert zelfs een vermoeden *juris tantum* van betaling (art. 1283 B.W.).

De omstandigheid dat de grosse in het bezit gebleven is van de geldschiet dan wel door hem in handen van de werkende notaris werd gelaten of gesteld, kan dan ook een aanduiding vormen voor de beantwoording van de vraag of de notaris al dan niet bevoegd is om terugbetaling van het kapitaal te ontvangen⁸¹.

Deze omstandigheid is echter zeker niet doorslaggevend; de notaris kan om talloze redenen houder zijn van de grosse: de kosten van de akte-minuut zijn misschien nog niet betaald, de hypothecaire inschrijving moet worden vernieuwd, er moet een procedure van uitvoerend beslag op onroerend goed (resp. van dadelijke uitwinning, vóór de inwerkingtreding van het Gerechtelijk Wetboek) worden voorbereid, e.d.m.

Toch is de rechtspraak overwegend de mening toegedaan dat de vraag wie houder is van de grosse een beoordelings-element vormt om de realiteit van het beweerde mandaat van de notaris te appreciëren. Als de geldschiet de grosse aan de notaris heeft afgegeven, vormt dit een argument — samen met andere elementen wel te verstaan — om de notaris als mandataris voor de teruggave van de schuld te beschouwen⁸². Als de schuldeiser daarentegen in het bezit van de grosse is gebleven, en deze niet heeft afgegeven aan de notaris, wordt daarin een element gezien, ter ondersteuning van de stelling dat de notaris niet bevoegd is om de terugbetaling van het kapitaal te ontvangen⁸³.

Indien echter alle overige elementen van de zaak in de richting wijzen van een mandaat van de notaris, kan de omstandigheid dat de schuldeiser hem niet in het bezit van de grosse heeft gesteld, daar in de regel niet tegen opwegen⁸⁴.

Besluit

36. Als besluit kan worden gesteld dat de notaris, als openbaar ambtenaar, geen lasthebber is van de partijen van wie hij de overeenkomst authentiek vaststelt.

Wel kunnen de omstandigheden op een dergelijk mandaat wijzen, al blijft het een hachelijke onderneming om het bestaan en vooral de omvang van dit mandaat te bewijzen.

In dit verband moet toch worden opgemerkt dat de appreciatie van het arrest van het Hof van Beroep te Gent van

⁸⁰ 5 maart 1948, *T. Not.*, 1948, 119. Vgl. Brussel, 28 november 1904, *Rev. Prat. Not.*, 1906, 317, *Rec. gén. enr. not.*, 1906, 165, nr. 14193: een hele reeks van indicïen, waaronder het regelmatig ontvangen van de interesten, wees de notaris aan als lasthebber; Rb. Antwerpen, 13 juni 1938, *R.W.*, 1938-39, 551; Brussel, 22 februari 1939, *T. Not.*, 1939, 77; Rb. Doornik, 22 juni 1950, *Rev. Prat. Not.*, 1950, 328; Rb. Brussel, 17 juli 1956, *Pas.*, 1957, III, 73.

⁸¹ Vgl. *R.P.D.B.*, v° «Notaire», nr. 2156.

⁸² Cass. fr., 2 januari 1907, *Rec. gén. enr. not.*, 1911, 41, nr. 14928; Rb. Bergen, 3 april 1913, *Pas.*, 1913, III, 213.

⁸³ Rb. Hoei, 17 mei 1922, *Pas.*, 1923, III, 192; Luik, 9 maart 1923, *Pas.*, 1923, II, 123; Luik, 17 maart 1926, *Rec. gén. enr. not.*, 1927, nr. 16457. Vgl. Hof Dijon, 25 april 1913, *Rev. Prat. Not.*, 1914, 284.

5 april 1984 als vrij streng overkomt. Het lijkt vrij duidelijk dat de drie geldschietters die met elkaar geen bijzondere banden schijnen te hebben onderhouden, hun geld gewoon wensten te beleggen, en het, met het oog daarop, aan hun notaris toevertrouwden. Toen deze notaris benaderd werd door een zaakwaarnemer die voor zijn cliënten een hypothecaire lening zocht, heeft de notaris wellicht de op zijn kantoor aanwezige gelden verzameld tot het gevraagd bedrag (of heeft hij de nodige sommen onmiddellijk opgevraagd), en werd de notariële leningsakte verleden, waarbij twee van de drie geldschietters vertegenwoordigd werden door de klerk van de notaris. Uitleners en leners hadden elkaar voordien nooit ontmoet, en zouden elkaar niet meer ontmoeten. Alle betalingen van de interesten geschieden, zonder enig protest vanwege de geldschietters, via het kantoor van de notaris.

Het Hof van Beroep van Gent heeft zich streng gehouden aan de bewoordingen van de notariële akte, en heeft het belangenconflict tussen de schuldenaars en de schuldeisers in het voordeel van deze laatsten opgelost.

37. In de praktijk steunt het rechtsverkeer nochtans in grote mate op de onderstelling dat geldig kan worden betaald aan de notaris van de schuldeiser: de schuldenaar die zijn schuldeiser niet kent en nooit gezien heeft, vertrouwt de verschuldigde som toe aan zijn notaris die, op zijn beurt, de som overmaakt aan de notaris van de schuldeiser.

Afgezien nog van deontologische overwegingen, zou het heel wat omslachtiger zijn, indien de schuldenaar of zijn notaris rechtstreeks aan de schuldeiser zou betalen. Hij zou daartoe bv. het rekeningnummer van de schuldeiser moeten vragen, informeren of de schuldeiser intussen niet verhuisd is, e.d.m. Het is veel eenvoudiger, en, in elk geval, veel gemakkelijker, om alles via de notaris of de notarissen te regelen.

Dit geldt a fortiori, wanneer een koopsom moet worden betaald, na toewijzing in een openbare verkoping: de koper zal altijd betalen ten kantore van de verkopende notaris, en gelden zal de verkoper daarbij aanwezig zijn en kwijting geven.

Zoals gezegd, stelt dit normalerwijze geen probleem. Het is pas als de notaris verzuimt aan de hem toevertrouwde gelden de overeengekomen bestemming te geven — en de overvloedige rechtspraak leert ons dat dit meer voorkomt dan men wel denkt — dat de moeilijkheden beginnen.

Dan moet, in een zekere zin, gekozen worden tussen de billijkheid en de vereisten van een soepel en vlot rechtsverkeer. Dit laatste onderstelt dat men vertrouwen mag hebben in de notariële functie, terwijl de billijkheid niet duldt dat de schuldeiser het kind van de rekening wordt, indien hij de notaris niet als zijn lasthebber heeft aangesteld, of indien zijn gedragingen een dergelijke onderstelling niet plausibel maken (vgl. *supra*, nr. 15).

De rechtsleer en rechtspraak kiezen, m.i. terecht, nageen unaniem voor de billijkheid.

Om niettemin tegemoet te komen aan de noden van de rechtspraktijk, wordt door sommigen⁸⁵ een wetgevend ingrijpen bepleit. Art. 8 van de nivôsewet zou in die zin moeten worden gewijzigd dat het voortaan ondubbelzinnig toegelaten zou zijn in alle notariële verkoop- en leningsakten te bedingen namens wie de notaris handelt, wanneer hij sommen i.v.m. de verkoping of de lening ontvangt. Bij gebreke van een dergelijk beding zou gelden dat de notaris geacht wordt namens de verkoper op te treden, in geval van openbare verkoping, en namens de koper of de uitlener in alle andere gevallen.

Aanhangsel: En wat met de advocaat?

38. De advocaat is belast met een mandaat *ad litem* dat evenwel enkel betrekking heeft op het verrichten van proceshandelingen.

En toch moet men vaststellen dat ook advocaten veelvuldig gelden ontvangen en betalen namens hun cliënten. De veroordeelde partij zal aan haar advocaat een som overmaken, bestaande uit het bedrag waartoe zij is veroordeeld, de gerechtskosten en het eventueel nog verschuldigde deel van zijn honorarium. Waarop deze advocaat, op zijn beurt aan zijn confrater, raadsman van de tegenpartij, zal overmaken de som waartoe zijn cliënt is veroordeeld. De advocaat van de tegenpartij ten slotte zal het bedrag uiteindelijk, na aftrek van zijn honorarium, aan zijn cliënt betalen.

Zo gaat het in de praktijk; en, blijkens de gepubliceerde rechtspraak, geeft deze praktijk aanleiding tot minder «ongevallen» dan bij de notarissen.

Toch is het duidelijk dat bij een «ongeval» de veroordeelde partij bezwaarlijk zal kunnen aanvoeren dat zij geldig bevrijd is door de betaling aan haar raadsman. Wanneer één van beide advocaten te kwader trouw is, en aan de hem toevertrouwde sommen niet de geëigende bestemming geeft, zullen de gevolgen van deze verduistering als volgt moeten worden gedragen:

— indien de advocaat van de veroordeelde partij de gelden verduistert, zal deze partij een tweede maal moeten betalen;

— werden de gelden overgemaakt aan de advocaat van de in het gelijk gestelde partij, en gebeurt de verduistering bij deze laatste, dan blijft m.i. gelden dat de schuldenaar een tweede maal zal moeten betalen. De advocaat van de in het gelijk gestelde partij kan immers in de regel, en behoudens uitzonderlijke omstandigheden, niet als lasthebber van deze laatste worden beschouwd.

Marc VAN QUICKENBORNE
Geassocieerd hoogleraar Universiteit Antwerpen
(U.I.A.)

⁸⁴ Rb. Antwerpen, 15 juni 1938, *R. W.*, 1938-39, 139; Brussel, 30 november 1938, *Rev. Prat. Not.*, 1939, 71 (lening met tussenkomst); Rb. Tongeren, 5 maart 1948, *T. Not.*, 1948, 119.

⁸⁵ F. DECKERS, *op. cit.*, nr. 16.

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 28 MAART 1984

Voorzitter: de h. Stranard

Raadsheer-rapporteur: de h. Sace

Advocaat-generaal: de h. Janssens de Bisthoven

Advocaat: mr. Kerkhofs

Verlating van familie — Uitkering tot onderhoud bij echtscheiding door onderlinge toestemming.

De opheffing van de artt. 279 en 280 B.W. en de vervanging ervan door de artt. 1287 en 1288 Ger. W. wijzigen geenszins het strafbaar karakter van het vrijwillig gedurende meer dan twee maanden in gebreke blijven de termijnen te kwijten van de vóór de echtscheiding door onderlinge toestemming overeengekomen uitkeringen tot onderhoud.

C. t/ L.

Gelet op het bestreden arrest, op 30 november 1983 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

I. In zoverre de voorziening is gericht tegen de beslissing op de strafvordering:

Over het eerste middel, afgeleid uit de schending van artikel 9 van de Grondwet,

doordat het arrest eiser, met toepassing van artikel 391bis van het Strafwetboek veroordeelt wegens verlating van familie nu hij meer dan twee maanden vrijwillig in gebreke is gebleven de termijnen te kwijten van de vóór de echtscheiding door onderlinge toestemming overeengekomen uitkeringen tot onderhoud,

terwijl artikel 391bis, tweede lid, van het Strafwetboek melding maakt van de artikelen 279 en 280 van het Burgerlijk Wetboek die door de artikelen 1287 en 1288 van het Gerechtelijk Wetboek opgeheven en vervangen zijn; eiser bijgevolg is veroordeeld op grond van een bepaling die naar opgeheven wetteksten verwijst:

Overwegende dat de opheffing van de artikelen 279 en 280 van het Burgerlijk Wetboek door de wet van 10 oktober 1967 en de vervanging ervan door de artikelen 1287 en 1288 van het Gerechtelijk Wetboek het strafbaar karakter van de feiten geenszins wijzigen;

Dat het middel faalt naar recht;

(...)

NOOT—*De verlating van familie bij echtscheiding door onderlinge toestemming*

1. Bovenstaand cassatiearrest bevestigt impliciet de stelling van L. Dupont in verband met de strafrechtelijke be- teugeling van de schending van de in de artt. 1287 en 1288 Ger. W. bedoelde onderhoudsverplichtingen zonder dat vooraf deze conventionele verplichtingen door een rechterlijke beslissing werden bekrachtigd (L. Dupont, *Verlating van familie*, p. 32, nr. 67; A. Marchal en J.P. Jaspas, *Droit criminel*, 2e ed., I, p. 419, nr. 1127).

2. Bovendien worden L. Duponts opvattingen bijgeval- len betreffende het legaliteitsbeginsel bij de toepassing van art. 391bis Sw. op de in het raam van de artt. 1287 en 1288 Ger. W. aangegane verbintenissen inzake het onderhoud van de kinderen en de uitkering aan de echtgenoot geduren- de de proeftijd en na de echtscheiding door onderlinge toe- stemming (L. Dupont, o.c., p. 16, nr. 34).

3. De schending van de verplichtingen tot onderhoud ge- durende de proeftijd en na de echtscheiding door onderlin- ge toestemming werd uitdrukkelijk bestraft door de wet van 5 juli 1963 en de omstandigheid dat de contractuele alimentatieschuld thans overeenkomstig de artt. 1287 en 1288 Ger. W. wordt geregeld in plaats van in de artt. 279 en 280 B.W., brengt natuurlijk geen wijziging in de verplich- ting of in de bestraffing van het verzuim.

4. Dat ons Strafwetboek meer dan zeventien jaar na de opheffing van de artt. 279 en 280 B.W. door art. 2 van de wet van 10 oktober 1967 nog steeds niet is aangepast, lijkt wel kenschetsend voor de aandacht en de bekommelingen van de opeenvolgende ministers van Justitie en ook voor de zorg die het Parlement aan zijn wetgevende taak weet te besteden. Als de wetgever zich zo weinig bezorgd maakt over de aanpassing en de verbetering van de wetten, is het dan verwonderlijk dat ook de rechtsonderhorige weinig eer- bied voor de wet weet op te brengen?

A. Vandeplas

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 30 APRIL 1984

Voorzitter-rapporteur: de h. Delva

Advocaat-generaal: de h. Lenaerts

Advocaten: mrs. De Gryse en Houtekier

Ondernemingsraad — Veiligheidscomité — Beschermde werknemers — Ontslag om economische of technische redenen — Begrip.

Het voorschrift dat beschermde werknemers slechts kun- nen worden ontslagen om economische of technische rede- nen die vooraf door het bevoegd paritair comité zijn er- kend, houdt niet in dat de beschermde enkel kunnen wor- den ontslagen wanneer de bedoelde redenen de sluiting van de hele onderneming of van een afdeling ervan veroorza- ken, of nog het ontslag van een welbepaalde speciale groep van het personeel.

N.V. S. t/ D.

Gelet op het bestreden arrest, op 15 maart 1983 door het Arbeidshof te Brussel gewezen;

Over het eerste middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 21, § 2, van de wet van 20 september 1948 hou- dende organisatie van het bedrijfsleven en 1bis, inzonder- heid §§ 2 en 7, van de wet van 10 juni 1952 betreffende de

gezondheid en de veiligheid van de werknemers, alsmede de salubriteit van het werk en van de werkplaatsen,

doordat het arrest eiseres veroordeelt om aan verweerder in hoofdsom een vergoeding van 1.718.716 fr. te betalen als effectief lid van het comité voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen, op grond onder meer dat de «technische of economische redenen die volgens de artikelen 21, § 2, van de wet van 20 september 1948 en *1bis*, § 2, van de wet van 10 juni 1952 kunnen worden aangevoerd om het ontslag van een beschermde werknemer te wettigen, eng dienen te worden geïnterpreteerd, en «dat aldus beschermde werknemers enkel om economische of technische redenen kunnen worden ontslagen, wanneer die de sluiting van de hele onderneming veroorzaken, van een afdeling daarvan, als bedoeld bij artikel 17 van de wet van 20 september 1948, of nog de buitendienststelling van een welbepaalde speciale personeelsgroep, gevallen waarvan (eiseres) het bestaan in casu niet bewijst ten aanzien van (verweerder), zodat de aangevoerde moeilijkheden niet de economische of technische redenen uitmaken in de zin van artikel 21, § 2, van de wet van 20 september 1948 en van artikel *1bis*, § 2, van de wet van 10 juni 1952; dat (eiseres) geen redenen van economische of technische aard kon aanvoeren om het ontslag van verweerder — een beschermde werknemer — te rechtvaardigen, wanneer in de onderneming voldoende bedrijvigheden voortgezet werden die het mogelijk maakten (verweerder) verder tewerk te stellen, wat in casu mogelijk was aangezien (verweerder) een gewone bediende was; dat, met andere woorden, (eiseres) niet bewijst dat de activiteit van haar onderneming of van een ondernemingsafdeling of van een welbepaalde bijzondere personeelsgroep, onmiddellijk en volledig werd stopgezet, wat zeker met (verweerder) niet het geval was; dat het argument van (eiseres) dat de reorganisatie voorzag in de volledige verdwijning van het boekhoudkundig departement, wat dientengevolge de verdwijning van de door (verweerder) uitgeoefende functie meebracht, ter zake niet dienend is, aangezien enerzijds (verweerder) een all-round bediende was, die gemakkelijk ergens anders in de onderneming (van eiseres) had kunnen worden tewerkgesteld, en aangezien, anderzijds, het onjuist is — en niet bewezen door eiseres — dat de afdeling boekhouding volledig en onmiddellijk werd stopgezet»,

(...)

Overwegende dat, luidens de artikelen 21, § 2, eerste lid, van de wet van 20 september 1948 en *1bis*, § 2, eerste lid, van de wet van 10 juni 1952, de leden die het personeel in een ondernemingsraad of een comité voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing der werkplaatsen vertegenwoordigen, en de kandidaten «slechts kunnen worden ontslagen om een dringende reden of om economische of technische redenen die vooraf door het bevoegd paritair comité zijn erkend»;

Overwegende dat het arrest, om eiseres te veroordelen tot betaling van de bedoelde vergoeding op grond van de in het middel weergegeven redengeving, ervan uitgaat dat «beschermde werknemers enkel om economische of technische redenen kunnen worden ontslagen, wanneer deze de sluiting van de hele onderneming veroorzaken, van een afdeling daarvan (...) of nog de buitendienststelling van een welbepaalde speciale personeelsgroep»;

Overwegende dat deze opvatting weliswaar tot uitdrukking is gebracht tijdens de parlementaire voorbereiding van de wet van 18 maart 1950, die de hiervoor aangehaalde bepaling in artikel 21 van de wet van 20 september 1948 heeft ingevoegd;

Dat deze verklaring echter geen nadere uitlegging omtrent het begrip «economische of technische redenen» geeft, maar enkel bepaalt in welke gevallen ontslag om die redenen geoorloofd is;

Dat in de toepassing van de voormelde wetsbepalingen aldus een beperking wordt aangebracht die in de tekst ervan niet voorkomt en die evenmin onontbeerlijk is om het door de wet beoogde doel te bereiken, met name elke voor de beschermde werknemers nadelige discriminatie voorkomen;

(...)

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 14 MEI 1984

Voorzitter: de h. Delva

Raadsheer-rapporteur: de h. Rauws

Advocaat-generaal: de h. Lenaerts

Advocaat: mr. Bützler

Arbitragehof — Strijdigheid tussen wet en decreet — Prejudiciële vraag.

Wanneer een voorziening een uitspraak over een conflict tussen een wetsbepaling en een decreet noodzakelijk maakt, stelt het Hof van Cassatie aan het Arbitragehof de prejudiciële vraag of de wetsbepaling dan wel het decreet de regels schendt die door of krachtens de Grondwet zijn vastgesteld voor het bepalen van de onderscheiden bevoegdheid van de Staat en de Gemeenschappen.

D. t/ N.V.I.

Gelet op het bestreden arrest, op 15 april 1983 door het Arbeidshof te Gent, afdeling Brugge, gewezen;

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 1, eerste lid, 2, 3, 4, 10 van het decreet van 19 juli 1973 van de Cultuurraad voor de Nederlandse Cultuurgemeenschap tot regeling van het gebruik van de talen voor de sociale betrekkingen tussen de werkgevers en de werknemers, alsmede van de door de wet en de verordeningen voorgeschreven akten en bescheiden van de ondernemingen, 52, § 1, eerste lid, van de bij koninklijk besluit van 18 juli 1966 gecoördineerde wetten op het gebruik van de talen in bestuurszaken, 9, 39, § 1, 70, 71, 79, 82, 87 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten en 59bis, § 3, 3°, van de Grondwet,

doordat het arrest vooreerst vaststelt: dat eiser in zijn brief van 4 november 1980 ermee akkoord ging dat de overeenkomst verbroken was vanaf einde oktober 1980; dat eiser van 18 augustus 1980 tot eind oktober 1980 als handelsvertegenwoordiger in dienst was van verweester en, zij het niet uitsluitend, in het Nederlandse taalgebied werd tewerkgesteld; dat, hoewel zowel de maatschappelijke zetel

als de exploitatiezetel van verweerster gevestigd is in het Franse taalgebied en ze geen exploitatiezetel heeft in het Nederlandse taalgebied, het Taaldecreet van 19 juli 1973 op de tewerkstelling van eiser van toepassing was en dat verweerster voor de akten en bescheiden, die voorgeschreven zijn bij de wetten en reglementen en voor die welke bestemd zijn voor haar personeel, de taal dient te gebruiken van het gebied waar haar exploitatiezetel gevestigd is; het arrest vervolgens eisers vordering tot betaling van 220.794 frank, dit is 207.750 frank als opzeggingsvergoeding en 13.044 frank als gewaarborgd maandloon voor oktober 1980, vermeerderd met de interest en de kosten van het geding, als ongegrond afwijst, onder meer op de volgende gronden: «dat, daar in verband met de tewerkstelling van (eiser) de Taalwet aan (verweerster) het gebruik van het Frans voorschreef en het Taaldecreet haar het gebruik voorschreef van het Nederlands, ze, in beginsel, wettelijk één van beide talen mocht gebruiken; dat (verweerster), volgens de Taalwet een in het Frans gesteld bediendencontract mocht opstellen voor de tewerkstelling van (eiser), met een proefbeding van zes maanden, en tussen de partijen in beginsel een geldig akkoord tot stand kwam, toen (eiser) dit contract ondertekende op 12 augustus 1980 zonder dat er bij hem enig wilsgebrek aanwezig was; dat, volgens dezelfde Taalwet, (verweerster) aan die overeenkomst, ook op 30 oktober 1980, nadat (eiser) meer dan zeven dagen arbeidsongeschikt was wegens ziekte, een einde kon maken tijdens de proeftermijn, met een in het Frans gestelde aangetekende brief; dat, ten aanzien van het in het Frans gestelde contract en ten aanzien van de in dezelfde taal gestelde aangetekende brief, het arbeidshof de sanctie van artikel 10 van het Taaldecreet niet kan uitspreken wanneer een gelijkwaardige (en nog steeds in werking zijnde) wettelijke bepaling, de Taalwet, aan (verweerster) het gebruik van het Frans niet alleen toeliet, maar ook voorschreef; dat de niet-naleving van het Taaldecreet in principe een misdrijf is (artikel 12) maar er geen misdrijf is wanneer het feit door de wet voorgeschreven en door de overheid bevolen is (artikel 70 Strafwetboek); dat (eiser) dan ook geen aanspraak kan maken op een vergoeding wegens contractbreuk; dat, daar tussen de partijen een geldige schriftelijke overeenkomst, met geldig proefbeding, werd afgesloten en de overeenkomst werd beëindigd gedurende de proeftermijn, (eiser) op geen hoger gewaarborgd loon aanspraak kon maken dan hetgeen hem door (verweerster) werd uitbetaald overeenkomstig artikel 71 van de Arbeidsovereenkomstenwet».

terwyl, zoals overigens het arrest vaststelt, zowel voormeld decreet van 19 juli 1973 — dat het gebruik van het Nederlands, op straffe van absolute nietigheid, voorschrijft — als artikel 52, § 1, eerste lid, van de op 18 juli 1966 gecoördineerde wetten op het gebruik van de talen in bestuurszaken, naar luid waarvan verweerster het Frans diende te gebruiken voor de akten en bescheiden die bestemd zijn voor haar personeel, op de onderhavige arbeidsovereenkomst en door verweerster op 30 oktober 1980 opgestelde aangetekende brief tot eenzijdige beëindiging van deze overeenkomst toepasselijk zijn; aangezien de grondwetgever in artikel 59bis, § 3, 3°, bepaalt dat de regeling van het gebruik der talen in de Nederlandse en Franse taalgebieden tot de uitsluitende bevoegdheid van de cultuurraden, thans de gemeenschapsraden behoren, waaruit volgt dat voormel-

de gecoördineerde wetten — op het tijdstip van het opstellen van de arbeidsovereenkomst en de aangetekende brief — alleen voorlopig van kracht bleven in het Franse taalgebied, in afwachting van een decreet van de Raad van de Franse Gemeenschap, deze voorlopige wettelijke regeling, in het kader van het hierboven weergegeven conflict, moet wijken voor de toepassing van de bepalingen van het decreet van 19 juli 1973; de bedoelde arbeidsovereenkomst en aangetekende brief, die in het Frans werden opgesteld, derhalve overeenkomstig artikel 10, eerste lid, van het decreet van 19 juli 1973, absoluut nietig zijn «ex tunc» en geacht moeten worden niet te hebben bestaan, waaruit volgt dat de partijen waren verbonden door een voor onbepaalde duur gesloten arbeidsovereenkomst die eiser het recht verleende, overeenkomstig de artikelen 37, 39 en 82 van de Arbeidsovereenkomstenwet, op de inachtneming van een opzeggingstermijn of, bij gebreke hiervan, op een opzeggingsvergoeding, en, overeenkomstig artikel 70 van dezelfde wet, op een gewaarborgd maandloon; het arrest bijgevolg niet wettig op de hiervoren weergegeven gronden eisers vordering ongegrond kan verklaren:

Overwegende dat het arbeidshof eerst vaststelt: dat eiser van 18 augustus 1980 tot einde oktober 1980 als handelsvertegenwoordiger in dienst was van verweerster, wier exploitatiezetel in het Franse taalgebied was gevestigd, en dat hij, zij het niet uitsluitend, in het Nederlandse taalgebied was tewerkgesteld; dat het Taaldecreet van 19 juli 1973 op de tewerkstelling van eiser van toepassing was, maar dat verweerster, krachtens artikel 52 van de wetten op het gebruik van de talen in bestuurszaken, de taal diende te gebruiken van het gebied waar haar exploitatiezetel gevestigd was; «dat, ten aanzien van de tewerkstelling van (eiser), twee gelijkwaardige normen aan (verweerster) het gebruik van een verschillende taal voorschreven»; dat het arbeidshof vervolgens oordeelt «dat, daar in verband met de tewerkstelling van (eiser) de Taalwet aan (verweerster) het gebruik van het Frans voorschreef en het Taaldecreet haar het gebruik voorschreef van het Nederlands, zij, in beginsel, wettelijk één van beide talen mocht gebruiken»; dat het ten slotte beslist dat de tussen partijen gesloten arbeidsovereenkomst en de aangetekende brief waarbij verweerster een einde aan die overeenkomst maakt, wettig in het Frans waren gesteld;

Overwegende dat het arrest zodoende uitspraak doet over een conflict tussen enerzijds de bepaling van het decreet van de Cultuurraad voor de Nederlandse Cultuurgemeenschap van 19 juli 1973 luidens welke dit decreet van toepassing is op de werkgevers die geen exploitatiezetel in het Nederlandse taalgebied hebben doch er personeel tewerkstellen, en anderzijds de bepaling van artikel 52, § 1, van de wetten op het gebruik van de talen in bestuurszaken, gecoördineerd op 18 juli 1966, volgens welke de private nijverheids-, handels- en financiebedrijven de taal van het gebied waar hun exploitatiezetel gevestigd is, gebruiken voor de akten en bescheiden die voorgeschreven zijn bij de wetten en reglementen en voor die welke bestemd zijn voor hun personeel;

Overwegende dat zulk een conflict krachtens artikel 107ter van de Grondwet wordt geregeld door het Arbitragehof;

Dat, krachtens artikel 15, § 1, a, van de wet van 28 juni 1983 houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, een conflict tussen een wet en een decreet een schending inhoudt van de regels die door of krachtens de Grondwet zijn vastgesteld voor het bepalen van de onderscheiden bevoegdheid van de Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten;

Overwegende dat het middel de ten deze aan het conflict gegeven oplossing aanvecht op grond dat, nu krachtens artikel 59bis, § 3, 3°, van de Grondwet de regeling van het gebruik der talen in de Nederlandse en Franse taalgebieden tot de uitsluitende bevoegdheid van de Cultuurraden — thans de Gemeenschapsraden — behoort, de gecoördineerde wetten alleen voorlopig van kracht bleven in het Franse taalgebied en om die reden moeten wijken voor de bepalingen van het Taaldecreet van 19 juli 1973;

Dat de voorziening derhalve de vraag doet rijzen of het Taaldecreet dan wel de Taalwet ten deze de regels schendt die door artikel 59bis, §§ 3, 3°, en 4, tweede lid, van de Grondwet zijn vastgesteld voor het bepalen van de onderscheiden bevoegdheid van de Staat en de Gemeenschappen;

Dat, ingevolge artikel 15 van de wet van 28 juni 1983, het Arbitragehof, bij wijze van prejudiciële beslissing, over die vraag uitspraak moet doen en dat het Hof ertoe gehouden is de prejudiciële vraag aan het Arbitragehof te stellen;

Om die redenen,

Schort de uitspraak op totdat het Arbitragehof een prejudiciële beslissing zal hebben genomen over de volgende vraag:

Worden de regels die door artikel 59bis, §§ 3, 3°, en 4, tweede lid, van de Grondwet zijn vastgesteld voor het bepalen van de onderscheiden bevoegdheid van de Staat en de Gemeenschappen, geschonden door: 1° het decreet van de Cultuurraad voor de Nederlandse Cultuurgemeenschap van 19 juli 1973 tot regeling van het gebruik van de talen voor de sociale betrekkingen tussen de werkgevers en de werknemers, alsmede van de door de wet en de verordeningen voorgeschreven akten en bescheiden van de ondernemingen, in zoverre dit bepaalt dat het van toepassing is op de natuurlijke personen en rechtspersonen die geen exploitatiezetel in het Nederlandse taalgebied hebben, doch personeel in het Nederlandse taalgebied tewerkstellen; 2° artikel 52 van de wetten betreffende het gebruik van de talen in bestuurszaken, gecoördineerd op 18 juli 1966, in zoverre dit artikel toepasselijk is op de private nijverheids-, handels- en financiebedrijven waarvan de exploitatiezetel in het Franse taalgebied is gevestigd, ten aanzien van hun personeelsleden die in het Nederlandse taalgebied tewerkgesteld zijn;

Houdt de beslissing over de kosten aan.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 7 JUNI 1984

Voorzitter-rapporteur: de h. Janssens

Procureur-generaal: de h. Krings

Advocaten: mrs. Houtekier en Nelissen Grade

Handelspraktijken — Vordering tot staking — Beroepsgroepering — Toelaatbaarheid — Vereiste.

Art. 57, eerste lid, Handelspraktijkenwet, staat de beroepsgroepering met rechtspersoonlijkheid toe de vordering op grond van art. 55 in te stellen. De vordering is slechts toelaatbaar indien koop- en ambachtslieden die geschaad worden of die de verweerder tracht te schaden, leden zijn en het ondergane of dreigende nadeel door de groepering behartigde belangen aantast.

D. t/ V.Z.W. H.

Gelet op het bestreden arrest, op 4 januari 1983 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

(...)

Over het tweede middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 54, 55, 57 van de wet van 14 juli 1971 betreffende de handelspraktijken, 17 en 18 van het Gerechtelijk Wetboek,

doordat het arrest eiseres veroordeelt tot staking van elke publiciteit waarbij wordt medegedeeld dat 500 frank zal betaald worden per gram goud van oude, niet meer gedragen juwelen, ringen, armbanden, kettingen enzovoort, al dan niet met aanduiding in kleine letters dat deze prijs zal worden gehanteerd naargelang het gehalte, zonder dat in feite de prijs van 500 frank die is welke betaald wordt per gram juweel, ring, armband of ketting, en eiseres veroordeelt tot een dwangsom van 100.000 frank voor elke publiciteit die nog zou geschieden meer dan zeven dagen na de betekening, en verweester machtigt de beslissing eenmaal te publiceren in de Vlan-editie, op grond: dat verweester alle vorderingen mag instellen als bedoeld in artikel 55 van de wet van 14 juli 1971; dat dit slaat zowel op de vorderingen gebaseerd op artikel 20, 1°, als op de vorderingen gebaseerd op artikel 54 dezer wet; dat dit laatste artikel geenszins vereist dat verweester een handelaar zou zijn; dat vereist wordt doch voldoende is dat een handelaar door zijn oneerlijke praktijken schade zou kunnen berokkenen aan een andere handelaar, die niet noodzakelijk de eisende partij moet zijn; dat ten deze, mocht blijken dat de praktijk oneerlijk zou zijn, de mededingers van eiseres hiervan een nadeel zouden ondervinden,

terwijl de vordering tot staking van verweester niet ontvankelijk is daar zij, als vereniging zonder winstoogmerk, geen handelaar is en geen handelsdaden stelt, zodat zij door de handelingen van eiseres geen nadeel kan ondergaan op het stuk van artikel 54 van de wet van 14 juli 1971; het feit dat de belangen harer leden zouden kunnen worden geschaad, niet van dien aard is dat het de vordering van verweester zelf ontvankelijk maakt op grond van artikel 54 der wet, daar deze alle eigen belang blijft missen bij gebrek aan enig persoonlijk nadeel:

Overwegende dat artikel 57, eerste lid, van de wet van 14 juli 1971 betreffende de handelspraktijken luidt: «De vordering op grond van artikel 55 wordt ingediend op verzoek hetzij van de belanghebbenden, hetzij van een belanghebbende beroeps- of interprofessionele groepering met rechtspersoonlijkheid»;

Overwegende dat de rechtsvordering, naar luid van artikel 17 van het Gerechtelijk Wetboek, niet kan worden toe-

gelaten, indien de eiser geen belang heeft om ze in te dienen; dat, tenzij de wet het anders bepaalt, de rechtsvordering ingesteld door een natuurlijke of rechtspersoon niet kan worden toegelaten, indien de eiser geen persoonlijk en rechtstreeks belang heeft, dit wil zeggen een eigen belang;

Overwegende dat artikel 57, eerste lid, van de wet betreffende de handelspraktijken de beroepsgroepering met rechtspersoonlijkheid uitdrukkelijk toelaat de vordering op grond van artikel 55 in te dienen;

Overwegende dat artikel 57, eerste lid, weliswaar voorschrijft dat de eisende beroepsgroepering belanghebbend zou zijn;

Dat hiermee niet wordt bedoeld dat ze een eigen belang moet hebben zoals «de belanghebbenden» die de eis zouden inleiden, maar wel dat niet gelijk welke beroepsgroepering de staking kan vorderen van gelijk welke tekortkoming vermeld in artikel 55;

Dat de vordering van de beroepsgroepering enkel toelaatbaar is, indien handelaars en ambachtstlui die geschaad worden of die men tracht te schaden, leden zijn en het ondergane of dreigende nadeel door de groepering behartigde belangen aantast;

Dat het middel naar recht faalt;

(...)

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 27 SEPTEMBER 1984

Voorzitter: de h. Mahillon

Raadsheer-rapporteur: de h. Kreit

Advocaat-generaal: de h. Janssens de Bisthoven

Advocaten: mrs. Dasse en De Gryse

Vervoer — Overeenkomst — C.M.R. — Verjaring — Schorsing — Teruggave van de bij de vordering gevoegde stukken.

Art. 32, lid 2, C.M.R. bepaalt dat een schriftelijke vordering de verjaring schorst tot aan de dag waarop de vervoerder de vordering schriftelijk afwijst en de daarbij gevoegde stukken terugzendt.

Op grond van die tekst kan tussen de bedoelde stukken geen onderscheid worden gemaakt naar hun aard of inhoud.

N.V. G. en N.V. P. t/ N.V. De L. en T.

Gelet op het bestreden arrest, op 22 december 1982 door het Hof van Beroep te Luik gewezen;

Over het middel, afgeleid uit de schending van artikel 32, inzonderheid lid 2, van het Verdrag betreffende de overeenkomst tot internationaal vervoer van goederen over de weg (C.M.R.), goedgekeurd bij de Belgische wet van 4 september 1962,

doordat het arrest uitspraak doet op grond van zijn eigen motieven en van die van de eerste rechter die met name had vastgesteld dat de vennootschap G. partij was bij de vervoerovereenkomst hoewel haar naam niet op de vrachtbrief voorkwam en dat de rechten en verplichtingen van de par-

tijen uitsluitend aan de hand van het enige in het debat overgelegde vervoerdocument moeten worden beoordeeld, ten deze de vrachtbrief van 28 mei 1973 voor een vervoer van Blagny naar Luik, zonder derhalve rekening te moeten houden met het oorspronkelijk vervoerdocument voor het traject Blagny-Rodenkirchen waarop een andere geadresseerde is vermeld, en beslist dat de rechtsvordering van de eiseressen om de twee verweerders aansprakelijk te doen verklaren verjaard is, op grond dat de schriftelijke vordering van 22 oktober 1973 van de N.V. P., in naam van haar verzekerde, de afzender en die gericht was aan de vervoerder T., bij brief van 8 november 1973 op geldige wijze is verworpen, hoewel de bij de vordering gevoegde stukken aan de schrijver niet werden teruggezonden, nu de «appellanten (thans eisers) niet betwisten dat de niet teruggezonden stukken, de stukken zijn die de geïntimeerde T. bij het dossier voegt, te weten het afschrift van de stukken tot vaststelling en verantwoording van de schade; dat het origineel van die stukken zich in het dossier van de appellanten bevindt; dat zij overigens nooit hebben aangevoerd dat het niet terugzenden hen had belet hun rechtsvordering binnen de termijn van een jaar in te stellen; dat het van formalisme getuigt te eisen dat de verwerping pas geldig is als de vervoerder alle stukken terugzendt, ook de afschriften van de stukken die de eiser klaarblijkelijk niet nodig heeft. Het terugzenden van de stukken beoogt immers degene die de vordering instelt de mogelijkheid te bieden zijn dossier terug samen te stellen om de zaak voor het gerecht te brengen»,

(...)

Overwegende dat artikel 32, lid 2, van het Verdrag betreffende de overeenkomst tot internationaal vervoer van goederen over de weg van 19 mei 1956 (C.M.R.) bepaalt dat een schriftelijke vordering de verjaring schorst tot aan de dag waarop de vervoerder de vordering schriftelijk afwijst en de daarbij gevoegde stukken terugzendt;

Overwegende dat op grond van de tekst van die bepaling tussen de stukken waarvan sprake in die bepaling geen onderscheid naar hun aard of inhoud mag worden gemaakt;

Overwegende dat het arrest, door te beslissen dat de vordering van de eiseressen van 22 oktober 1973 bij brief van 8 november 1973 van de verweerder T. aan eiseres, de vennootschap P., is afgewezen en dat de verjaring vanaf dat ogenblik opnieuw is beginnen lopen, niettegenstaande de bij de vordering van 22 oktober 1973 gevoegde stukken niet zijn teruggezonden, artikel 32, lid 2, van voormeld verdrag schendt;

Dat het middel gegrond is;

(...)

HOF VAN BEROEP TE GENT

2e KAMER — 10 DECEMBER 1982

Voorzitter: de h. Couckuyt

Raadsheren: de hh. De Wulf en Van Waerbeek

Advocaat-generaal: de h. De Wilde

Advocaten: mrs. Barthels en Van der Perre

Omgangsrecht — Vader t.a.v. kind — Homofilie.

Uitspraak doende over voorlopige maatregelen tijdens een geding tot echtscheiding heeft de eerste rechter de man elk omgangsrecht met zijn kinderen ontzegd op grond van zijn homofiele geaardheid.

De homofiele ingesteldheid van de man kan op zichzelf geen reden zijn om de band met zijn kinderen te breken, zeker nu het verrichte onderzoek niet uitwijst dat hij deze gerichtheid zou pogen over te brengen op zijn kinderen, er ook geen sprake is van pedofiele neigingen bij de man of zijn vriend en ook niet blijkt dat hij in criminogene milieus verkeert. Het is dus niet tegen het belang van de kinderen een omgangsrecht toe te staan.

D. t/ De P.

J.D. heeft tijdig en regelmatig hoger beroep ingesteld tegen de beschikking verleend op 15 april 1981 in kort geding door de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brugge, uitspraak doende over de gevorderde voorlopige maatregelen in het kader van een echtscheidingsprocedure. Dit hoger beroep heeft alleen betrekking op de beslissing omtrent het door de appellant gevorderde bezoekrecht betreffende de kinderen D.D. en E.D. waarvan het bestuur aan de moeder is toevertrouwd. In de bestreden beschikking wordt elk bezoekrecht voor de vader afgewezen op grond van zijn homofiele geaardheid en zijn samenwonen met een vriend.

In eerste aanleg was er geen principieel verzet vanwege de moeder tegen een bezoekrecht voor de vader. Ze wilde alleen dat het bezoekrecht beperkt werd.

De homofiele ingesteldheid van de appellant kan op zichzelf geen reden zijn om de band met zijn kinderen te breken, zeker nu het maatschappelijk onderzoek, dat ter zake is verricht, niet uitwijst dat de vader deze gerichtheid op zijn kinderen zou pogen over te brengen en er ook geen sprake is van pedofiele neigingen bij de appellant of zijn vriend. Het blijkt ook niet dat de vader in criminogene milieus verkeert, zoals de geïntimeerde in haar conclusie insinueert.

Het is dus niet tegen het belang van de kinderen een bezoekrecht toe te staan.

Ter bevordering van het harmonisch omgaan van de nog jeugdige kinderen met hun vader komt het aangewezen voor de frequentie van de bezoeken eerder dan de duur ervan te accentueren, zoals in het dictum is bepaald.

Op deze gronden,

Staat aan de appellant een bezoekrecht toe over zijn kinderen D. en E. de eerste, derde en eventueel vijfde zaterdag alsmede de tweede en vierde zondag van iedere maand, telkens van 10 uur tot 18 uur, alsook tijdens de eerste week van de zomervakantie, onder de verplichting de kinderen bij hun moeder af te halen en terug te brengen en met dien verstande dat het bezoekrecht opgeschort wordt gedurende de tweede helft van de maand juli van ieder jaar.

NOOT—Omgangsrecht van de homofiele ouder

1. In het kader van voorlopige maatregelen tijdens een

echtscheidingsprocedure behoorde de voorzitter van de rechtbank te Brugge te beslissen of een uitgesproken homofiele ouder t.a.v. zijn kinderen (een jongen en een meisje) omgangsrecht zou krijgen. De echtgenoten waren in de loop van hun feitelijke scheiding overeengekomen dat de moeder de kinderen bij zich zou houden en de vader een omgangsrecht (op zijn verblijfplaats) van twee dagen om de veertien dagen kreeg.

Op een dag weigerde de vrouw zich aan die afspraak te houden. ondertussen had de man een echtscheidingsprocedure op grond van feitelijke scheiding ingezet. De man vroeg dan in kort geding omgangsrecht; zijn vrouw betwistte het omgangsrecht en vroeg er de beperking van. De voorzitter van de rechtbank weigerde ieder omgangsrecht. Zijn beschikking in kort geding van 15 april 1981 werd in Franse vertaling (!) gepubliceerd in *J.T.*, 1982, 364.

Om zijn beslissing te rechtvaardigen riep de voorzitter de logica (*zijn logica*) in, en de verleidingstheorie — waarover ik hier niet uitweiden zal (zie Charles, R., «Propos sur l'article 372bis du Code pénal (art. 37 de la loi du 8 avril 1965 sur la protection de la jeunesse)», *R.D.P.*, 1982, 809-835) — die men al een hele tijd in beperkte kring en nu meer algemeen achterhaald acht: «Als iemand, om aan zijn seksuele driften te voldoen, afziet van al wat verband houdt met de voortplanting in het huwelijksleven, dan is dat zijn zaak, maar ons ambt is van oordeel dat de lijn dan logisch doorgetrokken moet worden en dat de kinderen best ervan verschoond moeten blijven een dergelijk milieu te moeten frequenteren. Afgezien van de vraag of er geen pedofiele neigingen aanwezig zijn bij beide mannen, laat de milieu-invloed en het voorbeeld van opvoeders bij jonge kinderen ongetwijfeld een diepe stempel na. Uit wetenschappelijke rapporten is het immers voldoende bekend dat er zeer weinig echte homofielen bestaan, maar dat het merendeel van hen als dusdanig gericht wordt, juist door milieu-invloeden en bepaalde ervaringen in het leven.»

Voor een correcte evaluatie van de houding van de Brugse rechtbank dient opgemerkt te worden dat de zojuist geciteerde studie, die een (in kleine kring) ophefmakende omzwenking van de rechtsleer veroorzaakte, in 1981 nog niet verschenen was; evenwel had senator Glinne al jarenlang (vruchteloos) wetsvoorstellen tot afschaffing van art. 372bis Sw. ingediend.

De voorzitter vond dat de man maar zijn homofiele levenswijze moest opgeven als hij omgangsrecht wilde: «Ons ambt is dan ook van oordeel dat, zo eiser het er niet voor over heeft, omwille van zijn kinderen van zijn homofilie af te zien, hem dan ook, in het belang van de kinderen, alle bezoekrecht dient te worden geweigerd. Het is onzes inziens louter theorie hem een bezoekrecht toe te kennen, met verbod de kinderen in contact te brengen met 'nonkel J.', die, volgens het maatschappelijk verslag, als het ware beslag op de kinderen legt als er bezoekrecht uitgeoefend wordt.»

Het openbaar ministerie steunde even expliciet op de verleidingstheorie: «Hoewel een bevoegd persoon door de vaste afgevaardigde werd gecontacteerd en beweerde dat de jongen niet homofiel zal worden als deze neiging niet in hem zit, *deelt mijn ambt deze mening niet*. Afgezien van de vraag of er geen *pedofiele neigingen* aanwezig zijn bij beide mannen, laat de milieu-invloed en het voorbeeld van opvoeders, bij jonge kinderen ongetwijfeld een diepe stempel

na.» Maar het openbaar ministerie besloot zijn advies (1 april 1981) toch met de suggestie dat het omgangsrecht zou worden toegekend, maar worden uitgeoefend bij de vaderlijke grootouders.

Voor de late aanhangers van de «verleidingstheorie» voeg ik er nog aan toe dat bij het indienen van het verzoekschrift tot voorlopige maatregelen de kinderen resp. ca. 6,5 en 8 jaar waren, toen het hof van beroep moest oordelen resp. 7,5 en 9 jaar.

2. Zoals men leest heeft het hof van beroep een heel wat aanvaardbaarder beslissing genomen, die van geen discriminatie blijk geeft t.o.v. personen wegens hun seksuele voorkeur.

Het omgekeerde zou verbazen, op een ogenblik dat men er zich bewust van wordt dat de eerbied voor het privéleven, zoals uitgedrukt in art. 8 E.V.R.M., in ons nationaal recht ernstig behoort te worden genomen (zie nochtans Cass., 7 december 1982, *R.W.*, 1982-83, noot Lemmens), en de opheffing van art. 372bis Sw. voor morgen schijnt te zijn. Inderdaad is het wetsvoorstel-Van den Bossche van 22 juni 1982, *Parl. St.*, Kamer, 1981-82, nr. 349-1, met een lezenswaardige toelichting) dat daartoe strekt, door de Kamer op 24 juni 1983 na wat achterhoedegevechten goedgekeurd. (Tussen haakjes, waar blijft de goedkeuring door de Senaat?)

Prof. J.M. Pauwels

HOF VAN BEROEP TE GENT

1e KAMER — 5 APRIL 1984

Voorzitter: de h. Van Bever

Raadsheren: de hh. De Smet en Dinneweth

Advocaten: mrs. Baert, Martens, Van Poucke loco Taelman en Debeuckelaere loco Heyvaert

Nakoming van verbintenissen — Betaling — Lastgeving — Terugbetaling van lening bij notaris — Keuze van woonplaats — Schijnvertegenwoordiging.

Wanneer in een akte van lening bedongen is dat alle betalingen moeten worden gedaan in handen van de uitlener of van zijn lasthebber, houder van de grosse, doet de keuze van woonplaats ten kantore van de instrumenterende notaris bij het verlijden van de akte daaraan geen afbreuk, daar ze, voor zover ze betrekking heeft op de betalingsverplichting, slechts de plaats van betaling aanduidt. Ze doet ook niet af aan de verplichting om de uitlener bij vervroegde terugbetaling te waarschuwen conform de overeenkomst, en heeft niet tot gevolg dat de notaris, buiten alle lastgeving om, gerechtigd is om betaling te ontvangen zonder dat die waarschuwing geschied is.

De omstandigheid dat de klerk van de notaris bij het verlijden van de akte als «sterkmaker» voor de uitlener is opgetreden, betekent niet dat de notaris mandaat heeft gekregen om betaling te ontvangen en heeft niet de schijn verwekt dat de notaris lasthebber van de uitlener is.

Dat de uitlener niet heeft geprotesteerd toen rente in handen van de notaris werd betaald, leidt tot het besluit dat de

notaris mandaat had om rente te ontvangen, maar niet tot het besluit dat hij mandaat had om de lener vrij te stellen van de voorafgaande waarschuwing bij vervroegde terugbetaling en om betaling te ontvangen zonder dat die formaliteit is nageleefd.

C. en D. t/ V. e.a.

Het hoger beroep tegen het vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent van 16 mei 1974 is tijdig en regelmatig naar de vorm.

Notaris Christian Engels te Gent heeft in zijn hoedanigheid van sekwester over de goederen van Colette V. een verzoekschrift tot vrijwillige tussenkomst neergelegd ter griffie van het hof op datum van 23 maart 1983; het strekt ertoe «het te wijzen arrest tegenwerpelijk te doen verklaren aan verzoeker qualitate qua».

(...)

1. In de inleidende dagvaarding hebben de appellanten uiteengezet dat zij een hypothecaire lening hebben aangegaan bij akte verleend voor notaris Colette V. te L., dat zij de interesten steeds hebben betaald in handen van dezelfde notaris, en dat zij door tussenkomst van notaris P. te D. de hele schuld hebben terugbetaald volgens een door notaris V. opgemaakte afrekening. Zij vorderden tegen de geldschieters (Erik Va., Anne-Marie De S. en de echtgenoten Van de C.-V.) dat hun kwitantie verleend wordt, alsook eenvoudige opheffing met afstand van alle hypotheekrecht, en toestemming in volledige en definitieve doorhaling van de hypothecaire inschrijving; bovendien de nietigverklaring van een hun betekend bevel, voorafgaand aan onroerend beslag, met verbod nog welke akte ook van tenuitvoerlegging, gebaseerd op de hypothecaire leningsakte, te verrichten.

De oorspronkelijke verweerders hebben een dagvaarding in tussenkomst en vrijwaring laten betekenen aan de echtgenoten José W.-Colette V.

In het bestreden vonnis is gesteld, dat notaris Colette V. moet worden beschouwd als lasthebber van de schuldenaars, zodat dezen niet bevrijd zijn tot beloop van de geldsommen die via die notaris betaald zijn en niet aan de geldschieters zijn overgemaakt. De hoofdeis werd als ongegrond afgewezen, de vordering tot gedwongen tussenkomst en vrijwaring werd zonder voorwerp verklaard.

2. In verband met het gestelde probleem, te weten of de appellanten zich tegenover de oorspronkelijke verweerders oprechtsgeldige wijze bevrijd hebben door betaling in handen van notaris V., moet in de eerste plaats gewezen worden op de contractuele verplichtingen van de appellanten, zoals zij volgen uit de leningsakte van 31 januari 1967

a) «Alle betalingen in hoofdsom, interesten en toebehoren, zullen altijd ter woonplaats, in handen en tegen kwijting van de schuldeisers, hun erfgenamen en rechthebbenden te algemenen titel of hun lasthebber, — houder van de grosse dezer —, moeten worden gedaan, in biljetten...» Verder is in de akte vermeld: «Woonplaatskeuze. Tot uitvoering dezer kiezen partijen woonplaats ten kantore van ondergetekende notaris te L.». Deze laatste vermelding doet geen afbreuk aan de zeer precieze aanduiding van de personen aan wie rechtsgeldig kan worden betaald. De woonplaatskeuze, voor zover ze in deze akte betrekking zou hebben op de betalingsverplichting, duidt enkel de

plaats van betaling aan, en strekt er niet toe in algemene termen ook de notaris in het kantoor als lasthebber aan te wijzen naast de reeds contractueel op ondubbelzinnige wijze aangewezen lasthebber, zijnde de persoon «houder van de grosse».

b) Een ander beding in de notariële akte houdt verband met de vervroegde betaling van het geleende kapitaal. Die mogelijkheid was aan de appellanten verleend «mits zij één van de schuldeisers bij aangetekende brief drie maanden op voorhand verwittigen, op straffe van betaling, onverminderd de interesten verschenen tot op de dag van de aflossing, ener herbeleggingsvergoeding van drie maanden interest à zeven frank en half ten honderd 's jaars, op het bedrag van het terugbetaald kapitaal...»

De voormelde woonplaatskeuze doet dan ook niets af van die nauwkeurig omschreven verplichting van de appellanten, en kan zeker niet tot gevolg hebben dat de notaris, buiten lastgeving om, gerechtigd is om gelden in ontvangst te nemen wanneer aan de formaliteit van de voorafgaande verwittiging van één van de schuldeisers niet voldaan is.

3. Er dient nog onderzocht te worden of er feitelijke elementen bestaan, die toestaan te stellen dat notaris Colette V. t.a.v. de appellanten de lasthebber was van de schuldeisers in alle door de leningsakte bepaalde gevallen van betaling van hoofdsom, interesten en toebehoren.

a) De enkele omstandigheid dat de klerk van de notaris opgetreden is als «sterkmaker» bij het verlijden van de leningsakte betekent nog niet, dat de notaris door de schuldeisers belast werd met de (onbeperkte) opdracht alle betalingen van interesten en kapitaal in ontvangst te nemen. In elk geval hebben de schuldeisers, door de notarisklerk als «sterkmaker» te laten optreden, niet de schijn verwekt dat de notaris hun lasthebber was bij de uitvoering van de contractuele verplichtingen.

b) De onderscheiden schuldeisers hebben respectievelijk op 18 november 1971, 29 november 1971 en 1 februari 1972 een bevel aan de appellanten laten betekenen tot betaling van de op 31 januari 1967 voor een termijn van vijf jaar uitgeleende hoofdsom, de vervallen interesten sedert 1 juli 1971 en de kosten van het gerechtsdeurwaardersexploot, op grond van artikel 4/a van de akte: «Het ontleend kapitaal in hoofdsom, interesten en toebehoren zal onmiddellijk en van rechtswege vóór de hiervoren bedongen termijn van eisbaarheid eisbaar worden... a) bij gebreke van betaling van één termijn interest uiterlijk binnen een maand na iedere driemaandelijke vervaldag.»

De appellanten wijzen erop dat zij het volledig verschuldigde saldo in hoofdsom, interesten en toebehoren, samen 417.000 fr. hebben betaald, door overschrijving van de bankrekening van notaris P. te D. op de bankrekening van notaris Colette V. op 23 januari 1970.

De enkele omstandigheid dat de interesten op de normale vervaldagen betaald werden in handen van notaris V. en dat de schuldeisers daartegen niet geprotesteerd hebben leidt tot het besluit dat de notaris mandaat had van de schuldeisers voor het aanvaarden van de op de contractueel vastgestelde tijdstippen vervallen interesten, maar niet tot het besluit dat de notaris een onbeperkt mandaat ontvangen had, meer bepaald het mandaat om de appellanten vrij te stellen van de door hen te vervullen formaliteit bij vervroegde terugbetaling, en het in ontvangst nemen van de gelden wanneer die formaliteit niet werd nageleefd.

c) De deontologische verhouding tussen notarissen laat in geen geval toe dat in het onderhavige geval gesteld wordt dat notaris Colette V. een onbeperkt mandaat van de schuldeisers had ontvangen. De akte is in ondubbelzinnige bewoordingen opgesteld m.b.t. de mogelijkheid van vervroegde terugbetaling en, met toepassing van artikel 1162 B.W., kan men niet tot het besluit komen dat de notaris gemachtigd was de schuldenaars vrij te stellen van de hen opgelegde formaliteit en gelden te ontvangen wanneer die formaliteit niet werd vervuld.

Om die redenen,

Ontvangt het hoger beroep, gericht tegen de eerste vier geïntimeerden, maar wijst het af als ongegrond, bevestigt in die mate het bestreden vonnis.

Stelt vast, enerzijds, dat het hoger beroep, gericht tegen de andere geïntimeerden en de gedinghernemers, zonder voorwerp is geworden, anderzijds, dat niet moet worden beslist over het in subsidiaire orde ingestelde incidenteel beroep van de eerste vier geïntimeerden.

Veroordeelt de appellanten tot alle kosten van deze instantie.

Ontvangt het verzoek tot vrijwillige tussenkomst van notaris Christian Engels q.q.: verklaart het arrest gemeen aan deze partij, kosten dezer te haren laste.

NOOT—Zie in dit nummer het artikel van prof. Marc Van Quickenborne, «De notaris als lasthebber der partijen bij de terugbetaling van een lening».

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

5e KAMER — 6 SEPTEMBER 1984

Voorzitter: de h. Meers

Raadsheren: de hh. Janssens en Van Gelder

Openbaar ministerie: de h. Bresseleers

Advocaten: mrs. Van Hunsel loco Swennen en Posenaer

Faillissement — Einde van de vereffening — Bijeenroeping van de schuldeisers — Vorm — Rekening van de curator — Aanvaarding — Gevolgen — Niet opgeroepen schuldeiser.

Wanneer de vereffening van de failliete boedel beëindigd is, moeten de schuldeisers overeenkomstig art. 533 Fw. worden opgeroepen. Het feit dat de vergadering ook wordt bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad, sluit de verplichte oproeping van de schuldeisers niet uit.

In principe neemt het ambt van curator op automatische wijze een einde en wordt het faillissement van rechtswege gesloten door het overleggen door de curator en de aanvaarding, door de schuldeisers, in vergadering bijeengeroepen onder het voorzitterschap van de rechter-commissaris, van de rekeningen houdende tevens ontwerp van uitdeling. Zulks geldt ten aanzien van de schuldeisers die opgeroepen zijn of die, ten gevolge van hun eigen nalatigheid, niet konden worden opgeroepen. De niet opgeroepen schuldeiser kan echter aan de curator nog verantwoording vragen.

Sluitingsfonds t/ Faillissement N.V. P.

Gelet op de geregistreerde dagvaarding op 29 december 1981 betekend op verzoek van appellante waardoor aan de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen gevraagd werd:

— rechtens te zeggen ten aanzien van de curator dat er aanleiding toe bestaat ambtshalve het faillissement van de N.V. P. te heropenen;

— rechtens te zeggen dat de schuldvordering van het Fonds in het bevoorrecht passief van het faillissement dient te worden opgenomen als volgt: onder art. 19, 3^o bis, voor 654.974 fr.; onder art. 19, 4^o ter, voor 136.488 fr.;

— de curator te veroordelen tot de gerechtelijke interesten (sic) en de kosten;

en dit om de volgende redenen:

— bij beslissing van 22 november 1973 besloot het Beheerscomité van het Fonds, de wet van 30 juni 1967 van toepassing te verklaren op de sluiting van de failliet verklaarde onderneming N.V. P. welke beslissing bij schrijven van 14 december 1973 aan de curator werd bekendgemaakt;

— in toepassing van de wet van 30 juni 1967 betaalde het Fonds de volgende contractuele vergoedingen uit: 654.974 fr. bruto vergoedingen; 136.488 fr. werkgevers-R.S.Z.-bijdragen;

— op 3 juli 1980 werd er aan het Fonds 692.824 fr. terugbetaald en bij schrijven van 19 oktober 1981 deelde de curator aan het Fonds mede: 1^o dat de afrekening van het faillissement op 18 juni 1980 aan de schuldeisers werd voorgelegd en door hen werd goedgekeurd; 2^o dat het verschil tussen het totaal bedrag der vordering van het Fonds en het aan het Fonds terugbetaalde bedrag, nl. 98.638 fr. (654.974 fr. + 136.488 fr. - 692.824 fr.) «het totaal is van de patronale bijdragen die U zelf uitgekeerd hebt en waarvoor U verklaart in de rechten van de R.S.Z. gesubrogeerd te zijn»;

— het Fonds werd echter nooit opgeroepen voor de bijeenkomst van 18 juni 1980, hoewel dit uitdrukkelijk wordt voorgeschreven door art. 533 Faill. W.; het gaat hier om een essentieel vormvereiste dat niet is nageleefd, zodat de opgestelde afrekeningsstaat, die het Fonds niet kende, niet kan worden tegengeworpen en die staat, evenals de daarbij horende verrichtingen, als nietig moeten worden beschouwd;

— het Fonds vraagt de heropening van het faillissement;

— in toepassing van de bepalingen van art. 8 van de wet van 30 juni 1967 is het Fonds gesubrogeerd in de rechten en vorderingen van de werknemers en van de R.S.Z., dit wat de werkgeversbijdragen betreft, zodat de schuldvordering van het Fonds in het bevoorrecht passief van het faillissement moet worden opgenomen, zoals hierboven reeds gezegd;

Gelet op het vonnis waartegen hoger beroep, op tegenspraak gewezen op 3 november 1982, door de 8e kamer van de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen, waardoor wordt vastgesteld dat het Fonds van het eerste gedeelte van zijn eis afzag, daar het faillissement van de N.V. P. nog niet gesloten werd en waardoor de vordering tot opname ongegrond werd verklaard wegens laattijdigheid;

Gelet op het verzoekschrift tot hoger beroep, ingediend ter griffie van het hof van Beroep te Antwerpen op 18 november 1982;

Overwegende dat de toelaatbaarheid van het hoger beroep niet betwist wordt en het verzoekschrift geen aanleiding geeft tot enige exceptie van nietigheid of ontoelaatbaarheid die het Hof eventueel ambtshalve zou dienen op te werpen;

Overwegende dat de stelling van het Fonds in hoger beroep als volgt kan worden samengevat: de vraag betreffende de heropening van het faillissement, — thans zonder bestaansredenen — werd gesteld daar het Fonds niet kon weten dat het faillissement nog niet gesloten was;

— het Fonds is wel degelijk schuldeiser van het faillissement, ook al zijn zijn schuldvorderingen ontstaan na het faillissement en ingevolge het faillissement; het Fonds is gesubrogeerd in de rechten van de werknemers en van de instellingen voor sociale zekerheid, wat de curator trouwens in talrijke brieven erkend heeft;

— de curator beweert ten onrechte dat de goedkeuring van zijn afrekening, voorgelegd aan de schuldeisers op 18 juni 1980, kwijting voor zijn beheer en voor zijn afrekening inhoudt; het Fonds heeft immers nooit kennis gekregen van de afrekening en de goedkeuring door andere schuldeisers impliceert niet de goedkeuring door schuldeisers die zelfs niet in de gelegenheid werden gesteld hun akkoord al dan niet te betuigen;

— het Fonds moest overeenkomstig art. 533 Faill. W. opgeroepen worden en de curator liet dit na, hoewel hij, — wat uit de gevoerde briefwisseling blijkt —, de vorderingen van het Fonds kende; de besluiten van de algemene vergadering kunnen niet aan het Fonds worden tegengeworpen;

— de curator beweert ten onrechte dat hij geenszins verplicht was het Fonds op te roepen; door deze bewering miskent hij het mechanisme van de subrogatie;

— de curator doet ten onrechte een beroep op de verjaring van drie jaar (art. 19, 4^o ter, Hyp. W.); hij heeft immers een deel van de vordering aanvaard en uitgekeerd aan het Fonds; de uitkering van een bedrag van 37.850 fr. is in strijd met de inhoud van de brief van 27 juli 1981 van de curator;

— de eerste rechter heeft ten onrechte geoordeeld dat het Fonds nog een opname in het passief van het faillissement vroeg; die vraag was, op grond van de wettelijke subrogatie, reeds lang voordien gesteld en de curator ging akkoord; de betwisting slaat trouwens alleen op de vraag of de algemene vergadering geldig werd samengeroepen en niet op de vraag of het Fonds thans nog een opname in het passief kan vorderen;

— het Fonds vraagt de nietigheid van de afrekeningsverrichtingen en een verbetering van de door de curator opgestelde afrekening, overeenkomstig de dagvaarding; zelfs indien door het feit dat de algemene vergadering plaats had, een einde gemaakt is aan de bevoegdheid van de curator, dan nog moet de curator zich verweren tegen een vordering die door een schuldeiser wordt ingesteld tot nietigverklaring van de verrichtingen die de curator zou gedaan hebben zonder de wettelijke formaliteiten na te leven;

Feitelijke elementen

De N.V. P. werd failliet verklaard op 12 april 1973.

Op 14 november 1973 deelt het Fonds aan de curator mede dat het beheerscomité van het Fonds beslist heeft de wet van 30 juni 1967 van toepassing te verklaren op de onderneming. Het Fonds zal overgaan tot uitbetaling van de bevoorrechte contractuele vergoedingen. De brief gaat

verder: «Om elke dubbele betaling te vermijden vraag ik U aan de betrokken werknemers geen contractuele vergoedingen uit te betalen waarvoor de tussenkomst van het Fonds werd gevraagd. De uitbetaalde bedragen zullen van U teruggevorderd worden in toepassing van art. 8 van de wet van 30 juni 1967. Ik verzoek U mij de verzekering te geven dat U de wettelijke subrogatie van het Fonds in de rechten en de vorderingen van de werknemers niet betwist.

Gelieve mij eveneens uw akkoord te laten kennen voor de opname van 1 fr. provisioneel in het bevoorrecht passief (...). Mettertijd zal ik U de bedragen mededelen die het Fonds heeft uitgekeerd en U de betaalstaten doen geworden.».

Op 18 december 1973 antwoordt de curator dat hij meent dat het Fonds van rechtswege gesubrogeerd zal worden in de rechten van de werknemers, zodat het zelfs niet nodig is dat er in naam van het Fonds aangifte wordt gedaan van de schuldvordering en dat hij vanzelfsprekend met de subrogatie rekening zal houden.

Van 1973 tot 1980 wordt er regelmatig gecorrespondeerd tussen het Fonds en de curator. Het Fonds meldt telkens de uitgekeerde bedragen en de curator antwoordt telkens prompt dat hij akkoord gaat met de opname in subrogatie in het bevoorrecht passief, minstens, dat hij nota neemt van de subrogatie.

In juli 1978 is het door het Fonds uitgekeerde bedrag gestegen tot 483.810 fr.

In februari 1980 vraagt de curator een gedetailleerde lijst die hem dadelijk wordt toegezonden (het totaal bedrag beloopt daar 559.510 fr.).

Op 8 mei 1980 laat het Fonds weten dat het nog heeft uitgekeerd: 267.327 fr. brutovergoedingen + 40.325 fr. werkgeversbijdragen, samen 307.652 fr., zodat zijn totale schuldvordering bedraagt: 483.810 fr. + 307.652 fr. = 791.462 fr. (654.974 fr. brutovergoedingen + 136.488 fr. R.S.Z.-werkgeversbijdragen).

Op 9 juni 1980 verwittigt de curator per aangetekend schrijven 176 schuldeisers dat de vergadering der schuldeisers zal plaatshebben op 18 juni 1980 met opgave van het netto-actief (6.827.400 fr.) dat verdeeld zal worden tussen zeven categorieën van bevoorrechte schuldeisers. Het Fonds wordt niet opgeroepen.

In het Belgisch Staatsblad van 7 juni 1980 verschijnt de aankondiging van de algemene vergadering der schuldeisers.

Uit het proces-verbaal van de vergadering van 18 juni 1980 blijkt dat de curator aan lonen (19, 3^o bis, en 19, 4^o, Hyp. W.) 1.113.006 fr. uitbetaalde en dat de R.S.Z. slechts gedeeltelijk werd betaald, nl. ten belope van 2.066.080 fr. (19, 4^o ter, Hyp. W.).

Op de dag van de vergadering zelf, 18 juni 1980, gaf de curator opdracht aan de Deposito- en Consignatiekas om aan het Fonds 692.824 fr. uit te betalen. De curator zegt dat dit bedrag als volgt is samengesteld: 654.974 fr. (het geheel der bruto-vergoedingen) + 37.850 fr. R.S.Z.-werkgeversbijdragen.

Nadat het Fonds het bedrag van 692.824 fr. had ontvangen, kon het redelijkerwijze veronderstellen dat het faillissement gesloten was (cf. Verougstraete, J., *Manuel du curateur de faillite*, Brussel, Swinnen, 1979, nrs. 720-730) en schreef het tussen 1 augustus 1980 en 13 augustus 1981 vier onbeantwoord gebleven brieven aan de griffie van de recht-

bank van koophandel om een kopie te vragen van het vonnis van sluiting van faillissement en van de afrekeningsstaat, dit ter rechtvaardiging bij het Rekenhof, van de gedeeltelijke niet-terugvorderbaarheid van de schuldvordering van het Fonds.

Op 17 juni 1981 vroeg het Fonds de curator rechtstreeks om uitleg over het tekort van 98.638 fr. (791.472 fr. - 692.824 fr. of 136.488 fr. - 37.850 fr.) en kreeg het einde juli als antwoord dat het saldo de werkgeversbijdragen vertegenwoordigde die niet in aanmerking kwamen voor uitbetaling omdat er niet voldoende actief was.

Op hernieuwd aandringen van het Fonds liet de curator op 19 oktober 1981 weten:

— de afrekening werd op 18 juni 1980 aan de schuldeisers voorgelegd en door hen goedgekeurd;

— het verschil tussen 791.462 fr. en 692.824 fr. (98.638 fr.) «is het totaal van de werkgeversbijdragen die U zelf uitgekeerd hebt en waarvoor U verklaart in de rechten van de R.S.Z. gesubrogeerd te zijn»;

— hij heeft 2.066.080 fr. aan de R.S.Z. uitgekeerd (de totale vordering van de R.S.Z. bedroeg 3.560.886 fr.);

— nadien is er een betwisting ontstaan in verband met een verschil van 154.882 fr., dat de R.S.Z. vermoedelijk aan een van de andere schuldeisers zal moeten terugbetalen;

De brief besluit: «Ik meen dan ook dat het eenvoudigste ware dat U zelf aan de R.S.Z. zou vragen U de som van F 98.638 — of een gedeelte van dit bedrag dat pondspondsgewijze berekend zal moeten worden — terug te betalen.»

Na nog enige correspondentie, waarbij de curator de toezending van zijn afrekening weigert en het Fonds verwijt persoonlijk geen aangifte gedaan te hebben (brief 10 november 1981), wordt er op 29 december 1981 gedagvaard.

In rechte

Overwegende dat niet betwist wordt noch zou kunnen worden dat het Fonds gesubrogeerd is in de rechten van de werknemers wat de aan hen uitbetaalde lonen, vergoedingen en voordelen betreft (W. 30 juni 1967, art. 2, § 1, 1^o en 2^o, en art. 8) en in de rechten van de R.S.Z. wat de uitbetaalde werkgeversbijdragen betreft (W. 30 juni 1967, art. 5, 2^o, en art. 8);

Overwegende dat evenmin betwist kan worden dat het voorrecht dat de oorspronkelijke schuldeiser had, overgaat op de gesubrogeerde schuldeiser ten belope van het door laatstgenoemde betaalde bedrag (De Page, III, nr. 539; en VII, nr. 16; Cloquet, A., *Les concordats et la faillite*, nr. 1806; zie trouwens de tekst van art. 8, W. 30 juni 1967);

Overwegende dat de oorspronkelijke vordering tot heropening van het faillissement geen bestaansredenen heeft, daar, hoewel de afrekening van de curator op de algemene vergadering der schuldeisers voorgelegd werd, het faillissement niet werd gesloten (Fredericq, L. en S., *Handboek van Belgisch Handelsrecht*, IV, Brussel, Bruylant, 1981, nrs. 2411 e.v.);

Overwegende dat niet duidelijk is waarom het faillissement niet bij vonnis gesloten werd verklaard, maar er enerzijds deze betwisting is en de curator ook nog gewaagde van een betwisting met de R.S.Z. die na de afrekening ontstaan zou zijn;

Overwegende dat de curator het Fonds niet kan verwijten geen aangifte gedaan te hebben;

Overwegende dat de curator zelfs niet beweert dat de

werknemers en de R.S.Z. hun aangifte niet tijdig en regelmatig gedaan hebben;

Overwegende dat hij in antwoord op de brief van het Fonds van 14 december 1973 bevestigde dat hij rekening zou houden met de subrogatie van het Fonds en dat hij een aangifte in eigen naam van het Fonds niet nodig achtte;

Overwegende dat zelfs niet onderzocht dient te worden of de brief van 14 december 1973 al dan niet een geldige aangifte was, daar de curator wist en erkend had dat het Fonds in de rechten en vorderingen van bepaalde werknemers en van de R.S.Z. was getreden (art. 8 W. 30 juni 1967);

Overwegende dat het Fonds trouwens geen enkele reden had om het woord van een curator in twijfel te trekken;

Overwegende dat de rechter-commissaris, of de curator die in diens plaats en uiteraard met diens instemming handelde, de verplichting had ook het Fonds op te roepen overeenkomstig art. 533 Faill. W.;

Overwegende dat het feit dat de vergadering ook via het Belgisch Staatsblad wordt bekendgemaakt, de verplichte oproeping van de schuldeisers niet uitsluit;

Overwegende dat, door het tegendeel te aanvaarden de bepalingen van art. 533 Faill. W. elke zin zouden verliezen en het voldoende zou zijn dat een bericht in het Staatsblad zou verschijnen om geen oproepingen meer te moeten versturen;

Overwegende dat de bekendmaking in het Belgisch Staatsblad klaarblijkelijk een louter bijkomende maatregel is, bv. met het oog op schuldeisers die geen adresverandering opgaven, maar niet door de curator opgeworpen kan worden tegen schuldeisers die hij behoorlijk moest en kon oproepen;

Overwegende dat de curator opwerpt dat de in art. 19, 4^{ter}, Hyp. W. bepaalde termijn van drie jaar verstreken was bij het instellen van de vordering;

Overwegende dat niet betwist wordt dat de oorspronkelijke aangiften tijdig werden gedaan;

Overwegende dat het faillissement de loop van de drie jaar stuit (Cloquet, A., *Les concordats et la faillite*, nr. 1402; zie ook Cloquet, o.c., nr. 1812; Fredericq, o.c., nr. 2451);

Overwegende dat thans dient te worden onderzocht wat de gevolgen zijn van de nalatigheid van de curator;

Overwegende dat het hier geen probleem van laattijdige aangifte betreft;

Overwegende dat in principe, het ambt van curator op automatische wijze een einde neemt en het faillissement van rechtswege wordt gesloten door het overleggen door de curator en de aanvaarding, door de schuldeisers, in vergadering bijeengeroepen onder het voorzitterschap van de rechter-commissaris, van de rekeningen houdende tevens ontwerp van uitdeling (art. 533 Faill. W.);

Overwegende dat de curator van dit ogenblik ontslagen is, zelfs betreffende vergissingen of verzuim die in het vervolg zouden kunnen worden ontdekt, en ophoudt de failliete boedel te vertegenwoordigen;

Overwegende dat het vonnis dat naderhand door de curator wordt uitgelokt om het faillissement voor gesloten te horen verklaren, geen ander voorwerp en doel heeft dan hem décharge te verlenen van het hem door de rechtbank toevertrouwd gerechtelijk mandaat (Matthijs, J., advies bij Gent, 27 maart 1961, *R.W.*, 1961-62, 328; Fredericq, o.c.,

nr. 2411);

Overwegende dat deze principes gelden ten aanzien van schuldeisers die opgeroepen werden of die, ingevolge hun eigen nalatigheid, niet konden worden opgeroepen;

Overwegende dat in casu niet onderzocht moet worden in hoever deze principes in strijd komen met, of moeten worden genuanceerd, — ook wat de opgeroepen schuldeisers betreft —, door de stelling dat de goedgekeurde afrekening kan worden aangevochten wegens dwaling, weglating, valsheid of dubbel gebruik, een mening steun vindt in de tekst van art. 541 Rv., thans art. 1368 Ger. W. (Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes de droit commercial*, IV, Brussel, Bruylant, 1965, nr. 2872; Verougstraete, I., *Manuel du curateur de faillite*, Brussel, Swinnen, 1979, nr. 731bis, in fine);

Overwegende dat alleszins de niet opgeroepen gefailleerde aan de curator nog verantwoording kan vragen (Fredericq, o.c., l.c.);

Overwegende dat dit ook het geval moet zijn voor de niet opgeroepen schuldeiser (*R.P.D.B.*, V^o Faillite et banque-route, nr. 2442 in fine);

Overwegende dat dit a fortiori zo moet zijn wanneer, zoals in casu, de curator geen enkel stuk voorbrengt waaruit blijkt dat zijn afrekening inderdaad door de aanwezige opgeroepen schuldeisers werd goedgekeurd en daarenboven, om welke reden dan ook, op het ogenblik van de dagvaarding (29 december 1981) hij nog niet van zijn gerechtelijk mandaat was ontheven;

Overwegende dat de afrekening aan appellante niet kon tegengeworpen worden;

Overwegende dat appellante er geen belang bij heeft nog de opname in het bevoorrecht passief te vragen wat het bedrag van 654.974 fr. betreft, bevoorrecht in toepassing van art. 19, 3^obis, Hyp. W., daar dit bedrag haar werd uitbetaald;

Overwegende dat appellante opgenomen had moeten worden in het bevoorrecht passief van het faillissement (art. 19, 4^{ter}, Hyp. W.) voor 136.488 fr.;

Overwegende dat de curator 37.850 fr. daarvan uitbetaalde;

Overwegende dat hij voor dat verschil geen duidelijke verklaring geeft en zich ertoe beperkt te verklaren dat dit bedrag het gevolg is van een door de griffie gemaakte berekening;

Overwegende dat het vanzelfsprekend is dat hij alleszins deze berekening tot de zijne heeft gemaakt en dat hij ze nagekeken heeft of had moeten nakijken;

Overwegende dat appellante enkel de opname in het bevoorrecht passief (art. 19, 4^{ter}, Hyp. W.) van een bedrag van 136.488 fr. vraagt;

Overwegende dat het hof derhalve enkel kan vaststellen dat appellante had moeten worden opgenomen in het bevoorrecht passief (art. 19, 4^{ter}, Hyp. W.) voor een bedrag van 136.488 fr. en voor zoveel nodig de opname van 98.638 fr. (daarin begrepen) bevelen;

Overwegende dat het louter ten overvloede is dat het hof vaststelt:

— het voorrecht van het Fonds komt in dezelfde rangorde als dat van de R.S.Z. in wiens rechten het Fonds gesubrogeerd is;

— de schuldvordering van de R.S.Z. werd niet integraal uitbetaald en die van het Fonds ook niet;

— indien de curator pondspondsgewijze de schuldvorderingen van de R.S.Z. en van het Fonds heeft uitbetaald, lijkt prima facie de R.S.Z.verhoudingsgewijze meer gekregen te hebben dan het Fonds;

— ofwel is er pondspondsgewijze verdeeld, een hypotheek die het hof aan de hand van de neergelegde stukken niet kan verifiëren, en dan zou de procedure van het Fonds overbodig geweest zijn;

— ofwel heeft de R.S.Z. inderdaad te veel gekregen, en dan kan de curator een vordering tot teruggave op grond van onverschuldigde betaling in overweging nemen (Verougstraete, I., o.c., nr. 731bis, voorlaatste alinea);

Om die redenen,

(...)

Zegt rechtens dat de schuldvordering van appellante had dienen te worden opgenomen in het bevoorrecht passief van het faillissement van de N.V. P., voor een bedrag van 136.488 fr. (art. 19, 4^oter, Hyp. W.) en beveelt, voor zoveel als nodig, de opname van het in gemeld bedrag begrepen bedrag van 98.638 fr.;

Legt de kosten van beide instanties ten laste van de massa van het faillissement N.V. P., of, bij ontstentenis daarvan, ten laste van de curator q.q.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

8e KAMER — 21 NOVEMBER 1984

Voorzitter: de h. Vanderhoeft

Raadsheren: de hh. Guffens en Vandeplas (rapporteur)

Advocaat-generaal: de h. Van Camp

Advocaat: mr. Appel

Strafvordering — 1.a) Verzet — Verklaring aan de gevangenisdirecteur — Burgerlijke rechtsvordering — b) Dagvaarding — Nietigheid van dagvaarding — In limine litis — 2. Verlating van familie — Echtscheiding — Betaling van achterstallen.

1.a) In strafzaken kan het verzet op burgerlijk gebied niet door middel van een verklaring aan de directeur van de strafinrichting of aan zijn gedelegeerde worden gedaan, daar de betekening van het verzet op civielrechtelijk gebied steeds bij gerechtsdeurwaardersexploot dient te geschieden.

b) De nietigheid van een dagvaarding moet in limine litis worden aangevoerd en kan niet voor de eerste maal in hoger beroep worden opgeworpen.

2. De omstandigheid dat een beklaagde, sedert het pleger der feiten die een verlating van familie uitmaken, uit de echt is gescheiden zodat de voorlopige maatregelen sedertdien niet meer van toepassing zijn, neemt niet weg dat de feiten gepleegd tijdens de periode dat deze onderhoudsverplichtingen van toepassing waren, strafbaar blijven ook na de echtscheiding.

Het regelen van de achterstallen inzake onderhoudsgelden in het kader van de vereffening en verdeling der huwelijksgoederen, oefent geen invloed uit op de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de beklaagde.

W.

Overwegende dat de eerste rechter het verzet terecht ontvankelijk heeft verklaard op strafgebied en dat hij eveneens terecht de beklaagde heeft veroordeeld tot de kosten van het verzet, het verstek aan beklaagde te wijten zijnde, maar dat het verzet op burgerlijk gebied niet door middel van een verklaring aan de directeur van de strafinrichting of aan zijn gedelegeerde kan worden gedaan, daar de betekening van het verzet op civielrechtelijk gebied steeds bij deurwaardersexploot dient te geschieden; dat de ontvankelijkheid van het verzet aldus beperkt dient te blijven tot de strafrechtelijke veroordelingen;

Overwegende dat de beklaagde aanvoert dat de oorspronkelijke dagvaarding die geleid heeft tot het bij verstek gewezen vonnis, niet regelmatig was; dat hij deze nietigheid echter niet heeft aangevoerd voor de eerste rechter toen hij zich op verzet heeft verdedigd, terwijl de nietigheid van de dagvaarding in limine litis moet worden aangevoerd; dat deze exceptie derhalve thans, voor de eerste maal in hoger beroep, niet meer toelaatbaar is;

Overwegende dat de beklaagde wordt vervolgd ter zake dat hij, van 1 januari tot 1 juni 1982, na door een beschikking van de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te T., zitting houdende in kort geding, van 1 februari 1979, betekend op 22 februari 1979, waartegen geen verzet of hoger beroep meer openstaat, te zijn veroordeeld een uitkering tot onderhoud van 13.000 fr. per maand aan zijn echtgenote en 2.000 fr. per maand voor zijn kind V. te betalen, meer dan twee maanden vrijwillig in gebreke is gebleven de termijnen ervan te kwijten;

Overwegende dat de beklaagde deze feiten in staat van herhaling heeft gepleegd en dat de bewijzen ter staving van deze bijzondere herhaling bij het dossier werden gevoegd;

Overwegende dat de beklaagde de materialiteit van de feiten nooit heeft ontkend; dat hij heeft aangevoerd dat hij niet over de nodige middelen beschikte om deze uitkeringen aan zijn vrouw en aan zijn kind te doen, maar dat hij ondanks dit beweerde gebrek aan geldmiddelen er niettemin in geslaagd is een pottenbakkerij in te richten en de nodige fondsen te vergaren om deze beleggingen te doen; dat hij gewag maakt van een lening van 400.000 fr. en van de hulp van zijn familie en van belangrijke leveringen die hij dient uit te voeren, maar dat daaruit geenszins kan worden afgeleid dat de beklaagde niet in de mogelijkheid verkeerde de opgelegde uitkeringen te doen; dat ook de belastingaangiften geen betrouwbare beeld geven van de werkelijke inkomsten van de betrokkene; dat bij de echtscheiding uitgesproken op 25 januari 1983 integendeel is gebleken dat de beklaagde wel degelijk over een ruim inkomen beschikte die het hem mogelijk maakte 10.000 fr. per maand aan zijn echtgenote en 5.000 fr. per maand aan zijn kind te betalen; dat uit deze gegevens blijkt dat de beklaagde vrijwillig in gebreke is gebleven tijdens de periode van 1 januari 1981 tot 1 juni 1982 de verplichte uitkeringen te doen;

Overwegende dat de omstandigheid dat de beklaagde sedert de hem ten laste gelegde feiten uit de echt is gescheiden en dat de voorlopige maatregelen niet meer van toepassing zijn vanaf het ogenblik dat de echtscheiding is uitgesproken, geenszins wegneemt dat de feiten gepleegd tijdens de termijn dat deze maatregelen van toepassing waren, strafbaar blijven ook na de echtscheiding;

Overwegende dat de omstandigheid dat achterstallen inzake onderhoudsgelden eventueel in het raam van de vereffening en verdeling der huwelijksgoederen dienen te worden geregeld, geen invloed uitoefent op de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de beklaagde daar de echtscheiding geen amnestie verleent voor de vroeger gepleegde wetsovertredingen;

(...)

NOOT—*Familieverlating en echtscheiding*

1. Wordt de beslissing die de echtscheidingseis afwijst definitief, dan vervallen de in de loop van de procedure bevolen voorlopige maatregelen en dit zowel wat de echtgenoten zelf, als wat de kinderen betreft: de bepalingen van artikel 302 B.W. zijn in dit geval niet van toepassing (L. Dupont, *Verlating van familie*, p. 75, nr. 172, A.P.R.; A. Ballet, *Abandon de famille*, nr. 10ter in *R.P.D.B.*, compl. I).

2. Vanaf het ogenblik dat de afwijzing definitief is, zijn er geen onderhoudsbijdragen meer verschuldigd op grond van de voorlopige maatregelen. Dit geldt niet alleen voor onderhoudsbijdragen die ontstaan zijn na de definitieve afwijzing, maar eveneens voor eventuele achterstallen. Alle achterstallen houden op eisbaar te zijn (Cass., 7 november 1946, *R.W.*, 1947-48, 795; W. Delva, *Personen- en familierecht*, II-B, 7e druk, p. 202; F. Rigaux, *Les personnes*, I, nr. 2129 en de aldaar vermelde rechtspraak).

3. Toch kan er, na het definitief worden van de afwijzing, nog een strafrechtelijke veroordeling wegens familieverlating volgen indien het strafbaar verzuim werd gepleegd tijdens de periode dat deze voorlopige maatregelen nog toepasselijk waren.

Op het ogenblik van de feiten waren alle bestanddelen van het misdrijf verenigd. De omstandigheid dat één van deze bestanddelen achteraf, op het ogenblik van de veroordeling, niet meer bestaat, kan het strafbaar karakter van het verzuim niet retroactief opheffen. Bestraft wordt het niet-naleven van een rechterlijke beslissing op een moment dat de onderhoudsplichtige daardoor gebonden was (L. Dupont, o.c., nr. 174).

4. De omstandigheid dat het achterstallige onderhoudsgeld naar burgerlijk recht niet meer opeisbaar is — zelfs al werd het achteraf toch betaald — heeft geen invloed op de bevoegdheid van de strafrechter om de voorheen gepleegde familieverlating thans te bestraffen (*anders*: J.M. Michiels, *De verlating van familie en Belgisch en Frans recht*, pp. 118-119, nr. 84).

5. Een zelfde oplossing dient te worden aangenomen wanneer de echtscheidingsprocedure definitief ten einde komt door verzoening (art. 1284, Ger. W.), afstand van geding door de eiser (Cass., 23 mei 1872, *Pas.*, 1872, I, 348), het overlijden van de eiser of nog het verval van eisers voordeel wegens niet tijdig ter hand stellen van het beschikende gedeelte van de beslissing aan de bevoegde ambtenaar van de burgerlijke stand (art. 1277 Ger. W.; L. Dupont, o.c., nr. 172; L. Dupont, «Verlating van familie en art. 302 B.W.», *R.W.*, 1977-78, 1952).

6. Helemaal anders is het, wanneer de echtscheiding definitief is geworden: nu vervallen de tijdens de procedure bevolen maatregelen slechts voor zover ze de echtgenoten zelf betreffen (J. Pauwels, *Personen- en familierecht*, II,

1978, p. 205).

De maatregelen i.v.m. de kinderen blijven van kracht na de echtscheiding (art. 302 B.W.; Cass., 28 juni 1971, *Pas.*, 1971, I, 1064 en de noot; W. Delva, o.c., pp. 205 en 221).

7. De onderhoudsbijdragen voor de kinderen blijven ook na de echtscheiding verschuldigd en het verzuim deze verplichtingen na te komen is strafbaar (Hof Gent, 11 februari 1977, *R.W.*, 1977-78, 1951). We verwijzen ook naar de controverse tussen L. Dupont (*R.W.*, 1977-78, 1952 en 2678-79) en E. Desmedt (*R.W.*, 1977-78, 2676-2678) betreffende de verzoenbaarheid tussen het legaliteitsbeginsel en de strikte interpretatie in strafzaken met de algemeen aanvaarde strafrechtelijke sanctionering van het niet-betalen van een onderhoudsbijdrage gebaseerd op art. 302 B.W. (cf. Corr. Antwerpen, 20 oktober 1970, *R.W.*, 1970-71, 953).

8. Aan de echtgenoot die de echtscheiding op grond van bepaalde feiten heeft verkregen, kan overeenkomstig artikel 301 B.W. een uitkering worden toegekend ten laste van de andere echtgenoot. Deze uitkering is eveneens strafrechtelijk beschermd door art. 391bis Sw. (Hof Gent, 27 juni 1959, *R.W.*, 1960-61, 590; W. Delva, o.c., p. 220; L. Dupont, *Verlating van familie*, nr. 61; J. Pauwels, o.c., II, p. 216, nr. 425; F. Rigaux, o.c., nrs. 2304-2305; G. Schuind en Vandeplas, *Traité pratique de droit criminel*, I, 4e druk, p. 372).

9. Blijft nog het lot van de eventuele achterstallen van tijdens de procedure, die bij het definitief worden van de echtscheiding nog niet zijn vereffend. Deze achterstallen blijven ook na de echtscheiding opeisbaar (Cass., 1 maart 1965, *Pas.*, 1965, I, 665; *R.W.*, 1965-66, 1754; impliciete oplossing bij G. Baeteman en Gerlo, «Overzicht van rechtspraak (1975-80) Personen en familierecht», *T.P.R.*, 1981, p. 829, nr. 99; *contra*: L. Dupont, *Verlating van familie*, nr. 174).

Het standpunt van L. Dupont berust op een al te extensieve interpretatie van het cassatiearrest van 7 november 1946 (*R.W.*, 1947-48, 795). Dit cassatiearrest is enkel toepasselijk bij afwijzing van de echtscheidingseis (cf. F. Rigaux, o.c., nr. 2129; W. Delva, o.c., p. 202).

10. De niet-betaling van de achterstallen is zonder twijfel strafrechtelijk sanctioneerbaar als verlating van familie. Mocht de onderhoudsplichtige bij het definitief worden van de echtscheiding alle achterstallige gelden hebben betaald, dan nog kan de laattijdige betaler worden bestraft wegens familieverlating. Wie te laat betaald, nl. wanneer meer dan twee maanden verstreken zijn, maakt zich schuldig aan familieverlating (Cass., 22 juli 1955, *Pas.*, 1955, I, 1269; Cass., 4 september 1961, *Pas.*, 1962, I, 1; Cass., 16 oktober 1961, *R.D.P.*, 1961-62, 405; L. Dupont, *Verlating van familie*, nr. 143; A. Ballet, o.c., nr. 22bis; C.J. Vanhoudt en W. Calewaert, *Belgisch strafrecht*, II, 2e druk, nr. 922).

11. Onder deze optiek werd dan ook terecht in bovenstaand arrest beslist dat een verrekening van de achterstallen bij de vereffening-verdeling na echtscheiding voor de nalatige echtgenoot geen rechtvaardiging of verschoningsgrond oplevert.

Patrick Arnou

BURGERLIJKE RECHTBANK TE ANTWERPEN

1e KAMER — 21 NOVEMBER 1984

Voorzitter : de h. Kiebooms

Rechters : mevr. Bosmans en Transaux

Advocaten : mrs. Huyskens, De Man loco Imler en Bouteli-gier

Mensenrechten — E.V.R.M. — Interpretatie door het Hof te Straatsburg — Afstamming — Erfrecht natuurlijke kinderen.

De interpretatie die van de artt. 8 en 14 E.V.R.M. door het Hof te Straatsburg gegeven wordt, kan moeilijk ter zijde gelaten worden : de Belgische rechter kan er zich door laten leiden aangezien die interpretatie een bepalende factor is in de coördinatie en de eenmaking van de interpretatie van het E.V.R.M.

De gecombineerde artt. 8 en 14 E.V.R.M. worden geschonden, doordat de interne Belgische wetgeving inzake erfrecht een discriminatoir onderscheid maakt tussen wettige en natuurlijke familiebanden. Bijgevolg dient de bestaande regeling inzake het erfrecht van wettige kinderen toegepast te worden op het erfrecht van natuurlijke kinderen.

P. t/ De B. e.a.

Overwegende dat het inleidend exploit er essentieel toe strekt te doen zeggen voor recht dat E.P., geboren te Antwerpen op 24 januari 1979, de enige wettige erfgenaam is van zijn moeder, L. De B., overleden te Antwerpen op 19 januari 1982;

Overwegende dat eiser q.q. bij aanvullende conclusie van 3 oktober 1984, ter zitting neergelegd, zijn eis uitbreidt om te doen zeggen voor recht dat de tegoeden van de nalatenschap, die zich bevinden in handen van de bank, dienen te worden overgemaakt aan notaris De R., met opdracht om de fondsen aan te wenden ter aanzuivering van de schulden van de nalatenschap en, subsidiair voor zover de eis ongegrond wordt verklaard, de aanstelling van deze notaris verzoekt om de bewerkingen van vereffening en verdeling te doen;

Overwegende dat verweerders sub 1 en 2 de ontoelaatbaarheid van de uitbreiding van de eis opwerpen, als zijnde niet gesteund op een feit of een akte van de dagvaarding; dat zij bij tegeneis de aanstelling van notaris Van R. vorderen om de verrichtingen van vereffening en deling te doen;

Overwegende dat eiser q.q., daar hij in de dagvaarding de vereffening en verdeling vroeg van de nalatenschap, zij het subsidiair, bij uitbreiding van eis alle betwistingen des-aangaande aan beslechting mag onderwerpen; dat de eis toelaatbaar is doch hic et nunc voorbarig, daar de vraag een incident betreft nopens een vereffening die nog niet bevolen is;

Overwegende dat verweerders sub 1 en 2 de moederlijke grootouders zijn van de minderjarige E. en aanspraak maken op de helft van de nalatenschap conform art. 757 B.W.;

Overwegende dat verweerder sub 3, hangende het geding, op 14 februari 1984 ter griffie de nalatenschap van zijn zuster verwierp; dat hij in zijn hoedanigheid van voogd

over zijn dochter B. ter zitting verklaarde dat naar zijn mening de gehele nalatenschap van zijn zuster aan haar zoon toekwam;

Overwegende dat niet betwist wordt dat E. de natuurlijke zoon is van wijlen L. De B. en van eiser en door hen beiden als dusdanig erkend werd;

Overwegende dat ter staving van zijn stelling eiser q.q. de artt. 8 en 14 E.V.R.M. inroept en het arrest Marckx van 13 juni 1979;

Overwegende dat verweerders sub 1 en 2 in essentie opwerpen :

— dat het arrest Marckx niet impliceert dat de Belgische rechter de toepassing dient af te wijzen van elke bepaling van intern recht die strijdig is met de internationale rechtspraak,

— dat de rechtspraak van het Hof te Straatsburg niet erga omnes geldt,

— dat de rechtszekerheid gebiedt de Belgische wet toe te passen;

Overwegende dat bezwaarlijk kan worden volgehouden dat de bepalingen en voorschriften van het E.V.R.M. geen directe werking hebben in de Belgische interne rechtsorde; dat het verdrag goedgekeurd werd door de wet van 13 mei 1955 en als internationaal verdragsrecht primeert boven daarmee strijdige Belgische rechtsregelen (Cass., 26 sept. 1978, *Pas.*, 1979, I, 126);

Overwegende dat meer bepaald art. 8 van de conventie het recht van een ieder op eerbiediging van zijn privé-leven, gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling waarborgt, terwijl art. 14 elke discriminatie verbiedt betreffende het genot van rechten en vrijheden in de conventie vermeld, op grond van geslacht, ras, burgerlijke stand en afstamming;

Overwegende dat, hoewel inderdaad, in principe, de rechtspraak van het Hof van Straatsburg alleen bindend is en gezag heeft in de specifieke zaak waarin het Hof uitspraak heeft gedaan, het anderzijds eveneens vaststaat dat dit Hof de hoogste instantie is om het E.V.R.M. te interpreteren;

Overwegende dat een dergelijke interpretatie niet eenvoudig ter zijde te laten is, en de rechters ten gronde zich door deze interpretaties kunnen laten leiden (Van Hove, «Het erfrecht van het natuurlijk kind; de stijgende invloed van het Straatsburger Hof», *Tijdschrift voor Notarissen*, 1983, 338 vnl. 339), zoals aangetoond door de bij arrest van 14 april 1983 gewijzigde rechtspraak van het Hof van Cassatie (*J.T.*, 1983, 607, met commentaar van J. Sace, «Réflexions sur les effets en droit interne de l'arrêt Marckx», *Rev. Not. belge*, p. 118), waar de interpretatie van het Straatsburgse Hof als een belangrijke en bepalende factor wordt beschouwd in de coördinatie en in de eenmaking van de interpretatie van de wet;

Overwegende anderzijds dat de internationale norm voldoende precies en volledig moet zijn opdat de rechtsonderhorigen van een verdragsluitende staat er zich op kunnen beroepen;

Overwegende dat volgens de constante rechtspraak van het Straatsburgse Hof een onderscheid discriminatoir is indien het een «objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond mist», d.w.z. geen «wettig doel» nastreeft (arrest Marckx nr. 33); dat indien E. een wettig kind ware geweest, hij in ons rechtsbestel, bij uitsluiting van verweerders, tot de erfenis van zijn moeder ware gekomen; dat het onderscheid in

de Belgische wetgeving gemaakt tussen de natuurlijke en wettige afstamming in die mate discriminatoir is, dat zij de bloedband miskent (arrest Marckx nr. 55) zonder dat dit onderscheid door een objectieve rechtvaardigingsgrond wordt verantwoord;

Overwegende dat het in casu gaat om de gelijkheid van de kinderen wat betreft de gevolgen van de afstamming; dat de minder gunstige erfopvolging waaraan de Belgische wet een natuurlijk kind onderwerpt, enkel het gevolg is van zijn afstamming en als dusdanig discriminatoir;

Overwegende dat de gecombineerde artt. 8 en 14 E.V.R.M. geschonden worden, doordat onze interne bepalingen een onderscheid maken tussen «natuurlijke» en «wettige» familiebanden; dat bijgevolg de bestaande regeling inzake het erfrecht van wettige kinderen dient te worden toegepast en verweerders geen rechten kunnen doen gelden in de nalatenschap van hun dochter;

Overwegende dat ter zake de toepassing van de wet zoals aangevuld door de internationale verdragsregels evenzeer tot rechtszekerheid leidt (cf. overzicht conforme rechtspraak, *R.W.*, 1984-85, 358);

Om die redenen,

Zegt voor recht dat E.P., geboren te Antwerpen op 24 januari 1979, de enige wettige erfgenaam is van zijn moeder L. De B., overleden te Antwerpen op 19 januari 1982.

ARBEIDSRECHTBANK TE BRUGGE

3e KAMER — 10 DECEMBER 1984

Voorzitter: de h. Ampe

Rechters in sociale zaken: de hh. Deldaele en Vandekinderen

Openbaar ministerie: de h. Beckers

Advocaat: mr. Sergeant

Bestaansminimum — Aanrekening bestaansmiddelen — Verschuldigde onderhoudsuitkering.

De bestaansmiddelen moeten verminderd worden met het bedrag van de onderhoudsuitkering waartoe de aanvrager na echtscheiding veroordeeld is. Het feit dat op het ogenblik van de aanvraag de enige inkomensbron van de aanvrager, namelijk uitkeringen wegens arbeidsongeschiktheid, volledig in beslag genomen worden, op last van zijn gewezen echtgenote, wegens achterstallige onderhoudsuitkeringen, betekent niet dat hij op dat ogenblik over geen bestaansmiddelen beschikt.

V. t/ O.C.M.W.-Brugge

Eiser betwist de beslissing van verweerder hem ter kennis gebracht op 14 augustus 1984 waarbij hem het bestaansminimum werd geweigerd, omdat het totaal van de bestaansmiddelen waarmede rekening moet worden gehouden, d.i. 172.860 frank min 6.250 frank vrijstelling, hoger ligt dan het bedrag van het bestaansminimum voor een samenwonende persoon, d.i. 109.151 frank, waarop eiser aanspraak zou kunnen maken.

(...)

Eiser, geboren op 10 mei 1944, is echtgescheiden van X., aan wie de vier kinderen zijn toegewezen. Ten gevolge van een rechterlijke uitspraak moet hij 3.000 frank onderhoudsgeld per kind betalen, indexgebonden. Momenteel bedraagt zijn onderhoudsverplichting 14.000 frank per maand.

Omdat eiser verzuimde de uitkeringen te doen en hij reeds een achterstand heeft van 368.210 frank, werd beslag gelegd op zijn volledige maandelijkse ziektevergoeding die 22.022 frank bedraagt.

Eiser onderscheidt twee periodes in de tijdruimte gedurende welke hij zijn onderhoudsschuld niet is nagekomen: een eerste periode na zijn tewerkstelling bij de firma S. als zelfstandig vertegenwoordiger gedurende welke hij geen werkloosheidsuitkeringen of ander vervangingsinkomen ontving, en een tweede periode waarbij de kinderen niet meer ten laste waren van zijn echtgenote maar geplaatst waren bij zijn familie of in een instelling. Hij voert aan dat hij tijdens deze twee periodes dacht dat hij niet langer onderhoudsgeld moest betalen zonder dat daartoe een procedure ingesteld diende te worden.

Er kan niet worden aanvaard dat dit een onoverwinnelijke dwaling, althans een te verontschuldigen dwaling is. Eiser moet immers zijn plichten als vader tegenover zijn kinderen kennen en, indien hij het zelf niet weet, moet hij zich laten voorlichten door bevoegde personen.

Er kan dus aanvaard worden dat verweerder bij de berekening van zijn persoonlijke bestaansmiddelen rekening houdt met 22.022 - 14.000 frank (= onderhoudsverplichting) = 8.022 frank per maand.

Dat dit laatste bedrag in werkelijkheid opgeslorpt wordt door de uitvoering van het vonnis (loonbeslag) is de fout of zorgeloosheid van eiser, die moet instaan voor de gemaakte schulden. Het gaat niet op dat de gemeenschap daarvoor zou moeten opdraaien.

Aangezien eiser een feitelijk gezin vormt met Z., die geen aanspraak maakt op het genot van de wet, worden al haar inkomsten die boven de schaal van categorie 3 vallen (art. 13 K.B. 30 oktober 1974 houdende algemeen reglement betreffende het bestaansminimum) in aanmerking genomen.

De bijzit van eiser verdient 16.000 frank per maand zodat, na aftrek van het bestaansminimum of 9.096 frank en een vrijstelling van 521 frank, nog 6.383 frank in aanmerking moet worden genomen. De bestaansmiddelen van dit feitelijk gezin bedragen aldus: $8.022 + 6.383 = 14.405$ frank $\times 12 = 172.860$ frank.

Na aftrek van de vrijstelling van 6.025 frank, overschrijden deze inkomsten ruimschoots het bestaansminimum van categorie 3 van een samenwonende persoon, dat 109.151 frank per jaar bedraagt.

Bijgevolg is de bestreden beslissing terecht genomen en is de vordering ongegrond.

POLITIETRECHTBANK TE HASSELT

5 OKTOBER 1984

Rechter: de h. Panier

Afzetterij — Bedrog bij tanken van brandstof — Kredietverlening.

Als de pomphouder erin toegestemd heeft brandstof te leveren voor een motorfiets terwijl hij wist dat de bestuurder geen geld bij zich had en pas later zou betalen, is er geen afzetterij of bedrog bij het tanken.

U.

Telastlegging

Na een voertuig van brandstof of van smeerolie te hebben laten voorzien, zich bedrieglijk aan de onmiddellijke betaling te hebben onttrokken, nl. een hoeveelheid brandstof t.b.v. 200 fr. ten nadele van V. (art. 508 Sw.)
(...)

Uiteenzetting der feiten

Op 5 november 1983 reed Sezai U. met een bromfiets Yamaha te Diepenbeek. Hij bezat echter geen rijbewijs. Hij had dit voertuig van zijn broer, Haci U., gekregen, die het zelf in bruikleen had van zijn vriend, Mavlut I. Onderweg moest hij tanken. Aan de pomphouder verklaarde hij bij het tanken dat hij geen geld bij zich had, dat hij later zou betalen en hij gaf zijn identiteitskaart af als waarborg voor die latere betaling. Hij kwam echter niet meer opdagen.

Beoordeling

Het is niet bewezen dat Sezai U. bedrog pleegde bij het tanken. Opdat deze telastlegging zou vaststaan, is het nodig dat de pomphouder op onmiddellijke betaling stond. Nadat hij toegestemd had tot uitstel van betaling, was art. 508ter Sw. niet meer van toepassing (APR, W. De Smet, *Afzetterij en bedrog bij het tanken*, 76). De wet heeft niet tot doel een onoordeelkundige kredietverlening tegen te gaan, maar wil de pomphouder beschermen tegen de praktijken van oneerlijke voertuigbestuurders die na het tanken of na een smeerbeurt de plaat poetsen.

In casu heeft de pomphouder benzine geleverd of blijven leveren nadat hij wist dat hij geen onmiddellijke betaling zou kunnen krijgen. Door te (blijven) leveren zag hij af van onmiddellijke betaling en dus ook van de bescherming van art. 508ter Sw.

(...)

Sezai U. wordt vrijgesproken van de telastlegging.

(...)

NOOT—Bedrog bij het tanken van brandstof

1. Art. 508ter Sw. beschermt de exploitanten van benzine- en smeerstations tegen oneerlijke automobilisten en brozems die, na hun voertuig van brandstof of smeerolie te hebben laten voorzien, wegvluichten zonder te hebben betaald.

Indien de pomphouder echter vooraf weet dat zijn klant platzak is en hem niettemin bevoorraadt met benzine, diesel of smeerolie, dan geniet hij geen wettelijke bescherming. Wie krediet verleent, wie akkoord gaat met een uitstel van betaling of wie bereid is op de lat te schrijven, hoeft niet op de strafwet te rekenen.

2. Ten deze gaat de motorrijder vrijuit omdat hij vooraf de pomphouder had verwittigd dat hij geen geld bij zich had: de benzineverkoper had voldoende vertrouwen om hem tegen afgifte van zijn identiteitskaart benzine te verkopen (W. De Smet, *Afzetterij en bedrog bij het tanken*, p.

29, nr. 76, A.P.R.; E. Van Eeckhout, *Grivèlerie*, nr. 68, R.P.D.B., compl. II).

Heel wat delicates is het probleem, wanneer de pomphouder tijdens het tanken verwittigd wordt dat de klant geen penning bij zich heeft: hij wordt voor een voldongen feit geplaagd en men kan bezwaarlijk komen beweren dat hij zijn klant in dergelijke omstandigheden krediet heeft verleend.

3. De wet bestraft degene die zich bedrieglijk aan de onmiddellijke betaling onttrekt na zich van brandstof of smeerolie «te hebben laten voorzien», maar dit houdt echter niet in dat de automobilist die zichzelf bedient van gas, benzine of diesel straffeloos kan wegrijden zonder te betalen: in een zelfbedieningszaak maakt de oneerlijke klant zich dan ook schuldig aan diefstal.

Wie zich brandstof verschafft door middel van een vervalste of gestolen bankkaart in een geautomatiseerd apparaat aan te brengen of door de automaat te verstoren door middel van een gesofisticeerde zendapparatuur, pleegt diefstal met behulp van een valse sleutel of van braak. De benzine-tank is afgesloten en wordt slechts geopend hetzij door het inbrengen van een bankkaart, die de functie van sleutel vervult, of door het insteken van bankbiljetten. Wie de zelfbedieningspomp in werking brengt met behulp van enig ander tuig, van golfstromen of van een ander toegangsmiddel, maakt zich schuldig aan zware diefstal als hij zich op een dergelijke bedrieglijke wijze brandstof verschafft.

A. Vandeplas

BOEKEN

G. SEBU, *Wetgevingstechniek en de toegankelijkheid van de wet voor de burger*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1984, XXI + 117 blz.

Ik heb hartelijk gelachen met de eerste zin van de inleiding: «Het is maar goed voor de wetgever dat de afnemers van zijn produkten hun ongenoegen over de kwaliteit ervan niet op die wijze kunnen uiten dat zij weigeren de produkten af te nemen, hem in rechte aan te spreken of ten einde raad zelf met de produktie beginnen.» Deze uitspraak blijkt helaas zeer juist en het is dan ook met aandrang dat wordt gehoopt op meer doorzichtigheid ter zake.

Tijdens het voorbije decennium verschenen reeds heel wat werken in verband met rechtstaal. Doorgaans ging het om juridische woordenschat en soms over taalstijl. Zelden betrof het de opbouw van wetten en besluiten. Deze leemte wordt verholpen door voorliggend werk. Mensen met weinig tijd laten evenwel bij voorkeur dit werk terzijde omdat de tekst niet te lezen valt op één ochtend of één middag.

Dit boek is opgesteld vanuit de Nederlandse rechtssituatie, maar blijkt goed hanteerbaar voor alle landen met het geschreven recht als belangrijkste rechtsbron. Techniek en beschouwingen lopen door elkaar. Zij vormen een eenheid om op efficiënte wijze aan de ondoorzichtigheid het hoofd te bieden en zelf als ambtenaar, politicus, (hoog)leraar, magistraat en advocaat dag na dag te werken. Slechts hoofdstuk zes heeft het over «Opbouw en indeling van de wet», maar de andere hoofdstukken zijn even belangrijk. Het gaat met name over: toegankelijkheid van de wet en de argumentering ter zake, taal en wet, systematiek in de rechtsorde, bekendmaking van de wet.

Deze monografie is de herwerking van een scriptie. Dit is belangrijk, aangezien het hier niet gaat om een eenmalig geschreven en verbeterde tekst en de lezer een uitgebreide literatuurlijst zal aantreffen (pp. 109-116). Evenwel wordt niet steeds de uitgever vermeld, wat soms problemen kan geven bij het zoeken naar de juiste titelbeschrijving.

Tot besluit wijs ik gaarne op hoofdstuk zeven: bekendmaking van de wet. Dit hoofdstuk zal ongetwijfeld de rechtssociologen aanspreken en kan inspirerend werken voor ambtenaren en onderwijsgeveenden. Theorie en praktijk zijn immers nauw met elkaar verbonden en het is echt geen luxe — in navolging van andere volkeren — de eigen juridische taal meer toegankelijk te maken voor een meerderheid van de rechtsonderhorigen.

Pieter De Meyere

P. QUANJARD, Geschillen voorkomen en regelen. Een praktisch draaiboek, Kluwer, Antwerpen, 1983, 180 blz.

Van de hand van de betreunde P. Quanjard, ondervoorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen een hoogleraar aan de U.F.S.I.A., verscheen postuum onderhavig werk dat door de auteur zelf treffend wordt omschreven als een «praktisch draaiboek» voor de regeling van commerciële geschillen. Dit boek heeft geen wetenschappelijke pretenties en richt zich evenmin in de eerste plaats tot juristen. De bedoeling van de auteur is enkel aan bedrijfsleiders en handelaren een praktische handleiding te verschaffen bij het voorkomen en oplossen van geschillen. Voor het schrijven van zo'n boek verkeerde de auteur als rechter in de rechtbank van koophandel en door zijn ervaring in het rechtsonderwijs aan een economische faculteit overigens in een uitstekende positie.

De benaderingswijze is origineel en getuigt van een pragmatische ingesteldheid. Uitgangspunt is het geschil; van daaruit ontwikkelt de auteur de diverse mogelijke «scenario's» die tot de oplossing van het geschil kunnen leiden. Deze benaderingswijze maakt het de auteur mogelijk diverse begrippen en instituten uit het burgerlijk recht, het handelsrecht en het procesrecht op een operationele wijze te beschrijven en met elkaar in verband te brengen. Het dient dan ook gezegd dat de auteur volkomen in zijn opzet is geslaagd.

Eric Dirix

H. WINKEL, Verzamelde opstellen, Tjeenk Willink, Zwolle, 1984, 188 blz.

Ter gelegenheid van zijn 75e verjaardag werd besloten om uit de vele geschriften van mr. H. Winkel, raadsherr in het Gerechtshof te Amsterdam, een aantal opstellen te bundelen en opnieuw uit te geven. De keuze der opgenomen bijdragen die door de initiatiefnemers is gemaakt, maakt het mogelijk zich een goed beeld te vormen van het oeuvre van de gevierde dat getuigt van een grote veelzijdigheid en originaliteit in de keuze van de onderwerpen.

Een aantal rechtsfilosofische opstellen openen de reeks: «Revolutie en rechtsorde» en «Vrijheid en gelijkheid door broederschap». In «De Bijbel en het recht» zet de auteur op slechts enkele pagina's zijn visie op dit onderwerp uiteen. Wat het burgerlijk recht betreft, kan worden gewezen op «Consignatie, een meervoudige rechtsfiguur? (R.M. Themis, 1962, 125-157). In deze voor treffelijke bijdrage poogt de auteur om vanuit de verschillende verschijningsvormen van de consignatie de aard van deze rechtsfiguur — die ook bij ons nog maar zelden is beschreven — te bepalen. Interessante opstellen zijn tevens: «Veilingen» en «Slapende fondsen» (W.P.N.R., 5439, 386-392). Voor het strafrecht viel de keuze op «Bedrogsdelicten» (N.J.B., 1960, 937-945) waarin de auteur interessante beschouwingen geeft over het verband tussen het bedrog in het civiele recht en het strafrechtelijk bedrog en een pleidooi houdt voor een uitbreiding van de strafrechtelijke bestraffing van bedrog bij de totstandkoming van overeenkomsten. Op het gebied van de rechtspleging werden opgenomen «De bewaring van het raadkamergeheim» en «La responsabilité des juges» (in *Netherlands Reports to the Eleventh International Congress of Comparative Law*, 185-206), waarin de auteur voor Nederland de problematiek behandelt van de aansprakelijkheid voor het rechterlijk optreden (zie hierover bij ons: A. Van oevenen, *De overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de rechterlijke macht, ter perse*). Interessante beschouwingen over begrippen als «extraterritorialiteit» en «soevereiniteit» geeft de auteur in «Some remarks on the problem of extraterritoriality». Een korte levensbeschrijving en de bibliografie van mr. H. Winkel ronden deze bundel af.

Eric Dirix

BALIELEVEN

Vergadering van de Algemene Raad van de Belgische Nationale Orde van Advocaten gehouden op 24 januari 1985.

Na het verslag te hebben gehoord van stafhouder Thiry heeft de Raad onderzocht welke wijzigingen eventueel in de tuchtrechtspleging moeten worden aangebracht, dit in het licht van de arresten van het Hof van Cassatie en van het Hof voor de Rechten van de Mens te Straatsburg.

Mr. Putzeys werd belast met het onderzoek van het probleem van de vertegenwoordiging van partijen voor het Arbitragehof.

De Raad hoorde het verslag van mr. Willy Hendrickx, secretaris van de Nationale Orde, over de besprekingen die hij voerde met het kabinet van de minister van Justitie over de toegang voor advocaten tot het rijksregister.

De Raad hoorde het verslag van mr. Bernard Francq, secretaris van de Nationale Orde, over het ontwerp van aanbeveling van de deskundigen van het OCDE (Organisation de Coopération et de Développement Economique) in verband met de concurrentieregels der vrije beroepen.

Om advies gevraagd door de minister van Justitie heeft de Raad het onderzoek aangevat van het wetsontwerp strekkende tot het invoeren van de alleensprekende raadsheer in de hoven van beroep.

De Raad heeft een ontwerp van protocol met de Nationale Kamer van Gerechtsdeurwaarders over het beslag ten laste van een advocaat, onderzocht.

BERICHTEN

Studiedagen te Gent over het beëindigen van de arbeidsrelatie: ontslag en pensionering.

Op 16 en 23 april 1985 organiseert het Instituut Professor VleRick voor Management (Rijksuniversiteit Gent) twee studiedagen over het beëindigen van de arbeidsverhouding.

16 april 1985 — Module I: «Ontslag»

- 9.00- 9.15 u.: Verwelcoming van de deelnemers door prof. dr. G. Vandenberghe en mr. D. Van Poucke
- 9.15- 9.45 u.: «Het begrip ontslag in het algemeen en zijn gevolgen» door prof. dr. J. Petit, voorzitter Arbeidsrechtbank Gent
- 9.45- 10.00 u.: Vragen en discussie
- 10.00- 10.45 u.: «De opzegging en de opzeggingsvergoeding» door prof. dr. J. Petit
- 10.45- 11.00 u.: Pauze
- 11.00- 11.45 u.: Vragen en discussie
- 11.45- 12.30 u.: «De fiscale behandeling van de opzeggingsvergoeding» door mr. D. Van Poucke, advocaat, wetenschappelijk medewerker I.V.M.
- 12.30- 14.00 u.: Lunch
- 14.00- 15.00 u.: «Ontslag om dringende reden — recente trends» door mr. L. De Schrijver, advocaat
- 15.00- 15.15 u.: Pauze
- 15.15- 16.15 u.: Vervolg van de uiteenzetting van mr. L. De Schrijver — Vragen en discussie
- 16.15- 17.30 u.: «Ontslag van beschermde werknemers» door dr. O. Vanachter, lector-werkleider, Instituut voor Arbeidsrecht, K.U.L.
- 17.30 u.: Vragen — slot.

23 april 1985 — Module II: «Pensionering»

- 9.00- 10.30 u.: «Juridische aspecten van de beëindiging van arbeidsovereenkomsten van andere werknemers» door mr. T. Claeys, advocaat
- 10.30- 10.45 u.: Pauze
- 10.45- 12.00 u.: Vervolg mr. T. Claeys
- 12.00- 12.30 u.: Vragen en discussie

- 12.30-14.00 u.: Lunch
 14.00-15.15 u.: «Extra-legale pensioensystemen en hun fiscale behandeling» door de heer Vanden Bempt, actuaire, J. van Breda & Co, Antwerpen
 15.15-15.30 u.: Pauze
 15.30-16.30 u.: Vervolg — vragen — discussie
 16.30-17.30 u.: «Begeleiding van werknemers vóór en na het pensioen — Een praktijkgetuigenis» door de heer A. Couche, N.V. Bekaert
 17.30 u.: Vragen — Slot.

Plaats: Sint-Pietersnieuwstraat 49, 9000 Gent.

Inlichtingen: Mr. Dirk van Poucke, I.V.M., Sint-Pietersnieuwstraat 49, 9000 Gent (tel. 091/25.63.53).

Symposium «Beleid voor boek en lezen» te Diepenbeek

Over het thema «Beleid voor boek en lezen» wordt door de Stichting Boek op 18 en 19 april 1985 een symposium georganiseerd. De Nederlandse Taalunie en het Limburgs Universitair Centrum verlenen hun auspiciën aan dit symposium. Het vindt plaats in het Limburgs Universitair Centrum te Diepenbeek (België).

De bestaansreden voor deze activiteiten is te vinden in de behoefte, binnen het Nederlandse taalgebied, aan een versteviging van de maatschappelijke rol van het boek als cultuurinstrument en het lezen als cultuurtechniek: het heden en de toekomst van de communicatie via het gedrukte medium. In het raam van haar specifieke doelstellingen op dit gebied wil de Stichting Boek daar intensief toe bijdragen.

Het probleemgebied van een beleid voor de bevordering van boek en lezen heeft voor Nederland en Vlaanderen een nieuwe dimensie gekregen sinds het tot stand komen van de Nederlandse Taalunie. Mogelijkheden tot een vergemeenschappelijking van dat beleid en tot een verdere uitbouw in samenspraak zijn door het Taalunie-verdrag gecreëerd. Met deze gedachte als uitgangspunt is door de Stichting Boek een project ontwikkeld over «Bouwstenen voor een beleid omtrent boek en lezen in het raam van de Nederlandse Taalunie».

De ontwikkeling van het project bestaat in essentie uit een basisrapport «Fundamenten van een beleid voor boek en lezen», een aantal workshops en het hier aangekondigde symposium. Met het symposium wordt beoogd de resultaten van het voorafgaande studiewerk te presenteren en het discussieveld te verruimen. Op basis van een en ander zullen conclusies worden afgelijnd en aanbevelingen geformuleerd ten behoeve van de organen van de Nederlandse Taalunie, de overheid en alle instanties die bij het boekproces in Nederland en Vlaanderen betrokken zijn: de boekenbranche, het bibliotheekwezen, het onderwijs en de vorming, het recensiewezen en de wetenschappers.

Medewerkers uit Vlaanderen en Nederland aan dit symposium zijn: C. Van Baelen, W. Bulterys, M. Degraeve, G. Durnez, J. van Gool, J. Hemels, W. Knulst, W. Leirman, P. Mahieu, W. Nimmegeers, W. van Peer, W.W. Peters, D. Robberechts, G.J. Schouten en H. Verdaasdonk, Initiator en coördinator is A. Crypdonck. Het symposium wordt afgesloten met een toespraak over «Het boek en de Nederlandse Taalunie», door de Algemeen Secretaris van de Nederlandse Taalunie O. De Wandel.

Op 18 april is er bovendien een literaire avond (naar aanleiding van het tienjarig bestaan van het Vlaams-nederlands literaire tijdschrift «Appel») met o.a. een panel- en forumdiscussie over «Wat met debuten?».

Een gedetailleerd programma van het symposium met inschrijvingsformulier kan worden aangevraagd bij de Stichting Boek, p.a. L.U.C., Universitaire Campus, B-3610 Diepenbeek (tel. (011) 22 99 61; vanuit Nederland +32 11 22 99 61).

ERRATA

Volgorde van uitwinning

In de noot van Joz Werckx bij Beslagrechter Leuven, 17 februari 1984, moet in kol. 1859 van deze jaargang de vijfde regel als

volgt worden gelezen: «In de geannoteerde beschikking geeft de beslagrechter in».

TIJDSCHRIFTEN

S.E.W., 1984

nr. 7-8, juli-augustus

Van der Does, A.M.I., Tarieven in de gezondheidszorg; Van Dartel, R., De algemene invoerverordeningen van de E.E.G.; P.G.J.K., Ontvankelijkheidsvragen; Akyurek-Kievits, H.E., noot onder H.v.J., 29 november 1983 (Nederlandse prijzenwet, beschikking inzake ingevoerde registergeneesmiddelen, strijdigheid met artikel 30 E.E.G.-Verdrag); M.R.M., noot onder College van beroep voor het bedrijfsleven (bevoegdheid van de minister tot weigering van de uitvoervergunning van duikboten naar Taiwan).

Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie, 1984

nr. 5703, 7 juli

Stoffel, W.A., Der Schweizerisch-holländische Niederlassungsvertrag von 1875; Bouwer, W., Pensioen en gemeenschap; Van Schellen, J., Prof. Luijten tussen geldend en wenselijk recht, een weerwoord; Luijten, E.A.A., Naschrift.

nr. 5704, 21 juli

Bockwinkel, A., Ouderlijke boedelverdeling waarbij minderjarigen en onder curatele gestelden zijn betrokken; De Vries, J.J.M., Naschrift; Van Mierlo, A.I.M., Art. 3.5.4. NBW. Een knoop doorgehakt?; Vriesendorp, R.D., Art. 3.5.4. NBW en de levering bij voorbaat; Akveld, J.E.M., en Otten, A.C., Naschrift; Van den Berg, A.M.C. en Jacobs, A.T.J.M., Boekbespreking «Bijzondere overeenkomsten III» (Opdracht, arbeidsovereenkomst, aanwerving van werk), door P.J.M.G., Coehorst, L.J.M. de Leede en H.O. Thunnissen.

nr. 5705, 4 aug.

Ebbink, R.E., Uitzonderingen op de betalingsplicht van de bank onder het documentair crediet (I); Rodenburg, P. en Russell, J.W.M., De permanente lotgevallen van art. 3.9.4.8. (huurbeding); De Haas, M.J.O.M., Naschrift; Linders, J.H., Recente rechtspraak. Belastingrecht eerste halfjaar 1984.

nr. 5706, 18 augustus

Ebbink, R.E., Uitzonderingen op de betalingsplicht van de bank onder het documentair crediet (II, slot); Van der Meer, J., Rechts-harmonisatie in het vervoerrecht; overmacht voor de wetgever?; Verdoes Kleijn, G., Boekbespreking. Harmonisatie van standaardvoorwaarden in de bouw.

nr. 5707, 1 september

Bakels, F.B., Stil pandrecht en het memo plus-beginsel; Piron, C.G.J., Gemeentegarantie en Kramerovereenkomst; een reactie; Schoordijk, H.C.F., Boekbespreking «Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Ned. Burg. Recht», «Verbintenissenrecht», Deel I: De verbintenis in het algemeen volgens het nieuwe Burgerlijk Wetboek», bewerkt door mr. A.S. Hartkamp.

Tijdschrift voor privaatrecht, 1984

nr. 1-2

Schrans, G., De progressieve totstandkoming der contracten; Bosmans, M., Standaardbedingen; De Bondt, W., Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht; Vandenberghe, H., De grondslag van de contractuele en extracontractuele aansprakelijkheid voor eigen daad; Cousy, H., Het verbod van samenloop tussen contractuele en extracontractuele aansprakelijkheid en zijn weer-slag; Van Ommeslaghe, P., Sancties bij contractuele wanprestatie; Kruithof, R., Contractuele wijzigingen van aansprakelijkheid; Cornelis, L., Extra-contractuele aansprakelijkheid voor zaken; Bocken, H., Objectieve aansprakelijkheid; Simoens, D., Ongeval-lenrecht: grensgebieden van aansprakelijkheid, verzekering en sociale zekerheid; Vandenberghe, G., De computer in het verbintenissenrecht; Schuermans, L., Schryvers, J., Simoens, D., Van Oevelen, A., Schamp, H., Onrechtmatige daad, schade en schade-loosstelling (1977-1982).