

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

REDACTIEADRES: ALBERTSTRAAT 25, 2018 ANTWERPEN

HET VN-VERDRAG INZAKE BURGERRECHTEN EN POLITIEKE RECHTEN, HET EUROPEES VERDRAG TOT BESCHERMING VAN DE RECHTEN VAN DE MENS EN HET RECHT OP EEN BEROEP OP DE RECHTER OF OP EEN «BEVOEGDE AUTORITEIT» IN ADMINISTRATIEVE AANGELEGENHEDEN

I. Inleiding

1. Onder uiteenlopende modaliteiten, die aan het principe zelf geen afbreuk doen, waarborgen zowel art. 14.1 van het VN-Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, als art. 6.1 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (EVRM) het recht op een beroep op de rechter «bij het vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen». De artt. 2.3 resp. 13 van dezelfde verdragen garanderen t.a.v. de rechten en vrijheden die in die verdragen zijn erkend, het recht op daadwerkelijke rechtshulp (bedoeld is: rechtsherstel¹ bij een «bevoegde autoriteit» of «nationale instantie»). Rond art. 6.1 EVRM heeft zich reeds een belangrijke rechtspraak ontwikkeld. Van de andere geciteerde bepalingen wordt de directe werking in de Belgische rechtsorde betwist. In deze bijdrage willen wij onderzoeken welke de betekenis is van de genoemde rechtspraak voor het administratief recht en welke gevolgen verbonden kunnen zijn aan een eventuele, o.i. wenselijke erkenning van de directe werking van de andere geciteerde verdragsbepalingen of van sommige daarvan.

II. Het recht op een beroep op de rechter t.a.v. administratieve geschillen waarin burgerlijke rechten en verplichtingen worden vastgesteld

a) Art. 6.1 EVRM

2. Zoals gezegd, waarborgt art. 6.1 EVRM het recht op een beroep op de rechter t.a.v. geschillen waarin burgerlijke rechten en verplichtingen worden vastgesteld. Hoewel die formulering op het eerste gezicht uitsluitend op burgerlijke geschillen lijkt te slaan, wordt het artikel niettemin toegepast op geschillen, waarvoor een andere rechter dan

de burgerlijke bevoegd is. In navolging van het Europees Hof voor de rechten van de mens (EHRM)² heeft thans ook het Hof van Cassatie³ geoordeeld dat art. 6.1 EVRM van toepassing is op de beslissingen van de tuchtrechtelijk

² EHRM, 23 juni 1981, Le Compte, Van Leuven en De Meyere, *Publ. Cour*, Ser. A. vol. 43, § 47, alin. 1, *J.T.*, 1981, 622, noot P. LAMBERT, «La procédure disciplinaire et la Convention de sauvegarde des droits de l'homme»; Zie ook Y. VANDEN BOSCH, «De dokterszaak van 23 juni 1981», *R.W.*, 1981-82, 1238-1244; EHRM, 10 februari 1983, Albert en Le Compte, *Publ. Cour*, Ser. A vol. 58, § 28, *Adm. Publ.*, (T.), 1983, 205; P. LEMMENS, «Een nieuwe tuchtzaak voor het Europees Hof», *R.W.*, 1983-84, 119-120.

³ Cass., Ver. K. 14 april 1983, *Adm. publ. (T.)*, 1983, 210, noot A. RASSON ROLAND, «Les procédures disciplinaires devant les ordres professionnels sont-elles soumises à l'art. 6, par. 1 ECRM», *J.T.*, 1983, 607, concl.adv.-gen. J. VELU, noot P.L., *R.W.*, 1983-84, 83, noot P. LEMMENS, «Het einde van de betwisting rond de openbaarheid van tuchtzaken»; Cass., 2 juni 1983, *R.W.*, 1983-84, 2047; Cass., 24 juni 1983, *R.W.*, 1983-84, 439; Cass., 3 november 1983, *R.W.*, 1983-84, 2260; Cass., 3 november 1983, *R.W.*, 1983-84, 2261; Cass., 3 november 1983, *R.W.*, 1984-85, 831 en Cass., 13 september 1984, *R.W.*, 1984-85, 2639. Voor de vroegere rechtspraak van het Hof van Cassatie, zie Cass., 3 mei 1974, *R.W.*, 1974-75, 78; Cass., 1 december 1977, *J.T.*, 1978, 133; Cass., 19 april 1979, *R.W.*, 1979-80, 1700; Cass., 15 juni 1979, *R.W.*, 1979-80, 1702, noot T.B.P., 1980, 60; Cass., 14 november 1980, *Pas.*, 1981, I, 317, *R.W.*, 1980-81, 1252; Cass., 29 januari 1981, *Arr. Cass.*, 1980-81, 603, *Pas.*, 1981, I, 585; Cass., 21 januari 1982, *Cah. Dr. Eur.*, 1982, 347, noot S. MARCUS HELMONS, *J.T.*, 1982, 438, concl. proc.-gen. DUMON, noot J.A. SALMON, «La Cour de Cassation et la responsabilité internationale de la Belgique», *R.W.*, 1982-83, 549, concl. proc.-gen. DUMON, *T.B.P.*, 1982, 346; concl. proc.-gen. DUMON; Cass., 30 april 1982, *R.W.*, 1983-84, 181; Cass., 17 december 1982, *R.W.*, 1982-83, 1808; Cass., 14 januari 1983, *Pas.*, 1983, I, 579, *R.W.*, 1982-83, 2544 en Cass., 4 maart 1983, *R.W.*, 1982-83, 2753; zie ook F. REYNTJENS en B. PEETERS, «Kroniek van grondwettelijk en administratief recht (1980-82)», *R.W.*, 1983-84, 984-986, nrs. 18-20.

¹ Zie wat betreft art. 13 EVRM: R.v.S., 26 september 1984, nr. 24.689, *R.W.*, 1984-85, 1582, 4.5.2.

bevoegde organen van de Orden van de vrije beroepen (advocaten, apothekers, architecten, geneesheren), waarbij een schorsing of een totaal verbod wordt uitgesproken van het recht het beroep uit te oefenen. Hoewel zulke beslissingen niet door een burgerlijke rechter worden genomen, hebben zij een weerslag op de privaatrechtelijke verhoudingen tussen de beoefenaars van de genoemde beroepen en derden en hebben zij dus betrekking op de «vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen». Op het gebied van het administratief recht heeft het EHRM hetzelfde karakter toegekend aan betwistingen betreffende de geldigheid van machtigingen tot onteigening die lange tijd onuitgevoerd blijven. De mogelijkheid om een herziening van zulk een machtiging te vragen aan een Administratief Hoogrechtshof (Zweden), dat in eerste instantie enkel onderzoekt of een van de vereiste herzieningsgronden aanwezig is, voldoet naar het oordeel van het Europees Hof niet aan de eis van art. 6.1 EVRM. Daartoe moet een beroep kunnen worden gedaan op een rechter met volle rechtsmacht, die zich meteen over de zaak zelf uitspreekt⁴. I.v.m. de ontvankelijkheid *ratione temporis* van een annulatieberoep bij de Raad van State, dat pas was ingesteld nadat een vorige vordering bij een onbevoegd rechtscollege was afgewezen, heeft die Raad geoordeeld dat art. 6.1 EVRM van toepassing is op de rechtsmiddelen die kunnen worden aangewend tegen een beslissing van de raad van beheer van een intercommunale, waarbij een in statutair verband benoemd personeelslid bij tuchtmaatregel wordt afgezet, wanneer de bediening van dat personeelslid (parttime-schoonmaakster) niet in de echte zin van het woord als een openbaar ambt kan worden beschouwd⁵. Met die uitspraak volgt de Raad van State trouwens a contrario, maar wel verifiërend, de m.i. terecht betwiste⁶ rechtspraak luidens welke art. 6.1 EVRM niet van toepassing is op beslissingen die openbare ambtenaren aanbelangen, ook niet wanneer zij bv. betrekking hebben op de financiële verplichtingen van die ambtenaren tegenover de staatskas (vaststellen van rekeningen van rekenplichtigen)⁷.

⁴ EHRM, 23 september 1982, Sporrang en Lönnroth, *Publ. Cour*, Ser. A, Vol. 52, § 86. In de rechtsleer wordt de vraag gesteld of ook de Belgische wetgeving inzake onteigening bij hoogdringendheid (wet van 26 juli 1962) en de regeling van art. 35 Stedebouwwet wel aan de eisen van het EVRM beantwoorden, cf. E. CLAES, «Het Straatsburgse arrest Sporrang en Lönnroth: onteigening, bouwverbod en de rechten van de mens», *T. Aann.*, 1982, 317-336; P. LAMBERT, noot onder EHRM, 23 september 1982, *J.T.*, 1983, 701-702; P. LEMMENS, «Onteigening en stedenbouwkundige voorschriften», *R.W.*, 1982-83, 2027, nr. 7. Vgl. wat betreft de tijd gedurende welke een goedgekeurde onteigening mag worden uitgevoerd: Cass., 30 april 1981, *R.W.*, 1981-82, 1557.

⁵ R.v.S., 26 september 1984, nr. 24.689, *R.W.*, 1984-85, 1582, noot Y. VANDEN BOSCH, «Annulatieberoep na vordering bij onbevoegd rechtscollege». Vroeger heeft de Raad van State geoordeeld dat art. 6 EVRM niet van toepassing is op bestuursoverheden die het tuchtrechtelijk gezag uitoefenen: R.v.S., 17 april 1970, Henne-ton, nr. 14.066.

⁶ Y. VANDEN BOSCH, *ibid.*

⁷ Cass., 20 oktober 1980, *R.W.*, 1981-82, 1222, *T.B.P.*, 1981, 313; Cass., 30 juni 1983, *R.W.*, 1984-85, 811; zie ook Cass., 14 april 1983, *R.W.*, 1983-84, 83. Het Hof van Cassatie verklaart art. 6, 1 EVRM evenmin van toepassing op rechten en verplichtingen die hun oorsprong vinden in het belastingrecht (Cass., 8 april 1976,

3. Zoals blijkt uit de Franse versie van art. 6.1 EVRM, waar sprake is van «des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil» en zoals overigens vanzelf spreekt, heeft het bij dat artikel gewaarborgde recht op een beroep op de rechter alleen betrekking op geschillen. In de Engelse versie van de tekst wordt die term weliswaar niet gebruikt en is er enkel sprake van «the determination of his civil rights and obligations», maar de vaststelling van de genoemde rechten en verplichtingen is opgedragen aan de rechter. Het strafrecht en aanverwante domeinen, als het tuchtrecht van de vrije beroepen buiten beschouwing gelaten, maakt juist het oplossen van geschillen de specifieke taak uit van de rechter⁸. T.a.v. een rechter kan het «vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen» niets anders inhouden dan het oplossen van geschillen dienaangaande.

4. Bij oppervlakkige lezing, zowel van de Engelse als van de Franse versie van de tekst, kan men op het eerste gezicht geneigd zijn te besluiten dat bedoeld zijn: burgerlijke geschillen, d.z. geschillen waarin subjectieve burgerlijke rechten in het geding zijn en waarvan in de Belgische context krachtens art. 92 Gw. de oplossing aan de burgerlijke rechter is opgedragen. Wij hebben echter vastgesteld dat zowel het EHRM, het Hof van Cassatie als de Raad van State de verdragsbepaling ook op andere rechtsprekende instanties dan de burgerlijke rechter toepassen. Zaak is immers dat in art. 6.1 EVRM, anders dan in art. 92 Gw., het begrip «burgerlijk recht» niet wordt gehanteerd als formeel criterium tot aanwijzing van de bevoegde rechter, maar als materieel criterium tot aanduiding van het soort van geschillen dat eronder valt. Het EHRM noemt de begrippen die in het EVRM worden gebruikt «autonome begrippen»⁹. Het gaat

Pas., 1976, I, 871, concl. adv.-gen. J. VELU en Cass., 15 april 1983, *R.W.*, 1983-84, 798) of in de militiewetgeving (Cass., 13 oktober 1976, *Pas.*, 1977, I, 196).

⁸ O.i. kan theoretisch ook de publieke vordering in strafzaken als een objectief geschil worden voorgesteld. In strafzaken gaat het om een tegenstelling tussen de belangen en rechten van de gemeenschap en die van een particulier, tegengestelde belangen en rechten die trouwens ook in het strafgeding door tegenover elkaar staande partijen worden vertegenwoordigd. Het bezwaar dat soms (zie bv. A.LENAERTS, «Administratieve rechtscollages», *Adm. Lex.*, nr. 9) tegen die voorstelling wordt gemaakt, lijkt mij niet zozeer voort te vloeien uit het feit dat in strafgedingen slechts op kunstmatige wijze tegengestelde belangen en rechten of partijen zouden kunnen worden onderscheiden, als wel uit de vaststelling dat de strafrecht-spraak een aparte soort van rechtspraak uitmaakt, t.a. waarvan de term «geschil» niet op adequate wijze kan worden gebruikt. Maar juist die vaststelling toont aan dat de poging om strafgedingen als «geschillen» voor te stellen in feite overbodig is en op een valse probleemstelling berust. Zulk een poging wordt aangewend, wanneer men van de rechtsprekende functie een definitie wil geven die alle vormen van rechtspraak zou omvatten. Het eigen karakter van de strafrecht-spraak maakt het echter onmogelijk haar met andere vormen van rechtspraak op dezelfde noemer te brengen. Hetzelfde kan worden gezegd van de reeds meer genoemde tuchtervolgingen, die met strafzaken verwant zijn.

⁹ Zie o.m. EHRM, 27 juni 1968, Neumeister, *Publ. Cour*, Ser. A., vol. 8, § 18; EHRM, 27 juni 1968, Wemhoff, *Publ. Cour*, Ser. A., vol. 7, § 19; EHRM, 16 juli 1971, Ringelsen, *Publ. Cour*, Ser. A., vol. 13, § 110; EHRM, 8 juni 1976, *Publ. Cour*, Ser. A., vol. 22, § 81 en EHRM, 28 juni 1978, König, *Publ. Cour*, Ser. A., vol. 27, § 88, al. 27.

om geschillen waarin burgerlijke rechten en verplichtingen worden vastgesteld. Maar die vaststelling moet niet noodzakelijk door de burgerlijke rechter worden gedaan. De bij art. 6.1 EVRM gewaarborgde rechtsbescherming kan bv. ook door een administratieve rechter worden verleend. T.a.v. die rechter stelt de verdragsbepaling geen andere statutaire eisen dan dat zijn ambt bij de wet moet zijn ingesteld. Concrete statutaire waarborgen, als die van de artikelen 100, 102 en 103 Gw., zijn niet vereist. De verdragsbepaling lijkt de garantie die het recht op een beroep de rechter moet verlenen, veeleer te zoeken in de waarborgen die zij eveneens bepaalt: tijdige, openbare en objectieve behandeling van de zaak.

5. Zoals pas werd gezegd, heeft het feit dat het begrip «burgerlijk recht» in art. 6.1 EVRM niet in de formele, maar in de materiële zin van het woord wordt gebruikt, echter niet enkel gevolgen t.a.v. de aanwijzing van de bevoegde rechter, maar ook t.a.v. die van het soort van geschillen dat eronder valt.

In burgerlijke geschillen, ook die waarbij een overheid betrokken is, gaat het altijd om een tegenstelling tussen subjectieve rechten. Subjectieve burgerlijke rechten putten hun juridische gelding uit hun wederkerigheid, ook wanneer zij wettelijk bevestigd zijn. Juist daarom is het burgerlijk recht in wezen aanvullend recht. In burgerlijke geschillen gaat het dus om een beoordeling van de wederzijdse juridische gelding van subjectieve rechten.

Zoals wij hebben vastgesteld, kan het recht op een beroep op de rechter, dat bij art. 6.1 EVRM is gewaarborgd, echter ook door een andere rechter dan de burgerlijke worden verleend. Derhalve kunnen ook andere dan de zoëven genoemde burgerlijke geschillen onder de toepassing van die bepaling vallen. Die andere geschillen zijn die welke in de formele benadering van art. 93 Gw. «politieke geschillen» worden genoemd.

Politieke geschillen hebben betrekking op overheidshandelingen. T.a.v. zulke handelingen kan de tegenpartij — particulier of andere overheid — vaak alleen subjectieve belangen laten gelden. Ook belangengeschillen kunnen politieke geschillen zijn. I.v.m. het overheidshandelen kunnen aan particulieren of andere overheidsinstanties ook subjectieve rechten zijn verleend. In het geval van de supra-nationaal en/of grondwettelijk erkende rechten en vrijheden gaat het om rechten welke die van de overheid overstijgen. Meestal echter betreft het rechten die particulieren of andere overheidsinstanties binnen het kader van het overheidsrecht zelf zijn verleend. Het overheidsrecht, waarop het overheidshandelen steunt en de aan particulieren of andere overheidsinstanties verleende subjectieve rechten staan niet als wederkerige rechten tegenover elkaar. De tweede overstijgen het eerste of zijn eraan ondergeschikt en het overheidsrecht zelf kan niet als subjectief recht worden betiteld. De verleende rechten kunnen alleen worden ingeroepen om de wettigheid van het overheidshandelen naar binnen en naar buiten te toetsen. Politieke geschillen zijn objectieve geschillen, niet in de zin waarin het annulatieberoep bij de Raad van State een objectief beroep wordt genoemd — in de zin nl. dat het belang van de verzoeker alleen als ontvankelijkheidsgrond in aanmerking wordt genomen en de overheidshandeling zelf uitsluitend op haar objectieve wettigheid wordt beoordeeld —, maar wel in de zin dat ook bij het beoordelen van de overheidshandeling

zelf geen wederkerige subjectieve rechten tegen elkaar worden afgewogen, maar zelfs de verleende subjectieve rechten uitsluitend fungeren als criteria tot beoordeling van de objectieve wettigheid van de overheidshandeling. Om te concluderen tot het voorhanden-zijn van een geschil dat onder de toepassing van art. 6.1 EVRM valt, stelt het EVRM in zijn arrest *Sporrong en Lönnroth* enkel vast dat de eisers de wettigheid van de langdurige gelding van de machtigingen tot onteigening betwistten¹⁰.

6. Het feit dat ook geschillen waarin particuliere aanspraken niet op hun subjectieve, maar op hun objectieve geldigheid worden beoordeeld, onder de toepassing van de besproken verdragsbepaling kunnen vallen, kan doen veronderstellen dat de bevoegde rechter een cassatie- of een annulatierechter kan zijn. Zoals boven reeds werd verduidelijkt, heeft het EHRM in zijn arrest *Sporrong en Lönnroth* echter geoordeeld dat bij de toepassing van art. 6.1 EVRM een beroep moet kunnen worden gedaan op een rechter met volle rechtsmacht die zich meteen over de zaak zelf uitspreekt¹¹. Burgerlijke rechten en verplichtingen «vaststellen» wil immers zeggen: over die rechten en verplichtingen zelf uitspraak doen. Het EHRM heeft trouwens ook geoordeeld dat de toepasselijkheid van art. 6.1 EVRM een rechtstreekse aantasting van burgerlijke rechten en verplichtingen onderstelt¹². Een rechtstreekse aantasting van rechten en verplichtingen kan alleen door een uitspraak over die rechten en verplichtingen zelf worden rechtgezet.

7. Blijft de vraag welke de «burgerlijke rechten en verplichtingen» kunnen zijn die naar de materiële zin van dat begrip onder de bevoegdheid vallen van een andere rechter over de zaak zelf dan de burgerlijke rechter.

Het antwoord op die vraag wordt ons verstrekt door de casussen die in de boven geciteerde arresten van het EHRM en het Hof van Cassatie werden behandeld. Hoewel het herzien van een machtiging tot onteigening een administratieve aangelegenheid is en het sanctioneren van een overtreding van de regels van de deontologie van een vrij beroep een tuchtrechtelijke, vallen zowel het eigendomsrecht als de privaatrechtelijke verhoudingen tussen beoefenaars van vrije beroepen en hun (mogelijke) cliënten onder het burgerlijk recht. Het gaat dus om rechten die in de materiële zin van het begrip als burgerlijke rechten kunnen worden aangemerkt, maar die op een directe wijze (mede) betrokken zijn in geschillen die niet in de bevoegdheid vallen van de burgerlijke rechter en die dus ook niet in de formele zin van het woord als burgerlijke geschillen kunnen worden beschouwd.

8. Anders was de situatie in de casus die in het arrest nr. 25.689 van 26 september 1984 van de Raad van State werd behandeld. Aanspraken die voortvloeien uit de statutaire

¹⁰ EHRM, 23 september 1982, *Sporrong en Lönnroth*, *Publ. Cour*, Ser. A., vol. 52, § 81. In het reeds geciteerde arrest *Le Compte, Van Leuven en De Meyere* (§ 45, al. 2) oordeelt het EHRM dat het begrip op een materiële, eerder dan op een formele wijze moet worden benaderd.

¹¹ Vgl. ook EHRM, 23 juni 1981, *Le Compte, Van Leuven en De Meyere*, *Publ. Cour*, Ser. A., vol. 43, §§ 51, 54 en 60.

¹² EHRM, 23 juni 1981, *Le Compte, Van Leuven en De Meyere*, § 47.

toestand van ambtenaren kunnen niet als burgerlijke rechten worden beschouwd. Zij steunen op publiekrechtelijke verhoudingen. Juist daarom worden zij door het Hof van Cassatie en op een meer genuanceerde wijze ook door de Raad van State van de toepassing van art. 6.1 EVRM uitgesloten.

Vraag is echter of dat standpunt verantwoord is en in de toekomst door het EHRM zal worden gedeeld.

In bepaalde gevallen, zoals precies dat van een vastbenoemd ambtenaar die bij tuchtmaatregel wordt afgezet, scheppen administratieve beslissingen situaties die materieel identiek zijn met die welke in het burgerlijk recht kunnen ontstaan. Welk is het reële verschil tussen een afzetting van een ambtenaar en een afdanking van een bediende in de privé-sector? Zijn de voordelen van het openbaar ambt zo groot dat zij rechtvaardigen ambtenaren de waarborgen te onthouden die particulieren wel zijn verleend? Formeel-juridisch bekeken maakt een louter inhoudelijke gelijkstelling van situaties die onder de gelding van verschillende rechtstakken vallen, een ongebruikelijke vorm uit van analogische toepassing van begrippen uit de ene rechtstak in de andere. In zoverre het gaat om het toepassen van burgerrechtelijke principes op bepaalde aspecten van het overheidshandelen, lijkt zulk een vorm van innoverend juridisch denken mij nochtans te beantwoorden aan de behoefte aan grotere rechtsbescherming die vanzelf uit de steeds verder schrijdende overheidsbemoeiing voortvloeit. Overigens betreft het hier slechts een verdere stap in een sinds lang ingezette evolutie. In het bekende Flandria-arrest van het Hof van Cassatie¹³ werd voor het eerst aangenomen, dat burgerrechtelijke principes op de overheid als overheid van toepassing kunnen zijn. Het ging toen om een directe toepassing op de overheid van het zuiver burgerrechtelijke principe van de quasi-delictuele aansprakelijkheid. Een verplichting tot het analogisch toepassen van burgerrechtelijke oplossingen op inhoudelijk identieke publiekrechtelijke situaties zou kunnen worden beschouwd als een soort burgerlijk recht op bescherming tegen onrechtmatig bestuur, dat volgens art. 6.1 EVRM niet noodzakelijk door de justitiële rechter moet worden verleend, maar waaraan wel de bij dat artikel bepaalde waarborgen verbonden zijn¹⁴.

Zoals reeds uit het arrest Sporong en Lönnroth is gebleken, is t.a.v. art. 6.1 EVRM en de interpretatie die eraan wordt gegeven, het traditioneel onderscheid tussen burgerlijke en politieke rechten — in zoverre het ooit volkomen duidelijk is geweest¹⁵ — blijkbaar niet relevant. Heeft het belastingrecht of de militieverplichting een meer uitgesproken politiek karakter dan het onteigeningsrecht? En wordt de persoonlijke of de vermogenssituatie van een particulier

niet evengoed — of even slecht — door die verschillende vormen van overheidsoptreden beïnvloed? Of heeft de schorsing met beroving van wedde of de afzetting van ambtenaren niet dezelfde weerslag op hun persoonlijke situatie als de schorsing of schrapping van beoefenaren van vrije beroepen op de hunne¹⁶? Zoals het arrest nr. 24.289 van 26 september 1984 van de Raad van State aantoonde, hoeft de hierboven geschetste analogische toepassing van het begrip «burgerlijk recht» niet a priori te worden uitgesloten. Ook het EHRM blijkt zulks tot op heden niet te hebben gedaan¹⁷. Natuurlijk kan als zodanig geen burgerrechtelijk karakter worden toegekend aan verhoudingen als die welke beheerst worden door de rechten die traditioneel als politieke rechten worden betiteld: het ius suffragii, het ius honorum, het ius tributum en het ius militiae. Maar, zoals het reeds meer geciteerde arrest van 26 september 1984 van de Raad van State aantoonde, lijkt het mij evenzeer uitgesloten, dat die verhoudingen a priori aan elke burgerrechtelijke benadering in de materiële zin van het woord zouden worden onttrokken.

b) Onafhankelijke rechter

9. Stelt art. 6.1 EVRM t.a.v. de rechtbank, waarop voor de bescherming van burgerlijke rechten een beroep moet kunnen worden gedaan, geen andere statutaire eisen dan dat zij bij de wet moet zijn ingesteld, zoals overigens ook art. 14.1 van het VN-Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, dan voegt het daar wel aan toe dat het om een onafhankelijke en onpartijdige rechtbank moet gaan.

Onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter zijn nauw met elkaar verbonden. Zoals in de geciteerde verdragsartikelen, worden zij ook in de rechtspraak gewoonlijk in een adem genoemd. Zonder de eerste blijft de tweede onbereikbaar. En, zoals wij dadelijk zullen vaststellen, kunnen bepaalde vormen van gemis aan onafhankelijkheid in zekere zin ook als vormen van collectieve partijdigheid worden gezien.

Toch zijn onafhankelijkheid en onpartijdigheid onderscheiden waarborgen van de objectiviteit die van de rechter wordt verwacht. Onpartijdigheid houdt verband met de (reële of vermeende) persoonlijke ingesteldheid van de rechter. Onafhankelijkheid daarentegen houdt verband met het statuut van de rechter en kan betrekking hebben op zijn verhouding tot andere overheidsinstanties of tot bepaalde collectieve belangen, waarvan de behartiging buiten zijn rechterlijke opdracht valt. In tegenstelling tot de onpartijdigheid, die een kwaliteit is van de rechter, behoort de onafhankelijkheid, die een hoedanigheid moet zijn van de rechtbank, tot het wezen zelf van de rechtsprekende functie¹⁸. Alleen een «derde» kan in de echte zin van het woord recht spreken en alleen een statutair onafhankelijke rechter kan t.a.v. de partijen als «derde» worden beschouwd.

10. De andere overheidsinstanties t.a. waarvan de onaf-

¹³ Cass., 5 november 1920, *Pas.*, 1920, I, 239.

¹⁴ Het EHRM past een gelijkaardige analogische interpretatie toe op het gebied van het strafrecht. Bepaalde disciplinaire maatregelen tegen militairen (EHRM, 8 juni 1976, Engels e.a., *Publ. Cour.*, Ser. A., vol. 22, § 80-82) of gevangenen (EHRM, 28 juni 1984, Campbell & Fell, *Publ. Cour.*, Ser. A., vol. 80, § 67-73) en bepaalde administratieve sancties i.v.m. het verkeer (EHRM, 21 februari 1984, Öztürk, *Publ. Cour.*, Ser. A., vol. 73, § 46-56) kwalificeert het als «strafzaken» in de zin van art. 6 EVRM.

¹⁵ Voor een overzicht van het probleem, zie A. MAST, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, 1984, nr. 506.

¹⁶ Vgl. Y. VANDEN BOSCH, *l.c.*, 1593-95., en W.L. «Openbaarheid van tuchtprocedures bij de Orde van Geneesheren en de Orde van apothekers», *R.W.*, 1984-85, 2995.

¹⁷ Y. VANDEN BOSCH, *ibid.*

¹⁸ Anders: A. MAST, *ibid.*, nr. 498.

hankelijkheid van de rechter moet worden gewaarborgd, zijn die welke behoren tot de uitvoerende macht. Wij hebben reeds onderstreept dat art. 14.1 van het VN-Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, noch art. 6.1 van het EVRM ter zake andere statutaire eisen formuleren dan dat de bevoegde rechterlijke instantie bij de wet moet zijn ingesteld. Zelfs bij ontstentenis van concrete waarborgen als die welke bij de artt. 100, 102 en 103 Gw. zijn voorgeschreven, is die eis op zich reeds een belangrijke garantie voor de onafhankelijkheid van de rechter t.a.v. de uitvoerende macht. In de geciteerde verdragsbepalingen is de onafhankelijkheid echter als een zelfstandige eis geformuleerd. Hij geldt dus ook t.a.v. de niet justitiële rechter die tot bescherming van burgerlijke rechten wordt geroepen. Reeds voordat het Hof van Cassatie art. 6.1 EVRM op de tuchtacties van de Orden van de vrije beroepen toepasselijk verklaarde, heeft het geoordeeld dat de eis betreffende de onafhankelijkheid (en de onpartijdigheid) van de rechtscolleges moet worden beschouwd als een algemeen rechtsbeginsel, dat ook los van die verdragsbepaling t.a.v. alle jurisdictionele instanties geldt¹⁹. Negatief heeft het EHRM bv. beslist dat een regionale overheid, zittend als rechtscollege dat in hoger beroep uitspraak doet over een niet-goedkeuring door de lokale overheid van een verkoop van bouwgrond, niet voldoet aan de vereisten die inzake onafhankelijkheid (en onpartijdigheid) bij art. 6.1 EVRM zijn gesteld²⁰.

11. De onafhankelijkheid (en onpartijdigheid) van de tuchtgerichten van de vrije beroepen werd(en) herhaaldelijk in twijfel getrokken op grond van de vaststelling dat die tuchtgerichten geheel of gedeeltelijk uit beoefenaars van het desbetreffende beroep zijn samengesteld. Een gelijksoortig probleem zullen wij verder ontmoeten i.v.m. de militaire rechtscolleges, waarin ook militairen zitting hebben²¹. Mede ten gevolge van het feit dat vaak slechts een of enkele leden van het rechtscollege het desbetreffende beroep uitoefenen of de gewraakte hoedanigheid bezitten, kan men geneigd zijn de opwerping met het onpartijdigheidsvereiste in verband te brengen. Uiteindelijk wordt de objectiviteit van een rechter, die op grond van zijn privé-beroep of zijn hoedanigheid geacht wordt in de uitoefening van zijn ambt belangen te verdedigen die buiten zijn rechterlijke opdracht vallen, toch bepaald door zijn persoonlijke ingesteldheid? De opwerping slaat echter niet op een reële of vermeende binding van de rechter met een van de partijen of haar belangen, maar op de hoedanigheid zelf op grond waarvan hij tot rechter is benoemd. Zij houdt dus verband met het statuut van de rechter. Zulk een verwijt lijkt mij niet zozeer

zijn onpartijdigheid, als wel zijn onafhankelijkheid in twijfel te willen trekken.

T.a.v. de tuchtgerichten van de vrije beroepen heeft het Hof van Cassatie het argument zonder nadere verklaring afgewezen²². Het EHRM motiveert zijn afwijzing met de beschouwingen dat die rechtscolleges bij de wet zijn ingesteld, voor de helft bestaan uit beroepsmagistraten, onder wie de voorzitter, en dat het systeem volgens hetwelk de andere leden worden verkozen, de beschuldiging niet afdoende schraagt²³. Algemener kan men wellicht stellen dat de samenstelling van zulke rechtscolleges door de wetgever bewust is gewild, wegens de deskundige inbreng van mensen die met het beroep vertrouwd zijn en dus voor degenen die voor die tuchtgerichten verschijnen, veeleer waarborgen inhoudt. Een eventuele reële corporatieve ingesteldheid van een individuele rechter vloeit niet voort uit de wijze waarop die rechtscolleges zijn samengesteld, maar uit een individueel verkeerd begrip van de opgedragen taak. Zo'n verkeerde opvatting van de opdracht kan zich in alle rechtscolleges voordoen en wordt opgevangen door hun meerkoppige samenstelling en door de verdere rechtsmiddelen die de gedaagde ter beschikking staan.

c) Administratieve rechtscolleges

12. Luidens art. 93 Gw. behoren alle geschillen over politieke rechten tot de bevoegdheid van de rechter, behoudens de bij de wet bepaalde uitzonderingen. Dat voorschrift biedt de wetgever de mogelijkheid de oplossing van bepaalde «politieke geschillen» aan buitengerechtelijke instanties toe te vertrouwen. Aangezien in het Belgische rechtsbestel de grondwettelijkheid van de wet niet kan worden getoetst, is t.a.v. de mogelijkheid om zulk een uitzonderingsregeling uit te vaardigen, niet de inhoudelijke omschrijving van het begrip «politieke geschillen», maar de wil van de wetgever determinerend²⁴. In de huidige stand van zaken geldt t.a.v. die mogelijkheid alleen de beperking die vervat is in art. 6.1 EVRM, luidens hetwelk geschillen waarbij burgerlijke rechten en verplichtingen worden vastgesteld, door de rechter moeten worden beoordeeld. Wij hebben reeds geconstateerd dat het door die verdragsbepaling gewaarborgde recht op een beroep op de rechter ook toepasselijk is op de administratieve geschillen waarbij burgerlijke rechten en verplichtingen worden vastgesteld. Wij hebben echter terzelfder tijd genoteerd dat de rechter op wie een beroep moet kunnen worden gedaan, niet noodzakelijk een justitiële moet zijn.

¹⁹ Cass., 15 juni 1979, *R.W.*, 1979-80, 1702, noot, *T.B.P.*, 1980, 60; Cass., 20 juni 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 1256; Cass., 14 november 1980, *Pas.*, 1981, I, 317, *R.W.*, 1980-81, 1252 en Cass., 30 april 1982, *R.W.*, 1983-84, 181.

²⁰ EHRM, 22 oktober 1984, *Sramek*, *Publ. Cour*, Ser. A., vol. 84, § 70 e.v.

²¹ Vgl. de opwerping van de totaalweigeraar die de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid betwist van de militaire leden van de krijgsraad, omdat zij trouw hebben gezworen aan de instelling, waarvan hij het rechtmatig bestaan in twijfel trekt: Cass., 22 februari 1983, *Tegenspraak*, 1983, 277, noot.

²² Cass., 15 juni 1979, Cass., 20 juni 1979, Cass., 14 november 1980 en Cass., 30 april 1982, alle zoëven vermeld; Cass., 17 december 1982, *R.W.*, 1982-83, 1808; Cass., 4 maart 1983, *R.W.*, 1982-83, 2753; Cass., 3 november 1983, *R.W.*, 1983-84, 1978 en Cass., 13 september 1984, *R.W.*, 1984-85, 2639.

²³ EHRM, 23 juni 1981, *Le Compte*, Van Leuven en De Meyere, voetnoot 2, § 58, en EHRM, 10 februari 1983, *Albert en Le Compte*, *ibid.*, § 31. Het EHRM argumenteert nochtans vanuit de vraag naar de subjectieve ingesteldheid van de betrokken leden van het tuchtgerecht.

²⁴ A. MAST, *Overzicht Belgisch administratief recht*, 1984, nr. 511.

13. Van de bij art. 93 Gw. geboden mogelijkheid wordt gebruik gemaakt om de oplossing van een aantal administratieve geschillen toe te vertrouwen aan specifiek daartoe ingestelde administratieve rechtscolleges of aan louter administratieve of zelfs politieke organen die die rechtsprekende bevoegdheid naast hun andere, hoofdzakelijk administratieve en/of politieke opdrachten uitoefenen.

Zulks is het geval met de Afdeling Administratie van de Raad van State, het Rekenhof, de bestendige deputatie, de militierechtscolleges (Hoge Militieraad, militieraden en herkeuringsraden) en talrijke andere colleges en commissies.

In zoverre bij de berechting van de geschillen waarvan de oplossing aan zulke administratieve rechtscolleges is toevertrouwd, burgerlijke rechten en verplichtingen worden vastgesteld, rijst natuurlijk de vraag of die rechtscolleges kunnen worden beschouwd als «rechter» in de zin van art. 6.1 EVRM, d.i. als bij de wet ingestelde onafhankelijke rechter over de zaak zelf.

Krachtens art. 93 Gw. kunnen administratieve rechtscolleges alleen bij de wet worden ingesteld. Op dat punt dus geen problemen.

Zoals bekend, wordt de onafhankelijkheid van de staatsraden wettelijk gewaarborgd door dezelfde concrete statutaire regels als die welke grondwettelijk voor de leden van de rechterlijke macht gelden²⁵. De Raad van State treedt echter slechts op als rechter over de zaak zelf in de gevallen waarover hij in laatste aanleg uitspraak doet²⁶. T.a.v. de andere geschillen waarvan de berechting hem is toevertrouwd, bezit hij slechts annulatie- of cassatiebevoegdheid en t.a.v. de vorderingen tot herstelvergoeding wegens buitengewone schade lijkt hij mij niet als «rechter» in de eigenlijke zin van het woord te kunnen worden beschouwd, aangezien hij rekening moet houden met «de omstandigheden van openbaar en particulier belang» die elke zaak eigen zijn²⁷.

Het Rekenhof, dat als zodanig niet als een administratief rechtscollege kan worden beschouwd²⁸, treedt als rechtsprekend orgaan op, wanneer het de rekeningen van de rekenplichtingen van rijk of provincie vaststelt, het bedrag bepaalt van de sommen die op de door de ministers gedelegeerde ordonnateurs moeten worden verhaald en aan de genoemde ambtenaren boeten oplegt, die de helft van hun wedde niet mogen overschrijden (art. 8-10 wet 29 oktober 1846 betreffende de inrichting van het Rekenhof)²⁹. Wij menen reeds te hebben aangetoond dat de toepassing van art. 6.1 EVRM niet a priori moet worden uitgesloten t.a.v. zulke beslissingen, die betrekking hebben op publiekrechtelijke verhoudingen waarbij de persoonlijke financiële belangen van ambtenaren betrokken zijn³⁰. De rijks- en pro-

vinciebegrotingen worden door de bevoegde ministers, resp. provinciale overheden beheerd. De onafhankelijkheid van de leden van het Rekenhof lijkt dus afdoende gewaarborgd door het feit dat zij, zij het tijdelijk, door de Kamer van Volksvertegenwoordigers worden benoemd³¹.

O.i. kan de onafhankelijkheid van de militierechtscolleges niet bedreigd worden geacht door de aanwezigheid van militairen, die in die colleges uiteraard de belangen van het leger vertegenwoordigen, maar in de minderheid zijn.

De bestendige deputatie, die eigenlijk een politiek orgaan is, verricht rechtsprekende handelingen bij het vaststellen van de eindrekening van de gemeenteontvangers³² en bij het beoordelen van bepaalde geschillen inzake provincie-³³ en gemeentebelastingen³⁴, de toepassing van de gemeentekieswet (o.m. en vooral de geldigverklaring van de Gemeenteraadsverkiezingen)³⁵ en de wetgeving betreffende de werking van de O.C.M.W.'s³⁶. Bij het oplossen van geschillen inzake provinciebelastingen treedt de bestendige deputatie onbetwistbaar op als rechter en partij. Dat bezwaar wordt niet opgeheven door het feit dat tegen de desbetreffende beslissingen van de bestendige deputatie cassatieberoep kan worden ingesteld³⁷. Het Hof van Cassatie fungeert immers niet als rechter over de zaak zelf. Evenzo kan de onafhankelijkheid worden betwisteld van de bestendige deputatie als politiek orgaan t.a.v. haar bevoegdheden i.v.m. de toepassing van de Gemeentekieswet en de verkiezing van de leden van de O.C.M.W.'s. Tegen de desbetreffende beslissingen van de bestendige deputatie kan echter hoger beroep worden ingesteld bij de Raad van State, die ter zake optreedt als rechter in laatste aanleg³⁸. Die regeling heeft nochtans wel tot gevolg dat de onafhankelijkheid van de «rechter» slechts in één aanleg volkomen is gewaarborgd.

14. Het is duidelijk dat de administratieve rechtscolleges niet steeds als «rechter» in de echte zin van het woord kunnen worden beschouwd. De tekorten die zij op dat vlak vertonen, worden door het Hof van Cassatie of de Raad van State meestal niet opgevangen. T.a.v. de beslissingen van de administratieve rechtscolleges fungeert ook de Raad van State meestal als cassatierechter. Het ontbreken van een effectief beroep op de rechter staat hem niet toe zelf zijn bevoegdheid uit te breiden³⁹. Dat euvel lijkt mij alleen te kunnen worden verholpen door het instellen van administratieve rechtbanken van eerste aanleg.

³¹ Art. 1 wet 29 oktober 1846 betreffende de inrichting van het Rekenhof.

³² Art. 213 R.B. 10 februari 1945 houdende algemeen reglement op de gemeentecomptabiliteit; R.v.S., 16 december 1954, Pottiez, nr. 3916 en R.v.S., 12 maart 1974, Van den Bussche, nr. 16.293.

³³ A. VANHOLDER en R. VEKEMAN, «Provinciebelastingen», *Adm. Lex.*, nr. 70.

³⁴ Art. 1 wet 22 jui 1865; Cass., 8 september 1983, *R.W.*, 1983-84, 2123; K. MEES, «Gemeentebelastingen», *Adm. Lex.*, nrs. 97 e.v.

³⁵ Titels V en VI van de Gemeentekieswet.

³⁶ Artt. 18, 21 en 22 OCMW-wet en artt. 15 en 19 wet 2 april 1965 betreffende de onderstandslast; R.v.S., 5 maart 1975, Cooreman, nr. 16.947.

³⁷ Art. 2 wet 22 juni 1865.

³⁸ Art. 16 R.v.S.-wet.

³⁹ R.v.S., 17 november 1982, Dalfino, nr. 22.657, *T.B.P.*, 1983, 387.

²⁵ Artt. 70, 103, 107-109 en 115 R.v.S.-wet.

²⁶ Art. 16 R.v.S.-wet.

²⁷ Art. 11, eerste lid, R.v.S.-wet.

²⁸ A. MAST, *ibid.*, nr. 538.

²⁹ A. MAST, *Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht*, 1985, nr. 417.

³⁰ Anders: Cass., 20 oktober 1980, *R.W.*, 1981-82, *T.B.P.*, 1981, 313. Het standpunt van het Hof van Cassatie steunt mede op het feit dat het de besproken betwistingen niet als «geschillen» beschouwt. Over het begrip «niet-geding-beslissende rechtspraak», zie H. LENAERTS, «Administratieve rechtscolleges», in *Adm. Lex.*, 11, nr. 10).

Zulks geldt a fortiori t.a.v. louter administratieve beslissingen als een schorsing met beroving van wedde of een afzetting van een ambtenaar. Tegen zulke beslissingen kan alleen annulatieberoep bij de Raad van State worden ingesteld. Indien men aanneemt dat bij zulke beslissingen «burgerlijke rechten en verplichtingen» worden vastgesteld, moet men ook constateren, dat t.a.v. die beslissingen de mogelijkheid zelf van een beroep op een rechter over de zaak zelf ontbreekt. Het verschil tussen een formele en een materiële benadering van het begrip «burgerlijk recht» treedt hier bijzonder duidelijk naar voren. Alleen in een formele benadering is het denkbaar dat een recht dat materieel als een burgerlijk recht wordt aangemerkt, geen rechter over de zaak zelf vindt, omdat het formeel aan de bevoegdheid van de gewone rechtbanken is onttrokken en er geen administratieve rechter over de zaak zelf voorhanden is.

III. Het recht op een beroep op een «bevoegde autoriteit» t.a.v. louter administratieve geschillen

15. De bij de wet ingestelde administratieve rechtscolleges behandelen echter niet enkel geschillen, waarbij burgerlijke rechten en verplichtingen worden vastgesteld. Zoals onder II is gebleken, kunnen in de andere gevallen, uiteraard de talrijkste, de waarborgen van art. 6.1 EVRM niet worden ingeroepen. In zoverre de reeds boven geciteerde artt. 2.3 van het VN-Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en 13 van het EVRM — waarvan de directe werking in de Belgische rechtsorde wordt betwist⁴⁰ — enkel het recht zouden waarborgen op een beroep op een «bevoegde autoriteit» resp. «een nationale instantie», die niet noodzakelijk een rechter moet zijn, zijn zij t.a.v. de hier behandelde geschillen niet relevant, aangezien dat recht door de instelling van de genoemde rechtscolleges zelf is gewaarborgd, zij het dan louter wettelijk. De besproken verdragsbepalingen garanderen echter daadwerkelijk rechtsherstel. Ook t.a.v. de administratieve rechtscolleges lijkt het daadwerkelijke van dat rechtsherstel mij ten minste hierin te zijn gelegen dat, zoals art. 2.3.b van het VN-Verdrag het formuleert, «het recht van een ieder die aanspraak maakt op zodanige rechtshulp wordt vastgesteld», d.i. dat op zulke aanspraken beslissingen worden genomen, die over de aanspraak zelf uitspraak doen en dat zulks binnen een redelijke tijd geschiedt. Wij hebben reeds onderstreept dat de Raad van State slechts als rechter over de zaak zelf optreedt in de gevallen waarover hij in laatste

aanleg uitspraak doet. De andere administratieve rechtscolleges beantwoorden aan die eis, ook wanneer zij betwistingen oplossen, waarbij geen burgerlijke rechten en verplichtingen worden vastgesteld, aangezien hun algemene opdracht er precies in bestaat zich inhoudelijk over «politieke geschillen» uit te spreken. Onder II hebben wij er reeds de aandacht op gevestigd, dat de draagwijdte van de bij art. 2.3 van het VN-Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en art. 13 van het EVRM verstrekte waarborgen beperkt is, omdat die waarborgen enkel gelden t.a.v. de rechten en vrijheden welke bij de genoemde verdragen zijn erkend. Die beperktheid lijkt mij nochtans gedeeltelijk te worden gecompenseerd door de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel. Ook dat beginsel, dat in alle domeinen van het recht toepassing kan vinden, behoort immers tot de erkende rechten.

IV. Het recht op een beroep op een «bevoegde autoriteit» t.a.v. louter administratieve aangelegenheden

16. Ook louter administratieve handelingen kunnen geschillen doen ontstaan waarin, in de zin van art. 6.1 EVRM, burgerlijke rechten en verplichtingen in het geding zijn en waarop die verdragsbepaling derhalve van toepassing is. Zoals reeds onder II gebleken is kan zulks bv. het geval zijn met administratieve tuchtmaatregelen die de statutaire en/of pecuniaire toestand van de betrokken ambtenaar beïnvloeden. Wij hebben reeds onderstreept dat in het annulatieberoep dat tegen administratieve rechtshandelingen kan worden ingesteld, de Raad van State niet als rechter over de zaak zelf optreedt. Dat euvel wordt niet verholpen door een voorafgaand administratief hoger beroep, aangezien ook de hogere administratieve overheid niet kan worden beschouwd als «rechter» in de zin van art. 6.1 EVRM.

Anderzijds vallen louter administratieve rechtshandelingen die geen geschillen betreffende burgerlijke rechten en verplichtingen doen ontstaan, maar waarbij rechten of vrijheden worden geschonden die door het VN-Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten of het EVRM zijn erkend, onder toepassing van de artt. 2.3 resp. 13 van die verdragen. Indien aan die bepalingen directe werking wordt toegekend, moet ook t.a.v. de genoemde rechtshandelingen het recht worden gewaarborgd op een beroep op een «bevoegde autoriteit» of «nationale instantie» die zich binnen een redelijke tijd over de zaak zelf uitsprekt. I.v.m. het annulatieberoep, dat ook tegen die rechtshandelingen kan worden ingesteld, geldt dezelfde bedenking als hierboven. Een voorafgaand administratief hoger beroep biedt hier wel een oplossing, indien daarin over de zaak zelf uitspraak wordt gedaan.

R. VEKEMAN

⁴⁰ P. LEMMENS, «De uitvoeringsimmunité van publiekrechtelijke rechtspersonen in strijd met de rechten van de mens?», *T.B.P.*, 1984, 168, met verwijzingen.

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 12 DECEMBER 1984

Eerste voorzitter : de h. Châtel

Raadsheer-rapporteur : de h. Vervloet

Advocaat-generaal : de h. Lenaerts

Advocaten : mrs. Bützler en Van Ryn

Burgerlijke rechtspleging — Mededeling aan het openbaar ministerie — Arbeidsgerechten — Artt. 764, eerste lid, 12°, en 578, 7°, Ger. W.

Ingevolge de artt. 764, eerste lid, 12°, en 578, 7°, Ger. W. zijn de arbeidsgerechten op straffe van nietigheid tot mededeling aan het openbaar ministerie van een ingestelde vordering verplicht, zodra die vordering laat blijken van een overtreding van de wetten en besluiten betreffende de arbeidsreglementering en de aangelegenheden onder de bevoegdheid van de arbeidsgerechten, zelfs al steunt die vordering niet uitdrukkelijk op die overtreding. Dit geldt inzonderheid ten aanzien van een vordering tot betaling van achterstallig loon en van een vervallen oudejaarspremie, daar zodanige vordering van een misdrijf laat blijken.

P. t/ N.V. G.

Gelet op het bestreden arrest, op 17 januari 1984 door het Arbeidshof te Antwerpen, afdeling Hasselt, gewezen ;

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 578, 7°, 764, eerste lid, 12°, 780, eerste lid, 1° en 4°, van het Gerechtelijk Wetboek, en voor zoveel nodig 1138, 5°, van het Gerechtelijk Wetboek en 42 van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers,

doordat het arbeidshof het hoger beroep ontvangt doch als ongegrond afwijst en, op het incidenteel hoger beroep, het beroepen vonnis wijzigt, de oorspronkelijke vordering van eiser volledig afwijst en eiser in de kosten veroordeelt,

terwijl artikel 764, eerste lid, 12°, van het Gerechtelijk Wetboek voorschrijft dat de vordering bepaald door, onder meer, artikel 578, 7°, van het Gerechtelijk Wetboek, aan het openbaar ministerie moet worden meegedeeld ; artikel 578, 7°, van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat de arbeidsrechtbank kennis neemt van geschillen van burgerlijke aard die het gevolg zijn van een overtreding van de wetten en besluiten betreffende de arbeidsreglementering en de aangelegenheden onder de bevoegdheid van de arbeidsrechtbank ; als «geschillen van burgerlijke aard die het gevolg zijn van een overtreding van de wetten en besluiten betreffende de arbeidsreglementering en de aangelegenheden onder de bevoegdheid van de arbeidsrechtbank», moeten worden beschouwd alle betwistingen die het gevolg zijn van een overtreding van een arbeidsrechtelijke norm en die de benadeelde partij hetzij voor de strafrechter, hetzij voor de arbeidsgerechten aanhangig kan maken ; eiser ten deze onder meer betaling vorderde van achterstallig loon en van een saldo van een eindejaarspremie, zoals door het arbeids-

hof wordt vastgesteld ; de niet-betaling van loon en van een eindejaarspremie een misdrijf uitmaakt, gesanctioneerd door artikel 42 van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers ; de zaak ten deze aan het openbaar ministerie had dienen te worden meegedeeld en het openbaar ministerie advies had dienen te geven ; artikel 780, eerste lid, 1° en 4°, van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat een vonnis op straffe van nietigheid onder meer de namen van de rechters die over de zaak hebben geoordeeld, en van de magistraat van het openbaar ministerie die zijn advies heeft gegeven, evenals de vermelding van het advies van het openbaar ministerie dient te bevatten ; noch uit de bestreden beslissing, noch uit enig ander processtuk waarop het Hof vermag acht te slaan blijkt dat de onderhavige zaak aan het openbaar ministerie werd meegedeeld en het openbaar ministerie een advies uitbracht ; de beslissing, waarbij het arbeidshof uitspraak deed zonder het advies van het openbaar ministerie te hebben ingewonnen, derhalve dient te worden vernietigd wegens schending van alle in het middel vermelde wetbepalingen :

Overwegende dat het middel het arrest alleen aanvecht in zoverre eisers vordering tot betaling van achterstallig loon en een «eindejaarspremie» wordt afgewezen ;

Overwegende dat de arbeidsgerechten, ingevolge de artikelen 764, eerste lid, 12°, en 578, 7°, van het Gerechtelijk Wetboek, op straffe van nietigheid, tot mededeling aan het openbaar ministerie van een ingestelde vordering zijn verplicht, zodra die vordering laat blijken van een overtreding van de wetten en besluiten betreffende de arbeidsreglementering en de aangelegenheden onder de bevoegdheid van de arbeidsgerechten, zelfs al steunt die vordering niet uitdrukkelijk op die overtreding ;

Overwegende dat het arrest vaststelt : dat eiser in zijn oorspronkelijke dagvaarding onder andere de betaling van achterstallig loon en van een vervallen «eindejaarspremie» van verweester vorderde, dat de eerste rechter die punten van de vordering gegrond verklaarde en dat verweester tegen die beslissing hoger beroep instelde ;

Overwegende dat de aldus voor het arbeidshof ingestelde vordering laat blijken van het bestaan van een misdrijf, nu de niet-betaling van het loon en van een vervallen «eindejaarspremie» op het tijdstip waarop zij dienden te worden betaald, een overtreding uitmaakt van de artikelen 9 en/of 11 van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers, strafbaar gesteld door artikel 42, 1°, van die wet ;

Dat de appelrechters derhalve, krachtens de artikelen 764, eerste lid, 12°, en 578, 7°, van het Gerechtelijk Wetboek, de vordering, op straffe van nietigheid, aan het openbaar ministerie dienden mee te delen ;

Overwegende dat, ingevolge artikel 780, eerste lid, 1° en 4°, van voormeld wetboek, het vonnis, op straffe van nietigheid, de naam van de magistraat van het openbaar ministerie die zijn advies heeft gegeven en de vermelding van dat advies moet bevatten ; dat deze regels ook in hoger beroep gelden ;

Overwegende dat het arrest noch de naam van de magistraat van het openbaar ministerie die zijn advies heeft gegeven, noch de vermelding van dat advies bevat; dat uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, niet blijkt dat het openbaar ministerie advies heeft gegeven;

Dat het arrest aldus de artikelen 764, eerste lid, 12°, en 780, eerste lid, 1° en 4°, van het Gerechtelijk Wetboek schendt;

Dat het middel gegrond is;
(...)

NOOT—*De mededeling aan het openbaar ministerie in het sociaal recht*

1. Het geannoteerde arrest bekrachtigt en preciseert de rechtspraak van het Hof van Cassatie betreffende de omstrede kwestie van de verplichte mededeling aan het openbaar ministerie van «geschillen van burgerlijke aard die het gevolg zijn van een overtreding van de wetten en besluiten betreffende de arbeidsreglementering en de aangelegenheden onder de bevoegdheid van de arbeidsrechtbank» (art. 578, 7°, Ger.W.). Het is bekend dat artikel 764, 12°, Ger.W., op straffe van nietigheid, de mededeling aan het openbaar ministerie oplegt van «de vorderingen voorzien door de artikelen 578, 7°, 580, 581, 582, 1° en 2°, en 583» van dit wetboek.

De interpretatie van het begrip «geschillen van burgerlijke aard die het gevolg zijn van een overtreding van de wetten en besluiten betreffende de arbeidsreglementering en de aangelegenheden onder de bevoegdheid van de arbeidsrechtbank» was zowel in de rechtspraak als in de rechtsleer betwist (zie H.-D. Bosly, *Les sanctions en droit pénal social belge*, Gent, Story-Scientia, 1979, blz. 227-230). Een recente studie besloot ik als volgt: «Indien dit probleem binnen een korte termijn niet voor het Hof van Cassatie wordt gebracht, lijkt het mij noodzakelijk een beroep te doen op de wetgever om een einde te maken aan de huidige juridische onzekerheid» («Tien jaar sociaal strafrecht 1971-1978», *Sociaal Strafrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 135).

2. Het gepubliceerde arrest lost het probleem op een duidelijke wijze op. Ten deze vorderde een werknemer van zijn werkgever betaling van achterstallig loon en van een vervallen nieuwjaarsgratificatie; uiteraard had hij zijn vordering bij het arbeidsgerecht aanhangig gemaakt.

De niet-betaling van de bedoelde sommen maakt een strafbaar feit uit, ingevolge de artikelen 9, 11 en 42, 1°, van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon van de werknemers. Het arbeidshof had de vordering gegrond verklaard, maar de zaak niet voor advies meegedeeld aan het openbaar ministerie. Het geannoteerde arrest vernietigt om die reden de beslissing van het arbeidshof.

3. Het Hof van Cassatie beslist dus dat een vordering verplicht mededeelbaar is aan het openbaar ministerie, «zodra (zij) *laat blijken* van een overtreding van de wetten en besluiten betreffende de arbeidsreglementering». Dit arrest, uitgesproken in voltallige zitting, komt overeen met twee vorige arresten van het Hof van 6 februari 1984, het ene in de zaak Cremer (*R.W.*, 1984-85, 1921), het andere in de zaak Korelikowa (zie G. Demez, «La sanction de la non-communication au ministère public des demandes visées à l'article 578, 7°, du Code judiciaire, *J.T.T.*, 1984, 105-109).

Die arresten geven een zelfde betekenis aan de begrippen «geschillen van burgerlijke aard», vervat in artikel 578, 7°, Ger. W., en «burgerlijke rechtsvordering volgend uit een misdrijf», vervat in artikel 26 van de wet van 17 april 1878 houdende de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering; beide verwerpen zij een restrictieve interpretatie van de termen «geschillen van burgerlijke aard» (G. Demez, *op. cit.*, blz. 106). Wat betreft de betekenis van die termen in het kader van de verjaring van de burgerlijke rechtsvordering, zij verwezen naar het cassatiearrest van 31 januari 1980 (*R.W.*, 1980-81, 438, en de conclusie van de procureur-generaal Dumon in *Pas.*, 1980, I, 626).

4. Vergeleken met beide arresten van 6 februari 1984, preciseert het arrest van 12 december 1984 uitdrukkelijk dat het voldoende is dat de vordering «*laat blijken* van een overtreding (...) zelfs al steunt die vordering niet uitdrukkelijk op die overtreding». Men dient zich dus niet enkel te houden aan de rechtsgrond die de eisende partij aan haar vordering geeft (zie dienaangaande, H.-D. Bosly, «Tien jaar sociaal strafrecht», *Sociaal Strafrecht*, blz. 136 en 137, en noten 162 en 163).

Henri-D. Bosly

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 25 JANUARI 1985

Voorzitter: de h. Janssens

Raadsheer-rapporteur: de h. Boon

Advocaat-generaal: de h. D'Hoore

Advocaat: mr. Bützler

Burgerlijke rechtspleging — Internationale rechtsmacht — Europees Bevoegdheids- en Executieverdrag — Door partijen aangewezen rechter — Bevoegdheidsbeding in cognossement — Vereisten van art. 17 E.E.X. — Tegenwerpelijkheid aan derde-houder.

Niet wettelijk verantwoord is het arrest dat, om de toepasselijkheid van een bevoegdheidsbeding in een cognossement ten aanzien van de derde-houder te verwerpen, oordeelt «dat zelfs tussen inlader en vervoerder een cognossement niet aan de door art. 17 E.E.X. bedoelde schriftelijke overeenkomst beantwoordt», zonder te onderzoeken of het bevoegdheidsbeding in de op het litigieuze cognossement gedrukte voorwaarden voldoet aan art. 17 E.E.X., en dat verder oordeelt dat het beding de derde-houder niet kan binden en dat ten aanzien van de derde-houder «het cognossement alleszins niet aan de vormvereisten van art. 17 E.E.X. voldoet», zonder vast te stellen dat de derde-houder bij de verkrijging van het cognossement, volgens het toepasselijke nationale recht, de inlader niet in diens rechten en verplichtingen is opgevolgd.

Rederij P. en R. t/ N.V. H. en N.V. G.

Gelet op het bestreden arrest, op 7 oktober 1981 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen;

Gelet op het arrest van het Hof van 8 april 1983;

Gelet op het arrest van 19 juni 1984 van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen ;

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 1108, 1134, 1689 tot 1693 van het Burgerlijk Wetboek, 87, 91 van de gecoördineerde wetten op de zee- en binnenvaart, die titel II van boek II van het Wetboek van Koophandel vormen (wet van 28 november 1928 (III) artikel I), 17 van het Verdrag tussen de Staten-Leden van de Europese Economische Gemeenschap betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, getekend te Brussel op 27 september 1968 en goedgekeurd bij de wet van 13 januari 1971, en 97 van de Grondwet,

doordat het arrest de door de eisers opgeworpen exceptie van territoriale onbevoegdheid, onder verwijzing naar de «jurisdiction» clausules van hun cognossementen met beding van de uitsluitende bevoegdheid van «the Hamburg courts», verwerpt op grond: «dat (...) zelfs tussen inlander en zeevervoerder een cognossement niet aan de door (artikel 17 van) het E.E.G.-Verdrag (van 27 september 1968) bedoelde schriftelijke overeenkomst, die uitdrukkelijk en ondubbelzinnig moet zijn, beantwoordt; dat het cognossement in essentie een document is bedoeld als ontvangstbewijs voor te vervoeren koopwaren, dat in de praktijk meestal enkel door de kapitein of de agenten wordt ondertekend en waarvan de bedingen de door de rederij voor het vervoer opgelegde voorwaarden uitmaken; dat een uitdrukkelijke en ondubbelzinnige schriftelijke overeenkomst niet kan worden afgeleid uit eenzijdig vastgestelde bedingen, de afwezigheid van bezwaren niet van aard zijnde dat ze de ontstentenis van dergelijke schriftelijke overeenkomst goedmaken; dat de vormvereisten die artikel 17 van het E.E.G.-Verdrag van 27 september 1968 voor de geldigheid van clausules tot aanwijzing van een bevoegde rechter stelt in enge zin tot waarborg van de beoogde wilsovereenstemming tussen partijen moeten opgevat worden; dat ten aanzien van de derde-drager van het cognossement, die volledig vreemd aan de totstandkoming ervan gebleven is, het cognossement alleszins niet aan de vormvereisten van artikel 17 voldoet»,

terwijl de materiële overdracht van een cognossement weliswaar aan de rechtmatige derde-houder een recht op afgifte van de vervoerde goederen verleent, doch tevens, in beginsel, impliceert dat de erin vervatte clausules hem tegenwerpelij zijn, behoudens de bedingen waardoor de vervoerder of het schip van de bij artikel 91 van de wet op de Zee- en Binnenvaart bepaalde aansprakelijkheid geheel of gedeeltelijk zou worden ontheven; bijgevolg, een beding, dat vanaf deze overdracht moet worden geacht ook tussen de rechtmatige houder van het cognossement en de eisers in gemeenschappelijk overleg tot stand te zijn gekomen, tot toekenning van bevoegdheid aan «the Hamburg courts» om de geschillen te berechten die tussen partijen zouden ontstaan — in zoverre het geen ontheffingsclausule inhoudt of verwijst naar een vreemde wetgeving die met voormeld artikel 91 strijdig zou zijn — in beginsel krachtens artikel 1134 van het Burgerlijk Wetboek de partijen tot wet strekt en derhalve beantwoordt aan het door artikel 17, eerste lid, van voormeld Verdrag van 27 september 1968 ad probationem voorgeschreven vereiste van schriftelijke overeenkomst; overeenkomstig laatstvermelde verdragsbepaling, waarvan bedoeld vereiste tot doel heeft te waarborgen dat

de wilsovereenstemming tussen partijen duidelijk en nauwkeurig tot uiting zou komen en inderdaad zou vaststaan — hetgeen overigens in dezelfde mate geldt voor de verbindende kracht van de andere bedingen van de overeenkomst — de rechter er derhalve toe gehouden is aan de hand van de feitelijke omstandigheden na te gaan of deze wilsovereenstemming tot stand is gekomen en onder meer of partijen een normale zorgvuldigheid aan de dag hebben gelegd, eventueel rekening houdend met hun lopende handelsbetrekkingen en de daaruit voortvloeiende goede trouw zelfs bij het ontbreken van een schriftelijke aanvaarding van het bevoegdheidsbeding; zodat het arrest er zich niet wettig toe kon beperken, om de enkele hierboven aangehaalde motieven, principieel te oordelen dat een cognossement niet aan de door artikel 17 van het Verdrag van 27 september 1968 gestelde vormvereisten kan voldoen (schending van alle in het middel aangeduide wetsbepalingen, met uitzondering van artikel 97 van de Grondwet) en daarenboven, door in gebreke te blijven in feite na te gaan of de tussen partijen vereiste wilsovereenstemming vaststond, de door het Hof uit te oefenen wettigheidscontrole onmogelijk maakt (schending van artikel 97 van de Grondwet):

Overwegende dat het bestreden arrest, mede door overneming van de redengeving van de eerste rechter, vaststelt dat het geding gevoerd wordt tussen de zeevervoerder (de eisers) enerzijds en de derde-houder van de cognossementen en diens opdrachthouder (de verweerders) anderzijds, wegens manco's bij de aflevering van de in die documenten vermelde koopwaar, met name een partij hout, en dat (de eisers), onder verwijzing naar de «jurisdiction» clausules van de cognossementen, de uitsluitende bevoegdheid van «the Hamburg Courts» opwerpen;

Overwegende dat het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in zijn arrest van 19 juni 1984 op de vraag gesteld in het arrest van het Hof van 8 april 1983 verklaart voor recht: «1. Een bevoegdheidsbeding in op een cognossement gedrukte voorwaarden voldoet aan de vereisten van artikel 17 Executieverdrag, indien partijen schriftelijk hebben ingestemd met de voorwaarden van het cognossement, die bedoeld beding bevatten, of indien het bevoegdheidsbeding onderwerp is geweest van een eerdere mondelinge overeenkomst tussen partijen, die uitdrukkelijk betrekking had op dat beding en waarvan het door de vervoerder ondertekende cognossement moet worden aange-merkt als de schriftelijke bevestiging, of indien het cognossement een onderdeel vormt van de lopende handelsbetrekkingen tussen partijen en voor zover daarbij blijkt, dat die betrekkingen worden beheerst door algemene voorwaarden die dat beding bevatten. 2. In de betrekkingen tussen de vervoerder en de derde-houder is aan de voorwaarden van artikel 17 Executieverdrag voldaan, indien het bevoegdheidsbeding als geldig is erkend in de betrekkingen tussen de inlander en de vervoerder en de derde-houder bij de verkrijging van het cognossement volgens het toepasselijke nationale recht de inlander in diens rechten en verplichtingen is opgevolgd»;

Overwegende dat het Hof van Justitie derhalve naar het toepasselijke nationale recht verwijst om te laten uitmaken of de derde-houder van het cognossement de inlander in diens rechten en verplichtingen is opgevolgd:

Overwegende dat het arrest oordeelt dat de bevoegd-

heidsclausule in een cognossement, in de verhouding van inlader tot vervoerder, niet aan de vereisten van artikel 17 van het Executieverdrag voldoet, dat die clausule de derdehouder niet kan binden en dat ten aanzien van de derdehouder «het cognossement alleszins niet aan de vormvereisten van artikel 17 voldoet»;

Dat het arrest aldus zijn beslissing niet wettig verantwoordt;

Dat het middel in zoverre gegrond is;

(...)

NOOT—Zie: Cass., 8 april 1983, *R.W.*, 1983-84, 1697, noot; H.v.J., 19 juni 1984, *R.W.*, 1984-85, 109, *Le droit maritime français*, 1985, 83, noot Bonassies, P. en T.B.H., 1985, 98, noot Libouton, J.; Gordon Slyn, conclusie, *R.W.*, 1984-85, *Eur. Vervoerr.*, 1984, 3-13; Roland, R., «Le connaissance et le droit européen», *T.B.H.*, 1985, 84-97; vgl. Kh. Antwerpen, 7 mei 1984, *Eur. Vervoerr.*, 1984, 397.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 28 FEBRUARI 1985

Voorzitter-rapporteur: de h. Bosly

Advocaat-generaal: mevr. Liekendaal

Advocaten: mrs. Kirkpatrick en Van Ommeslaghe

Faillissement — Tijdelijke handelsvereniging — Faillissement van een van de vennoten — 1. Werking van de overeenkomst ten aanzien van derden — 2. Schuldvergelijking niettegenstaande faillissement — 3. Gelijkheid tussen de schuldeisers — 4. Voortzetting van een overeenkomst door de curator.

1. *Het bestaan van een tijdelijke handelsvereniging tussen twee vennootschappen kan worden tegengeworpen aan derden, inzonderheid de gezamenlijke schuldeisers van een vennoot die failliet is verklaard, zodat dezen in principe verplicht zijn de gevolgen ervan tussen de contractspartijen te erkennen.*

2. *Wettelijk verantwoord is de beslissing dat ten aanzien van de vennoten van een tijdelijke handelsvereniging schuldvergelijking tot stand komt tussen enerzijds de gezamenlijke schuldvorderingen van de vennoten op een derde die na het faillissement van een van hen zijn geïnd, en anderzijds de hoofdelijke schulden van de vennoten jegens andere derden, die door de niet failliete vennoot zijn betaald, wanneer de rechter, op grond van een feitelijke beoordeling van de gegevens van de zaak, oordeelt dat, nu de overeenkomst van feitelijke handelsvereniging zonder bedrieglijke benadeling was gesloten, de in de overeenkomst bedongen schuldvergelijking plaatsheeft wegens de nauwe samenhang tussen de schuldvorderingen en de schulden, ook al is een van de contractanten failliet verklaard, daar zijn faillissement geen einde maakt aan de onderlinge afhankelijkheid tussen de wederkerige verbintenissen uit deze overeenkomst.*

3. *Wanneer wegens de nauwe samenhang schuldvergelijking plaatsheeft tussen voorschotten en schulden die nood-*

zakelijk waren voor de uitvoering van het werk waarvoor een tijdelijke handelsvereniging was opgericht, en schuldeisers van het faillissement van een van de vennoten zich moeten houden aan de gevolgen tussen de partijen van die zonder bedrieglijke benadeling van de schuldeisers gesloten overeenkomst, valt daaruit niet af te leiden dat de gelijkheid tussen de schuldeisers van het faillissement verbroken is.

4. *De uitvoering van de door de gefailleerde zonder bedrieglijke benadeling gesloten overeenkomsten kan door de curator worden voortgezet, indien hij oordeelt dat die uitvoering strookt met de belangen van de boedel.*

Faillissement N.V. S. t/ N.V. C.

Gelet op het bestreden arrest, op 10 november 1983 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

Over het eerste middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 97 van de Grondwet, 6, 1131, 1134, 1165, 1289, 1290, 1291 van het Burgerlijk Wetboek, 444, 479, 542, 561 van het Wetboek van Koophandel, 7, 8, 9, 10 en 12 van de Hypotheekwet van 16 december 1851,

doordat het arrest vaststelt: (1) dat verweerster en de N.V. S. «op 9 december 1975 een overeenkomst van tijdelijke handelsvereniging hebben gesloten om samen en hoofdelijk bepaalde werken uit te voeren voor rekening van de Intercommunale Vereniging E.5, opdrachtgever»; (2) «dat, volgens artikel 5 van deze overeenkomst, het aandeel van elke vennoot zowel in de verbintenissen, de winsten en verliezen als in de kapitaalbreng in de vereniging als volgt is vastgesteld: S. 69 pct. — C. 31 pct.»; (3) dat artikel 16 van de overeenkomst bepaalt: «In geval van faillissement van een van de partijen, kan de andere partij het werk voortzetten terwijl zij de toestand van de in gebreke gebleven partij definitief laat vereffenen door een deskundige, die onder meer rekening zal moeten houden met de stand van de uitgevoerde werkzaamheden, de geplaatste installaties, de voor de duur van de aanneming gestorte bedragen en met een billijke raming van de eventuele winsten, bij de voltooiing van het werk, die betrekking hebben op de tot op het ogenblik van het in gebreke zijn uitgevoerde werkzaamheden»; (4) «dat de N.V. S. op 25 januari 1980 failliet is verklaard»; (5) «dat, na het faillissement van S., de opdrachtgever een bedrag van ongeveer 51 miljoen heeft betaald voor het werk dat de beide vennoten vóór het faillissement hadden uitgevoerd; dat dit bedrag voorlopig in consignatie werd gegeven»; (6) «dat het geschil hoofdzakelijk betrekking heeft op de vraag of de aldus betaalde bedragen al dan niet netto aan de beide vennoten moeten worden betaald volgens hun aandeel in de activa (69/31) dan wel of daarvan vooraf de kosten en lasten van de handelsvereniging van vóór de ontbinding moeten worden afgetrokken; dat (verweerster) sedert de dag van de betaling, krachtens de passieve hoofdelijkheid tussen de vennoten, verscheidene bedragen diende te betalen aan de schuldeisers van de tijdelijke vennoten»; het arrest vervolgens, met bevestiging van de beslissing van de eerste rechters, een deskundige belast met «het definitief vereffenen van de toestand van S. op de datum van de ontbinding van de vereniging, namelijk op 25 januari 1980», en zegt dat «de deskundige in dat verband rekening zal houden met de stand van de werkzaamheden op die datum en met alle posten

van de lopende rekening tussen de vennoten, zowel de beschikbare als niet beschikbare middelen, zegt dat hij met name of bovendien rekening zal houden met de volgende elementen: (1) de betalingen aan de handelsvereniging door de opdrachtgever, Intercommunale Vereniging E. 5, volgens de stand van de werkzaamheden op voormelde datum, alsmede de onverdeelde goederen, of de opbrengst van de verkoop ervan, en de actieve vermogensbestanddelen die in gemeenschap aan de vennoten toebehoren, met inbegrip van de liquide middelen in de gemeenschappelijke kas; (2) de schulden en lasten van de handelsvereniging die op 25 januari 1980 niet waren aangezuiverd en door C. zijn betaald; (3) de balans van de twee boedels, winsten en verliezen; (4) alle rekeningen tussen de vennoten volgens alle posten die respectievelijk op hun credit en debet zijn of moeten worden geboekt, met inbegrip van de posten voor de aanrekeningen van de schulden en lasten van de vereniging, alsmede alle compensaties tussen partijen wegens hun wederzijdse rechten en verplichtingen; (5) het winstsaldo dat op datum van 25 januari 1980 kan worden verdeeld volgens het bij overeenkomst bedongen aandeel», op grond: «dat de oprichting van de tijdelijke handelsvereniging S.-C. niet heeft geleid tot de vorming van een vermogen dat verschilt van dat van de vennoten; dat alleen de vennoten ten aanzien van derden schuldenaars en schuldeisers zijn geworden van de rechten en verplichtingen die ontstaan uit de activiteit van hun handelsvereniging, welke rechten en verplichtingen onder hen worden verdeeld en in hun vermogen vallen; dat tussen vennoten daarentegen de rechten en verplichtingen van de vennoten onderling afhankelijk zijn en hun rekeningen ondeelbaar zijn; dat de vereffening, behalve in geval van samenloop, tussen partijen moet geschieden naar de bijzondere kenmerken van de tijdelijke handelsvereniging en naar de aard zelf van de tussen hen ontstane verhoudingen; dat, wanneer er samenloop is ten gevolge van het faillissement van een vennoot en vereffening van het vermogen en schulden van de failliete vennoot, de regels van openbare orde die gelden voor het faillissementsrecht, van toepassing zijn; dat het faillissementsrecht zich er niet tegen verzet dat geldig door de gefailleerde gesloten overeenkomsten gevolgen teweegbrengen; dat de schuldeisers van de N.V. S., behalve als zij aantonen dat een regel uit het faillissementsrecht zich daartegen verzet, zich moeten houden aan de interne gevolgen van de overeenkomst van tijdelijke handelsvereniging S.-C., namelijk het beding van de ondeelbaarheid van de rekeningen in de overeenkomst die de partijen tot wet strekt; dat de omstandigheid dat een zonder bedrog tussen de gefailleerde en een van zijn schuldeisers gesloten overeenkomst laatstgenoemde bevoordeelt ten opzichte van andere schuldeisers van de gefailleerde niet voldoende is opdat de overeenkomst niet aan de curator kan worden tegengeworpen; dat daarentegen de overeenkomst waarbij aan de schuldeiser een recht van voorrang wordt verleend op de opbrengst van de verkoop van een goed uit het vermogen van de gefailleerde, niet tegen de curator kan worden aangevoerd; dat de schuldenaars immers niet, onder voorwaarden die aan de schuldeisers en aan de curator kunnen worden tegengeworpen, door akkoorden met hun schuldeisers de wettelijke orde van de betalingen bij overeenkomst kunnen wijzigen; dat de dwingende regels van het faillissementsrecht niet worden geschonden door de tussen partijen bedongen ondeelbaar-

heid die tot gevolg heeft dat hun schuldvorderingen op een derde worden ingeboekt, die niet berust op een kunstmatige maar objectieve grondslag en die haar oorsprong vindt in hun wil om, zelfs na het faillissement, de aanneming, waarvoor de tijdelijke handelsvereniging werd opgericht, uit te voeren; dat een dergelijke overeenkomst er niet toe strekt aan de niet gefailleerde vennoot een recht van voorrang op de schuldvorderingen van de gefailleerde jegens de opdrachtgever toe te kennen; dat ten deze artikel 16 van de overeenkomst aan de niet gefailleerde vennoot de nodige middelen wilde verstrekken om het werk te voltooien en voorkomen dat de opdrachtgever gebruik maakt van zijn recht op schadeloosstelling wegens verbreking van het aannemingscontract; dat de vennoten, door te bedingen dat de opbrengst van de schuldvorderingen van de failliete vennoot laatstbedoelde pas zou toekomen na voorafgaande vereffening van de rechten en verplichtingen van de vennoten, geen regeling voor de vereffening van het vermogen van de gefailleerde vaststelden ten voordele van de niet gefailleerde vennoot, maar zich er enkel toe verbonden om de schuldvorderingen uit hun activiteit van vóór het faillissement het karakter van voorschotten te laten behouden dat ze objectief hadden voortdat de samenloop en het faillissement een einde maakten aan de tijdelijke handelsvereniging; dat dit beding geen kunstmatige band deed ontstaan tussen, enerzijds, de schuldvorderingen van de niet failliete vennoot jegens de opdrachtgever en, anderzijds, de schulden die hij jegens zijn vennoot of zelfs jegens andere derden kon hebben aangegaan; dat die band voortvloeyde uit de aard zelf van de tijdelijke handelsvereniging en uit de daaruit voortspruitende bedingen van ondeelbaarheid»,

terwijl, eerste onderdeel, nu overeenkomsten alleen gevolgen teweegbrengen tussen de contracterende partijen en aan derden geen nadeel kunnen toebrengen, de interne gevolgen van de door de gefailleerde met een derde gesloten overeenkomst niet kunnen worden tegengeworpen aan de curator, die optreedt in de plaats van de schuldeisers, en ook niet aan deze schuldeisers; daaruit volgt dat het arrest, door te beslissen dat de schuldeisers van de vennootschap S. zich moeten houden aan de interne gevolgen van de overeenkomst van tijdelijke handelsvereniging, met name het beding van ondeelbaarheid van de rekeningen, de artikelen 1134 en 1165 van het Burgerlijk Wetboek schendt;

tweede onderdeel, wanneer de leden van een handelsvereniging zonder rechtspersoonlijkheid, zoals een tijdelijke handelsvereniging, met een derde een overeenkomst sluiten, alleen de vennoten schuldeisers worden van de rechten tegen de derde die uit deze overeenkomst voortvloeien en die rechten onder de vennoten worden verdeeld volgens het in de overeenkomst van handelsvereniging vastgestelde aandeel, in dezelfde mate in het vermogen van elke vennoot vallen en in zoverre tot «gemeenschappelijke waarborg» voor zijn schuldeisers strekken; aan een vennoot van een tijdelijke handelsvereniging enkel een voorrecht op de schuldvorderingen van een andere vennoot op een derde kan worden verleend in de gevallen en volgens de vormen die zijn vastgesteld voor de toekenning van een recht van voorrang; bij gebrek aan een wettekst waarbij een dergelijk recht van voorrang wordt toegekend, een contractueel beding, zoals een beding van ondeelbaarheid van de schuldvorderingen en van de schulden van de vennoten jegens derden, volgens hetwelk een actief voor bepaalde schulden

moet worden aangewend, niet aan de curator kan worden tegengeworpen in geval van faillissement van een van de vennoten; een dergelijk beding immers de gelijkheid tussen de schuldeisers van het faillissement verbreekt; daaruit volgt dat het arrest, door aan te nemen dat het beding van ondeelbaarheid van de rekeningen in artikel 16 van de overeenkomst van handelsvereniging bij wijze van deelneming aan de eisers qualitate qua kan worden tegengeworpen, en door bijgevolg aan te nemen dat er schuldvergelijking heeft plaatsgehad tussen de schuldvordering van de failliete vennootschap op de opdrachtgever en de schulden die door verweerster aan derden zijn betaald krachtens de passieve hoofdelijkheid tussen de vennoten, de artikelen 7, 8, 9, 10, 12 van de Hypotheekwet van 16 december 1851, 444, 479, 542, 561 van het Wetboek van Koophandel, 6, 1131 en 1165 van het Burgerlijk Wetboek schendt;

derde onderdeel, wettelijke schuldvergelijking enkel kan plaatshebben tussen de wederzijdse schulden van twee personen die elkaars schuldenaar zijn; in geval van faillissement van een tijdelijke vennoot, de schuldvergelijking derhalve niet mogelijk is tussen, enerzijds, de gezamenlijke schuldvorderingen van tijdelijke vennoten op een derde die na het faillissement zijn geïnd en, anderzijds, de hoofdelijke schulden van die vennoten jegens andere derden, zelfs als de partijen hebben bedongen dat die schuldvorderingen en schulden in een ondeelbare rekening worden geboekt, zelfs als de band tussen die schuldvorderingen en schulden niet kunstmatig is, en zelfs als het beding van ondeelbaarheid tot doel heeft aan de niet failliete vennoot de nodige middelen te verstrekken om de uitvoering van het door de tijdelijke vennoten met een derde gesloten aannemingscontract te voltooien; daaruit volgt dat het arrest, door een dergelijke schuldvergelijking na faillissement aan te nemen, zonder vast te stellen dat er een lopende rekening tussen partijen bestaat, de artikelen 6, 1131, 1289, 1290, 1291 van het Burgerlijk Wetboek, 8 van de Hypotheekwet van 16 december 1851 en 561 van het Wetboek van Koophandel schendt;

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat het arrest onder meer zegt «dat de schuldeisers van de N.V. S., behalve als zij aantonen dat een regel van het faillissementsrecht zich daartegen verzet, zich moeten houden aan de interne gevolgen van de overeenkomst van tijdelijke handelsvereniging S.-C., met name het beding van ondeelbaarheid van de rekeningen in de overeenkomst die de partijen tot wet strekt»;

Dat uit de context van het arrest blijkt dat het hof van beroep aldus, zonder de in het middel aangewezen wettelijke bepalingen te schenden, oordeelt dat het bestaan van de overeenkomst van tijdelijke handelsvereniging van 9 december 1975 tussen de N.V. S. en verweerster, de N.V. C., aan derden kan worden tegengeworpen, zodat dezen in principe verplicht zijn de gevolgen ervan tussen contractspartijen te erkennen;

Wat het derde onderdeel betreft:

Overwegende dat uit de in het middel weergegeven overwegingen van het arrest blijkt dat de tussen de N.V. S. en verweerster gesloten overeenkomst van tijdelijke handelsvereniging tussen partijen een enige en ondeelbare rekening heeft doen ontstaan waarin werden geboekt, enerzijds, de voorschotten die door de opdrachtgever waren betaald vol-

gens het vorderen van de werkzaamheden en, anderzijds, de schulden en lasten die noodzakelijk waren voor de uitvoering van de aanneming;

Overwegende dat het arrest zegt dat ten deze artikel 16 van de bedoelde overeenkomst «geen kunstmatige band deed ontstaan tussen, enerzijds, de schuldvorderingen van de niet failliete vennoot op de opdrachtgever, en, anderzijds, de schulden die hij jegens zijn vennoot of zelfs jegens derden kon hebben aangegaan; dat die band voortvloeide uit de aard zelf van de tijdelijke handelsvereniging en uit de daaruit voortspruitende bedingen van ondeelbaarheid» en «dat de litigieuze overeenkomst trouwens geen bedrieglijk karakter had»;

Overwegende dat het arrest aldus, op grond van een feitelijke beoordeling van de gegevens van de zaak, wettig oordeelt dat, nu de overeenkomst van tijdelijke handelsvereniging zonder bedrieglijke benadeling is gesloten tussen de failliete vennootschap en een van haar schuldeisers, de in de overeenkomst bedongen schuldvergelijking plaatsheeft, wegens de nauwe samenhang tussen de schuldvorderingen en de schulden, ook al is een van de contractanten failliet verklaard, daar dit faillissement geen einde maakt aan de onderlinge afhankelijkheid tussen de wederkerige verbintenissen uit deze overeenkomst;

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat uit het antwoord op het eerste en het derde onderdeel van het middel blijkt dat het arrest wettig beslist, enerzijds, dat, krachtens de tussen de partijen gesloten overeenkomst van tijdelijke handelsvereniging, de door hen bedongen schuldvergelijking, niettegenstaande het faillissement van een van hen, plaatsheeft tussen de voorschotten en de schulden die noodzakelijk waren voor de uitvoering van het werk waarvoor de tijdelijke handelsvereniging was opgericht, daar het hof van beroep op grond van een feitelijke beoordeling heeft overwogen dat tussen die voorschotten en schulden een nauwe samenhang bestaat, en, anderzijds, dat de schuldeisers van het faillissement zich moeten houden aan de gevolgen, tussen partijen, van die overeenkomst die zonder bedrieglijke benadeling van hun rechten is gesloten;

Overwegende dat uit die beslissingen, welke geenszins impliceren dat een actief voor bepaalde schulden moet worden aangewend, niet valt af te leiden dat de gelijkheid tussen de schuldeisers van het faillissement zou zijn verbroken;

Dat geen enkel onderdeel van het middel kan worden aangenomen;

Over het tweede middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 6, 1131 van het Burgerlijk Wetboek, 444, 479, 492, 561 van het Wetboek van Koophandel en 8 van de Hypotheekwet van 16 december 1851,

doordat het arrest vaststelt: (1) dat verweerster en de N.V. S. «op 9 december 1975 een overeenkomst van tijdelijke handelsvereniging hebben gesloten om samen en hoofdelijk bepaalde werken uit te voeren voor rekening van de Intercommunale Vereniging E.5, opdrachtgever»; (2) «dat, volgens artikel 5 van deze overeenkomst, het aandeel van elke vennoot zowel in de verbintenissen, de winsten en verliezen als in de kapitaalbreng in de vereniging als volgt is vastgesteld: S. 69 pct. - C. 31 pct.»; (3) dat artikel 16 van de overeenkomst bepaalt: «In geval van faillissement van

een van de partijen, kan de andere partij het werk voortzetten terwijl zij van de toestand van de in gebreke gebleven partij definitief laat vereffenen door een deskundige die onder meer rekening zal moeten houden met de stand van de uitgevoerde werkzaamheden, de geplaatste installaties, de voor de duur van de aanneming gestorte bedragen en met een billijke raming van de eventuele winsten bij de voltooiing van het werk, die betrekking hebben op de tot op het ogenblik van het in gebreke zijn uitgevoerde werkzaamheden»; (4) «dat de N.V. S. op 25 januari 1980 failliet is verklaard»; (5) «dat de curator in het faillissement S. dadelijk aan (verweerster) heeft geschreven: 'Zou u, wegens het faillissement, voortaan de verbintenissen van de failliete vennootschap jegens de opdrachtgever willen nakomen. Ik zou u dank weten als u mij wilde meedelen of u interesse heeft voor de overname van materiaal of personeel van de failliete vennootschap. Ik zou u ook dankbaar zijn indien u mij zo spoedig mogelijk, en in elk geval voor de maand februari, een afrekening van de op 25 januari 1980 stopgezette werkzaamheden wilde doen geworden'; dat (verweerster) akkoord ging met de zienswijze van de curator en op 1 februari 1980 antwoordde dat men het eens was geworden om een deskundige aan te stellen met onder meer als opdracht de rekeningen van de partijen op te maken overeenkomstig artikel 16 van de overeenkomst van handelsvereniging; dat zij ook verklaarde dat zij alleen de aanneming verder zou uitvoeren, uitsluitend tot haar voordeel»; (6) «dat na het faillissement van S. de opdrachtgever ongeveer 51 miljoen heeft betaald voor het werk dat de beide vennoten vóór het faillissement hadden uitgevoerd; dat dit bedrag voorlopig in consignatie werd gegeven»; (7) «dat het geschil hoofdzakelijk betrekking heeft op de vraag of de aldus betaalde bedragen al dan niet netto aan de beide vennoten moeten worden betaald volgens hun aandeel in de activa (69/31) dan wel of daarvan vooraf de kosten en lasten van de handelsvereniging van vóór de ontbinding moeten worden afgetrokken; dat (verweerster) sedert de dag van de betaling, krachtens de passieve hoofdelijkheid tussen de vennoten, verscheidene bedragen diende te betalen aan schuldeisers van de tijdelijke vennoten»; het arrest vervolgens, met bevestiging van de beslissing van de eerste rechters, een deskundige belast met «het definitief vereffenen van de toestand van S. op de datum van de ontbinding van de vereniging, namelijk op 25 januari 1980», en zegt dat «de deskundige in dat verband rekening zal houden met de stand van de werkzaamheden op die datum en met alle posten van de lopende rekening tussen de vennoten, zowel de beschikbare als niet beschikbare middelen; zegt dat hij met name of bovendien rekening zal houden met de volgende elementen: (1) de betalingen aan de handelsvereniging door de opdrachtgever, Intercommunale Vereniging E.5, volgens de stand van de werkzaamheden op voormelde datum, alsmede de onverdeelde goederen, of de opbrengst van de verkoop ervan, en de actieve vermogensbestanddelen die in gemeenschap aan de vennoten toebehoren, met inbegrip van de liquide middelen in de gemeenschappelijke kas; (2) de schulden en lasten van de handelsvereniging die op 25 januari 1980 niet waren aangezuiverd en door C. zijn betaald; (3) de balans van de twee boedels, winsten en verliezen; (4) alle rekeningen tussen de vennoten volgens alle posten die respectievelijk op hun credit en debet zijn of moeten worden geboekt, met inbegrip van de posten voor

de aanrekeningen van de schulden en lasten van de vereniging alsmede alle compensaties tussen partijen wegens hun wederzijdse rechten en verplichtingen; (5) het winstsaldo dat op datum van 25 januari 1980 kan worden verdeeld volgens de bij overeenkomst bedongen aandeel», op grond: «dat de curator bovendien een gevolg heeft willen geven aan de tussen de partijen gesloten overeenkomst; dat hij zulks kon doen zelfs als hij, in beginsel, oordeelde dat hij niet ertoe kon worden verplicht de gevolgen van die overeenkomst te erkennen; dat de curator, in ondubbelzinnige bewoordingen in zijn kort na het faillissement geschreven brief, heeft gevraagd dat de N.V. C. de werkzaamheden voor eigen rekening zou voortzetten, en aanvaard heeft de rechten van de partijen te vereffenen volgens artikel 16 van de overeenkomst; dat deze houding, ingegeven door het verlangen naar een goed bestuur, de belangen van de gezamenlijke schuldeisers vrijwaarde door de uitvoering te voorkomen van de strafbedingen die de opdrachtgever had kunnen toepassen indien C. het werk niet had voltooid; dat (verweerster) terecht aanvoert dat, als de curator zich wil beroepen op een beding van het contract, hij daarvan alle gevolgen moet dragen; dat de curator, door aan verweerster te vragen de uitvoering van het contract voort te zetten en door aldus de zekerheid te verkrijgen dat de opdrachtgever zijn contractueel bedongen rechten niet zou doen gelden ten aanzien van het faillissement, en door zich voorts ertoe te verbinden (verweerster) niet in haar activiteit te hinderen, noodzakelijk de door de huidige (verweerster) voorgestelde wijze van vereffening heeft aanvaard; dat hij niet terzelfder tijd de enige overgebleven vennoot kon vragen de activiteit van de handelsvereniging voort te zetten en tevens zijn vroegere vennoot de nodige middelen ontnemen om het werk te voltooien; dat daaruit volgt dat (verweerster), gelet op de houding van de curator, vermocht zich te beroepen op diens beslissing»,

terwijl curators verplicht zijn het bedrag van de activa van de gefailleerde, na betaling van de bevoorrechte schuldvorderingen, onder alle schuldeisers te verdelen naar evenredigheid van hun respectieve schuldvorderingen; krachtens deze regel, die de openbare orde raakt, het hun niet toegestaan is aan een schuldeiser een voorrecht, dat niet bij de wet is vastgesteld, toe te kennen op een actief van de gefailleerde, of een goed, zoals een schuldvordering op een derde, aan een schuldeiser af te staan; zij bovendien geen dadingen mogen aangaan in de geschillen waarbij de boedel is betrokken, tenzij met machtiging van de rechter-commissaris en na behoorlijke oproeping van de gefailleerde, en bovendien, wanneer de waarde van het voorwerp van de dading 10.000 frank te boven gaat, op voorwaarde van bekrachtiging door de rechtbank van koophandel; in zoverre de brief van de curator waarnaar het arrest verwijst een afstand van een recht van de failliete vennootschap mocht hebben bevat, of het bestaan mocht hebben erkend van een niet bij de wet vastgesteld voorrecht of van een dading die niet is aangegaan op de bij de wet voorgeschreven wijze, die brief met de openbare orde strijdige verbintenissen bevat en dus geen enkel rechtsgevolg heeft; daaruit volgt dat het arrest er niet uit kon afleiden dat de door verweerster voorgestelde wijze van vereffening was aanvaard:

Overwegende dat het arrest, op grond van een onaantast-

bare beoordeling in feite, oordeelt dat, uit de briefwisseling tussen de eisers en verweerster betreffende de voortzetting van de werkzaamheden door verweerster voor eigen rekening wegens het faillissement van de N.V. S., en betreffende het opmaken van de rekeningen tussen de partijen op de datum van dat faillissement, blijkt dat «de curator noodzakelijk heeft ingestemd met de wijze van vereffening» van de rechten van de partijen overeenkomstig artikel 16 van de overeenkomst van tijdelijke handelsvereniging die op 9 december 1975 tussen de N.V. S. en verweerster was gesloten;

Overwegende dat het middel, in zoverre het betoogt dat voormeld akkoord over de wijze van vereffening een dading uitmaakt, het Hof zou verplichten tot het onderzoek van feiten, nu uit geen enkel stuk waarop het Hof vermag acht te slaan blijkt dat er ten tijde van de briefwisseling tussen een curator en verweerster een geschil tussen de partijen bestond of dat het akkoord inhoudt dat de partijen wederzijds van hun aanspraken hebben afgezien;

Dat het middel in zoverre niet ontvankelijk is;

Overwegende voor het overige, dat de uitvoering van de door de gefailleerde zonder bedrieglijke benadeling gesloten overeenkomsten door de curators kan worden voortgezet, indien zij oordelen dat die uitvoering strookt met de belangen van de boedel;

Overwegende dat uit de overwegingen van het arrest blijkt dat de overeenkomst van tijdelijke handelsvereniging tussen de N.V. S. zonder bedrog is gesloten en dat de curator, door aan de N.V. C. te vragen de werkzaamheden voor eigen rekening voort te zetten en door te aanvaarden de rechten van de partijen te vereffenen overeenkomstig artikel 16 van die overeenkomst, «de belangen van de gezamenlijke schuldeisers 'heeft gevrijwaard' door de uitvoering te voorkomen van de strafbedingen die de opdrachtgever had kunnen toepassen indien C. het werk niet had voltooid»; dat uit geen enkele vermelding van het arrest valt af te leiden dat de in het middel bedoelde brief de afstand van een recht van de failliete vennootschap of de erkenning van een niet bij de wet vastgesteld voorrecht impliceerde;

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

NOOT—*De tegenwerpelijheid van een tijdelijke handelsvereniging aan derden*

1. De omvang van sommige bouwprojecten, overheidsopdrachten, ed. maakt de samenwerking van meerdere ondernemers noodzakelijk. De juridische vormgeving hiervan kan allerlei gradaties aannemen van overeenkomst tot vennootschap, naargelang van de intensiteit van de samenwerking (zie o.m. L. Lafili, «Samenwerkingsovereenkomsten», in *Rechtsfactoren van de onderneming*, I. Verougstraete & R. Vanden Bergh (red.); E. Dirix en L. Hardenberg, «De meerpartijen overeenkomst», *T.P.R.*, 1983, 757 e.v.). Wordt niet voor een der vennootschapstypes uit artikel 2 Venn. W. geopteerd, dan heeft het samenwerkingsverband geen rechtspersoonlijkheid. Het geheel der ingebrachte goederen vormt dan ook geen van dit van de vennoten afgescheiden vermogen, maar enkel een georganiseerde medeëigendom tussen die vennoten. Schuldeisers van de vennoot kunnen zich op diens aandeel in de onverdeeldheid verhalen. Bij gebrek aan rechtspersoonlijkheid is de bedongen onverdeeldheid niet tegenwerpelijk aan derden (Cass., 20

maart 1962, *R.W.*, 1962-63, -538, *Pas.*, 1962, I, 842).

Het faillissement van een der partners stelt bijgevolg het samenwerkingsverband zwaar op de proef. In de praktijk werden dan ook diverse constructies bedacht om voor dit probleem een bevredigende oplossing te bieden (zie J.L. Jaspar, «Questions pratiques posées par la liquidation pour cause de faillite des entreprises de travaux publics», *B.R.H.*, 1982, 368 e.v.; D. Stavaux-Lurquin, «Réflexions sur les problèmes posés par la faillite d'un membre d'une association momentanée», in *Les créanciers et le droit de la faillite*, Brussel, 1982, 769 e.v.; P. Van Ommeslaghe, «Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté», in *les sûretés*, Brussel, 1984, 345 e.v.). Zo wordt in consortium-overeenkomsten vaak het beding opgenomen dat elk der partijen zich ertoe verbindt de eigen inbreng (bv. materieel) aan de anderen in pand te geven, indien hij in gebreke zou blijven zijn verbintenissen uit te voeren. Ook wordt bedongen dat de in gebreke blijvende vennoot zijn schuldvordering op de opdrachtgever van het werk overdraagt op de anderen. Een andere voorkomende clause strekt tot de ondeelbaarheid van de rekeningen tussen de vennoten. Over de tegenwerpelijheid van een dergelijke clause aan de schuldeisers van een der vennoten sprak het Hof van Cassatie zich uit in het hierboven afgedrukte arrest.

2. De feiten die aanleiding waren tot dit arrest kunnen als volgt worden samengevat. Tussen de N.V. S. en de N.V. C. wordt in 1975 een overeenkomst van tijdelijke handelsvereniging gesloten met het oog op de uitvoering van belangrijke wegenwerken in opdracht van de Intercommunale Vereniging E-5. Het aandeel van elk der vennoten wordt vastgesteld op 69% (N.V. S.) en 31% (N.V. C.). Ook wordt bepaald dat, in geval van faillissement van een der partijen, «de andere partij het werk kan voortzetten terwijl zij de toestand van de in gebreke blijvende partij definitief laat vereffenen door een deskundige, die onder meer rekening zal moeten houden met de stand van de uitgevoerde werkzaamheden, de geplaatste installaties, de voor de duur van de aanneming gestorte bedragen en met een billijke raming van de eventuele winsten, die betrekking hebben op de tot op het ogenblik van het in gebreke zijn uitgevoerde werkzaamheden» (artikel 16 van de overeenkomst). Op 25 januari 1980 wordt de N.V. S. failliet verklaard. Na het faillissement betaalt de opdrachtgever een bedrag van 51 miljoen voor het werk dat door beide vennoten vóór het faillissement werd uitgevoerd. Volgens de schuldeisers van de gefailleerde dient dit bedrag netto aan de vennoten te worden toebedeeld in verhouding tot ieders aandeel (69/31). Volgens de N.V. C. kan ingevolge artikel 16 een dergelijke toebedeling slechts plaatsvinden na een voorafgaande vereffening van de schulden en schuldvorderingen tussen de vennoten. Hierop repliceren de curatoren dat dit beding van ondeelbaarheid hun als derden niet kan worden tegengeworpen.

In eerste aanleg, noch in hoger beroep halen de curatoren hun slag thuis. De Rechtbank van Koophandel te Brussel beschouwt de verhouding tussen de vennoten als een van rekening-courant zodat de schulden van de vennootschap kunnen worden aangerekend op de schuldvordering die de vennootschap heeft op de opdrachtgever: «que la relation de compte courant entre parties relativement à l'association litigieuse est en espèce d'autant plus évidente que d'une part par la cause identique de toutes les opérations, à savoir

la réalisation de l'entreprise, objet de l'association, le compte est doté d'une unité naturelle et d'autre part, pas la structure que les parties lui ont donnée, notamment la comptabilité distincte dont il faisait l'objet et le compte bancaire distinct par lequel les opérations financières s'effectuaient, il était parfaitement individualisé d'autre relations entre parties, étrangères à l'objet de l'association (Kh. Brussel, 17 maart 1982, *B.R.H.*, 1982, 410, *T.Aann.*, 1983, 21, met noot Ch. Leconte). Ook voor het Hof van Beroep te Brussel is het beding van ondeelbaarheid tegenwerpelijck aan de schuldeisers van de gefailleerde vennoot. Volgens het hof doet dit beding geen kunstmatig verband ontstaan tussen de schuldvorderingen van de gefailleerde op de opdrachtgever en de wederzijdse verbintenissen tussen de vennoten, maar vindt zij een objectieve grondslag in de aard zelf van het samenwerkingsverband (Hof Brussel, 10 november 1983, *R.P.S.*, 1984, nr. 6261, 33, met noot P. Coppens; zie ook P. Van Ommeslaghe, *o.c.*, 346).

In cassatie beroepen de curatoren zich o.m. op de schending van artikel 1165 B.W. Het middel wordt verworpen. Een overeenkomst is tegenwerpelijck aan derden, zodat dezen, in principe, de gevolgen ervan tussen contractspartijen moeten erkennen. Dat de overeenkomst tussen de vennoten geen bedrieglijk karakter heeft en de bedongen ondeelbaarheid ook geen artificieel verband doet ontstaan tussen schulden en schuldvorderingen, rechtvaardigt ten deze dat van dit beginsel niet wordt afgeweken.

3. Kan deze stellingname voor de praktijk zeker worden toegejuicht, dan rijst toch de vraag naar de juridische onderbouwing ervan. Overeenkomsten zijn inderdaad als feitelijk gegeven aan derden tegenwerpelijck (Cass., 27 mei 1909, *Pas.*, 1909, I, 272). De hamvraag is echter waar de grens ligt tussen de tegenwerpelijckheid van het bestaan van de overeenkomst en de relativiteit van de obligatoire gevolgen. Waar maakt de tegenwerpelijckheid van de overeenkomst aan een derde plaats voor de contractuele gebondenheid van die derde? Om op die vraag te kunnen antwoorden dient men rekening te houden met de beginselen die aan artikel 1165 B.W. ten grondslag liggen: het zelfbeschikkingsrecht, het vertrouwensbeginsel en het risicoprincipe (zie mijn *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, Antwerpen, 1984). In dit verband moet m.n. gewezen worden op het *risicobeginsel*: contractanten hebben het risico van de insolventie van hun wederpartij op zich te nemen en mogen dit niet afwentelen op derden. Er anders over oordelen doorkruist trouwens het in ons vermogensrecht fundamentele *gelijkheidsbeginsel* tussen schuldeisers (art. 7 en 8 Hyp. W.; vgl. Cass., 7 oktober 1976, *Pas.*, 1977, I, 154, met concl. adv.-gen. Krings). Of een beroep op artikel 1165 B.W. kan volstaan om de tegenwerpelijckheid van het beding van ondeelbaarheid te verantwoorden, is dan ook problematisch. Wel mag niet uit het oog worden verloren dat zowel het bestreden arrest als het Hof van Cassatie de nadruk leggen op de afwezigheid van bedrog en het objectief en niet artificieel karakter van de samenhang tussen schulden en schuldvorderingen.

Een andere verklaring voor deze tegenwerpelijckheid kan, zoals de eerste rechter reeds aangaf, gevonden worden door de relatie tussen de vennoten te beschouwen als een soort van rekening-courantverhouding. Daar vindt de ondeelbaarheid en de tegenwerpelijckheid ervan aan derden zijn grondslag in de gewoonterechtelijke regeling die deze fi-

guur beheerst (zie J.-M. Nelissen, *De rekeningcourant*, Antwerpen, 1976, 159 e.v.). Het is ook aantrekkelijk aansluiting te zoeken bij Ronse's theorie van het open systeem van vennootschapstypes en gradaties in de rechtspersoonlijkheid. (J. Ronse, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Leuven, 1975, 229 e.v.). Zo zou men kunnen verdedigen dat de beide vennoten een substraat van rechtspersoonlijkheid tot stand hebben gebracht, derwijze dat privé-schuldeisers van een der vennoten zich slechts kunnen verhalen op het aandeel dat deze vennoot na de vereffening van het vennootschapsvermogen wordt toebedeeld.

Eric Dirix

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 15 MAART 1985

Voorzitter: de h. Janssens

Raadsheer-rapporteur: de h. Soetaert

Advocaat-generaal: de h. Declercq

Advocaten: mrs. De Gryse en Nelissen Grade

Rechten van de mens — Deskundigenonderzoek — Onpartijdigheid.

Een zaak is eerlijk behandeld in de zin van art. 6.1 E.V.R.M. wanneer zij, in haar geheel genomen en bezien naar het tijdstip van de uiteindelijke beslissing over de feiten, een eerlijke behandeling heeft gehad.

De enkele omstandigheid dat een deskundige zijn taak heeft volbracht onder omstandigheden die partijdigheid zouden kunnen meebrengen, sluit niet in dat de zaak niet eerlijk is behandeld. Dat is met name niet het geval wanneer partijen de gelegenheid hebben gehad ten aanzien van de eventuele partijdigheid verweer te voeren en de rechter over dat verweer regelmatig heeft beslist.

E. e.a. t/ De G.

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

Over het middel, afgeleid uit de schending van artikel 6, lid 1, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950 en goedgekeurd bij wet van 13 mei 1955, en van het algemeen beginsel betreffende het recht van verdediging,

doordat het arrest de vordering van verweerder, strekkend tot de veroordeling van eiser tot onmiddellijke afwerking en aflevering van het door verweerder gekochte appartement en tot betaling van een vergoeding wegens vertraging in de afwerking, gegrond verklaart, en de vordering van eiser, strekkend tot de veroordeling van verweerder tot betaling van een bedrag van 263.293 frank, gedeeltelijk ongegrond verklaart, op grond onder meer: dat eiser inriep dat de deskundige Van den H. zijn opdracht had dienen te weigeren; dat de door eiser aangehaalde redenen waren dat: 1. tijdens de periode 1970-1980 de deskundige vrij regelmatig opdrachten uitvoerde voor de school Groep T te Leuven, van welke school verweerder op dat ogenblik directeur was, 2. de deskundige in maart 1980 plans maakte

voor de verbouwingen aan het eigen huis van verweerder, 3. tijdens de afwerking van het deskundigenverslag Van den H. tegen eiser procedeerde, zoals bleek uit de dagvaarding van 12 juli 1977 voor het Vredegerecht van het tweede kanton Leuven; dat eiser evenwel vruchteloos staande houdt dat de neutraliteit van de gerechtelijke deskundige in het gedrang komt omdat hij tijdens de periode 1970-1980 regelmatig opdrachten zou hebben uitgevoerd voor de school van Groep T te Leuven, van welke school verweerder op dat ogenblik directeur was; dat aan de hand van de door eiser overgelegde bescheiden blijkt dat verweerder, in de zomer 1975, in zijn hoedanigheid van gedelegeerd bestuurder van de vereniging zonder winstoogmerk «Groep T» is opgetreden naar aanleiding van een verbouwing te Kessel-Lo, van welke verbouwing de ontwerper architect Van den H. was; dat op dat ogenblik de werkzaamheden van architect Van den H. in het kader van zijn gerechtelijke zending al ver gevorderd waren; dat twee jaar voordien de gerechtelijke deskundige bij herhaaldelijk contradictoire contactopnamen reeds ernstige pogingen had gedaan om het geschil tussen partijen te beëindigen bij wijze van minnelijke schikking; dat de opdrachtgever van de verbouwwerken te Kessel-Lo de vereniging zonder winstoogmerk «Groep T» was, en niet verweerder persoonlijk; dat de plans voor de verbouwing aan het eigen huis van verweerder dagtekenen van maart 1980, toen het deskundigenverslag reeds meer dan twee jaar voordien (3 november 1977) was neergelegd; dat architect Van den H., door de Vrederichter van het tweede kanton Leuven als scheidsrechter aangesteld om het kadastraal inkomen te bepalen van een reeks onroerende goederen waaronder enkele toebehorende aan eiser, verklaart verplicht te zijn geweest zijn onbetaalde ereloon door de vrederechter te doen begroten; dat deze elementen onvoldoende zijn om de onpartijdigheid van de gerechtelijke deskundige in de onderhavige zaak in twijfel te trekken; dat de kritiek tegen de gerechtelijke deskundige geen enkel element inhoudt dat de vaststellingen en besluiten van deskundige Van den H. kan ontzenuwen; dat er geen aanleiding is om een nieuwe deskundige aan te stellen, *terwijl* een deskundige van wie men terecht kan vermoeden dat hij niet de onpartijdigheid aan de dag zal leggen waarop iedere partij recht heeft, zich ervan dient te onthouden een gerechtelijke opdracht uit te voeren, op gevaar het recht van verdediging en het recht op een eerlijke behandeling van de zaak van een van de partijen te schenden; van een deskundige die op een ogenblik dat zijn gerechtelijke opdracht nog niet beëindigd was, als architect verbouwingen heeft ontworpen voor een vereniging waarvan één partij gedelegeerd bestuurder was, en van wie vastgesteld wordt dat hij nadien voor die partij persoonlijk ook nog verbouwingen heeft ontworpen, gevreesd kan worden dat hij tegenover die partij, in de uitoefening van zijn gerechtelijke opdracht, niet de nodige afstand heeft genomen; van een deskundige die, op een ogenblik dat zijn gerechtelijke opdracht nog niet beëindigd was, een andere partij gedagvaard heeft tot betaling van zijn ereloon in een andere zaak, anderzijds gevreesd kan worden dat hij tegenover die andere partij, in de uitoefening van zijn gerechtelijke opdracht, niet de nodige gemoedsrust aan de dag gelegd heeft; het arrest derhalve uit de door het hof van beroep vastgestelde elementen niet wettig heeft kunnen afleiden dat de onpartijdigheid van de gerechtelijke deskundige in

deze zaak niet in twijfel kan worden getrokken, zodat het arrest, door niettemin de besluiten van de deskundige te bekrachtigen, het recht van verdediging van eiser miskent (schending van het algemeen beginsel betreffende het recht van verdediging), en hem een eerlijke behandeling van zijn zaak ontzegt (schending van artikel 6, lid 1, van het Europees Verdrag over de rechten van de mens):

Overwegende dat het arrest vóór de voorlaatste van de consideransen die in het middel zijn overgenomen, ook nog als reden geeft: «dat de eerste rechter terecht onderstreept dat de aangestelde deskundige op zeer volledige wijze en nauwgezet zijn taak heeft vervuld; dat vaststaat dat meerdere bladzijden van zijn verslag onder meer aan de meerdere en mindere werken gewijd werden; dat telkens de voorgestelde rekeningen werden besproken, bekritiseerd en dat vervolgens een eigen raming werd voorgesteld, hetgeen wijst op een grondig onderzoek»;

Overwegende dat het recht van verdediging kan worden geschonden of artikel 6.1 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en van de fundamentele vrijheden, in zoverre het bepaalt dat een ieder recht heeft op een eerlijke behandeling van zijn zaak, kan worden miskend, wanneer de rechter zijn beslissing laat steunen op het advies van een partijdige deskundige; dat evenwel het vereiste van de onpartijdigheid van een deskundige niet kan worden gelijkgesteld met het uitdrukkelijk in het Verdrag vermelde vereiste van een onpartijdig en onafhankelijk rechter, nu deze na het debat over de zaak beslist, terwijl gene vóór het debat alleen maar een advies verstrekt, dat voor de rechter kan worden aangevochten;

Overwegende dat een zaak eerlijk is behandeld in de zin van de evengenoemde verdragsbepaling, wanneer zij in haar geheel genomen en gezien naar het tijdstip van de uiteindelijke beslissing over de feiten, een eerlijke behandeling heeft gehad;

Overwegende dat de enkele omstandigheid dat een deskundige zijn taak heeft volbracht onder omstandigheden die partijdigheid zouden kunnen meebrengen, niet insluit dat de zaak niet eerlijk is behandeld; dat zulks met name niet het geval is wanneer partijen de gelegenheid hebben gehad ten aanzien van de eventuele partijdigheid verweer te voeren en de rechter over dat verweer regelmatig heeft beslist;

Overwegende dat het arrest ten deze onderzoekt of de aangevoerde partijdigheid heeft bestaan en in concreto de redenen aangeeft waarom de rechters die aanvoering verwerpen, te weten de feitelijke gedragingen van de expert en de inhoud van zijn verslag;

Dat het aldus het recht van verdediging van de eisers alsmede hun recht op een eerlijke behandeling van hun zaak niet miskent;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

(...)

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 2 APRIL 1985

Voorzitter: de h. Boon

Raadsheer-rapporteur: de h. Marchal

Advocaat-generaal: de h. Declercq

Strafvordering — Hoger beroep — Eenparigheid

Met de enkele vermelding van art. 211bis Sv. wordt niet vastgesteld dat het door deze wetsbepaling opgelegde voorschrift inzake eenparigheid is nageleefd.

O.

Gelet op het bestreden arrest, op 13 juni 1984 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen;

Over het ambtshalve aangevoerde middel, afgeleid uit de schending van artikel 211bis van het Wetboek van Strafvordering:

Overwegende dat het beroepen vonnis eiser vrijgesproken had; dat het arrest de feiten bewezen verklaart en eiser tot een geldboete veroordeelt, zonder hierbij vast te stellen dat het hof van beroep de veroordeling uitspreekt met eenparige stemmen van zijn leden;

Dat met de enkele vermelding van artikel 211bis van het Wetboek van Strafvordering niet wordt vastgesteld dat het door deze wetsbepaling opgelegde voorschrift is nageleefd: (...)

NOOT—In dezelfde zin: Cass., 22 november 1971, *Pas.*, 1972, I, 295; Cass., 6 maart 1979, *Pas.*, 1979, I, 797; Cass., 8 september 1982, *Pas.*, 1983, I, 42.

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 7 MEI 1985

Voorzitter: de h. Boon

Raadsheer-rapporteur: de h. Marchal

Advocaat-generaal: de h. D'Hoore

Advocaat: mr. De Bruyn

Wegverkeer — Driekleurige verkeerslichten — Verbod het vast oranjegeel licht voorbij te rijden — Uitzondering.

Krachtens art. 61.1, 2° Wegverkeersreglement, mag het vast oranjegeel licht slechts voorbijgereden worden door de bestuurder die bij het aangaan van het licht zo dicht genaderd is dat hij niet meer op voldoende veilige wijze kan stoppen.

Deze uitzondering op het in die bepaling gestelde verbod geldt niet voor de bestuurder die nalaat zijn snelheid te regelen zoals vereist is door art. 10.1, 1° en 3°, en die zodoende bij het oprijden van een kruispunt waarbij het licht is geplaatst, mede art. 12.2 overtreedt.

W. t/ Van P.

Gelet op het bestreden vonnis, op 25 juni 1984 in hoger beroep gewezen door de Correctionele Rechtbank te Denendermonde;

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

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 97 van de Grondwet, 12.2 en 61.1, 2°, van het Wegverkeersreglement,

doordat het bestreden vonnis eiser veroordeelt wegens het onvoorzichtig oprijden van het kruispunt, tot een geldboete van vijftig frank en tot de kosten van de strafvervolgning in hoger beroep, en eiser burgerrechtelijk aansprakelijk stelt voor drie vierde van de schade uit de aanrijding ontstaan; hem veroordeelt tot betaling van 45.570 frank, vermeerderd met de interesten en kosten aan de burgerlijke partij, thans verweerder, en zulks op grond dat, enerzijds, «uit de vergelijking van deze verklaringen blijkt dat het ongeval zich heeft voorgedaan tussen het moment dat het voor de richting gevolgd door (eiser) oranjegeel werd en het moment dat het groen licht werd voor de andere richting. Volgens de verklaring van (eiser) reed hij met een snelheid van 70 km per uur, wat betekent 19,4 m per seconde, en merkte hij de verandering van groen op oranje op 20 à 30 meter vóór de lichten. Gekomen juist aan de verkeerslichten bemerkt hij de linksafslagbeweging en remt. Blijkens de beoordelingsgegevens van het strafdossier zijn er geen objectieve redenen tot twijfel in verband met de getuigenverklaring van C. Daaruit blijkt eveneens dat (eiser) op het ogenblik dat hij het oranjegeel voorbijreed dit reeds 1 seconde brandde. Ter hoogte van het licht bemerkte hij de hindernis; rekening houdende met zijn reactietijd zijn de remsporen pas te zien na 12 meter (adhesiepercentage 70 % — asfalt en droog wegdek), dus juist het dubbele van de gemeten remsporen, met de aanrijding als gevolg. Deze gegevens tonen aan dat het aan de (eiser) onder A ten laste gelegde feit niet bewezen is gebleven; bovendien is het aan (eiser) onder B ten laste gelegde feit niet bewezen gebleven», en dat, anderzijds, «daar de verkeerslichten vanop meer dan 1 km duidelijk waarneembaar zijn, het onder punt C ten laste gelegde feit bewezen is gebleven, dat trouwens het oranjegeel een stoplicht is, dat aldus geen zins rechten geeft zoals een groen licht, doch integendeel wijst op een bijkomend gevaar namelijk de verandering van de verkeerslichten over het gehele kruispunt, hetgeen de bestuurder zeker moet aanzetten tot een dubbele voorzichtigheid ingevolge de principiële verplichting tot stilstand. Anderzijds draagt (eiser) ook duidelijk verantwoordelijkheid voor het ongeval; aangezien het een kruispunt betreft met verkeerslichten die op ongeveer 1 km afstand te zien zijn, diende hij zijn snelheid aan te passen aan de mogelijke verandering ervan; dit anticiperen van de verandering hield evenwel niet in dat (eiser) zijn snelheid drastisch diende te verminderen bij het naderen van het licht aangezien het oranjegeel toelating geeft het kruispunt vooralsnog op te rijden onder bepaalde omstandigheden», (...)

Overwegende dat eiser op grond van artikel 61.1, 2°, van het Wegverkeersreglement enkel vervolgd was ter zake van: «de stopstreep voor een oranjegeel of zo er geen stopstreep is het verkeerslicht zelf te zijn voorbijgereden»; dat hem niet ten laste was gelegd dat hij met overtreding van bedoeld artikel bij het oversteken van een kruispunt waarbij een vast oranjegeel licht geplaatst is, de andere weggebruikers na het voorbijrijden van dit licht in gevaar had gebracht;

Dat de rechters niet hebben beslist dat eiser bij het oversteken van een kruispunt de andere weggebruikers niet in gevaar heeft gebracht;

Overwegende dat, krachtens artikel 61.1, 2°, van het Wegverkeersreglement, het vast oranjegeel licht enkel mag

worden voorbijgereden door de bestuurder die, bij het aangaan van het licht, zo dicht genaderd is dat hij niet meer op voldoende veilige wijze kan stoppen; dat deze uitzondering op het in die bepaling gestelde verbod niet geldt voor de bestuurder die nalaat zijn snelheid te regelen zoals vereist door artikel 10.1, 1° en 3°, van bedoeld reglement en zodoende bij het oprijden van een kruispunt waarbij het licht is geplaatst, artikel 12.2 van dit reglement mede overtreedt;

Overwegende dat het bestreden vonnis vaststelt dat eiser een vast oranjegeel licht dat bij een kruispunt was geplaatst, is voorbijgereden en in het kruispunt is gereden waar hij een ongeval veroorzaakte; dat het eiser voor dit feit tegelijk veroordeelt wegens overtreding van artikel 12.2 en vrijspreekt van de telastlegging omschreven in artikel 61.1, 2°;

Overwegende dat het bestreden vonnis, door eiser vrij te spreken, oordeelt dat hij gerechtigd was het vast oranjegeel licht voorbij te rijden en aldus aanneemt dat hij het kruispunt met de door artikel 12.2 vereiste dubbele voorzichtigheid is opgereden;

Overwegende dat eisers veroordeling wegens overtreding van artikel 12.2, op grond het kruispunt niet met de vereiste dubbele voorzichtigheid was opgereden, niet regelmatig met redenen is omkleed, nu die veroordeling en de motivering waarop zij berust strijdig zijn met de beslissing waarbij eiser vrijgesproken wordt van de bij artikel 61.1, 2°, bepaalde overtreding;

(...)

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 8 OKTOBER 1985

Voorzitter: de h. Boon

Raadsheer-rapporteur: de h. Holsters

Advocaat-generaal: de h. Velu

Advocaat: mr. Venema

Advocaat — Advocaat gevestigd in een andere Lid-Staat van de Europese Gemeenschappen.

Het Hof van Cassatie slaat, in een strafzaak, geen acht op de memorie die voor een partij door een advocaat gevestigd in een andere Lid-Staat van de Europese Gemeenschappen is ingediend zonder de door art. 2 van het K.B. van 14 maart 1983 tot uitvoering van de artt. 477bis en 477quater Ger. W. vereiste samenwerking met een advocaat die bij het Hof praktijk uitoefent of daartoe bevoegd is.

K.

Gelet op het bestreden arrest, op 5 juli 1985 gewezen door het Hof van Beroep te Antwerpen, kamer van inbesluchdigingstelling;

Overwegende dat de substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven rechtsvormen in acht zijn genomen en de beslissing overeenkomstig de wet is gewezen;

Om die redenen,

zonder acht te slaan op de memorie die voor eiser werd ingediend door mr. W.A. Venema, advocaat gevestigd te Rotterdam in Nederland, zijnde een van de Lid-Staten van de Europese Gemeenschappen, zonder de door artikel 2 van het koninklijk besluit van 14 maart 1983 tot uitvoering van de artikelen 477bis en 477quater van het Gerechtelijk Wetboek vereiste samenwerking met een advocaat die bij het Hof praktijk uitoefent of daartoe bevoegd is,

Verwerpt de voorziening;

Veroordeelt eiser in de kosten.

RAAD VAN STATE

4e KAMER — 22 FEBRUARI 1983

Voorzitter: de h. Vermeulen

Staatsraden: de hh. Vander Stichele en Suetens (verslaggever)

Auditeur: mevr. Vrints (afwijkend advies)

Advocaten: mrs. de Suray en Theuwissen

Ruimtelijke ordening — Gewestplan — Wet van 1 augustus 1974 op de voorbereidende gewestvorming — Overleg in ministerieel comité voor Vlaamse aangelegenheden — Geen substantieel vormvereiste.

Onder het stelsel van de wet van 1 augustus 1974 betreffende de voorbereidende gewestvorming, waren de ministeriële comités voor gewestelijke aangelegenheden een verplichte schakel van overleg in de voorbereiding van regeeringsbeslissingen.

De draagwijdte van de verplichting tot overleg en van de adviserende bevoegdheid van de ministeriële comités verschildt evenwel naargelang het gaat om het ministerieel comité voor Brusselse aangelegenheden enerzijds en de ministeriële comités voor Vlaamse aangelegenheden en voor Waalse aangelegenheden anderzijds.

Uit de specifieke wijze van samenstelling van het ministerieel comité voor Brusselse aangelegenheden vloeit voort dat in alle gevallen opgesomd door art. 10 van de wet van 1 augustus 1974, de bij dit artikel opgelegde raadpleging van het Ministerieel Comité niet louter een maatregel van inwendige orde is, maar een pleegvorm ter bescherming van de rechtshorigen, inzonderheid de Vlaamse minderheid te Brussel, en dus een substantieel vormvereiste.

Geheel anders is de draagwijdte van de verplichting tot overleg binnen het ministerieel comité voor Vlaamse aangelegenheden en binnen het ministerieel comité voor Waalse aangelegenheden. Die comités zijn in het stelsel van de wet van 1 augustus 1974 gewone ministeriële comités binnen de regering, waaraan advies delegatie wordt verleend, zoals bv. aan het Ministerieel Comité voor Economische en Sociale Coördinatie.

Hieruit volgt dat onder het stelsel van de wet van 1 augustus 1974, de door artikel 10, 3°, t.a.v. een ontwerp van koninklijk besluit houdende vaststelling van een gewestplan opgelegde «beraadslaging» voor het Ministerieel Comité voor Vlaamse Aangelegenheden geen ruimere betekenis

heeft dan een maatregel van inwendige orde, met het oog op de coördinatie van het beleid in een zg. geregionaliseerde materie, en niet kan worden aangemerkt als een substantieel vormvereiste, waarvan de niet-naleving een grond tot vernietiging van het desbetreffende koninklijk besluit zou zijn.

De G. en G. t/ Gemeenschapsminister van Ruimtelijke
Ordening
Arresten nrs. 22.968 — 22.970

Gezien het verzoekschrift dat de echtgenoten De G.-G. op 23 mei 1977 hebben ingediend om de vernietiging te vorderen van: 1. het bij koninklijk besluit van 7 maart 1977 vastgesteld gewestplan Halle-Vilvoorde-Asse; 2. het koninklijk besluit van 15 april 1977 houdende in herzieningstelling van sommige algemene en bijzondere plannen van aanleg van gemeenten opgenomen in het gewest Halle-Vilvoorde-Asse;

(...)

3.1. Overwegende dat verzoekers een eerste middel aanvoeren, gebaseerd op de schending van de artikelen 10, 3° en 9, vierde lid, en 4 van de wet van 1 augustus 1974 tot oprichting van gewestelijke instellingen, in voorbereiding van de toepassing van artikel 107^{quater} van de Grondwet, doordat het Ministerieel Comité voor Vlaamse Aangelegenheden niet heeft beraadslaagd over het eerste bestreden besluit;

3.2. Overwegende dat dit middel niet gegrond is, zoals blijkt uit wat volgt:

3.2.1. Op het tijdstip waarop het bestreden besluit werd genomen, was de oorspronkelijke, ongewijzigde tekst van de wet van 1 augustus 1974 nog steeds van kracht.

De wet van 1 augustus 1974 poneert dat, in verband met de materies die in artikel 4 worden opgesomd, differentiële regelingen per regio kunnen worden vastgesteld en dergelijke differentiële regelingen dus verenigbaar zijn met het in artikel 6 van de Grondwet vervatte beginsel van de gelijkheid, ook al is de enige rechtvaardiging voor het differentieel karakter van die regelingen niets meer dan het loutere feit dat ze voor een bepaalde regio gelden.

Uit artikel 4 blijkt ook dat de differentiële regelingen zowel op het niveau van de wet, als op het niveau van de verordeningen kunnen worden vastgesteld.

3.2.2. De wet van 1 augustus 1974 is nochtans geen uitvoering van artikel 107^{quater} van de Grondwet.

Zoals onmiskenbaar blijkt zowel uit de tekst zelf van de wet, als uit de parlementaire voorbereiding ervan — zie o.m. de memorie van toelichting, *Parl. Doc. Senaat*, doc. nr. 301 (B.Z. 1974) — nr. 1 t.a.v. p. 1-2, alsmede het advies van de Raad van State, Afdeling Wetgeving, (*ibid.*, p. 11-14) —, herleiden de institutionele bepalingen van de wet zich in werkelijkheid tot procedurevoorschriften; zij beperken zich immers tot het instellen, eensdeels, van adviesraden die de regering, eventueel het parlement, voorlichten en, anderdeels, van ministercomités binnen de regering die ook in de wet, slechts adviserende bevoegdheid hebben. De beslissingsmacht die de regionale ministers hebben, komt hun immers toe krachtens koninklijke besluiten, genomen op grond van artikel 29 van de Grondwet.

3.2.3. Zoals in het advies van de Raad van State, Afde-

ling Wetgeving, wordt gesteld, zijn de ministeriële comités voor gewestelijke aangelegenheden «een verplichte schakel van overleg in de voorbereiding van regeringsbeslissingen» (*Parl. doc., Senaat*, doc. 301 B.Z. 1974, nr. 1, p. 12).

3.2.4. De draagwijdte van de verplichting tot overleg en van de adviserende bevoegdheid van de ministeriële comités verschilt evenwel naargelang het gaat om het ministerieel comité voor Brusselse aangelegenheden, enerzijds, en de ministeriële comités voor Vlaamse aangelegenheden en voor Waalse aangelegenheden, anderzijds.

3.2.5. Naar luid van artikel 9 van de wet van 1 augustus 1974 «wordt erover gewaakt dat het ministerieel comité voor Brusselse aangelegenheden twee staatssecretarissen telt waarvan één moet behoren tot een andere taalgroep dan die van de Minister die het voorziet».

Die specifieke wijze van samenstelling werd in de wet ingelast als een «bijzondere waarborgclausule» (memorie van toelichting, *Parl. doc., Senaat*, doc. 301, B.Z. 1974, nr. 1, p. 4) ten gunste van «de Vlaamse minderheid te Brussel» (verslag namens de speciale commissie voor de gewestvorming (*Parl. doc., Senaat*, doc. 301, B.Z. 1974, nr. 2, p. 29; verslag namens de bijzondere commissie, *Parl. doc., Kamer van Volksvertegenwoordigers*, doc. 1974, B.Z. 1974, nr. 6).

Hieruit vloeit voort dat in alle gevallen opgesomd door artikel 10 van de wet van 1 augustus 1974, en bij dit artikel opgelegde raadpleging van het Ministerieel Comité voor Brusselse Aangelegenheden niet louter een maatregel van inwendige orde is, maar een pleegvorm ter bescherming van de rechtsonderhorigen en dus een substantiële vormvereiste is.

3.2.6. Gans anders is de draagwijdte van de verplichting tot overleg binnen het Ministerieel Comité voor Vlaamse Aangelegenheden en het Ministerieel Comité voor Waalse Aangelegenheden.

Die Comités zijn in het stelsel van de wet van 1 augustus 1974 gewone ministeriële comités binnen de regering, waarvan adviesdelegatie wordt verleend, zoals b.v. aan het Ministerieel Comité voor Economische en Sociale Coördinatie (*Parl. doc., Senaat*, doc. 301, B.Z. 1974, 2, p. 6).

3.2.7. In hoever de verplichting tot overleg binnen het Ministerieel Comité voor Vlaamse Aangelegenheden verder reikt dan een maatregel van inwendige orde kan niet in het algemeen, in abstracto, worden omschreven, zulks hangt af van de aard van de toe te passen rechtsregel.

Waar de toe te passen rechtsregel overleg in de Ministerraad voorschrijft, wordt door de wet van 1 augustus 1974 het overleg in de Ministerraad vervangen door overleg in het Ministerieel Comité voor Vlaamse Aangelegenheden, met mogelijkheid van beroep op de Ministerraad.

Waar de toe te passen rechtsregel geen overleg in de Ministerraad oplegt, is het beraad in het Ministerieel Comité voor Vlaamse Aangelegenheden enkel een maatregel van inwendige orde, d.w.z. een maatregel tot coördinatie van het beleid in de geregionaliseerde materies d.i. de in artikel 4 van de wet van 1 augustus 1974 opgesomde materies.

3.2.8. Artikel 9 van de wet van 29 maart 1962 houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en van de stedenbouw bepaalt o.m. dat het streekplan door de Koning wordt vastgesteld «nadat de Ministerraad erover beraadslaagd heeft».

Artikel 13 van de wet bepaalt: «Alle bepalingen van de

artikelen 9 en 10, behalve de bepaling betreffende het advies van de Ministerraad, zijn toepasselijk op het gewestplan».

Een koninklijk besluit houdende vaststelling van het gewestplan moet dus niet ter beraadslaging worden voorgelegd aan de Ministerraad.

3.2.9. Uit wat voorafgaat volgt dat onder het stelsel van de wet van 1 augustus 1974, de door artikel 10, 3°, t.a.v. een ontwerp van koninklijk besluit houdende vaststelling van een gewestplan opgelegde «beraadslaging» voor het Ministerieel Comité voor Vlaamse Aangelegenheden geen ruimere betekenis heeft dan een maatregel van inwendige orde, met het oog op de coördinatie van het beleid in de een geregionaliseerde materie, en niet kan worden aangezien als een substantiële vormvereiste, waarvan de niet-naleving een grond tot vernietiging van het desbetreffende koninklijk besluit zou zijn.

De Raad van State hoeft dan ook niet te onderzoeken of het aangevoerde middel feitelijke grondslag heeft, vermits het hoe dan ook niet, omdat het geen substantiële vormvereiste betreft, tot vernietiging kan leiden.

Noot—Hoewel het stelsel van de voorbereidende gewestvorming (oorspronkelijk de wet van 1 augustus 1974, nadien de wet van 20 juli 1979) sinds de inwerkingtreding van de wetten van 8 en 9 augustus 1980 betreffende de hervorming der instellingen, voor Vlaanderen en Wallonië definitief achterhaald is, behoudt de vraag naar de draagwijdte van de verplichting tot overleg binnen het Ministerieel Comité voor Vlaamse Aangelegenheden een actueel karakter, aangezien de 25 gewestplannen in Vlaanderen tot stand zijn gekomen onder het stelsel van de wet van 1 augustus 1974, en die gewestplannen op onregelmatige wijze zouden zijn vastgesteld, indien en voor zover de verplichting van overleg een substantieel vormvereiste was, dat niet nageleefd zou zijn.

De Raad van State maakt in bovenstaand arrest een onderscheid tussen het Ministerieel Comité voor Brusselse Aangelegenheden — dat nog steeds bestaat onder de benaming «Executieve van het Brussels Gewest» — en de ministeriële comités voor het Vlaamse en het Waalse gewest. Wat Brussel betreft, volgt uit de ratio legis — de bescherming van de Vlaamse minderheid te Brussel — en de bijzondere wijze van samenstelling, dat het overleg in het ministerieel comité geacht moet worden een substantieel vormvereiste te zijn. Onder de wet van 1 augustus 1974 is dit evenwel geenszins het geval voor het Ministerieel Comité voor Vlaamse Aangelegenheden en het Ministerieel Comité voor Waalse Aangelegenheden.

In dezelfde zin: Raad van State, 6 oktober 1981, nr. 21.436, *R.W.*, 1981-82, 1763 (m.b.t. het Vlaamse Gewest); Raad van State, 30 juli 1982 (m.b.t. het Brusselse Gewest); eveneens in dezelfde zin, m.b.t. het Vlaamse Gewest, onder verwijzing naar een onuitgegeven arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen (O.M. en Gemeente Houthalen-Helchteren t/ Strauven; datum niet vermeld): M. Boes, «Plannen van aanleg», in *Het onroerend goed in de praktijk*, VI. B2, 14 en 15.

In het arrest nr. 21.970 van 5 februari 1982 wordt «het middel niet in aanmerking genomen».

Anders, maar dan m.b.t. het stelsel van de wet van 20 juli 1979, m.b.t. de reglementering der gevaarlijke, onge-

zonde en hinderlijke bedrijven: Raad van State, 17 juni 1982, nr. 23.376 (Waals Gewest).

Zie ook R. Vekeman, *Ruimtelijke Ordening en Stedebouw*, Kluwer, 1983, p. 7.

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

1e KAMER — 8 MEI 1985

Voorzitter: de h. Verdoodt

Raadsheren: mevr. Lamberty-Schandevyl en de h. Verougstraete

Advocaten: mrs. Houthuys loco de Suray en Vandenberghen loco Maertens

Stedebouw — Ruimtelijke Ordening — Gewestplan — 1. Vordering tegen de Belgische Staat — Wegens planschade — Op grond van art. 1382 B.W. — 2. Wet van 1 augustus 1974 op de voorbereidende gewestvorming — Overleg in Ministerieel Comité voor Vlaamse Aangelegenheden — Substantieel vormvereiste.

1. Gelet op de termen van de wet van 5 maart 1984, is een vordering gericht tegen de Belgische Staat op grond van art. 37 van de wet van 29 maart 1962 houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en de stedebouw niet meer toelaatbaar.

Daarentegen is een vordering gericht tegen de Staat op grond van art. 1382 B.W. wel toelaatbaar.

2. Onder het stelsel van de wet van 1 augustus 1974 betreffende de voorbereidende gewestvorming, was het overleg in het ministerieel comité voor gewestelijke aangelegenheden over een gewestplan een substantieel vormvereiste. De ontstentenis van dat overleg is een onrechtmatige daad in de zin van art. 1382 B.W.

D. en B. t/ Belgische Staat

Overwegende dat appellanten eigenaars zijn van een perceel grond gelegen te G. voor een totale oppervlakte van 20 a 81 ca, grenzend aan bebouwde percelen en uitmondend op een volledig uitgeruste weg;

dat bij de aankoop ervan op 19 september 1973 (voor een prijs die wees op de hoedanigheid van bouwgrond) werd bepaald dat het goed bouwgrond was; dat de gemeente overigens op 16 maart 1973 een positief stedebouwkundig attest had afgeleverd conform de bestemming van het voorontwerp die het perceel gedeeltelijk in een woongebied onderbracht;

dat het ontwerp gewestplan Halle-Vilvoorde-Asse het perceel in de niet bebouwde zone rangschikte;

Overwegende dat appellanten geen bezwaar deden gelden tijdens de procedure van openbaar onderzoek, hoewel duidelijk moest zijn dat de bestemming van het perceel was gewijzigd;

dat geen enkele overheid, wat betreft het perceel van appellanten, met het ontwerp gewestplan strijdige adviezen opperde;

dat het gewestplan het goed definitief in de landbouwzone inlijfde;

Overwegende dat de oorspronkelijke vordering uitsluitend tegen de Belgische Staat is gericht en zowel op de be-

palingen van art. 1382 van het Burgerlijk Wetboek als op die van de W.R.O. (art. 37) stoelt ;

(...)

Overwegende dat, wat betreft de vordering gericht tegen de Belgische Staat, deze laatste terecht opwerpt dat op grond van de wet van 8 augustus 1980 genomen ter uitvoering van art. 107^{quater} van de Grondwet, het Vlaamse Gewest is ontstaan en uitsluitend bevoegd is in de materie van stedenbouw en ruimtelijke ordening ;

dat, mede gelet op de termen van de wet van 5 maart 1984, de vordering gericht tegen de Belgische Staat op grond van art. 37 van de wet op de ruimtelijke ordening niet toelaatbaar is ; dat de Staat immers geen hoedanigheid meer heeft om als verweerder tegen de aanspraken van appellanten op te treden ;

Overwegende dat de vordering gericht tegen de Staat op grond van art. 1382 B.W. wel toelaatbaar is ; dat de wet op de hervorming van de instellingen noch enige andere wet hebben bepaald dat de Staat niet kan worden aangesproken voor fouten begaan door de overheid vóór de gewestvorming tot stand kwam, ook al zou de onrechtmatige daad gepleegd zijn in verband met bepaalde materies die later aan de gewesten zijn toevertrouwd ; dat de toekenning van bevoegdheden aan de ondergeschikte gewesten en gemeenschappen beperkend moet worden uitgelegd ; dat uit geen enkele bepaling kan worden afgeleid dat de vorderingen tegen de overheid wegens onrechtmatige daad slechts tegen de gewesten kunnen worden ingesteld ;

Overwegende dat geïntimeerde opwerpt dat appellanten geen belang hebben in het instellen van de vordering nu hun grond objectief van natuur niet is veranderd en zijn natuurlijke bestemming zou terugvinden mocht het hof vaststellen dat de procedure die leidde naar het niet bebouwbaar verklaren, als nietig moet worden aangemerkt ;

Overwegende dat appellanten weliswaar primair verlangen dat een aantal koninklijke besluiten nietig of niet tegenwerpelijk worden verklaard, doch ook onmiddellijk hierbij aansluitend schadevergoeding vorderen ; dat dit aldus uitgelegd kan worden dat zij hebben vastgesteld dat de overheid er niet toe bereid was hun effectief een bouwvergunning toe te kennen, ook indien de beslissing van het hof leidde tot het niet toepasselijk verklaren van het gewestplan ;

dat overigens het hof niet vermag met dwang een wijziging van het gewestplan aan de overheid op te dringen, zij het op grond van een uitvoerbare gerechtelijke beslissing ;

dat een vervangende vergoeding in casu de enige oplossing blijkt te zijn ;

Nopens de onrechtmatige daad

Overwegende dat uit de hierboven genoemde feiten niet kan worden afgeleid dat de overheid onzorgvuldig geweest is in het beantwoorden of onderzoeken van de (niet bestaande) bezwaren ;

dat de overheid in het voorontwerp een beslissing heeft genomen die later niet meer werd besproken ;

Overwegende dat het gewestplan echter op onregelmatige wijze werd goedgekeurd ; dat, op grond van de wet van 1 augustus 1974 tot oprichting van gewestelijke instellingen ter voorbereiding van de toepassing van art. 107^{quater} van de Grondwet, ministeriële comités worden opgericht die

over bepaalde aspecten van het beleid inzake stedenbouw en ruimtelijke ordening moeten beraadslagen ; dat art. 10 van die wet bepaalt dat ieder ministerieel comité voor gewestelijke aangelegenheden over ieder ontwerp van koninklijk besluit betreffende ruimtelijke ordening en stedenbouw beraadslaagt ; dat dit vormvereiste een substantieel vormvereiste was dat moest worden nageleefd om redenen die de herinrichting van de Belgische Staat en aldus ook de openbare orde aanbelangen ;

Overwegende dat het koninklijk besluit dat het gewestplan vaststelt, in de aanhef vermeldt dat over het gewestplan door het ministerieel comité advies werd uitgebracht ;

dat in feite gebleken is dat de bevoegde staatssecretaris in de vergadering van 14 februari 1977 van het ministerieel comité, het koninklijk besluit in ontwerp heeft voorgelegd, waarna werd beslist dat het van 15 februari tot en met 1 maart 1977 door de leden van het comité zou kunnen worden geconsulteerd ;

dat hieruit niet kan worden afgeleid dat het comité collegiaal over het ontwerp heeft beraadslaagd in de zin van de wet, zodat het koninklijk besluit terecht geen gewag maakt van enige beraadslaging van het comité ;

dat nu in dit geding geen bewijs wordt geleverd dat er enige beraadslaging is geweest, het koninklijk besluit ook geen effect ten opzichte van appellanten kan sorteren ;

Overwegende dat appellanten ten gevolge van de foutieve gedraging van de overheid een kans verloren hebben hun perceel te kunnen bebouwen ;

dat zij in beginsel recht hebben op vergoeding van de schade die het gevolg is van de onrechtmatige overheidsdaad ;

Overwegende dat overbodig is te onderzoeken of de overheid nog andere onrechtmatige daden pleegde nu andere foutieve daden niet zouden kunnen leiden tot een grotere vergoeding ;

Overwegende dat appellanten slechts vergoeding kunnen claimen in zoverre hun perceel ten gevolge van de onrechtmatige overheidsdaad ten onrechte in de landbouwzone werd geklasseerd of m.a.w., in zoverre de gronden niet ten gevolge van objectieve kenmerken reeds als landbouwgronden hadden moeten worden aangemerkt ; dat dit punt het voorwerp van de hierbevolen onderzoeksmaatregel moet uitmaken ;

(Aanstelling van deskundige)

NOOT—Wat betreft de vraag of een gewestplan het voorwerp moest zijn van overleg in het ministerieel comité voor gewestelijke aangelegenheden en dit overleg al dan niet een substantieel vormvereiste is, is de rechtpraak van de Raad van State in andere zin gevestigd, althans wat het Vlaamse Gewest betreft ; zie *supra*, Raad van State, 22 februari 1983, en de noot.

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

6e KAMER — 12 JANUARI 1983

Voorzitter : de h. Deviaene

Raadsheren : de hh. Van Malderen en Verougstraete

Advocaten : mrs. Delahaye en De Wilde

Overeenkomst — Handelszaak — Overdracht — Naam — Familiaanaam — Oprichting door de overneemster, een vennootschap, of haar aandeelhouders van een vennootschap die de handelsactiviteit voortzet — Miskenning van een beding betreffende de naam — Vordering van de overdrager tegen de nieuwe vennootschap — Herstel in natura.

Wanneer de rechtsopvolgers van de eigenaar van een handelszaak deze met de benaming ervan hebben overgedragen aan een vennootschap, onder beding dat de naam van de vroegere exploitant mag worden gebruikt, maar slechts als hij voorafgegaan wordt door de woorden «Anciens Etablissements» of hun afkorting en/of vertaling, houdt zulks in dat de vennootschap (of haar aandeelhouders) een nieuwe vennootschap kan oprichten, die de overgedragen handelsactiviteit zal voortzetten onder de toegestane benaming.

Aan de in de overeenkomst opgelegde beperking wordt echter niet voldaan als de nieuwe vennootschap de benaming «N.V. V.H. (volgt de naam van de vroegere exploitant) S.A.» draagt.

Op verzoek van een erfgenaam veroordeelt het hof de nieuwe vennootschap om haar benaming in overeenstemming te brengen met de overeenkomst die de overneemster met de vroegere exploitant had gesloten.

N. t/ N.V. V.H. N.

Overwegende dat de oorspronkelijke vordering, ingeleid door appellant Jacques N., ertoe strekte geïntimeerde, de N.V. V.H. N. te doen veroordelen om haar maatschappelijke benaming te wijzigen, derwijze dat alle referenties aan de geslachtsnaam van appellant verdwijnen of minstens in overeenstemming gebracht worden met een overeenkomst van 20 december 1972; verder geïntimeerde te doen veroordelen tot betaling van 500.000 fr. schadevergoeding;

Dat geïntimeerde bij tegeneis een bedrag vorderde van 20.000 fr. wegens roekeloos en tergend geding;

Overwegende dat de eerste rechter de hoofdeis tot wijziging van benaming als ongegrond afwees en de tegeneis gedeeltelijk gegrond verklaarde; dat hij niet uitdrukkelijk uitspraak deed nopens de eis tot schadevergoeding, doch deze impliciet afwees;

a. Nopens de feiten

Overwegende dat appellant en zijn moeder, handelende in hoedanigheid van erfgenamen van wijlen William N., de handelsactiviteiten van deze laatste hebben overgedragen aan de N.V. W. en C°, bij overeenkomst van 20 december 1972;

Dat artikel 3 van de overeenkomst bepaalde: «Le prix total de la cession s'élève à 1.764.000 fr. et porte sur l'ensemble du fonds commercial, à savoir notamment ... la dénomination. La N.V. W. reste cependant libre d'employer la dénomination de son choix. Toutefois elle ne pourrait utiliser la dénomination 'W.T.L.N.' que précédée des mots 'Anciens Etablissements' (ou leur abréviation) et/ou leur traduction»;

Dat dezelfde dag de meerderheidsaandeelhouders van de N.V. W. in Brussel, een Belgische N.V. oprichtten met naam «V.H. N.»; dat deze N.V. in feite de activiteiten van wijlen W. N. voortzette;

Dat de cedent (appellant) op 24 april 1973 aan geïnti-

meerde de wijziging vroeg van de benaming, derwijze dat zij zou overeenstemmen met de afspraak van 20 december 1972;

b. In rechte

Overwegende dat appellant een rechtmatig belang kan doen gelden om de wijziging te vragen van de benaming;

Dat hij in feite aanvoert dat zijn persoonlijkheidsrechten gekrenkt worden en dat geïntimeerde desbewust de overeenkomst gesloten tussen appellant en de N.V. W. helpt miskennen, door het aannemen van een benaming die tegen de termen zelf van de overeenkomst indruist;

Dat het herstel van zijn schade in beginsel in natura kon geschieden door de wijziging van de maatschappelijke benaming;

Overwegende dat de rechten van appellant begrensd zijn door de overeenkomsten die hijzelf heeft gesloten; dat zijn familiaanaam een patrimoniale waarde had, die hij te gelde maakte door de cessie van 20 december 1972;

Dat de termen van de overeenkomst duidelijk inhouden dat de cessionaris het recht verkreeg de handelsbenaming te gebruiken op de wijze die het meest geschikt leek; dat dit inhield dat de cessionaris (of zijn aandeelhouders) een vennootschap kon oprichten, die de overgedragen handelsactiviteiten zou leiden onder de overgedragen benaming; dat de oprichting overigens dezelfde dag geschiedde, conform de redelijke verwachtingen;

Dat appellant derhalve geen bezwaar kan hebben tegen het feit dat een dochtervennootschap van de cessionaris zijn familiaanaam draagt, na het recht op de benaming te hebben verkregen van de cessionaris;

Overwegende dat appellant ten onrechte doet gelden dat de overdracht geschiedde intuitu personae aan de N.V. W. en door deze niet verder kon worden overgedragen; dat ook al zou de overdracht van het recht op benaming geschied zijn intuitu personae, de overdracht van de benaming aan een dochtervennootschap impliciet maar zeker voorzien was in de overeenkomst van 20 december 1972;

Overwegende dat appellant echter terecht grieven doet gelden tegen het feit dat de dochtermaatschappij van de N.V. W., die haar rechten putte uit de overeenkomst van 20 december 1972, haar benaming niet voldoende aanpaste aan de eisen van de overeenkomst en aldus derde medeplichtige werd aan de contractbreuk door de N.V. W. gepleegd;

Dat de benaming moest voorafgegaan worden door de woorden «Anciens Etablissements» of een afkorting ervan of een vertaling;

Dat in feite geïntimeerde de maatschappelijke benaming «N.V. V.H. N.» draagt en haar handel voert onder de benaming «N.V. N. S.A.»;

Dat de hoofd- of kleine letters v.h. zoals zij worden aangewend geenszins het gewenst element van discontinuïteit vertegenwoordigen ten aanzien van de handel van appellantes vader; dat de letters v.h. of V.H. (door een punt gescheiden) op geen enkele wijze kunnen begrepen worden als «voorheen» of een afkorting van dit woord;

Dat dit des te meer klemmt nu in de tweetalige handelsbenaming de afkorting S.A. niet wordt voorafgegaan door een gelijkaardige uitdrukking (Anc. Ets.) in het Frans; dat hetzij in de ene, hetzij in de andere taal (of in beide) een zinnige afkorting moet worden ingelast;

Overwegende dat de vordering derhalve gedeeltelijk ge-

grond was, terwijl de tegeneis voor roekeloos en tergend geding ongegrond was;

Overwegende dat appellant zijn eis tot betaling van schadevergoeding niet adstrueert en zijn schade niet bewijst;

(...)

(Veroordeling van geïntimeerde om binnen drie maanden na betekening van het arrest haar maatschappelijke benaming en alle desbetreffende vermeldingen in de sociale, administratieve en commerciële bescheiden te wijzigen, derwijze dat zij overeenkomen met het contract gesloten op 20 december 1972 tussen de N.V. W. en appellant.)

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

8e KAMER — 14 DECEMBER 1984

Voorzitter: de h. Vanderhoeft

Raadsheren: de hh. Guffens en Vandeplas (rapporteur)

Advocaat-generaal: de h. Van Walle

Cheque — Zonder dekking — Fonds — Wissels.

Wissels kunnen niet dienen als beschikbaar fonds voor de uitgifte van cheques zolang de bank niet aanvaard heeft ze te disconteren en de tegenwaarde op de bankrekening van de trekker niet is vermeld.

N.

(...)

Overwegende dat de feiten van de telastleggingen in hoger beroep bewezen zijn gebleven door het onderzoek ter terechtzitting, behoudens de verduistering van de fotocopieermachine die deel uitmaakte van het actief van het faillissement en behoudens de omstandigheid dat de beklaagde, als gefailleerd handelaar, zich heeft overgeleverd aan buitensporige persoonlijke uitgaven zoals beslist door de eerste rechter;

Overwegende dat hij weliswaar heeft aangevoerd dat er een beschikbaar fonds was op het ogenblik van de uitgifte van de twee cheques ten belope respectievelijk van 197.207 fr. en 211.245 fr. daar hij aan de bank twee wissels van respectievelijk 144.000 fr. en 140.000 fr. had afgegeven terwijl er nog een andere wissel ten belope van 201.704 fr. bij de bank was ter verdiscontering;

Overwegende dat wissels niet kunnen dienen als beschikbaar fonds voor de uitgifte van cheques zolang de bank niet aanvaard heeft deze te disconteren en de tegenwaarde op de bankrekening is vermeld; dat ten deze de bank geweigerd heeft de wissels te disconteren zodat de beklaagde zich schuldig heeft gemaakt aan uitgifte van cheques zonder voorafgaand, toereikend en beschikbaar fonds;

Overwegende dat bij de straftoemeting rekening moet gehouden worden met de omstandigheid dat de beklaagde reeds een deel van de schulden heeft afbetaald en dat hij zijn best heeft gedaan om spontaan de aangerichte schade te herstellen; dat de hiernavolgende straf beantwoordt aan dit vereiste;

Overwegende dat er aanleiding is om de bekendmaking te bevelen, overeenkomstig artikel 583 van de Faillisse-

mentswet, niet alleen van de te lastleggingen van eenvoudige en van bedrieglijke bankbreuk, maar van alle misdrijven die wegens eenheid van opzet met deze enige straf worden gestraft;

(...)

NOOT—Betreffende de cheque zonder dekking

1. De beklaagde kwam in deze zaak als gefailleerd handelaar voor de correctionele rechtbank onder de traditionele beschuldigingen van eenvoudige en bedrieglijke bankbreuk en uitgifte van cheques zonder dekking, alsook voor oplichting. Na de veroordeling in eerste aanleg wordt in hoger beroep blijkbaar alleen de telastlegging van cheques zonder dekking aangevochten, op grond van de bewering dat voldoende fonds beschikbaar was.

De wet vereist een voorafgaand, toereikend en beschikbaar fonds. Dit fonds kan in de eerste plaats beschikbaar zijn ten gevolge van stortingen of overschrijvingen. In vele gevallen zal de dekking echter geleverd worden op grond van een krediet door de bank aan de trekker toegestaan. Een vaststaande rechtspraak beslist in dit verband dat een kredietopening slechts dan als fonds kan doorgaan wanneer zij voortvloeit uit een verbintenis van de betrokkene om vóór de uitgifte een vermogen ter beschikking te stellen dat minstens even groot is als het bedrag van de cheque (zie Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes de droit commercial*, 2e druk, III, nr. 527; Bosly, H.D., «L'émission de chèques sans provision et les cartes de crédit», *R.D.P.*, 1973-74, 165; Dal, G.A., «Les chèques garantis», *J.T.*, 1984, 242; Messine, J., «Aspects nouveaux de l'émission de chèques sans provision», *R.D.P.*, 1973-74, 136; Cass., 4 november 1974, *R.D.P.*, 1974-75, 750, noot Bosly; Cass., 24 januari 1977, *R.W.*, 1976-77, 2617, noot Vandeplas; Antwerpen, 28 mei 1982, *R.W.*, 1982-83, 2680, noot Vandeplas). De kredietopening kan weliswaar voortvloeien uit een stilzwijgende overeenkomst (Simont, L. en Bruyneel, A., «Chronique de droit bancaire», *Rev. Banq.*, 1979, 693; Dal, G.A., «Ouvertures de crédit, facilités de caisse et chèques sans provision», *R.C.J.B.*, 1978, 58; Cass., 28 september 1977, *R.W.*, 1977-78, 2663, *J.T.*, 1979, 141), doch kredietoverschrijvingen of kasfaciliteiten toegestaan door de bank bij de aanbidding van een cheque volstaan niet wanneer de bank hiertoe niet is gehouden door een aan de uitgifte voorafgaande verbintenis.

2. Het bestaan van een fonds impliceert bijgevolg dat de bank gehouden is aan de trekker onmiddellijk een som geld ter hand te stellen. Aldus wordt geen beschikbaar fonds gevormd door de afgifte aan de bank van handelspapieren ten verkoop, met opdracht de prijs op het credit van de rekening te brengen (Parijs, 21 november 1936, *Gaz. Pal.*, 1937, 1, 188). Evenmin volstaat een conditionele of niet vaststaande schuldvordering, bv. in geval van een kaskrediet dat is onderworpen aan een opschortende voorwaarde die niet is vervuld op het ogenblik van de uitgifte (Antwerpen, 3 maart 1976, *Pas.*, 1977, II, 30), ongeacht of zij gerealiseerd wordt vóór de aanbidding van de cheque (Simont, L., en Bruyneel, A., «Chronique de droit bancaire», *l.c.*, 692).

3. Ten deze was de vraag aan de orde in welke mate een beschikbaar fonds gevormd kan worden door de afgifte van wissels aan de bank. De afgifte met een verzoek tot

discontering biedt geen enkele garantie: de bankier is vrij de discontering te weigeren of ze te aanvaarden onder voorbehoud van een gunstig resultaat van een onderzoek naar de solvabiliteit van de betrokkene. De uitgifte van een cheque op het ogenblik van de afgifte is bijgevolg een cheque zonder dekking (Cass. fr., 30 maart 1960, *J.C.P.*, 1960, IV, 73; Corr. Lille, 5 mei 1950, *Gaz. Pal.*, 1950, 2, 55, noot Bouzat).

Een wissel kan tevens aan de bank worden overhandigd ter incassering. Daar niet bekend is of de wissel zal worden betaald, heeft de cliënt op het ogenblik van de overmaking slechts een eventuele schuldvordering. Hij is slechts schuld-eiser ingeval de wissel wordt geïnd. Deze eventuele schuld-vordering komt in de rekening wanneer ze zeker wordt, dus na het incasseren van het handelspapier. De uitgifte van een cheque op het ogenblik van de afgifte is bijgevolg eveneens een cheque zonder dekking (Merle, R. en Vitu, A., *Traité de droit criminel; droit pénal spécial*, I, nr. 717; Montpellier, 18 januari 1936, *Gaz. Pal.*, 1936, I, 587; Corr. Seine, 14 mei 1929, *Gaz. Pal.*, 1929, 2, 82).

Het is evenwel mogelijk dat de bankier «rechtstreeks krediet» op de wissel verleent aan zijn cliënt. Het bedrag wordt in dat geval onmiddellijk op het credit van de rekening gebracht onder voorbehoud echter van inning. Dit kan worden vermeld op het creditbericht, doch aangenomen wordt dat het voorbehoud ook geldt bij afwezigheid van uitdrukkelijk beding. Deze reserve betekent m.a.w. dat de cliënt slechts wordt gecrediteerd op voorwaarde dat de wissel op de vervaldag wordt betaald. Gebeurt dit niet, dan heeft de bankier het recht om het bedrag van de wissel tegen te boeken («contrepassation»). Ook in deze situatie blijft een element van onzekerheid bestaan. De cliënt dient rekening te houden met de mogelijkheid van een tegenboeking en kan bijgevolg geen aanspraak maken op een vaststaande schuldvordering (Pageaud, A., «Les notions de bonne foi et de provision et le délit d'émission de chèques sans provision», *J.C.P.*, 1951, I, 920, nr. 10; vgl. Cass. fr., 21 februari 1929, *D.P.*, 1930, 1, 23, noot A.C.)

De toestand ligt echter anders wanneer de discontering door de bank effectief wordt aanvaard. De wisselbrief wordt in zo'n geval aan de bank overgedragen tegen dadelijke betaling of boeking in credit van zijn rekening van het bedrag van de wisselbrief, verminderd met het disconto en een commissieloon (Ronse, J., *Wisselbrief en orderbriefje*, A.P.R., 1972, nr. 54; Van Gerven, W., *Handels- en economisch recht*, I, *Ondernemingsrecht*, 1975, 488). De bank wordt eigenaar van de wisselbrief en verbindt zich tegenover de cliënt hem onmiddellijk het bedrag van de wissel over te maken. De cliënt beschikt bijgevolg vanaf de aanvaarding over een opeisbare schuldvordering en kan derhalve cheques uitschrijven ten belope van het bedrag van de verdisconteerde wissels (Merle, R. en Vitu, A., *o.c.*, nr. 717; Derrida, «Ouverture de crédit et cheques sans provision», *D.*, 1960, Chron., 22, nr. 10; Pageaud, A., «Les notions de bonne foi et le provision et le délit d'omission de cheques sans provision», *l.c.*, nr. 8; Van Ryn, J., en Heenen, J., *o.c.*, nr. 527).

4. De strenge houding van de Belgische rechtspraak inzake cheques zonder dekking is bekend. Zij biedt nochtans het voordeel van een duidelijke stellingname die niet door de soms onstandvastige en wisselende gebruiken en geplo-

genheden van de praktijk aan het wankelen kan worden gebracht.

Terwijl in bepaalde gevallen de vereisten van een consequent strafbeleid een beroep noodzaakten op wat de autonomie van het strafrecht wordt genoemd (zie Cass., 19 januari 1976, *R.W.*, 1976-77, 425, noot Vandeplas en Dewilde, over de geldigheidsvoorwaarden van de cheque), volstond het hier de regels van het handelsrecht toe te passen.

De klare lijn van de rechtspraak is een aanzet voor de banken en hun cliënten om de precieze draagwijdte van hun verbintenissen te bepalen. De rekeninghouder wordt aange-maand de staat van zijn financies op de voet te volgen ter-wijl aan de banken de wenk wordt gegeven duidelijkheid te scheppen in de soms vage grensgebieden tussen occasionele faciliteiten, langdurige gebruiken en stilzwijgende overeenkomsten.

Raf Verstraeten
Assistent K.U.L.

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE MECHELEN

1e KAMER — 22 MEI 1985

Voorzitter: de h. De Nijs

Advocaten: mrs. Kuhn loco Moors en Lauwers

Kansspelen — Huur van speelautomaten.

De huurovereenkomst van een speelautomaat «Bingo» heeft geen ongeoorloofd voorwerp nu dit spel een zekere behendigheid vereist, de inzetten bescheiden blijven en dit toestel bovendien is opgenomen in de lijst der toegelaten speelautomaten (K.B. 13 januari 1975).

B. t/ H.

Overwegende dat het beroep van B. (Vred. Lier, 10 november 1984) gebaseerd is op volgende elementen: dat het huurcontract strijdig is met de openbare orde en de goede zeden als gebaseerd op de artikelen 1131, 1133 en 1965 van het B.W. zodat het absoluut nietig is en geen gevolg kan hebben terwijl ook de uitvoering ervan niet het voorwerp kan uitmaken van een rechtsvordering;

dat appellant B. nooit een origineel van de overeenkomst heeft ontvangen en evenmin meer dan één exemplaar heeft ondertekend; dat de formaliteiten van art. 1325 B.W. omtrent de ondertekening van twee exemplaren in origineel niet werden nageleefd; dat uiteindelijk appellant beweert dat er geen schade is;

(...)

Overwegende dat ten aanzien van de juridische elementen ontwikkeld door appellant dient te worden gezegd dat vorderingen betreffende toegelaten spelen toelaatbaar worden verklaard als het spel is toegestaan;

dat het ter zake gaat om Bingo-apparaten die trekbiljarten zijn en niet automatisch kunnen worden ondergebracht bij de verboden kansspelen;

dat er in verband met de exploitatie van de kansspelen uitzonderingen bestaan, namelijk: 1. spelen waarmee de

behendigheid en de geoefendheid van het lichaam zijn gemeoid voor zover de ingezette bedragen laag zijn (art. 1966 B.W.); 2. spelen die slechts ontspanning geven en waar onbeduidende geldbedragen mee gemeoid zijn;

Overwegende dat het Bingo-apparaat als trekbiljart een zekere behendigheid vereist en de bedragen waarmee kan worden gespeeld inderdaad niet als belangrijk kunnen worden beschouwd; dat het koninklijk besluit van 13 januari 1975 een lijst heeft uitgevaardigd van speelautomaten waarvan de exploitatie is toegelaten; dat in deze lijst ook het Bingo-apparaat voorkomt dat ter zake het voorwerp uitmaakt van de betwisting; dat in principe op gevaar onzekerheid en onbillijke oplossingen te scheppen, in een commerciële activiteit de exploitatie van speelautomaten niet strijdig zou kunnen zijn met de openbare orde en goede zeden, als zij nominatief vermeld zijn door de wetgever of bewezen is dat zij dienen te worden gerangschikt bij de lijst van de verboden apparaten (Luik, 14 dec. 1984, *Jurisprudence de Liège*, 1984, 637); dat niet bewezen is dat het Bingo-apparaat een verboden kansspel is; dat het trouwens voorkomt in de lijst van de toegelaten spelen terwijl er bovendien door de Staat bepaalde taksen op worden geheven die toelaten dat gezegd worden dat de wetgever het litigieuze apparaat niet als een verboden kansspel heeft willen beschouwen; dat derhalve het argument als zou de exploitatie van de Bingo-apparaten strijdig zijn met de openbare orde en de goede zeden, en de overeenkomst betreffende die exploitatie door nietigheid zijn aangetast, niet kunnen worden aanvaard, daar zulks wegens de elementen hierboven aangehaald, een rechtsonzekerheid zou creëren;

Overwegende dat het huurcontract omtrent de apparaten Bingo, dat werd opgesteld met het oog op een gedeelte opbrengst, de vermelding draagt: «Aldus opgemaakt te Mechelen op 10 december 1982 in twee exemplaren. Iedere partij erkent een exemplaar ontvangen te hebben», en dit contract door beide partijen werd ondertekend; dat appellant derhalve niet kan worden gevolgd in zijn argument dat deze overeenkomst nietig zou zijn op grond van artikel 1325 B.W., te meer daar er ter zake geen belang is van laatstgenoemde;

Overwegende dat, wat betreft de schade, de overeenkomst uitdrukkelijk bepaalt: «Zo de huurder de onderhavige overeenkomst niet nakomt is hij de verhuurder van rechtswege een som van vijftig duizend frank verschuldigd als forfaitaire onverminderbare en niet te bewijzen schadevergoeding in de zin van art. 1152 B.W.»; dat deze schade derhalve conventioneel werd vastgesteld en geen aanleiding meer kan geven tot betwisting;

Overwegende dat derhalve evenmin dit argument relevant is ter zake;

(...)

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (1e Kamer), 14 september 1984

Burgerlijke rechtspleging — Bewijs — Deskundigenonderzoek — Aanstelling van de technische raadsman van een partij — Wraking — Bewijswaarde van het technisch advies.

De Rechtbank van Koophandel te Mechelen vernietigde op 26 mei 1982 een vonnis van de vrederechter die een deskundige benoemde die reeds voor één van de partijen in dezelfde zaak een verslag had opgesteld. Niettemin kende de rechtbank aan dit verslag bewijswaarde toe.

De cassatievoorziening wordt als volgt verworpen:

«Overwegende dat de omstandigheid dat een technisch advies is verstrekt op verzoek van slechts één partij, niet wegneemt dat het daartoe verrichte onderzoek, de gedane vaststellingen en het uitgebrachte advies bestaande feiten zijn, waarin de rechter, als ze door een partij in het geding zijn gebracht en het bewijs door vermoedens is toegelaten, door een in cassatie onaantastbare beoordeling vermoedens kan vinden als bedoeld in artikel 1349 van het Burgerlijk Wetboek, welke bewijs kunnen opleveren onder de voorwaarden van artikel 1353 van hetzelfde wetboek; dat artikel 25 van het Wetboek van Koophandel daaraan niet in de weg staat;

«Overwegende dat, indien al kan worden aangenomen dat de artikelen 828, 8°, 841 en 966 van het Gerechtelijk Wetboek hun grondslag vinden in een vermoeden van partijdigheid, dit vermoeden slechts een door de rechter te bevelen deskundigenonderzoek betreft; dat die artikelen evenwel geen vermoeden inhouden ten aanzien van de bewijswaarde van een advies uitgebracht door een technisch raadsman die op verzoek van een partij als buitengerechtelijk 'deskundige' optreedt en wiens objectiviteit door de rechter op onaantastbare wijze in feite wordt beoordeeld;

«Dat de rechters ten deze, door eensdeels de benoeming van Frans C. als deskundige op grond van het reeds door hem aan de verweerders verstrekte advies te vernietigen, anderdeels aan het door deze als technisch raadsman van de verweerders uitgebrachte verslag bewijswaarde toe te kennen op grond van de feitelijke omstandigheden die zij vermelden, en ten slotte een nieuw deskundigenverslag als overbodig te ontzeggen, de regels betreffende de wraking, besloten in de wetsartikelen vermeld in het onderdeel, niet schenden.»

(Voorzitter: de h. Janssens — Raadsheer-rapporteur: de h. Caenepeel — Advocaat: mr. Houtekier — In de zaak: P.V.B.A. G. t/ De B. en O.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 20 september 1984

Burgerlijke rechtspleging — Rechterlijke organisatie — Be-rechting van de zaak — Samenstelling van de rechtbank na vonnis alvorens recht te doen.

De Rechtbank van Eerste Aanleg te Luik beval op 24 februari 1983 een plaatsopneming. Het eindvonnis van 6 juni 1983 werd niet door dezelfde rechters gewezen. Het middel daartegen, afgeleid uit de schending van art. 779, eerste lid, Ger. W., wordt als volgt verworpen:

«Overwegende dat in de regel artikel 779, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek niet vereist dat een vonnis dat in een zelfde zaak wordt gewezen na een vonnis alvorens recht te doen, wordt gewezen door dezelfde rechters die ook zitting hebben gehouden tijdens de debatten die aan het vonnis alvorens recht te doen zijn voorafgegaan, of de uitspraak van dat vonnis hebben bijgewoond.»

(Voorzitter : de h. Mahillon — Raadsheer-rapporteur : de h. Kreit — Advocaat-generaal : de h. Ballet — Advocaat : mr. Dassel — In de zaak : D. t/ C.)

NOOT—Zie Verhaegen, L., *Commentaar Gerechtelijk Recht*, art. 779, nr. 8.

Hof van Cassatie (1e Kamer), 5 oktober 1984

Burgerlijke rechtspleging — Taak van de rechter — Beschikkingsbeginsel — Grenzen van het burgerlijk geschil.

«Overwegende dat uit het arrest blijkt dat verweerster tegen eiseres een vordering tot staking van de verkoop van koffie in een bepaalde verpakking heeft ingesteld op grond dat eiseres bij het publiek verwarring sticht door koffie te verkopen in verpakkingen die naar afmetingen, kleur en kleurschikking, het gebruikte lettertype en de erop aangebrachte tekening een opvallende gelijkenis vertonen met de door verweerster verkochte koffie; dat de eerste rechter de vordering niet toelaatbaar heeft geacht op grond van artikel 56 van de wet betreffende de handelspraktijken;

«Overwegende dat verweerster, met betrekking tot de toelaatbaarheid van de vordering, in haar conclusie in hoger beroep verklaarde dat zij het met de eerste rechter eens was dat er geen bescherming was, noch krachtens artikel 13 van de Benelux Merkenwet, noch krachtens artikel 54 van de wet betreffende de handelspraktijken, voor een teken dat deponerbaar is, maar niet is gedeponeerd, en dat er bescherming is, krachtens artikel 54 van de wet betreffende de handelspraktijken, voor een teken dat niet deponerbaar is; dat verweerster uiteenzette dat de enige vraag die in dat verband moest worden opgelost, was of de verpakkingen beantwoordden aan de geldigheidsvoorwaarden voor het deponeren van een merk; dat zij dienaangaande inzonderheid aanvoerde dat de kleuren banaal zijn;

«Dat eiseres in haar conclusie stelde dat kleuren voor depot in aanmerking kwamen en dat, wanneer niet daartoe wordt overgegaan, noch de bescherming van de Benelux Merkenwet, noch de bescherming van de wet betreffende de handelspraktijken kan worden ingeroepen;

«Dat daaruit volgt dat beide partijen als basis voor hun betwisting betreffende de toelaatbaarheid van de vordering aannamen dat een teken dat als merk kan worden gedeponeerd, maar dat niet is gedeponeerd, niet krachtens de wet betreffende de handelspraktijken kan worden beschermd;

«Overwegende dat het arrest beslist dat 'de eerste rechter ten onrechte aanneemt dat, ook al werd een merk niet gedeponeerd, artikel 56 W.H.P. moet worden toegepast' en dat 'het bijgevolg nutteloos is te onderzoeken of de verpakking van de door (eiseres) verkochte koffie in haar geheel, kleurencombinatie inclus, al dan niet voor depot in aanmerking komt';

«Dat het arrest aldus een niet met de openbare orde strijdige betwisting opwerpt die door de conclusies van de partijen uitgesloten was, en zodoende het algemeen rechtsbeginsel dat de partijen de grenzen van het burgerlijk geschil bepalen, miskent»

(Voorzitter : de h. Soetaert — Raadsheer-rapporteur : de h. Caenepeel — Advocaat-generaal : de h. Tillekaerts — Advocaat : mr. De Gryse — In de zaak : F. t/ D.)

NOOT—Het belang van het arrest ligt in de erkenning door het Hof van Cassatie van een «algemeen rechtsbeginsel» krachtens hetwelk «de partijen de grenzen van het burgerlijk geschil bepalen». De rechter die een niet met de openbare orde strijdige betwisting opwerpt die door de conclusies van de partijen was uitgesloten, miskent dit algemeen rechtsbeginsel. Zie in dit verband vooral Krings, E., «Het ambt van de rechter bij de leiding van het rechtsgeding», *R.W.*, 1983-84; 337 e.v. en i.h.b. de overwegingen gewijd aan het zgn. «beschikkingsbeginsel» («le principe dispositif»).

Hof van Cassatie (1e Kamer), 18 oktober 1984

Onrechtmatige overheidsdaad — Verkeer op de openbare wegen — Veiligheidsverplichting van de openbare overheid — Abnormaal verkeersgevaar — Onzichtbare, op zichzelf ongevaarlijke knik in de weg, verborgen onder slijkwater.

Op de volgende gronden wordt de voorziening tegen een arrest van het Hof van Beroep te Luik van 17 februari 1983 verworpen :

«Overwegende dat het arrest erop wijst 'dat de bewuste knik noch uitzonderlijk noch werkelijk gevaarlijk was en de rijbaan niet voor normaal gebruik ongeschikt maakte, op voorwaarde dat hij kon worden opgemerkt' en 'dat ten deze de knik zoals hij door de verbalisanten en de gerechtelijke deskundige is beschreven het ongeval heeft veroorzaakt omdat hij onder slijkwater was verborgen en daardoor de vrachtwagenbestuurder heeft verrast die zijn voertuig niet onder controle kon houden';

«Overwegende dat het arrest uit die vaststellingen en uit de overweging dat de knik, die op zichzelf niet gevaarlijk was, niet zichtbaar was en de bestuurder heeft verrast omdat hij met slijkwater was bedekt, wettig heeft kunnen afleiden dat er een abnormaal gevaar bestond dat het gewettigd vertrouwen van de bestuurders heeft beschaamd en dat de openbare overheden door aangepaste maatregelen hadden moeten ondervangen.»

(Voorzitter : de h. Mahillon — Raadsheer-rapporteur : de h. Rappe — Advocaat-generaal : de h. Piret — Advocaten : mrs. De Bruyn en Van Ommeslaghe — In de zaak : Belgische Staat t/ R. e.a.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 16 november 1984

Burgerlijke rechtspleging — Beslag inzake namaak — Beslagrechter — Nadeel aan de zaak zelf.

In een procedure van beschrijvend beslag inzake namaak sprak het Hof van Beroep te Antwerpen zich in het bestreden arrest van 12 januari 1983 uit over het duidelijk kunstzinnig karakter van de litigieuze tekeningen. De cassatievoorziening wordt als volgt verworpen :

«Overwegende dat de beslagrechter, bij beschikking van 13 oktober 1982, eensdeels verweerder de toelating gaf over te gaan tot de beschrijving van de tekeningen voorkomende op de door eiseres te koop aangeboden pullovers, daartoe een deskundige aanwees, eiseres verbood de van namaak verdachte goederen uit handen te geven en haar zaakvoerder, eiser, tot bewaarder ervan aanwees, en anderdeels verweerder de verplichting oplegde een som van 50.000 frank in consignatie te geven; dat de beslagrechter, op het verzet van de eisers, op 28 oktober 1982 de beschikking van 13 oktober 1982 introk in zoverre deze eiseres verbod oplegde de goederen uit handen te geven en eiser tot bewaarder aanwees;

«Overwegende dat de beslagrechter, verzocht om toelating te verlenen tot het leggen van een beslag inzake namaak met toepassing van de artikelen 1481 en volgende van het Gerechtelijk Wetboek, bevoegd en verplicht is na te gaan of, op het eerste gezicht — en onverminderd de vordering omtrent de zaak zelf, welke vordering binnen de termijn van artikel 1488 van hetzelfde wetboek moet worden ingesteld — het intellectueel recht, de feiten en zo nodig de stukken, waarop de verzoeker zich beroept, van die aard zijn dat zij het verlangde beslag tot bewaring van het aangevoerde recht naar redelijkheid verantwoorden;

«Overwegende dat het arrest het verzet van de eisers tegen de beschikking van 13 oktober 1982 ongegrond verklaart en de inhoud van die beschikking geheel bekrachtigt, na onder meer te hebben vastgesteld dat de door verweerder ontworpen tekeningen op het eerste gezicht een duidelijk kunstzinnig karakter vertonen en dat opvalt dat eiseres in de door haar te koop aangeboden pullovers, inzake gebruikte steek, patroon en kleurencombinaties, meer aan de ontwerpen van verweerder ontleende dan zij zelf inbracht;

«Dat de rechters zodoende geen uitspraak doen over het bodemgeschil betreffende de kunstzinnigheid van verweerder ontwerpen en de eventuele namaak ervan door eiseres; dat zij derhalve geen nadeel toebrengen aan de zaak zelf en de in het middel aangewezen wetsbepalingen niet schenden; dat het arrest mitsdien evenmin de aangevoerde tegenstrijdigheid bevat.»

(Voorzitter: de h. Janssens — Raadsheer-rapporteur: de h. Rauws — Advocaat-generaal: de h. Declercq — Advocaten: mrs. De Gryse en Delahaye — In de zaak: P.V.B.A. F. t/ R.)

REACTIES

De scheepsvlag: gebiedsafbakening of nationaliteitssymbool?

In de rubriek «Kanttekeningen» van het *Rechtskundig Weekblad* van 21 september 1985 (200-202) onder de titel «Taalgebruik in het Zeerecht» betoogt de heer I. De Weerd dat een zeeschip dat de Belgische nationaliteit heeft verkregen door het vervullen van de voorwaarden bepaald door de wet van 2 april 1965 beschouwd wordt als deel uitmakend van het gebied van het land waarvan het de vlag

voert. Als corollarium stelt hij dat de wetten op het taalgebied in bestuurszaken aan boord van Belgische zeeschepen dienen te worden nageleefd. De stelling betreffende het taalgebruik is ten enenmale juist. Voor het standpunt dat een koopvaardijship beschouwd dient te worden als deel van het territorium van de vlaggestaat dient evenwel voorbehoud gemaakt te worden.

1. Allereerst dient te worden opgemerkt dat de wet van 2 april 1965 de vraag of een koopvaardijship onder Belgische vlag al dan niet, rechtstreeks of bij gelijkstelling of fictie, deel uitmaakt van het Belgisch grondgebied niet aanraakt laat staan oplost. Deze wet heeft uitsluitend betrekking op de nationaliteit van zeeschepen en de teboekstelling van zee- en binnenschepen.

Tussen de vlaggestaat en het schip moet er een wezenlijke band bestaan: in het bijzonder dient de staat op administratief, technisch en sociaal gebied zijn rechtsmacht op doeltreffende wijze uit te oefenen. De toepassing van de Belgische of Vlaamse wetgeving op het taalgebruik vloeit niet voort uit de nationaliteit van het koopvaardijship en eventueel evenmin uit de territorialiteit ervan, maar is geconditioneerd door de thuishaven, die zoals door de heer I. De Weerd gesteld, als exploitatiezetel moet beschouwd worden. (Voor het taalgebruik inzake sociale betrekkingen aan boord van een koopvaardijship, cf. Libert H., «Arbeidsovereenkomst voor zeelieden», in *Arbeidsrecht*, Blanpain R. (red.), Brussel, C.A.D., 1985, nrs. 63 e.v.)

2. Op de tweede plaats dient, ter beantwoording van de vraag of een koopvaardijship onder Belgische vlag als Belgisch grondgebied beschouwd moet worden, de volkenrechtelijke positie van het koopvaardijship onderzocht te worden. Traditioneel wordt geponeerd dat, buiten de door het volkenrecht geregelde bijzondere gevallen, schepen op de volle zee enkel onderworpen zijn aan de rechtsmacht van de vlaggestaat (Somers E., *Inleiding tot het Internationaal Zeerecht*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1984, nr. 142). Dit beginsel werd trouwens opgenomen in art. 6 van het Verdrag betreffende de Volle Zee door de wet van 29 april 1958 goedgekeurd van 29 juli 1971 (*B.S.*, 2 februari 1972).

Hieruit besluiten dat een koopvaardijship tot het grondgebied van de vlaggestaat behoort zou blijken geven van een verregaande Hineininterpretierung. In de rechtsleer wordt deze gevolgtrekking trouwens duidelijk als overtrokken afgewezen. «It has been contended that ships are floating portions of the nation to which they belong and that they are therefore a continuation or prolongation of its territory. This doctrine is based on a fiction or metaphor» (Colombos, C.J., *The International Law of the sea*, Londen, Longman, 1967, nr. 303). De begrippen grondgebied en rechtsmacht worden, wat een koopvaardijship betreft, inderdaad wat al te geredelijk verward. Dat deze terminologieverwarring makkelijk aanleiding geeft tot onjuiste juridische conclusies is een gevolgtrekking die voor de hand ligt (M.C. Dougal, M.S. en Burke, W.T., *The Public Order of the Oceans. A contemporary International Law of the Sea*, New Haven, Yale University Press, 1962, 1092 e.v.). In de beruchte Achille Lauro-zaak steunde de Italiaanse regering trouwens, althans volgens de media van 11 oktober 1985, op het begrip rechtsmacht om haar eis de kapers te berechten staande te houden.

De opvatting dat een koopvaardijship tot het grondge-

bied van de vlaggestaat behoort, kreeg evenwel een flinke oppepper van de internationale rechtspraak. De aanvaring tussen het Franse koopvaardijship Lotus en het Turkse koopvaardijship Boz-kourt op 2 augustus 1926 in de nabijheid van Mytilene maar buiten de Turkse territoriale wateren ten gevolge waarvan opvarenden van het Turkse schip het leven verloren, gaf aanleiding tot de in het zeerecht als cause célèbre bekende Lotus-zaak. In een arrest van 7 september 1927 stelde het Permanente Hof van Internationale Justitie (*Publications de la Cour permanente de justice internationale*, 1927, Série A, nr. 10, Recueil des arrêts — Affaire du Lotus, 25): «Le principe de la liberté de la mer a pour conséquence que le navire en haute mer est assimilé au territoire de l'Etat dont il porte le pavillon, car, comme dans le territoire, cet Etat y fait valoir son autorité, et aucun autre Etat ne peut y exercer la sienne. (...) Il s'ensuit que ce qui se passe à bord d'un navire en haute mer doit être regardé comme s'étant passé dans le territoire de l'Etat dont le navire porte le pavillon». Dit arrest werd evenwel op kritiek onthaald (Colombos, C.J., o.c., nr. 325; Van Bogaert, E., «Rechtsconflicten in verband met aanvaringen op zee», *R.W.*, 1976-77, (513), 522). In zijn dissenting opinion zei een van de rechters, Lord Finlay: «This view appears to be based on a misconception of the proposition that a ship on the high seas may be regarded as part of the territory of the country whose flag she flies. ... A ship is a movable chattel, it is not a place; when on a voyage it shifts its place from day to day and from hour to hour, and when in dock it is a chattel which happens at the time to be in a particular place. The jurisdiction over crimes committed on a ship at sea is not of a territorial nature at all» (*Publications de la Cour permanente de justice internationale*, 1927, Série A, nr. 10, Recueil des arrêts - affaire du Lotus, 53). Op zijn zachtst uitgedrukt kan gesteld worden dat «l'affaire du Lotus n'a pas mis fin aux controverses» (Donnedieu de Vabres, H., «Note sur l'arrêt du Lotus», *Revue de droit international*, 1928, (377), 380). Bijna als anticlimax in de ontwikkeling van de internationale rechtspraak zette het arrest *Chung chi Cheung v. The King* van de Privy Council, 1939, aangehaald door Colombos, C.J., o.c., nrs. 288, 305 en 928, zelfs de territorialiteit van een oorlogsschip op de helling door te bevestigen dat de vlaggestaat kan afzien van de rechtsmacht in het voordeel van de kuststaat. In elk geval staat thans, wat de volle zee betreft, de immuniteit van het oorlogsschip buiten twijfel (art. 8.1 van het desbetreffende verdrag van 29 april 1958; Van Bogaert, E.R.C., *Beginnselen van het volkenrecht*, Antwerpen, Standaard, 1964, nr. 214).

Stellen dat een koopvaardijship grondgebied is van zijn vlaggestaat zou leiden tot vreemde paradoxen en tot conclusies die in strijd zijn met algemeen gangbare opvattingen van publiekrecht, inzonderheid het volkenrecht. Zo zou de toepassing van art. 19 van het Verdrag van 29 april 1958 inzake de territoriale zee en de aanpalende zone goedgekeurd bij de wet van 29 juli 1971 (*B.S.*, 2 februari 1972) gedeeltelijk onmogelijk worden. De kuststaat behoudt in elk geval het recht arrestaties of onderzoeksmaatregelen uit te voeren aan boord van vreemde schepen die, van de binnenwateren komende, zich in de territoriale zee bevinden (art. 9.2). Volgens art. 19.1 kan de kuststaat zijn strafrechtelijke bevoegdheid aan boord van een vreemd schip dat zich in zijn territoriale wateren bevindt (slechts) uitoefenen

in wel bepaalde gevallen (gevolgen van het misdrijf aan boord strekken zich uit tot grondgebied van de kuststaat, ordeverstoring op het grondgebied van de kuststaat of territoriale zee, verzoek om hulp vanwege kapitein of consul, bestrijding van handel in verdovende middelen).

Deze (beperkte) bevoegdheid van de kuststaat, die zou vervallen als de regel van de territorialiteit van het vreemde koopvaardijship aangenomen zou worden, vindt haar oorsprong in een advies van de Franse Raad van State van 28 oktober 1806 (Haus, J.W., *Principes généraux du droit pénal*, Gent, Hoste, 1879, nr. 217; Vanhoudt C.J. en Callewaert, W., *Belgisch Strafrecht*, Deel I, Gent, Story-Sciencia, 1968, nr. 423).

Voorts zou het in art. 23 van het Verdrag betreffende de volle zee bevestigde recht van hot pursuit (achtervolgving van vreemd schip door oorlogsschip van kuststaat bij ernstig vermoeden van overtreding van de wetten en reglementen van de kuststaat) ondenkbaar zijn als het koopvaardijship zou worden beschouwd als een (beweeglijk) deel van het grondgebied van zijn vlaggestaat.

Uiteindelijk zou een dergelijke stelling leiden tot de afschaffing van het in oorlogstijd algemeen erkende recht van «visit and search» op de volle zee (Colombos C.J., o.c., nr. 307 en nrs. 864 e.v.).

Als conclusie van deze uiteraard beknopte overwegingen kan gesteld worden:

1. Het koopvaardijship kan als een verplaatsbare zaak, een roerend goed beschouwd worden en wordt beheerst door bijzondere wetten.

2. Het koopvaardijship is evenwel niet te beschouwen als een deel van het grondgebied van zijn vlaggestaat.

3. Op de volle zee ontsnapt het koopvaardijship aan elk toezicht of elke rechtsmacht uitgaande van een andere overheid dan deze van zijn vlaggestaat.

Hubert Libert

BOEKEN

Koenraad LENAERTS, *Constitutie en Rechter*, Kluwer rechtswetenschappen, Antwerpen, 1983, 610 blz. (Reeks proefschriften en verhandelingen van het Interuniversitair Centrum voor Staatsrecht v.z.w., nr. IX).

Deze monografie is het meervoudig bekroonde (Koninklijke Academie, Fernand Collin prijs) proefschrift van Koenraad Lenaerts, verdedigd aan de K.U.-Leuven. De waardering die Jan De Meyer, promotor van het proefschrift, voor het werk uitspreekt, werd dan ook reeds door anderen — en bij vergelijking — gedeeld: «Zijn voortreffelijk werk verdient een ereplaats in de juridische literatuur. Voor allen die recht te spreken hebben en ook voor allen die op enige wijze bij het spreken van recht betrokken zijn moge het een bron wezen van inzicht en inspiratie.»

In deze monografie wordt de rechtspraak van het Supreme Court van de Verenigde Staten, van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen en van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens opnieuw en indringend ontleed en vergeleken. Het sleutelbegrip dat wordt gehanteerd heet: machtsbegrenzing. Vanuit dit oogpunt worden de klassieke arresten (de mijlpalen) van de aanvang tot op heden opnieuw op de ontleedtafel gelegd met grote scherpzinnigheid, met een verfrissende «verwondering».

De volgorde van de bewoordingen van de titel: constitutie en rechter, werd wellicht beter omgekeerd. Immers, de uitgangspunten van het onderzoek zijn niet de constituties als zodanig, doch de opvatting die de hoogste rechtscolleges huldigen over hun taak, op grond van en — belangwekkender nog — «in het licht van» deze constituties, en meer in het bijzonder de taken die zij daarin hebben onderkend om macht (van anderen) te beperken. In deze taakvervulling onderscheidt de auteur drie types van machtsbegrenzing: afbakening van bevoegdheid tussen machten op hetzelfde niveau, handhaving van hogere normen t.a.v. het normatief, bestuurlijk of gerechtelijk optreden van «machten» op verschillende niveaus en bescherming van de vrijheidssfeer van de persoon tegen elke vorm van onrechtmatige machtsuitoefening. Machtsbegrenzing is als sleutelwoord een juiste keuze, omdat het een dubbele betekenis heeft. Die dubbele betekenis heeft de auteur wel gezien, doch nergens geëxpliciteerd. Begrenzing betekent enerzijds afbakening van grootheden in hun onderlinge verhouding en ook beperking. T.a.v. de «gestelde machten» betekent het beperking van macht in hun verhouding tot de burger en vooral afbakening van macht in hun onderlinge verhoudingen. In deze laatste verhouding — en dit blijkt duidelijk uit dit onderzoek — heeft beperking voor de ene, vaak aanwas van macht voor de andere tot gevolg en dan blijkt dat het sleutelwoord eerder «integratie» zou kunnen luiden in wat de auteur de «verticale» verhouding tussen machten noemt.

Wetenschappelijk is het een blijvende verdienste van dit werk, dat «constituties» van zeer uiteenlopende aard en de rechtspraak die erop werd geënt, met elkaar worden vergeleken: de Grondwet van een federale staat, verdragen die regels en doelstellingen formuleren voor een economische gemeenschap en deze toevertrouwen aan supranationale instellingen, een lijst van grondrechten vastgelegd in een verdrag en waarvan de naleving in hoogste instantie wordt beoordeeld door een internationale rechtsmacht. Het is opvallend hoe groot de gelijkenissen zijn tussen de wijze waarop deze hoogste rechtscolleges hun taak hebben opgevat m.b.t. de handhaving, de ontwikkeling en de actualisering van hun respectieve «constituties». De zorgvuldige ontleding van de onderzochte rechtspraak leidt de auteur tot deze conclusie. Hij is er ook gelukkig mee en hij slaakt in zijn besluit een gerechtvaardigde zucht van verlichting, dat de omvangrijke oefening niet tevergeefs is geweest; vergelijking als methode van onderzoek leidde ook tot vergelijkbaarheid: «Ondanks belangrijke verschilpunten is de wordingsgeschiedenis van de Amerikaanse en de Europese rechtsorde in een vergelijkende studie van de functies vervuld door hun respectieve hoogste rechtscolleges haalbaar gebleken» (blz. 565).

Het onderwerp van dit proefschrift is ook niet zonder belang voor de staatsontwikkelingen in België. De discussie over de «verticale(?) verhouding» tussen de Staat en de gemeenschappen en de gewesten is niet afgerond. Veelvuldige en omvangrijke opdrachten van de wetgevende aan de uitvoerende macht stellen het evenwicht tussen deze machten op de proef en de discussie over toetsing van de wet aan de Grondwet wordt hoofdzakelijk gevoerd met het probleem van rechterlijke toetsing aan Grondwettelijk gewaarborgde vrijheden in het achterhoofd. Over deze problemen in België spreekt de auteur zich niet uit in dit werk. Wetenschappelijk zouden deze extrapolaties op basis van het onderzochte materiaal ook geen bewijsvoering toelaten in de éne of de andere zin. Het is nochtans zeer leerrijk op een zo intelligente wijze herinnerd te worden aan «grote voorbeelden», zonder dat daarom staatsrechtelijk een determinisme hoeft te worden aanvaard.

K. Rimanque

BALIELEVEN

Orde van Advocaten te Brugge — Erratum

In de gepubliceerde samenstelling van de raad der orde (nr. 7, 19 oktober 1985) is bij vergissing de naam van mr. Guido Dhoest weggefallen en mr. D. Vandelacluze in zijn plaats als penningmeester vermeld. De lezer gelieve te verbeteren.

MEDEDELINGEN

Studiedag Kort geding, Antwerpen, 11 oktober 1985

Op 11 oktober 1985 had, onder leiding van prof. M. Storme, de jaarlijkse studiedag van het Interuniversitair Centrum voor Gerechtelijk Recht plaats.

1. In de voormiddag werd van gedachten gewisseld over (algemene) actuele problemen van het kort geding. De deelnemers beschikten daarvoor over een preadvies van de professoren G. de Leval (Luik) en J. van Compennolle (UCL). («L'évolution du référé: mutation ou renouveau?», *J.T.*, 1985, 517-525.)

Een eerste aspect betrof de urgentie. Er bleek een vrij ruime consensus te bestaan rond de opvatting dat de urgentie niet nader door de wetgever bepaald dient te worden, en aan het «beleid van de rechter in kort geding» moet worden overgelaten. Aldus zou die rechter rekening kunnen houden met bv. de omvang van de achterstand bij het gerecht, en zijn beoordeling van de urgentie daarop afstemmen.

Geen eensgezindheid was er omtrent de vraag of de urgentie als een toelaatbaarheidsvereiste dan wel als een bevoegdheidsvereiste moet worden behandeld. Zelfs de preadviseurs waren het op dit punt onderling oneens (zie *J.T.*, 1985, p. 519, voetnoot 24). Toen er onder de deelnemers een stemming gehouden werd, bleek een vrij duidelijke meerderheid te opteren voor de kwalificatie als toelaatbaarheidsvereiste, niet in het minst ter vermijding van de mogelijke toepassing van art. 88, § 2, Ger. W.

De bespreking van de cassatierechtspraak inzake de uitspraak bij voorraad maakte duidelijk dat het kort geding in een stroomversnelling geraakt is, dat de voorzitters steeds complexere zaken te beoordelen krijgen en dat zij daarbij steeds dieper doordringen in de grond van de zaak. Het gevolg hiervan is dat het frequent voorkomt dat het geschil beëindigd wordt door de beschikking in kort geding, zonder verdere behandeling ten gronde. De vraag werd gesteld of die evolutie niet het gevaar inhoudt dat het kort geding in vele gevallen zijn typisch expeditief karakter zou verliezen.

Ten slotte werd het administratief kort geding besproken. Ook op dit vlak hebben de voorzitters de laatste jaren steeds ruimer van hun bevoegdheid gebruik gemaakt. Aan de prerogatieven van het bestuur werden herhaaldelijk beperkingen gesteld, i.h.b. door de schorsing van overheidsbeslissingen. Die ontwikkeling leidt ongetwijfeld tot een betere bescherming van de burger. Door sommige deelnemers werd nochtans gewaarschuwd voor een mogelijke reactie van het bestuur: zal er niet een ogenblik komen waarop de overheid, al dan niet met een beroep op de scheiding der machten, zal weigeren zich bij een rechterlijk bevel neer te leggen?

Vanuit die optiek werd gepleit voor een tussenkomst van de wetgever, niet enkel om duidelijk de voorwaarden te bepalen waarin een overheidshandeling kan worden geschorst, maar ook — eventueel — om een bevoegdheid ter zake aan de Raad van State toe te kennen. Andere deelnemers betoogden daarentegen dat de huidige rechtspraak steunt op de Grondwet, zodat er aan een ingrijpen van de wetgever in feite geen behoefte is.

2. In de namiddag werd, aan de hand van een preadvies van professor A. Van Oevelen (UIA-UFSIA) en advocaat D. Lindemans (Brussel), gediscussieerd over het herstel van schade (ten gevolge van de tenuitvoerlegging van een beschikking in kort geding) bij andersluidende beslissing van de bodemrechter. (De tekst van het preadvies zal worden gepubliceerd in *T.P.R.*, jaargang 1985.)

Ter inleiding van dit onderwerp verwezen de preadviseurs naar het verwante probleem van het herstel van schade, ten gevolge van de voorlopige tenuitvoerlegging van een in eerste aanleg gewezen vonnis, bij andersluidende beslissing van de *appelrechter*. Volgens art. 1398, tweede lid, Ger. W. geschiedt de voorlopige tenuitvoerlegging op risico van de partij die daartoe last geeft, hetgeen betekent dat die partij de mogelijke schade dient te vergoeden, zelfs zo zij te goeder trouw is (cf. Cass., 15 september 1983, met conclusie advocaat-generaal E. Liekendaal, *Pas.*, 1984, I, 42). Volgens de preadviseurs is die bepaling van toepassing zowel in een procedure ten gronde als in een procedure in kort geding.

De meeste deelnemers leken het met die stelling niet eens te zijn. Er werd o.m. op gewezen dat de eiser in kort geding, die in eerste aanleg een gunstige beschikking krijgt, dikwijls a.h.w. *verplicht* is

om tot voorlopige tenuitvoerlegging over te gaan, om te vermijden dat de zaak in hoger beroep niet meer dringend wordt geacht; is een dergelijke «dwang» nog wel verenigbaar met het begrip risico, dat een zekere vrije keuze veronderstelt? In de verdere discussie was evenwel niet steeds duidelijk in hoeverre de deelnemers kritiek hadden op art. 1398 zelf, dan wel (slechts) op de toepassing ervan op het kort geding.

Vervolgens gingen de preadviseurs over naar het eigenlijke thema van hun verslag: het herstel van schade, ten gevolge van de tenuitvoerlegging van een beschikking in kort geding, bij andersluidende beslissing van de *bodemrechter*. Terecht wezen de preadviseurs erop dat deze situatie wel degelijk verschillend is van de voorgaande. Bij wijziging van een vonnis door de appelrechter wordt dat vonnis geacht onjuist te zijn geweest; bij een andersluidende beslissing van de bodemrechter daarentegen wordt aan de beschikking in kort geding het gezag van gewijsde niet ontnomen.

Volgens de preadviseurs kan in het besproken geval geen analogische toepassing worden gemaakt van art. 1398, tweede lid, Ger. W. Evenmin zouden de principes van de onverschuldigde betaling (artt. 1235 en 1376-1381 B.W.) toepasselijk zijn. Ten slotte verzetten zij zich tegen de toepassing van de regels van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (artt. 1382-1383 B.W.). De preadviseurs menen dat er in feite geen specifieke rechtsfiguur bestaat, die de bedoelde rechtsverhouding volledig omvat. Uitgaande van het beginsel «dat alles in het werk gesteld moet worden om, in de mate van het mogelijke, de uitwerking van de in kort geding genomen voorlopige maatregelen te doen ophouden», kunnen nochtans wel enkele regels geformuleerd worden, die enigszins aanleunen tegen die inzake onverschuldigde betaling. Die regels hebben o.m. betrekking op de omvang van de teruggaveplicht of plicht tot schade-loosstelling.

In de loop van de discussie werd door een Nederlandse deelnemer opgemerkt dat de Hoge Raad onlangs beslist heeft dat, bij andersluidende beslissing van de bodemrechter, moet worden aangenomen dat de partij die de beschikking in kort geding heeft laten uitvoeren, onrechtmatig heeft gehandeld, en dus tot schadevergoeding verplicht is (H.R., 16 november 1984, met conclusie advocaat-generaal Ten Kate en noten W.H. Heemskerk en L. Wichers Hoeth, *N.J.*, 1985, nr. 547). Ondanks de verwijzing naar het onrechtmatig karakter van de tenuitvoerlegging, lijkt aldus in werkelijkheid een risico-aansprakelijkheid erkend te worden.

3. De studiedag mag ongetwijfeld geslaagd genoemd worden: het onderwerp was actueel, de preadviezen waren degelijk en stimulerend, er was een levendige en actieve belangstelling vanwege de deelnemers, de vergadering werd kordaat geleid door een soms strijdlustige voorzitter.

De studiedag heeft geleid tot een beter besef, niet enkel van de mogelijkheden van het kort geding, maar ook van de gevaren die het, precies door zijn succes, bedreigen. Het is daarom noodzakelijk, zoals een aanwezige voorzitter opmerkte, de ontwikkeling van het kort geding niet te laten verlopen ten koste van een verwaarlozing van de bodemprocedure. Ook voor die laatste procedure bestaan procedurele technieken die kunnen bijdragen tot een spoedige behandeling van de dringende en eenvoudige zaken.

Paul Lemmens

Uitreiking van de Prijs 1985 van het Belgisch Instituut voor Bestuurswetenschappen aan dr. Aloïs Van Oevelen

Op 5 juli 1985 werd tijdens een persvoorstelling in de lokalen van de Universitaire Stichting te Brussel de Prijs 1985 van het Belgisch Instituut voor Bestuurswetenschappen uitgereikt aan dr. Aloïs Van Oevelen (docent UIA en UFSIA) voor zijn in juni 1984 verdedigd doctoraal proefschrift «De overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de rechterlijke macht» (promotor: prof. dr. R. Kruithof).

Deze prijs, die jaarlijks wordt toegekend, is blijkens een mededeling in het *Belgisch Staatsblad* van 11 januari 1985, «een beloning voor de auteur van het beste werk op het gebied van het openbaar bestuur».

Computercriminaliteit

In Nederland werd door de minister van Justitie een commissie ingesteld onder voorzitterschap van Staatsraad mr. H. Franken,

met de opdracht in ongeveer een jaar te adviseren over de wenselijkheid van nieuwe strafrechtelijke bepalingen ter bestrijding van computercriminaliteit. Daartoe zal de commissie moeten beginnen met aan te geven welke lacunes er bestaan in het strafrecht op het gebied van de opslag, verwerking en uitwisseling van gegevens met behulp van daartoe vervaardigde apparatuur.

In zijn installatietoespraak op 20 november 1985 vermeldde de minister mr. F. Korthals Altes dat gebleken is dat de justitie met de bestaande strafbepalingen niet geheel machteloos is tegen crimineel gebruik van computers. Toch zijn die bepalingen niet geheel toegesneden op misdragingen die de ontwikkelingen in het vlak van de informatietechnologie mogelijk hebben gemaakt. Er zal dus een studie moeten worden verricht naar mogelijke lacunes in de wetgeving, met name omdat aan de bescherming van informatie een ander gewicht moet worden toegekend nu de technische mogelijkheden om die informatie te manipuleren zo zijn gegroeid en nog groeien.

De vraag is bijvoorbeeld of strafbepalingen zoals op het afsluiten van telefoongesprekken en op het openbaar maken van een uit de ether opgevangen bericht, dat voor een ander is bestemd, bruikbaar en toereikend zijn als het gaat om het onderscheppen van gegevensverkeer in het algemeen. Manipulatie van gegevens, die vermogensverschuiving tot gevolg heeft, kan worden aangepakt met bestaande fraudebepalingen, maar ook hier kunnen er lacunes zijn. Verder is er de problematiek van het kraken van computers dat wellicht vraagt om een afzonderlijke strafbaarstelling. En ten slotte is er de vraag of het gebruik maken van andermans computer zonder diens toestemming strafbaar moet worden gesteld zoals joy-riding strafbaar is.

De minister besloot zijn toespraak met de hoop uit te spreken dat de voorstellen van de commissie zo duurzaam en flexibel zullen zijn, dat zij bestand zijn tegen de technische ontwikkelingen gedurende enkele tientallen jaren.

BERICHTEN

Vereniging voor Verzekeringswetenschap

De eerstvolgende ledenvergadering van de Vereniging voor Verzekeringswetenschap (secretariaat: Korte Hoogstraat 30, Postbus 21150, 3001 AD Rotterdam, tel. 010-33.02.44) vindt plaats op vrijdag 18 april 1986 te 14.00 uur in het zalencentrum van de Jaarbeurs te Utrecht.

Onderwerp: Risicoverzwaren. Preadviseurs zijn mrs. E.W. Van Slooten en P.L.M. Hustinx. Belangstellenden zijn welkom.

AIDA Congres 1986

Van 5 tot 9 mei 1986 zal te Boedapest de Association Internationale de Droits des Assurances (AIDA) voor de zevende maal haar vierjaarlijks congres houden. De twee in het bijzonder te behandelen onderwerpen zijn: 1) Verzekering in het licht van zich wijzigende opvattingen omtrent aansprakelijkheid en 2) Risicoverzwaren.

Het nieuwe vennootschapsrecht en de controle

Op 19 december 1985 wordt te Brussel in het hotel Astoria, Koningstraat 103, hierover een studiedag gehouden onder leiding van de heer P. Lurkin, bedrijfsrevisor.

Nadere inlichtingen bij I.T.O.A.U., tel. 02/736.05.36.

TIJDSCHRIFTEN

Administration publique (trimestrielle)

1984, nr. 4

Martens, W., Gol, J., en Dehaene, J.L., Discours prononcés à l'occasion de la séance solennelle d'installation de la Cour d'Arbitrage; Delahaut, P.J., Les holdings publics régionaux après quatre ans d'activité; Crabbe, V., La question sociale des fonctionnaires belges de 1831 à 1894; Thomas, M.L., La publication, condition d'opposabilité d'un arrêté de l'Exécutif portant délégation d'attribution (uittreksels uit het verslag en advies voor R.v.St., 9 mei 1984, nr. 24.325, in zake Stad Hoei t/Waals Gewest); Tables 1984.

1985, nr. 1

Goossens, P. Ch., La réforme du Sénat, Dony, M., L'interdiction totale des voies d'exécution des personnes publiques est-elle justifiée? Raad van State, Les médecins fonctionnaires et la discipline (advies gegeven bij toepassing van art. 9 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State).

Belgisch Tijdschrift voor Sociale Zekerheid

1984, nr. 7-8, juli-augustus

Elst, R., Zweedse sociale zekerheid en diensten; X., Wetgeving; Vermeiren, J., Arbeidsongevallen — Zeelieden ter koopvaardij (noot onder Arbh. Brussel, 2 april 1984); X., Terugslag van de uitoefening van een beroepsbezigheid op de uitbetaling van het werknemerspensioen; Rust- en invaliditeitspensioenen: een oplossing voor het probleem van de werkloosheid; X., Naar een betere bescherming van de werknemers (mededeling van de Raad van Europa); X., Internationale Arbeidsconferentie (70e zitting, juni 1984).

nr. 9-10, september-oktober

Themanummer over «Arbeidsongevallenverzekering in lokale en regionale besturen»: X., Inleiding; Janvier, R., Vergelijkend overzicht van de arbeidsongevallenwetgeving voor de privé sector en de overheidssector; Panneels, R., Medische evaluatie van de invaliditeit en de mogelijkheid tot reclassering; Theunissen, J., Verzekeringsproblemen in de overheidssector; Garré, L., De verzekering tegen arbeidsongevallen in lokale en regionale besturen gezien door de ogen van de consument; Van Steenberge, J., De toekomst van de arbeidsongevallenverzekering; X., Wetgeving; De Ghellinck-De Meester, M., Ziekte- en invaliditeitsverzekering. Uitkering voor begrafeniskosten (noot onder Cass., 12 maart 1984); Vandeputte, G., Sociaal statuut der zelfstandigen (uiteenzetting naar aanleiding van de publikatie van het jaarverslag van het R.S.V.Z. betreffende het dienstjaar 1983); De Jong, E.P., «Verworven rechten» in de sociale zekerheid; X., Gelijke kansen voor de vrouwen.

nr. 11-12, november-december

Peeters, J.E., Alternatieve financieringswijzen voor de sociale zekerheid en hun weerslag op de werkgelegenheid; X., Wetgeving; Wautier, Ch., Mijnerwerkersinvaliditeitspensioen — voorwaarden tot gelijkstelling van de in een «Geallieerd Leger» vervulde legerdienst (noot onder Arbh. Antwerpen, afd. Hasselt, 24 mei 1983); Vandermeersch, V., De bevoegdheid en de beoordelingsvrijheid van de arbeidsgerechten ten overstaan van het strafrecht en het strafprocesrecht; Bricoux, J., Gescheiden echtgenote en sociale zekerheid; X., Welke planning voor ontvangsten en uitgaven van de sociale zekerheid in de economische crisistijd?; X., Statistisch Jaarboek van de Sociale Zekerheid — 1982; X., O.E.S.O. — Werkgelegenheidsperspectieven; X., XIde Internationale conferentie over sociale gerontologie.

Tijdschrift voor bestuurswetenschappen en publiekrecht, 1985

nr. 1, januari-februari

Vanhove, L., Een regeringscommissaris bij elke universitaire instelling; Ceuleers, J., De respectieve bevoegdheden van het Rijk,

de Gemeenschappen en de Gewesten inzake het mediabeleid; De Clerck, J.C.A., Tewerkstelling waardoor het recht op een rustpensioen als werknemer wordt geopend en het bewijs ervan, Berckx, P., Kroniek onderwijs; Daenens, M., Gemeentewezen; Lenaerts, H., conclusie voor Cass., 14 mei 1984 (taalgebruik in de sociale betrekkingen tussen werkgevers en werknemers — bevoegdheid van Staat en Gemeenschappen — prejudiciële vraag aan het Arbitragehof); Raad van State, advies over de verplichte toepassing van de taalwetten op ambtenaren die met een hoger ambt worden belast.

nr. 2, maart-april

Prakke, L., Britse bellen blazen; Fijnaut, C., De opleiding van de gemeentepolitie tijdens de tweede wereldoorlog, Dujardin, J., Wijziging van het administratief toezicht op de handelingen van de gemeentelijke en provincieoverheden; Hins, A.W., Het monopolie van de P.T.T. in Nederland; Berckx, P., Openbaar ambt en onderwijs: De gevolgen van nalatigheid inzake meldingsplicht in geval van ziekteverlof en terbeschikkingstelling wegens ziekte in de overheidsdiensten en in het onderwijs, Berckx, P., Statuut rijks-personeel: statutaire verlopen, afwezigheden, dienstvrijstellingen en terbeschikkingstellingen; Wijziging van de tuchtregeling van het rijkspersoneel; Daenens, M., Gemeentewezen; Dhondt, J., Bijzondere vraagstukken inzake het overleg tussen de gemeente en het O.C.M.W.; noot onder R.v.St., nr. 23.853, 23 december 1983, O.C.M.W. Wezembeek-Oppeem (verkiezing van de leden van de raad voor maatschappelijk welzijn — verkiesbaarheidsvoorwaarden — taalkennis).

nr. 3, mei-juni

Langerwerf, C.A.J.M., Beleidsvoering in het provinciaal bestuur, Van Damme, M., Is inzake de intrekking van de bestuurs-handelingen een doorgedreven parallelisme met de vernietiging wenselijk?; Elst, R., Het bestuurlijk en sociaal zekerheidsbestel in Groot-Brittannië (beginselen, achtergrondgegevens, aanverwante problemen), De Kleermaeker, L., Naar een integratie van aanmaak en verwerking van computer-informatie in de openbare diensten; De Lange, R., De nieuwe rijkswet op het Nederlanderschap; Berckx, P., Kroniek onderwijs; Daenens, M., Gemeentewezen; Van Beneden, J., De eigen tewerkstelling door een O.C.M.W. volgens artikel 60, § 7, van de organieke wet van 8 juli 1976; X., Arbitragehof: overzicht van ingeleide zaken; X., noot onder R.v.St., nr. 23.968, 14 februari 1984, De Kerpel (optreden in rechte — vakorganisatie — belang — plaatsvervangend lid van de syndicale raad van advies).

Tijdschrift voor notarissen, 1985

nr. 2, februari

Werdefroy, F., Aanwijzing van lastgever (commandsbenoeming) na toewijzing met wettelijk recht van hoger bod — Vorm (art. 159, 1°, Wetb. Reg.).

nr. 3, maart

Werckx, J., Bedenkingen omtrent het beding in de veilsvoorwaarden bij uitvoerend beslag op onroerend goed dat in geval van hoger bod op een van de koop gestelde goederen, ook de andere, waarop geen hoger bod werd uitgebracht, opnieuw kunnen worden opgeroepen; Du Faux, H., noot onder Rb. Kortrijk, 18 september 1984 (verkoop van een onroerend goed waarin een meerderjarige en een ontvoogde minderjarige gerechtigd zijn — machtiging vereist voor de ontvoogde minderjarige).

nr. 4, april

Bouckaert, F., Faillissement, handelszaak en huwelijksvermogensrecht.

nr. 5, mei

Krings, J.E., Is artikel 1563 Ger. W. van openbare orde? (conclusie voor Cass., 3 mei 1985); Dehouck, L., De praktijk van de tussenkomst; F.B., noot onder Hof Gent, 12 januari 1985 (hypotheekvestiging — hypotheaire volmacht niet ondertekend door een van de echtgenoten — uitvoerend beslag — verzet).