

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

ALGEMENE BEGINSELEN VAN HET RECHT VIJFTIEN JAAR RECHTSPRAAK VAN HET HOF VAN CASSATIE (eerste deel)

1. Inleidende begrippen

1.1. Het Hof van Cassatie neemt kennis van de beslissingen in laatste aanleg die voor het Hof worden gebracht wegens overtreding van de wet of wegens schending van substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen.

Aldus art. 608 Ger. W.

De toepassing van dit artikel heeft aanleiding gegeven tot een uitgebreide rechtspraak in verband met de betekenis van het daarin voorkomend begrip «wet». Met name kan de vernietiging van een vonnis of arrest gevraagd worden op grond van de schending van een aantal koninklijke besluiten en zelfs van sommige ministeriële besluiten. Praktisch gezien omvat dit begrip «wet» alle algemeen normatieve voorschriften.

1.2. Tot in 1970 kon een middel tot cassatie enkel geconstrueerd worden op de schending of onjuiste toepassing van een nauwkeurig aangeduid voorschrift dat in de zin van artikel 806 als «wet» moest beschouwd worden.

In zijn openingsrede van 1 september 1970, getiteld «Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit» (*J.T.*, 1970, 557 e.v. en 581 e.v., niet in het Nederlands vertaald) heeft de procureur-generaal Ganshof van der Meersch uiteengezet dat het *recht* niet volledig en uitsluitend in de *wet* was geformuleerd. Onder de andere regelen waarvan hij het bestaan vaststelde en de inhoud omschreef, nemen de *algemene beginselen van het recht* een essentiële plaats in.

«Le droit s'exprime aussi — et de manière impérative — dans les principes généraux» (*J.T.*, 1970, 566). «Les principes généraux de droit sont énoncés, c'est à dire formulés, par la jurisprudence et par la doctrine» (p. 567). «Le principe général de droit peut aussi être exprimé dans la loi, mais il n'est pas nécessairement rattaché à elle» (p. 568). «Il n'existe pas de différence de nature entre le principe général de droit non écrit et celui qui est formulé dans la loi» (*ibidem*).

De openingsrede beklemtoont wel dat de algemene rechtsbeginselen, precies door hun algemeenheid, een subsidiair karakter hebben: ze nemen plaats in het recht naast de wet, maar niet tegen de wet.

1.3. Een aantal algemene beginselen worden verder in de openingsrede onderzocht. Vermeld worden, onder meer:

— de onafhankelijkheid van de rechter, en het onpartijdig onderzoek van de betwisting door de rechter (Cass., 6 juni 1957, *Pas.*, 1957, I, 1066);

— de regelen betreffende het houden van de zittingen en betreffende de aanleg (Cass., 2 maart 1951, *Pas.*, 1951, I, 482; 18 november 1965, twee arresten, *Pas.*, 1966, I, 374);

— het verbod voor de rechter om uitspraak te doen over hetgeen niet gevorderd wordt (Cass., 15 januari 1970, *Pas.*, 1970, I, 403);

— het gezag van gewijsde (Cass., 9 september 1963, *Pas.*, 1964, I, 27; 15 juni 1964, *Pas.*, 1964, I, 1106; 20 mei 1966, *Pas.*, 1966, I, 1186; 3 september 1968, *Pas.*, 1969, I, 4, met concl.; 22 mei 1969, *Pas.*, 1969, I, 870; 30 april en 21 mei 1970, *Pas.*, 1970, 749 en 827, met concl. O.M.);

— de regel «non bis in idem» (Cass., 17 oktober 1965, 17 januari en 1 juni 1966, *Pas.*, 1966, I, 188, 633 en 1235; 17 oktober 1966, *Pas.*, 1967, I, 229; 25 september en 30 oktober 1967, *Pas.*, 1968, I, 122 en 289);

— de regel «Fraus omnia corrumpit» (Cass., 23 januari 1968, *Pas.*, 1968, I, 649);

— de eerbiediging van het recht van verdediging (62 arresten tussen 25 september 1961, *Pas.*, 1962, I, 96, en 13 januari 1970, *Pas.*, 1970, I, 399).

Ter gelegenheid van dit onderzoek liet de procureur-generaal Ganshof van der Meersch duidelijk aan het licht komen hoe het Hof van Cassatie vanaf 1950 het bestaan van algemene rechtsbeginselen langzamerhand is beginnen te erkennen: «La Cour contrôle aujourd'hui la légalité de l'application par le juge des principes généraux de droit que ne formule aucun texte» (*J.T.*, 1970, 569). «Elle ne fait référence aux principes généraux de droit que depuis 10 ans environ, exception faite d'un arrêt rendu le 10.1.1867 (...). (Après cet arrêt) il aura fallu près d'un siècle encore pour que la Cour s'engage résolument dans une voie qui devait permettre de dégager, sous une forme autonome, une théorie des principes généraux de droit» (*ibidem*).

1.4. Hoewel het Hof tijdens de jaren vijftig en zestig het bestaan van algemene rechtsbeginselen is beginnen te erkennen, is het pas na de openingsrede van 1 september 1970 dat het aanvaard heeft vonnissen en arresten te vernietigen

wegens schending van algemene rechtsbeginselen. Sedert 1970 werden inderdaad, in een vrij groot aantal voorzieningen in cassatie, middelen geconstrueerd op de schending van een algemeen beginsel van het recht.

Een onderzoek van de rechtspraak toont aan dat de door de procureur-generaal Ganshof van der Meersch verkondigde stelling nuttig en vruchtbaar is gebleken. Zoals trouwens te verwachten was, heeft de praktijk ertoe geleid om, benevens de algemene beginselen die in de reeds aangehaalde openingsrede waren genoemd, ook een aantal andere te formuleren.

1.5. Het ogenblik kan gekomen zijn om een overzicht te geven van de door het Hof van Cassatie erkende algemene rechtsbeginselen, en om de omtrent die beginselen ontwikkelde rechtspraak samen te vatten.

Achtereenvolgens zullen onderzocht worden: de toepassing van de wet in de tijd; het rechterlijk gewijsde; het recht van verdediging; de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van de rechter; het beschikkingsbeginsel; algemene beginselen van privaatrecht; andere algemene beginselen.

2. De toepassing van de wet in de tijd

2.1. Moeilijkheden ontstaan bij de toepassing van de wet in de tijd hebben aanleiding gegeven tot het formuleren van een paar algemene rechtsbeginselen door het Hof van Cassatie: ze betreffen de onmiddellijke uitwerking en de niet terugwerkende kracht van de nieuwe wet.

Als zodanig zijn deze beginselen zelden ter sprake gekomen, omdat ze in een aantal wetteksten op vrij duidelijke wijze omschreven zijn, zodat de aandacht vooral getrokken werd naar deze teksten, namelijk naar:

— artikel 2 van het Burgerlijk Wetboek: «De wet beschikt alleen voor het toekomstige; zij heeft geen terugwerkende kracht»;

— artikel 2 van het Strafwetboek: «Geen misdrijf kan worden gestraft met straffen die bij de wet niet waren gesteld voordat het misdrijf werd gepleegd. Indien de straf, ten tijde van het vonnis bepaald, verschilt van die welke ten tijde van het misdrijf was bepaald, wordt de minst zware straf toegepast»;

— artikel 3 van het Gerechtelijk Wetboek: «De wetten op de rechterlijke organisatie, de bevoegdheid en de rechtspleging zijn van toepassing op de hangende rechtsgedingen, zonder dat die worden onttrokken aan de instantie van het gerecht waarvoor zij op geldige wijze aanhangig zijn, en behoudens de uitzonderingen bij de wet bepaald».

2.2. Op 22 oktober 1970 en 14 maart 1974 heeft het Hof echter duidelijk beslist dat *de regel dat de wet geen terugwerkende kracht heeft*, een algemeen beginsel van recht uitmaakt (*Pas.*, 1971, I, 144, *A.C.*, 1971, 168, *R.C.J.B.*, 1972, 283, met noot M. Vanwelkenhuyzen; *Pas.*, 1974, I, 732, *A.C.*, 1974, 785, *Journ. Pr. Dr. F.*, 1974, 75; zie ook de reeds geciteerde rede van de procureur generaal Ganshof van der Meersch van 1 september 1970, *Bull.*, p. 50 en 124, *J.T.*, 1970, 568 en 594).

Anderzijds wordt *de daarmee gepaard gaande regel, dat de nieuwe wet onmiddellijke uitwerking heeft*, in meerdere (recentere) arresten beschouwd als een «beginsel», waarvan de miskennis door het Hof gesanctioneerd werd (*Cass.*, 25 november en 9 december 1981, *Pas.*, 1982, I, 420 en

490, *A.C.*, 1981-82, 422 en 497; 10 september en 10 december 1980, *Pas.*, 1981, I, 34 en 406, *A.C.*, 1980-81, 31 en 391; 7 mei en 28 mei 1980, *Pas.*, 1980, I, 1107 en 1186, *A.C.*, 1979-80, 1120 en 1198).

Deze dubbele regel komt op het eerste gezicht zeer logisch en duidelijk voor. In feite laat zij een aanzienlijk aantal problemen onopgelost.

2.3. Luidens de korte samenvatting weergegeven in de *Arresten van het Hof van Cassatie* worden door een arrest van 17 mei 1973 impliciet als algemeen rechtsbeginsel erkend:

— de regel dat de wetten op de bevoegdheid dadelijk van toepassing zijn;

— de regel dat de wetten die van kracht zijn op het ogenblik dat de belasting op de inkomsten had moeten worden gevestigd, van toepassing blijven op die inkomsten (*Pas.*, 1973, I, 861, *A.C.*, 1973, 898).

Voorts spreekt een arrest van 17 juni 1971 van een algemeen beginsel volgens hetwelk een nieuwe wet inzake rechtspleging de geldigheid niet treft van de handelingen die rechtsgeldig zijn verricht op grond van de vroegere wet, en evenmin de nietigheid of het verval wegneemt van proceshandelingen die volgens de vroegere wet nietig of tardief waren (*Pas.*, 1971, I, 994, *A.C.*, 1971, 1047, *R.W.*, 1971-72, 851).

Wij zijn echter de mening toegedaan dat de door de arresten van 17 juni 1971 en 17 mei 1973 geformuleerde regels eigenlijk aspecten zijn van het meer algemeen te formuleren beginsel, dat de wet behoudens uitzondering geen terugwerkende kracht doch wel onmiddellijke uitwerking heeft.

2.4. Als algemeen rechtsbeginsel werd de regel van de niet terugwerkende kracht van de wet dus voor het eerst geformuleerd in het arrest van 22 oktober 1970. Men leest in dat arrest dat bedoelde regel «de individuele belangen en de rechtszekerheid waarborgt».

Het geschil dat door het arrest van 22 oktober 1970 werd beslecht, betrof de vraag of een huisvestingsmaatschappij van de publieke sector, waarvan de huishuren krachtens de wet bij koninklijk besluit waren bepaald, retroactief een verhoging van huishuur aan haar huurders kon opleggen. Het antwoord is ontkennend.

En in zijn conclusie, waarvan een breedvoerige uiteenzetting in de *Pasicrisie* opgenomen is, verduidelijkt de procureur-generaal Ganshof van der Meersch de betekenis en de draagwijdte van de hier beschreven beginselen. «Si la loi ne s'applique en principe pas au passé, elle s'applique en revanche à tout l'avenir jusqu'à son abrogation, c'est à dire non seulement aux situations qui naissent à partir de sa mise en vigueur et qui entrent dans les prévisions de la loi, mais aussi aux effets futurs des situations nées sous le régime de la loi antérieure, c'est à dire aux effets de la loi antérieure qui se poursuivent sous l'empire de la loi nouvelle (...). Toute loi nouvelle doit, hormis quand son entrée en vigueur est différée ou suspendue, recevoir application immédiate (...). C'est la règle de l'application immédiate de la loi à tous les effets qui résulteront dans l'avenir des rapports juridiques, que ceux-ci soient nés ou à naître. Elle est confondue à tort avec l'effort rétroactif de la loi. Elle se limite à l'avenir» (*Pas.*, 1971, I, 154 en 155).

«La loi rétroactive», zo luidt de tekst verder, «est celle qui empiète sur le passé et le modifie; elle gouverne des situations définitivement accomplies, c'est à dire révolues»

(*ibidem*). De verboden retroactiviteit bestaat dus in het wijzigen van verlopen toestanden. De nieuwe wet mag niet toegepast worden op de rechtsgevolgen van vroeger voltrokken toestanden. De reeds aangehaalde conclusie gaat zelfs verder, aangezien zij stelt dat de wet geen wijziging mag aanbrengen aan verworven rechten («droits définitivement constitués», p. 156).

2.5. «Le principe de la non-rétroactivité des lois», schrijft De Page, «est la base fondamentale de la sécurité juridique» (*Traité*, I, 1962, nr. 227, p. 323). De proc.-gen. Ganshof van der Meersch voegt eraan toe: «Le législateur doit, en principe, considérer la non-rétroactivité des lois comme un précepte de haute déontologie, dont il ne peut s'écarter que si la rétroactivité de la loi n'est pas de nature à violer des droits et nuire à des intérêts individuels» (p. 154).

De wetgever behoudt evenwel de mogelijkheid om retroactieve wetten uit te vaardigen. Nu de algemene rechtsbeginselen, zoals eerder opgemerkt, niet kunnen ingaan tegen de tekst zelf van de wet, zou men zich kunnen afvragen welke de draagwijdte is van het algemeen rechtsbeginsel betreffende de niet-terugwerkende kracht van de wet.

Het antwoord op deze vraag lijkt drievoudig te zijn.

a) Het algemeen rechtsbeginsel moet als leidraad dienen voor de interpretatie van de wet, wanneer de tekst ervan niet uitdrukkelijk de retroactiviteit oplegt, of wanneer de juiste draagwijdte van een voorgeschreven retroactiviteit onduidelijk blijft.

Dat retroactieve wetsbepalingen bindend kunnen zijn, maar dat de retroactiviteit dan toch uitdrukkelijk moet worden voorgeschreven, is herhaaldelijk door arresten van het Hof van Cassatie bevestigd (Cass., 3 juni 1966, *Pas.*, 1966, I, 1258; 21 september en 9 november 1956, *Pas.*, 1957, I, 29 en 253; 28 november 1939, *Pas.*, 1939, I, 495). Wanneer de wetgever een wijziging wil aanbrengen aan de toekomstige gevolgen van tot standgekomen rechtshandelingen, wordt van hem verwacht dat hij duidelijk het toepassingsgebied en de toepassingsvoorwaarden van de nieuwe regeling omschrijft. Het blindelings opleggen, als het ware op de tast, van nieuwe voorschriften, kan niet erkend worden als een uitdrukkelijke wil om aan de wet een retroactieve werking te geven.

Het algemeen rechtsbeginsel kan dus allereerst beschouwd worden als een voor de rechter gebiedende uitlegingsregel.

b) Het algemeen rechtsbeginsel betekent verder dat de koninklijke en ministeriële besluiten geen retroactieve werking kunnen hebben, tenzij wanneer en voor zover zij conform blijven met de formele tekst van de wet die ze ten uitvoer leggen.

Dienaangaande overweegt het arrest van 22 oktober 1970 «dat de uitvoerende macht bij het vervullen van de opdracht die haar bij artikel 76 van de Grondwet wordt toegekend, zelf het algemene beginsel van de niet-terugwerking dient in acht te nemen bij de tenuitvoerlegging van een wet zonder terugwerkende kracht; dat verordeningen en besluiten genomen ter uitvoering van een wet betreffende een openbare dienst, op straffe van onwettigheid, geen bepalingen met terugwerkende kracht kunnen inhouden tenzij de wet in deze mogelijkheid uitdrukkelijk heeft voorzien (behalve in zover nodig opdat de wet de door de wetgever gewilde toepassing kan vinden, onder meer in geval van ver-

vinging van een vroegere reglementering door een nieuwe die wordt genomen ter uitvoering van een zelfde wet, ten einde te voldoen aan de vereisten van de continuïteit van de openbare dienst)» (A.C., 1971, 173).

c) Ten derde geldt het algemeen rechtsbeginsel als formeel verbod voor de retroactieve toepassing die eventueel in reglementen van regionale of plaatselijke besturen zou zijn voorgeschreven. Deze laatste stelling werd weliswaar tot nu toe nog niet door een uitdrukkelijke rechtspraak bevestigd; zij lijkt echter in de lijn te liggen van artikel 107 van de Grondwet.

Bij wijze van voorbeeld onderstellen wij hier dat een gemeentelijk belastingsreglement een verhaalbelasting op het terugvorderen van bestratingskosten zou invoeren. Indien dit reglement uitgevaardigd wordt tijdens het kalenderjaar 1986, kan daardoor geen belastingschuld ontstaan voor werken uitgevoerd en voltooid vóór 1986.

2.6. De toepassing op concrete situaties van het algemeen rechtsbeginsel betreffende de onmiddellijke uitwerking en de niet-terugwerkende kracht van de nieuwe wet is niet altijd zonder moeilijkheden gebeurd.

Een aantal cassatiearresten geven daaromtrent verduidelijkingen weer. Zo besliste het Hof onder meer:

— dat de wet die een wijziging aanbrengt in de wetsbepalingen tot vaststelling van de wijze van betaling van de arbeidsongevallenvergoedingen toepasselijk is op de betalingen die na de inwerkingtreding van de wet worden gedaan, ook al betreft het vergoedingen wegens de gevolgen van een ongeval van vóór de inwerkingtreding (Cass., 28 mei 1980, *Pas.*, 1980, I, 1187, A.C., 1979-80, 1198; 2 maart en 23 maart 1977, *Pas.*, 1977, I, 695 en 785, A.C., 1977, 714 en 796; 11 februari 1976, *Pas.*, 1976, I, 649, A.C., 1976, 681; 29 januari en 25 juni 1975, *Pas.*, 1975, I, 557 en 1041, A.C., 1975, 614 en 1149);

— dat de wet die een regel inzake aansprakelijkheid wijzigt of een nieuwe aansprakelijkheid invoert, de aansprakelijkheid niet kan regelen van de oprichters van een P.V.B.A. die vóór de inwerkingtreding van die wet is opgericht, tenzij de wetgever uitdrukkelijk te kennen heeft gegeven dat hij van het in artikel 2 B.W. gestelde principe heeft willen afwijken (Cass., 9 november 1984, A.C., 1984-85, nr. 163).

Wat het verbintenissenrecht betreft, had de proc.-gen. Ganshof van der Meersch in zijn op 22 oktober 1970 genomen conclusie gezegd: «Il est fait exception en matière contractuelle à la règle de l'application immédiate de la loi nouvelle. Cette exception est largement reconnue en doctrine. Elle repose sur le besoin de sécurité et donc de stabilité dans la matière des contrats. La loi ancienne continue donc à régir les contrats tant qu'ils ne sont pas complètement exécutés. Mais, à cette exception à l'application immédiate de la loi nouvelle aux effets des situations nées sous le régime de la loi antérieure en matière contractuelle, la loi qui revêt un caractère d'ordre public fait elle-même exception. La législation exceptionnelle sur les loyers en est un frappant exemple» (o.c., p. 156).

2.7. De werking in de tijd van de **Strafwet** heeft aanleiding gegeven tot talrijke toepassingsmoeilijkheden en een omvangrijke literatuur. Dienaangaande kan verwezen worden naar «Overwegingen bij artikel 2 van het Strafwetboek», rede uitgesproken door de advocaat-generaal Depelchin op de plechtige openingszitting van het Hof van

Cassatie op 1 september 1965 (*R.W.*, 1965-66, 65 e.v., *R.D.P.*, 1965, 221 e.v.). In het kader van deze bijdrage kan volstaan worden met de volgende krachtlijnen aan te duiden.

a) De algemene regel is de niet-terugwerkende kracht van de (strengere) Strafwet. Cf. artikel 2, eerste lid, Sw.: «Geen misdrijf kan worden gestraft met straffen die bij de wet niet waren gesteld voordat het misdrijf werd gepleegd.» Cf. tevens artikel 7.1 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens. Deze algemene regel is een aspect van het in strafrecht zo belangrijk legaliteitsbeginsel, uitgedrukt in het adagium «Nullum crimen, nulla poena sine lege».

b) Van deze regel wordt afgeweken, telkens wanneer de ten tijde van het vonnis vigerende straf minder zwaar is. Cf. artikel 2, tweede lid, Sw.: «Indien de straf, ten tijde van het vonnis bepaald, verschilt van die welke ten tijde van het misdrijf was bepaald, wordt de minst zware straf toegepast.» De regel van de niet-retroactiviteit van de Strafwet wordt dus aangevuld door die van de retroactiviteit van de zachtere Strafwet (zie o.m. Cass., 29 maart 1983, *Pas.*, 1983, I, 813, *A.C.*, 1982-83, 914).

2.8. c) Strikt gesproken betreft artikel 2 Sw. alleen de minst zware straf. Er wordt evenwel aangenomen dat de regel welke het geeft, in principe van toepassing is, niet alleen op de straf, maar ook op de incriminatie.

Haus schreef in 1874 dat de nieuwe wet terugwerkende kracht heeft indien zij minder streng is dan de vroegere, hetzij zij aan een handeling het karakter van strafbaar feit ontnemt dat de vorige wet daaraan toeschreef, hetzij de door deze wet bepaalde straf vermindert (zie Depelchin, o.c., kol. 69).

Sedertdien werd daarover veel gediscussieerd, hetgeen leidde tot de verwerping van de toepassing van de latere, wat de incriminatie betreft zachtere Strafwet die beschouwd wordt als een «in wezen tijdelijke reglementering»: strafbepalingen in wetten of reglementen betreffende het wegverkeer, de controle van de prijzen, de controle op de wissel, enz. (zie Depelchin, o.c., kol. 75 e.v.).

Bij wijze van voorbeeld kan gewezen worden op de thans vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie, waaruit blijkt dat, wanneer het ten laste van een bestuurder van een voertuig gelegd feit een overtreding uitmaakt van het verkeersreglement dat van kracht was toen de overtreding gepleegd werd, de bestuurder strafbaar blijft zelfs indien het reglement naderhand gewijzigd en eventueel opgeheven werd (Cass., 22 november 1976, *Pas.*, 1977, I, 319, *A.C.*, 1977, 322; 12 december 1955, *Pas.*, 1956, I, 354, *A.C.*, 1956, 288).

Volgens de advocaat-generaal Depelchin kan de huidige doctrine van het Hof van Cassatie, omtrent de toepassing op de incriminatie van het beginsel van de retroactiviteit der minder strenge wet, als volgt samengevat worden: «De latere wet is minder streng, wanneer zij het karakter van misdrijf van een feit doet wegvallen, of wanneer zij aan de elementen welke de vroegere wet eiste om een feit als misdrijf aan te merken een nieuw element toevoegt. De latere, minder strenge wet werkt alleen terug indien de vroegere wet niet gepast was, zelfs op het tijdstip dat zij genomen werd, ofwel indien de wetgever de wil heeft geuit voor het verleden af te zien van de bestraffing die zij behelsde. Deze wil wordt niet vermoed. De aard van de opgeheven wet kan

zelfs de tegengestelde wil doen vermoeden. Aldus rechtvaardigen tijdelijke beschikkingen, genomen voor een bepaalde tijd wegens bijzondere omstandigheden, wettig de vervolging van de misdrijven begaan terwijl zij vigeerden, zelfs zo zij niet meer van kracht zijn. Hetzelfde geldt voor bepalingen waarin achtereenvolgens dezelfde wil van de wetgever om dezelfde stof te regelen concrete vorm krijgt» (Depelchin, o.c., kol. 81).

2.9. d) Een enigszins andere moeilijkheid ontstaat wanneer de nieuwe wet strenger is wat de incriminatie betreft, maar minder streng wat de straf betreft, of omgekeerd.

Een treffend voorbeeld werd gegeven in het arrest van 16 oktober 1933 (*Pas.*, 1934, I, 31): onder de oude wet was het dragen van een zakrevolver altijd een wanbedrijf; onder de nieuwe wet was het geen wanbedrijf meer indien bepaalde vereisten vervuld waren. Ofschoon de straffen gesteld in de nieuwe wet strenger waren, was deze wet ongetwijfeld, wat de incriminatie betreft, minder zwaar.

Op 25 november 1975 en 16 februari 1976 (*Pas.*, 1976, I, 377 en 661, *A.C.*, 1976, 382 en 693) moest het Hof zich uitspreken over de vraag of de man, die zich vóór de inwerkingtreding van de wet van 28 oktober 1974 schuldig heeft gemaakt aan het onderhouden van een bijzit in de echtelijke woning, na de inwerkingtreding van die wet kon worden gestraft met de lichtere straf die deze wet op overspel stelt. Het Hof antwoordde bevestigend op deze vraag.

In zijn conclusie voor eerstvermeld arrest (gepubliceerd in *R.W.*, 1975-76, 1437 tot 1444) herinnerde de advocaat-generaal Lenaerts eraan dat de overtreder niet meer kan worden gestraft wanneer het gepleegde feit niet meer strafbaar is op het ogenblik van de uitspraak, anders zou een zwaardere straf worden opgelegd dan die welke op het ogenblik van de veroordeling is bepaald. Opdat een beklaagde voor een misdrijf kan worden gestraft, moet het gepleegde feit strafbaar zijn op het ogenblik dat het gepleegd werd en moet het nog altijd strafbaar zijn op het ogenblik dat de straf wordt uitgesproken.

In casu stelde het Hof van Cassatie echter vast dat de wetgever door de wet van 28 oktober 1974 de strafbaarheid van de buitenechtelijke betrekkingen van de man volledig met die van de vrouw heeft willen gelijkstellen, dat de onder het opgeheven artikel 589 Sw. als onderhoud van bijzit omschreven feiten noodzakelijk overspel inhouden, en dat de nieuwe wet de strafbaarheid van het vóór haar inwerkingtreding gepleegde onderhoud van bijzit dus niet heeft opgeheven.

Een ander, nog recenter arrest houdt in dat, wanneer het ten laste gelegd feit op het tijdstip dat het werd gepleegd, een misdrijf uitmaakte maar ten tijde van de uitspraak van het vonnis een nieuwe wet de misdrijfomschrijving van dat feit en de straffen heeft gewijzigd, de rechter, die het feit bewezen verklaart, slechts een straf mag uitspreken met toepassing van de nieuwe wet, welke minder zware straffen bepaalt, na te hebben vastgesteld dat het ten laste gelegde feit op het ogenblik van de uitspraak nog strafbaar is volgens de nieuwe wet (Cass., 26 oktober 1982, *Pas.*, 1983, I, 269, *A.C.*, 1982-83, 297; zie ook Cass., 21 januari 1986, arrest nr. 9081).

e) De vraag werd ook gesteld of de in artikel 2, tweede lid, Sw. uitgedrukte regel van de retroactiviteit van de zachtere Strafwet eveneens toepasselijk is op alles wat de positie van de verdachte verbetert: wetten die nieuwe rechtvaardig-

gings- of verschoningsgronden scheppen, of die strafverzwarende omstandigheden afschaffen, wetten die nieuwe vereisten ter uitvoering van de publieke vordering invoeren, of die de duur van de verjaringstermijn van de strafvordering verminderen, enz.

Het probleem is complex en heeft aanleiding gegeven tot controverses tussen rechtspraak en rechtsleer.

2.10. Wat het **gerechtelijk recht** betreft wordt, zoals reeds gezegd, de materie beheerst door de in artikel 3 Ger. W. geformuleerde regel luidens welke de wetten op de rechterlijke organisatie, de bevoegdheid en de rechtspleging van toepassing zijn op de hangende rechtsgedingen, zonder dat die worden onttrokken aan de instantie van het gerecht waarvoor zij op geldige wijze aanhangig zijn. Daarbij wordt onder «hangende rechtsgedingen» verstaan: rechtsgedingen waarover nog uitspraak moet worden gedaan bij de inwerkingtreding van de nieuwe bepaling (Cass., 27 oktober 1977, *Pas.*, 1978, I, 252, *A.C.*, 1978, 266; 10 februari 1972, *Pas.*, 1972, I, 532, *A.C.*, 1972, 536).

Het Hof van Cassatie heeft het beginsel van de onmiddellijke uitwerking van de nieuwe wet op de rechterlijke organisatie, de bevoegdheid en de rechtspleging geregeld moeten toepassen (zie o.m. Cass., 15 december 1977, *Pas.*, 1978, I, 442, *A.C.*, 1978, 470, in een zaak waarin de toepassing van een nieuwe wet betreffende arbitrage ter sprake kwam; 12 oktober 1977, *Pas.*, 1978, I, 186, *A.C.*, 1978, 198, betreffende de toepassing van een nieuwe wet op de eedaflegging; 6 september 1972, *Pas.*, 1973, I, 15, *A.C.*, 1973, 16; en de verder geciteerde arresten).

Een arrest van 24 december 1973 beslist dat de nieuwe wet op de bevoegdheid van toepassing is op de rechtsplegingen die niet op geldige wijze aanhangig waren voor de instantie van het gerecht (*Pas.*, 1974, I, 447, *A.C.*, 1974, 477). Nu wordt eerder gezegd dat de nieuwe wet op de bevoegdheid van toepassing is op de hangende gedingen waarin nog geen beslissing over de zaak zelf is gewezen houdende vaststelling van de bevoegdheid (Cass., 16 oktober 1985, *A.C.*, 1985-86, nr. 100. Toepassingen van deze regel betreffende bevoegdheidswetten: Cass., 14 maart 1980, *Pas.*, 1980, I, 866, *A.C.*, 1979-80, 874; 17 maart 1976, *Pas.*, 1976, I, 701, *A.C.*, 1976, 831; 10 december 1975, *Pas.*, 1976, I, 445, *A.C.*, 1976, 451; 3 februari 1972, *Pas.*, 1972, I, 522, *A.C.*, 1972, 526).

In geval van wijziging van de wetgeving betreffende de rechtsmiddelen worden, behoudens andersluidende bepaling, de rechtsmiddelen die daartegen openstaan, geregeld door de wet die van kracht is op de dag van de uitspraak (Cass., 24 januari 1983, *Pas.*, 1983, I, 605, *A.C.*, 1982-83, 686; 27 oktober 1977, *Pas.*, 1978, I, 252, *A.C.*, 1978, 266; 10 februari 1972, *Pas.*, 1972, I, 532, *A.C.*, 1972, 536, met concl. O.M. in *Pas.*; 25 september 1970, 5 maart en 17 juni 1971, *Pas.*, 1971, I, 67, 613 en 994, *A.C.*, 1971, 85, 647 en 1047).

Luidens twee arresten van 27 april 1982 is, behoudens andersluidende bepaling, een nieuwe wet tot verlenging van de beroeps- of cassatietermijn onmiddellijk toepasselijk op de uitspraken van vóór de inwerkingtreding van de nieuwe wet, op voorwaarde echter dat deze termijn, volgens de oude wet, niet verstreken was (*Pas.*, 1982, I, 966 en 968, *A.C.*, 1981-82, 1028 en 1031). Wat betreft de nieuwe wet die de termijn voor het aanwenden van een rechtsmiddel

verkort, zie noot 1, getekend F.D., in *A.C.*, 1981-82, p. 1029.

Hoewel een nieuwe wet op de rechtspleging vanaf haar inwerkingtreding van toepassing is op de hangende rechtsgedingen, heeft ze, behoudens afwijkende bepaling, geen invloed op de geldigheid van de handelingen die regelmatig zijn verricht onder de gelding van de vorige wet, noch op de toestanden die definitief tot stand zijn gekomen vóór de inwerkingtreding van de nieuwe wet. Dit werd reeds verkondigd in een reeds vermeld arrest van 17 juni 1971 (zie nr. 2.3); het wordt herhaald in een arrest van 22 november 1984, *A.C.*, 1984-85, nr. 188.

2.11. Ten slotte zij opgemerkt dat, in strafzaken, het in artikel 3 Ger. W. vervat principe van de onmiddellijke uitwerking van de wetten betreffende bevoegdheid en rechtspleging in conflict kan komen met het principe van de niet-retroactiviteit van de Strafwet of dat van de retroactiviteit van de zachtere Strafwet.

Ingevolge artikel 2 Ger. W. is artikel 3 Ger. W. weliswaar van toepassing op de strafrechtelijke procedures. Maar artikel 2 Ger. W. bepaalt duidelijk dat de in het Gerechtelijk Wetboek vervatte regels van toepassing zijn op alle rechtsplegingen, «behoudens wanneer deze geregeld worden door (...) rechtsbeginselen waarvan de toepassing niet verenigbaar is met de toepassing van de bepalingen van dit wetboek». Er is daar naar onze mening dus plaats voor discussie.

Het Hof van Cassatie is echter van oordeel dat de nieuwe wet tot verlenging van de verjaringstermijn van de strafvordering moet worden toegepast op alle strafvorderingen die vóór de inwerkingtreding van de nieuwe wet zijn ontstaan en op die datum nog niet zijn verjaard (Cass., 25 november en 9 december 1981, *Pas.*, 1982, I, 420 en 490, *A.C.*, 1981-82, 422 en 497; 10 september en 10 december 1980, *Pas.*, 1981, I, 34 en 407, *A.C.*, 1980-81, 30 en 391; 7 mei en 28 mei 1980, *Pas.*, 1980, I, 1107 en 1186, *A.C.*, 1979-80, 1120 en 1198, *R. Dr. Pen. Crim.*, 1981, 975, met noot P.Q.). Deze rechtspraak zou er eerder op wijzen dat, volgens het Hof van Cassatie, in geval van conflict, het in artikel 3 Ger. W. vervatte principe voorrang heeft op het in artikel 2 Sw. vervatte principe. In ieder geval kan niet gezegd worden dat deze kwestie heel duidelijk beslecht is.

3. Het rechterlijk gewijsde

3.1. De procureur-generaal Paul Leclercq zei in 1930 dat het gezag van het rechterlijk gewijsde een van de meest duistere vragen van het recht is, waarover ononderbroken controverses worden gevoerd (concl. vóór Cass., 4 maart 1930, *Pas.*, 1930, I, 143, inz. p. 149). Wij kunnen hier uiteraard niet al deze controverses onderzoeken en willen de lezer voor een grondiger studie van deze materie dan ook verwijzen naar «Het rechterlijk gewijsde en het Gerechtelijk Wetboek», rede uitgesproken door de eerste advocaat-generaal P. Mahaux op de plechtige openingszitting van het Hof van Cassatie op 1 september 1971, *R.W.*, 1971-72, p. 497 e.v., en naar J. Van Compernelle, «Considérations sur la nature et l'étendue de l'autorité de la chose jugée en matière civile», *R.C.J.B.*, 1984, 241-272; de rechtspraak en de rechtsleer vóór 1970 worden geciteerd door E. Gutt in «Examen de jurisprudence concernant le droit judiciaire privé», *R.C.J.B.*, 1973, 110-123.

3.2. «L'autorité de la chose jugée», zo schreef reeds De Page, «est un principe d'ordre général, qui conditionne l'existence même de l'administration de la justice» (*Traité de droit civil belge*, III, nr. 941).

Het gezag van het rechterlijk gewijsde in burgerlijke zaken vindt zijn wettelijke grondslag in de artikelen 23 e.v. van het Gerechtelijk Wetboek.

Het gezag van het rechterlijk gewijsde in strafzaken maakt daarentegen een algemeen rechtsbeginsel uit. Het wordt gehuldigd in artikel 4 van de wet van 17 april 1878. De artikelen 23 e.v. van het Gerechtelijk Wetboek zijn in strafzaken dan ook niet van toepassing (Cass., 28 april 1981, *Pas.*, 1981, I, 992, *A.C.*, 1980-81, 986; 25 maart 1976, *Pas.*, 1976, I, 821, *A.C.*, 1976, 861; 12 maart 1974, *Pas.*, 1974, I, 715, *A.C.*, 1974, 767; 26 mei en 27 mei 1972, *Pas.*, 1972, I, 892 en 1014, *A.C.*, 1972, 908 en 1036). Zij zijn echter wel van toepassing voor wat betreft de beslissing van de strafrechter op de burgerlijke rechtsovereenkomst (Cass., 16 september 1985, arrest nr. 4731, *R.W.*, 1985-86, 1740; Cass., 10 mei 1985, *A.C.*, 1984-85, nr. 545).

Het algemeen rechtsbeginsel betreffende het gezag van het rechterlijk gewijsde geldt eveneens inzake belastingrecht (Cass., 23 oktober 1980, *Pas.*, 1981, I, 234, *A.C.*, 1980-81, 202) en tevens voor de beslissingen van de Raad van State (Cass., 23 april 1981, *Pas.*, 1981, I, 953, *A.C.*, 1980-81, 954; 24 maart 1977, *Pas.*, 1977, I, 789, *A.C.*, 1977, 799), van de administratieve rechtscollèges (Cass., 12 maart 1942, *Pas.*, 1942, I, 63), van de militiegerechten (Cass., 3 maart 1976, *Pas.*, 1976, I, 725, *A.C.*, 1976, 759) en van het Rekenhof (Cass., 7 maart 1872, *Pas.*, 1872, I, 125). Wat betreft het gezag van gewijsde van de arresten van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap, zie men Cass., 27 mei 1971, *Pas.*, 1971, I, 886, met ccl. procureur-generaal Ganshof van der Meersch). En wat betreft het gezag van gewijsde van de arresten van het Arbitragehof, raadplegen de openingsrede uitgesproken door de procureur-generaal Krings op 2 september 1985, met als titel «Beschouwingen over de gevolgen van de door het Arbitragehof gewezen arresten» (*R.W.*, 1985-86, 481 e.v.).

3.3. Betreffende het tijdstip vanaf hetwelk het gezag van gewijsde bestaat, wordt in de cassatierechtspraak een zekere aarzeling waargenomen. Aanvankelijk had het Hof aangenomen dat de rechterlijke beslissingen, althans die over de strafvordering, slechts gezag van gewijsde verkrijgen, met alle hieraan verbonden gevolgen, nadat ze onherroepelijk zijn geworden, dus nadat ze in kracht van gewijsde zijn gegaan (Cass., 26 mei 1972, *Pas.*, 1972, I, 892, *A.C.*, 1972, 907).

Later werd echter beslist dat, zowel in strafrechtelijke als in burgerrechtelijke zaken, (wat deze laatste betreft wordt dit uitdrukkelijk bepaald in de artikelen 24 en 26 Ger. W.) de rechterlijke beslissingen die voor gezag van gewijsde in aanmerking komen, dit gezag hebben zodra ze gewezen zijn, en dat de gevolgen van dit gezag van gewijsde verdwijnen wanneer de beslissing gewijzigd of vernietigd wordt (Cass., 23 april 1976, *Pas.*, 1976, I, 919, *A.C.*, 1976, 954; 12 maart en 26 april 1974, *Pas.*, 1974, I, 715 en 873, *A.C.*, 1974, 767 en 932).

3.4. Het gezag van gewijsde in **strafzaken** wordt gekenmerkt door een aantal principes.

3.5. Het gezag van gewijsde van de beslissing in correctionele of politiezaken betreft enkel en alleen de feiten die

het voorwerp zijn van de vervolging. Het strekt zich niet uit tot nieuwe feiten, zelfs van dezelfde aard, die zijn gepleegd na de eindbeslissing (Cass., 21 september 1982, *Pas.*, 1983, I, 107, *A.C.*, 1982-83, 116). De door deze strafgerechten vrijgesproken beklaagde kan later niet meer worden vervolgd wegens dezelfde feiten, zelfs al worden ze anders gekwalificeerd, en welke ook de redenen zijn waarom hij definitief van rechtsvervolging is ontslagen (Cass., 20 december 1976, *Pas.*, 1977, I, 445, *A.C.*, 1977, 445).

Anders is het met betrekking tot beslissingen in assisenzaken: het gezag van gewijsde van het vrijsprekend arrest van het hof van assisen in verband met de beschuldiging van moord of doodslag is beperkt tot de aldus omschreven feiten. De door dit arrest vrijgesproken persoon kan nog worden vervolgd wegens dezelfde feiten, gekwalificeerd als «opzettelijk toebrengen van slagen en verwondingen die de dood veroorzaakt hebben» (Cass., 29 januari 1980, *Pas.*, 1980, I, 611, *A.C.*, 1979-80, 623, met concl. procureur-generaal Krings).

3.6. Het gezag van gewijsde op de strafvordering dekt alleen hetgeen de strafrechter zeker en noodzakelijk heeft beslist, met inachtneming zowel van het beschikbare gedeelte als van de redenen waarop dit noodzakelijk is gegrond (Cass., 30 december 1985, arrest nr. 4942; 27 september, 1 oktober en 19 november 1982, *Pas.*, 1983, I, 123, 151 en 344, *A.C.*, 1982-83, 133, 167 en 391; 21 november 1980, *Pas.*, 1981, I, 343, *A.C.*, 1980-81, 324; 21 oktober en 18 november 1976, *Pas.*, 1977, I, 225 en 307, *A.C.*, 1977, 225 en 310; 8 maart 1973, *Pas.*, 1973, I, 631, met conclusie procureur-generaal Ganshof van der Meersch).

De rechter bij wie de burgerlijke rechtsovereenkomst aanhangig is, is dus niet gebonden door de beslissing van de strafrechter die door een tegenstrijdigheid is aangetast (Cass., 21 oktober 1976 en 8 maart 1973, reeds geciteerd) en uiteraard evenmin door de beslissing van de strafrechter die door een nietigheid is aangetast (Cass., 18 september 1970, *Pas.*, 1971, I, 44, *A.C.*, 1971, 51, met concl. procureur-generaal Ganshof van der Meersch).

3.7. Het gezag van gewijsde van de op de strafvordering gewezen beslissing geldt «erga omnes», omdat deze beslissing in naam van de maatschappij en in haar belang wordt uitgesproken (zie o.m. Cass., 10 mei 1985, *A.C.*, 1984-85, nr. 545; zie ook «Considérations sur le projet de Code judiciaire», rede uitgesproken door de procureur-generaal R. Hayoit de Termicourt op de plechtige openingszitting van het Hof van Cassatie op 1 september 1966, *J.T.*, 1966, 499, nr. 5).

3.8. Het gezag van gewijsde over de grond van de strafvordering is een van de wijzen waarop deze strafvordering vervalt (Cass., 28 juni 1977, *Pas.*, 1977, I, 1103, *A.C.*, 1977, 1118; 14 februari 1974, *Pas.*, 1974, I, 640, *A.C.*, 1974, 640; 9 mei 1972, *Pas.*, 1972, I, 826, *A.C.*, 1972, 835). Het doet de disciplinaire vordering echter niet vervallen (Cass., 6 februari 1976, *Pas.*, 1976, I, 640, *A.C.*, 1976, 672).

Dit betekent uiteraard dat de appelrechter, bij wie alleen de burgerlijke rechtsovereenkomst aanhangig is gemaakt, de schuld van de beklaagde niet meer ter sprake kan brengen, wanneer noch de beklaagde noch het openbaar ministerie enig rechtsmiddel hebben aangewend tegen de veroordeling op de strafvordering en deze in kracht van gewijsde is gegaan (Cass., 6 maart 1984, *Pas.*, 1984, I, 778, *A.C.*, 1983-

84, nr. 378; 28 april 1981, *Pas.*, 1981, I, 992, *A.C.*, 1980-81, 986).

Wat betreft de draagwijdte van het gezag van gewijsde van de strafrechterlijke beslissingen, moet erop gewezen worden dat de feitenrechter niet gebonden is door een beslissing die hij in een andere, zelfs gelijkaardige, zaak heeft gewezen (Cass., 14 september 1977, *Pas.*, 1978, I, 56, *A.C.*, 1978, 62), noch door een beslissing die een andere rechter heeft gewezen ten aanzien van een afzonderlijk vervolgte mededader van of medeplichtige aan hetzelfde misdrijf (Cass., 21 december 1976, *Pas.*, 1977, I, 450, *A.C.*, 1977, 449; 13 mei 1975, *Pas.*, 1975, I, 893, *A.C.*, 1975, 989; 18 januari 1972, *Pas.*, 1972, I, 482, *A.C.*, 1972, 483). De beslissing ten aanzien van een beklaagde heeft immers geen gezag van gewijsde ten aanzien van mededaders of medeplichtigen die later vervolgd worden; ze kan hen noch schaden noch baten.

3.9. Uit de hierboven beschreven principes volgt dat de beslissingen van de onderzoeksgerechten betreffende de voorlopige hechtenis, waarbij alleen uitspraak wordt gedaan over de indicieën van schuld en de redenen voor voorlopige hechtenis, en die betreffende de verwijzing van de zaak naar het vonnisgerecht, waarbij alleen wordt beslist dat er bezwaren bestaan, geen gezag van gewijsde hebben ten aanzien van de gegrondheid van de telastlegging en derhalve geen afbreuk doen aan de bevoegdheid van de vonnisgerechten om de feiten vrij te beoordelen (Cass., 19 februari 1980, *Pas.*, 1980, I, 726, *A.C.*, 1979-80, 727). Evenmin trouwens hebben de beslissingen waarbij de onderzoeksgerechten een buitenvervolginstelling uitspreken wegens het ontbreken van voldoende bezwaren, gezag van gewijsde ten aanzien van de rechtsvorderingen die voor de burgerlijke rechter worden gebracht door een partij die zich benadeeld acht (Cass., 27 november 1985, arrest nr. 4484).

Hierna een paar gevallen waarbij het Hof van Cassatie de schending van het gezag van gewijsde van een strafrechtelijke uitspraak heeft moeten vaststellen: Cass., 26 november 1980, *Pas.*, 1981, I, 356, *A.C.*, 1980-81, 338; 14 februari 1980, *Pas.*, 1980, I, 696, *A.C.*, 1979-80, 709; 31 januari, 3 mei en 20 juni 1979, *Pas.*, 1979, I, 619, 1042 en 1222, *A.C.*, 1978-79, 614, 1053 en 1263; 27 januari en 5 mei 1978, *Pas.*, 1978, I, 619 en 1018, *A.C.*, 1978, 637 en 1043.

3.10. Wat het gezag van gewijsde in strafzaken betreft, moet nog gezegd worden dat het verbod volgens hetwelk de rechter een beklaagde niet mag veroordelen wegens een feit waarvoor deze reeds vroeger is veroordeeld, verbod uitgedrukt in het adagium «*non bis in idem*», door een constante rechtspraak als algemeen rechtsbeginsel wordt beschouwd (Cass., 6 februari en 5 juni 1985, *A.C.*, 1984-85, nrs. 341 en 603; 5 oktober 1982, *Pas.*, 1983, I, 174, *A.C.*, 1982-83, 192; 16 maart 1982, *Pas.*, 1982, I, 834, *A.C.*, 1981-82, 878; 23 december 1980 en 17 januari 1981, *Pas.*, 1981, I, 457 en 558, *A.C.*, 1980-81, 462 en 575; 20 september 1978 en 14 februari 1979, *Pas.*, 1979, I, 97 en 703, *A.C.*, 1978-79, 84 en 701; 5 oktober 1977, *Pas.*, 1978, I, 151, *A.C.*, 1978, 162). Ons inziens is dit verbod eerder een toepassing van het algemeen rechtsbeginsel betreffende het gezag van het rechterlijk gewijsde.

Het beginsel «*non bis in idem*» belet niet dat de raadkamer, die een beklaagde vroeger buiten vervolging heeft gesteld, door een nieuwe beschikking die de beklaagde uit

hoofde van dezelfde feiten naar de correctionele rechtbank verwijst, noch dat dit vonnisgerecht de beklaagde uiteindelijk veroordeelt: een buitenvervolginstelling, gefundeerd op een gemis aan voldoende bezwaren, is namelijk een voorlopige beslissing (Cass., 25 mei 1982, *Pas.*, 1982, I, 1122, *A.C.*, 1981-82, 1193).

3.11. Zoals gezegd vindt het gezag van gewijsde in **burgerlijke zaken** zijn wettelijke grondslag in de artikelen 23 e.v. van het Gerechtelijk Wetboek. Het steunt dan ook op de volgende principes.

3.12. Het gezag van het rechterlijk gewijsde strekt zich niet verder uit dan tot hetgeen het voorwerp van de beslissing heeft uitgemaakt (art. 23 Ger. W.). Het gezag van gewijsde kleeft derhalve, volgens de rechtspraak van ons opperste gerechtshof, aan hetgeen de rechter werkelijk heeft beslist over een geschilpunt dat hem door partijen expliciet of impliciet ter beslissing was onderworpen, onverschillig of die beslissing voorkomt in het beschikkende gedeelte dan wel onder de consideransen; het kleeft ook aan hetgeen, gelet op het geschil dat voor de rechter is gebracht en waarover de partijen tegenspraak hebben kunnen voeren, expliciet of impliciet de noodzakelijke grondslag van de beslissing uitmaakt (Cass., 28 juni 1984, *A.C.*, 1983-84, nr. 619; 14 mei 1982, *Pas.*, 1982, I, 1086, *A.C.*, 1981-82, 1140; 24 december 1981, *Pas.*, 1982, I, 557, *A.C.*, 1981-82, 569; 24 april 1981, *Pas.*, 1981, I, 957, *A.C.*, 1980-81, 966; 28 maart 1980, *Pas.*, 1980, I, 940, *A.C.*, 1979-80, 956; 23 oktober 1979, *Pas.*, 1980, I, 245, *A.C.*, 1979-80, 236; 4 oktober 1978, *Pas.*, 1979, I, 166, *A.C.*, 1978-79, 148).

Daaruit volgt dat het gezag van gewijsde zich niet uitstrekt tot motieven waarvan de betekenis niet met zekerheid kan worden vastgesteld (Cass., 9 januari 1981, *Pas.*, 1981, I, 499, *A.C.*, 1980-81, 507), tot meningen die een rechter ten overvloede uit, zonder over een geschilpunt te beslissen (Cass., 16 februari 1979, *Pas.*, 1979, I, 715, *A.C.*, 1978-79, 715), of tot vaststellingen in een rechterlijke beslissing, waaromtrent de rechter, bij ontstentenis van enige betwisting, geen uitspraak heeft gedaan (Cass., 19 december 1983, *Pas.*, 1984, I, 441).

3.13. Vereist is dat de gevorderde zaak dezelfde is, dat de vordering op dezelfde oorzaak berust, dat de vordering tussen dezelfde partijen bestaat, en door hen en tegen hen in dezelfde hoedanigheid gedaan is (art. 23 Ger. W.).

Om te beslissen of de exceptie van het rechterlijk gewijsde toelaatbaar is, moet dus gelet worden op de fundamentele bestanddelen van de twee rechtsvorderingen en onderzocht worden of het voorwerp, de oorzaak en de partijen dezelfde zijn (Cass., 23 april 1982, *Pas.*, 1982, I, 963, *A.C.*, 1981-82, 1019; 28 november 1980, *Pas.*, 1981, I, 372, *A.C.*, 1980-81, 354; 8 december 1977, *Pas.*, 1978, I, 405, *A.C.*, 1978, 424; 16 maart 1972, *Pas.*, 1972, I, 660, *A.C.*, 1972, 670).

De identiteit van zaak en oorzaak wordt op onaantastbare wijze door de feitenrechter beoordeeld (Cass., 1 maart 1951, *Pas.*, 1951, I, 432), maar wat de partijen betreft moet opgemerkt worden dat de exceptie van het rechterlijk gewijsde niet alleen kan worden opgeworpen door en tegen degene die als eiser of verweerder in het geding is opgetreden, maar ook door en tegen degene die in zijn rechten is getreden (Cass., 30 mei 1983, *Pas.*, 1983, I, 1087; 26 mei 1981, *Pas.*, 1981, I, 1112, *A.C.*, 1980-81, 1118; 26 april 1974, *Pas.*, 1974, I, 873, *A.C.*, 1974, 926) en tevens door

en tegen degene die in het geding vrijwillig is tussengekomen of tot tussenkomst is opgeroepen, zij het slechts tot bindendverklaring (Cass., 14 mei 1982, *Pas.*, 1982, I, 1086, *A.C.*, 1981-82, 1140; 9 december 1977, *Pas.*, 1978, I, 411, *A.C.*, 1978, 431).

Het Burgerlijk Wetboek vermeldt het gezag van gewijsde onder de bewijsmiddelen, en wel als een wettelijk vermoeden juris et de jure (art. 1350, 3°, B.W.). Dit is betwistbaar en misleidend. Naar onze mening zou het gezag van gewijsde eigenlijk niet mogen worden ontleed als een bewijstechniek, wel als een verbod van bewijs. De openbare orde en de behoefte aan rechtszekerheid vereisen inderdaad dat «res judicata pro veritate habetur».

Dit verbod, en dus de draagwijdte van het gezag, zijn beperkt zoals omschreven in artikel 23 Ger. W. Zij gelden niet tegenover derden.

Toch zou een zekere neiging kunnen bestaan om aan te nemen dat de feiten die in een vonnis als vaststaande worden aangenomen, ook tegenover derden mogen worden ingeroepen. Het Hof van Cassatie heeft dan ook in zulke gevallen aan die vonnissen de waarde toegekend van een vermoeden juris tantum (Cass., 16 oktober 1981, *Pas.*, 1982, I, 245, *A.C.*, 1981-82, 251; 27 juni 1975, *Pas.*, 1975, I, 1053, *A.C.*, 1975, 1163).

De overtuigingskracht van dit vermoeden kan zeker niet gehaald worden uit artikel 1350, 3°, B.W., noch uit artikel 25 Ger. W. Het kan enkel gaan over een louter menselijke waarschijnlijkheid, steunend op de veronderstelling dat de rechter die het vonnis heeft uitgesproken zorgvuldig de hem voorgelegde overtuigingsgronden heeft afgewogen.

3.14. Iedere eindbeslissing heeft gezag van gewijsde vanaf de uitspraak (art. 24 Ger. W.), maar de beslissingen alvorens recht te doen hebben dit niet (Cass., 13 februari 1978, *Pas.*, 1978, I, 682, *A.C.*, 1978, 701; 19 december 1973, *Pas.*, 1974, I, 420, *A.C.*, 1974, 448).

Zie art. 19 Ger. W. wat betreft het onderscheid tussen het eindvonnis en het vonnis alvorens recht te doen, en de arresten van 10 september 1981, 7 februari en 29 maart 1979, 21 september 1978, 6 december 1974 en 11 januari 1973 wat betreft de toepassing van dit onderscheid (*Pas.*, 1982, I, 42, *A.C.*, 1981-82, 46; *Pas.*, 1979, I, 102, 654 en 899, *A.C.*, 1978-79, 90, 661 en 897; *Pas.*, 1975, I, 377, *A.C.*, 1975, 408; *Pas.*, 1973, I, 461, *A.C.*, 1973, 482).

Voor het gezag van gewijsde van buitenlandse vonnissen, zie men art. 570 Ger. W. (en Cass., 29 maart 1973, *Pas.*, 1973, I, 725, met concl. proc.-gen. Ganshof van der Meersch, *A.C.*, 1973, 763), van scheidsrechterlijke uitspraken, art. 1703 Ger. W. (en Cass., 28 juni 1979, *Pas.*, 1979, I, 1260, *A.C.*, 1978-79, 1303). Wat betreft de beslissingen op eenzijdig verzoekschrift, zie men Cass., 22 september 1977, *Pas.*, 1978, I, 98, met noot, *A.C.*, 1978, 104, en voor de beslissingen in kort geding, Cass., 28 september en 15 december 1978, *Pas.*, 1979, I, 141 en 460, *A.C.*, 1978-79, 131 en 451).

3.15. Het gezag van gewijsde verhindert dat de vordering opnieuw wordt ingesteld (art. 25 Ger. W.).

Voor de uitlegging en de verbetering van een vonnis, zie men de artikelen 793 en 794 Ger. W. en de arresten van 12 april 1984, *A.C.*, 1983-84, nr. 467; 10 oktober 1980, *Pas.*, 1981, I, 186, *A.C.*, 1980-81, 150, 8 december 1977, *Pas.*, 1978, I, 408, *A.C.*, 1978, 427, en 10 mei 1977, *Pas.*, 1977, I, 916, *A.C.*, 1977, 925).

3.16. Het gezag van gewijsde blijft bestaan zolang de beslissing niet ongedaan is gemaakt (art. 26 Ger. W.), hetgeen betekent dat een vonnis gezag van gewijsde heeft ook zo het door een onbevoegde rechter is uitgesproken of aangetast is door een procedurefout (Cass., 8 december 1971, *Pas.*, 1972, I, 344, *A.C.*, 1972, 348).

3.17. De exceptie van gewijsde kan in elke stand van het geding worden voorgedragen voor de feitenrechter voor wie de vordering is ingesteld; zij kan door de rechter niet ambtshalve worden opgeworpen (art. 27 Ger. W.).

Uit deze bepaling leidde het Hof af dat het gezag van gewijsde in burgerlijke zaken in principe niet van openbare orde is (Cass., 27 januari 1978, *Pas.*, 1978, I, 619, *A.C.*, 1978, 640; 28 maart 1977, *Pas.*, 1977, I, 809, *A.C.*, 1977, 814; 1 maart 1974, *Pas.*, 1974, I, 679, *A.C.*, 1974, 724; 17 november en 1 december 1972, *Pas.*, 1973, I, 270 en 312, *A.C.*, 1973, 273 en 321; 8 december 1971, *Pas.*, 1972, I, 344, *A.C.*, 1972, 348).

Anders is het wat betreft de kracht van gewijsde (Cass., 1 maart 1974 en 1 december 1972, reeds geciteerd). Voor het onderscheid tussen gezag van gewijsde en kracht van gewijsde, zie men Cass., 5 november 1931, *Pas.*, 1931, I, 279, en de openingsrede van de eerste advocaat-generaal Mahaux van 1 september 1971, *R.W.*, 1971-72, 108-110.

4. Het recht van verdediging

4.1. De eerbiediging van het recht van verdediging is ongetwijfeld het algemeen rechtsbeginsel dat het meest wordt ingeroepen.

Een groot aantal wetteksten maakt toepassing van dit beginsel (zie de opsommingen gegeven door A. Vanwelkenhuyzen in «La protection des droits de défense du prévenu dans le procès pénal en Belgique», *R.I.D.P.*, 1966, 31, en door de proc.-gen. Ganshof van der Meersch in zijn reeds geciteerde rede van 1 september 1970, noot 452); het beginsel zelf wordt echter in geen enkele tekst geformuleerd.

Wel werden, voor de noodwendigheden van de procedure voor het Hof van Cassatie, toen vóór het Hof de schending van een algemeen rechtsbeginsel nog niet kon worden ingeroepen, pogingen gedaan om in sommige wetteksten een algemene principeverklaring te zien. Zo bijvoorbeeld in artikel 2 van het decreet van 20 juli 1831 op de drukpers (zie de rede uitgesproken door de proc.-gen. R. Hayoit de Termicourt op de plechtige openingszitting van het Hof van cassatie op 15 september 1956, met als titel «Un aspect du droit de défense», *J.T.*, 1956, 505 e.v.). Deze pogingen lokten echter veel kritiek uit.

In zijn rede van 1 september 1970 zei de proc.-gen. Ganshof van der Meersch: «Malgré le soin que le législateur a eu et les nombreuses dispositions de nos codes qui organisent et protègent le droit de la défense, l'esprit doit rester orienté, dans le respect des intérêts publics et privés de l'action judiciaire, vers des solutions toujours plus complètes. Aussi, aucun juriste attentif n'a-t-il été surpris de vous voir affirmer la théorie des principes généraux, la seule qui soit de nature à donner pleine satisfaction, pour assurer, même en dehors des cas particuliers expressément réglés par le législateur, le respect des droits de la défense» (*J.T.*, 1970, 591). En verder: «Entre le 25 septembre 1961 et le 13 janvier 1970, vous n'avez pas rendu moins de 62 arrêts en matière répressive sur des pourvois qui, loin d'invoquer

dans le moyen une disposition particulière, se fonde sur le principe général des droits de la défense» (*ibidem*).

4.2. Er bestaat sedertdien een zeer uitgebreide cassatie-rechtspraak, niet om het bestaan en de waarde van het algemeen rechtsbeginsel betreffende het recht van verdediging te verkondigen — dit wordt door niemand meer betwist — maar om de juiste draagwijdte ervan te preciseren. Deze draagwijdte, die onderhevig is aan een evolutie in tijd en ruimte (zie J. Vanhalewyn, «Droit de défense en matière répressive et conventions internationales», *R.D.P.*, 1962-63, 522) zal het best uit de ontleiding van een aantal toepassingsgevallen kunnen worden afgeleid.

4.3. In talrijke arresten werd geoordeeld dat de rechter het recht van verdediging niet miskent wanneer hij weigert een door een van de partijen gevraagd bijkomende onderzoeksmaatregel te bevelen omdat hij die maatregel niet nodig acht om tot zijn overtuiging te komen. De feitenrechter oordeelt immers op onaantastbare wijze over de noodzaak of de gepastheid van dergelijke maatregelen (Cass., 5 juni 1985, *A.C.*, 1984-85, nr. 604; 21 september, 14 december en 22 december 1982, *Pas.*, 1983, I, 107, 461 en 498, *A.C.*, 1982-83, 116, 506 en 547; 9 september, 6 oktober, 3 november, 24 november, 11, 12 en 22 december 1981, *Pas.*, 1982, I, 32, 187, 315, 408, 499 en 542, *A.C.*, 1981-82, 36, 185, 328, 410, 507 en 553; 2 september en 16 december 1980, *Pas.*, 1981, I, 81 en 444, *A.C.*, 1980-81, 1 en 440).

De weigering een uitstel te verlenen kan evenmin als een schending van het verdedigingsrecht aangemerkt worden (Cass., 24 oktober 1979, *Pas.*, 1980, I, 256, *A.C.*, 1979-80, 251).

Wanneer een partij na het sluiten van het debat stukken wenst over te leggen en derhalve een heropening van het debat aanvraagt, wordt het nut van deze maatregel eveneens op onaantastbare wijze beoordeeld door de feitenrechter, die niet verplicht is zijn weigering te motiveren, zelfs indien het verzoek tot heropening van het debat de rechter vóór de uitspraak bereikt (Cass., 2 juni 1982, *Pas.*, 1982, I, 1140, *A.C.*, 1981-82, 1215; 19 november 1980, *Pas.*, 1981, I, 329, *A.C.*, 1980-81, 308, noot 2; 14 november 1979, *Pas.*, 1980, I, 348, *A.C.*, 1979-80, 341; 1 december 1978, *Pas.*, 1979, I, 382, *A.C.*, 1978-79, 378, noot 1).

Dit is volkomen logisch: het zou immers niet aannemelijk zijn dat elke partij op elk ogenblik, onder welk voorwendsel ook, een heropening van het debat zou kunnen afdwingen.

Het recht van verdediging wordt echter wel geschonden door de rechter die, na de sluiting van het debat, een conclusie of een overtuigingsstuk in het dossier opneemt zonder het als vreemd aan het debat te verwerpen of de heropening van het debat te bevelen (Cass., 1 juni 1976, *Pas.*, 1976, I, 1048, *A.C.*, 1976, 1088; 11 januari 1972, *Pas.*, 1972, I, 457, *A.C.*, 1972, 461), of die een verzoek tot heropening van het debat afwijst op grond dat hij met zekere stukken geen rekening zal houden, doch die, om zijn beslissing te staven, naar een van die stukken verwijst (Cass., 7 januari 1977, *Pas.*, 1977, I, 492, *A.C.*, 1977, 492).

Wanneer een partij over de grond van het geschil concludeert, doch in verband met een geschilpunt alleen maar vermeldt dat zij zich het recht voorbehoudt later daarover te concluderen, wordt het recht van verdediging van die partij niet geschonden door de rechter die, oordelend dat hij voldoende is ingelicht, tegelijkertijd over dit punt en over het

gehele geschil uitspraak doet (Cass., 3 januari 1980, *Pas.*, 1980, I, 508, *A.C.*, 1979-80, 510).

Anders was het indien een partij enkel over de bevoegdheid had geconcludeerd; of bijvoorbeeld, indien een partij enkel had gevraagd dat de zaak bij een andere zou worden gevoegd en de andere partij hiermee haar instemming had betuigd; in deze gevallen kon de rechter over de zaak zelf geen uitspraak doen zonder dat hij die partij had verzocht over de grond van de zaak te concluderen (Cass., 6 januari 1978, *Pas.*, 1978, I, 513, *A.C.*, 1978, 543).

4.4. Uit de hierboven aangehaalde arresten blijkt dat een partij op concrete wijze in het voordragen van haar verweer beperkt of misleid moet zijn geweest om een schending van haar recht van verdediging te kunnen doen vaststellen (zie o.m. ook Cass., 27 februari 1981, *Pas.*, 1981, I, 711, *A.C.*, 1980-81, 730; 14 april 1978, *Pas.*, 1978, I, 915, *A.C.*, 1978, 933).

Deze regel wordt geïllustreerd door het arrest van 8 september 1983 waarbij beslist werd dat de bestendige deputatie van een provincieraad, die uitspraak doet over een bezwaar tegen een directe gemeentebelasting, het recht van verdediging van de belastingplichtige miskent wanneer zij hem niet in staat stelt kennis te nemen van de stukken waarop zij haar beslissing grondt (*Pas.*, 1984, I, 17).

4.5. In **strafzaken** wordt het recht van verdediging miskend wanneer de veroordelende beslissing, zonder dat de beklaagde verwittigd is en de gelegenheid heeft gehad zich daaromtrent te verdedigen:

— de datum van de feiten der telastlegging wijzigt of de periode der telastlegging verlengt (Cass., 28 mei 1985, *A.C.*, 1984-85, nr. 582; 5 december 1984, *A.C.*, 1984-85, nr. 216; 29 oktober 1980, *Pas.*, 1981, I, 253, *A.C.*, 1980-81, 226; 21 november 1979, *Pas.*, 1980, I, 373, *A.C.*, 1979-80, 367; 18 oktober 1978, *Pas.*, 1979, I, 210, *A.C.*, 1978-79, 193);

— de omschrijving van de ten laste gelegde feiten wijzigt (Cass., 18 september 1984, *A.C.*, 1984-85, nr. 50);

— de kwalificatie van de ten laste gelegde feiten vervangt door een nieuwe kwalificatie (Cass., 17 januari 1984, *Pas.*, 1984, I, 519; 2 april 1980, *Pas.*, 1980, I, 963, *A.C.*, 1980-81, 981; 19 juni 1979, *Pas.*, 1979, I, 1206, *A.C.*, 1979-80, 1246; 29 maart 1977, *Pas.*, 1977, I, 815, *A.C.*, 1977, 821);

— een in de dagvaarding niet vermelde verzwarende omstandigheid in aanmerking neemt (Cass., 30 november 1977, *Pas.*, 1978, I, 350, *A.C.*, 1978, 366);

— of een nieuwe, na de datum van de feiten in werking getreden wet, waarbij de misdrijfomschrijving en/of de straffen gewijzigd werden, toepast (Cass., 26 oktober 1982, *Pas.*, 1983, I, 269, *A.C.*, 1982-83, 296).

4.6. Het recht van verdediging wordt tevens miskend:

— door het arrest dat een getuigenis dat door de eerste rechter regelmatig ter terechtzitting is afgenomen en in het proces-verbaal van deze terechtzitting is opgetekend, uit het debat weert op grond dat uit dit proces-verbaal niet blijkt dat de getuige meer dan vijftien jaar oud was (Cass., 10 september 1974, *Pas.*, 1975, I, 23, *A.C.*, 1975, 29; 11 februari 1974, *Pas.*, 1974, I, 601, *A.C.*, 1974, 628);

— door het arrest dat buiten de aanwezigheid van de beklaagde zijn verzet tegen een bij verstek uitgesproken arrest afwijst op een terechtzitting waarop hij niet gedagvaard was; in het bedoelde geval was de beklaagde versche-

nen op een latere datum, in de verzetakte vermeld, maar had zich zodoende tegen de afwijzing van zijn verzet niet kunnen verdedigen (Cass., 4 januari 1978, *Pas.*, 1978, I, 502, *A.C.*, 1978, 532);

— door het arrest dat de beklaagde veroordeelt op grond van een hem betreffend «persoonlijkheidsdossier», als noch uit de gedingstukken noch uit het arrest zelf kan worden opgemaakt wanneer en hoe die stukken bij het dossier zijn gevoegd en of zij al dan niet uit het debat zijn geweerd (Cass., 14 mei 1980, *Pas.*, 1980, I, 1140, *A.C.*, 1979-80, 1154);

— door het arrest waarbij een beklaagde wegens te zinnen laste gelegde feiten wordt veroordeeld, op grond van gegevens uit andere strafdossiers dan die welke in die zaak aan het hof van beroep waren voorgelegd, wanneer die dossiers aan de partijen niet zijn voorgelegd en zij daarover geen tegenspraak hebben kunnen voeren (Cass., 13 november 1979, *Pas.*, 1980, I, 344, *A.C.*, 1979-80, 337);

— door het arrest dat naar de schriftelijke conclusie van een partij verwijst, terwijl noch in de processen-verbaal van de terechtzittingen, noch in de inventaris van de gedingstukken gewag wordt gemaakt van die conclusie en deze zich evenmin onder de stukken bevindt (Cass., 17 november 1982, *Pas.*, 1983, I, 331, *A.C.*, 1982-83, 366).

In de laatst geciteerde arresten komt duidelijk tot uiting hoe nauw het verband is tussen de regel van de tegenspraak voor de vonnisgerechten (J. Dhaenens, *Belgisch strafprocesrecht*, deel II, vol. B, p. 3) en het algemeen rechtsbeginsel dat de eerbiediging van de rechten van de verdediging voorschrijft.

4.7. Ten slotte wordt het recht van verdediging in strafzaken nog miskend als blijkt dat de zaak niet op serene wijze is behandeld (Cass., 2 juni 1982, *Pas.*, 1982, I, 1144, *A.C.*, 1981-82, 1219, *R.W.*, 1982-83, 1979, met noot L. Neels), dat de rechter aan de beklaagde het recht ontzegd heeft om een geschreven conclusie neer te leggen (Cass., 18 september 1979, *Pas.*, 1980, I, 60, *A.C.*, 1979-80, 63) of dat de voorzitter bij het verhoor van een getuige een opmerking gemaakt heeft waaruit zijn overtuiging van de schuld van de beklaagde blijkt (Cass., 11 mei 1983, *Pas.*, 1983, I, 1027, *A.C.*, 1982-83, 1127).

Deze gevallen brengen het verband aan het licht tussen het recht van verdediging en het recht op een onpartijdige rechter alsook het vermoeden van onschuld dat elke beschuldigde geniet totdat zijn schuld wettig bewezen is (artikel 6.2 van het Europees Verdrag betreffende de rechten van de mens) (zie nrs. 5.3 en 8.1).

4.8. In **burgerlijke zaken** wordt het recht van verdediging miskend door de beslissing die de oorzaak of het voorwerp van de vordering ambtshalve wijzigt (Cass., 24 mei 1984, arrest nr. 4035; 9 februari 1984, *Pas.*, 1984, I, 648; 29 april 1982, *Pas.*, 1982, I, 991, *A.C.*, 1981-82, 1058; 20 maart 1980, *Pas.*, 1980, I, 887, met concl. adv.-gen. Krings, *A.C.*, 1979-80, 903; 29 februari 1980, *Pas.*, 1980, I, 805, *A.C.*, 1979-80, 813; 10 maart 1977, *Pas.*, 1977, I, 745, *A.C.*, 1977, 755) of feiten, die door de partijen niet zijn aangevoerd of aangenomen en waarover zij evenmin tegenspraak hebben gevoerd, ambtshalve in aanmerking neemt (Cass., 18 januari 1982, *Pas.*, 1982, I, 605, *A.C.*, 1981-82, 621; 29 februari 1980, *Pas.*, 1980, I, 805, *A.C.*, 1979-80, 813; 10 oktober 1974, *Pas.*, 1975, I, 170, *A.C.*, 1975, 186, met noot).

Hier sluit de regel die de eerbiediging van het recht van verdediging voorschrijft aan bij het algemeen rechtsbeginsel luidens hetwelk de partijen bij het bepalen van de grenzen van het geschil autonoom zijn (zie nr. 6.1).

Anderzijds oordeelt het Hof van Cassatie dat de rechter de door de partijen voorgedragen «redenen» of «rechtsgronden» ambtshalve kan aanvullen, wanneer hij geen betwisting opwerpt die partijen in hun conclusie hebben uitgesloten, enkel steunt op regelmatig aan zijn beoordeling overgelegde feiten en gegevens, en noch het voorwerp noch de oorzaak van de vordering wijzigt (zie de dienaangaande sub 6.5 geciteerde arresten). Daarbij is het de vraag of de rechter dit kan doen zonder aan de partijen de mogelijkheid te bieden hun opmerkingen over de door hem opgeworpen redenen of rechtsgronden kenbaar te maken. Ons inziens is de cassatierechtspraak wat dat betreft niet erg duidelijk.

Vele voorzieningen in cassatie verwijzen naar artikel 774, tweede lid, Ger. W., waarbij aan de rechter de verplichting wordt opgelegd het debat te heropenen indien hij oordeelt een vordering te moeten afwijzen op grond van een «exceptie» die voor hem niet is ingeroepen. Het is algemeen aanvaard dat de eerbiediging van het recht van verdediging verder gaat dan het voorschrift van artikel 774, tweede lid. Maar geldt de verplichting dan voor alle motiveringen die de rechtsgrond van een vordering of van een verweer wijzigen?

Uit verscheidene cassatiearresten zou men geneigd zijn af te leiden dat de rechter, wanneer de drie hierboven vermelde voorwaarden vervuld zijn, de door de partijen voorgedragen rechtsgronden ambtshalve kan aanvullen, zonder hierbij het debat te hoeven heropenen (Cass., 24 september 1982 en 21 maart 1983, *Pas.*, 1983, I, 121 en 792, *A.C.*, 1982-83, 131 en 891; 16 oktober 1980, *Pas.*, 1981, I, 208, *A.C.*, 1980-81, 174; 29 september 1978, *Pas.*, 1979, I, 149, *A.C.*, 1978-79, 140).

Uit andere arresten moet echter het tegenovergestelde afgeleid worden (zie Cass., 9 oktober 1980, *Pas.*, 1981, I, 160, met concl. adv.-gen. Krings, *A.C.*, 1980-81, 142, *J.T.*, 1981, 71, met concl. en noot; 24 november 1978, *Pas.*, 1979, I, 352, *A.C.*, 1978-79, 341, met concl. adv.-gen. Krings, *R.W.*, 1978-79, 2877, met noot, *R.C.J.B.*, 1982, 5, met noot).

In zijn openingsrede van 1 september 1983 zei de proc.-gen. Krings dan ook: «Het Hof heeft, in het bijzonder in de laatst arresten waarin de kwestie ter sprake kwam, nadrukkelijk overwogen dat wanneer de rechter de rechtsgrond van de vordering ambtshalve bepaalt, hij er zorg voor moet dragen het recht van verdediging te eerbiedigen, d.w.z. dat hij, alvorens te beslissen, de partijen in de gelegenheid moet stellen hun standpunt kenbaar te maken» (*R.W.*, 1983-84, 361).

4.9. Het recht van verdediging wordt ook miskend door de rechter die zijn beslissing grondt op door de partijen niet aangevoerd vreemd recht zonder dezen de gelegenheid te geven over de toepassing van dat vreemd recht tegenspraak te voeren (Cass., 18 februari 1985, *A.C.*, 1984-85, nr. 364; 22 oktober 1982, *Pas.*, 1983, I, 254, *A.C.*, 1982-83, 281, *R.W.*, 1982-83, 2188), of die een stuk, dat hem regelmatig door een van de partijen is overgelegd, uit het debat weert, op grond alleen dat dit stuk in een andere taal is gesteld dan die van de procedure (Cass., 16 juni 1982, *Pas.*, 1982, I,

1207, A.C., 1981-82, 1297).

4.10. Aangezien, zoals reeds is gezegd, de algemene rechtbeginselen geen gelding hebben tegen de wet, ligt het voor de hand dat de wetgever bevoegd is om het recht van verdediging in een bepaalde materie op een bijzondere wijze te regelen, hetgeen hij onder meer gedaan heeft met betrekking tot de dienstplicht (Cass., 27 september 1972, *Pas.*, 1973, I, 97, A.C., 1973, 105), de procedure voor de onderzoeksgerechten (Cass., 9 februari 1982, *Pas.*, 1982, I, 733, A.C., 1981-82, 756), en de procedure voor het Rekenhof (Cass., 30 juni 1983, *Pas.*, 1983, I, 1232, A.C., 1982-83, 1350; 2 oktober 1980, *Pas.*, 1981, I, 116; A.C., 1980-81, 118).

Er mag terloops opgemerkt worden dat de wetgever soms misbruik heeft gemaakt van deze mogelijkheid, namelijk wanneer hij de aan een partij opgelegde bewijsmogelijkheid derwijze beperkt, dat het in principe verschuldigd te-

genbewijs praktisch onmogelijk wordt. Dit is bv. het geval voor talrijke geschillen betreffende aanslagen van ambtswege in de inkomstenbelastingen.

Toch kan de eerbiediging van het recht van verdediging er bv. toe leiden, de wettelijke bewijskracht van een proces-verbaal terzijde te schuiven wanneer een te lange termijn verlopen is tussen de materiële vaststelling van bepaalde feiten en het opnemen van deze vaststelling in het besproken proces-verbaal (Cass., 18 maart 1986, arrest nr. 9690).

4.11. Om het in enkele woorden samen te vatten: het recht van verdediging wordt niet gevrijwaard door het naleven van formalistische voorschriften; alles is een kwestie van fair play in het voeren en beslechten van het proces.

(Slot in volgend nummer)

Philippe CLAEYS BOUUAERT

Rechter in de Rechtbank van Eerste aanleg te Brussel

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 13 DECEMBER 1985

Voorzitter: de h. Janssens

Raadsheer-rapporteur: de h. Matthijs

Procureur-generaal: de h. Declercq

Advocaten: mrs. Houtekier en Bützler

Overeenkomst — Wanprestatie — Ontbinding — Gevolgen.

Ingeval dat een der partijen in een wederkerige overeenkomst haar verbintenis niet nakomt, heeft de wederpartij de keus om ofwel die partij te noodzaken de overeenkomst uit te voeren, wanneer de uitvoering mogelijk is, ofwel de ontbinding van de overeenkomst te vorderen, met schadevergoeding. Uit de ontbinding van de overeenkomst volgt dat de partijen in dezelfde toestand geplaatst dienen te worden als waarin zij zich zouden hebben bevonden indien zij niet hadden gecontracteerd; het ontbonden contract kan geen grondslag uitmaken van rechten en verplichtingen van de partijen.

B. en V. t/ N.V. T. e.a.

Gelet op het bestreden arrest, op 16 april 1984 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen;

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 1134, 1135, 1138, 1140, 1145, 1146, 1184, 1582, 1583, 1604, 1605, 1658, 1702, 1703 en 1707 van het Burgerlijk Wetboek,

doordat het arrest, na de verweerders hoofdelijk te hebben veroordeeld om aan de eisers de sommen van 61.826, 103.307 en 100.000 frank te betalen, het door de eisers meer gevorderde verwierpt op grond: dat, wat betreft de schadevergoedingsvordering van 788.000 frank (715.000 frank, tegenwaarde van het appartement, en 73.000 frank,

betaald voorschot), betreffende de inbreng van het appartement Drago 2N5 (715.000 frank), het arrest van het hof van beroep van 8 november 1982 vastgesteld heeft dat de drie verweersters de overeenkomsten van 14 november 1974 (verkoopcontract en huurcontract), met de eisers gesloten, eenzijdig hebben verbroken in het nadeel van de eisers en de verweersters aansprakelijk zijn voor de uit deze verbreking voortspruitende schade; dat uit deze verbreking volgt dat de betaling van de koopsom onder meer «door inruiling van appartement Drago 2N5 tegen de prijs van 715.000 frank» — inruiling die nooit formeel (overeenkomstig de regelen geldend voor de overdracht van onroerende goederen) werd uitgevoerd — door de verkopers niet meer kan worden geëist en door de kopers niet meer kan worden opgedrongen; dat uit niets blijkt dat het appartement Drago 2N5 uit het vermogen van de eisers is gegaan, zodat zij geen enkele aanspraak kunnen maken op de tegenwaarde (715.000 frank); dat voormelde toestand niet gewijzigd noch beïnvloed wordt door het feit dat destijds een rechtsgeldig mandaat (tot verkoop namens eiseres) werd verleend aan S., aangezien niet betwist wordt dat de aan deze gegeven opdracht nooit is uitgevoerd; dat deze toestand ook niet wordt gewijzigd noch beïnvloed door het feit dat de eisers nadien terecht geweigerd hebben een tweede volmacht te verlenen; dat het behoud in het vermogen van de eisers van het litigieuze appartement ook niet wordt aangetaast door het (eventueel) feit dat de verweerders zich als eigenaars van het appartement hebben gedragen, aangezien thans vaststaat dat zij de overeenkomsten van 14 november 1974 eenzijdig hebben verbroken, zodat zij zich ten onrechte als eigenaars hebben gedragen, zodat zij zeker niet «zich als eigenaar dienden te gedragen»; dat uit het voorgaande blijkt dat de eisers alleen aanspraak kunnen maken op een vergoeding voor de schade geleden door het feit dat het appartement Drago 2N5 in hun vermogen niet werd vervangen door het appartement Alborada 3AC9, aangezien dit het gemiste doel is dat zij nastreefden in de verbroken overeenkomsten,

terwijl, eerste onderdeel, de eisers in de koopovereenkomst van 14 november 1974 de verplichting op zich genomen hadden het appartement Drago 2N5, geschat op 715.000 frank, aan eerste verweerster bij de ondertekening van de overeenkomst op 14 november 1974 door inruiling over te dragen; de verbintenis, door de eisers aangegaan, dit appartement Drago 2N5, dat bepaald was, te leveren, voltrokken was door de enkele toestemming van de contracterende partijen en eerste verweerster tot eigenaar geworden was op het ogenblik van de ondertekening van de akte, namelijk 14 november 1975; tussen partijen geen verdere formele verrichtingen moesten worden gesteld om eerste verweerster eigenaar van het appartement te maken (schending van de artikelen 1134, 1135, 1138, 1140, 1582 en 1583 van het Burgerlijk Wetboek);

tweede onderdeel, het arrest ten onrechte beslist dat uit de verbreking volgt dat de betaling van de koopsom, onder meer «door inruiling van het appartement Drago 2N5 tegen de prijs van 715.000 frank», daar zij nooit formeel overeenkomstig de regelen voor de overdracht van onroerende goederen werd uitgevoerd, niet uit het vermogen van de eisers gegaan is zodat zij geen enkele aanspraak kunnen maken op de tegenwaarde ervan; integendeel, de inruiling van het appartement Drago 2N5, die deel uitmaakt van het contract van verkoop, gedeeltelijk aanleiding geeft tot toepassing van de regelen van de ruiling, ten gevolge waarvan de eigendom van dit appartement tussen partijen door de wilsovereenstemming bij de ondertekening van het contract op 14 november 1974 op eerste verweerster was overgegaan, zonder dat er enige formele overdracht diende te gebeuren (schending van de artikelen 1134, 1135, 1140, 1582, 1583, 1702, 1703 en 1707 van het Burgerlijk Wetboek);

derde onderdeel, de eisers gerechtigd waren, ingevolge de verbreking van de koopovereenkomst ten laste van eerste verweerster, de tegenwaarde van het appartement Drago 2N5 als schadevergoeding te vorderen, nu de eigendom daarvan op deze verweerster was overgegaan; het desaangaande onverschillig is of partijen geen verdere uitvoering aan de overeenkomst hadden gegeven door toepassing van het formalisme voor de overgang van het goed (schending van de artikelen 1145, 1146, 1184, 1604, 1605, 1658 en 1707 van het Burgerlijk Wetboek);

Overwegende dat, krachtens artikel 1184, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek, in het geval dat een van beide partijen in een wederkerig contract haar verbintenis niet nakomt, de partij jegens wie de verbintenis niet is uitgevoerd, de keus heeft om ofwel de andere partij te noodzaken de overeenkomst uit te voeren, wanneer de uitvoering mogelijk is, ofwel de ontbinding van de overeenkomst te vorderen, met schadevergoeding;

Overwegende dat uit de vaststellingen van het niet bestreden arrest van 8 november 1982 blijkt dat de eisers de «verbreking» met schadevergoeding hebben gevorderd van de verkoop- en huurovereenkomst die zij op 14 november 1974 respectievelijk met eerste en tweede verweerster hebben gesloten, en dit wegens de niet-nakoming door de verweersters van hun verbintenissen;

Dat de eisers derhalve, met toepassing van artikel 1184, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek, ten laste van de verweersters, niet de uitvoering van de overeenkomsten,

doch de ontbinding ervan hebben gevorderd, met schadevergoeding;

Overwegende dat het niet bestreden arrest van 8 november 1982 «rechtens vaststelt dat de (verweersters) de overeenkomsten van 14 november 1974 (koopcompromis en huurcontract) eenzijdig hebben verbroken in het nadeel van de (eisers) en rechtens zegt dat zij alle drie principieel aansprakelijk zijn voor de schade die daaruit voor de (eisers) is gesproten»;

Dat dit arrest aldus, na te hebben geconstateerd dat de verweersters hun verbintenissen jegens de eisers niet zijn nagekomen, impliciet de ontbinding van de overeenkomsten ten nadele van de verweersters toestaat en beslist dat zij de schade die daaruit voortvloeit aan de eisers moeten vergoeden;

Overwegende dat uit de ontbinding van een wederkerig contract volgt dat de partijen in dezelfde toestand geplaatst dienen te worden als die waarin zij zich zouden hebben bevonden indien zij niet hadden gecontracteerd; dat het ontbonden contract geen grondslag van rechten en verplichtingen van de partijen kan uitmaken; dat uiteraard, schadevergoeding ten laste van de schuldige partij kan worden gelegd;

Overwegende dat, nu krachtens de ontbinding «ex tunc» van de koopovereenkomst van 14 november 1974 de eigendom van het door de eisers «tegen de prijs van 715.000 frank ingeruilde appartement Drago 2N5» rechtens wordt geacht niet op de verweersters te zijn overgegaan, het middel niet kan worden aangenomen;

(...)

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 20 FEBRUARI 1986

Voorzitter: de h. Bosly

Raadsheer-rapporteur: de h. Kreit

Advocaat-generaal: de h. Velu

Advocaat: mr. de Longueville

Inkomstenbelastingen — Vaststelling van de belasting — Bewijs — Vermoedens — Vergelijking met soortgelijke belastingplichtigen.

De rechter kan, in het kader van art. 246 W.I.B., onder de bij de artt. 1349 en 1353 B.W. gepreciseerde voorwaarden, gevolgtrekkingen afleiden uit elk bekend feit om te besluiten tot een onbekend feit. Het bestaan van ongeïdentificeerde belastingplichtigen en de juistheid van inlichtingen die alleen op de bewering van de administratie berusten en derhalve voor geen enkele verantwoording vatbaar zijn, kunnen niet als bekende feiten worden aangemerkt aangezien zij niet wettig zijn aangetoond.

Art. 248 W.I.B., dat toestaat de baten van de belastingplichtige te bepalen door vergelijking met de baten van soortgelijke belastingplichtigen, zonder dat het in dat geval de administratie van het haar in art. 244 opgelegde beroepsgeheim ontslaat, legt impliciet op het bestaan van de als vergelijkingspunten vermelde niet geïdentificeerde belastingplichtigen en de juistheid van de door de administratie over die belastingplichtigen verschaft inlichtingen als bewezen te beschouwen.

Wanneer de administratie, door op de totale kostprijs van de door een belastingplichtige verkochte koopwaar de marge van de brutowinst toe te passen die voor het belastingjaar is gemaakt door andere belastingplichtigen die een soortgelijke activiteit uitoefenden, bij gebreke van bewijskrachtige gegevens geleverd door de belastingplichtige, zijn brutowinst voor dat belastingjaar heeft bepaald, heeft zij geen gegeven dat tot vestiging van de belastbare grondslag dient, maar de belastbare grondslag zelf bepaald.

Belgische Staat t/ D.

Gelet op het bestreden arrest, op 20 december 1984 door het Hof van Beroep te Bergen gewezen;

Over het middel, afgeleid uit de schending van artikel 248 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen,

doordat het hof van beroep beslist dat de procedure die bij de vestiging van de litigieuze aanslagen is gevolgd niet regelmatig is, en diensgevolge de aanslagen vernietigt, op grond dat de administratie, «door vergelijkenderwijze de marge van de brutowinst vast te stellen in verhouding tot de verkopen van andere belastingplichtigen die een soortgelijke activiteit uitoefenden, en door die gemiddelde coëfficiënt toe te passen op de totale kostprijs van de volgens verzoeksters verklaringen verkochte koopwaar», de vergelijkingsmethode van artikel 248 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen wil hanteren, wat niet mag omdat de aldus gemaakte vergelijking waardoor — volgens het hof van beroep — slechts een gegeven wordt vastgesteld dat ter bepaling van de belastbare grondslag dient, niet het bijzonder bewijsmiddel bepaald bij genoemd artikel 248 is, maar het gewone bewijs door vermoedens uit het Burgerlijk Wetboek, waarvan de specifieke regels ten deze niet zijn nageleefd,

terwijl de administratie integendeel, door haar bovenvermeld optreden, de brutowinst van de bewuste belastingplichtige voor elk litigieus belastingjaar door vergelijking heeft bepaald, zodat zij niet slechts van een gegeven dat ter bepaling van de belastbare grondslag dient, maar die belastbare grondslag zelf heeft vastgesteld, en de vaststelling van de belastbare grondslag door vergelijking noodzakelijk gepaard gaat met het hanteren van het bijzonder bewijsmiddel bepaald bij artikel 248 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen;

Over de grond van niet-ontvankelijkheid, door verweerster hieruit afgeleid dat het middel bij gebrek aan belang niet onontvankelijk is:

Overwegende dat de rechter, in het kader van artikel 246, onder de bij de artikelen 1349 en 1353 van het Burgerlijk Wetboek gepreciseerde voorwaarden, gevolgtrekkingen kan afleiden uit elk bekend feit om te besluiten tot een onbekend feit; dat dienaangaande het bestaan van ongeïdentificeerde belastingplichtigen en de juistheid van de inlichtingen die alleen op de bewering van de administratie berusten en derhalve voor geen enkele verantwoording vatbaar zijn, niet als bekende feiten kunnen worden aangemerkt aangezien zij niet wettig zijn aangetoond;

Overwegende dat daarentegen artikel 248 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, nu het toestaat de baten van de belastingplichtige te bepalen door vergelijking

met de baten van soortgelijke belastingplichtigen, zonder dat het in dat geval de administratie van het haar in artikel 244 opgelegde beroepsgeheim ontheft, impliciet oplegt het bestaan van de door de administratie als vergelijkingspunten vermelde niet geïdentificeerde belastingplichtigen en de juistheid van de door de administratie over die belastingplichtigen verschaft inlichtingen als bewezen te beschouwen;

Dat de grond van niet-ontvankelijkheid niet kan worden aangenomen;

Over het middel:

Overwegende dat eiser, door op de totale kostprijs van de door verweerster verkochte koopwaar de marge van de brutowinst toe te passen die voor elk van de litigieuze belastingjaren is gemaakt door andere belastingplichtigen die een soortgelijke activiteit uitoefenden, bij gebreke van bewijskrachtige gegevens geleverd door verweerster, haar brutowinst tijdens dezelfde belastingjaren door vergelijking heeft bepaald;

Overwegende dat eiser aldus geen gegeven dat tot vestiging van de belastbare grondslag dient, maar de belastbare grondslag zelf heeft bepaald;

Overwegende dat het arrest bijgevolg daaruit niet heeft kunnen afleiden dat eiser niet het bijzonder bewijsmiddel van artikel 248 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen maar het gewone bewijs door vermoedens uit het Burgerlijk Wetboek had gehanteerd;

Dat het middel gegrond is;

(...)

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 21 APRIL 1986

Voorzitter: de h. Soetaert

Raadsheer-rapporteur: de h. Bosly

Eerste advocaat-generaal: de h. Duchatelet

Advocaten: mrs. Draps en Nelissen Grade

Ondernemingsraad — Veiligheidscomité — Beschermde werknemer — Ontslag — Werkgever — Begrip — Economische redenen — Paritair comité — Raadpleging — Gerechtigelijk akkoord door boedelfstand.

De ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de vereffenaars die bij een gerechtelijke beslissing zijn aangewezen om de in art. 32 van de wet op het gerechtelijk akkoord bepaalde opdracht uit te voeren, betekent dat de beschermde werknemer ontslagen wordt in de zin van de wetten op de ondernemingsraden en de veiligheidscomités.

Uit de omstandigheid dat de rechtbank van koophandel oordeelt dat de wettelijke voorwaarden voor de homologatie van een gerechtelijk akkoord door boedelfstand vervuld zijn, volgt niet dat het paritair comité ter zake van het ontslag van beschermde werknemers niet meer behoeft te worden geraadpleegd.

G. t/ N.V. I.

Gelet op het bestreden arrest, op 20 juni 1984 door het Arbeidshof te Luik gewezen;

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 1319, 1320, 1322 van het Burgerlijk Wetboek, 32 van de gecoördineerde wetten op het gerechtelijk akkoord, 1, h, 1bis, §§ 2, 5 en 7, van de wet van 10 juni 1952 betreffende de gezondheid en de veiligheid van de werknemers, alsmede de salubriteit van het werk en van de werkplaatsen, gewijzigd bij het koninklijk besluit nr. 4 van 11 oktober 1978, en 23 van het Gerechtelijk Wetboek waarin het algemeen rechtsbeginsel is vastgelegd dat het gezag van gewijsde zich niet verder uitstrekt dan tot hetgeen noodzakelijk en zeker is geoordeeld,

doordat het arrest, na te hebben vastgesteld dat de Rechtbank van Koophandel te Luik bij vonnis van 14 december 1980 verweersters aanvraag tot gerechtelijk akkoord door boedelafstand heeft gehomologeerd, de vereffening ervan en ook de overname van een gedeelte van haar baten door verschillende ondernemingen heeft toegestaan, dat de vereffenaars ten gevolge van die beslissing 250 niet aan het werk gehouden personeelsleden hebben ontslagen, waarvan 20 beschermde arbeiders en 7 beschermde bedienden, terwijl met name 52 beschermde arbeiders en 7 beschermde bedienden aan het werk werden gehouden, dat eiser, die lid was van het comité voor veiligheid en gezondheid, met ingang van 31 december 1981 is ontslagen, zonder naleving van de procedure van voorafgaande erkenning door het bevoegde paritair comité van een economische of technische reden, dat zijn aanvraag tot herplaatsing is afgewezen, beslist dat ten deze de raadpleging van het paritair comité niet was vereist, met bevestiging van het beroepen vonnis, en derhalve eisers rechtsvordering tot betaling van de bijzondere beschermingsvergoeding als bepaald bij artikel 1bis, § 7, van de wet van 10 juni 1952 afwijst,

terwijl het arrest, door geen van zijn hier volledig weergegeven overwegingen, zijn beslissing naar recht verantwoordt;

eerste onderdeel, in de regel, de verbintenissen die zijn ontstaan vóór de homologatie van een akkoord door boedelafstand en met name de arbeidsovereenkomsten blijven gelden voor de vereffenaars die, ingevolge artikel 32 van de gecoördineerde wetten op het gerechtelijk akkoord, enkel de rechten van de schuldenaar in het gerechtelijk akkoord in het algemeen belang uitoefenen; zij, wanneer zij beslissen het patronale prerogatief van het ontslag te benutten, optreden als werkgever zodat de wettelijke beperkingen van dat prerogatief alsdan voor hen gelden; zulks met name geldt voor de in artikel 1bis, § 2, van de wet van 10 juni 1952 vervatte verplichting om vóór elk ontslag van een beschermd werknemer het paritair comité te raadplegen; het arrest derhalve niet kon beslissen dat de vereffenaar bij een akkoord door boedelafstand, wanneer hij werknemers ontslaat, geen werkgever is, niet in diens naam optreedt en derhalve geen rechtspleging moet naleven die hem niet betreft, zonder schending van artikel 32 van de gecoördineerde wetten op het gerechtelijk akkoord en van artikel 1bis, § 2, van de wet van 10 juni 1952, en dus ook van artikel 1bis, § 5, dat de werkgever verplicht de onregelmatig ontslagen werknemer te herplaatsen, en van artikel 1bis, § 7, van dezelfde wet, dat aan die werknemer een bijzondere beschermingsvergoeding toekent als hij niet is herplaatst;

tweede onderdeel, de vereffenaars krachtens artikel 32 van de gecoördineerde wetten op het gerechtelijk akkoord over een gerechtelijk mandaat beschikken en niet verplicht

zijn de exploitatie volledig stop te zetten en na verloop van een bepaalde termijn al het personeel te ontslaan; het vonnis van 14 december 1981 van de rechtbank van koophandel dat de aanvraag tot gerechtelijk akkoord homologeert, niet stelt dat eiser moet worden ontslagen en, aangezien het geen datum voor de stopzetting van de activiteiten bepaalt, niet kan worden uitgelegd in die zin dat het de vereffenaars noodzakelijk verplicht al het personeel en dus ook eiser te ontslaan, het arrest derhalve, als het oordeelt dat dit vonnis heeft beslist dat de economische of technische redenen, waarop zijn beslissing tot homologatie van het akkoord is gegrond, eisers ontslag verantwoorden, dat dit ontslag noodzakelijk was verbonden met de door genoemd vonnis aan de vereffenaars toevertrouwde functie, de omvang van het aan de vereffenaars toegekende gerechtelijk mandaat (schending van artikel 32 van de wetten op het gerechtelijk akkoord), en het begrip gezag van gewijsde dat zich niet verder uitstrekt dan tot hetgeen noodzakelijk en zeker is geoordeeld, miskent (schending van artikel 23 van het Gerechtelijk Wetboek en miskening van het daarin vastgelegde rechtsbeginsel), evenals de zin en de draagwijdte van dat vonnis, waardoor het de bewijskracht ervan miskent (schending van de artikelen 1319, 1320 en 1322 van het Burgerlijk Wetboek); daaruit volgt dat het arrest, nu het vonnis van de rechtbank van koophandel geen wettelijke basis kan vormen om een uitzondering te maken op de verplichting om, alvorens een beschermd werknemer te ontslaan, het bevoegde paritair comité te raadplegen, als opgelegd bij artikel 1bis, § 2, van de wet van 10 juni 1952, die bepaling schendt en bijgevolg, op grond van de in het eerste onderdeel aangegeven redenen, ook artikel 1bis, §§ 5 en 7, van dezelfde wet;

(...)

Wat de twee eerste onderdelen betreft:

Overwegende dat artikel 1bis, § 2, van de wet van 10 juni 1952 betreffende de gezondheid en de veiligheid van de werknemers, alsmede de salubriteit van het werk en van de werkplaatsen met name bepaalt dat de leden die het personeel vertegenwoordigen in het comité voor veiligheid en gezondheid slechts kunnen worden ontslagen om economische of technische redenen die vooraf door het bevoegde paritair comité zijn erkend, en dat onder ontslag moet worden begrepen, met name, elke beëindiging van de overeenkomst door de werkgever;

Dat in de zin van die bepalingen ontslag niet enkel betekent, de beëindiging van de overeenkomst door de werkgever, maar ook de ontbinding van de overeenkomst door de vereffenaars die bij een gerechtelijke beslissing zijn aangewezen om de in artikel 32 van de wet op het gerechtelijk akkoord bepaalde opdracht uit te voeren;

Overwegende dat de omstandigheid dat ten deze het vonnis van 14 december 1981 van de Rechtbank van Koophandel te Luik de aanvraag tot gerechtelijk akkoord van de N.V. I. heeft gehomologeerd, niet ter zake dienende is;

Dat de rechtbank van koophandel, die niet bevoegd was om te oordelen of er economische of technische redenen waren die het ontslag verantwoordden van de leden van het comité voor veiligheid en gezondheid dat bij verweersters onderneming was opgericht, enkel heeft gesteld dat, in de bij haar aanhang gemaakte zaak, de wettelijke voorwaarden voor de homologatie van een gerechtelijk akkoord

door boedelafstand waren vervuld, en vereffenaars heeft aangewezen;

Dat het arrest, door te beslissen dat die vereffenaars het bevoegde paritair comité niet hoefden te raadplegen alvorens eiser te ontslaan, de bepalingen van artikel 1bis, § 2, van de wet van 10 juni 1952 schendt;

Dat die onderdelen, in die mate, gegrond zijn;
(...)

NOOT—Zie Cass., 13 oktober 1986, in dit nummer.

Het vernietigde arrest van 20 juni 1984 van het Arbeidshof te Luik is gepubliceerd in *J.T.T.*, 1985, 169.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER— 13 OKTOBER 1986

Voorzitter-rapporteur: de h. Soetaert

Advocaat-generaal: de h. Lenaerts

Advocaat: mr. Bützler

Ondernemingsraad — Veiligheidscomité — Beschermde werknemer — Ontslag — Economische redenen — Rechterlijke beslissing — Paritair comité — Raadpleging.

De verplichting tot raadpleging van het bevoegde paritair comité met betrekking tot het bestaan van economische redenen die het ontslag van een beschermde werknemer verantwoorden, is opgeheven wanneer de werkgever, de curator van het faillissement of de vereffenaar van het gerechtelijk akkoord ingevolge een rechterlijke beslissing verplicht is alle werknemers gelijkelijk en terzelfder tijd of binnen een zeer korte termijn te ontslaan zodat discriminatie is uitgesloten.

B. t/ Mrs. De Coster, Nollet en Thierry q.q.

Gelet op het bestreden arrest, op 21 mei 1985 door het Arbeidshof te Antwerpen, afdeling Hasselt, gewezen;

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 1bis, § 2, inzonderheid eerste lid, van de wet van 10 juni 1952 betreffende de gezondheid en de veiligheid van de werknemers alsmede de salubriteit van het werk en van de werkplaatsen, gewijzigd bij koninklijk besluit nr. 4 van 11 oktober 1978, en 21, § 2, inzonderheid eerste lid, van de wet van 20 september 1948 houdende organisatie van het bedrijfsleven, gewijzigd bij koninklijk besluit nr. 4 van 11 oktober 1978, en voor zoveel nodig van de artikelen 1134 en 1135 van het Burgerlijk Wetboek, 51 van de wet van 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités, en 13 van het Protocol van akkoord betreffende de aanwijzing van afgevaardigden van het bediendenpersoneel in de ondernemingen voor de bouwsector, gesloten tussen de Nationale Confederatie van het Bouwbedrijf en de bediendenbonden uit de sector,

doordat het arbeidshof, na te hebben vastgesteld dat partijen het erover eens waren dat eiser, als vakbondsafgevaardigde, krachtens artikel 13 van het Protocol van akkoord betreffende de aanwijzing van afgevaardigden van het bediendenpersoneel, gesloten tussen de Nationale Confederatie van het Bouwbedrijf en de vertegenwoordigers van de

bediendenbonden, dezelfde bescherming tegen ontslag genoot als die welke door de wettelijke bepalingen wordt verleend aan de leden van de ondernemingsraad en het comité voor veiligheid en hygiëne, oordeelt dat de door de artikelen 1bis, § 2, van de wet van 10 juni 1952 en 21, § 2, van de wet van 20 september 1948 bedoelde raadplegingen van het bevoegde paritair comité — alvorens tot ontslag van de beschermde leden over te gaan om economische of technische redenen —, voorgeschreven is om elke discriminatie van de beschermde werknemers te voorkomen, na te hebben overwogen dat deze verplichte raadpleging vervalt wanneer een curator, ter uitvoering van zijn gerechtelijke opdracht in het raam van een faillissement ertoe verplicht is de exploitatie volledig stop te zetten en al het personeel te ontslaan, omdat in zulk een geval iedere discriminatie van beschermde werknemers uitgesloten is, en na te hebben vastgesteld dat ten deze het ontslag van eiser op 1 december 1980 werd gegeven, en niet te hebben tegengesproken wat de partijen aanvoerden, met name dat het ontslag zich voordeed tijdens de termijn gedurende welke de voortzetting van de activiteit van de onderneming toegelaten was, en dat na het ontslag van eiser nog 42 bedienden en 440 arbeiders overbleven, waarvan het gedeelte dat niet door andere bedrijven werd overgenomen, slechts ontslagen werd op 15 maart en 30 april 1981, besluit dat, gelet op de rechtsfiguur van het gerechtelijk akkoord en de opdracht van de vereffenaars, «ook bij gerechtelijk akkoord met boedelafstand de vereffenaar ter uitvoering van zijn gerechtelijke opdracht, ertoe verplicht is de exploitatie volledig stop te zetten en al het personeel af te danken en in deze omstandigheden iedere nadelige discriminatie van de beschermde werknemers uitgesloten is en de voorafgaande raadpleging van het paritair comité niet vereist is», dat daaraan geen afbreuk doet het feit dat «ten deze, met toelating van de rechtbank van koophandel en met het doel de realisatie van het actief in het belang van de schuldeisers zo voordelig mogelijk te doen verlopen, de stopzetting (van de activiteit van de onderneming) en de hieraan verbonden personeelsafdankingen niet ineens doch geleidelijk mocht worden uitgevoerd», dat «het slechts een uitvoeringsmodaliteit van de aan de vereffenaars toevertrouwde algehele liquidatie betreft en zij gebeurt onder toezicht van de rechter-commissaris en geen gevaar voor discriminatie op grond van vakbondsactiviteiten kan doen ontstaan», en eisers oorspronkelijke vordering tot het verkrijgen van de bijzondere beschermingsvergoeding afwijst,

terwijl de door het arbeidshof vermelde wetsbepalingen betreffende de bescherming van de leden van ondernemingsraad en comité voor veiligheid en hygiëne, ten deze toepasselijk, aan de werkgever een verplichte consultatie opleggen van het bevoegde paritair comité, alvorens tot ontslag van beschermde werknemers over te gaan om technische of economische redenen; ten einde discriminatie van de beschermde werknemers te voorkomen, deze ingeroepen technische of economische redenen bijgevolg vooraf door het bevoegde paritair comité dienen te worden erkend; dit beginsel weliswaar, overeenkomstig de rechtspraak van het Hof, uitzondering lijdt wanneer een curator, ter uitvoering van zijn gerechtelijke opdracht, na het verstrijken van de door de rechtbank toegekende termijn tot verdere exploitatie, ertoe verplicht is de exploitatie volledig stop te zetten en al het personeel te ontslaan; deze uitzondering evenwel

strikt dient te worden opgevat, en met name vereist is a) dat het ontslag ter uitvoering van een gerechtelijke beslissing wordt gegeven, b) dat het doorgevoerd wordt bij het verstrijken van de door de rechtbank toegestane termijn tot verdere exploitatie, of wanneer de exploitatie onmogelijk wordt, en c) dat alle personeel collegiaal wordt ontslagen; ten deze, zoals door de feitenrechters is vastgesteld, noch de termijn tot voortzetting van de activiteit verstreken was, noch de verdere exploitatie onmogelijk werd, noch alle resterende werknemers collegiaal ontslagen werden; het arbeidshof derhalve niet zonder miskennning van de in de aanhef van het middel vermelde wetsbepalingen van de wetten van 20 september 1948 en 10 juni 1952, ten deze toepasselijk door de overige vermelde wetsbepalingen, kon oordelen dat het ontslag van eiser, als beschermde werknemer, zonder dringende reden, rechtsgeldig was doorgevoerd, ook al was het bevoegde paritair comité niet vooraf geraadpleegd betreffende het bestaan van technische of economische redenen tot ontslag:

(...)

Overwegende dat de artikelen 1bis, § 2, van de wet van 10 juni 1952 betreffende de gezondheid en de veiligheid van de werknemers alsmede de salubriteit van het werk en van de werkplaatsen, en 21, § 2, van de wet van 20 september 1948 houdende organisatie van het bedrijfsleven, waarvan de toepasselijkheid op eiser ter zake niet wordt betwist, onder meer bepalen: «De leden die het personeel vertegenwoordigen en de kandidaten kunnen slechts worden ontslagen (...) om economische of technische redenen die vooraf door het bevoegde paritair comité werden erkend», en «Als ontslag wordt beschouwd: 1° elke beëindiging van de overeenkomst door de werkgever (...)»;

Overwegende dat die verplichting evenwel geen zin meer heeft en derhalve is opgeheven, wanneer de werkgever, de curator van het faillissement of de vereffenaar van het gerechtelijk akkoord ingevolge een rechterlijke beslissing verplicht is alle werknemers gelijkelijk en terzelfder tijd of binnen een zeer korte termijn te ontslaan zodat discriminatie is uitgesloten;

Overwegende dat het arrest ten deze vaststelt: «Toen bleek dat een algehele overname van de onderneming niet realiseerbaar was, machtigde de rechtbank van koophandel de vereffenaars over te gaan tot de geleidelijke stopzetting van de activiteiten, realisatie van het actief en afdanking van het personeel, rekening houdend met een gebeurlijke gedeeltelijke overname»;

Overwegende dat uit deze vaststellingen niet kan volgen dat de vereffenaars ingevolge een rechterlijke beslissing verplicht waren alle werknemers terzelfder tijd of binnen een zeer korte termijn te ontslaan, zodat discriminatie van beschermde werknemers uitgesloten was;

Dat het arrest de genoemde wetsbepaling schendt door op grond van die vaststellingen te beslissen dat de voorafgaande raadpleging van het paritair comité niet was vereist;

Dat het middel gegrond is;

(...)

NOOT—Zie Cass., 21 april 1986, in dit nummer; Cass., 13 januari 1971, *R.W.*, 1970-71, 1515; Cass., 13 april 1981, *Arr. Cass.*, 1980-81, 937; Cass., 28 mei 1975, *R.W.*, 1975-76, 1274.

RAAD VAN STATE

7e KAMER — 27 MAART 1986

Voorzitter: de h. Tacq

Staatsraden: de h. Verschooten en mevr. Vrints

Auditeur: mevr. Tulkens

Advocaat: mr. Pelgrims

Gevaarlijke, ongezonde en hinderlijke inrichtingen — Beroep — Termijn — Onderscheid aanplakking/aanzegging.

Ofschoon art. 13 A.R.A.B. bepaalt dat de beroepstermijn van tien dagen ingaat met de dag volgend op de datum van de aanplakking van de beslissing van de bestendige deputatie, kan die bepaling van de aanvang van de termijn niet gelden ten aanzien van personen aan wie de beslissing moet worden aangezegd. Voor hen gaat de beroepstermijn in daags na de ontvangst van het afschrift van de bestreden beslissing, ongeacht of de aanplakking voorafgaat of volgt.

N.V. S./ Vlaamse Gewest

Arrest nr. 26.312

Gezien het verzoekschrift ingediend op 4 januari 1985 door de N.V. S. om de nietigverklaring te vorderen van het besluit van 21 september 1984 van de Gemeenschapsminister van Leefmilieu, Waterbeleid en Onderwijs, waarbij het door haar ingestelde beroep tegen de beslissing van 25 mei 1984 van de bestendige deputatie van de provincieraad van Oost-Vlaanderen, houdende weigering van de vergunning om op voormeld adres een inrichting voor montage en opslag van brandwerende en andere bouwelementen alsmede een werkplaats voor houtbewerking te exploiteren, niet ontvankelijk werd verklaard;

1. Wat de feitelijke gegevens van de zaak betreft

Op 7 juli 1983 werd door de N.V. S. een aanvraag ingediend voor een vergunning voor de exploitatie van een inrichting voor montage en opslag van brandwerende en andere bouwelementen met een gezamenlijk vermogen van 15 pk.

Het onderzoek *de commodo et incommodo* gaf aanleiding tot twee bezwaarschriften.

Het college van burgemeester en schepenen van A. adviseerde de vraag gunstig, mits een aantal voorwaarden worden opgelegd. Het provinciaal bestuur van de stedenbouw en de ruimtelijke ordening gaf een ongunstig advies. De administratie voor ruimtelijke ordening en leefmilieu stelde in haar advies voor de vergunning te verlenen, maar dan beperkt tot een termijn van drie jaar. De provinciale dienst voor de bescherming van het leefmilieu adviseerde de vergunning toe te kennen voor een beperkte termijn, mits een regularisatievergunning wordt verleend en een aantal voorwaarden worden nageleefd.

Bij beslissing van 25 mei 1984 van de bestendige deputatie van de provincieraad van Oost-Vlaanderen werd de vergunning geweigerd op grond dat de inrichting gelegen is in een woongebied met landelijk karakter.

Deze beslissing werd blijkens een verklaring van 29 juni 1984 van het college van burgemeester en schepenen van A.

— ter kennis van het publiek gebracht door aanplakking van een bericht van 14 tot 24 juni 1984;

— op 4 juni 1984 ter kennis gebracht van de verzoeken-de partij.

De verzoekende partij kwam bij ter post aangetekend schrijven van 21 juni 1984 van deze beslissing in beroep bij de Gemeenschapsminister van Leefmilieu, Waterbeleid en Onderwijs.

Op 21 september 1984 werd het thans voor de Raad van State bestreden ministerieel besluit genomen, waarbij het beroep van de verzoekende partij tegen de weigeringsbeslissing van de bestendige deputatie niet ontvankelijk werd verklaard.

Het bestreden besluit berust op de volgende motivering:

«Overwegende dat het beroepen besluit op 4 juni 1984 aan de exploitant werd betekend; dat het beroep dus verzonden werd na de termijn van tien dagen te rekenen vanaf de eerste dag na de betekening van het besluit; dat dit beroep bijgevolg onontvankelijk moet worden verklaard, gezien het arrest van de Raad van State van 8 december 1971, nr. 15.069».

(...)

2. Ten gronde

Overwegende dat de verzoekende partij in een enig middel doet gelden dat het bestreden besluit haar beroep ten onrechte niet ontvankelijk heeft verklaard op grond van het motief dat het werd verzonden na de termijn van tien dagen te rekenen vanaf de eerste dag na de betekening van de beslissing van de bestendige deputatie, terwijl overeenkomstig het voorschrift van artikel 13 van het Algemeen Reglement voor de Arbeidsbescherming de beroepstermijn slechts begint te lopen vanaf de eerste dag van de aanplakking, en dat, nu de aanplakking gebeurde op 14 juni 1984 en het beroep bij ter post aangetekende brief van 21 juni 1984 werd verzonden, het beroep bij de Executieve wel tijdig werd ingediend;

Overwegende dat luidens artikel 12 van het Algemeen Reglement voor de Arbeidsbescherming, de beslissing waarbij in eerste aanleg uitspraak wordt gedaan over een aanvraag tot exploitatievergunning, ter kennis van de belanghebbenden dient te worden gebracht door:

— de toezending van een volledig afschrift van de beslissing aan de vergunningsaanvrager;

— de aanplakking van de beslissing of van een vervangend bericht gedurende tien dagen aan het gemeentehuis en aan de zetel van de ontworpen exploitatie;

dat artikel 13, derde lid, van voornoemd reglement bepaalt: «Het beroep wordt betekend bij ter post aangetekende brief, verzonden binnen tien dagen na de eerste dag van de aanplakking van de beslissing»;

Overwegende dat het voorschrift, dat de beroepstermijn de eerste dag van de aanplakking doet ingaan, uiteraard maar zinvol is met betrekking tot diegenen waarvoor de aanplakking het enig middel is om van het bestaan en de inhoud van de beslissing kennis te krijgen; dat wie een bijzondere persoonlijke aanzegging van de gegeven beschikking moet ontvangen, ongetwijfeld op dezelfde termijn als de anderen, die op de aanplakking aangewezen zijn, aanspraak kan maken, maar dat juist daarom het uitgangspunt voor de berekening van de termijn een ander moet zijn, nl.

de dag van de persoonlijke aanzegging; dat iemand aan wie een beslissing moet worden aangezegd, immers gerechtigd is erop te vertrouwen dat die verplichting door de overheid zal worden nagekomen en daarom ook mag afwachten tot hem de aanzegging is gegeven om pas dan zijn houding ten aanzien van de gegeven beschikking te bepalen, zodat de beroepstermijn moet ingaan de dag van de aanzegging, ook al komt die na de aanplakking; dat anderzijds degene aan wie de beschikking speciaal moet worden aangezegd, geen langere termijn mag hebben dan de minder begunstigde belanghebbende, wat betekent dat voor hem de beroepstermijn begint te lopen de dag van de aanzegging; ook al gaat deze aan de aanplakking vooraf; dat daaruit volgt dat voor wie de beschikking persoonlijk moet worden aangezegd, de vragen of de beschikking al dan niet is uitgeplakt en wanneer, zonder belang zijn in verband met de berekening van de beroepstermijn;

Overwegende dat zoals reeds is uiteengezet, de weigeringsbeslissing van 25 mei 1984 van de bestendige deputatie van de provincieraad van Oost-Vlaanderen op 4 juni 1984 ter kennis van de verzoekende partij werd gebracht; dat het beroepschrift gericht aan de Vlaamse Executieve slechts op 21 juni 1984 als aangetekende zending ter post werd afgegeven; dat hieruit volgt dat het beroep bij de Executieve buiten de termijn van tien dagen na de aanzegging van de beroepen beslissing werd ingesteld, zodat de tegenpartij het dan ook terecht niet ontvankelijk heeft verklaard; dat het middel derhalve niet gegrond is,

(...)

NOOT — *Het uitgangspunt van de beroepstermijn bij aanplakking en aanzegging*

De Raad van State heeft zich reeds enkele malen moeten buigen over de voorschriften van de artikelen 12 en 13 van het A.R.A.B.

1) De termijn van beroep vastgesteld door artikel 13 is geen termijn van orde, maar een echte beroepstermijn, gesteld op straffe van verval van het recht van beroep, ook al kan de afgewezen aanvrager van een vergunning altijd een nieuwe aanvraag indienen (R.v.St., Diegem, nr. 15.069, 8 december 1971).

2) Het bewijs dat de termijnen zijn nageleefd, moet worden geleverd door degene die het hoger beroep instelt en moet blijken uit de aan de Raad van State voorgelegde gegevens (R.v.St., Antonissen, nr. 3.852, 29 november 1954).

3) De betekening of de kennisgeving is, behoudens bijzondere wettelijke of reglementaire voorschriften, aan geen vormvereisten onderworpen. Zij kan derhalve geschieden bij gewone brief, maar dan rust, bij eventuele betwisting over het feit zelf van de betekening, de bewijslast op de overheid die ze heeft verricht (R.v.St., Vanhuysse, nr. 20.107, 12 februari 1980). Het A.R.A.B. schrijft niet voor op welke manier het gemeentebestuur de beslissing van de bestendige deputatie aan de aanvrager moet aanzeggen: een brief die op een bepaalde dag wordt verzonden komt normaal, bij werkdagen, de volgende dag aan (R.v.St., Roofthoofd, nr. 21.598, 26 november 1981).

4) Het hiervoren afgedrukte arrest is interessant omdat het uitlegt waarom degene die een persoonlijke aanzegging moet ontvangen, mag wachten om hoger beroep in te stellen tot de betekening heeft plaatsgevonden, en tevens moti-

veert waarom de betrokkene anderzijds niet over een lange termijn mag beschikken dan de minder begunstige belanghebbende. De aanplakking vóór of na de aanzegging speelt dus geen enkele rol.

5) De Raad van State heeft in dezelfde geest de inhoud van artikel 6 van de wet van 31 mei 1961 betreffende het gebruik der talen in wetgevingszaken, het opmaken, bekendmaken en inwerking treden van wetten en verordeningen (*B.S.*, 21 juni 1961) ontleed. Artikel 6, dat bepaalt dat de besluiten verbindend worden zodra daarvan aan belanghebbenden kennis is gegeven of vanaf de bekendmaking, als deze voorafgaat, ontnemt aan de betrokkene niet de waarborg van een individuele kennisgeving van de hem persoonlijk betreffende besluiten (*R.v.St.*, Brouwers, nr. 10.179, 27 september 1963).

6) Voor zover bekend besteedt het ontwerp van besluit van de Vlaamse Executieve houdende nadere regelen betreffende de milieuvergunning, dat geroepen is om gedeeltelijk het A.R.A.B. te vervangen voor de aangelegenheden geregeld in dit besluit, in verband met de mogelijkheid van beroep, enkel aandacht aan de betekening en niet aan de aanzegging van het besluit aan de betrokken persoon of firma. Beroep zou kunnen worden ingesteld uiterlijk op het einde van de aanplakkingstermijn, die dertig dagen zou belopen. Maar hoe wordt de termijn berekend voor de personen aan wie de beslissing moet worden aangezegd? Is dit probleem in het ontwerp niet over het hoofd gezien?

W. Lambrechts

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

6e KAMER — 30 OKTOBER 1985

Voorzitter: de h. Van Malderen

Raadsheren: mevr. Del Carril en de h. Winnen

Advocaten: mrs. Mommen, Berghs en Vaes loco Vandenberg

Boetebeding — Cumulatie.

Wanneer een leasingovereenkomst twee boetebedingen bevat waarvan het ene bepaalt dat, in geval van wanprestatie een schadevergoeding verschuldigd is «die forfaitair en onherroepelijk vastgesteld is op het bedrag van de op de dag van verbreking nog te vervallen huurprijzen» en het andere beding als nalatigheidsinteressen de verschuldigde vergoeding vaststelt op 1/1000 van de achterstallige bedragen per dag, dan kan, bij wanprestatie, slechts één van beide bedingen toegepast worden. De toepassing van beide bedingen zou in strijd zijn met art. 6 B.W., daar deze boetebedingen de vergoeding van dezelfde schade beogen.

P. t/ C.V. C.

Overwegende dat de oorspronkelijke vordering, door geïntimeerde voor de eerste rechter ingeleid, tot voorwerp had een tussen partijen gesloten overeenkomst van financieringshuur van 19 juni 1978 omtrent een bij de P.V.B.A. G. gesloten huur van een koelcelvriescel en ijsmachine met aanhorigheden ontbonden te horen verklaren met betaling

van een som van 622.607 frank en met de verplichting het gehuurde materiaal opnieuw ter beschikking te stellen van zijn rechtmatige eigenaars; dat de eerste rechter bij verstekvonnis van 23 december 1980 het verzoek inwilligde; dat appellante hiertegen verzet aantekende, hetgeen het voorwerp uitmaakte van het bestreden vonnis, en aanvoerde dat er foutieve boekingen waren gebeurd, hetgeen aanleiding heeft gegeven tot een misverstand met als gevolg de verordering tot ontbinding van de overeenkomst van financieringshuur gekoppeld aan de teruggave van de in huur gegeven materialen; dat appellante bovendien nog deed gelden misleid te zijn bij het sluiten van de overeenkomst daar zij, noch lezen noch schrijven kunnend, er de draagwijdte niet van had begrepen;

Overwegende dat de eerste rechter deze argumenten van de hand wees, hoofdzakelijk op grond dat de ingeroepen beweringen niet bewezen waren, en appellante veroordeelde tot betaling van een bedrag van 672.924 frank na vaststelling van het verschuldigd saldo op een bedrag van 572.924 frank en toepassing van het contractueel schadebeding, overeenkomstig artikel 1231 van het Burgerlijk Wetboek, op een bedrag van 100.000 frank, terwijl geïntimeerde aanvankelijk uit dezen hoofde een bedrag van 231.792 frank gevorderd had;

Overwegende dat de eerste rechter een juiste afrekening maakte, hetgeen door de partijen niet wordt betwist;

Overwegende dat de eerste rechter om de redenen in het bestreden vonnis aangehaald de overeenkomst ontbonden verklaarde, de ongeletterdheid van appellante niet in aanmerking nam en opteerde voor een volledige en integrale toepassing van de tussen partijen rechtsgeldig gesloten overeenkomsten;

Overwegende dat appellante terecht werd veroordeeld tot betaling van het nog verschuldigd saldo berekend na de betalingen op een som van 572.924 frank;

Overwegende dat de eerste rechter, rekening houdend met de door appellante uitgevoerde betaling, met toepassing van artikel 1231 van het Burgerlijk Wetboek, een beperkt gebruik van het schadebeding toepaste en dit beding toegepaste voor een bedrag van 100.000 frank; dat geïntimeerde bij wijze van incidenteel beroep, en met toepassing van artikel 807 van het Gerechtelijk Wetboek, een bedrag van 406.830 frank vordert met toepassing van artikel 3 van het contract dat als nalatigheidsinteressen de verschuldigde vergoedingen vaststelt op 1/1000 van de achterstallige bedragen per dag; dat appellante de berekening van dit bedrag niet betwist;

Overwegende dat dit bedrag gevorderd wordt boven de door de eerste rechter toegekende veroordeling ten belope van 672.924 frank, zijnde de integrale veroordeling van de volledige uitwerking van de overeenkomst, een gedeeltelijke toepassing van het strafbeding en de teruggave van het materiaal;

Overwegende dat appellante terecht doet gelden dat geen cumulatie van vergoedingen in geval van strafbeding kan worden toegelaten; dat met name bij leasingovereenkomsten ofwel de uitvoering van de overeenkomst of de toepassing van het strafbeding gevorderd kan worden, doch niet de cumulatie van beide (*L. Fredericq, Beginselen van Belgisch handelsrecht, deel III, uitg. 1980, nr. 1523*);

Overwegende dat zodoende alleen de vordering van geïntimeerde kan worden ingewilligd strekkend tot de uitvoe-

ring van de hoofdvbintenis en, aangezien het om een leasingovereenkomst gaat, gekoppeld aan de teruggave van de in huur genomen materialen; dat de eerste rechter ten onrechte toepassing maakte van het strafbeding door toepassing van artikel 3 van de overeenkomst;

Overwegende dat de betaling van de nog niet vervallen huursommen — luidens artikel 8 van de overeenkomst — een schadevergoeding uitmaakt «die forfaitair en onherroepelijk vastgesteld is op het bedrag van de op de dag van verbreking nog te vervallen huurprijzen»; dat terecht opgeworpen wordt dat geen twee onderscheiden vergoedingen als schadeloosstelling wegens één wanprestatie kunnen worden toegekend: die van artikel 3 als schadebeding en berekend op 1/1000 van de achterstallige bedragen, die van artikel 8 bedingen als een «forfaitaire en onherroepelijke schadevergoeding»;

Overwegende dat, bij ontbinding van de overeenkomst, zoals gevorderd door geïntimeerde, deze alleen de schadevergoeding in geval van verbreking van de overeenkomst bepaald door artikel 8 kan worden toegekend, doch niet het schadebeding van artikel 3; dat de toepassing van deze bepalingen cumulatief de vergoeding van dezelfde schade (wanprestatie) zou uitmaken, hetgeen in strijd is met artikel 6 van het Burgerlijk Wetboek;

Overwegende dat zodoende alleen artikel 8 kan worden toegepast: ontbinding met het forfaitair schadebedrag; dat de laattijdige uitvoering vergoed wordt door de gerechtelijke interesten (cf. J. Stuyck, «Toetsing van de verhogingsbedingen — Naar een betere bescherming tegen onereuze bedingen in standaardcontracten», *R.W.*, 1977-78, 545-564; Th. Vansweevelt, «Het strafbeding en de Code Napoléon», *R.W.*, 1984-85, 2467-2474);

(...)

NOOT—*Het lot der boetebedingen in geval van ontbinding van de (leasing-) overeenkomst*

1. Het bestaan van een boetebeding belet de schuldeiser niet om bij wederkerige overeenkomsten de ontbinding te vorderen, tenzij tussen partijen het tegendeel, uitdrukkelijk of stilzwijgend, is overeengekomen. De ontbinding van de overeenkomst geschiedt in principe met retroactieve kracht, *ex tunc*, zodat ook het boetebeding geacht wordt nooit te hebben bestaan. Het Hof van Cassatie besliste meermaals in die zin betreffende boetebedingen die van toepassing waren bij laattijdige uitvoering (Cass., 16 juni 1955, *Arr. Verbr.*, 1955, 850, en *Pas.*, 1955, I, 1226, noot; Cass., 26 oktober 1956, *Arr. Verbr.*, 1957, 122, en *Pas.*, 1957, 194; Brussel, 24 mei 1954, *Jur. Comm. Br.*, 1954, 225, noot Debacker, R.; Kh. Brussel, 25 juni 1957, *Jur. Comm. Br.*, 1958, 197). De schadevergoeding voortkomende uit de ontbinding van de overeenkomst wordt dan door de rechter bepaald. Op deze regel is slechts één uitzondering, nl. wanneer het boetebeding juist bedoeld is voor het geval van ontbinding (De Page, H., *Traité*, II, nr. 121bis; Wymeersch, E., «Strafbedingen zijn verboden, schadebedingen niet», noot onder Cass., 24 november 1972, *R.W.*, 1973-74, 2437).

2. Inzake leasingovereenkomsten vordert de *lessor*, in geval van wanprestatie van de *lessee*, doorgaans de ontbinding van de overeenkomst, omdat deze handelwijze het

hem mogelijk maakt het geleaste goed terug te nemen en hij als niet-bevoorrecht schuldeiser geen baat heeft bij de gedwongen uitvoering van de leasingovereenkomst (Wymeersch, E., «De betwistingen rond het strafbeding: Een stand van zaken», *B.R.H.*, 1982, 444). De ontbinding van de leasingovereenkomst zal slechts voor de toekomst gelden, *ex nunc* (cf. supra nr. 1). Immers, de leasingovereenkomst is een wederkerig contract met doorlopende uitvoeringsdaden, waarbij de gedane prestaties niet voor teruggave vatbaar zijn.

In *casu* eiste de lessor enerzijds de ontbinding van de overeenkomst met als boetebeding de gehele betaling van de nog te vervallen huurtermijnen en vorderde hij anderzijds de gedwongen uitvoering (hier het *equivalent*) via de bedongen moratoire interesten. Maar krachtens art. 1184 B.W. heeft de schuldeiser slechts de keuze om ofwel de andere partij te noodzaken de overeenkomst uit te voeren (*in nature* of *bij wijze van equivalent*), ofwel de ontbinding van de overeenkomst te vorderen, met schadevergoeding. Aldus besliste het Hof van Beroep te Brussel terecht dat de lessor geenszins én ontbinding én gedwongen uitvoering kan vorderen, met als logisch gevolg de beide boetebedingen ter zake evenmin kunnen worden gecumuleerd.

De rechtspraak stelt op deze wijze nogmaals paal en perk aan (de cumulatie van) al te buitensporige boetebedingen in leasingovereenkomsten.

T. Vansweevelt
Assistent U.I.A.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

8e KAMER — 16 JANUARI 1986

Voorzitter: de h. Vanderhoeft

Raadsheren: de h. Vandeplas (rapporteur) en mevr. Beeckman

Advocaat-generaal: de h. Van Camp

Advocaten: mrs. Decat en Willems

Strafvordering — Behandeling van de zaak — Onbepaald uitstel — Rechtsweigerings.

Als een zaak regelmatig aanhangig is gemaakt bij de strafrechter, veroorlooft geen enkele wettelijke bepaling hem de zaak naar het parket terug te sturen en de behandeling sine die uit te stellen. Een dergelijke beslissing zou neerkomen op rechtsweigerings.

W. t/ C.

Overwegende dat de eerste rechter niet alleen beslist heeft dat er geen aanleiding bestond om een nieuwe deskundige aan te stellen, maar dat hij ook beslist heeft de zaak «terug naar het parket op onbepaalde datum te verwijzen»; dat de zaak echter regelmatig bij hem aanhangig was gemaakt en dat geen enkele wettelijke bepaling hem toeliet de «zaak terug naar het parket te verwijzen» hetgeen zou neerkomen op een rechtsweigerings;

Overwegende dat er derhalve aanleiding bestaat om deze beslissing te vernietigen en de zaak aan ons te trekken;

(...)

NOOT—Over rechtsweigerings

1. Luidens art. 190 Sv. wordt het vonnis door de correctionele rechtbank onmiddellijk of ten laatste op de terechtzitting volgende op die waarop de debatten gesloten zijn verklaard, uitgesproken. Deze termijn is, evenals die bepaald in art. 209 Sv. voor de rechter in hoger beroep, niet op straffe van nietigheid voorgeschreven (Cass., 6 april 1891, *Pas.*, 1981, I, 104; Cass., 24 maart 1941, *Pas.*, 1941, I, 93).

De rechter die, onder enig voorwendsel, weigert het aan partijen verschuldigde recht te spreken, maakt zich schuldig aan het misdrijf van rechtsweigerings, bestraft bij art. 258 Sw. (*Novelles, Droit pénal*, III, nr. 4670; Rigaux-Trousse, *Crimes et délits*, IV, 322; P. Rouard, *Droit judiciaire privé*, I, 74; Cass., 8 december 1981, *Pas.*, 1982, I, 466). Het O.M. kan geen rechtsweigerings plegen (A. Vitu, «Dénis de justice et classement sans suite», *Rev. Sc. crim. et dr. pénal comparé*, 1983, 245).

2. Rechtsweigerings kan ook aanleiding geven overeenkomstig de artt. 5 en 1140 Ger. W. tot het burgerrechtelijk geding van verhaal op de rechter (Cass., 19 januari 1970, *Arr. Cass.*, 1970, 448; Schuind-Vandeplas, *Droit criminel*, II, 562).

Art. 1138 Ger. W., dat bepaalt dat, wanneer door de rechter nagelaten werd uitspraak te doen over één van de punten van de vordering, er geen herroeping van gewijsde maar wel tegen de beslissingen in laatste aanleg voorziening in cassatie wegens overtreding van de wet openstaat, dient niet toegepast te worden in strafrechtsplegingen (R. Declercq, «Raakvlakken gerechtelijk privaatrecht-strafprocesrecht», in *Procesrecht vandaag*, 63).

Art. 652 Ger. W. dat de onttrekking regelt van de zaak aan de rechter die gedurende meer dan zes maanden verzuimt de zaak te berechten die hij in beraad heeft genomen, is evenmin van toepassing in strafzaken (Cass., 4 mei 1976, *Arr. Cass.*, 1976, 988).

3. Behoudens het eigenlijk nalaten enige beslissing te treffen (Cass., 13 juli 1923, *Pas.*, 1923, I, 430) is het volgens rechtspraak de rechter bij wie een zaak regelmatig aanhangig is gemaakt, niet geoorloofd de normale loop van het geding op onrechtmatige wijze te onderbreken.

Er is geen nietigheid wanneer de strafrechter, na uitspraak op strafgebied, de beslissing over de burgerlijke vordering naar een latere datum verdaagt (Cass., 9 juni 1970, *R. W.*, 1970-71, 1091).

Daarentegen is onwettig het vonnis dat ten onrechte een zaak «sine die» uitstelt:

- om andere feiten, die bij de rechtbank niet aanhangig zijn gemaakt (Brussel, 15 november 1967, *J.T.*, 1968, 189, met noot J. Messine);

- om een beslissing van een administratieve instantie af te wachten, ofschoon de zaak in staat van wijzen is (Gent, 8 juni 1973, *R. W.*, 1975-76, 2369);

- voor herdaging van de beklaagde, niettegenstaande een eerste regelmatige dagvaarding (Gent, 19 februari 1974, *R. W.*, 1973-74, 2506).

Zulke feitelijke rechtsweigerings zal, zoals ook ten deze, op hoger beroep, tot evocatie aanleiding geven (Cass., 10 september 1980, *R. W.*, 1980-81, 2068, met noot A. Vande-

plas; N. Bauwens, «Evocatie ingevolge art. 215 Sv.», *R. W.*, 1983-84, 772).

M. De Swaef

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

13e KAMER — 21 JANUARI 1986

Voorzitter-rapporteur: de h. Vossen

Raadsheren: de hh. Durant en J. De Smedt

Openbaar ministerie: de h. Van Oudenhove

Advocaat: mr. Boon

Rechten van de mens — Incidenten ter terechtzitting — Onbevangen rechter.

Als een alleenrechtsprekend strafrechter een verzoek tot behandeling in raadkamer heeft afgewezen op grond van overwegingen waaruit de schuldigheid van de beklaagde blijkt, dan heeft hij zich reeds uitgesproken over de zaak en is zijn later vonnis over de grond van de zaak nietig krachtens art. 6 E.V.R.M.

S.

Overwegende dat het bestreden vonnis is uitgesproken door alleensprekend rechter D., nadat dezelfde magistraat in een beschikking van 4 april 1984, waarbij een verzoek tot behandeling in raadkamer afgewezen werd, o.m. overwoog dat «deze beklaagde blijkbaar meer geroutineerd is in het plegen van diefstallen dan in het geven van opvoedkundige lessen tegen alle soorten van oneerlijkheid»; dat het bestreden vonnis in de concrete omstandigheden van de zaak, is gevelde door een rechter die voorheen reeds uitspraak deed over het geschil;

Dat het aangevochten vonnis dan ook nietig is, bij toepassing van artikel 6 E.V.R.M.;

Dat de zaak in staat van wijzen is;

(...)

NOOT—De onbevangen strafrechter

1. Er is geen bezwaar tegen dat een strafrechter die zich reeds eerder heeft uitgesproken over een verzoek tot voorlopige invrijheidstelling of over een verzoek tot behandeling in raadkamer, achteraf ook oordeelt over de zaak zelf.

Incidenten beslechten, voorlopige maatregelen bevelen of deskundigenonderzoeken voorschrijven impliceert geen oordeel over de zaak zelf.

2. Maar als de rechter hetzij mondeling, hetzij schriftelijk zijn mening te kennen geeft over de schuld of over de aansprakelijkheid, vooraleer de debatten gesloten zijn of, zoals ten deze, vooraleer de zaak in behandeling wordt genomen, dan levert hij meteen het bewijs dat hij niet meer onbevangen is.

Zodra de mening van de rechter is bekendgemaakt, wordt het verhoor, het onderzoek ter terechtzitting of het pleiten zinloos. Tot het debat gesloten is, dient de rechter open te staan voor alle argumenten van de verdediging en van de andere partijen.

3. L. Neels heeft reeds eerder gewezen op de plicht van terughoudendheid van de rechter (L. Neels, «Sereniteit ter terechtzitting, recht van verdediging en zittingsblad», *R.W.*, 1982-83, 1982). Dat geldt niet alleen ter terechtzitting, maar ook bij de motivering van de voorbereidende vonnissen en maatregelen.

Swift beweerde wel een rechter te kennen die nooit naar de pleidooien luisterde uit vrees zich door de argumenten van de advocaten te laten beïnvloeden, maar niemand zal beweren dat Swift van humor gespeend bleef...

A. Vandeplass

BURGERLIJKE RECHTBANK TE ANTWERPEN

1e KAMER — 7 MAART 1986

Voorzitter: de h. Kiebooms

Rechters: mevr. Transaux en mevr. Vanstraelen

Openbaar ministerie: de h. Kinart

Advocaten: mrs. Hendrickx loco de Chaffoy en Dyck

Internationaal privaatrecht — Erkenning van een in het buitenland uitgesproken echtscheidingsvonnis — Na een in België voor de Belgische wet onbestaanbaar huwelijk.

Een man en een vrouw van Griekse nationaliteit waren in 1968 te Brussel voor een priester van de Orthodoxe Kerk in het huwelijk getreden. Nadat de man in 1979 Belg was geworden, werd aan de vrouw ingevolge haar huwelijk de Belgische nationaliteit toegekend door een Belgische rechtbank. In 1983 werd de echtscheiding uitgesproken door een Griekse rechtbank en werd vervolgens door een Griekse bisschop een echtscheidingsakte opgesteld. De vrouw vraagt dat op haar identiteitskaart zal worden vermeld dat zij uit de echt gescheiden is; de man vraagt het exequatur van het vonnis van echtscheiding.

Het in 1968 gesloten huwelijk is onbestaanbaar voor de Belgische wet. De partijen kunnen zich als ongehuwd beschouwen en een burgerlijk huwelijk aangaan. Daar het kerkelijk huwelijk ontbonden is, hebben zij geen belang bij de vordering. Het stoort bovendien de openbare orde in België uitvoering te laten geven aan een echtscheidingsvonnis wanneer het huwelijk niet is erkend. De omstandigheid dat aan de vrouw ingevolge haar huwelijk de Belgische nationaliteit is toegekend bij vonnis, brengt geen verandering in de rechtsgevolgen van het in 1968 aangegane kerkelijk huwelijk.

P. en K. t/ Ambtenaar van de burgerlijke stand van de stad Antwerpen

Overwegende dat de vordering ertoe strekt verweerder te doen veroordelen tot afgifte van een identiteitskaart van Belgische nationaliteit aan eiseres, met vermelding: echtscheiden van de heer Lazaros K. en tot veroordeling in de gedingskosten;

Overwegende dat eiseres in haar dagvaarding stelt dat zij uit de echt gescheiden is van Lazaros K. bij vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg van Athene van 18 april 1983, dat in kracht van gewijsde is gegaan, zodat zij de

vermelding «echtgescheiden» op haar identiteitskaart terecht aanvraagt; dat eiseres derhalve, daar zij de tenuitvoerlegging van het vonnis van 18 april 1983 wenst, het exequatur van dit vonnis vraagt;

Overwegende dat de tussenkomende partij de vordering van eiseres tot het verkrijgen van de vermelding «echtgescheiden van de heer L.K.» steunt, doch hiertoe het exequatur vraagt van een «echtscheidingsakte» opgesteld door de Bisschop te Athene op 3 juni 1983;

Overwegende dat betreffende de vordering van eiseres wordt vastgesteld dat het vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Athene van 18 april 1983 niet wordt overgelegd; dat betreffende de vordering van de tussenkomende partij een — niet gelegaliseerde — vertaling van een «echtscheidingsakte» van de Bisschop te Athene van 3 juni 1983 wordt voorgebracht;

Overwegende dat beide partijen van Belgische nationaliteit zijn en voor de Belgische wet niet gehuwd zijn;

Overwegende immers dat, toen zij op 24 september 1968 als vreemdelingen van Griekse nationaliteit in het huwelijk traden voor de priester van de Grieks-Orthodoxe Kerk te Brussel, dit geschiedde met miskenning van het alhier geldende vormvereiste van het sluiten van het huwelijk voor de ambtenaar van de burgerlijke stand; dat het huwelijk derhalve onbestaanbaar is voor de Belgische wet;

Overwegende dat partijen zich derhalve als ongehuwd kunnen beschouwen en een burgerlijk huwelijk kunnen aangaan; dat anderzijds het kerkelijk huwelijk is ontbonden en deze ontbinding door de kerkelijke autoriteiten is bevestigd, zodat men niet inziet welk belang eiseres of de tussenkomende partij hebben bij de ingestelde vordering;

Overwegende dat het bovendien de openbare orde stoort in België uitvoering te laten geven aan een echtscheidingsvonnis wanneer het huwelijk alhier niet werd erkend;

Overwegende dat het vonnis van 20 maart 1980, waarbij aan eiseres de Belgische nationaliteit werd toegekend ingevolge haar huwelijk met de tussenkomende partij, op 7 november 1979 reeds Belg geworden door gewoon burgerschap, geen verandering brengt in rechtsgevolgen van het op 24 september 1968 aangegane kerkelijk huwelijk;

(...)

NOOT—I.P.R.-problemen rond de ontbinding van een niet-gesloten huwelijk

1. Een man en een vrouw van Griekse nationaliteit waren in 1968 te Brussel in het huwelijk getreden voor de priester van de Grieks-orthodoxe kerk. Er was geen burgerlijk huwelijk. Een louter religieus huwelijk in België gesloten, is in de Belgische rechtssfeer niet bestaande, zelfs al was dat een huwelijk tussen vreemdelingen wier nationale wet aan de religieuze huwelijksluiting civielrechtelijk gevolg verbindt. Het huwelijk wordt volgens Belgisch i.p.r. wel door de nationale wet van de trouwers beheerst, maar dat geldt enkel voor de grondvoorwaarden, niet voor de vormvoorwaarden die aan de wet van de plaats van de huwelijksluiting onderworpen zijn. In België kan een rechtsgeldig huwelijk alleen voor de ambtenaar van de burgerlijke stand gesloten worden. De enige tegemoetkoming die op dat vlak aan vreemdelingen wordt gedaan, is dat vreemde verloofden van dezelfde nationaliteit voor de diplomatieke en consulaire vertegenwoordigers van hun land in Bel-

gië mogen trouwen. Omgekeerd wordt in België wel een buitenlands in de louter religieuze vorm gesloten huwelijk, zelfs tussen Belgen, erkend, wanneer dat huwelijk in het land van huwelijksluiting civielrechtelijke betekenis heeft. (Zie Erauw, J., *Beginnselen van i.p.r.*, Story, Gent, 1985, p. 149 e.v.; Rigaux, F., *Droit international privé*, II, Larcier, Brussel, 1979, nr. 918 e.v.)

2. Hoewel het voor België niet rechtsgeldig was, had dat in België tussen Grieken in de louter religieuze vorm gesloten huwelijk wel rechtsgevolg in Griekenland zelf. Griekenland kent immers niet alleen het religieuze huwelijk met civielrechtelijk gevolg in eigen land, maar het erkent ook religieuze huwelijken door Grieken in het buitenland gesloten, zelfs in strijd met de plaatselijke wet (art. 11 Grieks B.W.). Op het ogenblik van het huwelijk in 1968 was de religieuze vorm zelfs de enige geldige vorm van huwelijksluiting voor Grieken, ook in het buitenland. Een louter burgerlijk huwelijk in België tussen Grieken aangegaan werd in Griekenland niet erkend. Grieken die in België een voor beide landen geldig huwelijk wensten aan te gaan, moesten dus voor de priester van hun godsdienst en voor de ambtenaar van de burgerlijke stand trouwen. Het burgerlijk huwelijk werd in Griekenland pas in 1982 ingevoerd, steeds als alternatief voor het religieuze huwelijk. Meteen werden in Griekenland de buitenlands door Grieken volgens de plaatselijke wet gesloten huwelijken in de louter burgerlijke vorm met terugwerking gevalideerd, tenzij de Griekse echtgenoot intussen een ander volgens Grieks i.p.r. geldig huwelijk had afgesloten. Over Grieks recht: Ehrenzweig, Fragistas en Yiannopoulos, *American-Greek Private International Law*, Oceana, New York, 1957; Krispi, E., «Die Eheschliessung Griechischer Staatsangehöriger», *Das Standesamt*, 1967, 117 e.v.; Chiotellis, A., «Zur Einführung der Zivilehe in Griechenland — Sachnormen und I.P.R.», *IPRax*, 1984, 169 e.v.; Bergmann Ferid, *Internationales Ehe- und Kindschaftrecht*, v° Griechenland.

3. Op de een of de andere manier, waarschijnlijk voortgaande op Griekse stukken, werden die Griekse onderdanen ten onrechte toch in de registers van de Belgische gemeente van hun verblijfplaats als gehuwd aangemerkt. Zo kwam het dat de vrouw, nadat de man door de gewone naturalisatie de Belgische nationaliteit had verkregen, op grond van art. 15 van de oude nationaliteitswet (K.B. 14 december 1932) als diens echtgenote voor de Belgische nationaliteit kon opteren en dat die optie door de Rechtbank te Antwerpen op 20 maart 1980 werd ingewilligd. De partijen kregen een paspoort van Belg, waaruit bleek dat zij met elkaar getrouwd waren.

4. Op een gegeven ogenblik was de echtelijke verstandhouding tussen deze nieuwe Belgen, van oorsprong Grieken, zoek en werd tot echtscheiding beslist. Men gaat daarvoor terug naar Griekenland, wellicht ook om kerkelijk te scheiden (het Grieks-orthodoxe kerkelijk recht is op dat punt breder dan het Roomse). Volgens hun verklaringen voor de Antwerpse rechter, wordt hun huwelijk in Griekenland ontbonden door de bisschop én door de Griekse burgerlijke rechter.

5. De vrouw wenst het feit van de echtscheiding op haar paspoort vermeld te zien. Ze dagvaardt daarvoor de ambtenaar van de burgerlijke stand te Antwerpen. Het gebeurt inderdaad vaak dat de ambtenaar van de burgerlijke stand willens nillens figureert als verweerder op een vordering,

die in wezen een eis is tot gerechtelijke erkenning van een buitenlandse beslissing. We tonen hoe dat komt. In een arrest van 29 maart 1973 (*R.C.J.B.*, 1975, 544, noot Gonthot, P.) besliste het Hof van Cassatie dat een buitenlandse rechterlijke beslissing betreffende de staat en bekwaamheid van personen (ook Belgen) uit zichzelf, zonder enige voorafgaande formaliteit, al haar gevolgen heeft in België, als blijkt dat ze voldoet aan de voorwaarden van art. 570 Ger. W., behalve het onderzoek van het geschil zelf, tenzij men zich op die beslissing wil beroepen voor daden van gedwongen tenuitvoerlegging, waarvoor een voorafgaand exequatur wel nodig is. Het specifiek gevolg dat in die zaak beoogd werd, was de aanvaarding door de Belgische echtscheidingsrechter van de exceptie van gewijsde, gegrond op de buitenlandse beslissing. Voortbouwende op dat arrest en daartoe door de auteurs (o.m. Van Houtte, H., «Erkenning van buitenlandse akten en vonnissen», in *Actuele problemen van burgerlijke stand*, Maarten Kluwer, Antwerpen, 1979, p. 15 e.v.) en de rechtspraak (o.m. Rb. Leuven, 12 juni 1978, *R.W.*, 1978-79, 676) aangespoord, gaf de minister van Justitie in een curculaire van 30 april 1984 (*B.S.*, 30 mei 1984) instructies aan de ambtenaren van de burgerlijke stand, dat ze vreemde rechterlijke beslissingen die aan de voorwaarden van art. 570 Ger. W. voldoen, desnoods na advies van de procureur des Konings, in hun registers moeten verwerken en dat ze op basis daarvan de nodige wijzigingen in de bevolkings- en vreemdelingenregisters moeten doen aanbrengen. De beslissing van de ambtenaren nopens de erkenbaarheid van die buitenlandse statusbeslissingen is uiteraard niet definitief. Het is immers alleen de rechter die met gezag de toetsing aan art. 570 Ger. W. kan doen. Bij die controle komen overigens zware begrippen als eerbiediging van het recht van de verdediging, Belgische internationale openbare orde en wetsontduiking kijken, zodat dat onderzoek niet louter op voorlegging van ambtelijke stukken kan worden verricht. Vandaar dat vele ambtenaren zich heel wijselijk terughoudend betonen in de uitoefening van hun ambtelijke erkenningsplicht en zich liever door een rechterlijke beslissing laten dekken, dan het risico te lopen dat voortgebouwd wordt op een beslissing die achteraf door de rechter gedesavoueerd wordt. Dat was in deze zaak ook de houding van de ambtenaar van de burgerlijke stand te Antwerpen. Misschien was ook zijn verwondering gewekt door het feit dat echtgenoten, die in België wonen en de Belgische nationaliteit vrijwillig hadden aangenomen, naar Griekenland gingen scheiden. Daar was een reukje van wetsontduiking aan.

6. Er is al geschreven over de wijze, waarop de gerechtelijke erkenning door de partij, die zich op het buitenlands vonnis wil beroepen, moet worden uitgelokt. Men heeft erop gewezen dat zo'n procedure, zoals de exequatur-procedure zelf, zich bij voorkeur tussen de oorspronkelijke partijen moet afspelen, omdat bij de toetsing aan art. 570 Ger. W. hun belang gemoeid is. De ambtenaar van de burgerlijke stand, die er ten slotte alleen belang bij heeft dat hij door een rechterlijke beslissing wordt gedekt en die dus nooit verweer voert, zou buiten schot moeten blijven, tenzij als het nodig is te verhinderen dat hij op grond van een eigen waardering van het vreemde vonnis zijn medewerking aan moeilijk te herroepen stappen zou verlenen (Erauw, J., «Overzicht van rechtspraak IPR 1965-1985», *T.P.R.*, 1984, 384 e.v., en zie voor de wijze waarop de oorspronkelijke

verweerder bij de zaak werd betrokken : Luik, 26 juni 1985, *Jur. Liège*, 1985, 484). Daarmee bedoelen we niet dat de erkenning klakkeloos mag volgen, wanneer de partijen zelf het eens zijn, want er is bij hun echtscheiding nog een derde belang gemoeid en dat het is het belang van de Belgische rechtssfeer als zodanig (art. 570 Ger. W. vereist controle op een mogelijke verstoring van de Belgische internationale openbare orde en op wetsontduiking). Dat belang wordt in de erkenningsprocedure door het openbaar ministerie tegenwoordigd. Waarom niet toelaten dat partijen die het eens zijn nopens de erkenning en dat door de rechtbank bevestigd willen zien, de rechtbank adiëren door dagvaarding van de procureur of, beter nog, door vrijwillige verschijning? Persoonlijk zijn we overigens van oordeel, dat het procesbelang, dat door het art. 18, tweede lid, Ger. W. voor die vordering tot verklaring van recht wordt vereist, wél voorhanden is (zie echter De Ceuster, J., en Reich, S., «Kroniek IPR 1975-78», *R.W.*, 1978-79, 2582, nr. 41, en de daar geciteerde beslissingen van de Luikse rechtbank). De staat van personen raakt immers de openbare orde en niemand mag omtrent zijn staat in onzekerheid gelaten worden. Ook voor de ontvankelijkheid van de vordering in het licht van het procesbelang heeft men dus o.i. de ambtenaar van de burgerlijke stand als «contradictor» niet nodig.

7. In deze zaak werd de erkenning door beide echtgenoten gewenst. De man kwam zelfs tussen, om zijn ex-echtgenote in de vordering tegen de ambtenaar van de burgerlijke stand te steunen. Hij brengt een echtscheidingsakte voor, opgemaakt door de Griekse bisschop. Het spreekt vanzelf dat een buitenlandse religieuze scheiding in België alleen met civielrechtelijk gevolg zou kunnen worden erkend, indien ze in het land van herkomst ook als burgerlijke scheiding zou gelden. Dat was blijkbaar niet het geval, aangezien er ook een echtscheiding door de Griekse burgerlijke rechter werd uitgesproken.

8. De Antwerpse rechters weigerden het Griekse echtscheidingsvonnis te erkennen. Het gaat immers niet op in België de ontbinding van een huwelijk te aanvaarden, wanneer dat huwelijk voor de Belgische rechtsorde nooit tot stand is gekomen. De rechtbank erkent dat de eerdere beslissing van 20 maart 1980, waarin de optie van de vrouw werd ingewilligd in de veronderstelling dat er een naar Belgisch recht geldig huwelijk was, verkeerd was. De rechtbank haast zich te zeggen, dat die eerdere beslissing, die primair op de nationaliteit betrekking had, geen bindende kracht heeft op het vlak van de geldigheid van het huwelijk, want anders moest dat voor België niet gesloten huwelijk toch nog ontbonden worden. Anderzijds blijft het eigenlijke voorwerp van de eerdere beslissing, de inwilliging van de optie, onaangetast. Zo'n constitutieve beslissing heeft immers, na vervulling van de wettelijke pleegvormen en behoudens herroeping van gewijsde, absoluut gezag.

Lieven De Foer

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE ANTWERPEN

7e KAMER — 16 MEI 1986

Voorzitter : de h. Van Orshaegen

Advocaten : mrs. Zenner en Vlaeminck loco Van Hille

1. Burgerlijke rechtspleging — Cautio judicatum solvi — Bedrag — 2. Internationaal privaatrecht — Borgtocht — Toepasselijke wet.

1. *De door de artt. 851 en 852 Ger. W. bedoelde borgtocht beoogt de zekerheid van de Belgische verweerder voor de betaling van de uit het geding voortvloeiende kosten en schadevergoeding waartoe de vreemdeling-eiser kan worden veroordeeld.*

2. *Bij gebreke van aantoonbare wil van de partijen, dienen dezen te worden geacht voor de borgtocht de op de gewaarborgde verbintenis toepasselijke wet te hebben verkozen.*

Vennootschap naar Zuidafrikaans recht N. t/ N.V. V.

Gelet op de inleidende dagvaarding van 3 april 1984 strekkende tot veroordeling van verweester tot betaling van de tegenwaarde in Belgische frank van 400.000 Zuidafrikaanse Rand met moratoire interesten vanaf 1 juni 1981, de gerechtelijke interesten en de gedingkosten;

Overwegende dat partijen zich er vooralsnog toe beperken een tussenvonnis te vorderen, beslissende over de toepassing van de artikelen 851 en 852 Ger. W. betreffende de borgstelling van de eisende vreemdeling en over de toepasselijke wet volgens welke de zaak ten gronde zal dienen te worden beslecht;

dat verweester tevens vraagt dat akte wordt verleend van haar tegeneis tot betaling van 300.000 frank provisionele schadevergoeding wegens tergend en roekeloos geding, alsmede van een provisionele vergoeding van 200.000 frank tot dekking van alle kosten, nodig voor het voeren van het geding;

Overwegende dat eiseres uiteenzet dat zij aan een — intussen in staat van faillissement gestelde — vennootschap naar Zuidafrikaans recht «Stability Diamond Cutting Works (PTY) Ltd met maatschappelijke zetel te Johannesburg kredietfaciliteiten toegestaan heeft, eerst ten belope van een bedrag van 400.000 Rand en vervolgens ten bedrage van een bijkomend bedrag van 200.000 Rand met borgstelling van verweester, verleend bij akte van 13 juni 1980, faciliteiten en borgstelling toegekend tot 31 mei 1981; dat op deze datum de voormelde vennootschap haar een bedrag van meer dan 600.000 Rand verschuldigd was en dat zij begin juni 1981 verweester aansprak om haar borgstelling te vernieuwen of haar verplichting als borg na te komen, waarop verweester zich op 9 juni 1981 bereid verklaarde haar borgstelling te vernieuwen, maar alleen voor een minder bedrag en verder de nakoming van haar bestaande borgstelling weigerde onder voorwendsel dat de aanvraag daartoe vóór 31 mei en niet begin juni had moeten worden gedaan;

Dat, betreffende de gevorderde cautio judicatum solvi, eiseres, onder verwijzing naar haar belang in België en haar solvabiliteit, aanbiedt een bedrag van 50.000 fr. te consigneren in handen van de N.V. Generale Bankmaatschappij te Brussel;

Dat, betreffende de toepasselijke wet, zij verwijst naar het karakter van de door verweester geboden «guarantee», welke geen accessorium is van de aan de gefailleerde vennootschap toegekende kredietopening en welke, als onafhankelijke garantie beheerst wordt door het Belgische recht

zodat dit toepasselijk dient te worden verklaard voor de beslechting van het geding ten gronde;

Overwegende dat verweerster, onder verwijzing naar de nationaliteit van eiseres en de gestelde eis en haar verweer en dubbele tegeneis, vordert dat een borgstelling zal worden bevolen ten bedrage van 500.000 frank met bepaling van de desbetreffende modaliteiten;

Dat, betreffende de toepasselijke wet, verweerster erop wijst dat een borgstelling slechts een subsidiair contract is ten opzichte van het hoofdcontract van lening zelf en dat, nu zowel het hoofdcontract als alle andere nevencontracten van waarborg waarnaar in besluiten verwezen, onder het Zuidafrikaanse recht vallen, dit evenzeer het geval is voor de door verweerster ten opzichte van eiseres aangegane overeenkomst van borgstelling; dat deze, ingevolge het beginsel «accessorium sequitur principale» aan het Zuidafrikaans recht is onderworpen en dat dit recht toepasselijk dient te worden verklaard;

Overwegende dat partijen het in beginsel eens zijn, over de toepasselijkheid van de artikelen 851 en 852 Ger. W. ingevolge de desbetreffend door de Belgische verweerster in limine litis opgeworpen en ontvankelijk voorkomende exceptie;

Overwegende dat de door de wet voorziene borgtocht de zekerheid van de Belgische verweerster beoogt voor de betaling van de uit het geding voortvloeiende kosten en schadevergoeding waarin de vreemdeling-eiser kan worden verwezen;

Overwegende dat in casu, rekening houdend met de gegevens der zaak en uiteraard zonder enig nadeel aan de zaak ten gronde, de rechtbank de som der borgstelling en de modaliteiten vaststelt zoals hierna bepaald;

Overwegende dat partijen ter zake noch een uitdrukkelijke noch een impliciete keuze deden van het op hun overeenkomst toepasselijke recht;

Dat de rechtbank aan de hand van aanwijzingen en feitelijke gegevens de vermoedelijke wil van partijen dient te zoeken;

Overwegende dat borgstelling een van de hoofdschuld in menig opzicht afhankelijke doch tevens onderscheiden overeenkomst uitmaakt en dat partijen geenszins verplicht zijn de eerste aan de wet van de tweede te onderwerpen;

Overwegende dat evenwel, volgens grotendeels vaststaande rechtspraak, moet worden aangenomen dat, bij gebreke van aantoonbare wil van partijen, zoals in casu, deze dienen te worden geacht voor de borgtocht tevens de op de gewaarborgde verbintenis toepasselijke wet te hebben verkozen;

Overwegende dat, nu ter zake de hoofdovereenkomst alleszins door de Zuidafrikaanse wet wordt beheerst, dit tevens het geval zal zijn voor de borgtocht;

Dat de betwisting ten gronde volgens de Zuidafrikaanse wet dient beslecht;

Om die redenen,

Verlaart de vordering van verweerster tot borgstelling op grond van de artikelen 851 en 852 Ger. W. ontvankelijk en, na afwijzing van het meer gevorderde, gegrond tot beloop van een som van 300.000 frank en veroordeelt hoofdeiseres tot deze borgstelling, evenwel met machtiging deze te vervangen, overeenkomstig artikel 2041 B.W. door een stor-

ting van een som van 300.000 Belgische frank op een gemeenschappelijke rekening van partijen of hun raadslieden bij de N.V. Generale Bankmaatschappij te Brussel en enkel herroepbaar met akkoord van partijen of wanneer de oorzaak van de borgstelling zal hebben opgehouden te bestaan; zegt dat de betwisting ten gronde volgens de Zuidafrikaanse wet dient te worden beslecht; (...)

NOOT—Een geval van borgstelling van de eisende buitenlandse procespartij en van wetskeuze bij contractuele borgstelling

1. Er was ons tot nu toe geen recent geval bekend waarin nog tegen een buitenlandse eiser een *borgstelling op grond van de artt. 851 en 852 Ger. W.* werd toegestaan. Het blijkt nu proefondervindelijk dat het web van verdragsbepalingen inderdaad niet iedereen vrijstelt van dit verweer. In casu wist de eisende Zuidafrikaanse bankinstelling dat zij daaraan kon worden onderworpen; ze berustte daarin en poogde alleen een laag bedrag te suggereren. Er zit in art. 851 inderdaad een onafwendbaar automatisme. De rechter bepaalt de grootte van de borgstelling en kan die wijzigen. Het bedrag moet allicht de mogelijke kosten voor de procesvoering aan de kant van de verweerder dekken. Het lijkt echter twijfelachtig of die in verband mag staan met een tegeneis wegens tergend en roekeloos geding — ingesteld zodra, zoals hier, een contractuele borg aangesproken wordt. De toegestane 300.000 fr. lijkt hoog, maar de kosten voor het werken met vreemd recht, voor vertalingen e.d. zijn het eveneens. Voor die ene keer dat men iemand vindt waarop de wettekst nog slaat, hoefde het precedent echter niet als afschrikking gesteld te worden.

2. Het tussenvonnis van 16 mei 1986 wikkelt ook het probleem af van het op de contractuele borgstelling toepasselijke recht.

De borgstelling valt onder de verwijzingsregel voor de verbintenissen uit overeenkomst: de door de partijen gekozen wet geldt en bij gebreke van keuze geldt de vermoedelijke wil van de partijen: d.w.z. dat de bepaling gebeurt door de localisering van die accessoire overeenkomst met inachtneming van diverse aanknopingselementen. Dat stelt het vonnis. De rechtbank oordeelt dan echter dat er rechtspraak is die doet vaststaan dat de borgtocht als afhankelijk van de gewaarborgde verbintenis onder dezelfde toepasselijke wet moet vallen als die hoofdverbintenis. Als de partijen dat anders willen dan kunnen ze dat doen door uitdrukkelijke wilsverklaring. Daarin volgt de rechtbank te ver het ingeroepen beginsel «accessorium sequitur principale». Zelfs daar waar Batiffol en Lagarde (in *Traité de d.i.p.*, Parijs, L.G.D.J., 1976, II, p. 161 en 292) die afhankelijke aanknoping in geval van stilzwijgen voorstaan, maken zij nog uitzondering voor bv. bankovereenkomsten. Zelfs de Franse rechtspraak tendert nu in meerderheid naar een onafhankelijke verwijzing voor de borgstelling (zie G. van Hecke, «Le droit international privé des sûretés nouvelles issues de la pratique», gedactyl. doc., *Colloquium Les Sûretés*, Brussel, 1983, p. 1-2). Er kan best van geval tot geval geoordeeld worden. In casu lijkt het dossier inderdaad sterk op Zuidafrikaans recht te hebben gewezen omdat de borgstelling een voorwaarde was van een kredietopening tussen Zuidafrikaanse partijen en zelf begrepen

was in een geheel van nevencontracten van (Zuidafrikaanse) waarborgen.

Als principe moet worden gesteld dat een *eigen lex contractus* voor de borgstelling moet worden bepaald. Zie D. Martiny in *Münchener Kommentar BGB*, Einführungsgesetz zum BGB, München, C.H. Beck, 1983, Vor § 12, nr. 313 e.v. Momenteel gebeurt dat volgens Belgisch i.p.r. met de bovenvermelde soepele casuïstieke constructie. In die subjectieve leer speelt doorgaans de plaats van uitvoering van de karakteristieke verbintenis een belangrijke rol. Zo zou men de woonplaats van de borg veel gewicht in de schaal laten werpen.

Volgens het Europees Verdrag van 19 juni 1980, dat mag verwacht worden in de toekomst het Europees i.p.r. van de contracten te zullen inhouden, zou de wet van de gewoontelijke verblijfplaats van de borg toepasselijk worden — behalve indien in het geval een duidelijk aanknopingsoverwicht met een ander land zou voorkomen. De borg levert nl. de karakteristieke prestatie.

De garanties door een bank verleend worden zodoende door de meerderheid van auteurs algemeen aan de wet van de zetel van de bankinstelling onderworpen.

3. Zoals voor alle drie-partijen-verhoudingen komt het erop aan voor de borgstelling te zeggen welke rechtsvragen vallen resp. onder de wet van toepassing op de overeenkomst schuldeiser/hoofdschuldenaar en onder de (eventueel verschillende) wet van de overeenkomst schuldeiser/borg.

De *lex contractus* van de borgstelling heeft een ruim toepassingsgebied: de geldigheid van de borgstelling valt eronder, zowel als de voorwaarden, de strekking («uitstrekbaarheid»), de termijnen, de overgang van de verbintenissen van de borg, de uitwinning van de borg, diens vervanging en solvabiliteit (het onderpand). Ook de gevolgen van de borgstelling vallen onder dezelfde wet: is er een voorrecht van voorafgaande uitwinning van de hoofdschuldenaar (en onder welke voorwaarden); is er indeplaatsstelling of een recht op cessie van schuldvordering vanwege de schuldeiser; wat is het verhaal van de borg; en kan de borg zich op excepties voor de hoofdschuld beroepen?

De vraag of de borg tot betaling gehouden is, valt dus onder de *lex contractus* van de borgstelling; waartoe hij gehouden is (hoeveel presteren: bv. interesten, strafbeding, schadeloosstelling) wordt daarentegen beslist onder de *lex contractus* van de hoofdschuld.

4. Mochten er meerdere borgen zijn, dan kunnen de aspecten van de hoofdelijke gebondenheid van die borgen en van het eventueel voorrecht van schuldplitsing moeilijkheden geven. Iedere borgstelling zou principieel haar eigen contractswet kunnen hebben. Maar een uniforme behandeling dringt zich hier op en daartoe kunnen rechters nuttig verwijzen naar de wet van de plaats van betaling — een regel die ook wordt gevolgd voor de beoordeling van internationaal gebruikte cheques, wissels of orderbriefjes (de verdragen van Genève van 7 juni 1930 en 19 maart 1931).

J. Erauw (R.U.G.)

VREDEGERECHT TE GENT

4e KANTON — 24 SEPTEMBER 1985

Rechter: de h. Moens

Advocaten: mrs. Van Gerven en De Meyer

Huur — Art. 1759bis.

De hoge leeftijd en de geldnood van de huurster rechtvaardigen een verlenging wegens buitengewone omstandigheden.

Van P. t/ P. en De G.

Geldingsduur en opzegtermijn

Overwegende dat blijkens schriftelijk huurcontract van 1 januari 1975 de huur over de woning te Lochristi werd aangegaan voor een jaar om te eindigen na geldige opzegging;

Overwegende dat bij stilzwijgende wederinhuring een nieuw contract ontstaat dat de aard heeft van een mondeling contract;

Overwegende dat de geldingsduur van een dergelijk contract en de opzegtermijn ingevolge de artikelen 1758bis en § 2, art. 1759 zes maanden belooft;

Dat derhalve de opzegging door de verhuurder van het huurcontract van onbepaalde duur gegeven op 21 maart 1985 dan ook ingevolge artikel 1758bis geldig en van waarde te verklaren is tegen 21 september 1985;

Verlenging van huur

Overwegende dat ingevolge artikel 1759bis (wet 29 december 1983) de verlenging slechts kan worden toegestaan, op voorwaarde dat de huurder het bewijs levert van buitengewone omstandigheden zonder dat deze verlenging evenwel één jaar mag overschrijden;

Overwegende dat, nu de huurster, die hoog bejaard is, het bewijs levert dat zij in geldnood verkeert en een O.C.M.W.-tegemoetkoming ter zake van haar huur geniet, en dat zij in sociale woningnood verkeert, ten genoegen van recht het bewijs wordt geleverd van buitengewone omstandigheden die de verlenging van de huur met één jaar rechtvaardigen, te meer daar zij aanbiedt de ingeroepen renovatiewerken aan haar actuele huurwoning te gedogen, en aldus ook ten genoegen van recht met de belangen van de verhuurder rekening gehouden wordt;

(...)

NOOT—«Objectieve» buitengewone omstandigheden

De casuïstiek van het hierboven weergegeven vonnis is vrij eenvoudig. Sinds 1 januari 1975 bewoont de huurster, op dat ogenblik 65 jaar, een woning. Het betreft een overeenkomst van één jaar, die niet werd opgezegd. Op 21 maart 1985 geeft de verhuurder een opzegging tegen 21 september 1985. De huurster heeft echter de kans om een sociale woning te krijgen, maar ten vroegste in mei 1986. Ter zake is er geen zekerheid. Na een aangetekende brief waarin de huurster een buitengewone verlenging vraagt omdat zij een woning van de betreffende sociale huisvestingsmaatschappij kan krijgen, start zij de procedure.

Bij de beoordeling van de vraag schenkt de vrederechter eerder weinig aandacht aan de mogelijkheid een sociale wo-

ning te krijgen. Hij lijkt zijn vonnis daarentegen volledig te funderen op leeftijd en inkomen van de huurster. Vandaar waarschijnlijk ook de maximale verlenging, die niet gekoppeld wordt aan de mogelijkheid een nieuwe sociale woning te vinden.

Hoewel niet in de wet opgenomen wordt meestal aanvaard dat de buitengewone omstandigheden «nieuw» moeten zijn (voor een overzicht van de betreffende referenties zie: Hubeau, B., «Aard en bewijs van de buitengewone omstandigheden als reden voor verlenging van de huur-overeenkomst», noot onder Vred. Kontich, 19 december 1984, *R.W.*, 1985-86, 2587).

Ten opzichte van de huurster in casu *kon* mogelijk worden geargumenteed, dat haar hoge leeftijd en inkomensproblemen nieuw waren maar dit blijkt niet uit het vonnis. Als dusdanig lijkt de vrederechter — in tegenstelling tot de vrederechter van Kontich in het boven geciteerd vonnis — er een «objectieve» visie op na te houden m.b.t. de buitengewone omstandigheden en houdt hij zich strikt aan de tekst van art. 1759bis B.W. Daardoor komt de vrederechter ook dicht bij de bedoeling van het eerste amendement dat ter zake werd ingediend (*Parl. St.*, Kamer, B.Z., 1979, nr. 120/17, 2). Daar werd vooral gerefereerd aan de Duitse «Sozialklausel», waarbij geen bijzondere omstandigheden zijn vereist, maar veeleer de hardvochtigheid van de uitwerking van de opzegging centraal staat.

Johan Vande Lanotte
R.U.G.

VREDEGERECHT TE ANTWERPEN

7e KANTON — 3 JUNI 1986

Vrederechter : de h. Castelyns

Advocaten : mrs. De Bie en Devroe

Geneeskunst — Honorarium — Ziekte- en invaliditeitsverzekering — Niet-geconventioneerde arts — Honorariumgrens — Toetsing door de rechter — Criterium.

Een niet-geconventioneerde arts bepaalt, bij het ontbreken van een voorafgaande afspraak met de patiënt, in beginsel vrij zijn honorarium, mits hij binnen de wettelijke en redelijke grenzen blijft. De rechter is bevoegd het gevraagde honorarium aan die grenzen te toetsen. Een criterium daartoe vormt de normale betaling door het ziekenfonds.

M. t/ De C.

Overwegende dat eiser een bedrag vordert van 10.000 fr. voor de bewuste heelkundige ingreep (verwijdering van een gezwel uit een der borsten van gedaagde);

Overwegende dat gedaagde de ingreep zelf, of het feit dat zij een honorarium verschuldigd is, niet betwist, doch stelt dat het aangerekende bedrag overdreven is (gelet o.m. op het feit dat de ziekenfondsen — en zulks wordt door eiser niet betwist — voor een dergelijke ingreep slechts een terugbetaling voorzien van 1.548 fr.) en dient te worden verminderd tot een bedrag van 3.000 fr. maximaal;

Overwegende dat eiser stelt (en gedaagde niet betwist)

dat hij de conventie artsen-ziekenfondsen niet heeft ondertekend, zodat hij — binnen de wettelijke perken — vrij is in het bepalen van zijn honoraria;

Dat hij voorts stelt dat in het gevorderde bedrag eveneens begrepen zijn de te zijnen laste vallende kosten voor de bijstand van een verpleegster-instrumentiste tijdens de ingreep, gelet op het feit dat de ingreep plaats had in een privé-kliniek waar een chirurg verplicht zou zijn zelf zorg te dragen voor de noodzakelijke assistentie en instrumentarium;

Dat hij ten slotte ook nog stelt dat er aan de zijde van gedaagde een akkoord zou zijn geweest met het gevraagde bedrag, aangezien zij nooit geprotesteerd, resp. gereageerd, zou hebben tegen (op) de honorariumnota en de aanmaningen, en ook omdat gedaagde reeds vroeger een gelijkaardige ingreep door eiser zou hebben laten uitvoeren en zij de toenmalige nota t.b.v. 9.000 fr. wel zou hebben betaald;

Dat het derde argument duidelijk niet relevant is;

Dat gedaagde immers geen handelaarster is, evenmin als eiser, en een gebrek aan protest dan ook zeker niet, wel integendeel, als een vermoeden van akkoord kan worden beschouwd;

Dat het tweede argument eventueel principieel aanvaardbaar overkomt, doch dat het niet bewezen wordt, noch in principe noch wat de hoegrootheid van de desbetreffende kosten betreft, dat zij immers volledig in het ongewisse gelaten worden m.b.t. het eventueel aandeel van de verpleegster-instrumentiste in het door eiser gevorderde honorarium;

Dat, wat het eerste argument betreft, dient te worden opgemerkt dat, daar blijkbaar geen voorafgaand akkoord m.b.t. de kostprijs van de ingreep was overeengekomen, en daar eiser inderdaad niet geconventionaliseerd blijkt, eiser principieel vrij is in het bepalen van zijn honoraria;

Dat deze honoraria evenwel zelfs dan nog ten minste om twee redenen met bescheidenheid en realiteitszin dienen te worden vastgesteld;

Dat er immers in de eerste plaats de deontologische verplichting is voor eiser tot het bepalen van zijn honoraria met de nodige gematigdheid en bescheidenheid (cf. art. 71 van de Code van Geneeskundige Plichtenleer); dat het feit dat deze Code, in 1975 opgesteld door de Nationale Raad van de Orde van Geneesheren, niet bij K.B. verbindend is verklaard, in se niet afdoet aan de principiële toepasbaarheid ervan, zoals overigens moet blijken uit verschillende tuchtrechtelijke beslissingen (cf. noot R. Kruithof, bij Vred. 6 Antwerpen, 15 april 1970, in *VI. Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, jaargang 1, nr. 5) en zoals zulks overigens ook past in het kader van de algemene sfeer van de regelen m.b.t. de bepaling van het honorarium in de sector der «vrije beroepen»;

Dat eventueel andere factoren bij deze bepaling mede kunnen spelen, doch eiser ons hiertoe geen criteria ter hand stelt, en overigens deze eventueel andere factoren niet aanduidt, en dus ook niet bewijst;

Dat vervolgens het ontbreken van enige voorafgaande afspraak m.b.t. de vaststelling van het honoraria dient te worden beschouwd als een impliciete overeenkomst dat dit bedrag door de geneesheer zelf binnen de wettelijke en de redelijke perken mag worden bepaald, en deze vrijheid van de geneesheer derhalve kan worden beschouwd als een toepassing van de theorie van de «partijbeslissing» (cf. noot

R. Kruithof, hierboven geciteerd), een regeling die aansluit bij art. 15, tweede lid, K.B. nr. 78 betreffende de uitoefening der geneeskunde;

Dat, zowel op grond van laatstgenoemd artikel als op grond van art. 1134, derde lid, B.W., wij derhalve bevoegd zijn om het gevraagde honorarium te toetsen aan de hierboven uiteengezette criteria;

Dat eiser nergens aanduidt hoe hij tot het door hem gevorderde bedrag komt; dat het ons ten deze niet opportuun voorkomt een deskundig onderzoek te bevelen, gelet op het feit dat geen betwisting bestaat m.b.t. de aard en/of de kwaliteit van de uitgevoerde ingreep, doch enkel m.b.t. de hoegrootheid van het gevorderde honorarium;

Dat, gelet op de normale bijdrage van het ziekenfonds ten belope van 1.548 fr. (door gedaagde gesteld en door eiser niet betwist), een bedrag van 3.500 fr. als billijk overkomt, zodat de vordering tot dit bedrag gegrond kan worden verklaard;

(...)

NOOT—Hoe vrij zijn de honoraria van de niet-geconventioneerde artsen?

Het geannoteerde vonnis heeft betrekking op een honorarium van 10.000 fr., gevraagd door een geneesheer-specialist voor een heelkundige ingreep waarvoor het normale Z.I.V.-tarief 1.548 fr. bedraagt. Te vermelden is dat de betrokkene arts niet was toegetreden tot het akkoord geneesheren-ziekenfondsen en gespecialiseerd was in de plastische chirurgie. Wegens de niet-toetreding tot voormeld akkoord was zijn honorarium in principe vrij, onder voorbehoud, in geval van betwisting, van de bevoegdheid van de Orde waaronder hij ressorteert of van de rechtbanken (art. 15 K.B. nr. 78 van 10 november 1967).

Wanneer we even terugblikken op de rechtspraak van de laatste vijftien jaar valt het op dat het evalueren van het juiste honorarium door de rechtbanken dikwijls aanleiding heeft gegeven tot uiteenlopende interpretaties.

Geregeld werd door de rechters gerefereerd naar de criteria van gematigdheid en bescheidenheid die in de ontwerpcode van medische deontologie te vinden zijn. Als zodanig hield men rekening met de belangrijkheid van de geleverde prestaties, de economische toestand van de patiënt, de eigen faam van de arts, de eventuele bijzondere omstandigheden (bv. bijzondere eisen van de patiënt).

Opmerkelijk is dat sommige vonnissen (bv. Vred. Tielt, 6 december 1971, *R.W.*, 1971-72, 1159) beslisten dat, ook wanneer de arts niet verbonden is door een overeenkomst met de ziekenfondsen, hij gehouden is t.o.v. alle sociaal verzekerden door de Z.I.V.-tarieven, behoudens uitzonderlijke gevallen. Die rechtspraak ging uit van de idee dat ieder sociaal verzekerde een economisch zwakke is die in principe moet worden beschermd. Hoe sociaal zij ook zijn en hoe zij ook de rechtszekerheid nastreeft, die vonnissen vonden geen algemene weerklink in de jurisprudentie. Immers, de vrijheid bij het bepalen van het honorarium van de niet verbonden arts werd hierdoor te zeer beperkt.

Vermelden we nog een vonnis van tien jaar later (Rb. Brugge, 7 december 1981, *R.W.*, 1982-83, 1463, met noot) volgens hetwelk het criterium van persoonlijke welstand van het lid een determinerende rol verdient bij het evalueren van het honorarium door de rechtbank: de patiënt had

in casu gekozen voor een eenpersoonskamer (*anders*: Vred. Beringen, 18 december 1981, *Limburgs Rechtleven*, 1983, 38, met noot).

Uit het overschouwen van de rechtspraak en van het gepubliceerde vonnis besluiten we dat:

— het de geneesheer is die dient te bewijzen waarom zijn honorarium hoger is dan het normaal gevraagde, namelijk dan de nomenclatuurtarieven van de ziekteverzekering, die immers met de vertegenwoordigers van de artsen worden overeengekomen en die derhalve de basis zijn voor uitbetaling aan de verzekerden, en waartoe de verbonden geneesheren gehouden zijn, behoudens de bij de wet gestelde uitzonderingen;

— wanneer er geen voorafgaande afspraak bestaat met de patiënt met betrekking tot de grootte ervan, het honorarium op rechtvaardige wijze moet worden vastgesteld. Ten aanzien van de bedragen bepaald in Z.I.V.-tarieven schommelen de toegekende honoraria evenwel tussen 25% tot 150% meer.

A.M. Caeyers-De Hondt

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (2e Kamer), 25 juni 1985

Verlating van familie — Faillissement van de onderhoudsplichtige.

Het bestreden arrest (Hof Antwerpen, 7 maart 1985) heeft eiser, die failliet is, veroordeeld wegens verlating van familie. Eiser voert schending van de artt. 444 Fw. en 391bis Sw. aan, met de bewering dat hem krachtens art. 444 Fw. van rechtswege het beheer over al zijn goederen is ontnomen en het hem in rechte onmogelijk was het alimentatiegeld te betalen.

«Overwegende dat het arrest vaststelt dat eiser op 7 september 1983 tot de uitkering tot onderhoud werd veroordeeld, dat hij bij vonnis van 24 november 1983 in staat van faillissement werd verklaard, dat hij inmiddels een betrekking had gevonden die hem een loon verschafte van ongeveer 25.000 frank per maand en dat de curator van het faillissement de gelden die door de werkgever aan eiser werden uitbetaald, niet opeiste voor gezamenlijke schuldeisers;

«Overwegende dat de staat van faillissement van een onderhoudsplichtige niet uitsluit dat hij zich schuldig maakt aan het misdrijf bepaald bij artikel 391bis van het Strafwetboek; dat hij immers niettegenstaande zijn staat van faillissement toch over de nodige geldmiddelen kan beschikken om de uitkering tot onderhoud te betalen;

«Dat de rechter op onaantastbare wijze in feite oordeelt of een onderhoudsplichtige in staat is zijn onderhoudsverplichting na te leven en of hij vrijwillig in gebreke bleef de tegen hem uitgesproken veroordeling van uitkering tot onderhoud uit te voeren;

«Overwegende dat de rechters ten deze uit de voormelde feitelijke vaststellingen wettig hebben kunnen afleiden dat eiser zich schuldig maakte aan het hem ten laste gelegde misdrijf van familieverlating;

«Dat de bepalingen van artikel 444 van het Wetboek van Koophandel niet wegnemen dat de gefailleerde tijdens het faillissement nieuwe inkomsten kan verwerven en — zoals ten deze — een loon kan verdienen;

«Dat de gefailleerde dit loon in ontvangst kan nemen en aanwenden om in zijn levensonderhoud en dat van zijn gezin te voorzien zonder dat daartoe vereist is dat dit loon hem overeenkomstig artikel 476 van het voormeld wetboek als levensonderhoud wordt toegekend; dat dit loon immers niet van rechtswege aan de gezamenlijke schuldeisers toekomt doch slechts in de beperkte, bij artikel 1409 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalde, mate voor beslag vatbaar is, zelfs ten verzoeken van de curator;

«Dat het middel niet kan worden aangenomen.»

(Voorzitter: de h. Boon — Raadsheer-rapporteur: mevr. Baeté — Advocaat-generaal: de h. D'Hoore — Advocaat: mr. Grootjans — In de zaak S. t/ De B.)

NOOT—*Verlating van familie en faillissement*

1. Reeds eerder heeft het Hof van Cassatie aangenomen dat een faillissement geen reden van verschoning is die de in gebreke blijvende onderhoudsplichtige vrijstelt van strafvervolgung (Cass., 14 december 1959, *R.W.*, 1960-61, 1045; M. Rigaux en P.E. Trousse, *Les crimes et les délits du Code pénal*, V, p. 529; L. Dupont, *Verlating van familie*, nr. 158, *A.P.R.*).

2. Ten deze werden de beginselen nog wat scherper geformuleerd en werd duidelijker uiteengezet waarom een gefailleerde zich niet achter de failliete boedel kan verschuilen om zich aan zijn familiale verplichtingen te onttrekken.

Het Hof van Cassatie geeft als het ware een les in faillissementsrecht om de argumenten van de beklagde te weerleggen. Het is een interessante bijdrage in een materie die steeds weer aanleiding geeft tot betwistingen en tegenbedenkingen van personen die zich willen onttrekken aan hun ouderlijke verplichtingen.

A. Vandeplas

Hof van Cassatie (2e Kamer), 21 januari 1986

Arbeidsongeval — Onrechtmatige daad — Dodelijk ongeval — Aansprakelijkheid — Weduwe — Schade — Herstel — Voorwerp — Inkomstenverlies tijdens postlucratieve periode — Cumulatie van arbeidsongevallenrente met gemeenrechtelijke vergoeding.

Vernietigd wordt het arrest van 21 maart 1985 van het Hof van Beroep te Antwerpen in zoverre dit in het gemene recht de weduwe het herstel van het postlucratieve inkomstenverlies ontzegt dat zij ten gevolge van de dood van haar man lijdt:

«Overwegende dat, in geval van een dodelijk arbeidsongeval, het bedrag gelijk aan het kapitaal dat de door de arbeidsongevallenverzekeraar verschuldigde rente vertegenwoordigt en door hem aan de echtgenote van de getroffen wordt gestort, op forfaitaire wijze het verlies dekt van het voordeel dat zij zelf trok uit de inkomsten die aan de getroffen werden verschaft door de arbeidsovereenkomst tijdens de uitvoering waarvan het ongeval heeft plaatsge-

had, maar niet het verlies dekt van de inkomsten die de getroffen zou hebben verworven door een andere beroepsactiviteit welke hij na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd zou uitoefenen;

«Overwegende dat het arrest het inkomstenverlies voor de 'post-lucratieve' periode van de getroffen raamt op 250.000 frank; dat het arrest dit bedrag toerekent op het inkomstenverlies dat door de arbeidsongevallenverzekeraar werd gedekt en beslist dat het niet aan eiseres kan worden toegekend op grond van het gemene recht;

«Dat het arrest zodoende de artt. 1382, 1383 B.W., 12, 34, 35 en 46, § 2, tweede lid, Arbeidsongevallenwet schendt.»

(Voorzitter: de h. Screvens — Raadsheer-rapporteur: de h. Marchal — Advocaat-generaal: de h. du Jardin — Advocaat: mr. Houtekier — In de zaak: Goiris t/ Cornet en Medtrans)

NOOT—Zie Cass., 17 februari 1976, *Arr. Cass.*, 1976, 701; 30 september 1974, *R.W.*, 1974-75, 2087.

Hof van Cassatie (3e Kamer), 17 maart 1986

Arbeidsovereenkomst — Handelsvertegenwoordigers — Uitwinningsvergoeding — Samenstelling — Premie als deel van de werkzaamheid van de hele verkoopafdeling — Enkel deel van de premie behoort tot de uitwinningsvergoeding.

Op het punt van de samenstelling van de verschuldigde uitwinningsvergoeding wordt de voorziening tegen het arrest van 2 december 1983 van het Arbeidshof te Brussel verworpen:

«Overwegende dat artikel 101, derde lid, van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten bepaalt dat de vergoeding wegens uitwinning gelijk is aan het loon van drie maanden voor de handelsvertegenwoordiger die bij dezelfde werkgever was tewerkgesteld gedurende een periode van één tot vijf jaar;

«Overwegende dat het arrest van 2 december 1983 vaststelt: 1° dat eiser bij verweerster op 1 maart 1979 als verkoopdirecteur in dienst is getreden en dat hij ontslagen is met een opzegging van zes maanden met ingang van 1 juli 1981; 2° dat zijn werk bestond 'in het winnen van nieuwe klanten en in het contact met een bestaande cliënteel' en 'in de bezielende leiding, het toezicht en het geven van steun aan alle handelsvertegenwoordigers van de vennootschap'; 3° dat eisers bezoldiging bestond uit een vast maandbedrag, een veranderlijk bedrag en een omzetpremie, 'opbrengst van de werkzaamheden van de hele verkoopafdeling'; 4° dat de omzetpremie betrekking heeft op het werk van alle verkopers en 'dus ook, althans in zeer geringe mate, op het werk (van eiser) als handelsvertegenwoordiger';

«Dat het arrest aldus erop wijst dat eiser belast was met twee werkzaamheden, enerzijds, de bezielende leiding van de groep van handelsvertegenwoordigers, anderzijds, zijn werk als handelsvertegenwoordiger, en dat hem een deel van 'de omzetpremie' verschuldigd was als bezoldiging voor zijn werk als handelsvertegenwoordiger;

«Dat het arrest, door uit die vaststellingen af te leiden

dat enkel dat gedeelte van de omzetpremie in aanmerking moet worden genomen bij de berekening van de uitwinningvergoeding, artikel 101, derde lid, van de wet van 3 juli 1978 niet schendt, daar het in die bepaling bedoelde loon als tegenprestatie van het werk als handelsvertegenwoordiger verschuldigd is.»

(Voorzitter : de h. Soetaert — Raadsheer-rapporteur : de h. Rappe — Advocaat-generaal : de h. Piret — Advocaten : mrs. Delahaye en Gérard — In de zaak : O. t/ N.V. W.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 29 mei 1986

Tuchtrecht — Rechtspleging — Orde van Apothekers — 1. Proces-verbaal van de zitting — Vermelding onleesbaar gemaakt en daarna overschreven — Niet goedgekeurde overschrijving — Niet bestaande — 2. Tuchtraad — Samenstelling luidens het proces-verbaal verschillend van die vermeld in de beslissing — Nietige beslissing.

De bestreden beslissing (Franstalige Raad van Beroep van de Orde van Apothekers, 6 juni 1985) wordt om de volgende redenen vernietigd :

«Overwegende dat het proces-verbaal van de openbare zitting van 26 oktober 1984 van de Franstalige Raad van Beroep van de Orde van Apothekers de heer 'J. A., apotheker (Luik)' bij de aanwezige leden vermeldt ; dat die naam en hoedanigheid getypt zijn op een witte stof, die blijkbaar een andere onleesbare vermelding moet bedekken ; dat die overschrijving niet is goedgekeurd en derhalve als niet bestaande moet worden beschouwd ;

«Overwegende dat de processen-verbaal van de openbare zittingen van 29 november 1984, tijdens welke een beslissing tot heropening van de debatten is uitgesproken, van 14 februari 1985, waarop de debatten zijn heropend, van 15 maart 1985, waarop een beslissing is uitgesproken tot heropening van de debatten, van 18 april 1985, waarop de debatten werden heropend, en van 6 juni 1985, waarop de bestreden beslissing werd uitgesproken, allemaal vermelden : 'aanwezig : dezelfde' ;

«Dat daaruit volgt dat volgens de authentieke vaststellingen in die processen-verbaal, welke niet van valsheid zijn beticht, apotheker A. op geen enkele zitting aanwezig was waarop de zaak van eiser is behandeld ;

«Overwegende dat de op 6 juni 1985 gewezen beslissing vermeldt dat de apotheker A. aanwezig is en door hem is ondertekend ;

«Overwegende dat, wegens die tegenstrijdige vermeldingen, het Hof niet kan nagaan of, als voorgeschreven bij artikel 779, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek, de bestreden beslissing is gewezen door rechters die alle zittingen over de zaak hebben bijgewoond ; dat die beslissing derhalve nietig is.»

(Voorzitter : de h. Mahillon — Raadsheer-rapporteur : mevr. Charliers — Advocaat-generaal : mevr. Liekendaal — Advocaten : mrs. Simont en Bayart — In de zaak : V. t/ Orde van Apothekers)

BOEKEN

P. BADURA, *Staatsrecht. Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*, Verlag C.H. Beck, München, 1986, XLV + 633 p., 78 DM

Het in de Duitse Bondsrepubliek geldende staatsrecht wordt door Badura uiteengezet aan de hand van de Duitse Grondwet. Het plan van het werk beantwoordt dan ook aan haar indeling, al gaat het daarbij niet over een artikelsgewijze commentaar. De auteur groepeerde meermaals opeenvolgende artikelen ten einde wat meer systematiek in de uiteenzetting te kunnen brengen. Op deze wijze ontstaat een inleiding gevolgd door tien groepen artikelen die telkens worden voorafgegaan door een zeer gedetailleerde indeling.

Het boek leest zeer vlot. Het is niet overladen met verwijzingen en citaten. Veel aandacht gaat uiteraard naar de arresten van het *Bundesverfassungsgericht*. Bij elk thema vindt de lezer een beknopte maar zeer degelijk geselecteerde literatuurlijst.

Het staatsrecht wordt met veel aandacht voor zijn historische ontwikkeling uiteengezet. De auteur vergelijkt de bepalingen van het *Bonner Grundgesetz* regelmatig met de *Weimarer Reichsverfassung* en de opvattingen uit het staatsrecht van die tijd. Dit maakt het hem mogelijk de instellingen uit het Duitse staatsbestel duidelijker te omschrijven. Zo wordt op p. 318 e.v. de positie en de functie van de *Bundespräsident* toegelicht aan de hand van de verschillen met de *Reichspräsident* uit de *Weimarer Republik*.

De zeer synthetische uiteenzetting, ontdaan van overbodige details, maakt dit boek niet alleen voor de constitutionalist genietbaar, maar voor elke jurist of politiek geïnteresseerde die enig inzicht in de Duitse staatsinstellingen en de werking van de Grondwet wenst te verkrijgen.

W. Pintens

K.C. WELLENS (red.), *Peace and Security: Justice and Development*, T.M.C. Asser Instituut, Den Haag 1986, 99 p.

Op 7 november 1985 werd aan de Universiteit van Nijmegen naar aanleiding van de veertigste verjaardag van de Verenigde Naties een colloquium georganiseerd met als thema : Vrede en Veiligheid : Rechtvaardigheid en Ontwikkeling. De organisatoren ervan komt alle lof toe, niet alleen omdat ze met een deelname van meer dan 300 mensen dit congres, dat Engels tot voertaal had, wisten uit te laten groeien tot een waar succes, maar tevens omdat de deelnemers tijdig en gepast gedocumenteerd werden. Zo kreeg een ieder vóór het colloquium zelf een documentatiemap toegestuurd, waarin naast de gespreksthema's van de verschillende sprekers, ook recente publikaties die daarbij aansloten, werden gepubliceerd. Tweede deel van deze informatieverschaffing vormt bovendien een boek waarin de lezer een overzicht krijgt van de discussies die in de verschillende werkgroepen werden gevoerd. Hierdoor wordt hem de mogelijkheid geboden kennis te nemen van de gedachtenwisseling die gelijktijdig plaats vond in de tien werkgroepen. En hoewel dit boek later verscheen dan oorspronkelijk door de organisatoren gepland was, blijft het een merkwaardige prestatie, daar aanzienlijke ruimte werd vrijgelaten voor de weergave van een in totaal 20 uur durende discussie.

De inhoud van het boek sluit nauw aan bij de dagorde van het colloquium zelf. Vijf thema's worden onderscheiden zoals ze op 7 november in de voormiddag in voltallige vergadering werden behandeld : Vrede en Veiligheid (I), Rechtvaardigheid en Economische Ontwikkeling (II), De Rol van Internationaal Recht (III), Het V.N. systeem (IV) en ten slotte Mensenrechten (V). In de namiddag dan konden de deelnemers één van de tien aangeboden werkgroepen kiezen. In het boek worden deze onmiddellijk toegevoegd aan het thema waarmee ze verband houden.

Zo vinden we onder het hoofdstuk Vrede en Veiligheid de inleiding van prof. dr. F. Altling von Geusau met daarbij aansluitend het rapport van werkgroep 1 onder leiding van dr. H. Scheltens (De Rol van Nederland in de Veiligheidsraad) en werkgroep 2, voorgezeten door prof. dr. N. Sybesma-Knol (Herziening van het Handvest : de Veiligheidsraad). Werkgroepen 3 en 4, respectievelijk geleid door dr. J. Pronk (V.N. Bijdrage) en prof. dr. W. Ver-

wey (Voorkeurbehandeling van Ontwikkelingslanden) zijn te vinden na de introductie van dr. J. Van Royen over «Rechtvaardigheid en Economische Ontwikkeling». De rol van het internationaal recht, geïntroduceerd door M. Lachs, rechter bij het Internationaal Gerechtshof, wordt verder uitgewerkt door prof. dr. I. Brownlie (werkgroep 5: De Rol van het Internationaal Recht bij het Oplossen van Conflicten) en prof. dr. W. Riphagen (werkgroep 6: Het Scheppen van Internationaal Recht, Nieuwe Tendensen). Hoofdstuk IV, ingeleid door H. Fodha, directeur van het Informatiecentrum en Verbindingsbureau van de Verenigde Naties te Brussel, wordt gevolgd door de verslagen van werkgroep 7 onder leiding van dr. P. Baehr (Coördinatie binnen het V.N. systeem) en werkgroep 8 waarvan prof. M. Tavernier de voorzitter was (Herziening van het Handvest). Het laatste hoofdstuk ten slotte, dat begint met een introductie van prof. dr. P. Kooijmans, omvat tevens de rapporten van werkgroep 9 (prof. dr. T. van Boven: Mislukking of Succes?) en werkgroep 10 (prof. dr. M. Bossuyt: De V.N. Commissie voor de Rechten van de Mens). Het geheel wordt uiteindelijk afgesloten, zoals op 7 november, met de slotrede uitgesproken door prof. dr. K. Wellens, getiteld «Het 40-Jarig Bestaan van de Verenigde Naties».

De rode draad die door dit boek heen loopt is ongetwijfeld de algemene idee dat wijzigingen binnen het V.N.-systeem nodig zijn. Meer dan eens werd daarbij benadrukt dat in dit opzicht geen heil dient te worden gezocht in een herziening, maar eerder in een ruime interpretatie van het Handvest (zie pp. 8, 15, 63, 72 en 86).

Dat deze veranderingen niet alleen nodig, maar ook dringend zijn, blijkt uit de financiële crisis waarin de V.N. tijdens het 41e werkingsjaar dreigt te belanden door toedoen van een Amerikaans offensief. Door te dreigen een deel van zijn bijdrage niet meer te betalen, wisten de Verenigde Staten de Verenigde Naties onder druk te zetten: een reeks bezuinigingsmaatregelen en veranderingen werd door een groep van achttien deskundigen aan de 41e Algemene Vergadering (1986) voorgelegd en door president Reagan op 22 september van datzelfde jaar als een «mogelijke eerste stap» bestempeld. Deze teksten zullen ongetwijfeld door alle congresgangers met de nodige aandacht bestudeerd worden!

Erik Franckx
V.U.B.

F. PONET, De overeenkomst van internationaal wegvervoer CMR, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1986, 730 p.

Op 19 mei 1956 werd te Genève het Verdrag betreffende de overeenkomst tot internationaal vervoer van goederen over de weg (C.M.R.) ondertekend. Naar aanleiding van het dertigjarig bestaan van dit verdrag werd o.m. te Antwerpen een driedaags internationaal colloquium georganiseerd (24, 25 en 26 september 1986) tijdens hetwelk juristen en practici uit de 24 landen die dit verdrag ondertekend hebben, een geactualiseerde analyse hebben gemaakt van de verschillende artikelen van het verdrag. Ook Ponet leverde een niet onaanzienlijke bijdrage tot de herdenking door de uitgave van een rechtspraakoverzicht over de periode 1963-1986. In de tijd beslaat zijn overzicht praktisch de gehele tijdsspanne tijdens welke het C.M.R.-Verdrag effectief toepasselijk is; het verdrag trad namelijk in werking op 2 juli 1961.

Met dit werk heeft Ponet zijn oorspronkelijk bij *European Transport Law*, Antwerpen, in 1979 uitgegeven werk dat de periode 1963-1978 bestreek (voor een bespreking: Victor, R., «Overzicht van de Vlaamse rechtsliteratuur gedurende het gerechtelijk jaar 1979-1980», *R.W.*, 1980-81, (2), 19) aangepast aan de stand van de rechtspraak einde 1985.

De gevolgde methode is dezelfde gebleven: vermelding van een achthonderdtal jurisprudentiële beslissingen per rubriek die nauwgezet de indeling van het C.M.R.-Verdrag volgt, met evenwel sub nrs. 16-62 de behandeling van de criteria ter beoordeling van het onderscheid tussen vervoerder en commissionair.

Het is uiteraard een naslagwerk waarin de uitspraken zonder persoonlijke commentaar vermeld worden. Men zou de afwezigheid van enige persoonlijke visie kunnen betreuren; evenwel moet grif toegegeven worden dat één persoon, hoe deskundig en enthousiast ook, niet bij machte is alleen een dergelijk overzicht te glosse. Een restatement of the law naar Amerikaans model is het niet geworden.

De besproken rechtspraak is hoofdzakelijk (haast uitsluitend zelfs) afkomstig uit België, Nederland, Frankrijk, de Bondsrepubliek Duitsland en het Verenigd Koninkrijk. Daarbuiten worden drie Oostenrijkse beslissingen en evenveel Italiaanse en twee Deense beslissingen vermeld. Rechtsvergelijking kan zich niet ad infinitum uitstreken, maar is het geen algemene (m.i. spijtige) vaststelling dat ook Vlaamse juristen zich wel eens te zeer beperken tot de rechtspraak van de ons onmiddellijk omliggende landen hoewel bv. de Zuid Europese en Scandinavische landen ook iets op dat vlak te bieden hebben? Misschien is dit een wenk voor onze in transport gespecialiseerde tijdschriften die de auteur geraadpleegd heeft en die toch veel gemakkelijker toegang moeten hebben tot vreemde rechtspraak.

Zoals reeds vermeld volgt de auteur zo getrouw mogelijk de structuur van het C.M.R.-Verdrag. Dat heeft natuurlijk zijn voordeel voor de praktijkjurist op zoek naar mogelijke oplossingen voor zijn problemen van uit de praxis.

Desniettemin komt het ons voor dat er een fundamentele problematiek is die niet uit de verf komt, nl. de rechtspraak i.v.m. de interpretatie zelf van het C.M.R.-Verdrag. Ponet citeert wel arresten waarin dit probleem behandeld wordt, maar dan telkensmale onder de specifieke verdragsmaterie, hetgeen uiteraard voortvloeit uit de door hem bij de indeling van zijn werk gevolgde methode.

De jurist die zoekt naar de rechtspraak i.v.m. de interpretatieproblematiek is een beetje verloren. De vraag stellen loont o.i. toch de moeite, te meer daar recente werken over internationaal transportrecht het probleem aanraken, hetzij summier en onvolledig (Putzeys, J., *Le contrat de transport routier de marchandises*, Brussel, Bruylant, 1981, nr. 256), hetzij uitvoerig en grondig (Haak, K.F., *De aansprakelijkheid van de vervoerder ingevolge C.M.R.*, 's-Gravenhage, Stichting Vervoeradres 1984, p. 16 et seq.).

Zo citeert Ponet het i.v.m. de interpretatieproblematiek interessante arrest van het Bundesgerichtshof van 28 februari 1975 sub nr. 458 bij de behandeling van de aansprakelijkheidsontheffing in art. 17.2 C.M.R., waarbij hij overigens verwijst naar het standpunt van het Hof i.v.m. de uitlegging van het verdragsrecht. Ook wordt melding gemaakt van het arrest van het Bundesgerichtshof van 14 juli 1983 i.v.m. de met opzet gelijkgestelde schuld zoals bepaald bij art. 29 C.M.R. sub nr. 636. Het arrest van het Bundesgerichtshof van 21 december 1973 wordt aangehaald uitsluitend in het licht van de toepassing van art. 13.2 C.M.R. (vorderingsrecht van de geadresseerde); het belang van dit arrest als element van discussie van de interpretatieproblematiek wordt niet aangeduid. Het komt ons alleszins voor dat een afzonderlijke behandeling van het probleem van de uitlegging van het verdrag het ook praktische belang van deze materie ten goede zou zijn gekomen.

Anderzijds vragen wij ons af of het werkelijk nodig was het probleem van het openbare orde of van het dwingendrechtelijk karakter van de C.M.R. in twee verschillende rubrieken te behandelen (nrs. 103-104 resp. 814-815).

De strenge rubricering heeft in elk geval tot gevolg dat voorbij wordt gegaan aan de vraag of de geciteerde rechtspraak zich wel zo bewust is van het onderscheid tussen openbare orde en dwingend recht en de draagwijdte van art. 41 C.M.R. (Kh. Antwerpen, 12 september 1972, waarnaar verwezen wordt sub nr. 103 maakt zelfs geen gewag van deze terminologie).

Onder voorbehoud van het bovenstaande blijft de conclusie van mr. R. Victor bij de beoordeling van de eerste uitgave (*l.c.*) geldig behouden: «De juristen die in de praktijk het internationaal vervoerrecht dienen toe te passen, vinden in het boek van mr. Ponet een verzameling die exhaustief kan genoemd worden en die hen veel persoonlijke opzoekingen zal besparen.»

Hubert Libert

BERICHTEN

Universitair nieuws — Doctoraat rechtsgeleerdheid

Op 23 oktober 1986 is aan de Rijksuniversiteit te Gent de heer Frank Van de Craen gepromoveerd tot doctor in de rechten.

Zijn proefschrift had als titel: «Het Canadese grondwetsherzieningsdebat, van de British North America Act 1867 tot de Constitution Act 1982».

Studienamiddag over de eenpersoonsvennootschap of de eenhoofdige B.V.B.A.

Het Nationaal Christelijk Middenstandsverbond en de Dienstengroep M voor K.M.O. en Beroepen organiseren op vrijdag 12 december 1986 in het Provinciehuis, Koningin Elisabethlei 24, 2018 Antwerpen, een studienamiddag over: «De Eenpersoonsvennootschap of de eenhoofdige B.V.B.A.».

Programma:

- 14.00 u.: Onthaal en inschrijving van de deelnemers.
- 14.30 u.: De wordingsgeschiedenis van de eenpersoonsvennootschap door volksvertegenwoordiger G. Verhaegen, verslaggever van het wetsontwerp in de Kamer van Volksvertegenwoordigers.
- 15.00 u.: De materiële bepalingen van het wetsontwerp door de heer B. Van Bruystegem, advocaat, adviseur van de Bijzondere Commissie van de Kamer van Volksvertegenwoordigers, belast met de problemen inzake handels- en economisch recht.
- 15.30 u.: De familiaalrechtelijke en erfrechtelijke aspecten door notaris L. Weyts, buitengewoon hoogleraar aan de K.U.L.
- 16.30 u.: De uitoefening van een vrij beroep in het kader van een eenpersoonsvennootschap door de heer K. Geens, docent aan de K.U.L.
- 17.00 u.: Vraagstelling.
- 17.45 u.: Slottoespraak door nationaal N.C.M.V.-voorzitter A. Watteuw, ondernemer.
- 18.00 u.: Receptie.

Inlichtingen: N.C.M.V., de heer G. Otten, tel. 02/230.22.15.

Studiedag over militair en humanitair recht

Op 23 januari 1987 wordt te Brussel aan de Koninklijke Militaire School (K.M.S.) een studiedag gehouden over militair en humanitair recht.

Programma:

- 9.00 u.: Verwelkoming van de deelnemers.
- 9.15 u.: Openings toespraak door generaal J. Chabotier, commandant van de K.M.S.
- 9.30 u.: Voorstelling van de preadviseurs door de heer N. Vanwinsen, krijgsauditeur te Brussel.
- 9.45 u.: Algemene inleiding door prof. dr. J. D'Haenens, raadsheer in het Hof van Cassatie.
- 10.15 u.: Actuele problemen m.b.t. materieel militair strafrecht door de heer G. Vangerven, krijgsauditeur te Antwerpen.
- 11.00 u.: Koffiepauze.
- 11.25 u.: Actuele problemen m.b.t. militaire strafrechtspleging door prof. dr. F. Gorié, auditeur-generaal bij het Militair Gerechtshof.
- 12.10 u.: Vraagbaak.
- 12.45 u.: Lunch.
- 14.15 u.: Actuele problemen m.b.t. humanitair recht en oorlogsrecht door de heer A. Andries, advocaat-generaal bij het Militair Gerechtshof.
- 15.00 u.: Grensoverschrijdende aspecten van het militair recht door prof. dr. F. Thomas, leerstoelhoofd rechten K.M.S.
- 15.30 u.: De geldelijke aansprakelijkheid van de Staat en van militairen voor onopzettelijke misdrijven van deze laatste door de heer A. De Smet, directeur-generaal m.r. M.L.V.
- 16.15 u.: Slotbeschouwingen door de heer N. Vanwinsen, krijgsauditeur te Brussel.

De studiedag wordt gehouden in de conferentiezaal van de K.M.S., Renaissancelaan 30, 1040 Brussel (ingang Hobbemastraat, 8). De inschrijvingsprijs bedraagt 1.200 fr., te storten op de rekening nr. 001-0702122-05 van de Massa der Laboratoria, K.M.S., te Brussel met de vermelding «Studiedag militair en humanitair recht».

Het secretariaat wordt waargenomen door de leerstoel recht van de K.M.S. (tel. 02/733.97.94, post 290, kapt. lic. jur. Vanwinsen).

Recyclage voor juristen — Toepassing van het E.V.R.M. door de nationale rechter

Het Centrum voor Beroepsvervolmaking in de Rechten organiseert in samenwerking tussen de UIA en de Balie van Antwerpen een studie-avond op 27 januari 1987 in de aula van de UIA, gewijd aan de toepassing van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens door de nationale rechter.

Het EVRM kan door en voor de nationale rechter worden ingeroepen in zeer uiteenlopende gevallen: in het fiscaal contentieux, in strafzaken, in tuchtprocedures, in gezinsconflicten en in de jeugdbescherming, in het economisch recht, in de discussie over de vakbondspremie...

De praktijkjurist staat bij het invoeren van verdragsrecht, in casu het EVRM, vaak voor problemen: hoe kan een zinvolle redenering worden opgebouwd met argumenten ontleend aan het EVRM? Hoe kan die redenering verwerkt worden in besluiten of in een gemotiveerd vonnis? Hoe een procedure voor de Commissie voor de Rechten van de Mens en voor het Hof in Straatsburg inleiden en verder zetten?

Prof. dr. K. Rimanque, hoogleraar aan de UIA zal na een korte inleidende verkenning van het EVRM op deze en andere vragen uitvoerig ingaan.

Inschrijving voor deze studie-avond kan telefonisch bij het CBR op nummer 03/828.25.28 toestel 431 of door storting van het inschrijvingsgeld, 500 BF, op rekening 001-0986467-53 van UIA Rechten/Congressen, Universiteitsplein 1, 2610 Wilrijk met vermelding CBR 02 B 749 EVRM. Inschrijven kan ook op de studieavond zelf vanaf 19.30 uur.

Studiedag te Louvain-la-Neuve - L'actualité de la pensée juridique de Francisco de Vitoria

Deze studiedag wordt gehouden op vrijdag 5 december 1986 met het volgende programma:

- 9 h 00 Accueil des participants
- 9 h 15 Introduction par F. Rigaux, Président du département de droit international
- 9 h 30 «La place de Vitoria dans l'école juridique espagnole au XVI^e siècle»
par Henry Méchoulan, Professeur au Centre d'Histoire des sciences et des doctrines à Paris
- 10 h 15 «La place de Vitoria parmi les fondateurs du droit international»
par Peter Haggénmacher, Professeur adjoint à l'Institut universitaire de hautes études internationales (Genève).
- 11 h 00 Interruption
- 11 h 15 «La théologie de Vitoria et le discours social de l'Eglise de la fin du XX^e siècle»
par René Coste, Professeur de théologie sociale aux Facultés catholiques de Toulouse.
- 12 h 00 Discussion
- 14 h 30 «Le recours à la force dans l'oeuvre de Vitoria»
par Antonio Ortiz-Arce, Professeur de droit international privé à l'Université de Valladolid.
- 15 h 15 Discussion
- 16 h 30 Conclusion: «Vitoria et les clefs essentielles d'un droit international»
par Joe Verhoeven, Professeur à la Faculté de droit de Louvain
- 17 h 30 Réception offerte par le Doyen de la faculté

Voor alle inlichtingen: Secrétariat du département de droit international te Louvain-la-Neuve, tel. 010/43.47.78

ERRATUM

In kolom 829 van de lopende jaargang is bovenaan de recensie van het boek van A. Van Oevelen, «Overzicht van de recente ontwikkelingen in het huurrecht» bij vergissing vermeld dat dit boek 128 fr. kost. Dit dient als volgt te worden gecorrigeerd: «128 p., 995 fr.».

TIJDSCHRIFTEN

Annales de droit de Louvain, 1986

nrs. 1-2,

Swennen, H., La loi sur les pratiques du commerce et (le droit de) la concurrence; Stuyck, J., Les pratiques du commerce et le droit des contrats; Francq, B., Les pratiques du commerce et la distribution; Delcorde, C., Les pratiques du commerce et les droits de propriété intellectuelle; Storme, M., Les pratiques du commerce et les problèmes de procédure; Maystadt, Ph., Allocution de clôture.

Annales de droit de Liège, 1986

nr. 2,

Christians, L.L., Ancienneté et servitudes d'écoulement des eaux; Fettweis, A., Absens, si bonam causam habuit, vincet (noot onder Cass., 13 juni 1985); Hannequart, Y., noot onder Brussel, 11 december 1984 (Aanneming van werk, geen onafhankelijkheid van de architect ten aanzien van de aannemer, nietigheid van het contract van aanneming); Paridaens, E., noot onder Rb. Doornik, 23 november 1984 (borgtocht, art. 1404 Ger. Wb., uitspraak op tegenspraak en uitvoerbaar, hoger beroep van één schuldeiser, niet-ervulling van de wettelijke voorwaarden van het cantonnement); Delsaux, P., La nouvelle loi belge du 28 mars 1984 sur les brevets.

Bank- en Financieuzen, 1986

nrs. 4-5, mei,

Bex, M., e.a. De Belgische geldmarkt over tien jaar.

nr. 6, juni,

Van Hulle, C., Profitability measurement of the dealer room's foreign exchange transactions: a capital market approach; Rommel, Th., The International Monetary Fund: its functions, functioning and effectiveness; Roeges, L., Twee E.G.-richtlijnen inzake beleggingsfondsen en -vennootschappen.

Europees Vervoerrecht, 1986

nr. 2,

Naschitz, P.G., Recent development in Air Law and Maritime Law in Israël;

Journal des tribunaux, 1986

nr. 5374, 29 maart en 5 april,

Mahieu, M., Les décrets linguistiques devant la Cour d'arbitrage; De Housse, F., noot onder Arbitragehof, 25 oktober 1985 (Samenstelling arbitragehof, stemming, doorslaggevende stem van de voorzitter).

nr. 5375, 12 april,

Malherbe, J., La profession d'expert comptable et son organisation; Kebers, A., noot onder Brussel, 19 februari 1986 (Verdeling van de zaak tussen de verschillende kamers, bevoegdheid van de eerste voorzitter om het geschil te beslechten).

nr. 5376, 19 april,

Fallon, M., La compétence des tribunaux belges en matière de divorce d'époux de nationalité différente lorsque le demandeur est belge; Van Gysel, A.Ch., noot onder Brussel, 8 mei 1985 (aanranding, schade van de moeder van het uit de aanranding geboren kind).

nr. 5377, 26 april,

Kleyen, G., Quelle est la nature juridique et la portée du droit au «superdividende» revenant aux actions émises dans le cadre de l'arrêté royal nr. 15?; Henrard, M. en De Callatry, S., Le contrat de travail. Les lois des 17 et 18 juillet 1985.

nr. 5378, 3 mei,

Henrion, L.M., Le curateur et la rémunération des dirigeants de société; Kohl, A., noot onder Cass., 19 december 1985 (faillissement, schadevergoeding wegens verbreking van arbeidsovereenkomst, betwisting door de curator, bevoegde rechtbank).

nr. 5379, 10 mei,

Fagnart, J.L. en Deneve, M., La responsabilité civile (1976-1984).

nr. 5380, 17 mei,

Fagnart, J.L. en Deneve, M., La responsabilité civile (1976-1984).

nr. 5381, 24 mei,

Windey, J. en Torbeyns, D., La poursuite provisoire des activités commerciales.

nr. 5382, 31 mei,

Uyttendaele, M., L'enquête parlementaire sur les événements tragiques qui se sont déroulés le 29 mai 1985 au stade du Heysel. Quelques réflexions sur les enquêtes parlementaires et sur la responsabilité ministérielle; Bosly, H.D. en Fallon, noot onder Rb. Herve, 14 februari 1984 (strafprocedure, dagvaarding, persoon van Duitse nationaliteit en verblijvend in B.R.D., dagvaarding bij aangetekende brief, nietigheid, toepassing van Verdragen in civiele zaken en van het akkoord van 25 april 1959 tussen de Belgische en de Duitse overheid).

nr. 5383, 7 juni,

Vervilghen, M. en Beguin, E., Chronique de jurisprudence, Les régimes matrimoniaux (1977-1984). Le régime primaire.

nr. 5384, 14 juni,

Leclercq, J., Radio-télévision et délits de presse; Forges, M., La rétraction instaurée par la loi du 10 mai 1985 impose-t-elle de nouveaux devoirs aux avocats?

nr. 5385, 21 juni,

Detienne, J., Sanctions disciplinaires et droit de recours des détenus; Quertainmont, Ph., noot onder Rb. Brussel, 4 maart 1986 (Gewest- en Gemeenschapsraad, samenstelling, nederlandstalig senator verkozen in het arrondissement van Nijvel).

nr. 5386, 28 juni,

Oschinsky, S., L'enlèvement international d'enfants: Van Bunn, L., Les ambiguïtés de la loi du 26 juillet 1985 modifiant la loi sur les pratiques du commerce.

Journal des tribunaux du travail

nr. 344, 10 april,

Wantiez, Cl., noot onder Cass., 9 september 1985 (loon, eindejaarspremie, deelbaarheid).

nr. 347, 10 mei,

Van Bulck, K. en Vanderweert, M., De evaluatie van de hulp van derden in de arbeidsongevallenwetgeving.

nr. 348, 30 mei,

Zenner, A. en Janssens, L., Faillites et droit social; Gosseries, Ph., noot onder Arb. Luik, 18 december 1985 (ziekte- en invaliditeitsverzekering, staat van arbeidsongeschiktheid, schade waarvoor krachtens een andere wetgeving werkelijke schadeloosstelling is verleend, omvang).

nr. 349, 10 juni,

Deneve, Ch., De ontwikkeling van de sociale zekerheid, sector arbeidsvoorziening en werkloosheid van 1975 tot en met 1985.