

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

KRONIEK VAN HET INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT (1980-1985) (SLOT)

XIX. Koopovereenkomsten

A. Bevoegdheid

86. *De werking van het EEX. Art. 17 EEX* verleent geen uitwerking aan een bevoegdheidsbeding dat in de voorgedrukte algemene voorwaarden op de keerzijde van de factuur is opgenomen, indien de tegenpartij dit niet uitdrukkelijk aanvaardde (Bergen, 9 maart 1983, *T.B.H.*, 1985, 386; Kh. Brussel, 2 september 1981, *B.R.H.*, 1982, 546 — vgl. H.v.J., zaak 24/76, *Salotti, Jur.*, 1976, 1831).

Het verwijzingsrecht doorkruist nogmaals de werking van art. 5, 1°, *EEX*: het recht dat de koopovereenkomst ten gronde beheerst, wijst de plaats aan waar de contractuele verbintenissen moeten worden uitgevoerd. Aldus bepaalt de *lex causae* de internationale bevoegdheid van de rechter (zie Grégoire, Michèle, noot onder Bergen, 9 maart 1983, *T.B.H.*, 1985, 390 e.v., nrs. 22-25).

Uitzonderlijk wordt de keuze door partijen van het *forum solutionis* direct uit de feiten afgeleid (Luik, 6 oktober 1982, *T.B.H.*, 1984, 25 — de betaling door de Nederlandse koper van de niet-betwiste facturen op de Belgische bankrekening van de verkoper impliceerde een keuze door partijen dat de betalingsplicht van de koper in België diende te worden uitgevoerd; vgl. H.v.J., zaak 56/79, *Zelger, Jur.*, 1980, 89).

B. Toepasselijk recht

87. *De gelijktijdige toepassing van verwijzingsrecht en materieel eengemaakt internationaal kooprecht.* Het Belgische verwijzingsrecht «inzake de op de internationale koop van roerende lichamelijke zaken toepasselijke wet» zit vervat in het Haagse Verdrag dat op 15 juni 1955 onder deze titel werd gesloten (goedgekeurd bij wet van 25 september 1962, *B.S.*, 29 september 1964). Dit verdrag geldt op de meest algemene wijze, omdat de verdragsluitende Staten overeenkwamen de bepalingen ervan «in te voeren in de nationale wet van hun land» (art. 7). De inhoud van het verdrag maakt op die manier deel uit van de *gemeenrechtelijke* verwijzingsregeling van elk gebonden land, zodat deze regeling speelt ongeacht de vraag of het ten gronde toepas-

selijke recht dat is van een land partij bij het verdrag.

Daarnaast is België gebonden door het Verdrag «houdende een eenvormige wet inzake de internationale koop van roerende lichamelijke zaken», ondertekend in Den Haag op 1 juli 1964 (goedgekeurd bij wet van 15 juli 1970, *B.S.*, 14 januari 1971). Bij de goedkeuring van dit verdrag heeft België echter gebruik gemaakt van de reservemogelijkheid (art. IV van het verdrag van 1 juli 1964) de *eenvormige wet* slechts toe te passen indien zij is opgenomen in het landsrecht dat krachtens de verwijzingsregeling van het Verdrag van 15 juni 1955 de betrokken internationale koop van roerende lichamelijke zaken ten gronde beheerst. De rechtspraak moet derhalve *steeds* kijken (en wel in de eerste plaats) naar de werking van het Verdrag van 15 juni 1955 (de verwijzingsregeling), om daarna *eventueel* te komen tot toepassing van het Verdrag van 1 juli 1964 indien dit is opgenomen in het interne recht dat maatgevend blijkt. De directe beoordeling van de toepasselijkheid van de eenvormige wet aan de hand van de criteria van art. 1 van deze wet, zonder na te gaan tot welk toepasselijk landsrecht de werking van het verwijzingsrecht zou leiden (Verdrag van 15 juni 1955) en of de eenvormige wet in dit landsrecht werd geïncorporeerd, is helemaal fout. Er zijn noodzakelijkerwijze twee stappen in de redenering die voert naar het toepasselijke recht: 1) welk landsrecht is van toepassing op grond van het Verdrag van 15 juni 1955? 2) heeft dit landsrecht de eenvormige wet voorgesteld bij het Verdrag van 1 juli 1964 opgenomen? Luidt het antwoord op deze tweede vraag positief, dan wordt de eenvormige wet toegepast met inachtneming van de reserves en de interpretaties die in het betrokken landsrecht t.a.v. de eenvormige wet gelden (bv. de *Duitse reserve* dat verkoper en koper in verschillende verdragsstaten gevestigd moeten zijn, of de *Engelse reserve* dat partijen op grond van art. 4 van de eenvormige wet deze als toepasselijk moeten hebben *gekozen*). Wanneer het toepasselijke landsrecht de eenvormige wet niet heeft opgenomen of t.a.v. de eenvormige wet reserves heeft geformuleerd die haar concrete aanwending uitsluiten, is de *interne koopregeling* van dit land bepalend. Vandaar dat de tweestapsredenering niet louter academisch is. Het kan perfect voorkomen dat een internationale koop theoretisch binnen het toepassingsgebied van de eenvormige wet valt, doch

daar na de werking van het verwijzingsrecht om een van de vermelde redenen *concreet* buiten valt (zie Watté, N., «La vente internationale d'objets mobiliers corporels», *B.R.H.*, 1982, 265).

Als prototype van een correcte toepassing van de hier uiteengezette tweestapsredenering dient het vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Brussel van 2 september 1981 te worden vermeld (geciteerd). Bij gebrek aan rechtskeuze werd het recht van de vestiging van de verkoper, Belgisch recht, toepasselijk verklaard (art. 3 Verdrag 15 juni 1955; de koper was in Italië gevestigd). Aangezien de koop materieel in het toepassingsgebied van de eenvormige wet viel (art. 1) en deze wet in het Belgische recht geïncorporeerd is, werd de plaats van betaling terecht bepaald overeenkomstig art. 59 van de eenvormige wet (*in concreto* de plaats van afgifte van de documenten, d.i. in Italië, zodat de rechter zich ingevolge art. 5, 1°, EEX onbevoegd verklaarde, *supra* nr. 86).

Een vergelijkbare redenering — doch waarin helaas de stap van het verwijzingsrecht niet uitdrukkelijk werd gezet — kwam voor in het arrest van het Hof van Beroep te Bergen van 9 maart 1983 (geciteerd). De eenvormige wet kon worden toegepast als recht van de Belgische vestiging van de verkoper (bij gebrek aan rechtskeuze — art. 3 Verdrag 15 juni 1955).

De stap van het verwijzingsrecht werd volkomen genegeerd in enkele gevallen waarin geen rechtskeuze had plaatsgehad en de verkoper bovendien in het buitenland gevestigd was (in de Bondsrepubliek Duitsland en Italië). Zonder na te gaan of deze landen reserves maakten bij de goedkeuring van de eenvormige wet, brachten enkele rechtscollages de voorgelegde betwisting automatisch onder deze wet (Kh. Brussel, 10 april 1981, *B.R.H.*, 1982, 198; Kh. Brussel, 1 juni 1981, *B.R.H.*, 1982, 262; Kh. Turnhout, 8 september 1981, *R.W.*, 1983-84, 598; Kh. Luik, 28 oktober 1982, *Jur. Liège*, 1982, 453; Kh. Brussel, 11 september 1984, *T.B.H.*, 1984, 719).

De Vrederechter te Zaventem paste in een vonnis van 21 mei 1982 correct de verwijzingsregeling toe van het Verdrag van 15 juni 1955 (*R.W.*, 1982-83, 662, met noot Erauw, J.), maar liet vervolgens na de eenvormige wet als onderdeel van het ten gronde maatgevende Duitse recht aan te boren. Dit had moeten gebeuren omdat de eenvormige wet in het Duitse recht is opgenomen en verder aan de Duitse reserve voldaan was dat verkoper en koper in verdragsstaten gevestigd moeten zijn (vgl. wat de werking van het Verdrag van 15 juni 1955 betreft: Lontings, D., «De Belgische rechter en art. 2, lid 2, van het Haagse verdrag inzake de op de internationale koop van roerende lichamelijke zaken toepasselijke wet», *Jura Falconis*, 1984-85, 463 e.v.).

Tot slot zij kort het arrest vermeld van het Hof van Cassatie van 9 oktober 1980, dat bekendheid verwierf voor zijn uitspraken over de status van het vreemde recht in het internationaal privaatrecht (*R.W.*, 1981-82, 1471). Hier is van belang dat impliciet het Franse recht van de vestiging van de verkoper werd toegepast (bij gebrek aan rechtskeuze in het contract — art. 3 Verdrag van 15 juni 1955). Frankrijk heeft de eenvormige wet *niet* aangenomen, zodat enkel het interne Franse recht bepalend was, dit met het gekende gevolg van de verschillende jurisprudentiële interpretatie van art. 1645 B.W. in Frankrijk en in België (zie ook Bergen, 15 maart 1983, *J.T.*, 1983, 579).

XX. Onrechtmatige daad

88. *De toepasselijkheid van de lex loci delicti*. Twee arresten van het Hof van Cassatie bevestigden de klassieke verwijzingsregel die de onrechtmatige daad onderwerpt aan het recht van de Staat van de «begane feiten» (Cass., 17 mei 1957, *Pas.*, 1957, I, 1111, *R.C.J.B.*, 1957, 192, met noot Vander Elst, R.), dit in gelijkkluidende bewoordingen die de gestrengheid van de oorspronkelijke formulering van de verwijzingsregel in 1957 alleen maar versterken (Cass., 30 oktober 1981, *Pas.*, 1982, I, 306, *R.W.*, 1981-82, 2120, *J.T.*, 1982, 649, *R.G.A.R.*, 1983, nr. 10567, met noot Erauw, J.; Cass., 12 april 1985, *R.W.*, 1985-86, 2539, met noot Erauw, J.): «Overwegende dat, ingevolge artikel 3, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek, in zoverre daarin een regel van internationaal privaatrecht is neergelegd, de wetten van politie van een Staat toepassing vinden op de feiten die in die Staat worden begaan, afgezien van de nationaliteit van de betrokken personen, maar dat die regel onverminderd laat andersluidende verdragsbepalingen of bedingen en de regels van internationale openbare orde».

De temperingen die het Hof van Cassatie aan de gemeenschappelijke verwijzing stelde, zijn evident: de eventueel van kracht zijnde verdragen primeren (zie o.m. het Haagse Verdrag inzake de wet welke van toepassing is op verkeersongevallen op de weg, van 4 mei 1971, goedgekeurd bij wet van 10 februari 1975, *B.S.*, 7 mei 1975, in werking voor België sinds 3 juni 1975 m.b.t. binnen het toepassingsgebied van het verdrag vallende ongevallen die na deze datum voorvielen; *infra* nr. 91) en de exceptie van internationaal privaatrechtelijke openbare orde sluit de uitwerking in België uit van een normaal toepasselijk vreemd recht dat gevolgen zou sorteren die wezenlijk schokkend zijn in de eigen rechtsorde (een weinig voorkomende hypothese in het gebied van de onrechtmatige daad: zie Cass., 30 oktober 1981, geciteerd, de vraag of aan de nabestaanden van een overleden slachtoffer morele schadevergoeding toekomt, raakt de internationaal privaatrechtelijke openbare orde niet).

Het Hof van Cassatie weigerde daarmee resoluut in te gaan op de voorstellen die in de rechtsleer onophoudelijk geformuleerd werden om de *lex loci delicti* regel te versoepelen (zie de geciteerde annotaties van Erauw, J. en de daarin opgenomen referenties naar de vroegere geschriften van deze auteur; De Ceuster, J., noot onder Antwerpen, 21 mei 1979, *R.W.*, 1979-80, 2706 — sympathie voor de *Nederlandse* verwijzingsformule die fout en oorzakelijk verband laat afhangen van het recht van de plaats van de daad, doch de schadelijke gevolgen van het recht van het land waarmee deze het nauwst verbonden zijn, d.i. de zgn. «rechtssfeertheorie» waarbij de gevolgcategorie vragen omvat als de vergoedbaarheid van de schade, de toelaatbare bewijsmiddelen m.b.t. de omvang en de aard van de schade en de verjaring van de schadevergoedingseis; vgl. Lemaire, W., *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, Leiden, Sijthoff, 1968, 281-283).

In feite boden beide arresten een mooie gelegenheid om de gevolgcategorie naar Nederlands voorbeeld aan te knopen bij het recht van de gemeenschappelijke Belgische nationaliteit van dader en slachtoffer, aangezien in dat van 30 oktober 1981 het verkeersongeval gebeurde met een wagen die in België geïmmatriculeerd was (formeel kwam

dit geval onder art. 4, a, van het Haagse Verdrag van 4 mei 1971 en was op die grond Belgisch recht van toepassing indien het ongeval zich na 3 juni 1975 had voorgedaan, *quod non*) en in dat van 12 april 1985 de feiten werden gepleegd op het terrein van de Belgische strijdkrachten in de Bondsrepubliek Duitsland. Toch besliste het Hof van Cassatie dat ook in de omstandigheden van dit laatste geval de internationale bevoegdheid van de Belgische rechter om van de onrechtmatige-daadsvordering kennis te nemen — een bevoegdheid die specifiek volgde uit het NAVO-Statusverdrag van 19 juni 1951, aangevuld door de overeenkomst van Bonn van 3 augustus 1959 — niet automatisch leidde tot de toepassing van Belgisch materieel recht; voor het Hof bleven de vragen naar de internationale bevoegdheid van de rechter en het ten gronde toepasselijke recht strikt gescheiden; de eerste vraag werd beantwoord door de aangeduide verdragen, de tweede niet; derhalve kon uit hoofde van die verdragen geen afwijking ten voordele van de *lex fori* — wat de vroegere praktijk was: Erauw, J., o.c., *R.W.*, 1985-86, 2545 — worden aanvaard; na de vaststelling van de internationale bevoegdheid moest het gemene verwijzingsrecht spelen. Dit recht bleek nog steeds de regel afgeleid uit art. 3, eerste lid, B.W. te zijn.

De kans dat het Hof van Cassatie inzake onrechtmatige daad in sommige gevallen zou afstappen van de gemultilateraliseerde verwijzingsregel met territoriaal-politionele verantwoording die het leest in art. 3, eerste lid, B.W., lijkt geheel vervlogen. Enkel verdragen die een bijzondere verwijzingsregel bevatten, kunnen die regel doorbreken, vooral wanneer zij zonder wederkerigheidsvoorwaarde voor een bepaald gebied een nieuw gemeen verwijzingsrecht invoeren (het primaat van het verdragsrecht en het beginsel *lex specialis derogat legi generali* versterken elkaar in dit opzicht; voorbeeld: het geciteerde Haagse Verdrag van 4 mei 1971, art. 11).

Ondanks de strakke toepassing van art. 3, eerste lid, B.W. als grondslag voor de verwijzingsregel inzake onrechtmatige daad oordeelde het Hof van Cassatie dat het middel waarbij de eiser in cassatie voor het eerst de toepasselijkheid van Duits recht op de gevolgen van een in de Bondsrepubliek Duitsland gepleegde onrechtmatige daad inriep, als nieuw en niet-ontvankelijk moest worden beschouwd, omdat het middel «niet steunt op wettelijke bepalingen die de openbare orde raken of dwingend zijn» (Cass., 17 november 1983, *R.W.*, 1984-85, 2185, met noot De Foer, L.). Dit arrest wekt de indruk dat de ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden door de feitenrechter een verplichting is die beperkt blijft tot de rechtsregels (hier het verwijzingsrecht) betreffende materies van openbare orde (vgl. m.b.t. de categorie zakenrecht: Cass., 18 september 1981, *R.W.*, 1981-82, 1554, *supra* nr. 67). De voortdurende juistheid van dit standpunt (en derhalve de waarde als «precedent» van het arrest van 17 november 1983) moet worden betwijfeld na een arrest van het Hof van Cassatie van 10 mei 1985 i.v.m. de verplichting voor de feitenrechters tot ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden. Dit arrest maakt kennelijk geen onderscheid meer tussen de regels van openbare orde, dwingend of aanvullend recht met het oog op de bepaling van de draagwijdte van die verplichting (Cass., 10 mei 1985, *R.W.*, 1985-86, 2213, met noot Rauws, W.). Het genoemde onderscheid zou enkel van belang blijven m.b.t. de omvang van de beschikkings-

vrijheid van de partijen over hun rechten, nadat de rechter hen behoorlijk heeft ingelicht over de rechtsgronden die het geval beheersen (*supra* nr. 2).

89. *Lex loci actus* of *lex loci damni*. Ofschoon de rechtspraak van het Hof van Cassatie opteert voor de toepassing van het plaatselijke onrechtmatige daadsrecht «op de feiten die in die Staat worden begaan» (*supra* nr. 88) en dit eerder lijkt te wijzen op een aanwijzing van het recht van de plaats van de daad, wordt toch gesteld dat het Hof nog geen keuze maakte (Erauw, J., *De onrechtmatige daad in het internationaal privaatrecht*, Antwerpen, Maarten Kluwer, 1982, 187 e.v.), wellicht omdat het niet echt geconfronteerd werd met de noodzaak een voorkeur te bepalen tussen het recht van de plaats van de daad (de *lex loci actus*) en het recht van de plaats van de schade (de *lex loci damni*).

De territoriaal-politionele verantwoording van de onrechtmatige-daadsverwijzing heeft in de eerste plaats tot doel de fout te laten beoordelen volgens het recht van het land waar de daad werd gesteld (vgl. Kegel, G., *Internationales Privatrecht*, München, Beck Verlag, 1985, 403; ook in Nederland waar de gevolgcategorie wordt afgesplitst op grond van de rechtssfeertheorie, is de fout steeds afhankelijk van de *lex loci actus*: Lemaire, W., o.c., 281).

De voorkeur voor de *lex loci actus* kwam tot uiting in een vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen van 6 september 1982 (*T.B.H.*, 1983, 102). Zich beroepend op de formulering van het Hof van Cassatie in het beginsel-arrest van 17 mei 1957 (*Pas.*, 1957, I, 1111), onderwierp de rechtbank de schadevergoedingseis aan het Belgische recht van de vlag van het schip waarop het schadeberokkenende feit voorviel (het barsten van een slang), eerder dan aan het Zweedse recht van de plaats van de schade (de dood van de kapitein en de eerste stuurman van het schip die wegreunden op de kade doch daar overleden ten gevolge van een gifwolk vrijgekomen uit de gebarsten slang). Het voorval vond plaats in een Zweedse haven. Toch beschouwde de Antwerpse rechter «België» als de *locus actus*, omdat het schip onder Belgische vlag voer («dat de vlag van het schip de toepasselijke wet bepaalt, zelfs wanneer het zich in de territoriale wateren bevindt van een vreemd land»).

In haar algemeenheid is de geciteerde rechtsoverweging fout. Zij geldt enkel voor de categorie zakenrecht (vgl. Antwerpen, 30 juli 1982, besproken *supra* nr. 67) en inzake onrechtmatige daad wanneer zowel het schadeverwekkende feit als de schade zelf op het schip voorkomen. Dan gaat het inderdaad om een volkomen extraterritoriaal gebeuren t.a.v. de werkelijke *situs* van het schip (zie Erauw, J., *De onrechtmatige daad in het internationaal privaatrecht*, 206 e.v.). Aan deze voorwaarde was *in casu* niet voldaan, zodat de rechter Zweeds recht had moeten aanwenden, tegelijk als *lex loci actus* en als *lex loci damni*, kortom als *lex loci delicti* zonder dat een conflict rees tussen het recht van de plaats van het schadeverwekkende feit en het recht van de plaats van de schade.

In tegenstelling tot het Antwerpse vonnis aanvaardde de Rechtbank van Koophandel te Luik impliciet de toepasselijkheid van het Belgische recht als *lex loci damni*, nadat zij zich op grond van art. 5, 3°, EEX bevoegd verklaard had om van een schadevergoedingseis ingesteld door een Belgische onderneming tegen een Duitse kennis te nemen (Kh. Luik, 4 januari 1983, *J.T.*, 1983, 556). Het schadeberokkenende feit was een vanuit de Bondsrepubliek Duitsland

door de verweerster aan de eiseres verzonden telex waarbij de eerste de tweede aanmaande, onder dreiging met een gerechtelijke procedure, op te houden de speelgoedartikelen die de eiseres afnam van een Duitse concurrent van de verweerster, verder te verkopen, omdat ze nagemaakt zouden zijn van haar produkten. Voor de Duitse rechtscollages werd de namaakbetwisting uiteindelijk beslist in het nadeel van de verweerster in de Belgische procedure. De eiseres die voor de dreiging gezwicht was vorderde voor de rechtbank van haar hoofdzetel schadevergoeding op grond van art. 1382 B.W. De Luikse rechter oordeelde dat de schade in België voorviel, omdat de eiseres in dit land haar distributiewinst had kunnen realiseren. In overeenstemming met de uitlegging door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van art. 5, 3°, EEX verklaarde hij zich derhalve bevoegd (zie zaak 21/76, *Bier t. Mines de Potasse d'Alsace*, Jur., 1976, 1735). Dan volgde een opmerkelijke *Gleichlauf*-sprong: de plaats van de schade (*locus damni*) schraagde tegelijk de bevoegdheid van de Luikse rechter (art. 5, 3°, EEX) en de toepassing ten gronde van Belgisch recht (*lex loci delicti* als *lex loci damni*). De *locus actus* was Duits. De vraag naar de eventuele toepassing van Duits recht kwam evenwel niet aan de orde.

De beïnvloeding van het verwijzingsrecht inzake onrechtmatige daad door de werking van de EEG-internationale bevoegdheidsregel (art. 5, 3°, EEX) vormt een belangrijk aspect van het verdere debat betreffende de keuze tussen de *lex loci actus* en de *lex loci damni*.

90. *De terugwijzing*. Over de toelaatbaarheid van de terugwijzing inzake onrechtmatige daad is de rechtsleer verdeeld (voor een overzicht zie men Erauw, J., *De onrechtmatige daad in het internationaal privaatrecht*, 219-223). Het ligt niet in de bedoeling het debat hier over te doen. Wel dient te worden gesteld dat het terugwijzingsmechanisme dat leidt tot de toepassing ten gronde van Belgisch materieel recht, in vele gevallen de gestrengheid van de onrechtmatige-daadsverwijzing gegrond op art. 3, eerste lid, B.W. praktisch doorbreekt (voor een treffende illustratie zie men Rb. Antwerpen, 4 november 1976, *R.W.*, 1976-77, 2088: de idee is dat de Belgische verwijzingsregel niet alleen verwijst naar het *ex hypothesi* vreemde recht van de *locus delicti*, maar ook naar de verwijzingsregel inzake onrechtmatige daad behorende tot dit recht; indien deze verwijzingsregel een aanknopingsfactor hanteert die naar de Belgische rechtsorde wijst, bv. de gemeenschappelijke nationaliteit van schadeverwekker en schadelijder — d.i. de Duitse regel, of het land waarmee de gevolgen van de onrechtmatige daad het nauwst verbonden zijn — d.i. de Nederlandse regel, dan wordt Belgisch materieel recht toegepast; vgl. De Ceuster, J., «De *lex loci delicti*-regel en de tand des tijds — Een schets van de Belgische (en Nederlandse) verwijzingsregels ter zake van onrechtmatige daad», *R.W.*, 1979-80, 2714 e.v., nrs. 15-16).

In het arrest van het Hof van Cassatie van 30 oktober 1981 (geciteerd en besproken *supra* nr. 88) komt een overweging voor die zou kunnen wijzen op een verwerping van de terugwijzing: «dat de omstandigheid dat de Duitse rechtbanken de Duitse wet zouden toepassen in het overeenkomstig geval, op zichzelf geen afwijking van de regel in België kan verantwoorden». In zijn annotatie trekt Erauw alvast dit besluit, ofschoon ook hij toegeeft dat de formulering van het arrest op dit punt niet eenduidig is (*R.G.A.R.*,

1983, nr. 10567, 3). Deze auteur had dit resultaat eerder reeds verdedigd, aangezien anders «de verleiding bestaat, om die techniek (*renvoi*) te gebruiken, in gevallen waarin de oplossing tot een sympathieke verzachting van onze strakke regel leidt» (Erauw, J., *De onrechtmatige daad in het internationaal privaatrecht*, 224). De echte oplossing zou erin bestaan «naar vormen van billijke nuancering van de territoriale verwijzing te zoeken» (*ibidem*). In het licht van dat beleidsdoel lijkt het «strategische» standpunt m.b.t. de niet-aanvaarding van de terugwijzing volkomen redelijk (vgl. Rigaux, F., o.c., II, nr. 1379).

De rechtspractici moeten echter uitgaan van de werkelijkheid dat de *lex loci delicti*-regel onverkort van kracht blijft in de sector van de onrechtmatige daad (*supra* nr. 88 en Rb. Mechelen, 2 februari 1982, *R.W.*, 1983-84, 597). In die context klinkt de vraag naar de toelaatbaarheid van de terugwijzing geheel anders (zie nogmaals De Ceuster, J., o.c., *R.W.*, 1979-80, 2714 e.v., nrs. 15-16) en kan zij wellicht neutraler tot zelfs positief worden benaderd (Vander Elst, R., *Conflits de lois*, Brussel, Bruylant, 1983, I, 328; Schuermans, L., «Verzekering en internationaal privaatrecht», *R.W.*, 1979-80, 2223).

Het is niet evident dat het arrest van 30 oktober 1981 de terugwijzing *principieel* heeft verworpen. Alles hangt af van de vraag of het Hof van Cassatie zich bewust was van de mogelijkheid die *in dit concrete geval* bestond om op grond van de Duitse verwijzingsregel terug te wijzen naar Belgisch materieel recht en vervolgens die mogelijkheid als niet-aanvaardbaar van de hand wees (dit zou een principiële verwerping van de terugwijzing betekenen), dan wel of het Hof enkel het *overeenkomstige geval* (tekst van het arrest) beschouwde dat niet direct tot de toepasselijkheid van Belgisch materieel recht voerde zodat het Hof dit *concrete geval* niet kon laten bepalen door een eventuele terugwijzing vanuit de Duitse verwijzingsregel.

De bewoordingen van het arrest wijzen eerder in de richting van het tweede alternatief. Het *overeenkomstige geval* moet voorzeker worden opgevat als de converse hypothese van dit concrete geval, namelijk een schadeverwekker en een schadelijder van Duitse nationaliteit die in België in een auto-ongeval verwikkeld raken; hier past de Duitse rechter Duits recht toe (een tekstueel eenzijdig geformuleerde regel vervat in een verordening van 7 december 1942, gemultilateraliseerd in de Duitse *rechtspraak* tot een algemene verwijzingsregel die het gemeenschappelijke personele recht steeds laat prevaleren over de *lex loci delicti*, zie Kegel, G., *Internationales Privatrecht*, 415). Het Hof van Cassatie had hoogstens de eenzijdige tekst van die regel voor ogen, *een regel die overigens nergens in het arrest wordt vermeld*. De Franse versie van het arrest gaat in dezelfde richting: «en pareil cas» ... wat zowel de converse hypothese als (sterker nog) dezelfde hypothese als de hier voorliggende kan betekenen, waarbij het Hof in dit laatste geval eenvoudig naar de Duitse *lex loci delicti*-regel zou hebben gekeken.

Hoe dan ook, het Hof van Cassatie heeft nergens de Duitse verwijzingsregel aangegeven op grond waarvan de terugwijzing naar Belgisch materieel recht *mogelijk* was, doch moest worden verworpen om principiële redenen van Belgisch internationaal privaatrecht. Het beperkte zich eenvoudig tot de vaststelling dat de Duitse rechter «in het overeenkomstig geval» Duits recht zou toepassen. *Renvoi* moest technisch uitblijven bij gebrek aan een Duitse verwijzings-

regel, aangewezen door het Hof van Cassatie, die voor *dit concrete geval* naar Belgisch materieel recht wees. In die omstandigheden besluiten dat het Hof van Cassatie de terugwijzing inzake onrechtmatige daad principieel verworpen heeft, is wellicht voorbarig. Een zo belangrijke beginselbeslissing van het Hof van Cassatie moet eenduidig worden geformuleerd, alvorens zij positiefrechtelijk vaststaat.

91. *Het Haagse Verdrag van 4 mei 1971*. Onder expliciete verwijzing naar het arrest van het Hof van Cassatie van 30 oktober 1981, dat naast de toepassing van de *lex loci delicti* regel ruimte liet voor «andersluidende verdragsbepalingen of bedingen» (*supra* nr. 88), paste het Hof van Beroep te Gent in een arrest van 19 november 1982 terecht het Franse recht van de immatriculatie van de wagen toe op de schadevergoedingseis ingesteld door de in Frankrijk wonende (Franse) inzittenden van de wagen tegen de eveneens in Frankrijk wonende (Franse) bestuurder m.b.t. een ongeval dat in België gebeurde op 3 september 1979, d.i. na de inwerkingtreding op 3 juni 1975 van het Haagse Verdrag van 4 mei 1971 (*R.W.*, 1982-83, 1932, met noot Erauw, J.; zie algemeen: Pype, P., «Wetskeuze inzake de internationale verkeersongevallen op de weg. De conventie van Den Haag van 4 mei 1971», *Jura Falconis*, 1979-80, 497). Art. 4, a, tweede streepje, van dit verdrag billijkte hier inderdaad de afwijking van de gewone aanknopingsregel bij «de interne wet van de Staat op welks grondgebied het ongeval heeft plaatsgevonden» (art. 3). Volgens art. 4, a, tweede streepje, is «wanneer slechts een enkel voertuig bij het ongeval is betrokken en dit voertuig is ingeschreven in een andere Staat dan die op welks grondgebied het ongeval heeft plaatsgevonden, ... de interne wet van de Staat van inschrijving van toepassing op de aansprakelijkheid — jegens een slachtoffer dat passagier was, indien het zijn gewoon verblijf had in een andere Staat dan in die op welks grondgebied het ongeval heeft plaatsgevonden» (zie referentie van verdrag *supra* nr. 88). De verwijzing naar de *interne wet* sluit de terugwijzing uit.

Het Gentse hof benadrukte correct dat het verdrag evenzeer van toepassing is bij een burgerlijke-partijstelling voor de strafrechter (art. 1 van het verdrag: «ongeacht voor welke rechter vorderingen ter zake dienen te worden gebracht») en dat geen wederkerigheidsvereiste geldt (art. 11 van het verdrag): «Het dient dus door de Belgische rechter te worden toegepast waar ook het ongeval gebeurd is of waar ook de betrokkenen verblijven of ingeschreven zijn ...»

Een illustratie zit vervat in een vonnis van 21 maart 1983 van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Hasselt (*Limb. Rechtsl.*, 1985, 174). Het Belgische aansprakelijkheidsrecht werd toegepast wegens de immatriculatie van het voertuig in België en het gewone verblijf van het inzittende slachtoffer buiten de Staat van het ongeval, Bulgarije (art. 4, a, tweede streepje, ongeacht de plaats van het ongeval of de vraag naar de houding van Bulgarije t.a.v. het verdrag — art. 11). Het vonnis besliste verder terecht de Belgische *lex vehiculi* aan te wenden, niet alleen voor de beoordeling van de schadevergoedingseis die de erfgenamen van het overleden inzittende slachtoffer in zijn naam «ex haerede» instelden (bv. kosten van repatriëring en begrafenissen), maar ook voor de toewijzing van een vergoeding m.b.t. de schade die de erfgenamen ten gevolge van het ongeval persoonlijk leden (bv. inkomstenverlies en morele schade). De verwe-

rende verzekeringsmaatschappij had opgeworpen dat deze tweede soort schade krachtens art. 3 van het verdrag aan de *lex loci delicti* (het Bulgaarse recht) onderworpen bleef, omdat de schadelijders hier niet de inzittenden van het voertuig waren (art. 4, a, tweede streepje). De rechtbank verwierp deze argumentatie, omdat art. 8 van het verdrag zegt dat *de* van toepassing zijnde wet (hier de Belgische *lex vehiculi*) bepaalt «welke personen recht hebben op vergoeding van persoonlijk door hen geleden schade» (art. 8, 6°). M.a.w. eerst dient te worden bepaald welke interne wet op het ongeval van toepassing is, de *lex loci delicti* als residuair regel — art. 3, of de *lex vehiculi* als specifiek omschreven regel — art. 4; vervolgens beheerst die *ene* wet *alle* vragen opgesomd in art. 8 (omvang van de verwijzingscategorie). Een noot bij het vonnis vermeldt dat dit punt werd bevestigd in een arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen van 5 februari 1985.

Het Hof van Beroep te Bergen verklaarde op grond van art. 4, c, van het Verdrag van 4 mei 1971 de Franse *lex vehiculi* van toepassing op een ongeval dat op 25 april 1976 in België gebeurde tussen een in Frankrijk geïmmatriculeerd voertuig en een in Frankrijk wonende voetganger, die als slachtoffer ten dele aansprakelijk bleek (Bergen, 27 april 1983, *R.G.A.R.*, 1985, nr. 10882). Het hof stipte verder aan dat het verdrag als zodanig de *interne openbare orde* raakt, zodat het in elk stadium van de procedure kan worden ingeroepen.

In een vonnis van 29 november 1985 ten slotte paste de Correctionele Rechtbank te Hasselt de *lex vehiculi* toe (Duits recht) krachtens art. 4, b, van het Verdrag van 4 mei 1971 (*Verkeersrecht*, 1986, 56). Het ongeval had zich voorgedaan in België tussen twee voertuigen die beide geïmmatriculeerd waren in de Bondsrepubliek Duitsland, waar de bestuurders en alle inzittenden hun gewoon verblijf hadden. De nationaliteit van de schadelijders speelde zeker geen rol (zij waren Turk). De inzet was het verkrijgen van morele schadevergoeding, mogelijk volgens Belgisch recht, doch onbekend in het Duitse recht. Niet het concrete belang van de schadelijder geeft hier de doorslag, maar de neutrale werking van een billijke aanknopingsregeling (artikelen 3 en 4 van het Haagse Verdrag van 4 mei 1971).

Dit werd ook reeds opgemerkt door het Hof van Beroep te Gent in zijn arrest van 19 november 1982 (geciteerd; zie daarover Erauw, J., *o.c.*, *R.W.*, 1982-83, 1937, nr. 4, die het in dit verband heeft over «de eigen internationaal privaatrechtelijke gerechtigheid»; vgl. voor dit begrip: Kegel, G., *Internationales Privatrecht*, 71 e.v.).

92. *Het postuum huwelijk als prejudicieel concept in het onrechtmatige-daadsrecht*. Het recht dat de onrechtmatige daad beheerst, bepaalt de mate waarin een geldig voltrokken postuum huwelijk aanleiding geeft tot betaling van schadevergoeding aan de «weduwe» van het slachtoffer (Rigaux, F., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1983, 516, onder Cass., 2 april 1981).

In het concrete geval was de *lex loci delicti* Belgisch recht. Het prejudicieel concept werd ingevuld op grond van het Franse recht, aangewezen door de Belgische verwijzingsregel inzake de vormelijke geldigheid van het huwelijk (*supra* nr. 15). De *gevolgen* van het postuum huwelijk vloeiden *in casu* niet voort uit het Franse recht. Hoogstens kon dit recht als inspiratiebron dienen om in het Belgische onrechtmatige-daadsrecht het noodzakelijke gelijkwaardig-

heidsoordeel uit te voeren tussen een echtgenote die deze status door een Frans postuum huwelijk heeft verworven en een «gewone» echtgenote naar Belgisch recht. De beperking in het Franse recht van de familiaalvermogensrechtelijke gevolgen van het postuum huwelijk was dan ook niet doorslaggevend bij de invulling van het prejudicieel concept in het Belgische onrechtmatige-daadsrecht.

93. *Het verbreken van de verloving en de verwijzingscategorie onrechtmatige daad.* In een vonnis van 15 februari 1982 heeft de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent het onrechtmatig verbreken van een verloving gekwalificeerd als «een quasi-delict waarop de wet van het land waar het feit zich heeft voorgedaan (*lex loci delicti commissi*) van toepassing is» (met verwijzing naar Graulich, P., *Principes de droit international privé*, Parijs, Dalloz, 1961, nrs. 41 en 90).

Aangezien de Gentse rechtbank de verbreking van de verloving in België localiseerde, werd Belgisch aansprakelijkheidsrecht toegepast, niettegenstaande de Turkse nationaliteit van beide betrokkenen (*R.W.*, 1982-83, 2770). Voor een kritiek van dit resultaat zie men Erauw, J., «De verloving in het i.p.r. met enkele beschouwingen over het concubinaat», *R.W.*, 1982-83, 2722 e.v.).

Wat fout liep, is te wijten aan een verkeerde opvatting over het internationaal privaatrechtelijk kwalificatieproces. De rechter trok de categorieën van het interne recht eenvoudig door op het vlak van verwijzingsrecht, zonder dat hij in enige mate rekening hield met de inhoud van het andere *prima facie* betrokken recht, namelijk het Turkse. De familierechtelijke regeling van de verloving in dit recht had de Gentse rechtbank moeten bewegen tot een «klassering» van de rechtsvraag in een afzonderlijke familierechtelijke verwijzingscategorie aangeknoopt aan het gemeenschappelijke personele recht van de betrokkenen (zie Raape, L., o.c., *Recueil des Cours A.D.I.*, 1934, IV, 517 e.v.; Raape, L. en Sturm, F., «*Internationales Privatrecht. Allgemeine Lehren*», München, Franz Vahlen Verlag, 1977, I, 275, § 15). De rechter moet immers van een zekere breeddenkendheid t.a.v. het interne recht blijken geven bij de omschrijving van de verschillende categorieën van zijn internationaal privaatrecht (uitvoeriger: Lenaerts, K., o.c., *Jura Falconis*, 1984, 466, nrs. 2-7).

XXI. Faillissement

A. Bevoegdheid

94. *De internationale bevoegdheidsregeling in het Gerettelijk Wetboek.* Het beginsel van de eenheid en de universaliteit van het faillissement vereist dat slechts één rechter bevoegd is tot faillietverklaring. Krachtens de internationale uitstraling verleend aan art. 631 Ger. W., is dit de rechter van de woonplaats van de gefailleerde op het tijdstip van de staking van betaling, d.i. de plaats waar de koopman «op de bevolkingsregisters is ingeschreven als hebbende aldaar zijn hoofdverblijf» (art. 36 Ger. W.). Zodoende moet art. 631 Ger. W. in samenhang worden gelezen met art. 36 Ger. W. Deze bepaling van het begrip «woonplaats» door het Hof van Cassatie op 2 februari 1978 (*R.W.*, 1977-78, 2651) stuitte op kritiek in de rechtsleer (referenties bij Van Hoecke, M., «Wettelijke definities en wetsinterpretatie — De woonplaats van handelaren en

de faillietverklaring», noot onder Antwerpen, 30 november 1982, *R.W.*, 1983-84, 36 e.v.). Ook in de rechtspraak blijft deze bepaling problematisch (*infra* nr. 95).

Voor vennootschappen is de *werkelijke zetel* in België, ongeacht het land van de nominale zetel, bepalend voor de internationale bevoegdheid van de Belgische rechter (vaststaande regel bevestigd door Kh. Brussel, 4 november 1981, *B.R.H.*, 1982, 472; Kh. Brussel, 15 februari 1983, *R.P.S.*, 1984, 295; Kh. Brussel, 17 augustus 1983, *R.P.S.*, 1984, 296).

In een arrest van 3 juni 1983 verklaarde het Hof van Beroep te Luik de Belgische rechter internationaal onbevoegd om kennis te nemen van de uitbreiding tot de meester van de zaak van het in België uitgesproken faillissement van een vennootschap met Belgische werkelijke zetel, omdat de meester op het ogenblik van de staking van betaling zijn woonplaats in de zin van art. 36 Ger. W. had in het buitenland (*Jur. Liège*, 1983, 561, met noot Kohl, A.). Volgens het hof betrof de vordering tot uitbreiding van het faillissement «une action en déclaration de faillite de l'appelant (beweerdelijk de meester van de zaak), action qui conserve son caractère distinct et autonome par rapport à la faillite, déclarée par le tribunal, des s.a. ... et s.p.r.l. ...» (*ibidem*, 562 — vgl. Cass., 1 juni 1979, *Pas.*, I, 1129). Aan het internationaal bevoegdheidscriterium van art. 631 Ger. W. bepaald overeenkomstig art. 36 Ger. W. moest derhalve afzonderlijk worden voldaan voor de vennootschap enerzijds en de meester van de zaak anderzijds. Het hof erkende de nadelen van dit systeem, maar achtte in de huidige stand van het recht geen andere oplossing denkbaar (onder uitdrukkelijke verwijzing naar Cass., 2 september 1978). De wetgever zou deze nadelen overigens zelf gemerkt hebben, alvorens te besluiten er later aan tegemoet te komen (Rapport Van Reepinghen, 151).

Het is inderdaad enigszins schokkend vast te stellen dat de commerciële woonplaats van de meester van de zaak samenvalt met de «werkelijke zetel» van de naar alle waarschijnlijkheid fictieve vennootschap, maar dat de internationale bevoegdheid van de Belgische rechter tot faillietverklaring op grond van de artikelen 631 *jo.* 36 Ger. W. beperkt blijft tot de vennootschap en niet de meester van de zaak treft die zich in Monte Carlo op de bevolkingsregisters liet inschrijven «als hebbende aldaar zijn hoofdverblijf».

95. *De internationale bevoegdheidsregeling in het verdragsrecht.* Art. 631 Ger. W. verkrijgt enkel internationale uitstraling bij gebrek aan maatgevend verdragsrecht.

Het EEX is niet van toepassing op het faillissement en het gerechtelijk akkoord (art. 1, tweede lid, 2°, EEX). Een EEG-Verdrag inzake faillissement, akkoord en soortgelijke procedures is nog in het ontwerp-stadium (ontwerp van juni 1980, *Bulletin E.G.*, Suppl. 82/2, met rapport van Lemontey, J.). Dit ontwerp kent de exclusieve bevoegdheid tot faillietverklaring toe aan de rechter van de verdragsstaat waar zich het zakencentrum bevindt (zie de artikelen 3 tot 16).

Op grond van de artikelen 55 en 56 EEX blijven hier het Frans-Belgisch Verdrag van 8 juli 1899 en het Nederlands-Belgisch Verdrag van 28 maart 1925 van kracht. Sinds 1975 werkt eveneens de Belgisch-Oostenrijkse overeenkomst van 16 juli 1969 betreffende het faillissement, het akkoord en de opschorting van betaling (goedgekeurd bij wet van 15 april 1975, *B.S.*, 24 juli 1975).

Zoals het interne recht huldigen deze verdragen het beginsel van de eenheid en de universaliteit van het faillissement. De verdragen met Frankrijk en met Nederland verklaren de rechter van het land waar de koopman zijn «woonplaats» heeft, exclusief bevoegd tot faillietverklaring (resp. art. 8 en art. 20). Opnieuw roept de omschrijving van het begrip «woonplaats» moeilijkheden op.

96. *Gerechtelijke of commerciële woonplaats in het Nederlands-Belgisch en het Frans-Belgisch Verdrag.* De woonplaats wordt in het Nederlands-Belgisch Verdrag niet gedefinieerd. Het Hof van Beroep te Gent besliste dan ook dat de rechter hieromtrent «zijn nationale wetgeving moet toepassen» (Gent, 14 juli 1983, *R.W.*, 1983-84, 1356). Het begrip «woonplaats» gebruikt in art. 20, lid 1, van genoemd verdrag zou voor de Belgische rechter geen andere betekenis hebben dan die welke het Hof van Cassatie in zijn arrest van 2 februari 1978 uit de artikelen 631 *jo.* 36 Ger. W. heeft afgeleid (in dezelfde zin reeds: De Ceuster, J. en Reich, S., *o.c.*, *R.W.*, 1978-79, 2723, nr. 170; vgl. Antwerpen, 13 januari 1977, *B.R.H.*, 1977, 485).

Hiertegenover staat de uitspraak van het Hof van Beroep te Antwerpen die de commerciële woonplaats in aanmerking nam, omdat de bepaling van de «woonplaats» als gerechtelijke woonplaats in het concrete geval tot een onredelijk resultaat leidde (Antwerpen, 30 november 1982, *R.W.*, 1983-84, 32, met noot Van Hoecke, M.). Een Nederlander met woonplaats in de zin van art. 36 Ger. W. in Nederland, oefende zijn handelsactiviteit hoofdzakelijk in België uit, terwijl hij in Nederland een bijkantoor had. De inpassing van het gerechtelijke woonplaatsbegrip (art. 36 Ger. W.) in art. 20, lid 1, van het Belgisch-Nederlands Verdrag (vgl. Cass., 2 februari 1978) zou tot gevolg hebben dat een in België gevestigde Nederlandse koopman met gerechtelijke woonplaats in Nederland, in België langdurig schulden kan maken zonder dat de schuldeisers in dit land de bescherming van de faillietverklaring genieten. Volgens het Antwerpse Hof was dit geenszins de bedoeling van de verdragsluitende Staten. Het Belgisch-Nederlands Verdrag moest in zijn geheel worden gelezen, d.i. art. 20, lid 1, in samenhang met art. 5, lid 3, dat zegt: «Elke fabrikant of handelaar ... die in het andere land een bijkantoor, agentschap of een gelijksoortige instelling opricht, zal worden beschouwd als hebbende voor de berechtiging van alle geschillen, betreffende dat bijkantoor, agentschap of instelling, woonplaats gekozen ter plaatse, waar deze hun zetel hebben.» De inschrijving in het handelsregister van Tongeren bevestigde dit vermoeden van keuze van woonplaats.

In een arrest van 6 september 1984 (n.a.v. een voorziening tegen de voorgaande uitspraak) bevestigde het Hof van Cassatie de bevoegdheid van de Belgische rechter om het faillissement uit te spreken van een in Nederland gedomicilieerde handelaar die in België zijn handelsvestiging heeft, zelfs al heeft deze handelaar secundaire handelsactiviteit in Nederland (zie rechtspraak in kort bestek, *T.B.H.*, 1986, 402). Wel werd geoordeeld dat de betekening aan een gefailleerde niet kan geschieden op de zetel van zijn handelsvestiging, maar moet gebeuren op zijn domicilie (zie *ibidem*).

Art. 8, § 1, van het Frans-Belgisch Verdrag van 8 juli 1899 kiest eveneens voor de bevoegdheid van de rechtbank van de woonplaats van de koopman om het faillissement uit te spreken. Ook hier is het woonplaatsbegrip niet nader

bepaald, maar de rechtsleer neemt aan dat het om de commerciële woonplaats van de koopman gaat (Kohl, A., noot onder Luik, 3 juni 1983, *Jur. Liège*, 1983, 563, en de referenties aldaar).

Het besluit luidt dat het Nederlands-Belgisch Verdrag (art. 20, lid 1, in combinatie met art. 5, lid 3) en het Frans-Belgisch Verdrag (art. 8, § 1) binnen hun toepassingsbereik als *leges speciales* de internationale bevoegdheid van de Belgische rechter vestigen om een koopman met commerciële woonplaats in België failliet te verklaren, ook al ligt zijn gerechtelijke woonplaats in het andere land (vgl. Van Houtte, H., «Internationaal faillissementsrecht», *B.R.H.*, 1978, 381 e.v.).

97. *De bevoegdheid voor vorderingen ontstaan uit het faillissement of het gerechtelijk akkoord.* De rechter die het faillissement uitsprak of het gerechtelijk akkoord homologeerde, is tevens bevoegd om kennis te nemen van vorderingen ontstaan uit het faillissement of het gerechtelijk akkoord (zie art. 574, 2°, Ger. W.; de extensieve interpretatie van art. 8, §§ 1 en 4, van het Frans-Belgisch Verdrag; vgl. art. 21 van het Nederlands-Belgisch Verdrag).

Het Hof van Beroep te Bergen bevestigde in een arrest van 24 december 1984 dat de Franse rechter die op grond van art. 8, § 1, van het Frans-Belgisch Verdrag het faillissement uitsprak, exclusief bevoegd was voor het geschil waarin de schuldeiser schuldvergelijking inriep tussen zijn schuldvordering en een schuld aan de gefailleerde (*T.B.H.*, 1985, 774; vgl. i.v.m. gerechtelijk akkoord: Kh. Charleroi, 14 mei 1979, *Revue régionale de droit*, 1979, 1060, met noot H.B.).

In een arrest van 19 februari 1980 verklaarde het Arbeidshof te Antwerpen de Belgische rechter onbevoegd om uitspraak te doen over de vordering van een in België tewerkgestelde werknemer, strekkende tot betaling van achterstallig loon en van een opzegvergoeding door de in Nederland faillietverklaarde werkgever, d.i. door de Nederlandse curator (*J.T.T.*, 1980, 331). Volgens het Antwerpse Arbeidshof betrof die vordering rechtstreeks het faillissement in de zin van art. 1, 2°, EEX (H.v.J., zaak 133/78, *Gourdain, Jur.*, 1979, 733), zodat niet dit verdrag maar het Nederlands-Belgisch Verdrag van 28 maart 1925 moest worden toegepast. Krachtens art. 21 van dit verdrag strekken de gevolgen van het faillissement zich uit over het grondgebied van het andere land. Hieruit leidde het hof af dat enkel de Nederlandse rechter die overeenkomstig art. 20, lid 1, de faillietverklaring uitsprak, bevoegd was voor de ingestelde procedure.

Dit arrest werd op 5 oktober 1981 gecasseerd (*Pas.*, 1982, I, 183, *R.W.*, 1982-83, 2177, *J.T.T.*, 1982, 224). Eerst motiveerde het Hof van Cassatie de internationale bevoegdheid van de Belgische arbeidsrechtbank naar intern recht (art. 635, 3°, Ger. W.). Vervolgens viel het Hof terug op het verdragsrecht. Logisch beschouwd had dit punt uiteraard eerst moeten komen (*supra* nr. 95). Het Hof redeneerde in een alternatieve opstelling, die hoe dan ook tot de internationale bevoegdheid van de Belgische rechter moest voeren. Ofwel ging het om een vordering die rechtstreeks voortvloeide uit het faillissement (art. 1, 2°, EEX), zodat niet het EEX, maar het Nederlands-Belgisch Verdrag toepassing vond. In dit geval zouden de artikelen 20 en 21 «geenszins tot gevolg hebben ... dat, wanneer de werkgever in Nederland failliet wordt verklaard, de vordering van een

werknemer tot betaling van loon, vakantiegeld, eindejaarspremie, opzeggingsvergoeding en geactualiseerde kapitaalswaarde van de groepsverzekering onttrokken wordt aan de Belgische arbeidsrechtbank». Ofwel viel de vordering niet onder art. 1, 2°, EEX zodat het EEX wel toepasselijk was. Dan bleef de Belgische rechter bevoegd op grond van art. 5, 1° (plaats van uitvoering van de verbintenissen) of art. 5, 5°, EEX (plaats van exploitatie van een filiaal).

In feite lijkt het tweede alternatief het juiste. De vordering van de werknemer vloeit niet rechtstreeks voort uit het faillissement. Zij bestaat even goed tegen de niet gefailleerde werkgever die zijn verbintenissen niet nakomt. Aldus vernietigde het Hof van Cassatie terecht het Antwerpse arrest en kon de internationale bevoegdheid van de Belgische rechter steunen op art. 5, 1°, EEX, nu de uitvoering van de verbintenissen die de grondslag van de vordering vormden in België gelokaliseerd was (de Belgische arbeidsrechtelijke politiewet, toepasselijk wegens de tewerkstelling in België, gold immers als *lex obligationis* en schreef de uitvoering op de plaats van het werk voor, *supra* nrs. 77-78).

B. Toepasselijk recht

98. De «*lex concursus*». De rechter die bevoegd is om het faillissement uit te spreken, past als *lex concursus* (de wet van het faillissement) het eigen recht toe. Dit recht bepaalt de voorwaarden, de organisatie en de gevolgen van het faillissement.

Voor de Rechtbank van Koophandel te Brussel poogde de curator van een in België failliet verklaarde Belgische vennootschap de activa van het Franse bijhuis af te zonderen in een bestemmingsgebonden vermogen en deze ondermassa volgens de *lex rei sitae* te doen verdelen tussen de schuldeisers van dit bijhuis. Terecht weigerde de rechtbank dit op grond van het beginsel van de eenheid en de universaliteit van het faillissement (dat van openbare orde is): het faillissement omvat *alle* schuldeisers (Kh. Brussel, 28 april 1980, *B.R.H.*, 1980, 417). Het Hof van Beroep te Brussel bevestigde dit vonnis (Brussel, 16 februari 1984, *Rev. Not. B.*, 1984, 192). Het hof erkende weliswaar dat voor *bijzondere voorrechten* de *lex rei sitae* toepasselijk is, doch niet voor algemene voorrechten.

99. *Voorrechten*. De afbakening van de *lex concursus* ten opzichte van de *lex obligationis* en de *lex rei sitae* is niet altijd evident in het kader van de werking van voorrechten en zakelijke zekerheden bij faillissement. De *lex obligationis* bepaalt of de schuldvordering die zij creëert, bevoorrecht is en zo ja, in welke mate (bij schuldvordering uit overeenkomst gaat het om de *lex contractus* of een imperatieve politiewet, zie bv. *supra* nrs. 77-78; bij schuldvorderingen uit onrechtmatige daad gaat het om de *lex loci delicti* en bij onderhoudsvorderingen om de *lex alimentacionis*). Als recht van de ligging van de goederen waarop het voorrecht moet worden uitgeoefend, bepaalt de *lex rei sitae* (recht van de *situs* op het ogenblik van de uitoefening van het voorrecht) de toelaatbaarheid en de modaliteiten van erkenning van het voorrecht ingesteld door de *lex obligationis* (vgl. Rigaux, F., *o.c.*, II, nrs. 1105 en 1111; Van Houtte, H., *o.c.*, *B.R.H.*, 1978, 393 e.v.). Ten slotte bepaalt de *lex concursus* of de voorrechten ingesteld door de *lex obligationis* en principieel uitoefenbaar krachtens de *lex rei sitae*, kunnen spelen bij de afwikkeling van het faillissement

(Batiffol, H. en Lagarde, P., *o.c.*, II, nr. 540, die terecht opmerken dat de nuttige toepassing van dit beginsel onderstelt dat het faillissement erkend wordt door het land van de effectieve ligging van de goederen, voor zover *lex rei sitae* en *lex concursus* niet samenvallen, voetnoot 3; vgl. hierna: Kh. Brussel, 20 juni 1983, *T.B.H.*, 1985, 46).

In een zaak waarin *lex rei sitae* en *lex concursus* samenvielen (het Belgische recht) liet de Rechtbank van Koophandel te Gent na te onderzoeken of het door eiser ingeroepen voorrecht effectief was ingesteld door de *lex obligationis* (Kh. Gent, 8 januari 1982, *T.B.H.*, 1984, 35, met noot Van Houtte, H.). De eerste stap in de redenering werd aldus overgeslagen. De zaak betrof de vordering van een in Frankrijk werkende handelsvertegenwoordiger tegen een in België failliet verklaarde vennootschap tot betaling van achterstallig loon en een opzegvergoeding. Ten einde het bevoorrechte karakter van de schuldvordering te beoordelen, verwees de rechtbank «om praktische en billijkheids-overwegingen» zonder meer naar het Belgische recht als *lex rei sitae*. Op grond van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon van de werknemers en art. 19, 3°bis, Hyp. W. werd het voorrecht erkend. Het Franse recht, dat wellicht als contractueel recht de *lex obligationis* uitmaakte, was enkel van invloed om de handelsvertegenwoordiger als werknemer aan te merken in de zin van de genoemde Belgische wetgeving. Ofschoon het vonnis op die manier een «mooie toepassing van het concept *préjudiciel*» bevat (Van Houtte, H., *o.c.*, *T.B.H.*, 1984, 38), blijft het niettemin in gebreke op het stuk van «de cumulatieve toetsing van het voorrecht aan (de genoemde) drie wetten» (*ibidem*, 37).

Een bijzonder treffende illustratie van de interactie tussen de *lex obligationis*, de *lex rei sitae* en de *lex concursus* zit vervat in een vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Brussel van 20 juni 1983 (geciteerd). De rechtbank diende zich uit te spreken over de vordering waarbij de curator van een in België failliet verklaarde Belgische vennootschap de doorbetaling eiste van de gelden die een Franse *syndic* in Frankrijk van sommige debiteurs van de vennootschap had geïnd met het oog op de veiligstelling van het super-voorrecht dat het Franse recht instelde ten voordele van de werknemers in het Franse filiaal van de failliet verklaarde vennootschap. De werknemers hadden inderdaad nog achterstallig loon te goed. De *lex obligationis* was het Franse recht, dat zonder enige twijfel het voorrecht invoerde; de *lex rei sitae* was eveneens het Franse recht van de ligging van de geïnde schuldvorderingen (domicilie in Frankrijk van de debiteurs die aan de *syndic* betaalden). Alleen de *lex concursus* was Belgisch recht. Deze moest bepalen welke beperkingen de faillietverklaring stelde aan de normale werking inzake voorrechten van de *lex obligationis* en de *lex rei sitae*. Hier kwam het beginsel van de eenheid en de universaliteit van het faillissement tussen, zodat de gelden moesten worden overgemaakt aan de curator. Deze verbond er zich echter toe het Franse recht te eerbiedigen, wellicht omdat hij dit recht kon inpassen in de *lex concursus* (het Franse recht was uiteindelijk equivalent aan de Belgische wet van 12 april 1965 en art. 19, 3°bis, Hyp. W.). De moeilijkheid aangeduid door Batiffol en Lagarde, dat de *lex rei sitae* het faillissement moet erkennen alvorens de beperkingen aan haar werking te aanvaarden vanwege de *lex concursus*, kon in Frans-Belgisch verband niet groot

zijn, omdat de Franse *lex rei sitae* de Belgische *lex concursus* diende te laten werken zodra vaststond dat de faillietverklaring conform het Frans-Belgisch Verdrag van 8 juli 1899 plaatsvond (art. 8, §§ 1 en 2 — vgl. *supra* Batiffol, H. en Lagarde, P., o.c., II, nr. 540, voetnoot 3).

Het Hof van Beroep te Bergen onderzocht in een arrest van 30 september 1981 of de vordering van een Franse schuldeiser van een in België failliet verklaarde vennootschap bevoorrecht was naar Belgisch recht (art. 20, 4°, Hyp. W.). De toepasselijkheid van dit recht werd niet getoetst. De vraag naar het recht dat de schuldvordering beheerste bleef meer bepaald in het duister (*Pas.*, 1981, II, 136).

100. *Eigendomsvoorbehoud*. Het eigendomsvoorbehoud op roerende goederen dient, wat zijn geldigheid betreft, getoetst te worden aan de *lex contractus*, en wat zijn tegenwerpelijheid betreft, aan de *lex rei sitae* en de *lex concursus*. Ook voor deze zakelijke zekerheid komt de rechtspraak niet expliciet tot een cumulatieve toepassing.

In een zaak voor de Rechtbank van Koophandel te Gent revindiceerde een Nederlandse eiser goederen van een Belgische gefailleerde. De rechter achtte de *lex contractus* (volgens hem Belgisch recht) enkel van toepassing op de rechten en verplichtingen van partijen tegenover elkaar, en liet het Belgisch recht als *lex rei sitae* gelden voor de rechten van de revindicator tegenover de schuldeisers van de gefailleerde (Kh. Gent, 8 januari 1982, *B.R.H.*, 1982, 417, met noot Van Houtte, H.).

C. Erkenning en exequatur

101. *De buitenlandse reactie op een Belgische faillietverklaring*. De erkenning en tenuitvoerlegging van een in Bel-

gië uitgesproken faillissement moet volgens het Belgische beginsel van de eenheid en de universaliteit *erga omnes* gelden. Dat dit enkel kan wanneer de vreemde rechtsorde zich hiertegen niet verzet, blijkt uit een vonnis van het Tribunal de grande instance te Bujumbura (31 mei 1982, *R.P.S.*, 1984, 46). Daar het Burundese recht vooral het territorialiteitsprincipe aanhangt, werd besloten aan de Belgische faillietverklaring een bijzonder exequatur te verlenen en de Burundese activa in een aparte massa te laten vereffenen door een Burundees curator.

Tevens dient hier het mijlpaalarrest van het Duitse *Bundesgerichtshof* van 11 juli 1985 vermeld, waarin voor het eerst de universaliteit van een in België uitgesproken faillissement m.b.t. in de Bondsrepubliek Duitsland gelegen activa werd erkend (*Neue Juristische Wochenschrift*, 1985, 2897). Dit arrest week daarmee uitdrukkelijk af van de vroegere rechtspraak (*ibidem*, 2899, nr. 5, met verwijzing naar BGH, 4 februari 1960, *N.J.W.*, 1960, 774, o.m. besproken door Van Houtte, H., o.c., *B.R.H.*, 1978, 387, voetnoot 54). Het Hof aanvaardde aldus dat de Belgische curator de Duitse activa in de afwikkeling van het faillissement kon betrekken tegen de wil van de gefailleerde. Verder zou de Belgische *lex concursus* bepalen of in dit verband schuldvergelijking mogelijk is.

Het Hof verantwoordde de radicale ommekeer in zijn rechtspraak o.m. door de noodzaak van de veralgemeende erkenning van het beginsel van de eenheid en de universaliteit van het faillissement in de Europese Gemeenschap (*ibidem*, 2899, nr. 4, h).

K. LENAERTS
K.U.Leuven

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 12 JUNI 1986

Voorzitter-rapporteur: de h. Bosly

Advocaat-generaal: de h. Velu

Advocaat: mr. Delahaye

Echtscheiding — Door onderlinge toestemming — Overeenkomst — Bijdrage in het onderhoud van de kinderen — Wijzigbaarheid.

Bij echtscheiding door onderlinge toestemming verbindt de tussen de echtgenoten gesloten voorafgaande overeenkomst over hun respectieve bijdrage in het onderhoud en de opvoeding van de kinderen de ouders jegens elkaar; ze kan niet worden gewijzigd tenzij vaststaat dat een van de ouders zich, gelet op zijn inkomen en op die bijdrage, in de onmogelijkheid verkeert te zorgen voor het nodige levensonder-

houd en de vereiste opvoeding van het kind dat hij onder zijn bewaring heeft.

M. t/ M.

Gelet op het bestreden vonnis, op 8 januari 1985 in hoger beroep gewezen door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Doornik;

Over het eerste middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 1134 van het Burgerlijk Wetboek, 1287, 1288 van het Gerechtelijk Wetboek en 97 van de Grondwet,

doordat het bestreden vonnis, op de oorspronkelijke vordering tot wijziging van de bijdrage van eiser in het onderhoud en de opvoeding van zijn kinderen, die vóór de echtscheiding door onderlinge toestemming van partijen bij overeenkomst is vastgesteld op het geïndexeerd bedrag van 750 frank per maand en per kind, het beroepen vonnis bekrachtigt dat eiser veroordeelde om aan verweerster 6.000 frank per maand en per kind levensonderhoud te betalen,

op grond: «dat dient te worden herinnerd aan de rechtspraak van het Hof van Cassatie volgens welke de bijdrage die vóór de echtscheiding door onderlinge toestemming ten laste van een van de ouders bij overeenkomst is vastgesteld, slechts kan worden verhoogd wanneer vaststaat dat de andere ouder, gelet op zijn inkomen en op die bijdrage, in de onmogelijkheid verkeert voor het nodige levensonderhoud en de vereiste opvoeding van het kind te zorgen»; dat de eerste rechter rekening heeft gehouden met het onderhoud en de opvoeding waarop de kinderen aanspraak konden maken, gelet op hun leeftijd en op de standing van de ouders; dat de eerste rechter het inkomen en de lasten van ieder van de ouders juist heeft geschat, nu die rechter dienaangaande erop had gewezen dat (verweerster) lerares zedenleer in het lager onderwijs is; dat haar normaal beroepsinkomen ongeveer 47.000 frank bedraagt; dat (eiser) ongeveer 41.000 frank als beroepsinkomen heeft; dat uit de door ieder van de partijen aangevoerde lasten en uitgaven blijkt dat beiden comfortabel leven en zich materiële middelen verschaffen waarin verbruiksgoederen en -produkten een overwegende plaats innemen; dat het dan ook normaal is dat de kinderen de materiële bestaansvoorwaarden van hun ouders genieten», en besluit «dat, gelet op de middelen van (verweerster) om te zorgen voor de beide kinderen die zij onder haar bewaring heeft, het door de eerste rechter toegekende levensonderhoud moet worden bevestigd»,

terwijl, eerste onderdeel, de bijdrage van een van de ouders, zoals zij vóór de echtscheiding door onderlinge toestemming bij overeenkomst is vastgesteld, in beginsel onveranderlijk is en tussen partijen de bijdrage van die ouder in het onderhoud van de kinderen bepaalt en slechts op verzoek van de andere ouder kan worden gewijzigd wanneer de rechtbank vaststelt dat de andere ouder, gelet op zijn inkomen en op die bijdrage, in de onmogelijkheid verkeert om voor het nodige levensonderhoud en de vereiste opvoeding van de gemeenschappelijke kinderen te zorgen; ten deze de bestreden beslissing weliswaar de rechten van de kinderen en bijgevolg de verplichtingen van de partijen jegens hun kinderen, met inachtneming van hun inkomen, wettig bepaalt, maar noch expliciet, noch impliciet vaststelt dat verweerster in de onmogelijkheid verkeert om, gelet op haar eigen inkomen en op de bijdrage van eiser, zoals die in de overeenkomst is vastgelegd, de aldus vastgestelde onderhouds- en opvoedingskosten te betalen (schending van alle in het middel aangewezen bepalingen, behoudens artikel 97 van de Grondwet);

tweede onderdeel, de bestreden beslissing, in de onderstelling dat zij aldus kan worden uitgelegd dat zij vaststelt dat verweerster in de onmogelijkheid verkeert om te zorgen voor het nodige levensonderhoud en de vereiste opvoeding van haar kinderen, onsamenvattend, duister en tegenstrijdig is gemotiveerd, in zoverre zij de alimentatiebijdrage van eiser verhoogt, na te hebben vastgesteld dat verweerster, gelet op haar inkomsten en op die bijdrage, in de onmogelijkheid verkeert om voor het nodige levensonderhoud en de vereiste opvoeding van haar kinderen te zorgen, maar voorts, met verwijzing naar de schatting door de eerste rechter van het inkomen en de lasten van ieder van de ouders, vaststelt dat verweerster, gelet op haar eigen inkomen en op de alimentatiebijdrage, zoals tussen de echtgenoten is overeengekomen, een comfortabel leven leidt; het immers tegenstrijdig, duister en dubbelzinnig is te oordelen

dat een van de ouders een comfortabel leven leidt met de middelen waarover hij beschikt, en bovendien te zeggen dat hij in de onmogelijkheid verkeert om met die middelen het nodige levensonderhoud en de vereiste opvoeding die ermee overeenstemmen te verschaffen; zodat het bestreden vonnis niet regelmatig met redenen is omkleed en het Hof in elk geval niet in staat is om, aan de hand van de motivering ervan, de wettigheid van de beslissing te toetsen (schending van artikel 97 van de Grondwet);

Overwegende dat, bij echtscheiding door onderlinge toestemming, de tussen de echtgenoten gesloten voorafgaande overeenkomst over hun respectieve bijdrage in het onderhoud en de opvoeding van de kinderen, de ouders jegens elkaar verbindt en niet kan worden gewijzigd, tenzij vaststaat dat een van de ouders zich, gelet op zijn inkomen en op die bijdrage, in de onmogelijkheid verkeert om te zorgen voor het nodige levensonderhoud en de vereiste opvoeding van het kind dat hij onder zijn bewaring heeft;

Overwegende dat het bestreden vonnis, dat oordeelt «dat de eerste rechter het inkomen en de lasten van ieder van de ouders juist heeft geschat», aldus de redenen van de eerste rechter overneemt volgens welke het «normaal beroepsinkomen van (verweerster) ongeveer 47.000 frank bedraagt en dat van (eiser) ongeveer 41.000 frank; dat uit de door ieder van de partijen aangevoerde lasten en uitgaven blijkt dat beiden comfortabel leven en zich materiële middelen verschaffen waarin de verbruiksgoederen en -produkten een overwegende plaats innemen; dat het dan ook normaal is dat de kinderen de materiële bestaansvoorwaarden van hun ouders genieten»;

Dat het bestreden vonnis voorts nog zegt «dat de kinderen respectievelijk 17 en 16 jaar oud zijn; dat hun behoeften afhangen van hun leeftijd en hun studies; dat, gelet op de middelen van (verweerster) om te zorgen voor het onderhoud van de beide kinderen die zij onder haar bewaring heeft, het door de eerste rechter toegekende levensonderhoud moet worden bevestigd»;

Dat de appelrechters aldus oordelen dat de moeder, gelet op haar inkomen, in de onmogelijkheid verkeert om te zorgen voor het onderhoud en de opvoeding van de kinderen, met inachtneming van hun leeftijd en van het feit dat het normaal is dat zij mede genieten van het comfortabel leven van hun ouders, zonder verhoging van de bijdrage van de vader, zoals deze vóór de echtscheiding bij overeenkomst was vastgesteld;

Dat de vaststelling dat ieder van de ouders, dank zij hun inkomen, financieel «een comfortabel leven» kan leiden, waaruit de appelrechters afleiden dat het normaal is dat de kinderen dezelfde materiële bestaansvoorwaarden genieten, niet strijdig is met de overweging dat de moeder met haar inkomen niet kan zorgen voor het onderhoud en de opvoeding van haar kinderen «rekening houdende met hun leeftijd en de standing van hun ouders» en dat dit moet worden aangevuld met een bijdrage van de vader die groter is dan die welke vóór de echtscheiding bij overeenkomst is vastgesteld; dat die gronden evenmin dubbelzinnig zijn;

Dat het vonnis derhalve naar recht is verantwoord en regelmatig met redenen is omkleed;

(...)

NOOT—Met deze uitspraak herinnert het Hof van Cas-

satie eens te meer aan de principiële onveranderlijkheid van de overeenkomsten en wordt tevens het onderscheid tussen *obligatio* en *contributio* bevestigd. Het Hof sluit aan bij zijn vroegere rechtspraak die de wijziging van de onderhoudsbijdrage voor de kinderen slechts toelaat voor zover de ouder die de kinderen opvoedt, niet in staat is het vereiste onderhoud te verschaffen (zie bv. Cass., 3 september 1973, *R.W.*, 1973-74, 674; Cass., 21 maart 1975, *R.W.*, 1974-75, 2523; Cass., 14 november 1979, *R.W.*, 1979-80, 2165, noot J.P.; Cass., 11 juni 1981, *R.W.*, 1981-82, 674, noot Sonck). M.a.w. slechts indien de rechten die het kind uit de artt. 203 en 303 B.W. put, worden geschonden, is een wijziging geoorloofd.

De uitspraak toont wel aan dat de feitenrechter over een vrij ruime interpretatiemarge beschikt. Het Hof accepteert immers een wijziging van de bijdrage voor zover de feitenrechter heeft vastgesteld dat de moeder, gelet op haar inkomen en op de bijdrage, niet in het nodige levensonderhoud voor de kinderen kan voorzien. Anderzijds onderstreept het Hof het restrictief karakter van de uitzondering waardoor de imprevisieel impliciet wordt afgewezen (vgl. Vred. Sint-Joost-ten-Noode, 13 februari 1985, *T. Vred.*, 1986, 121, bevestigd door Rb. Brussel, 3 december 1985, *T. Vred.*, 1986, 123; Vred. Harelbeke, 28 augustus 1986, elders in dit nummer).

W.P.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 26 JUNI 1986

Voorzitter: de h. Mahillon

Raadsheer-rapporteur: de h. Bosly

Advocaat-generaal: de h. Piret

Advocaat: mrs. Simont

Onrechtmatige daad — Aansprakelijkheid voor zaken — Gebrek in de zaak — Begrip — Kers op de vloer van een warenhuis.

De vaststelling dat de aanwezigheid van een kers op de vloer van een warenhuis abnormaal en onvoorzienbaar was, impliceert niet dat de staat van de vloer abnormaal was. De rechter kan derhalve op grond van die vaststelling niet wettig beslissen dat de vloer een gebrek vertoonde.

N.V. G. t/ C.

Gelet op het bestreden vonnis, op 15 februari 1985 in eerste en laatste aanleg door de Vrederechter van het kanton Ukkel gewezen;

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 1384, inzonderheid eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek, en 97 van de Grondwet,

doordat de Vrederechter te Ukkel, met toepassing van artikel 1384, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek, eiseres veroordeelt op grond: «... dat niet wordt betwist dat (verweerder) is uitgeleden over een kers die voor de afdeling 'kousen' lag; dat het gebrek van de zaak niet noodzakelijk een blijvend bestanddeel is dat inherent is aan die zaak, met

uitsluiting van elke tussenkomst van een derde die niets te maken heeft met de vervaardiging en met de levering ervan als zodanig voor een bepaald gebruik; dat een klant in een warenhuis zeker rekening moet houden met de mogelijkheid dat hij, bij het betreden van het gedeelte van het warenhuis waar fruit, groenten, boter en kaas worden verkocht afval of vetvlekken kan aantreffen, die een gevaar voor een valpartij zouden kunnen opleveren en op die plaatsen uiterst waakzaam moet zijn; het voor de gebruiker evenwel volstrekt abnormaal en geenszins voorzienbaar is dergelijke afval aan te treffen in de gangen van, bijvoorbeeld, de afdelingen ijzerwaren, papierwaren, kleding, galanterie, kousen, enz.; dat de aanwezigheid van een kers voor een dergelijke afdeling, de vloer op die plaats en in de precieze omstandigheden van de zaak gebrekkig maakt; dat (eiseres) in dit geval derhalve aansprakelijk is voor de val van (verweerder) en zijn schade moet vergoeden; dat het bedrag van de schade niet wordt betwist»,

terwijl, (...)

Overwegende dat uit de in het middel weergegeven consideransen van het vonnis blijkt dat de vrederechter, die eiseres met toepassing van artikel 1384, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek, veroordeelt tot vergoeding van de door verweerder geleden schade, zijn beslissing over het bestaan van een gebrek van de vloer van het warenhuis baseert op de enkele vaststelling dat de aanwezigheid van een kers voor de kousenafdeling volstrekt abnormaal en niet voorzienbaar was en «de vloer op die plaats en in die precieze omstandigheden gebrekkig maakte»;

Dat die vaststelling evenwel niet impliceert dat de staat van de vloer abnormaal was; dat de vrederechter, derhalve, niet wettig heeft kunnen beslissen dat de vloer van het warenhuis een gebrek vertoonde;

Dat het middel gegrond is;

(...)

NOOT—Zie o.a. Cass., 6 maart 1981, *R.W.*, 1981-82, 31, met noot L. Cornelis.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 13 NOVEMBER 1986

Voorzitter: de h. Mahillon

Raadsheer-rapporteur: de h. Sace

Procureur-generaal: de h. Krings

Advocaten: mrs. Draps en De Bruyn

1. Burgerlijke rechtspleging — Valsheidsprocedure — Valsheidsincident — 2. Algemene rechtsbeginselen — Geneeskunst — Therapeutische vrijheid — 3. Geneeskunst — Tucht — Misbruik van therapeutische vrijheid.

1. Geen valsheidsincident in de zin van art. 907, eerste lid, Ger. W. is het verzoek dat slechts steunt op een interpretatie van door de voorzitter ter terechtzitting gebruikte bewoordingen, die verschilt van de door het rechtscollege daarvan gegeven interpretatie.

2. De regel dat elke beoefenaar van de geneeskunde vrij de behandelingswijze van zijn patiënten mag kiezen, vast-

gelegd in art. 11, eerste lid, van het K.B. nr. 78 van 10 november 1967, geldt in het Belgische recht niet als een algemeen rechtsbeginsel.

3. De tuchtraad die vaststelt dat een geneesheer langer dan noodzakelijk de verslaving van sommige van zijn patiënten in stand heeft gehouden, beslist naar recht, zonder zijn bevoegdheid te overschrijden, dat die geneesheer zijn therapeutische vrijheid heeft misbruikt en dat hem deswege een sanctie moet worden opgelegd.

C. t/ Orde van Geneesheren

Gelet op de bestreden beslissing, op 16 oktober 1984 gewezen door de Raad van Beroep met het Frans als voertaal van de Orde van Geneesheren ;

Gelet op het cassatieberoep van eiser tegen die beslissing ;

Gelet op eisers verzoekschrift waarbij een tussengeschied tot betichting van valsheid bij het Hof wordt ingesteld ;

Overwegende dat beide procedures samenhangend zijn en dat zij moeten worden gevoegd ;

Over het eerste middel, afgeleid uit de schending van artikel 6, inzonderheid 1, van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950, goedgekeurd bij de wet van 13 mei 1955, en uit de miskennis van het algemeen rechtsbeginsel dat afstand van een recht niet wordt vermoed en enkel kan worden afgeleid uit feiten die voor geen andere uitlegging vatbaar zijn,

doordat de bestreden beslissing, die eiser de tuchtstraf van schorsing gedurende zes maanden oplegt, met gesloten deuren is uitgesproken, na debatten die met gesloten deuren zijn gehouden, zonder dat uit enig stuk waarop het Hof vermag acht te slaan, blijkt dat eiser, uit eigen beweging, op ondubbelzinnige wijze afstand heeft gedaan van de openbaarheid van het onderzoek van zijn zaak en van de uitspraak van de beslissing,

terwijl

de tuchtprocedure die, volgens het nationale recht, tot gevolg heeft of tot gevolg kan hebben dat aan de in het geding betrokken persoon tijdelijk of voorgoed de uitoefening van een burgerlijk recht wordt ontzegd, namelijk het recht om een beroep, dat geen openbaar ambt is, verder te blijven uitoefenen, moet worden beschouwd als een «vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen» in de zin van artikel 6.1 van het in het middel vermelde verdrag, en moet worden geacht een directe weerslag te hebben op zodanig recht ; wanneer een tuchtprocedure onder toepassing valt van artikel 6.1, de betrokken persoon recht heeft op de verschillende, in dat artikel vastgelegde waarborgen en onder meer op de waarborg dat het eigenlijke rechtscollege, dat bevoegd is om de beslissingen van het tuchtrechtelijk college in feite en in rechte te beoordelen, het onderzoek in het openbaar voert en de beslissing in het openbaar wijst ; van die regel van de openbaarheid van de uitspraak enkel mag worden afgeweken wanneer de in het geding betrokken persoon vrijwillig en ondubbelzinnig van de openbaarheid afziet en het nationale recht de mogelijkheid daartoe biedt ; nu eiser recht had op een openbare uitspraak van de beslissing na openbare debatten en van dat recht geen afstand had gedaan, de bestreden beslissing, die is uitgesproken met gesloten deuren, artikel 6.1 van het verdrag schendt en het algemeen rechtsbeginsel miskent, als aange-

wezen in het middel :

Overwegende dat van de in artikel 6.1 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden neergelegde regel dat de debatten in het openbaar moeten worden gehouden en dat de beslissing in het openbaar moet worden gewezen, kan worden afgeweken wanneer de betrokken persoon daartoe de wil heeft, op voorwaarde dat de afstand vrijwillig en ondubbelzinnig geschiedt ;

Overwegende dat eiser, luidens het proces-verbaal van de terechtzitting van de raad van beroep van de Orde van Geneesheren van 22 mei 1984, waarop de zaak is onderzocht en in beraad genomen, en ook luidens de bestreden beslissing, de behandeling met gesloten deuren had gevraagd zowel voor het onderzoek van de zaak als voor de uitspraak van de beslissing en dat de raad van beroep had besloten dat verzoek in te willigen ;

Overwegende dat eiser evenwel, bij verzoekschrift dat op 14 maart 1985 ter griffie van het Hof is neergelegd, de volgende stukken van valsheid heeft beticht : voormeld proces-verbaal van de terechtzitting, in zoverre het vaststelt dat verzoeker de behandeling met gesloten deuren heeft gevraagd zowel voor het onderzoek van de zaak als voor de uitspraak van de beslissing, de bestreden beslissing, in zoverre zij zegt dat ze met gesloten deuren wordt uitgesproken «op verzoek van de betrokkene», evenals, en voor zoveel nodig, het proces-verbaal van de terechtzitting van de genoemde raad van beroep van 16 oktober 1984, «in zoverre het verwijst naar het proces-verbaal van de terechtzitting van 22 mei 1984 om te verantwoorden dat zij met gesloten deuren wordt gehouden» ;

Dat eiser weliswaar betoogt dat hij geen behandeling met gesloten deuren heeft gevraagd, noch voor het onderzoek van de zaak noch voor de uitspraak van de beslissing, maar toch, in de bewoordingen van zijn verzoekschrift, aanneemt dat zijn raadsman de vraag van de voorzitter van de raad van beroep op de terechtzitting van 22 mei 1984 «of hij er bezwaar tegen had dat de deur werd gesloten», enkel ontkennend heeft beantwoord, waarbij hij aanvoert dat die ontkennis impliciet wordt verantwoord door het feit dat «hij niet in de tocht wilde blijven staan» ;

Dat daaruit volgt dat eiser niet betwist dat de voorzitter van dat rechtscollege zijn toestemming heeft gevraagd «om de deur te sluiten» en dat zijn raadsman daarmee zonder enig voorbehoud heeft ingestemd ; dat de uiteenzetting in het verzoekschrift dus enkel steunt op een verschillende interpretatie van de door de voorzitter gebruikte bewoordingen ; dat daarin niet wordt aangevoerd dat die magistraat die bewoordingen niet zou hebben uitgesproken, noch dat eisers raadsman zich tegen het sluiten van de deur zou hebben verzet ; dat dit verzoekschrift aldus geen valsheidsincident uitmaakt, in de zin van artikel 907, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek ;

Dat daaruit volgt dat het verzoekschrift moet worden afgewezen en dat het eerste middel op de authentieke vaststellingen van het proces-verbaal van de terechtzitting van 22 mei 1984 en ook van de bestreden beslissing stuit ;

Dat het middel derhalve niet kan worden aangenomen ;

Over het tweede middel, afgeleid uit de schending van artikel 97 van de Grondwet,

doordat de bestreden beslissing, na te hebben vastgesteld dat «(eiser), hoewel hij na 27 december 1982 het aantal voorschriften van Méphénon aanzienlijk heeft verminderd, waardoor de raad van de Orde terecht heeft kunnen zeggen dat de derde grief niet was bewezen, vóór die datum toch misbruik heeft gemaakt van zijn therapeutische vrijheid», ten laste van eiser de schorsing van het recht de geneeskunde uit te oefenen gedurende zes maanden uitspreekt ter zake dat hij «de therapeutische vrijheid heeft misbruikt, met het risico de verslaving van (zijn) patiënten in stand te houden, door hen tijdens het jaar 1982 en het eerste kwartaal van 1983 aanzienlijke hoeveelheden verdovende middelen voor te schrijven»,

terwijl het tegenstrijdig is te overwegen dat, om de in de beslissing aangegeven redenen, het aan eiser ten laste gelegde misbruik van zijn therapeutische vrijheid enkel voor de periode vóór 27 december 1982 is aangetoond, en, anderzijds, met bevestiging van de beroepen beslissing, te beslissen dat die grief, die betrekking heeft op een periode tot en met het eerste kwartaal van 1983, bewezen is; die tegenstrijdigheid gelijkstaat met het ontbreken van motieven; de bestreden beslissing, derhalve, artikel 97 van de Grondwet schendt:

Overwegende dat het beschikkende gedeelte van een beslissing in het licht van haar motieven moet worden uitgelegd;

Overwegende dat de bestreden beslissing, door te zeggen, enerzijds, «dat dokter C., volgens de tijdens de debatten overgelegde stukken gedurende het jaar 1982, 1.752 Vials, 3.250 ampullen en 650 tabletten Méphénon, 1.872 ampullen en 380 tabletten Rilatine, 7.973 ampullen en 1.683 tabletten Pervitine en 2.713 tabletten Burgodin heeft voorgeschreven (en) dat hij aan sommige patiënten dosissen heeft voorgeschreven die zo aanzienlijk zijn dat vaststaat dat hij door zijn zwakheid, lichtzinnigheid of onvoorzichtigheid op zijn minst de verslaving van patiënten langer dan noodzakelijk in stand heeft gehouden», en, anderzijds, «dat dokter C., ook al heeft hij na 27 december 1982 de voorschriften van Méphénon aanzienlijk verminderd, waardoor de raad van de Orde terecht heeft kunnen zeggen dat de derde grief niet was bewezen, vóór die datum toch misbruik heeft gemaakt van zijn therapeutische vrijheid», zonder aan de in het middel aangeklaagde tegenstrijdigheid te lijden, vaststelt dat de tweede aan eiser ten laste gelegde grief zijn therapeutische vrijheid te hebben misbruikt door aan zijn patiënten aanzienlijke hoeveelheden verdovende middelen voor te schrijven, in elk geval voor de periode van het jaar 1982 vóór 27 december is aangetoond, en dat die grief de uitgesproken sanctie verantwoordt;

Dat het middel feitelijke grondslag mist;

Over het derde middel, afgeleid uit de schending van artikel 97 van de Grondwet, uit de miskenning van het algemeen rechtsbeginsel dat iedere beoefenaar van de geneeskunde de vrije keuze waarborgt van de behandeling van de patiënten die hem raadplegen, welk beginsel met name is vastgelegd in artikel 11 van het koninklijk besluit nr. 78 van 10 november 1967 betreffende de uitoefening van de geneeskunde, de verpleegkunde, de paramedische beroepen en de geneeskundige commissies, en uit de schending van artikel 6, 2°, van het koninklijk besluit nr. 79 van 10 no-

vember 1967 betreffende de Orde der Geneesheren,

doordat de bestreden beslissing ten laste van eiser de schorsing van het recht de geneeskunde uit te oefenen gedurende zes maanden uitspreekt ter zake dat hij de therapeutische vrijheid heeft misbruikt, met het risico de verslaving van zijn patiënten in stand te houden, door hun tijdens het jaar 1982 en het eerste kwartaal 1983 aanzienlijke hoeveelheden verdovende middelen voor te schrijven, enkel op grond dat vaststaat dat eiser de verslaving van patiënten langer dan noodzakelijk in stand heeft gehouden, namelijk door hun aanzienlijke dosissen verdovende middelen voor te schrijven in de vorm van inspuitingen, en dat eiser bovendien niet systematisch genoeg heeft geïnformeerd naar de werkelijke gezondheidstoestand van zijn patiënten, *terwijl*, (...)

derde onderdeel, de beoefenaar van de geneeskunde de vrije keuze heeft van de middelen die moeten worden aangewend voor het instellen en uitvoeren van de behandeling; men hem niet mag verwijten die vrijheid te hebben misbruikt wanneer de behandeling succesvol is en dus tot genezing leidt; de bestreden beslissing, in zoverre zij eiser verwijt de vrijheid die hij krachtens de wet heeft, te hebben misbruikt, niettegenstaande het door hem aangevoerde succes van zijn behandeling, het in het middel aangewezen algemeen rechtsbeginsel miskent en artikel 11 van het koninklijk besluit nr. 78 van 10 november 1967 schendt; zij derhalve de bevoegdheid overschrijdt die de wet toekent aan de raden van de Orde, waarvan de beoefenaars van de geneeskunde afhangen, om de fouten te bestraffen die zijn begaan in de uitoefening van hun beroep of naar aanleiding ervan, en met name het bestraffen van het misbruik van hun vrijheid (schending van de artikelen 6, 2°, van het koninklijk besluit nr. 79 en 11, tweede lid, van het koninklijk besluit nr. 78, die in het middel worden aangewezen en miskenning van het daarin vastgelegde algemeen rechtsbeginsel);

(...)

Wat het derde onderdeel betreft:

Overwegende dat de regel dat elke beoefenaar van de geneeskunde vrij de behandelingswijze van zijn patiënten mag kiezen, vastgelegd in artikel 11, eerste lid, van het koninklijk besluit nr. 78 van 10 november 1967 betreffende de uitoefening van de geneeskunst, de verpleegkunde, de paramedische beroepen en de geneeskundige commissies, in het Belgisch recht niet als een algemeen rechtsbeginsel geldt;

Dat het onderdeel, in zoverre het de miskenning van een dergelijk beginsel aanvoert, faalt naar recht;

Overwegende dat, voor het overige, artikel 11, tweede lid, van voornoemd koninklijk besluit nr. 78, overeenkomstig de algemene regel ingevoerd bij artikel 6, tweede lid, van het koninklijk besluit nr. 79 betreffende de Orde der Geneesheren, bepaalt dat de raden van de Orde van Geneesheren de misbruiken van de vrijheid beteugelen, die met name de beoefenaars aangewezen in artikel 2 van dit besluit hebben bij de keuze van de middelen die aangewend moeten worden, hetzij voor het stellen van de diagnose, hetzij voor het instellen en uitvoeren van de behandeling;

Dat de raad van beroep door, op grond van de reeds weergegeven redenen, vast te stellen dat eiser langer dan noodzakelijk de verslaving van sommige van zijn patiënten in stand had gehouden, naar recht beslist, zonder zijn be-

voegdheid te overschrijden en zonder de in dit onderdeel aangewezen wettelijke bepalingen te schenden, dat eiser zijn therapeutische vrijheid had misbruikt en dat hem deswege een sanctie moest worden opgelegd ;

Dat het onderdeel in zoverre niet kan worden aangenomen ;

(...)

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 28 NOVEMBER 1986

Voorzitter : de h. Janssens

Raadsheer-rapporteur : de h. Poupart

Advocaat-generaal : de h. Tillekaerts

Advocaat : mr. Claeys Bouaert

Gemeentebelasting — Directe belasting — Bezwaar — Bestendige deputatie — Rechtsmacht.

Wanneer de bestendige deputatie van een provincieraad moet oordelen over een bezwaar inzake directe gemeentebelastingen, verricht zij een handeling van eigenlijke rechtspraak. In de uitoefening van haar rechtsmacht heeft zij de plicht te onderzoeken of de betwiste aanslag in overeenstemming is met de desbetreffende gemeenteverordening en moet zij het recht van verdediging van de belastingplichtige eerbiedigen. Zij dient alle nuttige gegevens in te zamelen en acht te slaan op alle stukken en gegevens die haar op regelmatige wijze zijn voorgelegd of ingevolge haar onderzoek zijn ingezameld.

G. t/ Stad Mechelen

Gelet op de bestreden beslissing, op 14 november 1985 gewezen door de Bestendige Deputatie van de Provincieraad van Antwerpen ;

Overwegende dat de bestreden beslissing uitspraak doet over het bezwaar van de eisers tegen een aanslag inzake gemeentebelasting op de niet gebouwde percelen in een niet vervallen verkaveling ;

Overwegende dat het bezwaar hierop steunde dat de belaste grond verpacht was aan een met naam aangewezen persoon en het derhalve strekte tot toepassing van artikel 5.3 van de desbetreffende belastingverordening, luidende : «Van de belasting zijn vrijgesteld : de eigenaars van percelen die, ingevolge de wet op de landpacht, op het ogenblik van het van kracht worden van de wet van 22 december 1970, niet voor bouwen kunnen worden bestemd ; deze vrijstelling betreft alleen die percelen»,

Over het eerste en het tweede middel samen, het eerste afgeleid uit de schending van de artikelen 1 van de wet van 22 juni 1865, 8 van de wet van 5 juli 1871, en 15 van de belastingverordening der stad Mechelen van 31 maart 1983 betreffende de belasting op niet-gebouwde percelen in een niet-vervallen verkaveling, en van het algemeen rechtsbeginsel dat de eerbiediging van het recht van verdediging voorschrijft,

doordat de bestreden beslissing het door de eisers inge-

diende bezwaarschrift verwerpt om de reden «dat de belastingsschuldigen de rechten, hun ten opzichte van de aanduiding van de belastbare basis door de belastingverordening voorbehouden, te gelegener tijd, dit is tijdens de aangifteperiode, dienen uit te putten ; dat het niet aanneembaar is dat, na de inkohiering van een rechtmatig van ambtswege gevestigde aanslag en na verloop van het dienstjaar, nog een onderzoek omtrent de belastbare basis zou plaatshebben»,

terwijl (...)

het tweede middel afgeleid uit de schending van de artikelen 97 van de Grondwet, 1 van de wet van 22 juni 1865, 8 van de wet van 5 juli 1871, 5, 3°, en 15 van de belastingverordening der stad Mechelen, van 31 maart 1983 betreffende de belasting op niet-gebouwde percelen in een niet-vervallen verkaveling, 1341, 1347, 1349 en 1353 van het Burgerlijk Wetboek,

doordat de bestreden beslissing, op het ingediende bezwaar dat gemotiveerd was als volgt : «Dit perceel is namelijk verpacht aan de heer (...)» als enig antwoord ten gronde aanvoert : «Doende opmerken dat de stukken waarop de bestendige deputatie vermag acht te slaan, overigens niet aantonen dat de belaste percelen bezwaard zijn met een pachtovereenkomst die per 1 januari van het belastingjaar de aanwending van de grond als bouwgrond belette»,

terwijl, eerste onderdeel, geen enkel wettelijk voorschrift enige beperking brengt aan de stukken waarop de bestendige deputatie «vermag acht te slaan» ; dit college integendeel alle ter zake nuttige gegevens moet onderzoeken en desnoods ambtshalve invoeren ; waaruit blijkt dat, door haar jurisdictionele functie derwijze te beperken, de bestendige deputatie de wettelijke bepalingen die deze functie omschrijven miskent (schending van de artikelen 1 van de wet van 22 juni 1865, 8 van de wet van 5 juli 1871 en 15 van de belastingverordening) ;

(...)

Wat het eerste middel en het eerste onderdeel van het tweede middel betreft :

Overwegende dat de bestendige deputatie van een provincieraad, die moet oordelen over een bezwaar inzake directe gemeentebelastingen, een handeling van eigenlijke rechtspraak verricht ; dat zij, in de uitoefening van haar rechtsmacht, de plicht heeft te onderzoeken of de betwiste aanslag in overeenstemming is met de desbetreffende belastingverordening en het recht van verdediging van de belastingplichtige moet eerbiedigen ; dat zij alle nuttige gegevens dient in te zamelen en acht dient te slaan op alle stukken en gegevens die haar op regelmatige wijze zijn voorgelegd of ingevolge haar onderzoek ingezameld werden ;

Dat de bestendige deputatie, door op grond van de in de middelen weergegeven redenen het bezwaarschrift van de eisers te verwerpen, de artikelen 1 van de wet van 22 juni 1865 en 8 van de wet van 5 juli 1871 schendt, alsmede het recht van de eisers om zich tegen de aanslag te verdedigen miskent ;

Dat de middelen in zoverre gegrond zijn ;

(...)

NOOT—Zie Cass., 19 juni 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 1114 ; 8 september 1983, *R.W.*, 1983-84, 2123.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

8e KAMER — 19 DECEMBER 1986

Voorzitter: de h. Vanderhoeft

Raadsheren: de hh. Vandeplas (rapporteur) en Van de Velde

Advocaat-generaal: de h. M. De Swaef

Advocaten: mrs. Zimmerman, Pools loco Van der Graesen en Houbrechts loco Roppe

Herroeping van het gewijsde — 1. Ondertekening door twee advocaten met twintig jaar baliepraktijk — 2. Misliding van de rechter.

1. De omstandigheid dat ze optreden als raadslieden van de verzoeker staat er niet aan in de weg dat advocaten met twintig jaar baliepraktijk overeenkomstig art. 1134 Ger. W. rechtsgeldig het verzoekschrift tot herroeping van het gewijsde kunnen ondertekenen.

2. Van alle procespartijen wordt verwacht dat ze op eerlijke, correcte en faire wijze meewerken aan het zoeken naar de waarheid. Deze verplichting rust niet alleen op het openbaar ministerie of op de rechter; ook de benadeelde is gehouden de rechter degelijk, eerlijk en oprecht voor te lichten. Door verzwijging van bepaalde gegevens kan de rechter worden misleid en deze verkeerde voorlichting van de rechter kan in de persoon van de partij die de stukken achterhiel of verzweeg, een persoonlijk bedrog uitmaken in de zin van art. 1133 Ger. W.

V.Z.W. B. t/ Van C. en De L.

Betreffende het verzoek tot interpretatie of rectificatie

Overwegende dat de vrijwillig tussenkomende partij, de V.Z.W. B., bij vonnis van 22 maart 1985 werd veroordeeld om aan de burgerlijke partij Marie-Rose Van C. een som van 279.646 frank te betalen wegens total loss van haar voertuig; dat achteraf gebleken is dat haar voertuig reeds bij een ander verkeersongeval beschadigd was en dat haar bijgevolg niet het hele bedrag mocht worden toegekend;

Overwegende dat de eerste rechter bij het uitspreken van zijn vonnis van 22 maart 1985 blijkbaar niet op de hoogte werd gebracht van deze voorafgaande aanrijding en dan ook het gehele bedrag toekende aan de burgerlijke partij Marie-Rose Van C.;

Overwegende dat het bestreden vonnis terecht weigert de beslissing van 22 maart 1985 te wijzigen, te interpreteren of aan te passen aan de gegevens die achteraf aan het licht zijn gekomen of worden aangevoerd; dat de beslissing noch onduidelijk, noch dubbelzinnig was en dat de eerste rechter in zijn vonnis van 30 januari 1986 terecht heeft beslist dat er geen aanleiding was tot rectificatie of tot interpretatie;

Betreffende de vordering tot herroeping van het gewijsde

Overwegende dat de vordering tot herroeping van het gewijsde door het bestreden vonnis als niet ontvankelijk wordt afgewezen omdat het verzoek tot herroeping van het gewijsde niet betekend werd overeenkomstig de voorschriften van artikel 1134 van het Gerechtelijk Wetboek;

Overwegende dat de dagvaarding van 6 december 1985 betekend door gerechtsdeurwaarder J. Willems wel degelijk

een dagvaarding en een betekening van het verzoek tot herroeping van het gewijsde bevatte;

Overwegende dat de vaststelling van de gerechtsdeurwaarder betreffende de afgifte van de dagvaarding én van het verzoek tot herroeping van het gewijsde geldt tot inschrijving wegens valsheid en dat de eerste rechter dan ook ten onrechte gemeend heeft alle bewijswaarde te kunnen ontzeggen aan deze authentieke vaststelling;

Overwegende dat Marie-Rose Van C. aanvoert dat er geen hoger beroep mogelijk is tegen een beslissing van de rechtbank waarbij de herroeping van het gewijsde wordt afgewezen; dat er in beginsel steeds hoger beroep mogelijk is tegen alle beslissingen van de rechter, behoudens wanneer de wetgever uitdrukkelijk het recht van hoger beroep heeft ontzegd; dat ten deze echter geen wettelijke bepaling verbiedt hoger beroep in te stellen tegen de beslissing van de eerste rechter die de herroeping niet ontvankelijk verklaarde;

Overwegende dat Marie-Rose Van C. aanvoert dat het verzoekschrift tot herroeping van het gewijsde niet geldig ondertekend is daar het wel ondertekend werd door drie advocaten van wie er ten minste twee meer dan twintig jaar bij de balie zijn ingeschreven, maar twee van de advocaten rechtstreeks in de zaak betrokken zijn als raadslieden van de verzoekende partij;

Overwegende dat het in artikel 1134 van het Gerechtelijk Wetboek gestelde vereiste aangaande de ondertekening van het verzoekschrift door twee advocaten ingeschreven sedert meer dan twintig jaar aan de balie louter bedoeld is om te voorkomen dat een dergelijk verzoek lichtvaardig zou worden ingediend; dat een bijzondere ervaring nodig werd geacht om een dergelijke rechtspleging te voeren en dat een lange praktijk een geschikt middel werd geoordeeld om deze ervaring, ernst en bekwaamheid te waarborgen;

Overwegende dat de omstandigheid dat deze advocaten met lange ervaring tevens optreden als raadslieden van de verzoeker er niet aan in de weg staat dat ze rechtsgeldig het verzoekschrift kunnen ondertekenen in hun hoedanigheid van advocaat met meer dan twintig jaar baliepraktijk; dat er ten deze geen sprake kan zijn van «vermenging van belangen» daar deze advocaten, die het verzoekschrift medeondertekenen, hun advies niet verlenen uit hoofde van de belangen die ze bij de zaak hebben, maar louter als waarborg betreffende de ernst, de gegrondheid en het verantwoord karakter van de vordering; dat bijgevolg de onpartijdigheid van deze advocaten niet in het spel is, daar van hen geen objectiviteit wordt verwacht nu ze de zaak niet dienen te beoordelen doch louter garant staan voor de ernst waarmee de zaak wordt behartigd;

Overwegende dat Marie-Rose Van C. ook nog aanvoert dat het verzoek tot herroeping van het gewijsde niet tijdig werd ingediend, dit is binnen zes maanden na het ontdekken van de ingeroepen grond; dat echter niet wordt gepreciseerd waarop dat betoog gegrond is; dat niet kan worden volstaan met de loutere bewering «dat de V.Z.W. B. niet kan aanvoeren dat de grond waarop ze steunt niet bekend was sedert meer dan zes maanden vóór 6 december 1985»; dat het aan Marie-Rose Van C. toekomt aan te tonen aan de hand van controleerbare gegevens waarop deze bewering steunt, maar dat bij gebreke van enig gegeven hieromtrent deze grief niet ernstig kan worden genomen;

Overwegende dat uit de omstandigheid dat de V.Z.W. B.

op 30 oktober 1985 een dagvaarding tot rectificatie en/of interpretatie uitbracht voor de correctionele rechtbank, kan worden afgeleid dat ze minstens op die datum op de hoogte was van de feiten die aanleiding kunnen geven tot de herroeping van het gewijsde, maar dat daaruit geenszins volgt dat ze deze gegevens ook kende zes maanden vóór het verzoekschrift van 3 december 1985;

Overwegende dat Marie-Rose Van C. aanvoert dat de bestuursorganen van de V.Z.W. B. niet hebben besloten tot herroeping van het gewijsde vooraleer het verzoekschrift op 3 december 1984 werd ingediend; dat het aan Marie-Rose Van C. toekomt haar beweringen te staven aan de hand van controleerbare gegevens, maar dat ze niet kan volstaan met een blote bewering; dat ten deze Marie-Rose Van C. geen enkel gegeven naar voren heeft gebracht om deze bewering kracht bij te zetten of zelfs maar waarschijnlijk te maken; dat in de gegeven omstandigheden geen rekening kan worden gehouden met deze grief; dat de advocaten van de verzoeker gerechtigd zijn in naam van de V.Z.W. op te treden daar ze verondersteld worden dragers te zijn der stukken; dat geen bijzondere volmacht vereist is om het verzoek tot herroeping van het gewijsde in te dienen;

Overwegende dat het voertuig van Marie-Rose C. in de nacht van 14 op 15 oktober 1984 werd aangereden door P. De L. op het ogenblik dat haar voertuig geparkeerd stond langs de rijweg; dat het voertuig van Marie-Rose Van C. in de loop van dezelfde nacht reeds was beschadigd in een ander ongeval; dat Marie-Rose Van C. zich echter burgerlijke partij stelde zowel tegen P. De L. als tegen de vrijwillig tussenkommende partij, de V.Z.W. B., uit hoofde van de volledige schade toegebracht aan het voertuig van Marie-Rose Van C. overeenkomstig het expertisverslag van 9 november 1984;

Overwegende dat de burgerlijke partij geen gewag heeft gemaakt van de beschadigingen die aan het voertuig waren toegebracht in een voorafgaand verkeersongeval noch bij de deskundige, noch ter terechtzitting van de vierde kamer van de Correctionele Rechtbank te Hasselt; dat ze aldus, ten gevolge van deze verzwijging, een bedrag toegewezen kreeg van 277.746 frank, terwijl hierbij ten onrechte rekening werd gehouden met de volledige schade toegebracht aan het voertuig;

Overwegende dat Marie-Rose Van C. in het bezit was van een expertisverslag van 19 oktober 1984 waarin de opsplitsing van de schade aan de voorkant en aan de achterkant van het voertuig werd gemaakt zodat precies kon worden berekend welke schade door het eerste en welke schade door het tweede ongeval werd veroorzaakt, maar dat Marie-Rose Van C. dit verslag van 19 oktober 1984 niet aan de strafrechter heeft overgelegd, zodat deze werd misleid bij de beoordeling van de zaak en meer in het bijzonder bij de toekenning van de schadevergoeding aan de burgerlijke partij Marie-Rose Van C.

Overwegende dat M.R. Van C. aanvoert dat de elementen van deze zaak reeds ter kennis van de tegenpartij waren vóór de bestreden beslissing en dat ze hierbij verwijst naar het proces-verbaal nr. 3107 van 15 oktober 1984;

Overwegende dat in het proces-verbaal inderdaad gewag wordt gemaakt van een voorafgaand verkeersongeval tussen het voertuig van M.R. Van C. en dat van A. V.; dat daarin wordt vermeld dat het voertuig Peugeot (toebehorende aan A. V.) voor de tweede maal achteraan werd aan-

gereden, maar dat daarin hoegenaamd geen melding wordt gemaakt van een voorafgaande beschadiging van het voertuig Renault van M.R. Van C.; dat het bijgevolg onjuist is te beweren dat uit de elementen van het dossier zoals het werd onderworpen aan de eerste rechter, duidelijk was dat er schade aan het voertuig van M.R. Van C. was veroorzaakt vóór de aanrijding met het voertuig van P. De L.;

Overwegende dat ook niet gebleken is dat de V.Z.W. B. kennis kon hebben van deze voorafgaande beschadigingen: dat enerzijds noch de deskundige, noch de eerste rechter kennis hebben gekregen van deze feiten en dat anderzijds geen enkel gegeven van het strafdossier wijst op een voorafgaande beschadiging;

Overwegende dat Marie-Rose Van C. betwist dat ze persoonlijk bedrog heeft gepleegd; dat ze echter eensdeels zeer goed wist dat ze geen recht had op volledig schadeherstel en zij niettemin zich burgerlijke partij heeft gesteld voor de gehele schade; dat ze anderdeels ook het verslag van de deskundige van 19 oktober 1984 desbewust heeft achtergehouden en de strafrechter in de onwetendheid betreffende dit verslag heeft gehouden; dat deze handelwijze ongetwijfeld wijst op bedrog;

Overwegende dat Marie-Rose Van C. aanvoert dat «het niet duidelijk is of het rapport van het expertisebureau L. waarin de splitsing van de schade voorkomt, haar pas werd bezorgd na 6 juli 1985»; dat het duidelijk is dat de tegenpartij geen weet had van dit verslag op het tijdstip dat de zaak behandeld werd voor de eerste rechter, daar Marie-Rose Van C. dit verslag heeft verzwegen, maar dat het niet volstaat te beweren dat het onduidelijk is wanneer het verslag werd doorgezonden om aan te nemen dat de verzoeker méér dan zes maanden voor het indienen van het verzoekschrift kennis had van de feiten; dat uit de overgelegde stukken blijkt dat ten vroegste op 19 juni 1985 aan de raadsman van de V.Z.W. B. kennis werd gegeven van het bestaan van een verslag van het expertisebureau L. (brief van het Internationaal Schaderegelingsbureau N.V. van 21 juni 1985); dat hieruit kan worden afgeleid dat de verzoeker van deze gegevens weet had minder dan zes maanden vóór het indienen van het verzoekschrift;

Overwegende dat het geen twijfel lijdt dat deze expertise, waarvan geen gewag werd gemaakt door Marie-Rose Van C., een beslissend element was bij het toekennen van de gevorderde schadevergoeding door de eerste rechter;

Overwegende dat Marie-Rose Van C. aanvoert dat het niet-meedelen van stukken die de stelling van een partij staven geen bedrog is dat aanleiding kan geven tot herroeping van het gewijsde; dat het ten deze niet gaat «om stukken die de stelling van een partij staven», maar om een expertisverslag waaruit blijkt dat het voertuig dat onderzocht werd, vooraf reeds werd beschadigd in een ander ongeval zodat door het verzwijgen van dit gegeven niet alleen de deskundige die nadien de vaststellingen deed werd misleid, maar ook de strafrechter verkeerd werd voorgelicht; dat van alle procespartijen wordt verwacht dat ze op eerlijke, correcte en faire wijze meewerken aan het zoeken naar de waarheid; dat deze verplichting niet alleen rust op het openbaar ministerie of op de rechter, maar dat ook de benadeelde gehouden is de rechter degelijk, eerlijk en oprecht voor te lichten; dat de wijze waarop Marie-Rose Van C. ten deze gehandeld heeft niet anders kan worden bestempeld dan als een persoonlijk bedrog ten einde meer schade-

vergoeding te krijgen dan waar ze recht op had ;

Overwegende dat beide partijen gewag hebben gemaakt van een herverdeling van de schade, maar dat over de schade zoals deze dient te worden begroot na de herroeping van het gewijsde niet of onvoldoende werd geconcludeerd om het hof de mogelijkheid te bieden hierin met kennis van zaken recht te spreken ;

(...)

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

15e KAMER — 12 JANUARI 1987

Voorzitter : de h. Bellemans

Advocaten : mrs. Van Leemputten loco Bastaens en Van Haegendoren loco De Kock

Inkomstenbelastingen — Onverschuldigde betaling — Door werkgever aan werknemer uitgekeerd brutoloon.

Sommen die door de arbeidsrechtbank ingevolge een arbeidsovereenkomst aan een werknemer toegekend worden, zijn steeds aan de wetgeving inzake sociale afhoudingen en fiscale verplichtingen onderworpen. Wanneer de werkgever het bedrag dat hij daarop als bedrijfsvoorheffing aan de schatkist moest overmaken, aan de werknemer heeft uitbetaald, is dit een onverschuldigde betaling.

Als de werkgever in zodanig geval de werknemer tijdig op de vergissing heeft gewezen en hij de bedrijfsvoorheffing aan de bevoegde dienst heeft betaald, kan de werknemer, die niettemin het brutobedrag als inkomen heeft aangegeven, de eventueel daaruit voortgevloeide schade alleen aan zichzelf wijten.

De W. t/ N.V. E.

Overwegende dat geïntimeerde, bij vonnis van de Arbeidsrechtbank te Brussel van 4 september 1980 veroordeeld werd om aan appellante de som te betalen van 81.192 fr., dat bestond uit vakantiegelden en kerstgratificaties, d.i. uit bezoldigingen waarop zij overeenkomstig artikel 180 W.I.B. de bedrijfsvoorheffing verschuldigd was, zodat geïntimeerde, om de veroordeling correct uit te voeren, aan appellante, in hoofdbedrag slechts 49.936 fr. diende uit te betalen en 31.256 fr. aan de fiscus ;

Overwegende dat, door een administratieve vergissing van de dienst van geïntimeerde, de werkgever uit het oog verloor dat de door de rechtbank bedoelde bedragen brutobedragen vormen waarop overeenkomstig artikel 180 W.I.B. de bedrijfsvoorheffing diende te worden afgehouden, en evenwel het brutobedrag aan de werknemer, appellante, uitbetaalde, zonder de bedrijfsvoorheffing in mindering te brengen ;

Overwegende dat appellante de eerste rechter ten grieve duidt de oorspronkelijke eis, strekkende tot de terugbetaling van de onverschuldigde betaling van 31.256 fr. te hebben ingewilligd en haar tot betaling van moratoire interesten te hebben veroordeeld ;

Dat geïntimeerde, bij incidenteel hoger beroep, het hoger beroep als tergend en roekeloos beschouwt, en een schade-

vergoeding van 25.000 fr. vordert ;

Overwegende dat appellante stelt dat het om geen onverschuldigde betaling gaat, dat E. haar slechts die bedragen betaalde waartoe zij werd veroordeeld, dat appellante recht had op de aan haar uitbetaalde bedragen, dat E. de initiële fout beging door haar fiscale verplichting tot het inhouden van de bedrijfsvoorheffing aan de bron niet na te leven, dat appellante daarentegen correct heeft gehandeld door de volledig ontvangen brutobedragen aan te geven aan de directe belastingen en haar volledige belastingsschuld op de door de N.V. E. uitbetaalde bedragen te vereffenen ;

Overwegende dat uit de artikelen 180 en 181 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen en van de artikelen 112 en 113 van het koninklijk besluit tot uitvoering van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen voortvloeit dat de schuldenaars van de bedrijfsvoorheffing diegenen zijn die inkomsten belastbaar in de bedrijfsvoorheffing uitbetalen of toekennen ; dat de sommen toegekend krachtens een arbeidsovereenkomst of een vonnis of arrest, achteraf dus steeds aan de wetgeving inzake sociale afhoudingen en fiscale verplichtingen onderworpen zijn ;

Overwegende dat de eerste rechter dus terecht heeft beslist dat al hetgeen in strijd met artikel 180 W.I.B. ten onrechte ter uitvoering van de beslissing van de arbeidsrechtbank in handen van appellante werd gestort, niet betaald werd ter uitvoering van dit vonnis, doch ingevolge de misvatting dat geïntimeerde zich geldig van deze uitvoering kon kwijten in handen van appellante ;

Overwegende dat het onverschuldigd karakter uit de aard zelf van de zaak blijkt, aangezien bedrijfsvoorheffingen niet aan de werknemer maar aan de schatkist moeten worden betaald ;

Overwegende dat de terugvordering van hetgeen onverschuldigd betaald is, slechts afhankelijk is van de vervulling van twee voorwaarden, nl. het voorhanden zijn van een «betaling» en het «onverschuldigd karakter» daarvan, als ook, indien twijfel mogelijk is nopens het onverschuldigde karakter van de gedane betaling, als derde vereiste, vergissing bij de «solvens» ;

Overwegende dat de betaling niet wordt betwist ; dat het niet verschuldigd zijn van de betaling vaststaat ; dat de betaling van de 31.256 fr. in handen van appellante ten onrechte gebeurde en in strijd met artikel 180 W.I.B. ; dat nu de twee voorwaarden van de terugvordering vervuld zijn, de vergissing niet dient te worden bewezen aangezien de dwaling geen afzonderlijke voorwaarde voor de terugvordering uitmaakt, maar alleen een probatoir karakter heeft (T.P.R., 1975, 722-723) ; dat in elk geval de chronologie der feiten en de daden van geïntimeerde aantonen dat het hier om een loutere vergissing ging die zij zo snel mogelijk wou rechtzetten ;

Overwegende dat reeds een maand later, in oktober 1980, geïntimeerde er door haar sociaal secretariaat op gewezen werd dat zij ten onrechte de bedrijfsvoorheffing in handen van de raadsman van De W. uitbetaalde, en dat zij De W. op 17 december 1980 van deze vergissing op de hoogte bracht met verzoek om terugbetaling ;

Dat appellante niettemin weigerde dit bedrag terug te betalen, hoewel zij er niet de werkelijke schuldeiser van was ;

Overwegende dat de schade die appellante zou lijden, niet te wijten is aan de initiële fout van geïntimeerde die haar fiscale verplichting niet zou hebben nageleefd ; dat

geïntimeerde wel degelijk op regelmatige wijze de bedrijfsvoorheffing van 31.256 fr. aan de bevoegde begrotingsdiensten heeft betaald; dat de houding van geïntimeerde t.o.v. de Staat daarenboven niet relevant is om de gegrondheid van de onderhavige eis te appreciëren;

Dat appellantes gebeurlijke schade enkel te wijten is aan haar weigering om het onverschuldigde bedrag terug te betalen en aan de aanvaarding van het akkoord dat haar door de belastingsinspectie op 30 augustus 1984 werd voorgesteld;

Dat appellante immers nooit belast was geweest op 31.256 fr. indien ze het te veel ontvangene had teruggestort en tegen de aanslag had geprotesteerd;

Dat de gevolgen van deze gedraging niet in het nadeel kunnen uitvallen van geïntimeerde die aan appellante een onverschuldigde betaling heeft verricht;

Overwegende dat de eerste rechter terecht heeft beslist dat appellante vanaf 17 december 1980 datum van de aanmaning de interest dient te betalen;

(...)

ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN

2e KAMER — 30 DECEMBER 1986

Voorzitter: de h. Boes

Raadsheren in sociale zaken: de hh. Veulemans en Janssens

Openbaar ministerie de h. Van Nuffel

Advocaten: mrs. Vandenbergh, Stappers en Mergits

1. Arbeidsovereenkomst — Ondergeschiktheid — Hoogleraar — Vrije universitaire instelling — Academische vrijheid — Definitieve benoeming — Afzetbaarheid — 2. Onderwijs — a) Vrije universitaire instelling — Rijksuniversiteit — Personeelsstatuut — Gelijkwaardigheid — Dwingende verplichting — Gevolg — b) Vrije universitaire instelling — Hoogleraar — Vastheid van betrekking — Draagwijdte — Ontslag — Reïntegratie — Opzeggingsvergoeding — Hoegrootheid — Criteria.

1. Een hoogleraar aan een vrije universitaire instelling oefent zijn hoogleraarschap uit in ondergeschiktheid en in het kader van een arbeidsovereenkomst. De academische vrijheid maakt van die overeenkomst een integrerend deel uit.

Het beginsel van de academische vrijheid en een definitieve benoeming houden niet noodzakelijk de onafzetbaarheid van een hoogleraar in.

2. a) Krachtens art. 41 W. 27 juli 1971 moet er gelijkwaardigheid bestaan tussen het statuut dat de vrije universitaire instelling voor haar hoogleraren moet opstellen en het statuut van de hoogleraren aan de rijksuniversiteiten. Uit die verplichting, gekoppeld aan art. 1134 B.W., volgt dat de vrije universitaire instelling vanaf de inwerkingtreding van die wet die gelijkheidsregel in acht moet nemen, ook al heeft ze nog geen statuut opgesteld.

b) Ingevolge art. 41 W. 27 juli 1971 kan een hoogleraar aan een vrije universitaire instelling aanspraak maken op vastheid van betrekking tot aan de pensioenleeftijd, behoudens revocatie om tuchtrekenen of medische redenen.

Bij onregelmatig ontslag van een hoogleraar aan een vrije universitaire instelling ontstaat voor de belanghebbende geen recht op reïntegratie maar op een opzeggingsvergoeding. Deze wordt berekend op basis van de gemeenschappelijke criteria ter berekening van de opzeggingsvergoeding verschuldigd wegens de onregelmatige beëindiging van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

H. t/ V.Z.W. U.

1. Feiten

Overwegende dat appellante op 7 juli 1969 door de raad van beheer van geïntimeerde tot lector benoemd werd, belast met het onderricht in het Romeins recht; dat appellante van 1 oktober 1969 tot 30 september 1971 als lector werkzaam is geweest en met ingang van 1 oktober 1971 bevorderd werd tot full-time hoogleraar;

Overwegende dat aan appellante op 17 september 1975 een aangetekende brief namens de raad van beheer van geïntimeerde toegezonden werd, met bericht van ontvangst, luidend als volgt: «In zijn vergadering van 5 september jl. heeft de raad van beheer het besluit genomen een einde te maken aan uw functie van hoogleraar Romeins recht. De vergadering van dinsdag 9 september jl., welke als doel had de modaliteiten van uw ontslag zo mogelijk in der minne te regelen, leidde ongelukkig tot geen resultaat. Wij melden U derhalve dat de tussen u en de U. bestaande overeenkomst een einde zal nemen op 30 september eerstkomend, zodat u vanaf 1 oktober 1975 geen deel meer zult uitmaken van het personeel van gezegde U. Met toepassing van artikel 20 van de gecoördineerde wetten op het bediendencontract betalen wij u een vergoeding gelijk aan 18 maanden salaris. In het begin van de maand oktober 1975 zult u voormelde betaling ontvangen, evenals de documenten»; dat deze ontslagbrief goedgekeurd werd door de regeringscommissaris;

Overwegende dat op 7 oktober 1975 de som van 885.428 frank, overeenstemmende met het nettoloon over achttien maanden, aan appellante werd uitbetaald;

2. Argumentatie van appellante

Overwegende dat appellante stelt dat zij met de V.Z.W. U. gebonden was door een arbeidsovereenkomst voor bedienden met bijzondere kenmerken, vereist door de bijzondere opdracht van hoogleraar; dat de band van ondergeschiktheid met een privaatrechtelijke instelling geen afbreuk doet aan het bijzonder statuut van de universiteitsprofessoren, aangezien de verplichting een gelijkwaardig statuut op te maken met dat van het personeel van de universitaire instellingen van de Staat wordt opgelegd door een bijzondere dwingende wetbepaling; dat dit statuut kan afwijken van de dwingende bepalingen van de algemene Arbeidsovereenkomstenwet, in zoverre die afwijkingen nodig zijn om de wettelijk vereiste gelijkwaardigheid te bereiken; dat die bijzondere opdracht verband houdt met de academische vrijheid, die wegens de grote mate van onafhankelijkheid, die noodzakelijk wordt geacht als garantie voor het realiseren van een wetenschappelijke vrijheid t.a.v. de ambtenaren van het algemeen rijksbestuur, ten grondslag ligt aan deze afzonderlijke statutaire toestand; dat de academische vrijheid onderstelt dat een hoogleraar in de uitoefening van zijn functie de nodige intellectuele en organisatorische onafhankelijkheid geniet ten opzichte van zijn

werkgever, die slechts gewaarborgd kan worden door de stabiliteit van betrekking, waarvoor specifieke normen gelden; dat de vastheid van betrekking, als omschreven in de wet op de arbeidsovereenkomsten, geen academische vrijheid toelaat, of althans onvoldoende garanties geeft aan de academische vrijheid bij gebrek aan specifieke ontslagprocedures die het mogelijk maken het willekeurig optreden van de werkgever te toetsen; dat de academische vrijheid onafscheidelijk verbonden is met het beginsel dat de hoogleraar voor het leven wordt benoemd; dat de benoeming voor het leven een waarborg is voor de onmisbare wetenschappelijke openheid, zodat voor lichtzinnige sancties geen ruimte bestaat; dat voor de hoogleraren aan de rijksuniversiteiten de onafzetbaarheid blijkt uit de wet van 28 april 1953 betreffende de inrichting van het universitair onderwijs door de Staat en meer bepaald uit artikel 22, waarin bepaald wordt dat de Koning de leden van het onderwijzend personeel benoemt; dat, bij ontstentenis van een wettelijke basis, uit artikel 22 niet afgeleid kan worden dat de Koning professoren willekeurig kan ontslaan; dat enkel op grond van de wet van 30 juli 1879 betreffende het emeritaat van professoren van het hoger onderwijs, de Koning aan de hoogleraren van de rijksuniversiteiten in twee gevallen ontslag kan verlenen, namelijk wanneer zij ten gevolge van een ernstig en blijvend lichaamsgebrek hun ambt niet meer behoorlijk kunnen vervullen of wanneer zij de leeftijd van zeventig jaar (toenmalige versie) hebben bereikt; dat het beginsel van de levenslange benoeming een traditie is aan alle universiteiten; dat geïntimeerde bij de aanwerving verwees naar de gebruikelijke regelen, gangbaar aan de andere universiteiten, zodat niet het gebruik zelf de rechtsbron uitmaakt, maar wel de wil der partijen, die de partijen tot wet strekt; dat artikel 41 van de wet van 27 juli 1971 aan het personeel van de vrije universiteiten het recht toekent op een gelijkwaardig statuut als dat van de rijksuniversiteiten; dat dit concreet betekent dat geïntimeerde verplicht was het gelijkheidsbeginsel bij de behandeling van haar personeel in acht te nemen en volgens de wet van 30 juli 1879 enkel in de twee genoemde gevallen ontslag kon verlenen aan de hoogleraren; dat, daar deze regel afwijkt van het algemeen ontslagrecht, neergelegd in de Arbeidsovereenkomstenwet, de algemene regeling moet wijken voor de bijzondere regeling; dat de toepassing van artikel 41 kan vergeleken worden met de richtlijn van de Europese Gemeenschappen (art. 189 E.E.G.-Verdrag) die bindend is t.a.v. het resultaat, maar de betrokkenen vrij laat de middelen te kiezen om het totaal resultaat te bereiken;

Overwegende dat appellante subsidiair betoogt dat, wat betreft het gebruik als rechtsbron, de bepalingen van de arbeidsovereenkomstenwetgeving eenzijdig dwingend zijn ten voordele van de werknemer en dat het beginsel van de onafzetbaarheid niet in strijd is met artikel 7 van de wet van 3 juli 1978 (voorheen artikel 1 van de wet van 20 juli 1955), waarin bepaald wordt dat een arbeidsovereenkomst niet voor het leven kan worden gesloten; dat, nog meer subsidiair, appellante de toepassing inroept van de theorie van de rechtsverwerking; dat, aldus appellante, geïntimeerde als universitaire instelling waar het algemeen gebruik van de onafzetbaarheid van de hoogleraren geldt, door de voorbehoudsloze aanwerving van appellante, de niet uitoefening van haar gewoon afdankingsrecht verwerkt heeft;

dat ook het beginsel van de onafzetbaarheid de mogelijkheid niet uitsluit een einde te maken aan de verhouding tussen partijen als tuchtsanctie of om medische redenen, maar dan enkel in exceptionele gevallen omwille van de academische vrijheid, wat dan gepaard moet gaan met inachtneming van de algemene rechtsbeginselen, die eigen zijn aan het behandelen van tuchtzaken en het recht van verdediging, en die door geïntimeerde in casu niet zijn nageleefd;

Overwegende dat, aldus appellante, het ongemotiveerd ontslag, waarvan geïntimeerde weigert de redenen formeel bekend te maken en die een tuchtsanctie kan verbergen, strijdig is met de academische vrijheid; dat de overeenkomst door geïntimeerde te kwader trouw werd uitgevoerd met schending van artikel 1134, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek; dat uit de stukken van geïntimeerde blijkt dat het ontslag juist in verband stond met de academische vrijheid; dat geïntimeerde alzo haar verplichtingen niet is nagekomen door geen uitvoering te geven aan artikel 41 van de wet van 27 juli 1971; dat de schade bestaat in het nadeel zich niet op de regel van de onafzetbaarheid te kunnen beroepen die voor de professoren van de rijksuniversiteiten is gewaarborgd; dat deze schade, in de hypothese dat de ontslagmogelijkheid niet aanvaard wordt of dat de contractuele fout door onrechtmatig ontslag wordt erkend, in natura dient te worden vergoed door appellante terug in de gelegenheid te stellen de overeenkomst verder uit te voeren, met betaling van het gederfde loon, ofwel door de uitbetaling van het loon van gewoon hoogleraar vanaf 1 oktober 1975 tot aan de pensioengerechtigde leeftijd; dat subsidiair een aangepaste opzeggingsvergoeding en een extra-patrimoniale schadevergoeding van 100.000 frank dient te worden toegekend;

3. Academische vrijheid op zichzelf impliceert niet de onafzetbaarheid van de hoogleraar

Overwegende dat met academische vrijheid de vrijheid van de wetenschappelijke instelling in de beoefening van onderzoek en onderwijs wordt bedoeld, zijnde een vrijheid die natuurlijk zal moeten worden uitgeoefend door het academisch personeel; dat dit personeel dus verplicht is de academische vrijheid waar te maken, bijvoorbeeld door in de uitoefening van zijn opdrachten en taken niet afhankelijk te zijn van andere instanties dan de universiteit; dat dit niet betekent dat de leden van het academisch personeel «onvrije» uitvoerders zijn van de «vrije» universiteiten; dat ook voor het academisch personeel de vrijheid van mening en meningsuiting bestaat, evenals het recht op inspraak en medebeslissing; dat in onze sociale rechtsstaat genoemde rechten en vrijheden samengaan met de uitoefening van de academische vrijheid (J. Van Steenberge, «Academische vrijheid en de arbeidsrechtelijke situatie van het academisch personeel», *R.W.*, 1974-75, 2625);

Overwegende dat de academische vrijheid, zoals hierboven omschreven, helemaal geen beletsel is voor een ondergeschiktheid; dat, integendeel, de academische vrijheid er een integrerend deel van uitmaakt: ze is een van de belangrijkste opdrachten door de universiteit aan haar personeel opgelegd, het academisch personeel heeft immers als specifieke opdracht de academische vrijheid te realiseren;

Overwegende dat de academische vrijheid, als natuurlijk

gevolg van een algemeen erkend en aanvaard grondrecht van vrije meningsuiting, in haar uitoefening door een hoogleraar niet onvoorwaardelijk resulteert in een levenslange benoeming; dat appellante ten onrechte stelt dat uit de brieven van geïntimeerde van 7 juli 1969, 27 april 1970 en 28 mei 1971 blijkt dat zij op 28 mei 1971 voor het leven benoemd werd; dat enkel in het schrijven van 7 juli 1969, waarbij appellante tot lector werd aangesteld voor één jaar, gewag wordt gemaakt van een eventuele latere «definitieve» benoeming; dat een definitieve benoeming evenwel niet in se de onafzetbaarheid inhoudt; dat overigens in het schrijven van 8 juli 1970 van geïntimeerde sprake is van een benoeming «voor onbepaalde duur»; dat in dit schrijven gesteld wordt dat het definitief statuut van het academisch personeel in een werkgroep zou worden besproken; dat ook hieruit de onafzetbaarheid niet blijkt;

Overwegende dat het bewijs geenszins geleverd is dat bij de aanwerving en benoeming van appellante tot hoogleraar stilzwijgend bedongen werd dat zij onafzetbaar zou zijn; dat evenmin een gebruik of rechtsverwerking in dit verband bewezen is;

4. Toepasselijkheid van de gecoördineerde wetten op het bediendencontract

Overwegende dat er geen betwisting bestaat tussen partijen met betrekking tot het feit dat appellante als hoogleraar van een vrije universiteit met geïntimeerde verbonden was door een arbeidsovereenkomst voor bedienden, zodat ter zake de gecoördineerde wetten op het bediendencontract principieel van toepassing zijn; dat geïntimeerde een privaatrechtelijke instelling is, die ter zake als privé-werkgever is opgetreden, waaruit voortvloeit dat appellante zich niet in een publiekrechtelijke statutaire toestand bevond, maar in een contractuele toestand (R. Blanpain, *Het juridisch statuut van het academisch en wetenschappelijk personeel*, 1981, 13);

5. Artikel 41 van de wet van 27 juli 1971

Overwegende dat artikel 41 van de wet van 27 juli 1971 bepaalt dat door de Staat gesubsidieerde universitaire instellingen bij beslissing van hun raad van beheer, voor hun personeel een statuut vaststellen dat gelijkwaardig is aan het statuut, vastgesteld door de wetten en reglementen voor het personeel van de universitaire instellingen van de Staat; dat deze wetsbepaling aan de betrokken universitaire instellingen de verplichting oplegt een personeelsstatuut op te maken; dat, ook al wordt hierdoor een voorwaarde bepaald voor het ontvangen van de rijkssubsidies, het om een dwingend voorschrift gaat, waaraan door de betrokken universitaire instellingen in elk geval moet worden voldaan; dat, nu de verplichting een gelijkwaardig statuut op te maken wordt opgelegd door een bijzondere dwingende rechtsbepaling, dit statuut kan afwijken van de dwingende bepalingen van de algemene Arbeidsovereenkomstenwet, in zoverre die afwijkingen nodig zijn om de wettelijk vereiste gelijkwaardigheid te bereiken;

Overwegende dat door de wet van 27 juli 1971 dus het beginsel is vastgelegd dat het statuut van hoogleraar van de vrije universiteit, en dus ook de ontslagregeling, gelijkwaardig dient te zijn aan het statuut van hoogleraar van de rijksuniversiteit; dat de wetgever de concrete uitwerking van dit beginsel aan de universiteit zelf, dus aan de werkge-

ver heeft overgelaten;

Overwegende dat geïntimeerde op het ogenblik van het ontslag van appellante nog geen statuut had opgesteld, gelijkwaardig aan het statuut van de hoogleraren van de rijksuniversiteiten; dat door de wetgever geen termijn werd vastgesteld voor de totstandbrenging van dit bijzonder statuut; dat deze dwingende verplichting evenwel, in samenhang met artikel 1134, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek, inhield dat de werkgever vanaf het inwerkingtreding van de wet van 27 juli 1971 en zelfs voordat voormeld bijzonder statuut tot stand was gebracht, bij het hanteren van het ontslagrecht de gelijkwaardigheidsregel met toepassing van de regel dat de algemene regeling moet wijken voor een bijzondere regeling, in acht moest nemen, zelfs zo de toepassing van die regel afwijkt van het algemeen ontslagrecht neergelegd in de Arbeidsovereenkomstenwet;

Overwegende dat dientengevolge dient te worden onderzocht of het door geïntimeerde aan appellante gegeven ontslag gelijkwaardig is aan de regeling die te dien aanzien aan de rijksuniversiteiten in acht moest worden genomen;

6. De uitzonderlijk grote vastheid van betrekking van de hoogleraar van de rijksuniversiteit

Overwegende dat, naar luid van artikel 17, tweede lid, van de Grondwet, het onderwijs gegeven op 's lands kosten bij wet geregeld wordt; dat de hoogleraren door de Koning benoemd worden overeenkomstig artikel 66, derde lid, van de Grondwet en krachtens artikel 21 van de wet van 28 april 1953 betreffende inrichting van het universitair onderwijs door de Staat; dat deze benoeming van statutaire aard is en in beginsel gepaard gaat met vastheid van betrekking; dat de hoogleraren niet begrepen zijn onder de ambtenaren bij het algemeen bestuur, bedoeld in het artikel 66, tweede lid, van de Grondwet;

Overwegende dat de hoogleraren aan de rijksuniversiteiten hun functie uitoefenen in ondergeschiktheid binnen de publieke sector; dat zij, op grond van artikel 17 van de Grondwet, als een bijzondere categorie van ambtenaren worden beschouwd; dat hun rechtspositie een eigen karakter heeft, bij wet bepaald, en die niet onder de statutaire regelen die gelden voor de ambtenaren van het rijksbestuur valt;

Overwegende dat de grote mate van onafhankelijkheid die noodzakelijk wordt geacht als garantie voor het realiseren van een wetenschappelijke vrijheid, aan deze afzonderlijke statutaire rechtstoestand ten grondslag ligt (J. Van Steenberge, «Academische vrijheid en de arbeidsrechtelijke situatie van het academisch personeel», *R.W.*, 1974-75, 2631); dat, zoals reeds is gezegd, hieruit niet mag worden besloten dat de academische vrijheid een recht opent voor de benoeming voor het leven, met een onafzetbaarheid van de hoogleraren; dat de academische vrijheid als recht niet verder gaat dan de in artikel 21 van de wet van 28 april 1953 betreffende de inrichting van het universitair onderwijs door de Staat vermelde «vrijheid van mening op wetenschappelijk gebied»;

Overwegende dat uit de parlementaire voorbereiding van de wet van 27 september 1835, waarbij het benoemingsrecht van de hoogleraren door het artikel 13 reeds aan de Koning werd verleend, blijkt dat het aan de Koning verleende recht om hoogleraren te benoemen de bevoegdheid inhoudt deze af te zetten (Raad van State, 8 oktober 1951,

Evrard, nr. 1084, *T. Best*, 1951, 516, met noot Van der Stichel); dat een amendement van de heer Dumortier, ertoe strekkende de tekst te stellen als volgt: «Le Roi nomme et révoque les agrégés», verworpen werd met het motief dat het benoemingsrecht het revocatierecht inhoudt, en dit op grond van artikel 66 van de Grondwet (*Pasin.*, 1835, 294); dat uit de verdere wetsgeschiedenis is gebleken dat de kwestie niet meer in twijfel werd getrokken;

Overwegende dat dit revocatierecht evenwel beperkt is; dat de vastheid van betrokkene meebrengt dat ambtenaren en degenen die in een overheidsdienst, ook de rijksuniversiteiten, door een eenzijdige handeling vast zijn benoemd, uit het ambt kunnen worden verwijderd wegens tuchtrekenen, met inachtneming van de algemene rechtsbeginselen, eigen aan de behandeling van tuchtzaken, en van het recht van verdediging, om medische redenen of wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd;

Overwegende dat voormelde wet van 28 april 1953 geen bepalingen inhoudt met betrekking tot tuchtmaatregelen;

Overwegende dat uit artikel 32 van die wet blijkt dat elke wijziging in de bevoegdheid van een hoogleraar vastgesteld moet worden na een bij de artikelen 23, 23bis en 24 voorgescreven procedure en bij koninklijk besluit moet worden ingevoerd; dat in artikel 32, derde lid, bovendien uitdrukkelijk is vermeld dat de Koning er zorg voor draagt dat de leden van het onderwijzend personeel, bedoeld in het eerste en tweede lid (gewoon hoogleraar, buitengewoon hoogleraar of docent), wier bevoegdheid gewijzigd wordt wegens wijzigingen van cursussen, werkzaamheden en praktische oefeningen met betrekking tot de stof van het onderwijs, de titels en rechten waarvan ze houder zijn, behouden;

Overwegende dat uit dit alles volgt dat een herroeping van een benoeming van een hoogleraar aan een rijksuniversiteit om andere redenen dan medische of wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd, zodanig uitzonderlijk is dat men er geen algemene procedureregelen voor heeft bepaald en elk geval apart dient te worden behandeld volgens de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waarbij dient te worden uitgegaan van het gegeven dat de hoogleraar mag vertrouwen tot zijn pensioengerechtigde leeftijd hoogleraar te zullen zijn, voor zover hij bij de uitoefening van zijn functie geen zware fouten begaat of niet medisch ongeschikt wordt;

7. Foutief ontslag

Overwegende dat, zoals in beginsel de benoeming tot hoogleraar in een rijksuniversiteit bij koninklijk besluit in bepaalde omstandigheden kan worden herroepen, ook geïntimeerde tot het ontslag van appellante kon overgaan; dat appellante ten onrechte stelt dat de tussen partijen bestaande arbeidsovereenkomst voor haar leven of in ieder geval tot aan haar pensioengerechtigde leeftijd gesloten werd;

Overwegende dat geen dringende redenen voor dit ontslag aangevoerd werden; dat ook geen regelmatige opzeggingstermijn in acht werd genomen; dat dit ontslag niet eens gemotiveerd werd en zonder enig mogelijk verweer van appellante werd gegeven, zodat het dan ook, in de gegeven omstandigheden, niet gelijkwaardig was aan de regeling die te dien aanzien aan de rijksuniversiteiten in acht moest worden genomen;

Overwegende dat geïntimeerde, in strijd met het ontslag-

recht als geregeld in de gecoördineerde wetten op het bediendencontract, de arbeidsovereenkomst tussen partijen verbroken heeft — weliswaar met betaling van een opzeggingsvergoeding, waardoor het foutief karakter van de contractbeëindiging echter niet werd weggenomen — en in strijd met artikel 41 van de wet van 27 juli 1971 gehandeld heeft;

8. Reïntegratie

Overwegende dat appellante, niettegenstaande zij zich op grond van voormeld artikel 41 van de wet van 27 juli 1971 op vastheid van betrekking kon beroepen, waardoor zij er op mocht rekenen dat zij, zonder zware fout in de uitoefening van haar functie of zonder medische ongeschiktheid, hoogleraar zou blijven tot haar pensioengerechtigde leeftijd, als sanctie voor het haar onregelmatig gegeven ontslag niet de reïntegratie bij geïntimeerde als hoogleraar «Romeins recht» kan vorderen; dat in het Belgische arbeidsrecht deze vorm van schadevergoeding niet is aanvaard en de «gelijkwaardigheid», bedoeld in voormeld artikel 41 van de wet van 27 juli 1971, ter zake niet inhoudt dat de verplichte reïntegratie als sanctie kan worden opgelegd;

Overwegende dat de werkgever steeds de macht behoudt aan de arbeidsovereenkomst een einde te maken; dat dit tot het wezen van elke huur-verhuur van arbeid voor onbepaalde duur behoort; dat deze macht van de werkgever tot eenzijdige beëindiging weliswaar beperkt kan worden door een verkregen vastheid van betrekking van de werknemer; dat de enige sanctie tegen het niet-respecteren van deze vastheid van betrekking in de betaling van een schadevergoeding bestaat; dat, juist wegens het feit dat de reïntegratie juridisch niet kan worden afgedwongen, de feitelijke macht van de werkgever om de arbeidsovereenkomst eenzijdig te beëindigen steeds blijft bestaan;

Overwegende dat in artikel 20 van de gecoördineerde wetten op het bediendencontract duidelijk is gesteld dat de sanctie bij het beëindigen van een arbeidsovereenkomst gesloten zonder tijdsbepaling, zonder gegronde reden of zonder inachtneming van een regelmatige opzeggingstermijn, de betaling van een forfaitaire opzeggingsvergoeding is; dat appellante dan ook ten onrechte, in geval van afwijzing van de reïntegratie, de betaling vordert van haar loon vanaf 1 oktober 1975 tot aan haar pensioengerechtigde leeftijd, onder aftrek van het reeds betaalde; dat bij ontstentenis van arbeid geen loon voor die periode verschuldigd is; dat een schadevergoeding overeenstemmende met het loon over die periode evenmin verschuldigd is, aangezien geenszins bewezen is dat dit de reële schade van appellante is en de verkregen vastheid van betrekking op zichzelf niet inhoudt dat die schadevergoeding verschuldigd is bij foutief ontslag (Cass., 15 december 1980, *J.T.T.*, 1981, 134); dat, zoals reeds is gesteld, de wetgever ter zake een forfaitaire schade-loosstelling bepaalt, zijnde de opzeggingsvergoeding;

9. Hoegrootheid van de opzeggingsvergoeding

Overwegende dat, ter berekening van de aan appellante toekomende opzeggingstermijn en de eraan verbonden opzeggingsvergoeding, dient te worden aanvaard dat appellantes anciënniteit bij geïntimeerde zes jaren bedroeg; dat het feit dat voor de berekening van haar wedde een hogere anciënniteit in aanmerking werd genomen, nl. die van appellantens wetenschappelijke activiteiten, hieraan geen af-

breuk doet, nu dit een ander gegeven betreft dan de anciënniteit bedoeld in artikel 15 van de gecoördineerde wetten op het bediendencontract;

Overwegende dat appellante in gebreke blijft het bewijs te leveren dat het basisjaarloon, ter berekening van de opzeggingstermijn waarop ze gerechtigd is en de eraan verbonden opzeggingsvergoeding, hoger is dan het door geïntimeerde toegegeven bedrag van 1.243.812 frank;

Overwegende dat voor het bepalen van de opzeggingstermijn en de eraan verbonden opzeggingsvergoeding voor appellante rekening dient te worden gehouden met haar functie van hoogleraar «Romeins recht», haar leeftijd op het ogenblik van het ontslag van 45 jaar, haar anciënniteit bij geïntimeerde van zes jaar, haar basisjaarloon van 1.243.812 frank en haar mogelijkheden om een gelijkwaardige betrekking te vinden, waarbij bijzonder rekening dient te worden gehouden met de door appellante verkregen vastheid van betrekking;

Overwegende dat, mits de juiste waarde wordt verleend aan voormelde gegevens, dient te worden aanvaard dat appellante gerechtigd was op een opzeggingstermijn van 48 maanden;

Overwegende dat, gelet op het feit dat geïntimeerde aan appellante reeds een opzeggingsvergoeding, overeenstemmende met het loon en voordelen over een termijn van achttien maanden heeft uitbetaald, appellante nog gerechtigd is op een saldo-opzeggingsvergoeding van 3.109.530 frank;

10. Morele schadevergoeding

Overwegende dat de opzeggingsvergoeding op forfaitaire wijze de schade vergoedt die appellante geleden heeft ten gevolge van het verlies van haar betrekking van hoogleraar «Romeins recht» bij geïntimeerde; dat dientengevolge haar bijkomende vordering tot vergoeding van extra-patrimoniale schade niet gegrond is; dat geïntimeerde louter toepassing heeft gemaakt van haar ontslagrecht; dat geen rechtsmisbruik is bewezen;

11. Bruto-netto

Overwegende dat het contractueel recht van de werknemer op het brutoloon louter principieel is en de werknemer de wettelijk opgelegde inhoudingen niet enkel moet dulden, maar hem het recht ontzegd is de betaling van de R.S.Z.-werknemersbijdrage en de bedrijfsvoorheffing in zijn handen op te eisen; dat hieruit volgt dat de werknemer slechts de betaling in zijn handen kan opvorderen van het brutoloon onder aftrek van de wettelijk bepaalde inhoudingen voor de R.S.Z. en de bedrijfsvoorheffing, die de werkgever aan de bevoegde instellingen moet overmaken (M.J. Declercq, «L'application des intérêts moratoires aux prestations sociales», *J.T.T.*, 1980, 307 en 308, nrs. 103 t/m 114; Cass., 7 februari 1973, *Arr. Cass.*, 1973, 570; Arbeidshof Antwerpen, 27 november 1986, A.R. 903/84); dat eveneens slechts verwijlsinteressen op basis van artikel 10 van de wet van 12 april 1965 verschuldigd zijn op het netto-opeisbaar gedeelte van het als brutoloon toegekend bedrag (Cass., 10 maart 1986, *Soc. Kron.*, 1986, 101);

(...)

NOOT—Zie Cass., 11 november 1982, *R.W.*, 1982-83, 1625, met conclusie van de advocaat-generaal Lenaerts.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE KORTRIJK

3e KAMER — 23 OKTOBER 1984

Voorzitter: de h. Christiaens

Rechters: de h. Van de Meulebroucke en mevr. Draulans

Advocaten: mrs. De Jaegere en D'Hooghe

Handelshuur — Minnelijke schikking — Verzoekschrift — Gevolgen.

Het verzoekschrift tot oproeping tot minnelijke schikking heeft dezelfde gevolgen, wat de door de wet gestelde termijnen betreft, als de dagvaarding, op voorwaarde dat deze wordt uitgebracht binnen dertig dagen na dagtekening van het proces-verbaal waarbij wordt vastgesteld dat geen minnelijke schikking tot stand gekomen is. Het is van geen belang te weten aan welke der partijen het te wijten is dat geen minnelijke schikking mogelijk was. Door als voorwaarde te stellen dat de verzoekende partij op de terechtzitting tot minnelijke schikking verschijnt, voegt de rechter aan de wet een vereiste toe.

N.V. B. t/ C. en V.

De N.V. B. huurde van verweerders, volgens overeenkomst van 13 juli 1973 voor negen jaar vanaf 1 juli 1973 een herberg.

Bij aangetekende brief van 20 maart 1981 heeft de brouwerij op regelmatige wijze aan verweerders de huurhernieuwing aangevraagd voor een nieuwe termijn van negen jaar mits dezelfde huurvoorwaarden.

Bij brief van 2 juni 1981, doch verzonden op 9 juli 1981, werd door verweerders meegedeeld dat zij bereid waren de huurhernieuwing toe te staan doch op andere voorwaarden (...)

Bij brief van 8 juli 1981, ontvangen op het vrederecht op 9 juli 1981, vroeg de brouwerij aan de vrederechter de partijen op te roepen tot minnelijke schikking. De partijen werden opgeroepen tot minnelijke schikking voor de terechtzitting van 19 augustus 1981.

Op de terechtzitting van 19 augustus 1981, vastgesteld voor minnelijke schikking, is eiseres niet verschenen. De verweerders zijn wel verschenen. Volgens verweerders kon aldus geen proces-verbaal van verzoening of van niet-verzoening worden opgemaakt en heeft de griffier slechts opgetekend dat niemand voor eiseres verschenen is.

Op 8 september 1981 heeft eiseres de verweerders voor de vrederechter gedagvaard ten einde voor recht te horen zeggen dat de huurovereenkomst met ingang van 1 juli 1982 wordt hernieuwd voor een termijn van negen jaar op de bestaande voorwaarden.

Bij het bestreden vonnis werd de vordering van eiseres ontoelaatbaar verklaard. Hierbij werd aangenomen dat, daar zij niet op de terechtzitting, bepaald voor de minnelijke schikking, verschenen was, ook niet voldaan werd aan het vereiste van artikel 18 van de Handelshuurwet. Dit artikel bepaalt dat, indien de verhuurder de hernieuwing afhankelijk stelt van andere voorwaarden en hierover onenigheid blijft bestaan, de huurder zich binnen dertig dagen na het antwoord van de verhuurder, op straffe van verval, tot de rechter moet wenden.

Luidens artikel 30 van de Handelshuurwet kan de eiser, bij verzoekschrift, de toekomstige verweerder tot minnelijke schikking doen oproepen.

Bij hetzelfde artikel wordt verder bepaald dat dit verzoekschrift dezelfde gevolgen heeft, wat de door de wet gestelde termijnen betreft, als de dagvaarding, op voorwaarde dat deze wordt uitgebracht binnen dertig dagen na de dagtekening van het proces-verbaal waarbij wordt vastgesteld dat geen minnelijke schikking is tot stand gekomen.

Van het verschijnen tot minnelijke schikking diende in elk geval proces-verbaal te worden opgesteld, zelfs indien één van de partijen niet was verschenen. Gelet op de niet-verschijning van de verzoekende partij kon hierop slechts worden vermeld dat geen minnelijke schikking was tot stand gekomen (vergelijk, artikel 733 G.W.).

Dit alles belet niet dat in dit geval, vanaf 19 augustus 1981, een nieuwe termijn van dertig dagen begon te lopen gedurende welke door eiseres mocht worden gedagvaard, aangezien geen minnelijke schikking tot stand was gekomen. Het is zonder belang te weten of het niet tot stand komen van een minnelijke schikking te wijten was aan de onwil van de verzoekster of aan de onwil van de andere partij. Door als noodzakelijke voorwaarde te stellen dat de verzoekende partij op de terechtzitting tot minnelijke schikking verschijnt, werd door de eerste rechter een vereiste aan de wet toegevoegd dat er niet in staat.

Nu op de terechtzitting van 19 augustus 1981 geen minnelijke schikking tot stand kwam heeft eiseres daarna tijdig haar dagvaarding uitgebracht.

(...)

BURGERLIJKE RECHTBANK TE ANTWERPEN

20e KAMER — 29 DECEMBER 1986

Voorzitter: de h. Dirix

Advocaten: mrs. Verschuere, Dumez en Daelemans loco Huybrechts

Vereniging — Sportvereniging — Uitsluiting van leden — Gerechtelijke toetsing.

Dienen conflicten in sport- en vrijetijdsverenigingen in beginsel binnen die verenigingen zelf te worden beslecht, dan is een gerechtelijke controle niet uitgesloten. Deze controle strekt zich echter niet uit tot de opportuniteit van de genomen beslissing op gevaar af de autonomie van de vereniging te schenden. De toetsing van de inhoud van de beslissing kan slechts marginaal zijn.

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

De vordering strekt ertoe de uitsluiting van eisers als leden van de V.Z.W. V. teniet te doen en eisers in hun lidmaatschapsrechten te herstellen.

A. Ontvankelijkheid

Door verweerders wordt de niet-ontvankelijkheid van de vordering opgeworpen op grond van de beweerde miskenning van artikel 4 van het decreet van 25 februari 1975 betreffende het statuut van de niet-bezoldigde sportbeoefenaar luidens hetwelk de rechtbank niet kan worden ge-

dieerd dan nadat de betwisting eerst aan een «verzoeningscommissie» is voorgelegd. Meer bepaald wordt gesteld dat deze commissie niet rechtsgeldig was samengesteld (cf. artikel 1 K.B. 24 maart 1978). Artikel 4 van het K.B. van 8 november 1978 bepaalt evenwel dat de commissie rechtsgeldig kan beraadslagen indien drie leden aanwezig zijn. Aan deze voorwaarde was in casu voldaan.

Ten slotte dient te worden opgemerkt dat de verzoeningsprocedure door het decreet niet verplicht wordt gesteld en geenszins een grond van onontvankelijkheid uitmaakt (...)

B. Ten gronde

Eisers beoefenden sinds geruime tijd de sportzeilerij op het meer te Heindonk-Willebroek en waren hiertoe aangesloten bij de plaatselijke vestiging van de V.Z.W. V. te Hazewinkel, de feitelijke vereniging V.-Hazewinkel. (...)

Op 14 december 1983 ontvangen eisers een schrijven van de voorzitter van de V.-Hazewinkel waarin hun wordt meegedeeld dat het bestuur heeft besloten hun lidmaatschap op 1 januari 1984 niet te vernieuwen. Aan deze uitsluiting gaat een periode van spanningen vooraf. Volgens verweerders dreigde door de handelwijze van eisers het clubleven ten onder te gaan. Tevens wordt hun aangewreven het lidmaatschap misbruikt te hebben voor eigen commerciële belangen. Ook aan de zijde van eisers worden bittere verwijten aan het adres van de voorzitter gemaakt.

In het raam van het decreet van 25 februari 1975 werd het geschil voorgelegd aan een «verzoeningscommissie». Deze verzoeningspoging bleek echter vruchteloos zodat eisers thans hun uitsluiting langs gerechtelijke weg ongedaan willen maken.

Anders dan eisers beweren blijkt uit de neergelegde stukken dat zij enkel lid waren van de feitelijke vereniging V.-Hazewinkel en niet van de V.Z.W. V. Het aansluitingsformulier vermeldt uitdrukkelijk dat enkel lidmaatschapsrechten worden verleend ten aanzien van de V.-Hazewinkel. Dat deze feitelijke vereniging nauw verbonden is met de V.Z.W. V. en de werking van deze laatste vereniging aanleiding kan geven tot dubbelzinnigheid, laat echter niet toe dat tot het lidmaatschap van de V.Z.W. V. kan worden besloten. De vordering kan derhalve enkel gericht zijn op het herstel van de lidmaatschapsrechten in de feitelijke vereniging V.-Hazewinkel (...)

Volgens verweerders kan de uitsluiting niet aan de beoordeling van de rechtbank worden voorgelegd omdat in het reeds vermelde aansluitingsformulier in artikel 3 wordt bepaald dat het bestuur zich het recht voorbehoudt om indien nodig en zulks zonder motivering, het lidmaatschap te weigeren of niet te vernieuwen.

Een dergelijke clause kan evenwel niet de gerechtelijke controle op het uitsluiten van leden verhinderen. Wel dient de gerechtelijke inmenging in dergelijke sport- en vrijetijdsverenigingen met terughoudendheid te gebeuren. De toetsing kan slechts marginaal zijn, op gevaar af de autonomie van deze verenigingen te schenden. Als uitgangspunt moet immers gelden dat de geschillen binnen de verenigingen zelf moeten worden opgelost (cf. Brussel, 29 december 1827, *Pas.*, 1827, 357: «Les différents qui s'élèvent entre les membres d'une société qui a pour objet l'argement doivent être vidés dans la société même»). Een grotere tussenkomst zou nochtans noodzakelijk kunnen zijn wanneer 1) fundamentele rechten zoals de vrijheid van vereniging of het recht van verdediging worden geschonden, 2) het lidmaat-

schap voor de betrokkene economische betekenis heeft gekregen, zodat bijvoorbeeld de uitsluiting zou neerkomen op broodroof, en 3) de uitgesloten leden hun sport niet meer zouden kunnen beoefenen omdat de vereniging een feitelijk monopolie geniet waardoor er geen uitwijkmogelijkheden bestaan.

Aan geen dezer voorwaarden is in casu echter voldaan: 1) de verzoeningsprocedure in het raam van het decreet van 25 februari 1975 werd nageleefd; 2) de sportzeilerij wordt in de betrokken club enkel georganiseerd voor de ontspanning en het vermaak der leden; 3) het verlies van het lidmaatschapsrecht ontnemt eisers niet de mogelijkheid om verder de zeilsport te beoefenen op het meer te Heindonk. (...)

ARBEIDSRECHTBANK TE DENDERMONDE AFDELING SINT-NIKLAAS

3e KAMER — 18 NOVEMBER 1986

Voorzitter: de h. Rosschaert

Rechters in sociale zaken: de hh. Van Acker en Waterschoot

Advocaat: mr. Brône

Arbeidsongeval — Plaats van de arbeid — Uitvoering van de arbeidsovereenkomst — Begrip — Bezoek aan geneesheer — Werkonderbreking — Instemming van werkgever.

Het ongeval overkomen aan de werknemer die zich, tijdens een werkonderbreking met instemming van zijn werkgever van zijn arbeidsplaats begeeft naar zijn behandelende geneesheer in het kader van de schaderegeling van een vroeger arbeidsongeval, is een arbeidsongeval.

V. t/ N.V. Royale belge

Voorwerp van het geding

Bij dagvaarding, betekend op 17 april 1986, vordert eiser, in het raam van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971, vergoeding voor een tijdelijke volledige arbeidsongeschiktheid vanaf 11 juli 1985 tot en met 3 november 1985 en voor een blijvende arbeidsongeschiktheid van tien procent vanaf 4 november 1985, datum van consolidatie van de letsels die hij opliep op 11 juli 1985, als werknemer van de N.V. G., verzekerd bij verweerster.

Hij stelt dat hij om 8 uur 30 het werk onderbroken had met toestemming van zijn werkgever, om zich naar zijn geneesheer te begeven in verband met een vroeger arbeidsongeval, toen hij om negen uur te Antwerpen op de Noorderlaan betrokken was in een verkeersongeval.

Verweerster weigert te vergoeden omdat eiser op eigen initiatief het werk had onderbroken en hij niet was opgeroepen door de verzekeraar of door diens raadgevende geneesheer. Hij legt een arrest voor van 17 april 1978 van het Hof van Cassatie (*J.T.T.*, 1979, 80) en een arrest van 15 juni 1978 van het Arbeidshof te Gent (*R.W.*, 1978-79, 1233).

Eiser antwoordt dat hij zich op uitnodiging van de verzekeraar wou laten onderzoeken met het oog op de regeling van een vroeger arbeidsongeval; hij verwijst naar de zienswijze van het Hof van Cassatie vervat in het arrest van 24 maart 1980 (*R.W.*, 1980-81, 107).

Bespreking

Er dient te worden nagegaan of het ongeval onder de toepassing valt van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971, hetzij als ongeval op het werk overeenkomstig artikel 7, hetzij als ongeval op de arbeidsweg, zoals bedoeld door artikel 8 van die wet.

1. Artikel 8

Aan de toepassing van artikel 8 kan vlug worden voorbijgegaan, immers: a) eiser was niet op weg van of naar zijn verblijfplaats in de zin van artikel 8, § 1; b) de plaats van het ongeval ligt niet op een van de trajecten die artikel 8, § 2, met de arbeidsweg gelijkstelt. (...)

2. Artikel 7

Verweerster verwijst ten onrechte naar het arrest van het Hof van Cassatie van 17 april 1978 (*J.T.T.*, 1979, 80). Dit beschouwt de behandelkamer van de geneesheer die de gevolgen van een vorig arbeidsongeval onderzoekt, niet als een plaats van het werk in de zin van artikel 7 van de Arbeidsongevallenwet.

De conclusie van de advocaat-generaal Lenaerts, die het cassatiearrest van 24 maart 1980 (*R.W.*, 1980-81, 107-112) voorafgaat, benadrukt «het fundamentele verschil» tussen het ongeval dat in het arrest van 17 april 1978 — zie ook het latere van 16 december 1985 (*R.W.*, 1986-87, 691) — behandeld werd, waarin de arbeidsovereenkomst geschorst was als gevolg van de arbeidsongeschiktheid veroorzaakt door een vroeger arbeidsongeval, enerzijds, en, anderzijds, de ongevallen tijdens een werkonderbreking die de gezagsverhouding niet doet ophouden. De conclusie wijst nog op een tweede verschil, nl. dat de getroffene in het arrest van 17 april 1978 geheel op eigen initiatief naar de arts was gegaan, zonder opdracht of aanwijzing van zijn werkgever of van de verzekeraar.

Het arrest van het Hof van Cassatie van 24 maart 1980 aanvaardt dan ook: dat wanneer een werknemer door de verzekeraar wordt opgeroepen voor een geneeskundig onderzoek in verband met een arbeidsongeval, dit onderzoek als zodanig wel een arbeidsonderbreking maar geen schorsing van de arbeidsovereenkomst tot gevolg heeft; dat, wanneer dat onderzoek plaatsheeft tijdens een periode gedurende welke de arbeidsovereenkomst niet geschorst is, en de getroffene zich met instemming van de werkgever naar het onderzoek begeeft, hij tijdens die arbeidsonderbreking onder het gezag van de werkgever staat en hij zich tijdens het onderzoek op een plaats bevindt waar hij werkt.

Welnu, *in casu* wordt niet betwist dat eiser op 11 juli 1985 van zijn werkgever de toestemming had gekregen om het werk voor korte tijd te onderbreken met het oog op een RX-opname bij dr. S., op voorschrift van zijn behandelende arts. Dit onderzoek gebeurde niet op eigen initiatief van eiser; het was het rechtstreeks gevolg van de brief van 7 mei 1985 van verweerster, die ingevolge de met de werkgever afgesloten overeenkomst tot schaderegeling gehouden was volgens de pleegvormen voorgeschreven door de Arbeidsongevallenwet. In die brief doet verweerster een voorstel van overeenkomst tot regeling van het arbeidson-

geval van 18 augustus 1982 en verzoekt ze eiser, in geval van akkoord, dit voorstel ondertekend terug te zenden en er het schriftelijk akkoord bij te voegen «van uw dokter, die U gelieve te raadplegen».

Daarenboven is het advies van de behandelende geneesheer geen loutere formaliteit; het is voorgeschreven in het model van overeenkomst vastgesteld bij koninklijk besluit van 3 juni 1985 (voorheen K.B. van 30 december 1971, gewijzigd bij K.B. van 16 mei 1983), ter uitvoering van artikel 65 van de Arbeidsongevallenwet, dat de homologatieprocedure regelt. Dat advies moet de rechter die de overeenkomst homologeert helpen bij het ambtshalve toezicht op de naleving van de wet, als opgelegd door artikel 6, § 3, van de Arbeidsongevallenwet, waarvan de bepalingen, onder meer die betreffende de vaststelling van de schade, van openbare orde zijn.

Het ongeval gebeurde dus toen eiser, met toestemming van zijn werkgever, het werk kortstondig onderbroken had voor een geneeskundig onderzoek gedaan op uitdrukkelijk verzoek van de wetsverzekeraar ter uitvoering van de wettelijk voorgeschreven pleegvormen tot regeling van een vroeger arbeidsongeval. Bij het ongeval was de arbeidsovereenkomst niet geschorst en bleef eiser onder het gezag van zijn werkgever. Verweerster is derhalve als arbeidsongevallenverzekeraar gehouden tot vergoeding, op grond van artikel 7 van de Arbeidsongevallenwet.

(...)

NOOT—Ongeval op de weg naar of van een geneeskundig onderzoek in verband met een arbeidsongeval

1. Het ongeval overkomen op de weg naar of van een geneesheer bij wie een onderzoek in verband met de gevolgen van een arbeidsongeval plaatsheeft, leidt in de rechtspraak tot beslissingen die verschillen naar gelang van de omstandigheden waarin het ongeval gebeurt. Staat de werknemer op het ogenblik van het ongeval onder het gezag van de werkgever, dan betreft het een «gewoon» arbeidsongeval, omdat het zich voordoet tijdens de uitvoering van de arbeidsovereenkomst. Staat hij niet onder het gezag van de werkgever, maar begeeft hij zich met instemming van de werkgever naar het onderzoek, dan is het ongeval een arbeidsongeval op de weg van of naar het werk. Het ongeval wordt niet als arbeidsongeval erkend in andere gevallen.

2. Wanneer de werknemer op het ogenblik van het ongeval onder het gezag staat van zijn werkgever, is het ongeval een «gewoon» arbeidsongeval (Van De Velden, A. en Schamp, H., *Arbeidsongevallen privé-sector*, p. 77-79; Roels, R., «La jurisprudence de la Cour de cassation concernant la loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail», *J.T.T.*, 1985, 487; Cass., 9 oktober 1974, *R.W.*, 1974-75, 1431; Cass., 24 maart 1980, *R.W.*, 1980-81, 107; Cass., 3 oktober 1983, *R.W.*, 1983-84, 2955; Cass., 9 september 1985, *J.T.T.*, 1986, 223; Cass., 18 november 1985, *R.W.*, 1986-87, 393, met noot).

Er werd beslist dat de werknemer op het ogenblik van het ongeval onder het gezag van de werkgever staat wanneer hij zich van de ene arbeidsplaats naar de andere verplaatst en zulks noodzakelijk deel uitmaakt van zijn opdracht (Cass., 17 november 1983, *Arr. Cass.*, 1983-84, 310). Begeeft de werknemer zich van zijn arbeidsplaats met instemming van

de werkgever naar de spreekkamer van de geneesheer van de arbeidsongevallenverzekeraar voor een onderzoek in verband met een arbeidsongeval, dan bevindt hij zich op een plaats waar hij werkt (zie ook, wat betreft ongevallen in andere omstandigheden, Cass., 3 oktober 1983, *Arr. Cass.*, 1983-84, 107; Cass., 10 juni 1985, *R.W.*, 1985-86, 1296).

3. Het geannoteerde vonnis aanvaardt als arbeidsongeval het ongeval overkomen aan de werknemer die zich, met instemming van zijn werkgever, van zijn arbeidsplaats begeeft naar de spreekkamer van de door hem gekozen geneesheer om diens instemming te krijgen met een voorstel van overeenkomst-vergoeding van de verzekeraar aangaande een vorig arbeidsongeval. Door te verwijzen naar het bij koninklijk besluit opgelegd model van «overeenkomst-vergoeding» waarin de instemming van de behandelende geneesheer van de getroffen nopens de graad van blijvende arbeidsongeschiktheid is opgenomen, geeft de rechtbank kennelijk aan dat een bezoek van de werknemer aan zijn geneesheer een uitvloeisel is van de uitvoering van de schaderегeling als bepaald in de Arbeidsongevallenwet. Evenzo stelde de advocaat-generaal Lenaerts in zijn conclusie bij het arrest van 24 maart 1980 dat het geneeskundig onderzoek om de consolidatie van het arbeidsongeval vast te stellen een van de uitvloeisels is van de uitvoering van de schaderегeling waartoe de door de werkgever gekozen verzekeraar krachtens de wet en ingevolge de met de werkgever gesloten overeenkomst verplicht is (*R.W.*, 1980-81, 109).

4. Begeeft de werknemer zich tijdens een arbeidsonderbreking met instemming van zijn werkgever van zijn verblijfplaats naar de spreekkamer van de geneesheer of keert hij ervan terug, dan is het ongeval een ongeval op de weg van of naar het werk (Cass., 24 maart 1980, *l.c.*). De rechter zal moeten onderzoeken of het ongeval plaatsvond tijdens een arbeidsonderbreking en niet tijdens een schorsing van de arbeidsovereenkomst. Niet elke arbeidsonderbreking leidt tot een schorsing. Als arbeidsonderbreking kan onder meer worden aanvaard, de tijd die de werknemer nodig heeft om zich op een geneeskundig onderzoek in verband met een arbeidsongeval aan te melden.

5. Het ongeval dat zich voordoet tijdens de schorsing van de arbeidsovereenkomst, is geen arbeidsongeval noch een ongeval op de weg van of naar het werk, zelfs al begeeft de werknemer zich op weg naar een onderzoek bij de geneesheer van de arbeidsongevallenverzekeraar of keert hij ervan terug (Cass., 17 april 1978, *R.W.*, 1978-79, 1093; Cass., 9 september 1985, *J.T.T.*, 1986, 223; Cass., 16 december 1985, *R.W.*, 1986-87, 691). In de arresten van 17 april 1978 en 9 september 1985 wordt eraan toegevoegd dat de werknemer in casu zonder opdracht of aanwijzing van zijn werkgever een arts had geraadpleegd.

In zijn arrest van 9 oktober 1974 heeft het Hof van Cassatie evenwel aanvaard dat ook een ongeval tijdens de schorsing van de arbeidsovereenkomst als arbeidsongeval op de weg van of naar het werk kan worden beschouwd, wanneer het een werknemer overkomt die naar huis terugkeert van een plaats (de spreekkamer van een geneesheer) waarnaar hij zich had begeven op aanwijzing van zijn werkgever om te doen nagaan of hij na een arbeidsongeval het werk mocht hervatten; het betreft dan de uitvoering van een uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichting (Cass., 9 oktober 1974, *l.c.*).

6. Het is niet van belang of de werknemer zich begeeft naar of terugkeert van de geneesheer van de arbeidsongevallenverzekeraar of naar of van zijn behandelende geneesheer. Wel is vereist dat het geneeskundig onderzoek een uitvloeisel is van de uitvoering van de arbeidsongevallenschaderegeling. Hetzelfde geldt ten aanzien van een verplicht geneeskundig onderzoek in het kader van het Algemeen Reglement op de Arbeidsbescherming.

Wordt het bezoek aan de arts om louter persoonlijke redenen afgelegd, dan is de spreekkamer van de geneesheer geen plaats waar de werknemer zich bevindt ter uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst, en is het ongeval geen «gewoon» arbeidsongeval. Het ongeval kan dan nog wel een arbeidsongeval op de weg naar of van het werk zijn, zo het zich voordoet in omstandigheden die beantwoorden aan het normale traject van de arbeidsweg, als bepaald in artikel 8 van de Arbeidsongevallenwet.

Gh. Dhaeyer

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (2e Kamer), 29 januari 1986

Burgerlijke rechtspleging — Rekening en verantwoording — Is geen middel om een fout in een rechterlijke beslissing te herstellen.

Beklaagde D. was op 19 maart 1981 door het Hof van Beroep te Luik veroordeeld om op een bedrag van 1.465.548 frank een saldo van 65.548 frank te betalen aan de burgerlijke partijen. Maar dezen hadden al een provisionele vergoeding van 1.900.000 frank ontvangen. D. stelde voor het hof van beroep een vordering tot verbetering in op grond van de artt. 794 en 798 Ger. W. Het hof van beroep zegde voor recht dat de burgerlijke partijen recht hadden op een bedrag van 1.465.548 frank na aftrek van het reeds betaalde bedrag van 1.900.000 frank. Dit arrest werd op 22 februari 1984 vernietigd door het Hof van Cassatie, dat de zaak naar Hof van Beroep te Brussel verwees. Dit hof verklaarde de vordering ongegrond bij arrest van 6 november 1984. D. stelde vervolgens opnieuw een vordering in voor het Hof van Beroep te Luik, ditmaal tot verbetering van rekening op grond van art. 1368 Ger. W. Het arrest van 26 juni 1985 dat die vordering inwilligde, wordt op cassatieberoep van de burgerlijke partijen om de volgende redenen vernietigd:

«Overwegende dat artikel 1368 van het Gerechtelijk Wetboek deel uitmaakt van de wettelijke regeling inzake rekening en verantwoording;

«Dat het artikel, als het wordt toegepast op rekeningen die hetzij voor de rechtbank, hetzij in der minne tussen de rekeningdoende persoon en degene aan wie rekening wordt gedaan, worden vastgesteld, noodzakelijkerwijs veronderstelt dat ook werkelijk rekening wordt gedaan tussen de partijen, dat wil zeggen dat de rekening is afgesloten, besproken, goedgekeurd of bekrachtigd onder voorwaarden die een werkelijke rekening en verantwoording impliceren en doen blijken van de wil van de partijen om hun respectieve rechten voorgoed vast te stellen;

«Dat deze tekst, die niet in een rechtsmiddel voorziet

tegen een rechterlijke beslissing, derhalve niet kan worden aangewend ter verbetering van een fout in een rechterlijke beslissing waarbij, zoals ten deze, uitspraak is gedaan over een geschil tussen partijen die niet in het bijzondere geval verkeren van de persoon aan wie rekening wordt gedaan en de rekeningdoende persoon;

«Overwegende dat het hof van beroep derhalve, nu het vermeldt dat de rechtspleging van artikel 1368 ten deze de geschikte procedure was, ofschoon ten deze het bedrag van de door de eisers of hun rechtsvoorganger ontvangen provisionele vergoedingen diende te worden onderzocht naar aanleiding van een geschil tussen hen en de voor een ongeval aansprakelijke beklaagde en diens verzekeraar, de beslissing niet naar recht verantwoordt.»

(Voorzitter: de h. Screvens — Raadsheer-rapporteur: de h. Sace — Advocaat-generaal: mevr. Liekendaal — Advocaten: mrs. Draps en Simont — In de zaak: N. e.a. t/ D. e.a.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 4 april 1986

Burgerlijke rechtspleging — Excepties van nietigheid — Aanwijzing van de rechter die van de zaak kennis moet nemen — Verkeerde aanwijzing van de kamer — Geen nietigheid op grond van art. 862, § 1, 5°, Ger. W.

Het bestreden vonnis (Rb. Antwerpen, 6 december 1984) verklaart een akte van beroep nietig op grond dat ze een verkeerde kamer van de rechtbank als rechter in hoger beroep aanwijst.

«Overwegende dat de bepaling: 'de aanwijzing van de rechter die van de zaak kennis moet nemen' in artikel 862, § 1, 5°, van het Gerechtelijk Wetboek, bedoelt dat de akte het gerecht, waarbij de zaak aanhangig is gemaakt, hoegenaamd niet opgeeft; dat die bepaling derhalve niet toepasselijk is op het geval waarin de rechtbank of het hof van beroep wel is aangewezen en de onnauwkeurigheid of de vergissing slechts betrekking heeft op de aanwijzing van de kamer die, volgens de wet of het reglement van het gerecht, kennis moet nemen van het geschil;

«Overwegende dat het bestreden vonnis, uit de enkele vaststelling dat de aanwijzing in de akte van hoger beroep van de elfde kamer van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen, als rechter voor wie verweerster diende te verschijnen, verkeerd was, niet wettig kon afleiden dat die vermelding de nietigheid van bedoelde akte meebracht, krachtens artikel 1057, eerste lid, 5°, van het Gerechtelijk Wetboek.»

Dat het middel gegrond is;

(Voorzitter: de h. Caenepeel — Raadsheer-rapporteur: de h. Poupart — Procureur-generaal: de h. Krings — Advocaat: mr. Bützler — In de zaak: F. t/ N.V. M.)

Hof van Cassatie (3e Kamer), 12 mei 1986

Burgerlijke rechtspleging — Betekening en kennisge-

ving — Exploot — Uitgewiste vermelding van de naam van de geadresseerde — Nietigheid — Toepassing van art. 861 Ger. W.

Zowel op het origineel als op het afschrift van het exploit van dagvaarding was de naam van de tweede gedaagde geschreven boven een met witte correctiestof bedekte en uitgewiste vermelding, zonder dat dit «bovenschrift» goedgekeurd werd op beide akten. Het bestreden arrest (Arbh. Gent, 1 maart 1985) verklaart de vordering op grond van art. 862, § 1, 4°, Ger. W. ontoelaatbaar. Het arrest wordt om de volgende redenen vernietigd:

«Overwegende dat het arrest beslist dat het verzuim of de onregelmatigheid in het exploit van betekening van de dagvaarding, welke het vaststelt, niet onder het bepaalde van artikel 861 van het Gerechtelijk Wetboek valt, nu het, zo zegt het arrest, een verzuim of een onregelmatigheid betreft bedoeld in artikel 862, § 1, 4°, aangaande vermeldingen die door artikel 43, 5°, van dit wetboek op straffe van nietigheid zijn voorgeschreven;

«Dat het arrest, om op die grond voormelde proceshandeling nietig te verklaren, evenwel geen ander verzuim of onregelmatigheid vaststelt dan de in het middel vermelde onregelmatigheid betreffende het vermelden van de naam van de persoon voor wie het exploit van betekening bestemd is, dit is een vereiste van artikel 43, 3°, van het Gerechtelijk Wetboek;

«Overwegende dat evengenoemde onregelmatigheid niet begrepen is in de bij artikel 862, § 1, van het Gerechtelijk Wetboek opgesomde gevallen;

«Dat de regel van artikel 861 van dit wetboek derhalve op die onregelmatigheid van toepassing is.»

(Eerste voorzitter : de h. Châtel - Raadsheer-rapporteur : de h. Marchal - Advocaat-generaal : de h. Lenaerts - Advocaat : mr. Bayart - In de zaak : R.S.V.Z. t/C.)

NOOT—Vgl. Cass. 30 november 1981, *R.W.*, 1983-84, 231, noot Deconinck, B., «Doorgehaalde vermeldingen in een gerechtsdeurwaardersexploot»; adde: Verhegge, G.J.Y., «De rechtsbedeling in het rechtsgebied van het Arbeidshof te Gent», *R.W.*, 1986-87, 1987, nr. 6.

Hof van Cassatie (2e Kamer), 20 januari 1987

Verzekering — Motorrijtuigen — Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds — Schade bij verkeersongeval waarvoor de benadeelde vergoed is door een verzekering — Geen vordering tegen het Fonds — Gevolg — Geen subrogatie voor de verzekeraar.

Beklaagde Carlo Van de P. veroorzaakte met een niet-verzekerde auto in dienst van zijn werkgever, de P.V.B.A. De Z., een verkeersongeval waarbij lichamelijk letsel werd toegebracht aan Patricia C. Deze reed met een auto die eigendom was van de P.V.B.A. Garage L. en waarvoor een «omniumverzekering» was afgesloten bij de N.V. M.

Het enige cassatiemiddel is gericht tegen de beslissing waarbij het bestreden vonnis (Corr. Hasselt, 18 april 1985) het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds, eiser tot cas-

satie, solidair met de werkgever veroordeelt tot betaling van 145.579 fr. aan de N.V. M., verweerster in cassatie, op grond dat verweerster wel in de rechten getreden was van de schadelijgende partij, die door haar vergoed werd, en verweerster «niet uitgesloten was om als gesubrogeerde haar vordering in te stellen ten aanzien van het Fonds». Het vonnis wordt om de volgende redenen vernietigd:

«Overwegende dat het koninklijk besluit van 5 januari 1957 tot bepaling van de toekenningsvoorwaarden en van de omvang van de rechten van de benadeelden tegenover het Gemeenschappelijk Waarborgfonds, bedoeld bij de wet van 1 juli 1956 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen, is opgeheven bij artikel 24, § 1, 2°, van het koninklijk besluit van 16 december 1981 houdende inwerkingstelling en uitvoering van de artikelen 49 en 50 van de wet van 9 juli 1975 betreffende de controle der verzekeringsondernemingen;

«Dat, nu de feiten zich blijkens de vaststellingen van het bestreden vonnis hebben voorgedaan op 7 april 1983, het middel, in zoverre het schending aanvoert van artikel 3 van voormeld koninklijk besluit van 5 januari 1957, niet ontvankelijk is;

«Overwegende dat, naar luid van artikel 16, laatste lid, van het koninklijk besluit van 16 december 1981, 'indien aan de benadeelde schadeloosstelling toekomt bij toepassing van een schade- of aansprakelijkheidsverzekering, door het Fonds aan deze benadeelde slechts schadevergoeding verschuldigd is in zoverre de schade groter is dan hogervernoemde schadeloosstelling';

«Overwegende dat die bepaling geen onderscheid maakt tussen een schade- of aansprakelijkheidsverzekering afgesloten door de schadeverwekker of door de benadeelde;

«Overwegende dat uit voormeld artikel 16, laatste lid, volgt dat de tussenkomst van het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds slechts een aanvullend karakter heeft en dat de benadeelde zich slechts tot dit Fonds kan richten voor de schade die niet door een schade- of aansprakelijkheidsverzekering is gedekt;

«Overwegende dat de benadeelde die door een schadeverzekering gedekt was voor de schade, zoals ten deze door een omniumverzekering afgesloten met verweerster, voor de aldus gedekte schade geen vordering heeft tegen het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds; dat verweerster derhalve niet gesubrogeerd kan zijn in rechten die haar verzekerde zelf tegen eiser niet bezat;

«Overwegende dat het bestreden vonnis, door te beslissen zoals in het middel is vermeld, de artikelen 14 en 16, laatste lid, van het koninklijk besluit van 16 december 1981 schendt.»

(Voorzitter : de h. Screvens — Raadsheer-rapporteur : de h. D'Haenens — Advocaat-generaal : de h. Tillekaerts — Advocaten : mrs. De Gryse en Bützler — In de zaak : Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds t/ Van de P. e.a.)

Vred. Harelbeke, 28 augustus 1986

Echtscheiding — Door onderlinge toestemming — Overeenkomst — Bijdrage in het onderhoud voor de kinderen — Wijzigbaarheid — Impreviseleer.

«Overwegende dat de uitkering tot onderhoud bepaald in de overeenkomst voorafgaand aan de echtscheiding door onderlinge toestemming volledig is onderworpen aan de regels van de bij overeenkomst vastgestelde titel die haar in leven riep;

«Overwegende dat, overeenkomstig artikel 1134 B.W., de overeenkomst de partijen tot wet strekt; dat in principe deze overeenkomst onveranderlijk is en door de rechter in acht moet worden genomen;

«Dat deze overeenkomst een geheel van zaken regelt in verband met de vier gemeenschappelijke kinderen uit het huwelijk van partijen geboren. Dat nu in verband met het onderhoudsgeld wordt bepaald: 'De vader zal de eerste van iedere maand een onderhoudsgeld betalen voor de drie jongste kinderen (Johan, Isabelle en Anja) van 2.250 frank per kind of te samen 6.750 frank; het onderhoudsgeld zal gekoppeld zijn aan de schommelingen van de index en zal in rechtstreekse verhouding stijgen met de verhoging van de index, de herziening zal om het jaar gebeuren. Voor het oudste kind (Hugo) dient geen onderhoudsgeld betaald te worden. De kindertoeslagen voor de drie jongste kinderen komen de moeder toe voor hun onderhoud. De kindertoeslagen voor het oudste kind komen aan de vader toe voor het onderhoud van het kind';

«Overwegende dat de rechtbank alleen moet nagaan of overeenkomstig 'de theorie van de onvoorzienbaarheid' er abnormale en uitzonderlijke omstandigheden voorkomen om het hierboven aangehaalde akkoord te wijzigen in verband met de door partijen gestipuleerde onderhoudsuitkeringen;

«Overwegende dat alleen vastgesteld wordt dat het kind Johan weliswaar op jeugdige leeftijd werk heeft gevonden;

«Overwegende dat, volgens een gevestigde rechtspraak, het onderhoudsgeld vastgesteld bij onderlinge overeenkomst geen wettelijke alimentatieschuld is maar uitsluitend gebaseerd is op de regels van de overeenkomst die ze in het leven heeft geroepen (cf. Cass., 4 november 1976, *Pas.*, I, 262); dat hieruit voortvloeit dat, bij gebrek aan nadere precisering of bijkomende clausules in de overeenkomst, die eventueel veranderingen of afschaffingen van het onderhoudsgeld voorzien, het vastgelegd alimentatiegeld niet mag worden verminderd of afgeschaft tenzij met het akkoord van beide partijen;

«Overwegende dat zelfs een gevoelige verandering in het inkomen van de vader een vermindering van het onderhoudsgeld vastgelegd bij onderling akkoord niet kan ingewilligd zelfs als deze verandering aan inkomen een invloed zou hebben gehad op de wettelijke verplichting van de vader om tot het onderhoud en de opvoeding van het gemeenschappelijk kind bij te dragen (cf. Cass., 17 september 1981, *Pas.*, 1982, I, 85);

«Overwegende dat De Page, II, nr. 455, betreffende de theorie van de onvoorzienbaarheid aanhaalt: 'Tend à faire admettre qu'en toute matière la partie lésée par un contrat peut être déliée de ses engagements lorsque des événements extraordinaires, échappant à toute prévision au moment où le contrat a pris naissance, en ont altéré si profondément l'économie, qu'il est certain que cette partie n'aurait pas consenti à assumer l'aggravation des charges qui en résulte', en verder nr. 579, p. 569: 'L'imprévision se présente rarement, tout au moins avec l'acuité nécessaire pour justifier l'intervention régulatrice du droit, dans un contrat iso-

lé. La plupart du temps, s'il y a, dans cette hypothèse 'imprévision' c'est plutôt par l'effet de l'imprévoyance de la partie qui s'est engagée que par la survenance d'un risque anormal et extraordinaire. Et, dans ce cas, le principe de la rigidité contractuelle (Code civil, art. 1134, al. 1er) est salu- taire parce qu'il ne faut pas protéger à l'excès les imprévoy- ants';

«Overwegende dat er derhalve een grondig verschil be- staat tussen onvoorzienbaarheid (onmogelijkheid om be- paalde uitzonderlijke omstandigheden te voorzien) en *on- vooruitziendheid* (gebrek aan bekommernis) normale voor- zorgsmaatregelen te treffen voor de toekomst.»
(...)

(Rechter: de h. Henderickx — Advocaten: mrs. Col- paert en Lambrecht — In de zaak: C. t/ S.)

NOOT—Vgl. Rb. Brussel, 14 oktober 1981, *R.W.*, 1981- 82, 1987. Zie Cass., 12 juni 1986, noot W.P., elders in dit nummer.

REACTIE

De leer van de gekwalificeerde dwaling en de verhouding tot de imprevisieer

1. In het Rechtskundig Weekblad van 31 januari 1987 (1488-1502) wordt door Danielle Deli het interessant arrest besproken van het Hof van Beroep te Antwerpen van 31 januari 1986. In deze zeer verdienstelijke commentaar wordt de volle aandacht daarbij gericht op de leer van de gekwalificeerde benadeling en de verhouding tot de imprevisieer. Het lijkt mij nochtans dat een essentieel punt voor de discussie daarbij onvoldoende uit de verf komt.

Het gaat immers om de evaluatie van een overeenkomst die een zakelijk recht, nl. het opstalrecht, in het leven roept. Nu is het kenmerk van het opstalrecht dat de wet van 10 januari 1824 de opstalhóuder niet verplicht om een, al of niet periodieke vergoeding (zgn. *solarium*) uit te keren aan de grondeigenaar (zie mijn uiteenzetting daarover in *Zakenrecht*, Dl. II, B, nr. 1022, c, blz. 910 en nr. 1027, b, blz. 921).

Terwijl erfpacht per definitie onder bezwarende titel wordt gevestigd, is opstal uit zichzelf noch bezwarend noch om niet. Dit wordt overigens nogmaals herhaald in art. 1 van de wet van 2 juli 1974 tot automatische verhoging van de niet geïndexeerde vergoeding bij erfpacht en opstal («De pacht prijs verschuldigd voor de erfpachtovereenkomsten en, zo er een werd bepaald, voor de opstalovereenkomsten...»).

Bij erfpacht had de canon overigens, historisch, een louter symbolische betekenis (zie art. 1 van de wet van 10 januari 1824, dat de canon als erkenning van het eigendomsrecht bestempelt) zodat hij steeds in een laag en onveranderlijk bedrag werd uitgedrukt.

De discussie die ooit omtrent dergelijke vergoedingen werd gevoerd, was de vraag of een canon als een reële ge- notsvergoeding kan worden aanvaard, m.a.w. *mag* hij in

verhouding staan tot de pacht- of huurwaarde van de grond, *kan* hij worden aangepast volgens het verloop van het zakencijfer, het indexcijfer, de uitgevoerde werken, wat in België algemeen wordt aanvaard (*Zakenrecht*, Dl. II, B, nr. 1006, blz. 872). Terecht werd verder dan ook geoordeeld dat de eigenaar de vernietiging van de erfpacht *niet* kan vorderen wegens benadeling in de vaststelling van de jaarlijkse vergoeding (Rb. Dendermonde, 16 november 1935, *T. Not.*, 1937, 56).

Uit het zakenrechtelijk statuut van opstal en erfpacht vloeit derhalve voort dat de hoogte en de onveranderlijkheid van de vergoeding op zichzelf geen relevante factor is om de gekwalificeerde benadeling of de imprevisieeler toe te passen.

2. Wel zou natuurlijk kunnen aangevoerd worden dat de vergoeding was bedongen in verhouding tot de pacht- of huurwaarde van het goed en dat daarbij omstandige benadeling aan de orde is.

Maar dit is in casu niet het geval. Het zou gaan om «een duidelijke wanverhouding tussen de wederzijdse bedongen prestaties, enerzijds de te lange duur van het verleende opstalrecht (de maximumduur van vijftig jaar volgens art. 4 van de wet van 10 januari 1824) alsmede het feit dat de opgerichte gebouwen eigendom worden van de opstalhouder en anderzijds de verschuldigde huurprijs die onveranderlijk werd bepaald op 780 frank per jaar». Opstalrecht bedingen voor de maximumtermijn van vijftig jaar stelt wettelijk geen probleem. Er de door de grondeigenaar onderschreven verbintenis dat de opstalhouder eigenaar wordt van de door hem opgerichte gebouwen is een gewone toepassing van art. 5 van de wet van 10 januari 1824. Het hof heeft dit in zijn arrest terecht onderstreept. Indien de clausulering, dat de opstalhouder bij het einde van de opstal de door hem opgerichte gebouwen mag verkopen, zou betekenen dat ze aan een derde kunnen worden overgedragen, is een dergelijk beding natuurlijk nietig. Aan de opstalhouder is wel het recht toegekend om, bij het einde van het recht, de actuele waarde van de opstallen die hij onverplicht heeft opgericht, terug te vorderen van de grondeigenaar. Om dit recht te doen naleven beschikt de opstalhouder trouwens over een retentierecht op de opstallen (art. 6 van de Opstalwet).

Maar als houder van een beperkt zakelijk recht kan hij een dergelijk recht niet meer overdragen aan een derde buiten de afgesproken termijn. Dit zou afbreuk doen aan het tijdelijk karakter van het recht en tot eeuwigdurend opstalrecht kunnen leiden, zonder instemming van de grondeigenaar. Het vestigen van een opstalrecht conform de Opstalwet kan derhalve benadeling aanleiding geven tot «gekwalificeerde benadeling» of tot de toepassing van de imprevisieeler. Wanneer de overeenkomst die opstal in het leven roept, bedingen omvat die strijdig zijn met de essentie van het opstalrecht, dan zijn deze nietig (*Zakenrecht*, Dl. II, B, nr. 1027, blz. 905).

Het gebruik van de opstaltechniek binnen de wettelijke mogelijke grenzen is op zichzelf geen aanduiding van gekwalificeerde benadeling en stelt evenmin problemen onder de billijkheid of goede trouw.

Indien de grondeigenaar een op zichzelf aanvaardbare opstalrechtconstructie werd opgedrongen door uitbuiting van zijn onwetendheid of onkunde, dan blijven wellicht wel mogelijkheden open om met dwaling of bedrog de vesti-

gingstitel van het recht te betwisten.

3. Het zakenrecht verpoost van nature in de schaduwvolle luwte van het verbintenissenrecht. Omdat vele zakelijke rechten gevestigd worden door een overeenkomst heeft men soms de neiging de onderlinge verhoudingen tussen houders van zakelijke rechten, zoals die tussen een grondeigenaar en een opstalhouder, als «contractuele» verbintenissen te omschrijven, waartussen dan «wanverhoudingen» kunnen ontstaan.

Zo gesteld is dit niet het geval. De opstalovereenkomst wordt uitgevoerd door de vestiging van het recht. Het zakelijk recht gaat daardoor zijn eigen leven leiden met de kenmerken die de wet of de partijen eraan hebben gegeven.

Dit is juist het voorwerp van het zakenrecht.

Hugo Vandenberghe

Naschrift

1. In zijn reactie op de noot betreffende de gekwalificeerde benadeling en de imprevisieeler bij het arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen van 21 januari 1986 (*R. W.*, 1986-87, 1488-1502) wordt door prof. H. Vandenberghe een voor de discussie ongetwijfeld belangrijk element aangebracht, namelijk dat de beslechte zaak handelde over de vestiging van een recht van opstal. In dit specifiek geval evenwel was dit aspect van de problematiek geen voorwerp van enig geschil tussen de partijen, zodat een verdere belichting hiervan in de geciteerde noot niet noodzakelijk werd geacht. Nu het punt toch wordt aangestipt, lijkt een kort antwoord hierop gewenst, vooral m.b.t. de *conventionele vestigingswijze* van het recht van opstal in het geschil dat aan het geannoteerde arrest ten grondslag lag.

2. Niettegenstaande het specifiek zakenrechtelijk karakter van het opstalrecht, is de wet van 10 januari 1824, die deze materie in België regelt, hoofdzakelijk van suppletief recht, met als enige uitzondering de in artikel 4 vastgelegde maximumduur van vijftig jaar (zie art. 8, wet 10 januari 1824). Het opstalrecht heeft derhalve meestal een contractuele oorsprong; de grondeigenaar en de opstalhouder vestigen in een overeenkomst, al dan niet onder bezwarende titel, een recht van opstal, en regelen in dit contract hun wederzijdse verhoudingen. Dit was eveneens het geval in het geschil dat tot het geannoteerde arrest aanleiding gaf. De partijen vestigden bij authentieke akte een opstalrecht met bepaling van hun wederzijdse rechten en plichten, en bedongen daarbij een vergoeding voor de toekenning van dit opstalrecht.

Zodra het opstalrecht een dergelijke conventionele oorsprong heeft, ontstaan hieruit obligatoire gevolgen en wordt de rechtsverhouding tussen partijen onderworpen aan de algemene geldigheidsvoorwaarden van de overeenkomsten. Ook volgens de Nederlandse rechtsleer, waar theoretisch het onderscheid wordt gemaakt tussen de «zakelijke» overeenkomst (wat het equivalent is van onze zakenrechtelijke overeenkomst) en de obligatoire overeenkomst, zijn in de regel beide overeenkomsten ten eerste met elkaar verbonden. Zodra immers de wil van de partijen erop is gericht niet alleen een zakelijk recht te doen overgaan (zoals *in casu* een recht van opstal), doch tevens verbintenissen te doen ontstaan (zoals *in casu* o.m. het betalen van een jaarlijkse vergoeding), is de scheiding tussen de

obligatoire en de zakenrechtelijke overeenkomst nog moeilijk te maken en eerder van theoretisch belang (Asser, C. en Rutten, L.E.H., *Handleiding tot de beoefening van het Nederlandse burgerlijk recht*, 4, *Verbindenissenrecht*, Deel II: *Algemene leer der overeenkomsten*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1982, 17; Asser, C. en Beekhuis, J.H., *Handleiding tot de beoefening van het Nederlandse burgerlijk recht*, 3, *Zakenrecht*, Tweede deel: *Eigendom en beperkte zakelijke genotsrechten*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1983, 213). De zakenrechtelijke overeenkomst is trouwens ook onderworpen aan de algemene regels van de rechtshandelingen, en de bepalingen betreffende de obligatoire overeenkomsten worden analogisch toegepast, zo onder meer de regels m.b.t. de aantasting van de geldigheid van de wilsuiking (dwaling, dwang en bedrog) (Asser, C., Beekhuis, L.E.H. e.a., *Handleiding tot de beoefening van het Nederlandse burgerlijk recht*, 3, *Zakenrecht, Algemeen deel*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1985, 180, nr. 291).

3. Waar H. Vandenberghe in zijn reactie hoofdzakelijk verwijst naar de erfpacht, dient toch te worden beklemtoond dat *in casu* het voorwerp van de overeenkomst de vestiging van een recht van opstal was. Dit is niet onbelangrijk omdat, vooral vanuit historisch oogpunt beschouwd, aan deze beide rechtsfiguren een verschillende doelstelling ten grondslag ligt.

Het verlenen van een *erfpacht* had oorspronkelijk voor de eigenaar tot doel woeste, moerassige of braakliggende gronden te laten ontginnen door een derde, volgens een formule die zowel voor de eigenaar als voor de exploitant voordelen zou opleveren (Carton de Tournai, R., en Charlier, A., «Renaissance de l'emphytéose et de la superficie», in *Renaissance du phénomène contractuel*, Fac. de droit de Liège (red.), Den Haag, Martinus Nijhoff, 1971, 135; Derine, R., Vanneste, F., en Vandenberghe, H., *Zakenrecht*, Deel II, B, in *Beginnels van Belgisch privaatrecht*, Dillemans, R., en Van Gerven, W., (red.), Gent, Story Scientia, 1984, 848, nr. 998). De erfpachter had aanvankelijk weinig of geen voordeel te verwachten, misschien zelfs eerder verlies. Daarom was de cijnsacht gewoonlijk zeer gering en vervulde zij veeleer de symbolische functie van een erkenning van de eigendom (Asser, C. en Beekhuis, J.H., *o.c.*, 233). Aan de andere kant werd dit recht voor een zeer lange duur verleend (minimum 27 jaar, maximum 99 jaar, verlengbaar).

De doelstelling van *het recht van opstal* was eveneens het exploiteren van grondbezit maar dan met het oog op de oprichting van gebouwen, door het toekennen van een gebruiksrecht voor een lange termijn, waarbij — in afwijking van het principe van natrekking — de opsteller eigenaar wordt van de gebouwen, werken of beplantingen, die hij op de grond heeft opgericht (Asser, C., en Beekhuis, J.H., *o.c.*, 262).

Het recht van opstal kende, net als de erfpacht, een spectaculair «reveil» sedert de jaren '60 (Carton de Tournai, R., en Charlier, A., *o.c.*, 132 e.v.; *Id.*, «Quelques considérations d'actualité sur l'emphytéose et la superficie», *J.T.*, 1971, 69-72). De vernieuwde motieven hiervan waren voor het recht van opstal de volgende. Aan de zijde van de opstalgever wordt de exploitatie van een terrein beoogd, zonder dat grote investeringen noodzakelijk zijn, terwijl stabiele inkomsten op lange termijn worden verzekerd. De opstalhouder van zijn kant kan zich een economische plan-

ning op lange termijn veroorloven, met volledige beheers-autonomie voor zichzelf (Dehan, P., «L'utilisation actuelle de l'emphytéose, de la superficie, du bail et du mandat a des fins autres que celles prévues par le législateur», in *Le droit de la construction et de l'urbanisme*, Flamme, M.A., e.a. (red.), Brussel, Editions du jeune barreau, 1976, (475), 518, nr. 56). Het valt op dat in het raam van deze heropleving telkens de contractuele vorm wordt verkozen voor de vestiging van deze beide zakelijke rechten.

4. Uit een onderzoek van deze hernieuwde praktijk is gebleken dat, zowel voor erfpacht als voor opstal, doorgaans als tegenprestatie een vergoeding wordt bedongen die over het algemeen jaarlijks wordt vastgesteld en op periodieke tijdstippen kan worden aangepast op basis van een bepaalde referentiemaatstaf, zoals het indexcijfer van de consumptieprijzen (Carton de Tournai, R. en Charlier, A., *o.c.*, 158; *id.*, *o.c.*, *J.T.*, 1971, 71, 5°). Deze vergoeding kan aldus de omvang aannemen van een echte indexeerbare huur, zoals ook door H. Vandenberghe in zijn reactie wordt aangestipt.

Terloops mag eraan worden herinnerd dat de opstal- en erfpachtovereenkomsten onderworpen waren aan de sinds 1976 uitgevaardigde tijdelijke huurwetten en ook thans nog onder het toepassingsgebied vallen van de bepalingen van de Sociale Herstelwet van 22 januari 1985 betreffende de matiging van de huurprijzen (zie art. 1, § 1, lid 1, van deze wet).

De door H. Vandenberghe geciteerde uitspraak van de Burgerlijke Rechtbank van Dendermonde (16 november 1935, *T. Not.*, 1937, 56) waarin onder meer beslist wordt over een beweerde benadeling (meer dan 7/12) in de vaststelling van de jaarlijkse vergoeding bij erfpacht, lijkt mij echter van weinig nut te zijn voor de hier behandelde problematiek. In dit vonnis wordt immers het principe geponeerd dat benadeling van meer dan 7/12 wel een mogelijke grond voor vernietiging kan zijn bij de verkoop van een erfpacht, maar in dat concrete geval kon er van een verkoop geen sprake zijn, zodat art. 1674 B.W. niet toepasselijk kon zijn. Bovendien handelt het vonnis over gewone benadeling, die enkel een grond tot vernietiging van een overeenkomst oplevert in de door de wet bepaalde gevallen (art. 1118 B.W.), en niet over de leer der gekwalificeerde benadeling en de imprevisie, die in het arrest en in de noot aan bod kwamen.

Terecht voert H. Vandenberghe in punt 2 van zijn reactie aan dat het gebruik van de opstaltechniek binnen de wettelijke mogelijke grenzen op zichzelf geen aanduiding is van gekwalificeerde benadeling en evenmin problemen stelt onder de billijkheid of de goede trouw. Dit wordt trouwens door het arrest duidelijk onderstreept. Dit belet evenwel niet dat de vestigingstitel van het recht, indien deze een overeenkomst is, dient te voldoen aan de algemene geldigheidsvereisten van de contracten, zodat — ook in de zienswijze van H. Vandenberghe — er onder meer de mogelijkheid open blijft om deze vestigingstitel aan te vechten op grond van dwaling of bedrog, indien de grondeigenaar een op zichzelf aanvaardbare opstalrechtconstructie werd opgedrongen door uitbuiting van zijn onwetendheid of onkunde. Indien echter dwaling en bedrog als mogelijke grond voor het aanvechten van de onderliggende overeenkomst worden aanvaard, lijkt m.i. niets de mogelijke toepassing van de leer der gekwalificeerde benadeling of de imprevisie-

leer in de weg te staan.

5. Ten slotte dient te worden beklemtoond dat de specifieke kenmerken van het recht van opstal de conventionele verhoudingen beïnvloeden. Alzo werd in het arrest onder meer rekening gehouden met de lange duur van deze overeenkomst, die tot gevolg heeft dat een gewone muntontwaardiging niet meer als onvoorzienbaar kan worden aangemerkt, omdat zo'n waardevermindering van de munt kan worden ondervangen door de bedongen vergoeding aan te passen aan de schommeling van het indexcijfer van de consumptieprijzen. Dit specifieke karakter van het opstalrecht heeft er uiteraard tevens toe geleid dat het hof de clausules die door appellatant als benadelend werden beschouwd, zo minutieus ontleed heeft en steeds getoetst heeft aan de wettelijke bepalingen van het opstalrecht, om tot het besluit te komen dat er van een aanzienlijke wanverhouding geen sprake kon zijn (zie mijn noot in *R.W.*, 1986-87, (1488), 1497-1498, nr. 10).

Daniëlle Deli
Assistente Universiteit
Antwerpen (U.I.A.)

BOEKEN

K. GHEYSEN, *Wet 4 augustus 1986 houdende fiscale bepalingen*, Antwerpen, Kluwer, 1986, 407 p.

Zopas verscheen een lijvig boek van Kris Gheysen, dat een artikelsgewijze coördinatie inhoudt van de wet van 4 augustus 1986 houdende fiscale bepalingen, van het advies van de Raad van State en van de parlementaire documenten en handelingen. Het is reeds het derde in een reeks van soortgelijke boeken, waarmee in 1984 werd gestart, alle van dezelfde samensteller. Deze boeken hebben inmiddels de gelegenheid gehad hun verdiensten te bewijzen. Zij zijn in de praktijk zeer goed bruikbaar gebleken wanneer men snel een opzoeking wil doen in de parlementaire voorbereiding van de wet die men moet toepassen. Ze vormen overigens een veel handiger en gemakkelijker te klasseren documentatie dan de officiële stukken. Niettemin moet bij het thans verschenen boek een zeker voorbehoud worden gemaakt. Wegens de omvang van de parlementaire voorbereiding zal de samensteller zich verplicht te op te nemen documenten te selecteren. Zo'n selectie is altijd subjectief, al is het misschien maar in geringe mate. Wie de wet van 4 augustus 1986 op wetenschappelijke wijze wil analyseren, doet er bijgevolg goed aan de officiële documenten integraal ter hand te nemen. Voor de behoeften van practici lijkt de door Gheysen gemaakte selectie ons daarentegen ruimschoots geslaagd.

S. Van Crombrugge

K. MADLENER (red.), *Jahrbuch für Afrikanisches Recht*, Band 5 (1984), Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1986, XV + 270 p.

Het in Heidelberg gestichte Gesellschaft für Afrikanisches Recht laat sinds 1981 dit jaarboek verschijnen. Het doel van de vereniging is het verspreiden van kennis over de rechtssystemen in Afrika en het aanmoedigen van onderlinge vergelijking; het jaarboek is daarbij een middel.

In Deel 5 ligt de klemtoon op zuidelijk Afrika. Daar is, zoals Madlener in zijn inleiding opmerkt, alle aanleiding toe. De internationale belangstelling voor en bezorgdheid om de regio is groot. Hoewel geen van de bijdragen rechtstreeks de staat Zuid-Afrika behandelt, valt op hoezeer het apartheidsregime aldaar een stempel drukt zowel op de tussenstaatse betrekkingen in de regio als op de

interne wetgeving van de buurstaten. Zo is de doelstelling van de Southern African Development Coordination Conference (SADCC, besproken door K. Ginther), een internationale economische organisatie waarvan negen staten uit zuidelijk Afrika deel uitmaken, het bevorderen van regionale ontwikkeling door gecoördineerd economisch plannen en benaderen van internationale financiers, in de hoop zich van de economische afhankelijkheid van Zuid-Afrika te kunnen bevrijden. Het Verdrag over een preferentiële handelszone tussen staten van oostelijk en zuidelijk Afrika (behandeld door U. Kumar), dat in 1981 tot stand kwam, is eveneens een stap naar zelfstandige regionale ontwikkeling. Het Nkomati-akkoord tussen Mozambique en Zuid-Afrika, waarin beide landen «goed nabuurschap» nastreven, vormt het onderwerp van een andere bijdrage (van de hand van G.K.A. Ofosu-Amaah). Tevens werd de tekst van dit akkoord opgenomen. Beide staten verbinden zich ertoe elkaars soevereiniteit en onafhankelijkheid te respecteren en af te zien van inmenging in elkaars interne aangelegenheden. Geschillen zullen ze op vreedzame wijze regelen. In de praktijk streefde Zuid-Afrika er vooral naar om Mozambique als thuishaven voor het African National Congress uit te schakelen; Mozambique's betrachting was het verzwakken van de door Zuid-Afrika gesteunde verzetsbeweging Mozambique National Resistance. Het akkoord betekende een breuk met de door de frontlijnstaten gevoerde strategie. De auteur van de bijdrage trekt de rechtsgeldigheid van het akkoord in twijfel (Dwang? Zie Zuid-Afrika's militaire interventies op het grondgebied van Mozambique) en pleit vervolgens voor een beperkende interpretatie van de verdragsbepalingen binnen de Organisatie voor Afrikaanse Eenheid). Van de andere kant merkt hij op dat het akkoord, indien het een einde maakt aan de economische destabilisatie in Mozambique, de doelstellingen van het SADCC zou kunnen bevorderen. Al evenzeer beïnvloed door de nabijheid van Zuid-Afrika is de nieuwe, liberale (in de zin van vreemdeling-vriendelijke) vluchtelingenwet van Zimbabwe (waarover een bijdrage van R. Hoffman). Interessant is de ruime definitie die aan het begrip «vluchteling» wordt gegeven. Naast de vluchtelingen in de zin van het Verdrag van Genève (1951), komen ook de zogenaamde de facto vluchtelingen voor erkenning in aanmerking: personen die hun land moesten verlaten wegens agressie of bezetting door vreemde mogendheden, of wegens ernstige onlusten die de openbare orde verstoren. Deze ruime omschrijving is geïnspireerd door een gelijkaardige definitie in het OAE-Vluchtelingenverdrag (1969). Bovendien is ook een «groeps-erkenning» mogelijk, waarbij een individu door lidmaatschap van een als politieke vluchtelingen erkende groep, automatisch het statuut verkrijgt. Op deze manier wordt gepoogd om de voor Afrika zo kenmerkende vluchtenlingenstromen op te vangen. Het non-refoulement-beginsel wordt in de wet geïnterpreteerd als een verbod om een persoon de toegang tot het land te ontfangen, wanneer zo'n verbod hem dwingt in een staat te blijven waar zijn leven en vrijheid in gevaar zijn. In navolging van het OAE-Verdrag is dit een uitbreiding van het in het Verdrag van Genève neergelegde beginsel dat zich beperkt tot een verbod om een (al dan niet erkende) politieke vluchteling over te leveren aan de staat die hij ontvluchtte. In België is deze problematiek op dit ogenblik brandend actueel in het licht van het wetsontwerp betreffende de politieke vluchtelingen. Men kan enkel met de auteur vaststellen dat Zimbabwe nu beschikt over een instrument om een op humanitaire gronden gebaseerde asielpolitiek te voeren.

Het vorenstaande wekt ten onrechte de indruk dat het jaarboek enkel bijdragen uit de publiekrechtelijke of internationaalrechtelijke sfeer bevat. Ook het strafrecht komt uitgebreid aan bod in studies over Kameroen, Nigeria en Zimbabwe.

Lezing van dit boek werkt verrassend. Het is als het proeven van een drank waarvan het weinig vertrouwde aroma aanvankelijk afschrikt, maar waarvan het boeket verfrissend en duurzaam blijkt.

Koen De Feyter
UIA

BERICHTEN

Jaarvergadering van de Rechtskundige Afdeling van het Thijmgenootschap

Op vrijdag 10 april 1987 vindt te Tilburg (Raadzaal Katholieke Universiteit Brabant, Hogeschoollaan 225) de jaarvergadering plaats van de Rechtskundige Afdeling van het Thijmgenootschap.

Onderwerp van de bespreking is de opstellenbundel «Armoede, rijkdom en recht», uitgegeven bij W.E.J. Tjeenk Willink te Zwolle, waarin de bijdragen zijn opgenomen van prof. dr. J. Van Nieuwenhove (Arm en rijk in het bijbels verhaal), prof. dr. P.J.M. van Tongeren (De deugden van de eigenaar. Aristoteles en Thomas van Aquino over rechtvaardigheid, rijkdom en armoede), prof. mr. P.A.M. Meijknecht (Armoede en rijkdom in het privaatrecht) en prof. mr. P.H. Kooijmans (Armoede, rijkdom en recht in het internationale bestel).

De bijeenkomst is behalve voor de leden van de afdeling ook voor andere belangstellenden toegankelijk.

Inlichtingen bij de secretaris mr. A.A.L. Van Beers, Heiakker 4, 4841 CR Prinsenbeek, tel. 076-417.818.

ERRATUM

Jaarlijks loon en loongrenzen

In de kanttekening van R. Boes, Het «jaarlijks» loon en de «loongrenzen» in de wet van 3 juli 1978, moet in kol. 1789 vóór rubriek 6. Afwezigheid tijdens de opzeggingstermijn om ander werk te zoeken (art. 85), de navolgende zin worden ingevoegd:

In het geval dat de verbreking van de arbeidsovereenkomst gebeurt nadat tevoren op regelmatige wijze een opzegging was gegeven, dient te worden gehandeld zoals wanneer een te korte opzeggingstermijn in acht zou zijn genomen: de duur van de opzeggingstermijn wordt bepaald met inachtneming van het jaarloon en de loongrenzen van het ogenblik van de opzegging; de opzeggingsvergoeding wordt berekend op de basis van het lopend loon, d.i. het jaarloon op het ogenblik van de verbreking.

TIJDSCHRIFTEN

Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie, 1986

nr. 5769, 25 januari,
Nieskens-Isphording, B.M.W., Een recent arrest van de Hoge Raad, het nadeelvereiste en het Nieuw B.W., Rodenburg, P. en Russell, J.W.M., Art. 3.9.4.8 NBW (huurbeding). Terug naar af?; Stein, P.A., Naschrift; Geuzinge, J.E., De Rijkswet op het Nederlandschap.

nr. 5770, 1 februari,
De Jong, G.T., Waardering van de huishoudelijke arbeid in het burgerlijk recht; Van Velten, A.A., Veiling van onroerend goed en verkoop van het recht op levering; Wiegman, P.A.M., Naschrift; Schoordijk, H.C.F., Cessie van op een veiling verworven kooprechten.

nr. 5771, 8 februari,
Nieuwenhuis, J.H., Nieuws over de aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken en producten; De Jong, A.A., Reactie op artikel «Ook BV's moeten hun jaarrekening publiceren»; Van Schilfgaarde, P., Naschrift; Schoordijk, H.C.F., Toerekening naar redelijkheid — Naar huidig en komend recht; Martens, S.K., Overzicht der Nederlandse rechtspraak. Internationaal Privaatrecht.

nr. 5772, 15 februari,

Van der Ploeg, P.W., De definitie van scheiding in het huidig recht en die van verdeling in het NBW; Faasen, W.P.J., Aanvullende opmerkingen omtrent «De assurantieportefeuille van de verzekeringstussenpersoon in faillissement»; Huizen, H.J.G., Naschrift; Cleton, R., Boekbespreking «De aansprakelijkheid van de vervoerder ingevolge CMR.»

nr. 5773, 22 februari,

Van der Ploeg, P.W., De definitie van scheiding in het huidig recht en die van verdeling in het N.B.W.; Hage, J.C. en Loth, M.A., Twee argumenten voor de beperkende werking van de goede trouw; Stubbe, J.P.M., De notaris kan wel meewerken aan de oprichting van een coöperatieve vereniging.

nr. 5774, 1 maart,

Bod, Th.L.J., Pensioenverzekering bij echtscheiding; Van Thiel, E.M.A., Nogmaals de «agrarische» waarde; Van Velten, A.A., De positie van de notaris bij de verbreking van kettingbedingen; Scholtens, M.A.J.M., Herziening her-zien; Zwitser, R., Boekbespreking «Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden» door E. Dirix.

nr. 5775, 8 maart,

Bod, Th.L.J., Pensioenverzekering bij echtscheiding; Van De Ven, J.J.M., Het model «euthanasieverklaring», geen goede zaak; Commissie Euthanasieverklaring: naschrift, De Leede, L.J.M., Overzicht der Nederlandse rechtspraak. Verbintenissenrecht. Arbeidsovereenkomstenrecht (1976-1984).

nr. 5776, 15 maart: Kraan, C.A., De overeenkomst tot het aangaan van huwelijksvoorwaarden; Schoordijk, J.C.F., Reallocatie van vermogen tussen echtgenoten vanuit rechtsvergelijkend perspectief; De Leede, L.J.M., Overzicht der Nederlandse rechtspraak. Verbintenissenrecht. Arbeidsovereenkomstenrecht (1976-1984).

nr. 5777, 22 maart,

Huizink, J.B., De openlegging van boeken op grond van art. 8 K; Rank, W.A.K., Vergoeding van koerswijzigingsschade; Eijssackers, J.C.A.M., Veiling inclusief omzetbelasting.

nr. 5778, 29 maart,

Polak, C.E., Procedures in verificatiegeschillen; Rank, W.A.K., Vergoeding van koerswijzigingsschade; Commissie Pensioenverzekering KNB: Waarom zou pensioenverzekering worden losgekoppeld van het huwelijksvermogensrecht?; Coehorst, P., Overzicht der Nederlandse rechtspraak. Verbintenissenrecht. Overeenkomst van Opdracht (1970-1984).

Administration publique (trimestrielle), 1986

nr. 1

Molitor, A., Méditation du scribe; Favresse, J.-L., Usage et contenu des circulaires administratives; Sohler, J., La tutelle sur les communes; Crabbé, V., La controverse sur le droit d'association et sur la liberté syndicale dans l'histoire de la fonction publique belge, de 1896 à 1923; Quertainmont, Ph. en Uyttendaele, M., Une année de fonctionnement de la Cour d'Arbitrage; Leroy, M., Une arme nouvelle contre l'inertie du pouvoir: le recours contre la carence réglementaire (noot onder R.v.St., 6 november 1985, nr. 25.814, inzake Boitquin).

nr. 2

Hammer, S., La participation directe du citoyen à la vie politique en Autriche; Leboutte, J.-M., L'évolution, depuis 1980, de la tutelle administrative, sur les actes des autorités communales; Lejeune, Y., La gestion des intérêts généraux par les communes; Lewalle, P., Les A.S.B.L. communales: organisation, missions et contrôle; Van Assche, A., La promulgation d'un décret est-elle un acte susceptible de recours (verslag en advies voor R.v.St., 4 november 1985, nr. 25.797, inzake Vlaamse Gemeenschap t/ Franse Gemeenschap).