

KRONIEK VAN MILITAIR STRAFRECHT (1989-1990)

1. Wetgeving

a. Statuut van de dienstplichtigen

De wet van 22 december 1989 (*B.S.*, 19 januari 1990) is in het Belgisch recht een eerste codificatie van de wettelijke bepalingen die de juridische toestand van de dienstplichtige regelen, vanaf het moment waarop hij overgegeven wordt aan de militaire overheid tot het moment waarop hij met onbepaald of definitief verlof wordt gestuurd en in zoverre hij niet het specifieke statuut van reserveofficier of reserveonderofficier geniet.

In zijn uiteenzetting voor de Commissie van Landsverdediging van de Senaat, heeft de minister als volgt de drie belangrijke beweegredenen voor het opstellen van dit statuut toegelicht (*Parl. St., Senaat*, 1988-89, nr. 774/2):

«— ten eerste over een coherente tekst beschikken die de vele verspreide wetsbepalingen (o.a. de dienstplichtwetten) en verordeningen bevat, evenals bepalingen zonder wettelijke basis gegroeid uit de administratieve praktijk;

— ten tweede: de situatie van de dienstplichtige verbeteren, zowel vóór zijn indiensttreding (affectatie, kennis van de datum van indiensttreding, verdaging van de oproeping) als erna (arbeidsduur, verlof, vorming, overlegstructuren, hoe beroep aantekenen, enz.);

— ten slotte: de werkelijke diensttermijn herwaarderen om zoveel mogelijk de discriminatie op te heffen, zoals die door één vierde van onze dienstplichtige jongeren wordt aangevoeld.»

Zonder de op het strafrecht of op de militaire strafrechtspleging betrekking hebbende bestaande wettelijke bepalingen te wijzigen, bevestigt of verduidelijkt dit statuut een aantal van de bepalingen die betrekking hebben op de bijzondere toestand van de dienstplichtigen.

De wetsartikelen die rechtstreeks en het meest van belang zijn voor deze Kroniek, zijn:

— die betreffende het verwerven en het verlies van de hoedanigheid van militair (artt. 4 en 5, evenals het 6° van artikel 2 dat het automatische karakter van de wegzending uit het leger bevestigt die een gevolg is van een veroordeling zonder uitstel tot de straffen waarvan sprake is in artikel 15 van de gecoördineerde dienstplichtwetten);

— artikel 22 dat duidelijk de toestand vastlegt van de dienstplichtige die het voorwerp uitmaakt van een tijdelijke ambtsontheffing en uitdrukkelijk zegt dat hij onderworpen blijft aan de militaire strafwet en aan de krijgstucht;

— artikel 23, § 5, dat verhindert dat iedere dienstplichtige tegen wie een ontzetting van het recht om openbare ambten te vervullen is uitgesproken met toepassing van artikel 31, 1°, van het Strafwetboek, zijn militaire dienst niet meer moet vervullen (deze ontzetting heeft echter in alle gevallen de ontneming van de graad ten gevolge);

— artikel 26 dat de periodes opsomt die als non-activiteit beschouwd moeten worden, met name

2° de dienstplichtigen veroordeeld tot een vrijheidsstraf, terwijl zij deze straf ondergaan;

3° de dienstplichtigen van wie de afwezigheid onregelmatig is bevonden;

— artikel 27, dat aan het voorgaande artikel toevoegt dat de dienstplichtige die gedurende een bepaalde periode onregelmatig afwezig is (artikel 26, 3°) een bijkomende periode van werkelijke dienst dient te vervullen. Met andere woorden, de periode van de onregelmatige afwezigheid:

— wordt enerzijds niet afgetrokken van de periode van werkelijke dienst die dient te worden vervuld;

— en zal anderzijds aanleiding geven tot de verplichting meer werkelijke dienst te vervullen dan in de aanvankelijke termijn was voorzien.

Deze maatregel was reeds bepaald bij artikel 71 van de gecoördineerde dienstplichtwetten, dat overigens opgeheven is.

b. Kledij van de magistraten van de militaire gerechten

De langzame maar voortdurende hervorming van de militaire strafrechtspleging en van de werking van de militaire rechtscolleges, waarvan sprake is in deze Kroniek sedert 1982, heeft ertoe geleid, dat ook de symbolen dienden te worden aangepast aan de realiteit. De overgrote meerderheid van de magistraten en griffiers had sedert verschillende jaren de wens uitgesproken om de toga in plaats van het uniform te dragen op de terechtzittingen en ter gelegenheid van plechtigheden waar de rechterlijke macht vertegenwoordigd is, om op die wijze duidelijk te laten blijken dat zij deel uitmaken van de rechterlijke orde en niet onderworpen zijn aan de militaire hiërarchie.

Hoewel ze het principe van een wijziging van het K.B. van 12 augustus 1971 goedkeurden, hebben de minister van Justitie en de minister van Landsverdediging de dringendheid om aan de Koning — zonder het advies van de Raad van State — een dergelijke wijziging voor te stellen, slechts voor het eerst ingeroepen ter gelegenheid van de installatie van de eerste voorzitter Durant op de plechtige zitting van het Militair Gerechtshof van 15 september 1989. Dat verklaart waarom het K.B. van 11 september 1989 (*B.S.*, 14 september 1989) het dragen van de toga op de terechtzittingen, bepaald door het K.B. van 22 juli 1970, slechts voorschrijft voor de eerste voorzitter van het Militair Gerechtshof en voor de auditeur-generaal.

De kroniek van de wetgeving 1989 gepubliceerd door Jean Sace, afdelingsvoorzitter in het Hof van Cassatie, in het mei-nummer van 1990 van de *Revue de droit pénal et de criminologie* stelt duidelijk (p. 483) «que la toge qui s'y trouve visée est celle qui est prévue, pour les audiences ordinaires des cours d'appel et des cours du travail, par l'article 2 paragraphe 1er, de l'arrêté royal du 22 juillet 1970, et, pour les audiences solennelles des mêmes cours ainsi que pour les cérémonies, par l'article 2, paragraphe 2, du même arrêté».

Het K.B. van 17 juli 1990 (*B.S.*, 27 augustus 1990 – eratum in *B.S.*, van 27 september 1990), breidt het dragen van de toga op terechtzittingen en ceremonieën uit tot alle magistraten en griffiers van de militaire rechtscollèges, behalve «wanneer de omstandigheden het verhinderen».

c. Bevoegdheid en rechtspleging inzake misdaden en wanbedrijven tegen de veiligheid van de Staat

De wet van 26 juli 1990 tot afschaffing van de besluitwet van 26 mei 1944 betreffende de bevoegdheid en de rechtspleging inzake misdaden en wanbedrijven tegen de veiligheid van de Staat is verschenen in het *Belgisch Staatsblad* van 2 augustus 1990 en is van kracht geworden op 12 augustus 1990.

Deze besluitwet kende de bevoegdheid om te oordelen over personen die in oorlogstijd misdaden hebben gepleegd tegen de veiligheid van de Staat, toe aan speciale kamers van de krijgscraven en schreef zekere procedureregels voor.

Krachtens artikel 2 van de wet van 26 juli 1990 zullen de zeldzame gevallen die nog kunnen worden voorgelegd aan het militair gerecht of het voorwerp uitmaken van een beroep, worden gebracht voor dit gerecht samengesteld overeenkomstig het Wetboek van Strafrechtspleging voor het Leger (wet van 15 juni 1899).

2. Rechtsleer

a. Algemene werken waarvan gedeelten aan het militair strafrecht zijn gewijd

– R. Ergec, J. Velaers, J. Spreutels, L. Dupont en R. Andersen, *Maintien de l'ordre et droits de l'homme*, Bruylant, Brussel, 1987, 295 pp.

Deze publikatie van het Interuniversitair Centrum voor Staatsrecht, die tracht de betekenis te geven van de maatregelen die zijn getroffen door de overheden om de rust en de veiligheid te verzekeren in een verstoorde samenleving voor de mensenrechten, bevat een bijdrage van L. Dupont met als titel «Ordehandhaving en bescherming van het recht op persoonlijke vrijheid»: het onderdeel «Voorlopige hechtenis» van deze studie (pp. 244 tot 248) bevat een noot (121, p. 245) met de basisverwijzingen betreffende de bijzondere toestand van de militaire strafrechtspleging aangaande deze materie.

– R. Verstraeten, *De burgerlijke partij en het gerechtelijk onderzoek*, Maklu, Antwerpen, 1990, 535 pp.

In de paragrafen 48 en 49 (pp. 55 en 56), die gewijd zijn aan de militaire gerechten, levert de auteur commentaar op het arrest van het Hof van Cassatie van 1 juni 1966 dat bepaalde dat de rechtstreekse dagvaarding door de benadeelde partij voor de militaire rechtbanken onmogelijk is en de aandacht vestigt op een tegenstrijdigheid, nl. het feit dat de rechtstreekse dagvaarding door de benadeelde partij van een aan de militaire gerechten onderworpen persoon mogelijk is voor de gewone gerechten, wanneer als gevolg van de deelneming of de samenhang, deze gerechten bevoegd worden ten aanzien van deze persoon.

b. Werken i.v.m. het recht betreffende de gewapende conflicten

– S. Boiton-Malherbe, *La protection des journalistes en mission périlleuse dans les zones de conflit armé*, Bruylant, Ed. de l'Université de Bruxelles, collection de droit international, nr. 23, Brussel, 1989, 404 pp.

– F. Thomas en B. Cuvelier, *Inleiding tot het humanitair recht*, Kluwer, Antwerpen 1990, 192 pp.

In hun voorwoord stellen de auteurs dat hun werk, wat de officieren-leerlingen betreft van de Koninklijke Militaire School te Brussel, een antwoord wil zijn op de verplichting die voortvloeit uit de Conventies van Genève van 1949 en hun Aanvullende Protocolen van 1977, om de studie van het humanitair recht op te nemen in de programma's van de militaire opleiding.

De verplichting om deze studie in de opleidingsprogramma's voor de troepen op te nemen wordt vermeld in de achtereenvolgende Conventies van Genève over de verbetering van het lot van de gewonden en zieken in de legers te velde, sedert de Conventie van 1906 (artikel 26).

Overgenomen in artikel 83.1 van het Aanvullend Protocol I van 1977, wordt zij hier nog versterkt door de verplichting van de militaire commandanten om zich ervan te verzekeren dat de troepen die onder hun bevel staan hun plichten kennen en de schending die zij zouden kunnen begaan, te verhinderen of aan het licht te brengen (artikel 87) evenals door de aanstelling van juridische raadgevers die belast zijn met het adviseren van de militaire commandanten wat de toepassing van de verdragen betreft (artikel 82).

Het onderricht van het recht betreffende de gewapende conflicten is evenals het omgaan met wapens een onderdeel van de voorbereiding op het gevecht en moet op dusdanige wijze opgevat worden dat het volledig geïntegreerd is in deze voorbereiding. Dit werd op schitterende wijze gerealiseerd in de vormingscursussen die in het Koninklijk Hoger Instituut voor Defensie worden gegeven voor de raadgevers in oorlogsrecht, waar de praktische oefeningen een groot gedeelte van het lesrooster in beslag nemen.

De inleiding, die hier wordt besproken, heeft een restrictieve titel (over het algemeen wordt de term «humanitair recht» alleen voorbehouden voor de Conventies van Genève), die gelukkig niet overeenstemt met de inhoud die volledig het recht betreffende de gewapende conflicten omvat.

De benadering is door de auteurs bewust theoretisch gehouden «om praktische voorbeelden in functie van de wisselende omstandigheden, in de mondelinge uiteenzetting te kunnen inbouwen». Het is wenselijk dat het lesrooster deze noodzakelijke professionalisering van de toepassing van het recht betreffende de gewapende conflicten voor de toekomstige «militaire commandanten» mogelijk maakt, wat op het eerste gezicht nogal twijfelachtig lijkt.

Zonder op systematische wijze het volledige werk te commentariëren, wat trouwens onmogelijk is gelet op de afmetingen van deze *Kroniek*, is het toch nodig gebleken de aandacht te vestigen op het gevaar van de schematisering in het gedeelte over de kernwapens (pp. 32 en 33), waar het standpunt van een van de auteurs van deze *Kroniek* voorgesteld wordt als lijnrecht tegenovergesteld aan dat van een andere militaire magistraat. Toch stemmen deze beide standpunten hierin overeen, dat, bij gebrek aan een op een overeenkomst berustend verbod op het gebruik van kernwa-

pens als dusdanig, het probleem van de wettigheid van dit gebruik afhangt van de gevolgen van elk concreet gebruik dat zou worden gemaakt van deze wapens; bepaalde gevolgen van het verloop van de vijandelijkheden zijn immers verboden, wat voor soort wapens ook worden gebruikt (zie A. Andries, «Problèmes actuels de droit des conflits armés», *R.D.P.*, 1987, 591).

Uit de studie die verschenen is in het januarinumnummer van 1989 van de *Revue de droit pénal et de criminologie*, vloeit evenwel voort dat de hypothesen over het wettelijk gebruik van kernwapens louter «schools» zijn, en bijgevolg dan ook weinig realistisch en zelfs onwaarschijnlijk.

Deze beperkte kritiek hoeft geen afbreuk te doen aan een werk waarvan de intenties volkomen lovenswaardig zijn en het nut onomstotelijk vaststaat.

c. Handelingen van wetenschappelijke bijeenkomsten

In deel XXVIII van het *Tijdschrift voor militair strafrecht en oorlogsrecht* (Brussel 1989) worden in twee nummers (1-2 en 3-4) de verslagen gepubliceerd van het XIe congres van de Internationale Vereniging waarvan dit tijdschrift het orgaan is. Dit congres werd gehouden van 19 tot 23 september 1988 te Edinburgh over de volgende onderwerpen:

1. de toepassing van het internationaal humanitair recht op nationaal vlak, meer in het bijzonder gezien de ontwikkeling van de moderne oorlog;
2. de operaties om de vrede te vrijwaren.

d. Bijdragen in Belgische tijdschriften

– Het *Tijdschrift voor militair strafrecht en oorlogsrecht* heeft in de nummers 3-4 deel XXVIII (1989) een studie gepubliceerd van S. Adachi, professor aan de Academie van Landsverdediging in Japan, met als titel «Kamibayashi et al vs. Japan – Compensation against war claims for unsettlement of working pay of Japanese prisoners of war held in captivity during post-war period in the territories of Soviet Russia».

In het maartnummer van 1990 van de *Revue de droit pénal et de criminologie* is een artikel verschenen van J. Licot, assistent aan de rechtsfaculteit te Namen betreffende «Les mutilations volontaires en droit pénal militaire».

Laten we naar aanleiding hiervan eraan herinneren dat onze analyse van het probleem dat veroorzaakt wordt door het ontbreken van de telastlegging vrijwillige verminkingen, gepleegd door militairen in vreedstijd, behandeld werd in nr. 14 van de *Kroniek* 1985 (*R.W.*, 1986-1987, 626).

– Het artikel van J.-C. Geus, «Le respect des droits de la défense en matière disciplinaire» is verschenen in nr. 2/1989 van het tijdschrift *Administration publique* (pp. 61 tot 66).

Een lange passage van dit artikel (pp. 64 en 65) is gewijd aan de commentaar op het arrest van de Raad van State van 15 april 1988 in de zaak Meyers, officier-leerling aan de Koninklijke Militaire School.

– Professor C. Van den Wyngaert heeft in het tijdschrift *Panopticon* 1990 een artikel gepubliceerd met als titel «Een bijzondere wet voor de bestraffing van oorlogsmisdaden: een overbodige onderneming?» (pp. 516 tot 524). Wanneer men weet dat de auteur deel heeft uitgemaakt van de werkgroep van het Studiecentrum voor militair strafrecht en oor-

logsrecht, dat reeds vanaf 1980-1981 de technische aanpassing had voorbereid van het wetsvoorstel nr. 577 aan de Aanvullende Protocollen, dat zich onder de parlementaire stukken van de Kamer van Volksvertegenwoordigers bevindt sedert 27 mei 1963 (*Chr.*, 1982, nr. 3, p. 906), veronderstelt men terecht dat de conclusies van dit artikel op de vraag die in de titel wordt gesteld een goed gestaafd negatief antwoord verschaffen.

Deze tekst geeft ruchtbaarheid aan de belofte die werd gedaan door de minister van Justitie M. Wathelet op het forum van de 125e verjaardag van het Belgische Rode Kruis (*Kron.*, 1988-1989, nr. 1.B, p. 657) om een bijgewerkt wetsvoorstel in te dienen en toe te zien op de goedkeuring in verband met de verwezenlijking van de verbintenis die door België sedert 1952 wegens de bekrachtiging van de Conventies van Genève van 12 augustus 1949 werd aangegaan om een wetgeving in te voeren waardoor inbreuken op het internationaal humanitair recht strafrechtelijk kunnen worden vervolgd.

De Raad van State had op het ogenblik van het ter perse leggen van deze *Kroniek* nog geen uitspraak gedaan over dit voorstel, wat doet vrezen dat ondanks de belofte van de minister de goedkeuring nog niet zal plaatsvinden onder de huidige zittingstijd.

De parlementaire achterstand (38 jaar in 1990) moet niet onderdoen voor de gerechtelijke achterstand!

– «Kosmos en sterrenkrijg» is de titel van een artikel over de «sterrenkrijg» door R. De Puydt, dat verscheen in het nummer van 9 september 1989 van het *Rechtskundig Weekblad* (zie meer in het bijzonder paragraaf III «Star wars».

e. Artikel van een buitenlands tijdschrift gewijd aan het Belgische militair strafrecht

Het Nederlandse Ministerie van Landsverdediging geeft een maandblad uit met als titel *Militair Rechtelijk Tijdschrift*, waarvan het oktobernummer van 1989 gewijd was aan de 175e verjaardag van het Hoge Militaire Gerechtshof van dat land. Ter gelegenheid hiervan heeft generaal-majoor A. Dörenberg een vergelijkende studie gepubliceerd van de gerechtelijke instellingen van een aantal N.A.V.O.-landen wat het militair strafrecht betreft.

België, waar het Militair Gerechtshof rechtstreeks is voortgesproten uit de wetgeving van de Hollandse periode, wordt uitgebreid behandeld in dit artikel met als titel «Militaire Rechtspraak in de N.A.V.O.-landen» (pp. 328-336).

f. Universitaire werken. Academiejaar 1989-1990

– In de licentie in maritieme en militaire wetenschappen aan de Koninklijke Militaire School, het werk van J.M. Brach, «La protection des enfants dans les situations de conflit armé».

– In de licentie in militaire en sociale wetenschappen aan dezelfde school, het werk van L. Verreet, «Morele verantwoordelijkheid van de Staat en het commando in het geval van oorlogsmisdaden», en het werk van J. Drossart, «Analyse van het arrest Pauwels tegen de Belgische Staat».

g. *Prijs voor Humanitair Recht van het Rode Kruis van België*

Nederlandstalige wedstrijd: door een akkoord tussen de Vlaamse Gemeenschap van het Belgische Rode Kruis en het Rode Kruis van Nederland zal de wedstrijd in de toekomst om de twee jaar door beide organisaties samen worden georganiseerd: de resultaten van de eerste uitgave van deze bilaterale formule zullen pas bekend worden gemaakt in januari 1991.

Wedstrijd van de Franse Gemeenschap (6e uitgave).

Eerste prijs: V. Bartholomee voor zijn studie «Le crime contre l'humanité en droit international pénal; analyse critique d'une notion juridique ambiguë».

Tweede prijs ex aequo: D. Bassinga voor zijn studie «La licéité des mesures économiques de nature répressive au regard du droit international humanitaire» en M. Lucas voor zijn studie «La distinction entre la population civile et les combattants dans les conflits armés internes».

3. Studiecentrum voor militair strafrecht en oorlogsrecht

Na een vergadering op 26 oktober 1989 in de Prins Albertclub te Brussel die gewijd was aan de organisatie van de jaarlijkse projecten, hield het studiecentrum tijdens de sessie 1989-1990 drie voltallige vergaderingen onder het voorzitterschap van de krijgsauditeur Van Winsen.

Op 14 december 1989 in de Koninklijke Rijkswachtschool:

- algemene voordracht over de rijkswacht door majoor bij de rijkswacht Boudin;

- film over de opdrachten en organisatie van de Koninklijk Rijkswachtschool en de opleiding die zij verzekert, met commentaar door majoor bij de rijkswacht Lemason;

- voorstelling van het Centrum voor praktische vorming door kapitein bij de rijkswacht Duckers met een rondleiding in dit centrum;

- voordracht over de gerechtelijke detachementen van de krijgsauditoraten en hun opdrachten door een werkgroep onder leiding van luitenant-kolonel bij de rijkswacht Scevenels;

- voordracht over de statutaire maatregelen als gevolg van de veroordelingen door commandant Meirlaen van de Algemene Dienst Personeel (tucht) van de Generale Staf.

Op 15 februari 1990 op de Generale Staf van het 1e Legerkorps te Keulen-Junkersdorf (B.R.D.). Het programma omvatte de volgende punten:

- ontvangst door luitenant-generaal Cauchie, opperbevelhebber van de Belgische Strijdkrachten in Duitsland;

- voordracht over de organisatie en opdrachten van het 1e Korps door luitenant-kolonel Sbh Heyvaert en majoor De Cuyper;

- voordracht over het wettelijk statuut van de Strijdkrachten gestationeerd op vreemd grondgebied door de krijgsauditeur Raduciner;

- voordracht over het wettelijk statuut van de burgerlijke arbeidskracht door het burgerlijk lid van de krijgsraad Licot;

- voordracht over de krijgsraad en het krijgsauditoraat te velde in vredetijd en in oorlogstijd door de substituut-krijgsauditeur Czaplicki;

- voordracht over het Duitse «Ordnungswidrigkeitenrecht» door mevr. De Witte van de Belgische Verbindingsdienst.

Op 1 juni 1990 bij het Hoog Comité van Toezicht te Brussel:

- ontvangst door voorzitter De Smet;

- voordracht over de organisatie, de bevoegdheid en de werking van het comité door de heren De Smet (in het Nederlands) en Canneel, directeur-generaal (in het Frans);

- bezoek aan de lokalen van het comité.

4. Rechtspraak - Beslissingen betreffende het militair strafrecht die niet in deze Kroniek maar in Belgische juridische tijdschriften verschenen zijn

De Franse versie van de *Kroniek van militair strafrecht 1988-1989*, verscheen in nr. 11 van de *Revue de droit pénal et de criminologie*.

De *Pasicrisie* (1989) heeft (deel II, p. 23) het arrest van het Militair Gerechtshof van 20 september 1988 gepubliceerd in de zaak Th., waarvan de samenvatting luidt als volgt:

«Slagen en verwondingen hebben een opzettelijk karakter zodra de handelwijze van de dader opzettelijk genoemd mag worden.

Een handelwijze is opzettelijk wanneer de dader, wetens, het risico aanvaardt door zijn daad andermans fysieke integriteit in het gedrang te brengen ongeacht of hij de gevolgen van zijn daad, nl. het toebrengen van slagen of verwondingen aan iemand anders al dan niet gezocht of gewent heeft.»

De *Revue de droit pénal et de criminologie* heeft in de loop van het afgelopen gerechtelijk jaar twee arresten van het Hof van Cassatie gepubliceerd die betrekking hebben op het militair strafrecht:

- het arrest van 22 maart 1989 in de zaak V., voorafgegaan door de volgende samenvatting (1989, p. 758);

«De vermelding in de dagvaarding, in het vonnis in beroep en in de dagvaarding in beroep, van de hoedanigheid van militair van de beklagde volstaat niet om vast te stellen dat deze ten tijde van het misdrijf onderworpen was aan de bepalingen van de artikelen 1 tot 4, 7 tot 10, 12 tot 14 van de wet van 15 juni 1899 inhoudende titel I van het Wetboek van strafrechtspleging voor het leger.»

- het arrest van 13 september 1989 in de zaak F. e.a., waarvan de samenvatting luidt als volgt (1990, p. 65);

«De agent van de openbare macht die een bevel slecht uitvoert, kan zich niet op dat bevel beroepen als rechtvaardigingsgrond volgens art. 260 Strafwetboek.»

In de *Revue de Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles* verscheen in het nummer van 29 april 1988 (p. 636), met commentaar van Ch. P., het vonnis van de Correctionele Rechtbank te Brussel van 23 februari 1988.

«De misdrijven bedoeld in de artikelen 118 en 119 van het Strafwetboek zijn een politiek misdrijf wanneer zij gepleegd zijn zonder winstbejag en wanneer krachtens artikel 98 van de Grondwet het hof van assisen erover dient te oordelen.

Luidens de artikelen 15 en 16 van het Militair Strafwetboek plegen de militairen in werkelijke dienst of met onbepaald verlof - deze laatsten met toepassing van artikel 4 van het Wetboek van Strafrechtspleging voor het Leger (wet van 15 juni 1899) - die zich schuldig maken aan een van de misdrijven bepaald in de artikelen 113 tot 119 van het

Strafwetboek, de misdaad van verraad en lopen een verzwaarde straf op.»

Uit de motivering van dit vonnis volgt bovendien :

«De hoedanigheid van militair is vatbaar voor cumulatie met één of meerdere andere verzwarende omstandigheden, waaronder deze bedoeld in artikel 123ter van het Strafwetboek.»

«Onder winstbejag dient verstaan te worden het enkele feit van het nastreven van winst zonder dat dit nastreven buitensporig of begerig is en dat, om de toepassing van het hierboven aangehaalde artikel 123ter tot gevolg te hebben, het nodig is dat dit nastreven van winst de overwegende grond van de gepleegde misdaad is.»

In het tijdschrift *Administration publique* verscheen in het septembernummer van 1989 de beslissing van de Europese commissie voor mensenrechten van 8 september 1988 in de zaak Dupuis (p. 106), die we hebben becommentarieerd in de *Kroniek* 1988-1989 nr. 18, pp. 662-663, evenals een samenvatting van het arrest van het Militair Gerechtshof van 8 november 1988 in de zaak B. (p. 107), dat eveneens werd becommentarieerd in de *Kroniek* nr. 16, p. 662.

In het *Rechtskundig Weekblad* verscheen in het nummer van 10 februari 1990 (p. 821) een arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen van 25 oktober 1989 betreffende het gevolg van ziekte op de desertie van een gewetensbezwaarde : de noot van L. Huybrechts, die dit arrest becommentarieert (pp. 822 en 823) en uitgaat van het vergelijkbare karakter van de desertie van de gewetensbezwaarden met de militaire desertie, overloopt de rechtspraak van de militaire gerechten die van toepassing lijkt te zijn op de interpretatie van de bepalingen van de gecoördineerde wetten over het gewetensbezwaar inzake desertie.

In het *Tijdschrift voor Rechtsdocumentatie* verschenen in 1989 samenvattingen van beslissingen die reeds werden besproken in de *Kroniek van militair strafrecht*, namelijk :

– p. 733 : Krijgsr. Brussel, zittinghoudende te Antwerpen, 25 augustus 1987 (*Kron.* 1987-1988, nr. 8, p. 530) en Mil. Ger., Ger., 22 december 1987 (*Kron.*, 1987-1988, nr. 11, p. 531);

– p. 1293 : Mil. Ger., 8 november 1988 (*Kron.* 1988-1989, nr. 16, p. 662).

In datzelfde tijdschrift verscheen in 1990 (p. 514) de samenvatting van een arrest van het Militair Gerechtshof van 21 december 1988 dat niet werd besproken in de *Kroniek van militair strafrecht* :

«Wanneer een meerdere toelating geeft om de door het Wegverkeersreglement opgelegde snelheidsbepalingen te miskennen, houdt dit niet in dat de bestuurder gerechtigd is de bepalingen van de artikelen 10.1.1 (snelheid aanpassen aan de plaatsgesteldheid) en 10.1.3 (stoppen voor een voorzienbare hindernis) te overtreden.»

Algemeenheden

In 1989 werden door de verschillende krijgswaarden 2651 vonnissen en door het Militair Gerechtshof 301 arresten geveld.

De Franse versie van deze kroniek 1988-1989, opgesteld door dezelfde auteurs, verscheen in het novembernummer van de *Revue de droit pénal et de criminologie*.

RECHTSPRAAK

I. Militair Strafrecht – Militaire misdrijven

1. *Postverlating zonder op schuldwachting te staan* (Mil. Sw., art. 25). De militair die, zonder toelating, een dubbele dienst van keukentroepkiet en van reservewacht voor de bewaking en de veiligheid van munitiedepots verlaat, maakt zich schuldig aan postverlating zonder op schuldwachting te staan (Mil. Ger., 23 november 1989, onuitg.).

2. *Insubordinatie* (Mil. Sw., art. 28). Het aan een gestrafte gegeven bevel om het kwartier niet te verlaten, legt hem geen bepaalde dienst op die zou worden gevoegd bij de verplichting om het reglement betreffende de gestraften na te leven ; dit bevel is een algemeen voorschrift waarvan de niet-naleving onderworpen is aan de korpstucht, en geen voor de dienst gegeven bevel dat aanleiding geeft tot toepassing van artikel 28 van het Militair Strafwetboek (Mil. Ger., 29 november 1989, onuitg.).

3. *Smaad aan meerdere* – Mil. Sw., art. 42. Zie verder onder III. Algemeen strafrecht – Smaad tegen dragers van het openbaar gezag of van de openbare macht.

4. *Desertie – Verzwarende omstandigheid* (Mil. Sw., art. 45-47). Aan desertie met verzwarende omstandigheden als bepaald bij artikel 47, vijfde lid, van het Militair Strafwetboek, maakt zich niet schuldig omdat hij geen «gewapende dienst» verzekerde, de militair die zonder toelating een dubbele dienst van keukentroepkiet en van reservewacht voor de bewaking en de veiligheid van munitiedepots verlaten heeft (Mil. Ger., 23 november 1989, onuitg.).

5. *Desertie – Overmacht*. Zie verder : algemene beginselen van strafrecht, toegepast door de militaire rechtscolleger.

6. *Overtreding van buitenlandse wetsbepalingen* (Mil. Sw., art. 57bis) – *Voorlopige intrekking van het rijbewijs door het Duitse «Amtsgericht»*. De voorlopige intrekking van het rijbewijs door het Duitse «Amtsgericht» is een voorlopige maatregel die preventief wordt getroffen vooraleer de zaak ten gronde wordt behandeld (Mil. Ger., 26 april 1989, onuitg.).

7. *Idem – Besturen van een voertuig ondanks vervallenverklaring*. Wanneer de Belgische overheden krachtens artikel 9, § 6 (a) van de Overeenkomst van 3 augustus 1959 tot aanvulling van de Overeenkomst tussen de bij het Noordatlantisch Verdrag aangesloten Staten betreffende de rechtspositie van hun krijgsmachten, tijdelijk het Belgisch rijbewijs van een lid van de Belgische Strijdkrachten in Duitsland hebben ingetrokken, is deze laatste geen houder meer van de vergunning om te sturen zoals voorgeschreven door de Duitse wet ; artikel 57bis van het Militair Strafwetboek bepaalt dat, wanneer de vreemde wetgeving die is overtreden, betrekking heeft op het wegverkeer, de vervallenverklaring van het recht tot sturen opgelopen zal worden onder de voorwaarden bepaald door de Belgische wet, alsof er schending zou zijn geweest van de op het grondgebied van het Koninkrijk van kracht zijnde reglementering (Cass., 14 maart 1990, onuitg.).

Het betrof hier een Belgisch militair die een voertuig bestuurde op het Duits grondgebied terwijl hij door een Belgisch rechtscollege vervallen was verklaard van het recht om een voertuig te besturen. In dit geval pleegt hij niet de overtreding die erin bestaat een voertuig te hebben bestuurd on-

danks verval, want de vervallenverklaring door een Belgisch rechtscollege kan als dusdanig geen uitwerking hebben op een vreemd grondgebied, maar wel de overtreding die erin bestaat zonder de vereiste toelating een voertuig te hebben bestuurd (beide overtredingen zijn afzonderlijk omschreven in § 21 van het Duitse «Straßenverkehrsgesetz»). Inderdaad, Belgische rijbewijzen waarvan Belgische militairen en legervolgers houder zijn, zijn op het grondgebied van de Duitse Bondsrepubliek geldig krachtens artikel 9 van de «Aanvullende Overeenkomst van 3 augustus 1959 bij het Verdrag tussen de Staten die partij zijn bij het Noordatlantische Verdrag nopens de rechtspositie van hun krijgsmachten, met betrekking tot de in de Bondsrepubliek Duitsland gestationeerde buitenlandse krijgsmachten» (B.S., 22 juni 1963). Indien de houder van dit rijbewijs door zijn nationale overheid vervallen wordt verklaard van het recht om een voertuig te besturen, kan zijn rijbewijs, dat niet meer geldig is op het Belgisch grondgebied, geen titel meer vormen om hem krachtens artikel 9 van voormelde overeenkomst op het grondgebied van de Duitse Bondsrepubliek de toelating te verlenen om een voertuig te besturen. Het militair gerechtshof had dan ook, ons inziens, het rijverbod moeten opleggen op grond van artikel 30, 1°, van de Wegverkeerswet, dat het feit om te besturen zonder houder te zijn van een rijbewijs sanctioneert, en niet op grond van artikel 48, 1°, van voormelde wet, aangezien artikel 57bis, § 2, van het Militair Strafwetboek bepaalt: «Wanneer de overtreding betrekking heeft op de buitenlandse wetgeving inzake wegverkeer, heeft ze, onder de voorwaarden voorzien door de Belgische wet, de vervallenverklaring van het recht een voertuig te besturen tot gevolg, alsof de op het grondgebied van het Rijk geldende reglementering zou overtreden zijn.»

II. Algemene beginselen van strafrecht, toegepast door de militaire rechtscolleges

8. *Overmacht – Desertie (Sw., art. 71; Mil. Sw., art. 44 e.v.)*. De vrijstelling van dienst om medische redenen mag niet in aanmerking genomen worden wanneer op het attest gespecificeerd werd «mag de woning verlaten», en wanneer verdachte toegeeft niet ziek te zijn geweest en deze vrijstelling enkel te hebben gevraagd om zijn afwezigheid te rechtvaardigen (Mil. Ger., 26 september 1989, onuitg.).

III. Algemeen strafrecht

9. *Smaad en geweld tegen de dragers van het openbaar gezag of van de openbare macht (Sw., artt. 269 tot 281)*. De artikelen 269 tot 281 van het Strafwetboek beschermen in principe alleen de personen die drager zijn van het openbaar gezag of van de openbare macht krachtens de Belgische wet. Draggers of agenten van een vreemde openbare macht genieten dezelfde bescherming wanneer zij handelen ter uitvoering van wetten, die, bij overtreding, aanleiding geven tot vervolgingen voor Belgische gerechten. De akten van die buitenlandse overheden hebben voor de Belgische rechtbanken dezelfde bewijskracht als die welke de plaatselijke wetgeving eraan toekent (Mil. Ger., 26 april 1989, onuitg. Zie ook Kroniek, R.W., 1986-1987, nr. 8, 629).

De beslissing mag niet ruimer geïnterpreteerd worden dan de context is waarin ze is gegeven: men kan er geenszins uit afleiden dat buitenlandse politieoverheden die zouden

optreden tegenover Belgen in zaken die uiteindelijk, krachtens de bepalingen van de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering onder de rechtsmacht van Belgische rechtscolleges zouden vallen, daardoor automatisch de bijzondere bescherming van de artt. 269 tot 281 van het Strafwetboek zouden genieten. Het Hof overweegt immers: «Nu krachtens artikel 57bis van het Militair Strafwetboek overtredingen van bepaalde buitenlandse wetten voor de Belgische militaire gerechten worden vervolgd en volgens § 4 van hetzelfde artikel de vaststellingen van de buitenlandse overheden dezelfde bewijskracht hebben als die welke de lokale wetgeving eraan toekent, zijn de dragers of agenten van een vreemde openbare macht, t.a.v. de betrokken Belgische onderdanen, met openbaar gezag of openbare macht bekleed krachtens een Belgische wet» (zelfde arrest; zie ook A. De Nauw, *Initiation au droit pénal spécial*, Story Scientia, Brussel, 1987, nr. 232, 108).

10. *Idem*. In hun tussenkomsten om een misdrijf op te sporen en vast te stellen en om de openbare orde te herstellen, treden onderofficieren van de rijkswacht op als agenten of officieren van de gerechtelijke politie en als agenten van de openbare macht en niet als militaire hiërarchische meerderen van de militaire dader van het misdrijf. Bij dat optreden genieten zij de speciale bescherming van de artikelen 269 tot 282 van het Strafwetboek. Het militair karakter van de plaats van tussenkomst (in het onderhavige geval in een kazerne, waar ze door de officier met wacht groepen waren) doet geen afbreuk aan de hoedanigheid van de agenten die ze uitgevoerd hebben (Mil. Ger., 24 augustus 1989, onuitg.; zie ook Kroniek, R.W., 1987-1988, nr. 15, 487).

11. *Bendevorming – Artikelen 322 tot 324 van het Strafwetboek*. De artikelen 322 tot 324 van het Strafwetboek zijn toepasselijk op de leden van een vereniging die opgericht werd, zagezegd om een voetbalclub aan te moedigen, wanneer de gedragingen van de leden van deze vereniging (in casu het herhaaldelijk en in bende gooien van stenen en gelijksoortige voorwerpen naar aanhangers van een andere voetbalclub), het bestaan aantonen bij de deelnemers aan de ongeregelde heden, van een wil tot aanranden van personen of eigendommen, wanneer vaststaat dat de vereniging systematisch geweld in groep nastreeft, zelfs indien men er geen enkel erkend leider en geen enkele duidelijke structuur in kan terugvinden, doch voor zover het bestaan van een echte organisatie aangetoond wordt, evenals duidelijke banden die de leden van de vereniging onderling met elkaar verbinden (Mil. Ger., 23 januari 1990, onuitg.).

12. *Onopzettelijk doden en onopzettelijk toebrengen van lichamelijke letsels – Strafwetboek, artikelen 418 en v.* In sportaangelegenheden waar de fysieke inzet een hoofdrol speelt en waar lichamelijke contacten tussen de spelers inherent zijn aan de deelname, moet de beoordeling van de fout gebeuren met inachtneming niet alleen van de geldende competitie-regels maar ook van een principiële risicoaanvaarding van de betrokkenen (Mil. Ger., 28 juni 1989, onuitg.).

13. *Diefstal – Informatica – Artikel 461 van het Strafwetboek*. Disketten, listings en verklarende documenten in verband met een selectietest zijn materiële roerende voorwerpen die de computerprogrammatuur in verband met voormelde test bevatten en die dientengevolge voor diefstal of gebruiksdiefstal vatbaar zijn. Deze computerprogrammatuur heeft een eigen bestaan, veruiterlijkt door de materiële voorwerpen waarop ze is aangebracht. Het feit de materiële

voorwerpen waarin de programmatuur zich bevindt en die aan de Staat toebehoren, meegenomen te hebben naar huis en daar over een eigen apparatuur te beschikken om deze programmatuur te kopiëren en te koop aan te bieden bewijst én het bedrieglijk opzet én het tijdelijk gebruik ervan, zoals vereist wordt door art. 461, tweede lid, van het Strafwetboek (Krijgsr. Brussel, 20 december 1988, onuitg.; zie ook Corr. Brussel, 31 januari 1986, *Pas.*, 1986, III 29, *R.D.P.*, 1988, 569).

14. *Oplichting – Artikel 496 van het Strafwetboek.* Aangezien een titel waarvan de uitgifte niet onmiddellijk de overdispositie van de rekening van de beklagde veroorzaakt doordat de toegestane grens van 25.000 fr. niet overschreden is, niet als cheque zonder dekking kan worden beschouwd (zie hieronder nr. 15), is de telastelegging van oplichting niet bewezen indien de listige kunstgreep waardoor men zich fondsen heeft laten overhandigen erin bestaat een dergelijke cheque uit te geven (Mil. Ger., 25 april 1989, onuitg.).

15. *Vernietiging, beschadiging of wegmaking van in beslag genomen roerende goederen – Artikel 507, tweede lid, van het Strafwetboek.* De verplaatsing door een echtgenoot vanuit België naar een verblijfplaats in de Duitse Bondsrepubliek van roerende goederen van de huwelijksgemeenschap, die het voorwerp uitmaken van een beschikking van de vrederechter, inhoudende verbod om ze te verplaatsen of te vernietigen, is geen vernietiging, beschadiging of wegmaking in de zin van artikel 507, tweede lid, van het Strafwetboek, bij gebreke van opzet van de dader om de goederen te doen verdwijnen of zelfs maar tijdelijk te verbergen (Mil. Ger., 29 november 1989, onuitg.).

16. *Uitgifte van cheques zonder dekking – Artikel 509bis van het Strafwetboek.* Het toereikend en beschikbaar fonds waarvan het bestaan moet voorafgaan aan de uitgifte van elke cheque, kan voortvloeien uit de kasfaciliteit toegestaan ingevolge de wet van 26 december 1956 op de dienst der posten, want door aan de beklagde een chequekaart te overhandigen heeft de regie der posten zich ertoe verbonden voor hem, in feite, een kaskrediet te openen van 25.000 fr. (Mil. Ger., 25 april 1989, onuitg.).

17. *Idem.* De toereikende, voorafgaande en beschikbare aard van het fonds moet beoordeeld worden op het ogenblik zelf dat de schrijver de cheque uitgeeft. Niet relevant is de omstandigheid dat daarna een andere boekhoudkundige verrichting het bedrag van het toegestane tekort doet overschrijden en dat zelfs in de veronderstelling dat deze boekhoudkundige verrichting reeds aan de gang was op het ogenblik van de uitgifte van de cheque (Mil. Ger., 25 april 1989, onuitg.; zie ook Cass., 28 september 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 133).

18. *Verklaringen op de eer opgemaakt met het oog op het ontvangen van toelagen ten laste van de Staat – K.B. van 31 mei 1933.* Zich willens en wetens een onrechtmatig voordeel verschaffen maakt het strafbaar opzet uit, vereist in artikel 1 van het K.B. van 31 mei 1933. Artikel 496 van het Strafwetboek is slechts van toepassing met betrekking tot de straffen. Een beroep op de goede trouw kan niet aangenomen worden wanneer beklagde beschikt over voldoende klare, duidelijke en ondubbelzinnige gegevens en een summier informatie kreeg in de eenheid (Mil. Ger., 9 november 1988, onuitg.).

19. *Openbare dronkenschap – Besluitwet van 14 november 1939 – Herhaling.* De beklagde die binnen een jaar na een eerste veroordeling wegens dronkenschap aan het stuur (Wegverkeerswet, art. 35) het misdrijf van openbare dronkenschap pleegt (artt. 1 en 14 van B.W. van 14 november 1939) bevindt zich in staat van herhaling (Krijgsr. Gent, 15 juni 1989, onuitg.; zie ook Cass., 30 oktober 1967, *Pas.*, 1968, I, 292, en 19 mei 1987, *Pas.*, 1987, I, 1146 en B. Spriet, tw. «Openbare dronkenschap», in *Strafrecht en strafvordering*, Kluwer Rechtswetenschappen, Antwerpen).

20. *Wegverkeerswet – Vervallenverklaring van het recht tot sturen.* Wanneer het militair gerechtshof de vervallenverklaring uitspreekt van het recht om een voertuig te besturen, mag het de uitvoering van deze ontzetting niet moduleren tot bepaalde periodes van de dag (Mil. Ger., 20 december 1989, onuitg.).

21. *Verplichte aansprakelijkheidsverzekering – Wet van 1 juli 1956.* Wanneer een geldig verzekerd motorrijtuig defect is en vervangen wordt door een voertuig met een andere cilinderinhoud dat aan een derde toebehoort, dan kan de gebruiker van dit vervangingsvoertuig zich beroepen op art. 4.1.a van de modelovereenkomst van de verplichte aansprakelijkheidsverzekering, voor zover dit voertuig bestemd wordt voor hetzelfde gebruik als het verzekerde voertuig en voor zover de vervangingsperiode van het voertuig dat tijdelijk buiten gebruik is, niet langer dan een maand duurt (Mil. Ger., 26 september 1989, onuitg.).

IV. Organisatie en bevoegdheid van de militaire rechtscolleges

22. *Rijkswachters – artikelen 23 en 25 van het Wetboek van Strafrechtspleging voor het Leger.* De rijkswachter die deelneemt, door het besturen van een motorvoertuig, aan een georganiseerde volgactie in het kader van een operatie ter beteugeling van het gebruik van verdovende middelen, en die een verkeersmisdrijf begaat tijdens deze opdracht, is niet onderworpen aan de bevoegdheid van de militaire gerechtsinstanties indien het ongeval zijn oorsprong vindt in het gebrek aan oplettendheid rechtstreeks veroorzaakt door de verhoogde concentratie die de uitvoering van deze gerechtelijk opdracht vereiste. De misdrijven hebben in dit geval rechtstreeks betrekking op de gerechtelijke dienst (Mil. Ger., 21 december 1989, onuitg.; zie in verband met dit probleem *Kroniek* 1983, *R.W.*, 1984-85, nr. 17, 1065).

23. *Samenhang – Militair en burger – Artikel 26 van het Wetboek van Strafrechtspleging voor het Leger.* Het heeft geen invloed op de bevoegdheid van de Belgische militaire rechtscolleges dat een eventuele mededader, die een burger is die niet ressorteert onder de bevoegdheid van deze rechtscolleges, tegelijkertijd vervolgd wordt voor een rechtscollege van een vreemde staat. De termen «gewone rechtsmachten» waarvan sprake in artikel 26 van het Wetboek van Strafrechtspleging voor het leger hebben betrekking op Belgische gewone rechtscolleges en niet op buitenlandse gewone rechtscolleges (Mil. Ger., 28 september 1989, onuitg.; vergelijk met Mil. Ger., 15 september 1983, *Kroniek* 1984, *R.W.*, 1985-86, nr. 13, 427).

24. *Idem.* De krijgsraad is verplicht zijn bevoegdheid ambtshalve te onderzoeken. Wanneer uit het strafdossier niet blijkt dat de feiten van de telasteleggingen zijn gepleegd in samenhang met andere feiten, waarvoor de krijgsraad niet

bevoegd zou zijn, is de krijgsraad verplicht zich bevoegd te verklaren. Daar de rechtsorde en de rechtszekerheid vereisen dat een zaak in staat van wijzen zonder verder dralen behandeld wordt, kan een vonnis waarbij de krijgsraad zich bevoegd verklaart, uitvoerbaar verklaard worden niettegenstaande hoger beroep (Krijgsr. Brussel, 10 oktober 1989, onuitg.).

V. Bevoegdheid van de auditeur-generaal

25. *Toezicht van de auditeur-generaal over de gerechtelijke detachementen van de rijkswacht in de uitoefening van hun gerechtelijke ambtsverrichtingen – Wet van 2 december 1957 op de rijkswacht, artikel 57.* Op grond van artikel 57 van de wet van 2 december 1957 op de rijkswacht oefent de auditeur-generaal toezicht uit op de gerechtelijke detachementen in de uitoefening van hun gerechtelijke ambtsverrichtingen. Zodoende is hij bevoegd om de commandant van de rijkswacht te verzoeken in het belang van de dienst de overplaatsing van een onderofficier van de rijkswacht bij administratieve maatregel te bevelen. De door de wet aan de auditeur-generaal verleende toezichtsbevoegdheid zou elke effectieve uitwerking missen wanneer zij niet gepaard zou gaan met de mogelijkheid om maatregelen te laten treffen (Brussel, kort geding, 5 december 1989, onuitg.).

VI. Hoedanigheid van een gerechtelijk stagiair bij een krijgsauditoraat

26. De stagiair bij het parket van de krijgsauditeur bezit vanaf zijn aanwijzing de hoedanigheid van officier van gerechtelijke politie, hulpofficier van de krijgsauditeur (Mil. Ger., 26 april 1989, onuitg.; zie verder onder nr. 41).

VII. Militaire strafrechtspleging

A. Rechten van de mens

27. *Voorlopige hechtenis – E.V.R.M., artikel 5.4.* Artikel 5.4 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens wordt niet geschonden wanneer de verdediging een verzoekschrift heeft moeten indienen om inzage van het dossier te krijgen en wanneer de inzage niet onverwijld volgde op het indienen van het verzoekschrift tot voorlopige invrijheidstelling, maar pas zodra dit binnen een redelijke termijn kon geschieden. Er is evenmin schending van het verdrag wanneer de behandeling van het verzoekschrift tot invrijheidstelling en de uitspraak erover telkens op de eerste nuttige zitting geschiedt (Mil. Ger., 29 november 1989, onuitg.; voor de voorlopige hechtenis in de militaire strafrechtspleging in het licht van de voorschriften van het E.V.R.M. zie F. Gorré, «Actuele problemen van militaire strafrechtspleging», in *Militair en Humanitair Recht*, F. Gorré en F. Thomas (red.), Kluwer Rechtswetenschappen, Antwerpen, 1986, 36-46, en de vorige kronieken).

28. *Idem.* De motivering van een aanhoudingsbevel die een vermoeden van partijdigheid doet ontstaan bij de verdachte, en tevens een schending vormt van het beginsel van de scheiding tussen het strafrechtelijk onderzoek en de strafrechtelijke vervolging alsmede van het beginsel van het vermoeden van onschuld maakt dit aanhoudingsbevel nietig,

zodat het uit de debatten moet worden geweerd (Mil. Ger., 3 augustus 1989, onuitg.; zie verder hieronder de nrs. 29-32).

29. *Recht op een onpartijdige rechtbank – E.V.R.M., artikel 6.1.* Uit de enkele omstandigheid dat een burgerlijk lid van de krijgsraad, na van een zaak kennis te hebben genomen bij de beoordeling van een door de verdachte op basis van artikel 5.4 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens ingediend verzoekschrift tot voorlopige invrijheidstelling, na de dagvaarding ten gronde, van dezelfde zaak kennis neemt bij de beoordeling ten gronde kan geen schending afgeleid worden van de rechten van de beklaagde op een onpartijdige rechtbank, gewaarborgd door art. 6.1 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (Mil. Ger., 10 november 1989, onuitg.; zie ter zake ook o.m. Cass., 27 mei 1986, *Arr. Cass.*, 1985-86, 1308; 21 januari 1987, *Arr. Cass.*, 1986-87, 640; 30 juni 1987, *Arr. Cass.*, 1986-87, 1485; 22 maart 1988, *Arr. Cass.*, 1987-88, 959).

30. *Idem.* Door te overwegen in een bevel tot aanhouding «dat het nodig is dat de beklaagde zo spoedig mogelijk en nog in Keulen zo terechtstaan opdat de uit te spreken straf weerklank zou vinden in de eenheden alhier, daar anders het voor derden ontraderende karakter van de straf totaal verloren zou gaan» wordt het algemeen beginsel van de scheiding van het strafrechtelijk onderzoek en de strafrechtelijke vervolging, dat de onpartijdigheid van de onderzoekende magistraat moet waarborgen, geschonden. Een dergelijke onderzoeksverrichting is nietig (Mil. Ger., 3 augustus 1989, onuitg.). Zie over de scheiding van onderzoek en vervolging Kroniek 1985, *R.W.*, 1986-87, nrs. 29-31, 640, en Kroniek 1977-1988, *R.W.*, 1988-89, Wetgeving, c, 527 en nr. 21, 532).

31. *Idem.* Door een dergelijke overweging in een bevel tot aanhouding doet de rechterlijke commissie bij de beklaagde een vermoeden van partijdigheid ontstaan. Ook om deze reden is dit aanhoudingsbevel nietig (zelfde arrest).

32. *Vermoeden van onschuld – E.V.R.M., artikel 6.2.* Een dergelijke motivering van een bevel tot aanhouding vormt bovendien een schending van het beginsel van het vermoeden van onschuld en is ook daarom nietig (zelfde arrest).

33. *Recht om binnen een redelijke termijn berecht te worden – E.V.R.M., artikel 6.1.* Elke verdaging van de terechtzitting die als doel heeft over de procesakten te beschikken die opgesteld werden door een buitenlands rechtscollege inzake een eventuele mededader, die een burger is en niet ressorteert onder de bevoegdheid van de Belgische militaire rechtscolleges vormt een schending van het algemeen rechtsbeginsel geformuleerd in artikel 6.1 van het E.V.R.M. (Mil. Ger., 28 september 1989, onuitg.).

34. *Voorlopige intrekking van het rijbewijs.* Artikel 6.1 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden wordt niet geschonden door het besluit tot voorlopige intrekking van het rijbewijs genomen door het Duitse «Amtsgericht», dat geen definitieve beslissing van een strafrechtbank uitmaakt (Mil. Ger., 26 april 1989, onuitg.).

B. Voorlopige hechtenis

35. *Onderverzekerdewaarborgingstelling – Wetboek voor de Rechtspleging bij de Landmacht van 20 juli 1814, artikel 164.* Wanneer de krijgsraad ter zitting de inverzekerdewaarborgingstelling van beklaagde heeft uitgesproken, is een verzoek-

schrift tot voorlopige invrijheidstelling ingediend ter griffie van het militair gerechtshof toelaatbaar. Het militair gerechtshof moet zich dan uitspreken alvorens ten gronde recht te doen en onderzoeken of de motieven die bestonden om de onderverzekerdebewaringstelling te bevelen, nog steeds voorhanden zijn en niet ontzenuwd worden door de gegevens uiteengezet in het verzoekschrift (Mil. Ger., 9 februari 1989, onuitg.).

De «onderverzekerdebewaringstelling» van een beklagde is een maatregel waartoe de krijgsraad, krachtens artikel 164 van het Wetboek voor de Rechtspleging bij de Landmacht van 1814 hetzij op eigen initiatief, hetzij op voordracht van de krijgsauditeur, «naar bewind van zaken» kan «disponeren». Deze bepaling wordt soms aangewend om de «onmiddellijke aanhouding» van een veroordeelde te bevelen, aangezien de Hechteniswet van 1874 in beginsel niet toepasselijk is in de militaire strafrechtspleging (zie hierover eveneens de rechtsleer vermeld onder nr. 27).

C. Vonnissen en arresten

35. *Conclusies van het openbaar ministerie.* Wanneer een vrijstelling van dienst om medische redenen niet in aanmerking wordt genomen, dient de conclusie van het openbaar ministerie betreffende deze vrijstelling niet beantwoord te worden (Mil. Ger., 26 september 1989, onuitg.).

37. *Motivering – Wet van 27 april 1987.* Door de uitgesproken straf onvoldoende te motiveren, past de rechter op de beklagde de strafwet op onwettige wijze toe (Mil. Ger., 24 augustus 1989, onuitg.).

38. *Idem.* Artikel 207 van het Wetboek voor de Rechtspleging bij de Landmacht van 20 juli 1814, gewijzigd bij artikel 3 van de wet van 27 april 1987 in verband met de motivering van de straffen en artikel 97 van de Grondwet, wordt geschonden door het arrest dat in geen enkele van zijn overwegingen de strafmaat van de gevangenisstraf rechtvaardigt, noch de hoogte van de geldboete die het wijst (Cass., 30 maart 1988, *Arr. Cass.*, 1987-88, 991, *R.D.P.*, 1988, 815, met noot J.S., *R.D.P.*, 1989, 534, *T.R.D.*, 1988, 1383).

39. *Idem.* Door enkel vast te stellen dat het gepast voorkomt een geldboete met rijverbod op te leggen, aangezien het ontoelaatbaar is in staat van alcoholintoxicatie achter het stuur van een wagen plaats te nemen, beantwoordt het motief niet aan het bijzondere motiveringsvereiste van de wet, nu het door een loutere verwijzing naar het misdrijf nauwkeurigheid mist (Mil. Ger., 28 maart 1990, onuitg.).

40. *Idem.* Door te stellen dat het verboden is de wet te overtreden en door een loutere verwijzing naar een blanco strafregister, beantwoordt het motief van een vonnis niet aan de bijzondere motiveringsplicht van de wet van 27 april 1987 (Mil. Ger., 26 april 1990, onuitg.).

D. Verjaring van de strafvordering

41. *Onderzoeksdaad gesteld door een gerechtelijk stagiair bij het krijgsauditoraat.* De apostil waarbij een gerechtelijk stagiair bij het krijgsauditoraat processtukken met betrekking tot de bevoegdheidsproblematiek, met name een attest waaruit blijkt dat de beklagde op de dag der feiten deel uitmaakte van de Belgische Strijdkrachten in Duitsland, terugzandt aan de procureur des Konings, is een daad van onderzoek waardoor de verjaring van de strafvordering wordt

gestuit. De onderzoeksdaad gesteld door een gerechtelijk stagiair bij het krijgsauditoraat is rechtsgeldig, daar deze is gesteld door een officier van gerechtelijke politie, hulpofficier van de krijgsauditeur (Mil. Ger., 26 april 1989, onuitg.; zie nr. 26).

E. Verzet

42. *Uitwerking van het verzet van de niet verschenen partij.* Artikel 5 van de wet van 25 juni 1921 staat de niet verschenen partij toe verzet aan te tekenen door loutere verklaring ter griffie, zonder dat degene die verzet doet verplicht is dit te betekenen aan de andere partijen. Door de verklaring van verzet gedaan ter griffie van de krijgsraad wordt de zaak bij deze laatste zowel op strafrechtelijk als op burgerlijk gebied aanhangig gemaakt (Mil. Ger., 21 december 1989, onuitg.).

F. Burgerlijke vordering

43. *Verzet van een partij en hoger beroep van het openbaar ministerie alleen – Uitwerking.* Indien de verklaring van verzet gedaan ter griffie van de krijgsraad de zaak zowel wat de strafrechtelijke als wat de burgerlijke vorderingen betreft bij de krijgsraad aanhangig maakt, dan verwijst het hoger beroep van het openbaar ministerie alleen in geen geval de burgerlijke vordering naar de rechter in hoger beroep; bij gebrek aan hoger beroep van de burgerlijke partijen worden de burgerlijke vorderingen in het onderhavige geval niet bij het hof aanhangig gemaakt en de burgerlijke partijen vertegenwoordigd op de terechtzitting van het hof kunnen, op het hoger beroep van het openbaar ministerie alleen, niet tussenbeide komen tijdens de debatten daar ze immers niet veroordeeld zijn en niet het risico lopen om veroordeeld te worden in de kosten van de strafvordering (Mil. Ger., 21 december 1989, onuitg.).

44. *Idem.* Indien de verklaring van verzet gedaan ter griffie van de krijgsraad de zaak zowel wat de strafrechtelijke als wat de burgerlijke vorderingen betreft bij de krijgsraad aanhangig maakt, kan het openbaar ministerie, enige appellant van het vonnis gewezen op verzet, geen onregelmatigheid van dit vonnis aanklagen, die slechts privé-belangen betreft en niet wezenlijk van openbare orde is; het openbaar ministerie is immers geen vervolgende partij wat de burgerlijke vordering betreft en kan zich niet in de plaats stellen van de burgerlijke partijen die in principe alleen gemachtigd zijn om bezwaren te formuleren ten aanzien van de op burgerlijk gebied getroffen beslissing (zelfde arrest).

45. *Schadevergoeding – Vergoedende en moratoire interesten – Begrip – Begroting – Datum waarop ze beginnen te lopen.* Inzake interesten, dienen de volgende basisprincipes in overweging te worden genomen: 1) de rechter moet de schade, die voortspuit uit een ongeoorloofd feit evalueren op de dag van de uitspraak; 2) de dader van het ongeoorloofd feit heeft de verplichting het nadeel onmiddellijk te vergoeden, zonder te wachten totdat hij door het slachtoffer daartoe wordt verzocht of in gebreke wordt gesteld; 3) de interesten zijn vergoedend vanaf de dag waarop ze beginnen te lopen, welke datum op onaantastbare wijze door de rechter wordt bepaald, tot op de dag van uitspraak, vanaf welke zij moratoir zijn tot de volledige betaling (Mil. Ger., Fr. k., 27 juni 1989, in de zaak R., niet gepubl.).

46. *Schadevergoeding – Vergoedende interesten – Hoofdvergoedingen opnieuw geraamd op de dag van de uitspraak – Geen doublure.* De vergoedende interesten welke aan de burgerlijke partij de vergoeding verzekeren voor de complementaire schade voortvloeiend uit de vertraging opgelopen bij het vergoeden door diegene die voor deze schade aansprakelijk is, kunnen worden toegekend op de hoofdvergoedingen zelfs indien deze al geactualiseerd werden, dit is gereëvalueerd de dag van de uitspraak, om rekening te houden met de muntontwaarding (zelfde arrest).

47. *Schadevergoeding – Vergoedende interesten – Berekening op basis van de wettelijke rentevoet – Dubbele vergoeding van de muntontwaarding.* Omdat de wettelijke rentevoet vastgesteld wordt rekening houdend met het inflatiepercentage, zou het toekennen van vergoedende interesten tegen

de wettelijke rentevoet, de schade die voortvloeit uit de muntontwaarding op twee verschillende manieren vergoeden; dat is niet het geval wanneer de rechter de rentevoet vaststelt op basis van constante waarden die vrij zijn van inflatoire invloeden. Daarentegen blijven de gerechtelijke interesten vastgesteld op basis van de wettelijke rentevoet.

Frits GORLÉ
Auditeur-generaal bij het
Militair Gerechtshof

André ANDRIES
Eerste advocaat-generaal bij het
Militair Gerechtshof

DE HOMOLOGATIE VAN DE STAAT VAN VEREFFENING EN VERDELING IN EEN PROCEDURE VAN GERECHTELIJKE VERDELING EN HET CASSATIEARREST VAN 6 APRIL 1990 ¹

In een procedure van gerechtelijke vereffening en verdeling stelt de notaris de staat van vereffening en verdeling op van alle baten en lasten die tot de te verdelen boedel behoren.

Vervolgens maant hij de partijen, bij aangetekend schrijven of bij gerechtsdeurwaardersexploot, minstens een maand op voorhand aan: om inzage te nemen van de staat van vereffening en om de werkzaamheden van vereffening-verdeling bij te wonen op plaats, dag en uur die hij bepaalt; daarenboven waarschuwt hij de belanghebbenden dat de loting der kavels en dus de uitvoering van de vereffening-verdeling zal geschieden zowel in hun afwezigheid als in hun aanwezigheid, doch met het recht voor hen om van hun eventuele beweringen en zwaarigheden akte te laten nemen (art. 1218 Ger. W.).

De boedelnotaris zal eveneens de notaris aanmanen die is aangewezen om de niet verschijnende en weigerende partijen te vertegenwoordigen.

De termijn van een maand is een minimum; art. 1218 Ger. W. bepaalt immers dat de notaris de partijen aanmaant om inzage te nemen van de staat van vereffening en bij de werkzaamheden tegenwoordig te zijn op de plaats, de dag en het uur, die hij bepaalt op «ten minste» een maand na de dagtekening van de aanmaning. Niets belet de boedelnotaris een langere termijn te bepalen. Het niet naleven van de termijn van een maand brengt anderzijds geen nietigheid mee van de procedure aangezien art. 860 Ger. W. bepaalt dat, wat de verzuimde of onregelmatig verrichte vorm ook zij, geen proceshandeling nietig verklaard kan worden indien de wet de nietigheid ervan niet uitdrukkelijk heeft bevolen. De enige sanctie bestaat erin dat de rechtbank een nieuwe oproe-

ping voor de boedelnotaris zal bevelen ¹. Deze zal alsdan verplicht zijn een nieuwe aanmaning te sturen.

De uiteenzetting van de partijen daaromtrent wordt gedaan hetzij bij wijze van conclusie van de rechtbank hetzij bij wijze van zwaarigheid in het proces-verbaal zelf ².

Op de vastgestelde plaats, dag en uur zal de notaris de staat van vereffening meedelen aan de aanwezige partijen en aan de notaris aangewezen om de niet verschijnende of weigerende partijen te vertegenwoordigen. In de praktijk zal de notaris samen met zijn aanmaning een kopie van de staat van vereffening aan partijen en hun raadsliden toesturen, hoewel deze theoretisch op het kantoor inzage moeten nemen van dit document.

Na de mededeling van de staat van vereffening zijn er verschillende mogelijkheden:

1. alle partijen verschijnen en gaan akkoord;
2. één der partijen verschijnt niet of weigert te tekenen zonder zwaarigheden te formuleren, de anderen gaan akkoord; de kavels worden toegewezen bij loting;

¹ *R.W.*, 1990-91, 218, met conclusie advocaat-generaal G. D'HOORE

¹ *Gent*, 21 maart 1975, *T.Not.*, 1976, 43.

² THUYLSBAERT, M., *Taak van de notaris in de gerechtelijke verdeling*, polycopie, 82.

3. één partij verschijnt niet of weigert te tekenen zonder zwaarigheden te formuleren, de anderen gaan akkoord, maar er is geen loting;

4. er worden zwaarigheden geformuleerd.

1. Partijen verschijnen en gaan akkoord.

Indien alle partijen bekwaam zijn en instemmen met de samenstelling van de kavels en de rechten van elkeen, wordt overgegaan tot toebedeling van de kavels door de partijen vrij bepaald, of tot loting. De loting gebeurt op initiatief van de notaris (art. 1219 Ger. W.). Deze zal slechts tot loting overgaan indien de partijen niet tot een akkoord kunnen komen omtrent een rechtstreekse toedeling van de kavels. Om tot een dergelijk akkoord te komen zullen de deelgenoten positief moeten meewerken aan de samenstelling van de kavels. Daarenboven zal de loting maar mogelijk zijn indien de rechten van alle deelgenoten gelijk zijn.

Het proces-verbaal dat de notaris aan de voet van zijn staat van vereffening zal openen wordt als volgt opgesteld:

a) de gedane aanmaningen worden vermeld alsmede de aanwezigheid van de partijen;

b) het feit dat de staat van vereffening en verdeling eventueel het deskundig verslag zijn meegedeeld aan de partijen;

c) de eventuele kleine wijzigingen en/of aanvullingen aan die staat van vereffening door partijen voorgesteld en aanvaard;

d) het akkoord van de aanwezige partijen om af te zien aan de gerechtelijke verdeling en om in der minne te verffenen;

e) de toedeling van de kavels, eventueel bij loting;

f) de betaling en de kwijting van de eventuele oplegssommen.

Dit proces-verbaal zal dan voor partijen de titel uitmaken die het hun mogelijk zal maken eventuele oplegssommen te vorderen. Door de ondertekening van dit proces-verbaal is de verdeling definitief (art. 1219, § 1, Ger.W.).

Ingeval er onroerende goederen zijn, moet dit document samen met de staat van vereffening op het hypotheekkantoor overgeschreven worden. Het moet dus wel alle vermeldingen bevatten voorgeschreven door de wet van 10 oktober 1913.

Indien een van de partijen minderjarig is, moet de procedure gevolgd worden van de minnelijke verdeling in gerechtelijke vorm, d.w.z. dat de verdeling geschiedt onder het voorzitterschap en met de goedkeuring van de vrederechter (art. 1206 Ger.W.)⁴.

Twee mogelijkheden kunnen zich voordoen:

a) ofwel keurt de vrederechter de verdeling goed door de akte te ondertekenen: de verdeling is definitief⁵. De eventuele loting zal eveneens gebeuren in aanwezigheid van de vrederechter bijgestaan door de griffier (art. 1219, § 1, Ger.W.);

b) ofwel weigert de vrederechter de akte te ondertekenen: in dat geval zal hij zijn weigering bij een met redenen

⁴ Dit geldt ook voor onbekwaamverklaarden, krankzinnigen die in een krankzinnigengesticht geplaatst of ten huize afgezonderd zijn, personen die geïnterneerd zijn ingevolge de wet op de bescherming van de maatschappij en afwezigen (art. 1225 Ger.W.).

⁵ Dendermonde, 29 april 1976, *T.Not.*, 1976, 181.

omklede beschikking vaststellen, waartegen voor alle partijen gezamenlijk hoger beroep openstaat (art. 1206, laatste lid, Ger. W.). Wordt het beroep afgewezen, dan blijft de gerechtelijke verdeling over als enige oplossing (art. 1219, § 2, Ger. W.). De gerechtelijke verdeling zal ook moeten worden gevolgd indien een van de partijen geestesziek is en ten huize afgezonderd en deze partij niet met de verdeling kan instemmen bij gebrek aan wettelijke vertegenwoordiger⁶.

Indien een van de partijen failliet is, staan we voor een minnelijke verdeling waarin een gefailleerde gerechtigd is. Deze, vertegenwoordigd door zijn curator, kan in onderlinge overeenstemming een verdeling verrichten. Volgens art. 1225 Ger.W. zijn de bepalingen van het hoofdstuk betreffende de verdeling waarin minderjarigen belang hebben, van toepassing op de verdeling waarin het belang gemoeid is van onbekwaamverklaarden, gecollocerden, gesekwestreerden, geïnterneerden en afwezigen.

Aangezien art. 1225 Ger. W. derhalve niet van toepassing is op de gefailleerde, is art. 1206 betreffende de minnelijke verdeling voor de vrederechter ook niet van toepassing. Wel moet, naar analogie van de opgelegde procedure in geval van dading (art. 492 Fw.) de akte van verdeling ter homologatie aan de rechtbank van koophandel worden voorgelegd⁷. De controle van de rechtbank van koophandel is echter maar nodig bij minnelijke verdeling; zij is niet gerechtvaardigd bij gerechtelijke verdeling.

2. Een van de deelgenoten verschijnt niet of weigert te tekenen zonder zwaarigheden te formuleren, de anderen gaan akkoord. De kavels worden toegewezen bij loting.

In dat geval tekent de notaris die is aangesteld om de niet verschijnende partijen te vertegenwoordigen, voor deze laatste. De akte van verdeling is definitief als een minnelijke verdeling (art. 1219, eerste lid, Ger. W.)⁸. De afwezige kan zich niet benadeeld achten; de procedure werd hem toegelicht (art. 1218, laatste lid). Homologatie is dus niet meer nodig⁹. Ingeval een deelgenoot minderjarig is of failliet, moet gehandeld worden zoals hiervoor is gezegd.

Is de notaris die is aangesteld om de niet verschijnende partijen te vertegenwoordigen, de mening toegedaan dat de procedure onregelmatigheden vertoont, of dat de voorafgaande beschikkingen van de rechtbank niet correct zijn uit-

⁶ VAN REEPINGHEN, Ch., *Verslag over de gerechtelijke hervorming*, I, 461.

⁷ DILLEMANS, R., PUELINCKX-COENE, M. en VERSTRAETE, J., «Overzicht van rechtspraak (1968-1977). Erfenissen», *T.P.R.*, 1978, 111, nr. 28; DE WILDE, L., «Overzicht van rechtspraak (1969-1974). Faillissement», *T.P.R.*, 1974, 817, nr. 20; Kh. Brussel, 8 november 1972, *J.T.*, 1973, 12, en *Rev.Not.B.*, 1972, 607; VANQUICKENBORNE, M. en DEKKERS, R., «Examen de jurisprudence (1965-1972). Les successions et les libéralités», *R.C.J.B.*, 1975, 190.

⁸ Rb. Gent, 8 april 1981, *R.W.*, 1981-82, 1230.

⁹ THUYSSBAERT, M., o.c., 44; WAUTERS, Ch. en GRÉGOIRE, M., «Le notaire commis pour représenter les absents, pouvoirs et devoirs», in DELIÈGE, A. en FURNEMONT, M. (red.), *La pratique du partage judiciaire*, Story Scientia, 1987, 186; RAUCENT, L., «Rôle du notaire dans le partage judiciaire», in DELIÈGE, A. en FURNEMONT, M. (red.), *La pratique du partage judiciaire*, 226; THUYSSBAERT, M., *Rec.Gén.*, 1976, 78; SLUYTS, Ch., «Notariële en procesrechtelijke aspecten van de vereffening en verdeling», in PINTENS, W. (red.), *Vereffening-verdeling van de huwgemeenschap*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu Uitgevers, 1987, 125-126; DE VROE, J., *Rev.Not.B.*, 1988, 239.

gevoerd, zal hij van zijn opmerkingen akte laten nemen. In dit geval moet de staat van vereffening aan de rechtbank ter homologatie worden voorgelegd. Watelet stelt dat, indien de aangestelde notaris akkoord gaat met de staat van vereffening, deze toch nog zou moeten worden gehomologeerd omdat het niet gaat om een verdeling die van het begin af minnelijk is maar wel om een gerechtelijke verdeling die in haar laatste fase minnelijk wordt ingevolge het tweede lid van art. 1219, §1. De controle van de rechtbank zou nodig zijn als waarborg voor de regelmatigheid van de procedure, want homologeren betekent het conform erkennen met bepaalde veiligheidsregels¹⁰.

Wanneer een wettekst duidelijk is, moet men zich daaraan houden. Art. 1219, §1, tweede lid, zegt: «De akte van verdeling is definitief als minnelijke verdeling.» Er is dus geen homologatie meer nodig. Indien toch zou moeten worden gehomologeerd, heeft art. 1219, §1, geen zin.

Indien bij de loting een partij verschijnt maar weigert te tekenen zonder evenwel zwaarigheden te formuleren, moet zij gelijkgesteld worden met een niet-verschijnende partij¹¹. Het is om die reden dat art. 1219, §1, alleen spreekt van «de niet verschenen personen».

3. Een van de deelgenoten verschijnt niet of weigert te tekenen zonder zwaarigheden te formuleren, de anderen gaan akkoord. Er is geen loting. Dit betekent dat de kavels samengesteld werden rekening houdend met de eisen van elke (aanwezige) deelgenoot (zie 1 hierboven).

Zal in dit geval de handtekening van de aangestelde notaris de verdeling definitief maken of moet de staat vooralsnog gehomologeerd worden door de rechtbank?

Het antwoord op deze vraag hangt, o.a., af van het feit of de partijen nog zwaarigheden kunnen opwerpen voor de rechtbank. Immers, indien de partijen dit niet kunnen, zijn er geen zwaarigheden en zou er ook geen homologatie nodig zijn.

Volgens de ene kunnen de partijen hun zwaarigheden formuleren tot op het ogenblik van het sluiten van de verrichtingen van vereffening en verdeling, onverschillig of zij bezwaren hebben opgeworpen voor de notaris of niet¹². Deze stelling is gebaseerd op de overweging dat het recht om nieuwe conclusies te nemen tot de sluiting van de debatten de regel is en dat er voor deze materie in geen uitzondering voorzien is. Volgens deze opvatting kan de niet verschijnende partij dus nog steeds zwaarigheden opwerpen voor de rechtbank en kan de handtekening van de aangestelde notaris de verdeling niet definitief maken.

Anderen zijn de mening toegedaan dat de zwaarigheden, op straffe van nietigheid, enkel voor de boedelnotaris kunnen worden opgeworpen omdat het Gerechtelijk Wetboek de verschijning in persoon of door mandataris voor de boedelnotaris beveelt en deze bepaling de rechterlijke organi-

satie betreft en van openbare orde is¹³. Volgens die auteurs maakt de handtekening van de aangestelde notaris de verdeling definitief. Deze laatste stelling steunt tevens op het verslag van de koninklijke commissaris voor de gerechtelijke hervorming Charles Van Reepinghen: «Geen enkele tegenspraak is nog ontvankelijk na de sluiting van gezegd proces-verbaal, tenzij de rechtbank een verlenging van termijn toekent, indien gerechtvaardigde redenen worden ingeroepen»¹⁴.

Het cassatiearrest van 6 april 1990 heeft een einde gemaakt aan de betwisting. Volgens dit arrest volgt uit de artt. 1209 en 1223 Ger.W. en uit de toelichting daarbij in het verslag van de koninklijke commissaris, dat die wetsbepalingen aldus moeten worden gelezen dat slechts de betwistingen uitgedrukt in of voortvloeiend uit de beweringen en zwaarigheden opgenomen overeenkomstig art. 1218 in het proces-verbaal van de boedelnotaris, door de neerlegging ter griffie van de uitgifte van dit proces-verbaal bij de rechtbank aanhangig worden gemaakt.

De onontvankelijkheid van zwaarigheden voor de rechtbank na sluiting van het proces-verbaal van zwaarigheden is, zoals advocaat-generaal D'Hoore het in zijn conclusie zeer duidelijk schetst, geen louter probleem van termijn.

«De beweringen en zwaarigheden die voor het eerst voor de rechtbank ingediend worden, zijn niet toelaatbaar omdat ze nieuw zijn, d.w.z. omdat ze niet te gepasten tijde aan de boedelnotaris werden voorgelegd om opgenomen te worden in zijn proces-verbaal dat de zaak bij de rechtbank aanhangig maakt.

Dat de termijn van ten minste een maand die de notaris in acht dient te nemen tussen de aanmaning aan de belanghebbenden om inzage te nemen van het verslag en van de staat van vereffening en de dag waarop hij zijn proces-verbaal van de beweringen en de zwaarigheden zal opmaken, door de rechtbank kan worden verlengd indien daarvoor gegronde redenen worden aangevoerd, wijst er trouwens op dat er voor latere nieuwe beweringen en zwaarigheden in de homologatieprocedure geen plaats meer is.

Welke zin zou die bepaling van art. 1218, tweede lid, in fine, Ger.W., hebben indien de partij die niet te gepasten tijde verlenging van de termijn aanvraag, zonder beperking haar beweringen en zwaarigheden nog zou kunnen laten gelden voor de rechtbank, terwijl de partij die tijdig de verlenging aanvraag, die slechts zou kunnen verkrijgen mits ze gegronde redenen aanvoert?»¹⁵.

De stelling van ons hoogste gerechtshof strookt volledig met de rol die het Gerechtelijk Wetboek aan de notaris in het kader van de gerechtelijke vereffening en verdeling heeft toegewezen. Hij is de eerste rechter. Alle betwistingen moeten vooraf aan hem worden voorgelegd. Hij heeft de taak hieromtrent stelling te nemen en doet hij dit niet, dan zal de rechtbank de zaak terug naar hem verwijzen. Het is niet aan de rechtbank de vereffening en verdeling op te stellen;

¹⁰ WATELET, P., *Rev. Not.*, 1987, 70.

¹¹ *R.W.*, 1990-91, 223.

¹² Brussel, 6 februari 1968, *Rev.Prat.Not.*, 1968, 215; Brussel, 14 maart 1973, *Rev.Not.B.*, 1973, 396; Luik, 9 februari 1978, *Jur. Liège*, 1978-79, 2; Rb. Gent, 8 april 1981, *R.W.*, 1981-82, 1230, en *T.Not.*, 1982, 331; Luik, 24 oktober 1986, *J.T.*, 1987, 7, en *Rev.Not.B.*, 1987, 144; WATELET, P., *Rep.Not.*, «Le partage judiciaire», 135; BOURSEAU, R., «Aspects spécifiquement judiciaires», in DELIÈGE, A. en FURNEMONT, M. (red.), *La pratique du partage judiciaire*, Story-Scientia, 1987, 212-214.

¹³ DE VROE, J., *T.Not.*, 1975, 84; Brussel, 23 maart 1982, met noot THUYSSBAERT, M., *Rec.Gén.*, 1976, nr. 22014; DILLEMANS, R., PUELINCKX-COENE, M. en VERSTRAETE, J., o.c., *T.P.R.*, 1978, 113; RENS, J.L., *Précis de droit judiciaire, V, Procédures particulières*, Brussel, Larcier, 176; SLUYTS, Ch., o.c., 126; DE VROE, J., *Rev.Not.B.*, 1988, 240; Antwerpen, 12 februari 1979, *T.Not.*, 1979, 112.

¹⁴ VAN REEPINGHEN, Ch., *Verslag over de gerechtelijke hervorming*, I, 463.

¹⁵ *R.W.*, 1990-91, 222.

zij moet alleen homologeren of de notaris terechtwijzen indien zij niet akkoord gaat met zijn stellingname. De notaris zal alsdan zijn staat van vereffening moeten aanpassen¹⁶.

Het cassatiearrest voorziet een afwijking van de regel dat alleen de zwaarigheden opgeworpen voor de boedelnotaris geldig zijn nl. indien de partijen akkoord gaan om andere betwistingen aan de rechtbank voor te leggen. Immers, de termijn voor het formuleren van beweringen en zwaarigheden is niet onderworpen aan een absoluut verval, d.w.z. dat de partijen deze termijn kunnen overschrijden zo zij het daarover onderling eens zijn of zo hij verlengd wordt door de rechter overeenkomstig de bepalingen van art. 51 Ger.W.¹⁷.

Volgens deze laatste wetsbepaling moet de verlenging aan de rechtbank gevraagd worden vóór het verstrijken van de termijn door de boedelnotaris bepaald. Hetzelfde geldt voor het akkoord van de partijen daaromtrent. De advocaten zullen er moeten op letten dat hun akkoord in het proces-verbaal van zwaarigheden opgenomen wordt aangezien het tot stand moet komen vóór het verstrijken van de termijn gesteld om zwaarigheden te formuleren.

Het zal niet voldoende zijn dat een partij zich het recht voorbehoudt nog zwaarigheden voor de rechtbank te formuleren, er moet dienaangaande tussen de partijen een akkoord bestaan.

Zouden de partijen kunnen overeenkomen al hun zwaarigheden rechtstreeks voor de rechtbank te formuleren? Ik denk het niet; het arrest spreekt van «andere betwistingen», wat erop wijst dat er reeds betwistingen voor de boedelnotaris opgeworpen zijn.

Indien er nieuwe zwaarigheden voor de rechtbank worden opgeworpen, en in zoverre ze ernstig zijn, zal de rechtbank de partijen terug naar de notaris verwijzen om deze te laten antwoorden op de nieuwe zwaarigheden en om hem zijn staat van vereffening eventueel te laten aanpassen.

De vraag of de handtekening van de aangestelde notaris voldoende is om in het bestudeerde geval de deling definitief te maken, hangt volgens sommige auteurs niet uitsluitend af van het feit of al dan niet zwaarigheden voor de rechtbank kunnen worden opgeworpen; men moet volgens hen ook nagaan of de machten van die notaris voldoende uitgebreid zijn om, in deze omstandigheden, de deling definitief te maken¹⁸.

De aangestelde notaris beschikt over een wettelijk mandaat hetwelk hem toelaat rechtsgevolgen tot stand te brengen in het vermogen van de niet verschijnende of weigerende partijen. Maar dit wettelijk mandaat is beperkt:

– hij is gelast de niet verschijnende of weigerende partijen te vertegenwoordigen en in hun plaats de akten en processen-verbaal te tekenen (art. 1209, derde lid, Ger.W.); hij heeft een actieve rol; hij moet, indien hij het nodig acht, opmerkingen maken in naam van de personen die hij vertegenwoordigt; hij moet zich actief inlaten met de verdediging van de belangen van deze personen; hij moet waken over de re-

gelmatigheid en de wettigheid van de bewerkingen van verdeling; hij zal van zijn opmerkingen akte doen nemen; de staat van vereffening zal in dit geval ter homologatie aan de rechtbank moeten worden voorgelegd¹⁹;

– hij is bevoegd om de toewijzingen en andere schuldvorderingen in kapitaal en toebehoren te ontvangen, kwijting ervan te geven met of zonder indeplaatsstelling en, ten gevolge van deze betalingen, opheffing te verlenen van elke inschrijving die is of moet worden genomen, van elke overschrijving van bevel of beslag, alsmede van elk verzet indien daartoe grond bestaat (art. 1209, derde lid, Ger.W.). Deze notaris heeft dus slechts de macht om daden van beheer te stellen; hij kan in geen geval daden van beschikking stellen²⁰;

– in geval van overeenstemming van de aanwezige partijen over de gevormde kavels vertegenwoordigt hij de niet verschijnende bij de loting en in die hoedanigheid betuigt hij zijn akkoord met de verdeling, die aldus definitief wordt als minnelijke deling (1219, § 1).

De samenstelling van de kavels die dikwijls de toebedeling inhoudt van onroerende goederen aan een partij en schuldvorderingen aan de anderen, kan een (hoe klein ook) transactioneel karakter hebben. De dading is een daad van beschikking, derhalve kan, steeds volgens gezegde auteurs, de handtekening van deze notaris deze verdeling niet definitief maken.

We staan hier dus voor een belangrijk twistpunt: hoewel er geen zwaarigheden zijn maakt, volgens de ene stelling, de handtekening van de aangestelde notaris de verdeling niet definitief wanneer een partij niet verschijnt of weigert te tekenen, volgens de andere stelling is homologatie slechts nodig wanneer zwaarigheden geformuleerd worden zodat, zelfs wanneer er een niet verschijnende of weigerende partij is maar geen zwaarigheden, de handtekening van de notaris aangesteld om de niet-verschijnende of weigerende partij te vertegenwoordigen de verdeling definitief maakt.

Het zou wenselijk zijn dat hetzij de wetgever hetzij ons hoogste gerechtshof hieromtrent duidelijkheid zou scheppen. Het tweede hierboven uitgedrukte standpunt is zeker het meest logische. Indien een deelgenoot niet verschijnt of weigert te tekenen zonder evenwel één zwaarigheid te formuleren, heeft men toch de indruk dat het om een loutere obstructie gaat. Want heeft hij bezwaren tegen de staat van vereffening, hoe weinig belangrijk ook, en wenst hij dat de rechtbank zich hierover uitsprekt, dan kan hij deze kenbaar maken, hetzij aan de boedelnotaris, hetzij aan de aangestelde notaris, die het dan wel zal verwoorden. Maar wil hij op geen enkele manier zijn bezwaren doen kennen, dan heeft het ook niet veel zin de zaak naar de rechtbank te verwijzen, aangezien geen enkele partij één enkele opmerking over de staat van vereffening heeft gemaakt en, behoudens onderling akkoord, geen enkele partij er nog kan maken, nu ons hoogste gerechtshof hierover duidelijk uitspraak heeft gedaan. De homologatie zal er dan in bestaan dat de rechtbank nagaat of de procedure correct is gevolgd en of geen foutieve juridische stellingen zijn toegepast. Maar

¹⁶ Rb. Antwerpen, 1e-bis Kamer, 22 februari 1989 (onuitgegeven); Luik, 1 juni 1981, *Jur.Liège*, 1981, 291; Rb. Luik, 2 februari 1973, *Rev. Not.*, 1973, 253, en *Jur. Liège*, 172-73, 179; Rb. Dendermonde, 22 maart 1973, *Rev.Not.*, 1974, 478.

¹⁷ R.W., 1990-91, 222.

¹⁸ WAUTERS, Ch. en GRÉGOIRE, M., o.c., 187; RAUCENT, L., o.c., 226; DE VROE, J., *Rev.Not.B.*, 1988, 246.

¹⁹ WATELET, P., *Rép.Not.*, nr. 78.

²⁰ WATELET, P., *Rép.Not.*, o.c., nr. 81; RENS, R., *Rev.Not.*, 1971, 413; WAUTERS, Ch. en GRÉGOIRE, M., o.c., 187; RAUCENT, L., o.c., 226; SLUYTS, Ch., o.c., 102; DE VROE, J., *Rev.Not.B.*, 1988, 246.

dat was niet de bedoeling van de gerechtelijke hervorming. De rechtbank moest maar optreden indien er betwistingen rezen tussen de partijen en de boedelnotaris niet tot een door allen aanvaarde oplossing kon komen.

Deze stellingname kan men ook afleiden uit de conclusie van advocaat-generaal D'Hoore voor het hof²¹.

Hij beperkt deze problematiek tot drie mogelijkheden :

1. Er is loting : de notaris aangesteld om de niet verschijnende en weigerende partijen (aangezien een partij die verschijnt maar weigert te tekenen zonder zwaarigheden te formuleren gelijkstaat met een niet verschijnende) te vertegenwoordigen tekent : de verdeling is definitief.

2. Er zijn zwaarigheden : de staat van vereffening moet gehomologeerd worden want er is geen overeenstemming.

3. Er zijn geen zwaarigheden, d.w.z. dat de partijen geen opmerkingen op de staat van vereffening hebben en dat zij akkoord gaan met de voorgestelde oplossing : geen homologatie is vereist onverschillig of er niet verschijnende of weigerende partijen zijn. Deze hebben in de loop van de procedure ruimschoots de gelegenheid tot inspraak in en toezicht op de werkzaamheden geleid door de boedelnotaris. Zij worden zelfs herhaaldelijk in de door het wetboek bepaalde omstandigheden bij wijze van aanmaningen aangespoord van die gelegenheid gebruik te maken.

Deze laatste stelling maakt in feite een onderscheid in de machten die art. 1209, derde lid, aan de aangestelde notaris verleent. Door de ondertekening van de akten en processen-verbaal maakt de aangestelde notaris een einde aan de procedure wanneer er geen zwaarigheden zijn. Hij krijgt hier belangrijke machten toegewezen omdat in dit geval partijen geen gebruik hebben gemaakt van de mogelijkheid om zwaarigheden te formuleren ondanks de herhaalde verwittigingen en aanmaningen gedurende de procedure van vereffening. Uit het niet reageren van partijen kan men afleiden dat zij geen opmerkingen hebben en dat zij de procedure nodeloos willen rekken.

Voor de andere rechtshandelingen die art. 1209, derde lid, opsomt, zijn de machten van de aangestelde notaris beperkt tot daden van beheer.

Deze laatste stelling geniet onze voorkeur : wanneer er geen zwaarigheden zijn, is homologatie niet vereist. Het was de bedoeling van de auteurs van het Gerechtelijk Wetboek de procedure van gerechtelijke vereffening en verdeling te vereenvoudigen door onder meer alleen de betwistingen waartoe de staat van vereffening aanleiding zou geven en die in het proces-verbaal van zwaarigheden werden opgenomen, door de rechtbank te doen beslechten.

Aangezien het de essentiële taak is van de rechtbank op de betwistingen te antwoorden, hoeft de staat van vereffening niet aan de rechtbank te worden voorgelegd wanneer er geen betwistingen zijn²².

4. Er worden zwaarigheden geformuleerd.

Alsdan stelt de notaris een proces-verbaal van beweringen en zwaarigheden op in minuut. Hij noteert de opmerkingen van partijen in de vorm van verklaringen. De zwaarigheden

kunnen mondeling gemaakt worden voor de notaris, maar de partijen kunnen ook geschreven nota's overhandigen. De beweringen en zwaarigheden worden meestal gedicteerd door de advocaten van de partijen maar de notaris is meester van de redactie²³.

Een partij die niet verschijnt, kan haar zwaarigheden niet maken per brief of gerechtsdeurwaardersexploot. Deze rechtspleging is op tegenspraak en de schriftelijke mededeling is niet door de wet geregeld²⁴.

De boedelnotaris moet in een eerste fase trachten de partijen te verzoenen²⁵ en slechts een proces-verbaal van beweringen en zwaarigheden opstellen wanneer werkelijk geen akkoord kan worden bereikt²⁶. Hij moet alles in het werk stellen opdat de procedure niet tot het uiterste doorgedreven wordt²⁷.

Indien er onenigheid tussen de partijen blijft bestaan, is het niet voldoende dat hij van de verklaringen van de partijen akte neemt²⁸. Hij moet zijn persoonlijk advies geven in feite en in rechte over elke gemaakte opmerking, over alle geschilpunten die partijen verdelen, evenals over het waarom van de voorgestelde oplossing²⁹.

Deze verplichting blijkt uit geen enkele wettekst inzake verdeling. Men kan echter argumenteren, naar analogie van art. 1646 Ger.W. inzake rangregeling, dat de notaris de verplichting oplegt aan het proces-verbaal van rangregeling zijn opmerkingen op de door partijen gedane tegenspraak toe te voegen³⁰. Maar deze verplichting vloeit eveneens voort uit de opdracht die het Gerechtelijk Wetboek aan de notaris geeft, nl. een voorstel van vereffening uitwerken³¹. De staat van vereffening is niets anders dan een verslag aan de rechtbank met voorstellen tot vereffening³².

Indien een partij zwaarigheden zou formuleren maar vervolgens zou weigeren het proces-verbaal te ondertekenen, zal de notaris de zwaarigheden noteren en zal de aangestelde notaris het proces-verbaal ondertekenen in de plaats van de weigerende partij. Ook al zijn dat de enige geformuleerde zwaarigheden, de boedelnotaris zal de staat ter homologatie aan de rechtbank bezorgen. Art. 1219, § 2, zegt immers dat, indien de partijen het niet eens zijn, de notaris een proces-verbaal van beweringen en zwaarigheden opstelt, en deze zijn ook in dit geval geldig geformuleerd.

Ook wanneer zwaarigheden zijn opgenomen in het betreffende proces-verbaal, kunnen de partijen geen zwaarigheden meer voorbrengen bij de rechtbank, behoudens akkoord tus-

²³ WATELET, P., *Partages et liquidations judiciaires*, Ann.Fac.Dr. Liège, 1974, 42; Rb. Nijvel, 3 februari 1971, *Rev.Not.B.*, 1971, 283; Brussel, 14 maart 1973, *Rev.Not.B.*; 1973, 396.

²⁴ THUYSBAERT, M., o.c., 83.

²⁵ Rb. Brussel, 10 mei 1983, *T.Not.*, 1983, 370.

²⁶ Rb. Luik, 2 februari 1973, *Jur.Liège*, 1972-73, 179.

²⁷ WATELET, P., *Rép.Not.*, o.c., 43; Rb. Luik, 20 oktober 1972, *Jur.Liège*, 1972-73, 108.

²⁸ WATELET, P., *La rédaction des actes notariés*, 674.

²⁹ BOURSEAU, R., *La pratique du partage judiciaire*, o.c., 210-211; Rb. Luik, 28 april 1934, *Rev.Prat.Not.*, 1934, 343.

³⁰ WATELET, P., *Rép.Not.*, o.c., 52; Rb. Antwerpen, 1e-bis kamer, 22 februari 1989 (onuitgegeven).

³¹ SLUYTS, Ch., o.c., nr. 202; RAUCENT, L., o.c., 217-223; RENS, J.L., o.c., 177; Luik, 24 oktober 1986, *J.T.*, 1987, 7; DELNOYE, P., *Chronique de droit à l'usage du notariat*, Fac.Dr.Liège, I, 125.

³² DE WILDE, L., «De vlag en de lading», *R.W.*, 1984, 931.

²¹ *R.W.*, 1990-91, 223.

²² THUYSBAERT, M., *Rec.Gén.*, 1976, 78; DE VROE, J., *T.Not.*, 1975, 86; SLUYTS, Ch., o.c., 129; DE WILDE, L., «De vlag en de lading», *R.W.*, 1984, 931.

sen de partijen. Dit was juist het geval dat aan ons hoogste gerechtshof werd voorgelegd. Sommige auteurs stellen dat, indien voor de rechtbank argumenten in rechte werden opgeworpen door een partij die reeds zwaarigheden had doen gelden en zich dus wettelijk verzet had, deze door de rechtbank aanvaard moesten worden. Maar volgens dezelfde auteurs zou er misbruik van recht zijn indien men een partij die geen zwaarigheden heeft gemaakt, zou toestaan voor de rechtbank tegenspraak te doen³³.

Ook deze stellingname kan ingevolge het cassatiearrest van 6 april 1990 volledig verlaten worden.

Besluit. Het cassatiearrest van 6 april 1990, heeft een einde gemaakt aan de betwisting die zowel in de rechtspraak als in de rechtsleer bestond omtrent de vraag tot wanneer zwaarigheden tegen de staat van vereffening en verdeling konden worden opgeworpen. Het antwoord is nu duidelijk: alle zwaarigheden moeten voor de boedelnotaris worden voorgebracht, behoudens akkoord tussen de partijen.

De betwisting omtrent de verplichting in bepaalde omstandigheden de staat van vereffening en verdeling al dan niet ter homologatie aan de rechtbank te onderwerpen blijft echter bestaan.

Charles SLUYTS

Erenotaris

Buitengewoon docent K.U.Leuven

³³ WAUTERS, Ch. en GRÉGOIRE, M., o.c., 188.

RECHTSPRAAK

HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN

6e KAMER – 8 MAART 1988

Voorzitter: de h. Due

Advocaat-generaal: Sir Gordon Slynn

Europese Gemeenschappen – Harmonisatie van wetgevingen – B.T.W. – Prestaties van overheidsorganisme – Onder bezwarende titel verrichte diensten

Het begrip «diensten welke onder bezwarende titel worden verricht» in de zin van art. 2, aanhef en sub 1, van de zesde richtlijn betreffende de harmonisatie van de wetgevingen der Lid-Staten inzake omzetbelasting, onderstelt dat er een rechtstreeks verband bestaat tussen de verrichte dienst en de ontvangen tegenwaarde. De werkzaamheden van een nationaal orgaan voor produktiebevordering in de fruitsector, gefinancierd door belastingheffing bij de producenten, beantwoordt niet aan die begripsomschrijving.

Apple and Pear Development Council t/ Commissioners of Customs and Excise

1. Bij beschikking van 20 maart 1986, ingekomen ten Hove op 28 april daaraanvolgend, heeft het House of Lords krachtens artikel 177 EEG-Verdrag verzocht om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van artikel 2 van de Zesde richtlijn (77/388/EEG) van de Raad van 17 mei 1977 betreffende de harmonisatie van de wetgevingen der Lid-Staten inzake omzetbelasting – Gemeenschappelijk stelsel van belasting over de toegevoegde waarde: uniforme grondslag (PB 1977, L 145, blz. 1) (hierna: de Zesde richtlijn).

2. Deze vraag is gerezen in het kader van een voor genoemde rechterlijke instantie aanhangig geding tussen de Apple and Pear Development Council (hierna: de Council), een publiekrechtelijk lichaam, en de Commissioners of Cus-

toms and Excise (hierna: de Commissioners) betreffende een besluit van laatstgenoemden, dat tot gevolg had, dat de Council in het kader van de BTW geen voorbelasting meer kon aftrekken over verrichte diensten in verband met zijn uit de verplichte bijdragen van beroepstellers van appels en peren in Engeland en Wales (hierna: de telers) gefinancierde activiteiten. De Council heeft tegen dat besluit beroep ingesteld bij een Value Added Tax Tribunal, dat het beroep toewees, waarna verder is geprocedeerd tot bij het House of Lords.

3. De Council is in 1966 op verzoek van de telers ingesteld bij een ministerieel besluit krachtens de Industrial Organisation and Development Act 1947. De thans voor de Council geldende regels zijn vastgesteld bij een ministerieel besluit van 6 mei 1980 (Apple and Pear Development Council Order 1980, S.I. nr. 623), zoals nadien gewijzigd (hierna: de Order van 1980).

4. Blijkens het dossier bestaat de taak van de Council voornamelijk in het maken van reclame, het voeren van promotieacties en de verbetering van de kwaliteit van in Engeland en Wales geproduceerde appels en peren.

5. De Order van 1980 verklaart de Council bevoegd, de telers een jaarlijkse bijdrage op te leggen. Deze bijdrage mag niet hoger zijn dan een bepaald bedrag per met appel- of perebomen beplante hectare, dan wel, onder bepaalde omstandigheden, een bepaald bedrag per groep van vijftig op de grond van de producent geplante appel- of perebomen. De bijdragen moeten de Council in staat stellen, de kosten te dekken die hij bij de uitoefening van zijn taak maakt of zal maken.

6. Van oordeel dat het geschil vragen van uitlegging van het gemeenschapsrecht deed rijzen, besloot het House of Lords de behandeling van de zaak te schorsen totdat het Hof een uitspraak heeft gedaan over de volgende prejudiciële vraag:

«Vormen de uitoefening door de Apple and Pear Development Council van zijn werkzaamheden overeenkomstig

artikel 3 van de Apple and Pear Development Council Order 1980 (S. I nr. 623) (zoals gewijzigd bij de Apple and Pear Development Council (Amendment) Order 1980, S. I nr. 2001), en de heffing van een jaarlijkse bijdrage van de telers overeenkomstig artikel 9, lid 1, ten einde de Council in staat te stellen de bij de uitoefening van zijn werkzaamheden gemaakte of te maken administratieve en andere kosten te dekken, 'diensten welke... onder bezwarende titel worden verricht' in de zin van artikel 2 van de Zesde richtlijn van de Raad van 17 mei 1977 betreffende de harmonisatie van de wetgevingen der Lid-Statens inzake omzetbelasting?»

7. Artikel 2, aanhef en sub 1, van de Zesde richtlijn bepaalt:

«Aan de belasting over de toegevoegde waarde zijn onderworpen:

1) de levering van goederen en de diensten welke in het binnenland door een als zodanig handelende belastingplichtige onder bezwarende titel worden verricht;

...»

8. Blijkens het dossier is het House of Lords van mening, dat de Council een belastingplichtige in de zin van de Zesde richtlijn is.

9. Voor een nadere uiteenzetting van de feiten, het procesverloop en de bij het Hof ingediende opmerkingen wordt verwezen naar het rapport ter terechtzitting. Deze elementen uit het dossier worden hierna slechts weergegeven voor zover dat noodzakelijk is voor de redenering van het Hof.

10. Voor de beantwoording van de vraag van de nationale rechter moet artikel 2, aanhef en sub 1, van de Zesde richtlijn worden uitgelegd en aangezien deze richtlijn dezelfde doelstelling heeft als de Tweede richtlijn van de Raad van 11 april 1967 betreffende de harmonisatie van de wetgevingen der Lid-Statens inzake omzetbelasting – Structuur en wijze van toepassing van het gemeenschappelijk stelsel van belasting over de toegevoegde waarde (67/228/EEG, PB 1967, nr. 71, blz. 1303; hierna: de Tweede richtlijn), dient daarbij rekening te worden gehouden met 's Hof's rechtspraak met betrekking tot deze Tweede richtlijn.

11. Desbetreffend zij herinnerd aan het arrest van 5 februari 1981 (zaak 154/80, Coöperatieve Aardappelenbewaarplaats, Jurispr. 1981, blz. 445), waarin het Hof overwoog dat, wil een dienstverrichting in de zin van de Tweede richtlijn belastbaar zijn, er een rechtstreeks verband moet bestaan tussen de verrichte dienst en de ontvangen tegenwaarde.

12. Het begrip «diensten welke onder bezwarende titel worden verricht» in de zin van artikel 2, aanhef en sub 1, van de Zesde richtlijn, onderstelt derhalve dat er een rechtstreeks verband bestaat tussen de verrichte dienst en de ontvangen tegenwaarde.

13. De vraag is dus of er een rechtstreeks verband bestaat tussen de werkzaamheden van de Council en de bijdragen die hij aan de telers oplegt.

14. Naar uit de verwijzingsbeschikking blijkt, houdt de Council zich bezig met de behartiging van de gemeenschappelijke belangen van de telers. Wanneer de Council diensten verricht, komen de daaruit voortvloeiende voordelen aan de gehele betrokken sector ten goede. Indien de individuele appel- en perentelers voordelen genieten, dan is dat als indirect uitvloeisel van de voordelen die op algemene wijze aan de gehele sector ten goede komen. Opgemerkt zij dat het onder bepaalde omstandigheden niet uitgesloten is, dat en-

kel de appelteilers of enkel de perentelers voordeel kunnen hebben bij specifieke werkzaamheden van de Council.

15. Daarenboven bestaat er geen verband tussen de omvang van het voordeel dat individuele telers bij de dienstverlening van de Council hebben, en het bedrag van de verplichte bijdragen die zij ingevolge de Order van 1980 moeten betalen. Die bijdragen worden niet als een contractuele, maar als een wettelijke verplichting opgelegd en kunnen als schuld aan de Council steeds van de individuele teler worden ingevorderd, ongeacht of deze al dan niet voordeel heeft bij een specifieke dienst van de Council.

16. Hieruit volgt dat de aan de telers opgelegde verplichte bijdrage niet een tegenprestatie is die in rechtstreeks verband staat met de voordelen die voor de individuele telers voortvloeien uit de werkzaamheden van de Council. Onder die omstandigheden is de uitoefening van die werkzaamheden dus geen dienst welke onder bezwarende titel wordt verricht, in de zin van artikel 2, aanhef en sub 1, van de Zesde richtlijn.

17. Mitsdien moet op de gestelde vraag worden geantwoord, dat de uitoefening door de Apple and Pear Development Council van de werkzaamheden die hem zijn opgedragen bij artikel 3 van de Apple and Pear Development Council Order 1980, S. I, nr. 623 (zoals gewijzigd bij de Apple and Pear Development Council (Amendment) Order 1980, S. I nr. 2001), en de oplegging krachtens artikel 9, lid 1, aan de fruittelers van een jaarlijkse bijdrage ter dekking van de door de Council bij de uitoefening van die werkzaamheden gemaakte of te maken administratieve en andere kosten, geen «onder bezwarende titel verrichte diensten» zijn in de zin van artikel 2 van de Zesde richtlijn (77/388/EEG) van de Raad van 17 mei 1977 betreffende de harmonisatie van de wetgevingen der Lid-Statens inzake omzetbelasting – Gemeenschappelijk stelsel van belasting over de toegevoegde waarde: uniforme grondslag.

NOOT – *De toepasselijkheid van de belasting over de toegevoegde waarde op prestaties verricht door overheidsorganismen*

1. Art. 4 van het Wetboek B.T.W. noemt als belastingplichtige «ieder wiens werkzaamheid erin bestaat geregeld en zelfstandig, met of zonder winst oogmerk, hoofdzakelijk of aanvullend, leveringen van goederen of diensten te verrichten die in dit wetboek zijn omschreven». De leveringen van de goederen en het verrichten van de diensten worden verder in het wetboek omschreven als prestaties die ingevolge een *contract onder bezwarende titel* worden verricht (art. 10 resp. art. 18, § 1, W.B.T.W.). De vraag rijst of, en zo ja, in welke mate dit principe ook geldt voor de prestaties die worden verricht door overheidsorganismen.

2. In deze context is art. 6 W.B.T.W. van belang. Het eerste lid van die bepaling sluit de Staat, de Gemeenschappen, de Gewesten, de provincies, de agglomeraties, de gemeenten en de openbare instellingen uit als belastingplichtige tenzij in de gevallen waarin de Koning hen als belastingplichtige aanmerkt (art. 6, tweede lid, W.B.T.W.). De fiscale wetgever heeft voor de toepassing van de B.T.W. aan het begrip openbare instelling een beperkte betekenis gehecht. Uit de memorie van toelichting bij art. 6 W.B.T.W. blijkt dat art. 6, eerste lid, niet slaat op de publiekrechtelijke lichamen die bij wijze van vereniging tot stand zijn gebracht. Als openbare

instelling worden enkel zij die bij wijze van stichting tot stand zijn gebracht, geïsoleerd. Een gevolg is dat openbare instellingen in de vorm van een vereniging (bv. de Gewestelijke Investeringsmaatschappijen, de intercommunale verenigingen) de hoedanigheid van belastingplichtige hebben wanneer ze geregeld handelingen verrichten die in het Wetboek B.T.W. zijn bedoeld.

Aan het tweede lid van art. 6 werd door het K.B. nr. 26 van 2 december 1970¹ uitvoering gegeven. In het K.B. worden twee systemen van onderwerping aan de B.T.W. gehanteerd. Allereerst worden de diensten en de regio's van de in art. 6, eerste lid, genoemde instellingen slechts voor bepaalde activiteiten aan de B.T.W. onderworpen. Daarnaast worden bepaalde openbare instellingen *ratione personae* (bv. A.S.L.K. en R.T.T. (cf. infra)) als belastingplichtige aangemerkt. Deze instellingen zijn bijgevolg voor alle in het Wetboek B.T.W. bedoelde handelingen die ze verrichten, aan de B.T.W. onderworpen.

De macht die de Koning krachtens art. 6, tweede lid heeft, is – zo wordt aangenomen – niet discretionair². De Staat, de Gemeenschappen, de Gewesten, de provincies, de agglomeraties, de gemeenten en de openbare instellingen worden slechts als belastingplichtige aangemerkt wanneer deze organismen *geregeld* de economische werkzaamheid van een producent, een handelaar of een dienstverrichter uitoefenen. Uit het K.B. nr. 26 van 2 december 1970 blijkt duidelijk dat de Koning zijn bevoegdheid niet volledig heeft uitgeoefend. Zo valt op dat bijvoorbeeld de Regie der Posterijen of de N.K.B.K., niet werden opgenomen³. De reden hiervoor is wellicht dat de enige opzet was mededingingsdistorsies te vermijden (cf. infra).

3. Het in art. 6, tweede lid, gehanteerde criterium is duidelijk anders geformuleerd dan het algemene criterium voor de toepassing van de B.T.W.

Zo wordt in de eerste plaats niet vereist dat de prestatie wordt verricht in de uitvoering van een contract. Als reden wordt aangehaald dat de kwalificatie van de verhouding tussen de in art. 6 bedoelde publiekrechtelijke lichamen en hun afnemers zeer omstreden is. Zowel in de doctrine als in de rechtspraak bestaat namelijk onenigheid over het feit of deze verhouding van reglementaire dan wel van contractuele aard is⁴. Uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat de wetgever een beperking uit dit onderscheid afgeleid, niet a priori heeft willen aanvaarden⁵.

Vervolgens is niet duidelijk of het begrip economische werkzaamheid samenvalt met de term activiteit onder bezwarende titel. De parlementaire voorbereiding leert echter dat beide begrippen moeten worden gelijkgesteld⁶. Volgens het verslag was immers de bedoeling distorsies te voorkomen wanneer een openbare instelling geregeld de economische werkzaamheid van een producent, een handelaar of een dienstverrichter uitoefent, die in concurrentie is met de werkzaamheden van de privé-sector. Is er concurrentie, dan zal de openbare instelling als belastingplichtige aangemerkt worden, overeenkomstig het tweede lid van artikel 6⁷. Omgekeerd wordt gesteld dat de in art. 6, eerste lid, genoemde instellingen in beginsel geen belastingplichtige zijn wanneer ze als openbare overheid optreden. Dit is zeker het geval als ze belastingen heffen. Zo mag geen B.T.W. worden geheven op een van overheidswege geïnde belasting waaraan de belastingbetaler niet kan ontsnappen⁸.

Een probleem is evenwel dat over de kwalificatie van de gelden die de overheid van de burgers vraagt, geen algehele duidelijkheid bestaat⁹.

4. Het hiervoren weergegeven arrest van het Hof van Justitie is in dit opzicht verhelderend. Dit arrest behandelt een prejudiciële vraag m.b.t. de betekenis van art. 2, 1°, van de zesde EEG-richtlijn (77/338/EEG) van 17 mei 1977 betreffende de harmonisatie van de wetgevingen der Lid-Staten inzake omzetbelasting. Meer in het bijzonder wordt aan het Hof gevraagd wat wordt bedoeld met «diensten welke *onder bezwarende titel* worden verricht». In de lijn van zijn vroegere rechtspraak¹⁰ antwoordt het Hof dat dit begrip onderstelt dat er een *rechtstreeks* verband bestaat tussen de verrichte dienst en de ontvangen tegenwaarde¹¹.

Het onderhavige geval had betrekking op de Apple en Pear Development Council. Dit publiekrechtelijke lichaam heeft tot taak de productie en verkoop van appels en peren van standaardkwaliteit in Engeland en Wales te bevorderen. Bij ministerieel besluit van 1980 werd de Council bevoegd om de telers van appel- of perebomen een jaarlijkse bijdrage op te leggen. Deze bijdragen moeten de Council in staat stellen de kosten te dekken die hij bij de uitoefening van zijn taak maakt of zal maken¹². Het Hof oordeelde dat er geen rechtstreeks verband bestaat tussen de werkzaamheden van de Council en de bijdragen die hij aan de telers oplegt. De criteria die het Hof hanteert zijn tweërlei: allereerst het collectief karakter van de prestatie van de Council die de hele sector ten goede komt en waaraan de leden, individueel gezien, slechts onrechtstreeks nut hebben¹³; vervolgens het ontbreken van enig verband tussen de omvang van het ontvangen voordeel en het verplicht te betalen bedrag. Wegens het verplichte karakter is het mogelijk dat een teler moet betalen zonder enig specifiek voordeel te genieten.

5. De heffing door de Council ten laste van de telers is naar Belgisch recht het best vergelijkbaar met een «belasting-retributie»¹⁴. In de Belgische rechtspraak zijn een aantal voorbeelden van vergelijkbare heffingen terug te vinden. Zo is er o.m. het arrest van de Raad van State van 20 september 1963 dat handelde over heffingen door de Nationale Zuiveldienst ten laste van de zuivelproducenten, distributeurs en -verkopers om de kosten en uitgaven te financieren van propaganda die hij op wettige wijze voerde ter verbetering van de zuivelmarkt¹⁵.

Voorts kan ook het arrest van het Hof van Cassatie van 28 januari 1988 worden genoemd, dat betrekking heeft op de heffingen door de R.T.T. ten laste van de houders van vergunningen voor radioberichtgeving en private radioverbindingen en die worden aangewend ter financiering van de controle en het toezicht door de R.T.T. op installaties en uitzendingen¹⁶. Omdat het voorbeeld van de R.T.T. voor de hier behandelde problematiek interessant is, wordt het hierna verder uitgediept.

6. De wettelijke basis van de heffing door de R.T.T. ligt in art. 11 van de wet van 30 juli 1979¹⁷. Oorspronkelijk luidde deze bepaling: «De Koning stelt het bedrag vast van de rechten die moeten worden betaald door de aanvragers en houders van de in art. 3, § 1, bedoelde vergunningen» en «bepaalt de betalingsmodaliteiten van deze rechten». De Koning heeft hieraan uitvoering gegeven bij K.B. van 15 oktober 1979. Art. 22 van dit K.B. bepaalt dat de houders van een ministeriële vergunning verplicht zijn een jaarlijks recht te betalen dat bestemd is om de kosten voor de controle van

de stations en netten voor radioverbinding en het toezicht op de uitzending te dekken en dat wordt bepaald volgens de rangschikking van de gemachtigde stations en netten. Uit het feit dat de prestaties waarvoor de R.T.T. een recht vordert, de controle en het toezicht betreffen op de installaties en uitzendingen, hetgeen tot de algemene politieplicht behoort van de R.T.T., oordeelde het Hof van Cassatie dat de bijdrageplichtige hiervoor «geen enkele rechtstreekse en geïndividualiseerde dienst» van de R.T.T. verkrijgt.

De bijdrageplichtige verkrijgt uit die controle en dat toezicht geen enkel ander voordeel dan het voordeel van een ieder die krachtens de wet recht heeft op de «bescherming van de radioverbindingen». Om die reden besluit het Hof van Cassatie dat deze heffing een belasting is. Op die heffing was geen B.T.W. verschuldigd.

Als gevolg van het arrest van het Hof van Cassatie werd het hiervoren genoemde art. 11 van de wet van 30 juli 1979 door art. 330 van de Programmawet van 22 december 1989¹⁸ als volgt gewijzigd: «De Koning stelt het bedrag vast van de rechten die aan de Regie moeten worden betaald door de aanvragers en titularissen van de vergunningen bedoeld in art. 3, § 1, om de uitgaven te dekken die voortvloeien uit de controle over de naleving van hun verplichtingen en van de aan hun stations en netten voor radioverbinding opgelegde voorwaarden alsmede voor het te hunner beschikking stellen van één of meer frequenties en het recht deze te gebruiken».

Uit de memorie van toelichting alsmede uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat deze wijziging voldoende werd geacht om dezelfde heffing – het K.B. (i.h.b. art. 22) ter uitvoering van art. 11 werd immers nadien op generlei wijze gewijzigd – te kunnen beschouwen als een vergoeding voor verrichte diensten. Dit brengt met zich mee dat voortaan aan de vergunninghouders B.T.W. wordt aangerekend tegen het normale tarief van 19%¹⁹.

Men kan o.i. echter betwijfelen of door de wetswijziging alleen, en zonder een aanpassing van het K.B. van 15 oktober 1979, de aard van de tegenprestatie voor de bijdrageplichtige vergunninghouder wezenlijk is veranderd. De conclusie is dan dat er nog steeds geen sprake is van een verstrekte dienst in de zin van art. 18 W.B.T.W. en dat de aanrekening van 19% B.T.W. ten onrechte is.

Bruno PEETERS
Docent Universiteit Antwerpen (U.I.A.)

¹ B.S., 5 december 1970, gew. bij K.B. van 16 juni 1975 (B.S., 26 juni 1975; 4 mei 1976 (B.S., 13 mei 1976; K.B. 19 april 1978 (B.S., 25 april 1978); K.B. van 29 januari 1982 (B.S., 6 februari 1982), K.B. 4 december 1982 (B.S., 19 december 1989).

² Parl. St., Kamer, B.Z. 1968, nr. 88/15, 67 en 70; VANDEWINCKELE, o.c., nr. 6/1, 5.

³ DEOM, D., *Le statut juridique des entreprises publiques*, Brussel, Story, 1990, 400, nr. 263.

⁴ Zie hierover recent PEETERS, B., «De verhouding tussen openbare diensten en hun gebruikers: een contractuele of een reglementaire relatie?», *R.W.*, 1990-1991, 137-148.

⁵ Parl. St., Kamer, B.Z. 1968, nr. 88/15, 69-70.

⁶ Parl. St., Kamer, B.Z. 1968, nr. 88/15, 67-68.

⁷ Parl. St., Kamer, B.Z. 1968, nr. 88/15, 68.

⁸ VANDEWINCKELE, *Fiscale documentatie*, deel B.T.W., nr. 6/1, punt 3.

⁹ PEETERS, B., «De begrippen belasting, last en retributie in de artikelen 110 en 113 van de Grondwet», *R.W.*, 1987-88, 241-250.

¹⁰ H.v.J., 5 februari 1981, nr. 154/80, Coöperatieve Aardappelen-bewaarplaats, *Jur.*, 1981, 445; GROMLEY, L., «What is considération?», *E.L.R.*, 1982, 53-55.

¹¹ Vgl. H.v.J., 1 juli 1982, nr. 22/81, BAZ Bausystem AG, *Jur.*, 1982, 2527 en H.v.J., 1 april 1982, nr. 89/91, Hong-Kong Trade Development Council, *Jur.*, 1982, 1277: beide arresten hebben betrekking op het begrip tegenwaarde in art. 8 van de Tweede EEG-richtlijn.

¹² Terloops moet worden opgemerkt dat in casu geen beroep kon worden gedaan op art. 4, lid 5, van de Zesde Richtlijn om de Apple en Pear Development Council als niet-belastingplichtige aan te merken. Dit lid houdt in dat de Staat, de regio's, de gewesten, de provincies, de gemeenten en de andere publiekrechtelijke lichamen niet als belastingplichtig worden aangemerkt voor de werkzaamheden of handelingen die zij als overheid verrichten, ook niet indien zij voor die werkzaamheden of handelingen rechten, heffingen, bijdragen of retributies innen, tenzij een behandeling als niet-belastingplichtige tot concurrentievervalsing van enige betekenis zou leiden. Lid 5 bepaalt immers ook dat de genoemde lichamen wel als belastingplichtige worden beschouwd voor de in bijlage D genoemde werkzaamheden zoals de «handelingen van de landbouw-interventiebureaus m.b.t. landbouwproducten, die worden verricht op grond van verordeningen houdende een gemeenschappelijke marktordening voor deze producten».

¹³ Vgl. met de zinsnede in art. 44, § 2, 11°, W.B.T.W.: «de diensten ten behoeve en in het gemeenschappelijk belang van hun leden, verricht tegen betaling van een krachtens de statuten bepaalde bijdrage».

¹⁴ Zie hierover PEETERS, B., *De continuïteit van het overheids-ondernemen*, Antwerpen, Maklu, 1989, 439-440, nrs. 500-501.

¹⁵ R.v.St., V.Z.W. Nationale Federatie van Verdelers Grossiers in voedingswaren en Togni, nr. 10.174, 20 september 1963; vgl. in gelijke zin m.b.t. de bijdragen geïnd door de vroegere Nationale landbouw- en voedingscorporatie: Cass., 2 december 1943, *Pas.*, 1944, I, 88, *R.J.D.A.*, 1946, 28, met conclusie adv. gen. R. HAYOIT DE TERMICOURT en Noot H. MATTON; Cass., 30 november 1950, *Pas.*, 1951, I, 191.

¹⁶ Cass., 28 januari 1988, *R.W.*, 1988-89, 190.

¹⁷ B.S., 30 augustus 1979.

¹⁸ B.S., 30 december 1989. Art. 11 van de wet van 30 juli 1979 in de versie vóór de wijziging door de Programmawet van 22 december, is het voorwerp geweest van een beroep voor het Arbitragehof (Arbitragehof, 25 januari 1990, nr. 7/90, B.S., 4 april 1990). Op dit arrest dat voor het hier behandelde onderwerp niet relevant is, wordt niet ingegaan.

¹⁹ Vr. en Antw., Kamer, nr. 105, 1989-90, vraag nr. 459 van Charlier, 22 februari 1990.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 21 DECEMBER 1989

Voorzitter: de h. Sace, afdelingsvoorzitter

Openbaar ministerie: de h. Leclercq, advocaat-generaal

Advocaten: mrs. Simont en De Bruyn

Onrechtmatige daad – Aansprakelijkheid – Ouders voor hun minderjarige kinderen – Grondslag – Kind ten tijde van de feiten onder het toezicht van een leraar

Het vermoeden van aansprakelijkheid dat art. 1384, tweede lid, B.W. jegens de ouders instelt ten aanzien van de door hun minderjarige kinderen veroorzaakte schade, berust hetzij op een fout in de opvoeding, hetzij op een fout in het toezicht, zonder dat vereist is dat die beide fouten gelijktijdig bestaan.

De omstandigheid dat het kind zich ten tijde van de feiten onder het toezicht van een leraar bevond, is geen reden om de aansprakelijkheid van de ouders uit te sluiten ter zake van de schade die aan hun eigen fout te wijten is.

C. en P. t/ D.

Gelet op het bestreden vonnis, op 25 februari 1988 door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Nijvel in hoger beroep gewezen ;

...

Overwegende dat het vermoeden van aansprakelijkheid dat artikel 1384, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek jegens de ouders instelt ten aanzien van de door hun minderjarige kinderen veroorzaakte schade, hetzij op een fout in de opvoeding, hetzij op een fout in het toezicht berust, zonder dat vereist is dat die beide fouten gelijktijdig bestaan ;

Overwegende dat het bestreden vonnis vaststelt dat Patrick C., de minderjarige zoon van de eisers, «twee vuistslagen» aan Pascal D. heeft gegeven, terwijl beiden zich onder toezicht van een leraar in de lichamelijke opvoeding in een zwembad bevonden ; dat de appelrechter beslist dat de objectief ongeoorloofde daad van Patrick C. wees op een gebrek in de opvoeding door zijn ouders ;

Overwegende dat de omstandigheid dat het kind zich ten tijde van de feiten onder het toezicht van een leraar bevond, geen reden is om de aansprakelijkheid van de eisers uit te sluiten ter zake van de schade die aan hun eigen fout te wijten is ;

Dat de aangevoerde omstandigheid bijgevolg de wettigheid van de beslissing niet beïnvloedt ;

...

NOOT—Zie en vergelijk Cass., 23 februari 1989, *J.T.*, 1989, 235, *R.W.*, 1989-90, 645.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 15 FEBRUARI 1990

Voorzitter-rapporteur : de h. Sace

Openbaar ministerie : de h. Velu, eerste advocaat-generaal

Advocaten : mrs. Simont en De Bruyn

Verbintenis – Betaling – Toerekening – Eerst op rente – 1. Voorwaarde – 2. Gevolg – Anatocisme

1. De regel van art. 1254 B.W. krachtens welke de schuldenaar van een schuld die interest geeft, buiten de toestemming van de schuldeiser de gedeeltelijke betaling die hij doet, niet kan toerekenen op het kapitaal eerder dan op de interesten, is aan geen enkele voorafgaande voorwaarde onderworpen.

2. De toerekening van de betalingen op de vervallen overeengekomen interesten, eerder dan op het kapitaal, heeft niet tot gevolg dat die interesten ook nog interest opbrengen.

T. t/ Stad Thuin

Gelet op het bestreden arrest, op 30 maart 1988 door het Hof van Beroep te Bergen gewezen ;

Over het middel: schending van de artikelen 1154, 1254 van het Burgerlijk Wetboek en 97 van de Grondwet,

doordat het arrest, hoewel het vaststelt dat eiser voor het urbanistische werk honorariumstaten heeft opgemaakt, te weten van 1.175.580 frank op 22 oktober 1975, van 175.439

frank op 15 september 1975, en van 3.170.682 frank op 22 oktober 1975, dat die bedragen respectievelijk op 9 augustus 1978, 6 juli 1981 en 3 augustus 1978 zijn betaald door verweerster en dat ze op die data overeengekomen compensatoire interesten hadden opgebracht, respectievelijk 412.999 frank, 124.309 frank en 1.047.880 frank, verweerster veroordeelt tot betaling van die moratoire interesten alleen, maar beslist dat eiser de betalingen van verweerster er niet eerst op kan toerekenen, op grond : a) dat eiser, ofschoon verweerster niet betaalde, haar nooit in gebreke stelde om zijn honorariumstaat van 1.175.580 frank van 22 oktober 1975 te betalen, niet reclameerde en haar zelfs geen afrekening van verschuldigde interesten deed toekomen ; dat de betaling van de schuldenares op 9 augustus 1978 dus alleen maar kon worden toegerekend op de hoofdsom, die toen de enige vaststaande schuld was ; dat derhalve moet worden aangenomen dat de hoofdsom volledig is betaald op 9 augustus 1978 ; dat hetzelfde geldt voor de toerekening van de betalingen van verweerster op 3 augustus 1978 en 6 juli 1981, aangezien vóór de laatste betaling geen interest werd gevorderd, en dat de interesten dus tot op die data moeten worden berekend ; b) dat de eerste rechter terecht oordeelt dat de voorwaarden van artikel 1154 van het Burgerlijk Wetboek niet vervuld waren vóór de dagvaarding van 25 mei 1984, terwijl dat artikel te dezen toepasselijk is ; dat men zich tevergeefs afvraagt welke overeenkomst partijen zouden hebben gesloten om interest op interest te doen opbrengen ; dat zulks ook geldt voor de andere twee honorariumstaten, waarbij dezelfde datum van 25 mei 1984 in aanmerking moet worden genomen,

...

Wat het eerste onderdeel betreft :

...

Overwegende dat het arrest vaststelt dat de tussen partijen gesloten overeenkomsten bepaalden dat, als het aan eiser verschuldigde honorarium niet binnen de vastgestelde termijn werd betaald, de vertraging van verweerster in de uitvoering van haar verbintenis tot betaling van moratoire interest zou leiden ;

Dat het arrest echter oordeelt dat, wat de eerste honorariumstaat van 22 oktober 1975 betreft, nu er geen ingebrekestelling is geweest of eiser geen afrekening van interesten heeft toegezonden, de betaling van verweerster op 9 augustus 1978 alleen maar kon worden toegerekend op de hoofdsom, te weten de enige op die datum vaststaande schuld, en dat zowel wat de honorariumstaat van 15 september 1975 als wat de tweede honorariumstaat van 22 oktober 1975 betreft, hetzelfde geldt voor de toerekening van de betalingen ;

Overwegende dat, krachtens artikel 1254 van het Burgerlijk Wetboek, de schuldenaar van een schuld die interest geeft, buiten de toestemming van de schuldeiser de gedeeltelijke betaling die hij doet, niet kan toerekenen op het kapitaal eerder dan op de interesten ; dat die regel, die tot voordeel strekt van de schuldeiser, aan geen enkele voorafgaande voorwaarde onderworpen is ;

Overwegende dat het arrest, door eiser het recht te ontzeggen om de gedeeltelijke betalingen zo toe te rekenen dat de hoofdsom van de schuldvordering interesten blijft opbrengen zolang de schuld niet volledig is aangezuiverd, op grond dat verweerster niet in gebreke was gesteld en geen afrekening van de interesten had ontvangen, de toerekening

van de betalingen afhankelijk stelt van een voorwaarde die artikel 1254 van het Burgerlijk Wetboek niet bevat, en derhalve die bepaling schendt;

Dat het onderdeel in zoverre gegrond is;

Wat het tweede onderdeel betreft;

...

Overwegende dat de toerekening van de betalingen op de vervallen overeengekomen interesten, eerder dan op het kapitaal, niet tot gevolg heeft dat die interesten ook nog in interest opbrengen;

Dat daaruit volgt dat het arrest, door de vordering tot betaling van moratoire interesten op het bedrag van het niet betaalde honorarium ongegrond te verklaren op grond alleen dat «de voorwaarden van artikel 1154 van het Burgerlijk Wetboek niet vervuld waren vóór de dagvaarding van 25 mei 1984», zijn beslissing niet naar recht verantwoordt;

Dat het onderdeel gegrond is;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 16 MAART 1990

Voorzitter: de h. Caenepeel

Rapporteur: de h. Rauws

Openbaar ministerie: de h. Declercq

Advocaat: mr. Dubois

Inkomstenbelastingen – Teruggave – Moratoire interest – Gekweten belasting – Begrip

Ingevolge art. 308 W.I.B. is moratoire interest verschuldigd wanneer de bevolen teruggave betrekking heeft op de overeenkomstig art. 206 ingekohierde en, door verrekening van de gestorte bedrijfsvoorheffing, gekweten personenbelasting, en niet op de in art. 309, 2°, bedoelde terugbetaling van het overschot van voorheffingen.

Belgische Staat t/ P. en B.

Gelet op het bestreden arrest, op 23 februari 1988 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen;

Over het middel: schending van artikel 309, 2° en 3°, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen,

doordat het arrest, na te hebben vastgesteld dat, bij beslissing op 10 september 1985 genomen, na het verstrijken van de termijn van bezwaar een ambtshalve ontheffing werd verleend op grond van artikel 277, § 1, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, die beslissing wijzigt voor recht zeggende dat de afzonderlijk belastbare achterstallen moeten worden belast tegen het tarief van het referentiejaar 1981 in plaats van 1976, en de teruggave beveelt van de eventueel te veel geïnde bedragen, met toekenning van moratoire interesten vanaf de vaststelling van de aanslag, in de mate dat zij betrekking hebben op het bedrag van de bedrijfsvoorheffingen,

terwijl het hof van beroep de eis betreffende de gevorderde moratoire interesten niet kon inwilligen, noch op grond van artikel 309, 2°, van hetzelfde wetboek, aangezien de terugbetaling van overschotten van voorheffingen nooit aanleiding geeft tot de toekenning van moratoire interesten,

noch op grond van artikel 309, 3°, van hetzelfde wetboek, aangezien de terugbetaling van overbelastingen als bedoeld in artikel 277, §§ 1 en 2, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, die geschiedt na het verstrijken van de termijnen van bezwaar en beroep, evenmin moratoire interesten oplevert; zodat het arrest, door de toekenning van moratoire interesten zowel voornoemd artikel 309, 2°, als artikel 309, 3°, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen schendt;

Overwegende dat de gegevens van het arrest en de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, aantonen: dat de verweerders, op 16 april 1984, een ontvankelijk bezwaarschrift hadden ingediend tegen de ingekohierde aanslag, vastgesteld in het aanslagjaar 1983 met betrekking tot de achterstallen en de opzeggingsvergoeding door de ex-werkgever van verweerder in 1982 betaald, en waarop 464.000 frank bedrijfsvoorheffing was ingehouden, en dat, op 10 september 1985, door de ambtenaar gedelegeerd door de directeur der belastingen, ambtshalve ontheffing was verleend ten belope van 241.933 frank, met toepassing van artikel 277, § 1, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen; dat het hof van beroep aanneemt dat, ingevolge de beslissing van 10 september 1985, het bij de directeur der belastingen ingediende bezwaar impliciet ten dele was afgewezen;

Overwegende dat het arrest, dat uitspraak doet op de voorziening tegen de impliciete beslissing van de directeur der belastingen, oordeelt dat de voormelde achterstallen en opzeggingsvergoeding moesten worden belast tegen het tarief van het referentiejaar 1981, en niet tegen dat van 1976, zoals de administratie had gedaan; dat het arrest, op die grond, eiser veroordeelt tot teruggave van de eventueel te veel geïnde bedragen, vermeerderd met de moratoire interesten vanaf de vaststelling van de aanslag, voor wat aangaat het bedrag van de bedrijfsvoorheffing;

Dat nu, volgens het arrest, het geschil niet een beslissing genomen met toepassing van artikel 277, § 1 of 2, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen betreft, het hof van beroep artikel 309, 3°, van dat wetboek niet schendt door op de bevolen teruggave moratoire interesten toe te kennen;

Overwegende, voor het overige, dat de personenbelasting, bedoeld in artikel 1 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, vastgesteld wordt door middel van de door artikel 266 van het wetboek voorgeschreven inkohiering, en geheel of ten dele gekweten wordt door verrekening van het bedrag van de geïnde voorheffingen, overeenkomstig het bepaalde in de artikelen 186, 191 en 203 van het wetboek;

Dat de vaststellingen van het arrest aantonen dat de door de rechters bevolen teruggave betrekking heeft op de overeenkomstig artikel 266 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen ingekohierde en, door verrekening van de gestorte bedrijfsvoorheffing, gekweten personenbelasting, en niet op de in artikel 309, 2°, van hetzelfde wetboek bedoelde terugbetaling van het overschot van voorheffingen;

Dat derhalve, ingevolge artikel 308 van het bedoelde wetboek, moratoire interesten verschuldigd zijn op de teruggave die het arrest beveelt, zodat het hof van beroep, door aldus te beslissen, voormeld artikel 309, 2°, niet schendt;

...

NOOT – Zie Cass., 16 februari 1984, *R.W.*, 1984-85, 964; 20 december 1985, *R.W.*, 1986-87, 280; 29 oktober 1987, *R.W.*, 1987-88, 992.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 19 MAART 1990

Voorzitter: de h. Châtel, eerste voorzitter

Rapporteur: de h. Rappe

Openbaar ministerie: de h. Leclercq

Advocaten: mrs. De Bruyn en Bützler

Arbeidsongeval – Uitvoering van arbeidsovereenkomst – Opdracht buiten de onderneming – Onderbreking vóór terugkeer – Terugkeer

De uitvoering van een arbeidsovereenkomst eindigt wanneer de werknemer die een opdracht buiten de onderneming uitvoert, naar zijn verblijfplaats of naar de zetel van de onderneming is teruggekeerd. Het ongeval dat die werknemer tijdens zijn terugkeer overkomt, is een arbeidsongeval, tenzij het hem overkomt op een ogenblik dat hij die terugkeer om persoonlijke redenen heeft onderbroken, ook al bevindt hij zich dan geografisch op het traject naar zijn verblijfplaats of naar de zetel van de onderneming. De vaststelling dat aan de terugkeer een overdreven onderbreking om persoonlijke redenen is voorafgegaan, impliceert niet dat het ongeval op de terugweg is gebeurd op een ogenblik dat de uitvoering van de arbeidsovereenkomst was onderbroken.

Belgisch Bureau van de Automobiëlverzekeraars e.a.
t/ V. e.a.

Gelet op het bestreden arrest, op 16 maart 1989 door het Arbeidshof te Luik gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 7 en 46, § 1, 4°, van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971,

doordat het arrest, hoewel dit het door de eerste rechter vastgestelde relaas van de feiten weergegeven achtte, te weten dat de heer J.V. voor de maatschappij I. (eiseres) een vergadering bij de heer B., advocaat te Dusseldorf, moest bijwonen, dat hij Brussel (de zetel van I. België) heeft verlaten samen met de heer D. die het voertuig van de maatschappij bestuurde om hem naar Dusseldorf te voeren, dat beide mannen na de vergadering een wandeling in de stad hebben gemaakt, het avondmaal te Dusseldorf hebben gebruikt en omstreeks middernacht (om 1 uur 30 volgens het arrest) naar huis zijn gereden, dat het ongeval rond 3 uur 35 te Corswarem is gebeurd, «dat door een onbekende oorzaak, misschien een windstoot», het voertuig de vangrails van de autosnelweg heeft geraakt, die door de hevige botsing zijn afgeknakt en in het voertuig zijn binnengedrongen, waardoor de heer V. zwaar werd gewond, toch beslist dat laatstgenoemde niet getroffen werd door een arbeidsongeval, op grond: «Wijlen de heer V. had op het ogenblik van het ongeval geen arbeidsverhouding meer met de gemeenschappelijke werkgever. Hij had die duidelijk onderbroken om een toeristische avond in Dusseldorf door te brengen. Zo men aanneemt dat hij de vergadering om 20 uur 30 heeft verlaten (verklaring: tussen 20 en 21 uur) – wat reeds vrij

laat is voor een namiddagvergadering – en dat hij gerechtigd was zijn terugreis te onderbreken om te eten, kan men niet aannemen dat plus minus vijf uur nog verantwoord was, nu twee uren ruimschoots volstonden. De h. V. had immers tijdens die maaltijd met zijn chauffeur alleen, geen enkele professionele verplichting en kon achteraf in zijn voertuig uitrusten, aangezien D. reed. Wanneer het Hof van Cassatie oordeelt dat de arbeidsverhouding pas bij de terugkeer van de opdracht eindigt, oordeelde het over een opdracht van lange duur in het buitenland, en sloot het, hoe dan ook, de afwijzing van de overdreven onderbrekingen om louter persoonlijke redenen, zoals deze hier, niet uit»,

...

Overwegende dat, wanneer de uitvoering van een arbeidsovereenkomst eindigt wanneer de werknemer, die een opdracht buiten de onderneming uitvoert, naar zijn verblijfplaats of naar de zetel van de onderneming is teruggekeerd, het ongeval dat die werknemer tijdens zijn terugkeer overkomt een arbeidsongeval is, tenzij het ongeval hem overkomt op een ogenblik dat hij die terugkeer naar zijn verblijfplaats of naar de zetel van de onderneming om persoonlijke redenen heeft onderbroken, ook al bevindt hij zich dan geografisch op het traject naar zijn verblijfplaats of naar de zetel van de onderneming;

Overwegende dat uit het arrest en uit de door het arrest overgenomen vaststellingen van het beroepen vonnis blijkt: dat V. door zijn werkgever, de maatschappij I., met een opdracht te Dusseldorf was belast, dat hij op 14 december 1982 in een door een andere werknemer van de maatschappij bestuurd voertuig naar Dusseldorf is gereden, dat die opdracht pas eindigde bij zijn terugkeer in zijn verblijfplaats of in de onderneming, dat de werkvergadering omstreeks 20 uur 30 is geëindigd, dat de betrokkenen op 15 december om 1 uur 30 Dusseldorf hebben verlaten en dat het ongeval waarin V. werd gedood te 3 uur 30 te Corswarem is gebeurd;

Overwegende dat het arrest, om te beslissen dat het ongeval geen arbeidsongeval is in de zin van artikel 7 van de wet van 10 april 1971, steunt op de overweging dat V. «weliswaar gerechtigd was zijn terugreis te onderbreken om te eten, maar dat natuurlijk niet kan worden aangenomen dat plus minus vijf uur nog verantwoord was, nu twee uren ruimschoots volstonden», «dat hij de (arbeidsverhouding met de werkgever) duidelijk had onderbroken om een toeristische avond in Dusseldorf door te brengen» zodat «de overledene op het ogenblik van het ongeval geen arbeidsverhouding met de werkgever meer had»;

Overwegende dat het arrest zijn beslissing niet naar recht verantwoordt, daar de vaststelling alleen dat aan de terugkeer een «overdreven onderbreking om louter persoonlijke redenen» was voorafgegaan niet impliceert dat het ongeval op de terugweg is gebeurd op een ogenblik dat de uitvoering van de arbeidsovereenkomst was onderbroken;

...

NOOT – Zie ook Cass., 12 maart 1979, *R.W.*, 1979-80, 567; Cass., 26 september 1988, *R.W.*, 1988-89, 881, *T.S.R.*, 1988, 424, en *J.T.T.*, 1989, 109.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 19 MAART 1990

Voorzitter : de h. Châtel, eerste voorzitter

Rapporteur : de h. Verheyden

Openbaar ministerie : de h. Leclercq

Advocaten : mrs. Draps en Houtekier

Beroepsziekte – Onverschuldigd betaalde uitkeringen – Terugvordering – Vereiste

De bepaling van de Beroepsziektenwet dat de teruggave van de bedragen die ten onrechte zijn toegekend als schadeloosstelling ingevolge die wet, niet mag worden geëist van de personen aan wie ze zijn uitgekeerd, behalve wanneer deze laatsten ze aan de hand van bedrieglijke middelen hebben verkregen, maakt geen onderscheid naar gelang van de oorzaak van het onverschuldigd betaalde, met uitzondering van bedrieglijke middelen.

B. e.a. t/ Fonds voor de Beroepsziekten

Gelet op het bestreden arrest, op 27 juni 1988 door het Arbeidshof te Bergen gewezen ;

Over het middel: schending van de artikelen 1315, 1349, 1353 van het Burgerlijk Wetboek, 807 van het Gerechtelijk Wetboek, 44 van de op 3 juni 1970 gecoördineerde wetten betreffende de schadeloosstelling van de beroepsziekten, 97 van de Grondwet, van het beginsel van de autonomie der procespartijen en van het algemeen rechtsbeginsel inzake het recht van verdediging,

doordat het arrest, na te hebben vastgesteld dat de rechtsvoorganger van de eisers vergoedingen ontving van verweerder, dat hem vanaf 1 april 1983 een rustpensioen werd toegekend en dat de door verweerder uitgekeerde vergoedingen eerst op 28 februari 1985 ingevolge het koninklijk besluit van 13 januari 1983 zijn verminderd, afwijzend beschikt op het beroep van de rechtsvoorganger van de eisers tegen de beslissing van verweerder om de tussen 1 april 1983 en 28 februari 1985 ten onrechte uitgekeerde bedragen terug te vorderen en beslist dat de reeds teruggekregen bedragen niet meer behoeven te worden terugbetaald, op grond : «dat (verweerder) terecht aanvoert dat artikel 44 van de wet van 3 juni 1970 betreffende de terugvordering van het onverschuldigd betaalde inzake vergoedingen voor arbeidsongeschiktheid ten gevolge van of krachtens een beroepsziekte te dezen niet toepasselijk is ; dat dit artikel enkel betrekking heeft op de ten onrechte uitgekeerde bedragen ten gevolge van een verkeerde interpretatie of een vergissing van het bestuur zonder enige verantwoordelijkheid van de rechthebbenden ; de bewuste onverschuldigde uitkering niet te wijten is aan zodanige vergissingen, maar aan de uitvoering van wettelijke verordeningbepalingen waarvan het Fonds voor de Beroepsziekten toepassing moet maken zodra het van die samenvoeging op de hoogte is, wat het te dezen heeft gedaan ; dat het in het Belgisch Staatsblad van 20 januari 1983 bekendgemaakte koninklijk besluit van 13 januari 1983 bepaalde dat het terugwerkte tot 1 januari 1983, wat een onverschuldigde betaling impliceert die vanaf de inwerkingtreding van de wet kan worden teruggevorderd, ook al was het Fonds voor de Beroepsziekten van het rustpensioen op de hoogte geweest op de dag van de bekendmaking in het Bel-

gisch Staatsblad ; dat bijgevolg de beslissing tot terugvordering terecht is genomen, dat (de rechtsvoorganger van de eisers) zich niet kon beroepen op het ontbreken van bedrieglijke middelen, bedoeld in artikel 44 van de vroegere wet van 3 juni 1970, nu deze niet van toepassing is op bepalingen inzake cumulatie»,

...

Overwegende dat artikel 44 van de op 3 juni 1970 gecoördineerde wetten betreffende de schadeloosstelling voor beroepsziekten bepaalt dat de teruggave der sommen die ten onrechte zijn toegekend als schadeloosstelling ingevolge deze wetten, niet mag worden geëist van de personen aan wie zij zijn uitgekeerd, behalve wanneer deze laatsten ze aan de hand van bedrieglijke middelen hebben verkregen ;

Overwegende dat die bepaling geen onderscheid maakt naar gelang van de oorzaak van het onverschuldigd betaalde, met uitzondering van bedrieglijke middelen ;

Dat het arrest om de vermelde en in het middel weergegeven redenen zijn beslissing derhalve niet naar recht verantwoordt ;

...

NOOT – Zie ook Cass., 11 mei 1981, *R.W.*, 1981-82, 2118.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 23 MAART 1990

Voorzitter : de h. Soetaert

Rapporteur : de h. Rauws

Openbaar ministerie : de h. Krings, procureur-generaal

Advocaten : mrs. Van der Elst en Claeys Bouuaert

Algemene rechtsbeginselen – Onpartijdigheid van de rechter – Inkomstenbelastingen – Bezwaar – Directeur der belastingen

Het algemeen rechtsbeginsel volgens hetwelk een rechter onpartijdig moet zijn, geldt voor alle gerechten en derhalve ook ten aanzien van de directeur der belastingen of de door hem gedelegeerde ambtenaar die uitspraak doet over de door de belastingplichtige ingediende bezwaren tegen het bedrag van de te zijnen name vastgestelde aanslag.

Van S. t/ Belgische Staat

Gelet op het bestreden arrest, op 20 december 1988 door het Hof van Beroep te Gent gewezen ;

Over het eerste middel, gesteld als volgt : «schending van het algemeen en volstrekt rechtsbeginsel dat ieder geschil met onpartijdigheid en neutraliteit moet worden onderzocht. Uit het fiscaal dossier blijkt : 1) dat de heer De W. aan de oorsprong ligt van de betwiste aanslag, handelend in hoedanigheid van hoofdcontroleur. Hij ondertekende o.a. de volgende stukken ; - bericht van wijziging van de aangifte van 6 juli 1981 betreffende aanslagjaar 1979 en 1980, - nota van taxatieambtenaar van 14 juli 1981, i.v.m. het niet akkoord gaan op het bericht van wijziging ; 2) dat na indiening van het bezwaarschrift van 6 oktober 1981, de hoofdcontroleur De W. belast werd met het onderzoek van de zaak en

ditmaal in hoedanigheid van inspecteur der belastingen. Dit blijkt uit het dossier o.a.: - brief van de inspecteur aan verzoeker van 6 september 1983 tot het verstrekken van de nodige inlichtingen, - brief van de inspecteur van 12 oktober 1984 met uitnodiging tot bespreking, - voorstel tot herziene belastbare grondslagen van 24 oktober 1984, - bondige nota van onderzoek van de inspecteur aan de directeur 13 december 1984; 3) dat de inspecteur der belastingen De W. - oorspronkelijke hoofdcontroleur - dan handelend in de hoedanigheid van 'gevolmachtigde beambte door de gewestelijke directeur der directe belastingen van Gent' - de bestreden beslissing heeft genomen. Deze bestreden beslissing heeft als datum 13 december 1984. Dat het Hof van Beroep te Gent van oordeel was dat de delegatie geregeld wordt door de artikelen 275 en 276 van het Wetboek van Inkomstenbelastingen en dat niets belet dat de onderzoekende en rapporterende inspecteur ook de auteur is van de navolgende beslissing (hetgeen volledig in tegenstelling is met het arrest van het Hof van Beroep te Luik van 21 april 1988). Het Hof van Beroep te Gent besliste dit volledig ten onrechte. Het feit dat dezelfde administratieve instantie aan de oorsprong ligt van de betwiste aanslag, vervolgens het onderzoek van het bezwaarschrift voert en tenslotte de beslissing nopens de toelaatbaarheid en de gegrondheid van de betwisting treft, houdt een miskennis in van het recht van verdediging»:

Overwegende dat het middel niet enkel een reden van wraking aanvoert, maar in de eerste plaats het gebrek aan onpartijdigheid van de ambtenaar die, nadat hij als zodanig namens verweerder had gehandeld, vervolgens als rechter uitspraak deed over het geschil tussen de partijen; dat het middel derhalve berust op de schending van een essentiële regel van rechtsbedeling, zodat het voor het eerst voor het Hof kan worden aangevoerd;

Overwegende dat het algemeen rechtsbeginsel volgens hetwelk een rechter onpartijdig moet zijn, voor alle gerechten geldt, en derhalve ook ten aanzien van de directeur der belastingen of de door hem gedelegeerde ambtenaar die uitspraak doet over de door de belastingplichtige ingediende bezwaren tegen het bedrag van de te zijnen name vastgestelde aanslag;

Overwegende dat voormeld algemeen rechtsbeginsel met name is geschonden wanneer de beslissing is gewezen door een rechter van wie op objectieve gronden kan worden gevreesd dat hij niet de waarborg van onpartijdigheid biedt waarop de justieabele recht heeft; dat zulks inzake directe belastingen op de inkomsten het geval is wanneer de taxatieambtenaar die de betwiste aanslag heeft vastgesteld, later, in de hoedanigheid van door de directeur der belastingen gedelegeerd ambtenaar, met toepassing van artikel 276 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen uitspraak doet over de bezwaren die de belastingplichtige tegen de door hem vastgestelde aanslag heeft ingediend;

Overwegende dat uit de aangevochten beslissing, waarnaar het arrest verwijst, en uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, blijkt dat te dezen de betwiste aanslag is vastgesteld door de ambtenaar die daarna, in zijn hoedanigheid van door de directeur der belastingen gedelegeerd ambtenaar, uitspraak heeft gedaan over het door eiser overeenkomstig artikel 267 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen ingediende bezwaar tegen de aanslag;

Overwegende dat het hof van beroep de aangevochten beslissing van de gedelegeerde ambtenaar niet nietig verklaart maar integendeel de gronden ervan overneemt; dat het arrest derhalve zelf nietig is;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER - 23 MAART 1990

Voorzitter: de h. Soetaert

Rapporteur: mevr. Baeté-Swinnen

Openbaar ministerie: de h. Krings, procureur-generaal

Advocaten: mrs. Bützler en Dassesse

Adoptie - Derdenverzet van opgeroepen maar niet tussengekomen persoon

Ascendenten die tijdens de procedure tot homologatie van een adoptieakte door de rechtbank werden opgeroepen maar bij hun verschijning niet verklaarden in het geding te willen tussenkomen, kunnen derdenverzet doen tegen het adoptievonniss.

V. en V. t/ B. en V.

Gelet op het bestreden arrest, op 25 maart 1988 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 350, § 3, derde lid, en 356, § 2, van het Burgerlijk Wetboek en 1122 van het Gerechtelijk Wetboek,

doordat het hof van beroep het door verweerdere ingestelde derdenverzet ontvankelijk en gegrond verklaart, op grond: «dat door geen gebruik te maken van de hun door artikel 350, § 3, derde lid, B.W. gegeven mogelijkheid ('kan') om te 'verklaren in het geding te willen tussenkomen', zij daarin derden bleven en zich derhalve met toepassing van art. 356, § 2, B.W. en art. 1122 Ger. W. tegen het vonnis van 7 februari 1986 konden verzetten; dat uit geen wetbepaling volgt dat derdenverzet tegen een adoptievonniss enkel zou openstaan voor de persoon die niet is opgeroepen in het geding terwijl hij het had moeten zijn, en evenmin dat degene die wel opgeroepen werd en ook verscheen door niet te verklaren in het geding te willen tussenkomen zijn recht op het instellen van derdenverzet zou verliezen»; aldus het vonnis van 7 februari 1986, waarbij de adoptie werd uitgesproken, vernietigend,

...

Overwegende dat artikel 350, § 3, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat de rechtbank de verschijning in raadkamer gelast van alle personen die zij geraden acht te horen, dat zij eveneens de verschijning in raadkamer kan gelasten van de partijen bij de adoptieakte om het homologatieverzoek te bespreken en dat zij die verschijning moet gelasten indien de procureur des Konings of een van de personen wier oordeel hij verplicht is te vragen, betreffende de adoptie een ongunstig advies heeft uitgebracht, dat die persoon eveneens wordt opgeroepen en, indien hij verschijnt, bij eenvoudige akte kan verklaren in het geding te willen tussenkomen;

Dat krachtens artikel 356, § 2, van het Burgerlijk Wetboek, het derdenverzet gedaan tegen een adoptie, gehomologeerd of uitgesproken door een in kracht van gewijsde gegane beslissing, slechts ontvankelijk is indien het wordt aangekend binnen een jaar na de overschrijving bepaald in artikel 354;

Dat luidens artikel 1122, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek, ieder die niet behoorlijk is opgeroepen of niet in dezelfde hoedanigheid in de zaak is tussengekomen, derdenverzet kan doen tegen een, zij het voorlopige, beslissing die zijn rechten benadeelt en die gewezen is door een burgerlijk gerecht, of door een strafgerecht in zover dit over burgerlijke belangen uitspraak heeft gedaan;

Overwegende dat, inzake adoptie, de ascendenten die een ongunstig advies uitbrengen en door de rechtbank worden opgeroepen, niet opgeroepen worden «tot tussenkomst»; dat zij, indien zij bij hun verschijning niet verklaren in het geding te willen tussenkomen, «derden» blijven in de zin van voormelde wetsbepalingen;

Overwegende dat, blijkens de vaststellingen van het arrest, de verweerders een ongunstig advies uitbrachten betreffende de adoptie van hun kleinkind, dochter van de tot bindendverklaring van het arrest opgeroepen partijen, door de eisers; dat zij door de rechtbank werden opgeroepen maar bij hun verschijning niet verklaarden in het geding te willen tussenkomen noch verklaarden dat niet te willen; dat zij derdenverzet deden tegen het in kracht van gewijsde gegane vonnis van 7 februari 1986 van de Jeugdrechtbank te Antwerpen waarbij de adoptie werd uitgesproken;

Overwegende dat het arrest, anders dan het beroepen vonnis, het derdenverzet ontvankelijk verklaart en zijn beslissing laat steunen op de overweging dat de verweerders immers, door geen gebruik te maken van de hun door artikel 350, § 3, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek, gegeven mogelijkheid om te «verklaren in het geding te willen tussenkomen», derden bleven in het geding en zich derhalve, met toepassing van de artikelen 356, § 2, van het Burgerlijk Wetboek en 1122 van het Gerechtelijk Wetboek, tegen het vonnis van 7 februari 1986 konden verzetten;

Dat het arrest zodoende de in het middel aangewezen wetsbepalingen niet schendt;

...

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

8e KAMER – 15 JUNI 1989

Voorzitter: de h. Raymaekers

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

Openbaar ministerie: de h. De Swaef

Advocaten: mrs. Monard en Coenen

Misbruik van vertrouwen – Nalatenschap – Art. 792 B.W.

Art. 792 B.W. bevat een burgerlijke sanctie die van toepassing is op elke bedrieglijke handeling gepleegd om de gelijkheid bij de verdeling tussen de erfgenamen te schenden. Het is echter de burgerlijke rechter die op onaantastbare wijze oordeelt of de bestanddelen van de bij art. 792 B.W. bedoelde wegmaking van

goederen aanwezig zijn. De strafrechter heeft geen bevoegdheid om zich met die aangelegenheden in te laten daar de in art. 792 B.W. vermelde sanctie noch een beteugeling van strafrechtelijke aard is, noch behoort tot de schadevergoeding of tot de herstelmaatregelen waarop de burgerlijke partijen aanspraak kunnen maken voor de strafgerichten.

V. t/ V.

Overwegende dat de vier beklaagden, in gemeenschappelijk overleg, hebben verzwegen dat er een spaarboekje bestond dat toebehoorde aan wijlen Maria G.; dat ze ervan op de hoogte waren dat hun moeder dit geld had toevertrouwd aan Maria Elisabeth V. ten einde het geld te gebruiken voor de begrafeniskosten en het overschot te verdelen onder alle kinderen;

Overwegende echter dat de vier beklaagden van oordeel waren dat hun broer Johannes en hun zuster Irma, die in onmin leefden met de overledene en met de andere kinderen, geen aanspraak konden maken op die gelden omdat ze, naar hun mening althans, onwaardig waren om te erven van hun moeder;

Overwegende dat notaris W. in het bijzijn van notaris R., aangesteld door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Hasselt, aan de vier beklaagden uitdrukkelijk heeft gevraagd of er op de dag van het overlijden van hun moeder geen spaarboekje of depositiobboekje op haar naam of geen gelden waren, en dat ze dit alle vier hebben geloofd, terwijl ze ongetwijfeld wisten dat de gelden op het spaarboekje geopend op naam van Maria Elisabeth V. stonden, en dat ze toen reeds het voornemen hadden deze gelden, nl. 242.761 fr. te onttrekken aan de nalatenschap opdat Johannes en Irma V. niet zouden delen in de erfenis van hun moeder;

Overwegende dat die feiten blijken uit het proces-verbaal van de verrichtingen opgesteld door de instrumenterende notarissen en uit de bekentenissen van de vier beklaagden; dat Amandus, Maria Anna en René V. nu weliswaar ter rechtzitting komen verklaren dat ze van de erfenis van hun moeder niets dienen te krijgen, maar dat deze verklaring niet wegneemt dat ze op het ogenblik van de feiten hebben meegewerkt aan de verduistering van die gelden;

Overwegende dat de beklaagden niet alleen hebben gehandeld in strijd met de uitdrukkelijke wil van hun overleden moeder, die in haar testament had vermeld dat de overblijvende gelden dienden te worden verdeeld onder de kinderen, maar tevens in strijd met de wettelijke bepalingen ter zake, te meer daar Johannes en Irma V. reservataire erfgenamen waren;

Overwegende dat echter rekening gehouden dient te worden met het goed gerechtelijk verleden van de beklaagden, met de familiale omstandigheden en de omvang van de verduisterde gelden; dat de hiernabepaalde maatregel dan ook beter aangepast is aan de ernst van de feiten;

Overwegende dat de burgerlijke partijen aandringen, zoals ze in eerste aanleg reeds hebben gedaan, opdat «voor recht wordt gezegd dat, bij de verdere werkzaamheden van vereffening en verdeling van de nalatenschap van wijlen mevr. G., door de aangestelde notarissen toepassing zal worden gemaakt van artikel 792 van het Burgerlijk Wetboek wat betreft de in de dagvaarding vermelde bedragen»;

Overwegende dat artikel 792 van het Burgerlijk Wetboek een burgerlijke sanctie is die van toepassing is op elke be-

driegelijke handeling die gepleegd is om de gelijkheid bij de verdeling tussen de erfgenamen te schenden, maar dat het de burgerlijke rechter is die op onaantastbare wijze oordeelt of de bestanddelen van de bij artikel 792 van het Burgerlijk Wetboek bedoelde wegmaking van goederen voorhanden zijn; dat de strafrechter geen enkele bevoegdheid heeft om zich met die aangelegenheden in te laten daar de in artikel 792 van het Burgerlijk Wetboek vermelde sanctie noch een beteugeling van strafrechtelijke aard is, noch behoort tot de schadevergoeding of tot de herstelmaatregelen waarop de burgerlijke partijen aanspraak kunnen maken voor de strafrechten;

...

HOF VAN BEROEP TE GENT

3e KAMER – 29 JUNI 1990

Voorzitter: de h. Dooms

Raadsheren: de hh. Hoorens (rapporteur) en D'Hont

Openbaar ministerie: de h. Bauwens

Advocaten: mrs. Beck en Martens

Pers – Recht van antwoord – Klacht – Gefailleerde – Geldboete

Het recht van wederwoord is een persoonlijk recht dat een gefailleerde kan uitoefenen zonder de tussenkomst van de curator van zijn faillissement.

Er is geen tussenkomst van de curator vereist opdat de strafrechter de uitgever kan veroordelen tot een geldboete van 100 frank per dag vertraging bij het opnemen van het antwoord.

C. t/ De B.

Wat de verjaring betreft

De rechtstreeks dagende Jacques C. heeft de 7 april 1988 bij aangetekend schrijven de vraag inhoudend recht op antwoord toegestuurd.

In acht genomen artikel 17 van de wet van 23 juni 1961 is hoe dan ook op heden de strafvordering verjaard.

Wat de grond van de zaak betreft

Het wordt door de rechtstreeks dagende niet ontkend dat hij bij vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Dendermonde, afdeling Sint-Niklaas, op 26 februari 1987 in staat van faillissement werd verklaard.

Het recht tot antwoord is een persoonlijk recht dat de gefailleerde kan uitoefenen zonder de toestemming van de curator.

Trouwens stelt de rechtstreeks dagende in verband met de aldaar voorziene veroordeling geen vordering in, maar bepaalt de rechter ambtshalve deze eventuele schadevergoeding die verplicht is zo aan de wettelijke voorwaarden voldaan is.

De nominatief of indirect geciteerde persoon is alleen gerechtigd te beslissen of hij wenst een recht tot antwoord uit te oefenen, zo ja, dan neen en eens hij deze beslissing genomen heeft, is er geen bijstand van een curator vereist voor een gefailleerde opdat de rechtbank zou kunnen toepassing maken van artikel 5, derde lid, van de wet van 23 juni 1961,

wat zij naar de termen van deze wetsbepaling ambtshalve doet en nog geen inning van gelden inhoudt, afgezien van het feit of deze achteraf al dan niet de massa ten goede komen.

...

NOOT – *Betreffende de uitoefening van het recht van wederwoord*

1. De uitoefening van het recht van wederwoord behoort ongetwijfeld tot het persoonlijk recht van de gefailleerde en hij alleen, zonder tussenkomst van de curator van zijn faillissement, is gerechtigd te beslissen of hij aanspraak maakt op het herstel van de door hem geleden extra-patrimoniale schade (Cass., 10 juni 1975, *R.W.*, 1975-76, 1239). Dit belet de curator niet tussen te komen in het geding tot vrijwaring van de belangen van de schuldeisers van het faillissement.

2. De vertraging bij de inlassing van het wederwoord geeft aanleiding tot een vergoeding, die geen strafrechtelijk karakter vertoont, maar die in feite kan worden beschouwd als een dwangsom (Cass., 9 juni 1975, *Pas.*, 1975, I, 970; A. Vandeplas, «De dwangsom bij vertraging van inlassing van het wederwoord», *R.W.*, 1987-88, 511).

A. Vandeplas

CORRECTIONELE RECHTBANK TE TONGEREN

20 JUNI 1990

Voorzitter: de h. Vrancken

Openbaar ministerie: de h. L'Homme

Advocaten: mrs. Pools loco Vanagt, Ilsbroucx loco Schiepers en Geukens

Rechtvaardiging en verschoning – Wettige verdediging – Noodweer

Als de uitlokking dermate gewelddadig is dat zij elke wilsvrijheid wegneemt op het ogenblik van de reactie van de dader en de slagen en verwondingen geboden zijn door de ogenblikkelijke noodzaak van de wettige verdediging van zichzelf of van zijn familie, moet de beklagde overeenkomstig artikel 416 van het Strafwetboek worden vrijgesproken.

R. e.a. t/ V.

Telastlegging: opzettelijk, maar zonder het oogmerk om te doden, slagen en verwondingen aan Patrick R. te hebben toegebracht, die toch de dood hebben veroorzaakt, met de omstandigheid dat het feit onmiddellijk werd uitgelokt door zware gewelddaden tegen personen.

Gezien het bevel van verwijzing door de raadkamer alhier beklagde voor deze rechtbank verwijzend aannemende dat er gronden bestaan om slechts correctionele straffen uit te spreken wegens verzachtende omstandigheden, spruitende uit de afwezigheid van vroegere criminele veroordelingen.

...

Beklaagde stelt dat de uitlokking dermate gewelddadig was dat zij elke wilsvrijheid wegnam op het ogenblik van zijn

reactie, zodat hij overeenkomstig artikel 71 van het Strafwetboek dient te worden vrijgesproken, en dat de slagen en de verwondingen geboden waren door de ogenblikkelijke noodzaak van de wettige verdediging van zichzelf en van zijn familie, zodat hij overeenkomstig artikel 416 van het Strafwetboek dient te worden vrijgesproken.

De Correctionele Rechtbank aanvaardt de noodweer als rechtvaardiging van de slagen en verwondingen, zonder het oogmerk om te doden, maar met de dood tot gevolg.

Beklaagde mocht het gedrag van het slachtoffer op het ogenblik van de feiten interpreteren als een ernstige en dreigende onrechtmatige aanval tegen hem, zijn zuster en haar kinderen: nadat het slachtoffer enkele uren voor de feiten met de hulp van de rijkswacht uit de woning was gezet, waarbij hij de bedreiging had geuit om terug te keren en zijn vriendin (de zuster van beklagde) «kapot te maken», en hij 's avonds door middel van braak en van het inslaan van het glas van de slaapkamerdeur van de moeder van beklagde de woning was binnengedrongen, waarop zijn vriendin en haar kinderen hun toevlucht hadden gezocht op de bovenverdieping, stootte hij na een korte discussie met beklagde de steile trap op onder de bedreiging «hen allen kapot te maken».

De verdediging van beklagde was noodzakelijk en stond niet in wanverhouding tot de aanval: beklagde trof het slachtoffer met een heupschot van een met hagel geladen sportgeweer vanop een afstand van ongeveer drie meter. Beklaagde is nogal klein van gestalte terwijl het slachtoffer 1,88 meter groot was en 100 kg woog en algemeen bekend stond als een voor niets terugdeinzende bruut. Beklaagde heeft verklaard dat hij zijn aanvaller slechts in de benen wou verwonden. Volgens de wapendeskundige was het onmogelijk om met een heupschot (van boven op een steile trap) precies te mikken. Beklaagde wist niet dat zijn moeder inmiddels weerom een beroep was gaan doen op de rijkswacht, die enkele ogenblikken na het schot toevallig bij de woning stopte om te zien of alles er nog veilig was. De wetsdokter had nog op de datum van de feiten vastgesteld dat het slachtoffer, die twee dagen later stierf, geen overlevingskans had. De mogelijkheid om eerst een waarschuwingsschot te lossen of om zich te verschansen op de bovenverdieping lijkt in de gegeven omstandigheden weinig realistisch.

Beklaagde heeft derhalve geen wanbedrijf gepleegd daar zijn handeling door noodweer werd gerechtvaardigd (Antwerpen, 9e Kamer, 29 januari 1986, in zake O.M. en Van G. t/ C.; Lieven Dupont en Raf Verstraeten, *Handboek Belgisch Strafrecht*, Acco, 1990, nr. 363 t/m nr. 375, blz. 219 t/m blz. 225).

De Rechtbank is dan ook onbevoegd om kennis te nemen van de vorderingen van de burgerlijke partijen.

NOOT – Noodweer of wettige verdediging als rechtvaardigingsgrond in het strafrecht

1. Het geannoteerde vonnis van 20 juni 1990 vormt een mooie toepassing van de verschillende voorwaarden die rechtsleer en rechtspraak vereisen voor het aanvaarden van de rechtvaardigingsgrond van noodweer of wettige verdediging (art. 416 Sw.) en die betrekking hebben op de twee basiselementen van noodweer, namelijk de aanval en de verdediging. Voor noodweer is enerzijds vereist dat het gaat om een ernstige aanval die begonnen of dreigend is, die onrecht-

matig is en die gericht is tegen personen, en anderzijds dat de verdediging tegen deze aanval noodzakelijk en proportioneel is (zie Dupont, L. en Verstraeten, R., *Handboek Belgisch Strafrecht*, 1990, nrs. 365-375; Vanhoudt, C.J. en Callewaert, W., *Belgisch strafrecht*, 1976, II, nrs. 862-872; cf. Cass., 28 februari 1989, *Arr. Cass.*, 1988-89, 738). De feitenrechter dient het bestaan van die voorwaarden rond aanval en verweer in concreto te beoordelen op grond van al de feitelijke omstandigheden van de zaak (cf. Cass., 7 december 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 417; Cass., 28 februari 1989, *gecit.*) en deze beoordeling geschiedt op onaantastbare wijze (Cass., 24 juni 1935, *Pas.*, 1935, I, 292; Cass., 12 december 1949, *Arr. Cass.*, 1950, 223, Cass., 28 februari 1989, *gecit.*) met een controle in rechte door het Hof van Cassatie (zie bv. recent voor de voorwaarde van een noodzakelijke en evenredige verdediging: het kokosnootarrest, Cass., 23 december 1986, *Arr. Cass.*, 1986-87, 557: de beslissing dat deze twee voorwaarden niet vervuld zijn, is niet wettelijk verantwoord, wanneer de wegluchtende beklagde, nadat de achterband van zijn voertuig werd stukgemaakt en hij achtervolgd en bedreigd werd met een mes, een kokosnoot wierp in het aangezicht van zijn bedreiger).

2. Indien de voorwaarden van noodweer of wettige verdediging niet vervuld zijn en aldus de wederrechtelijkheid van het ten laste gelegde misdrijf behouden blijft, kan de beklagde afhankelijk van de omstandigheden van de zaak technisch-juridisch de schulditsluitingsgrond van overmacht (art. 71 Sw.) invoeren en (meer subsidiair) of de strafverminderende verschoningsgrond van uitlokking (art. 411 Sw.), al dan niet gecombineerd met verzachtende omstandigheden (cf. Arnou, P., «Wettige verdediging bij aanranding van de eerbaarheid», *R.W.*, 1983-84, 1901-1903; Dupont, L. en Verstraeten, R., *op. cit.*, nr. 373; Stefani, G., Levasseur, G. en Boulouc, B., *Droit pénal général*, 1984, nr. 346). De strafbaarheid van een gedraging kan echter niet terzelfder tijd worden opgeheven én door de rechtvaardigingsgrond van noodweer én door de schulditsluitingsgrond van overmacht.

In casu heeft de strafrechter noodweer aanvaard voor de op grond van verzachtende omstandigheden gecorrectionaliseerde misdaad van artikel 401 Sw. en derhalve de beklagde vrijgesproken. Ingeval de misdaad van artikel 401 Sw. werd uitgelokt door zware gewelddaden tegen personen (art. 411 Sw.), kan het onderzoeksgerecht deze misdaad overeenkomstig artikel 2 van de wet van 4 oktober 1867 correctionaliseren op grond van verzachtende omstandigheden of op grond van de strafverminderende verschoningsgrond; het vonnisgerecht kan (of moet) vervolgens op grond van de andere correctionalisatiegrond een bijkomende strafvermindering toepassen. De keuze van de correctionalisatiegrond door het onderzoeksgerecht heeft een belangrijke invloed op het vlak van de straftoemeting (zie Declercq, R., «Procedurale aspecten van de strafverminderende verschoningsgrond», *Liber amicorum Hermann Bekaert*, 1977, 65-66; Vandeplass, A., «Strafvermindering bij verzachtende omstandigheden en verschonings», *R.W.*, 1973-74, 1876). Correctionaliseren op grond van de strafverminderende verschoningsgrond van uitlokking (art. 414 Sw.) met vervolgens een toepassing van verzachtende omstandigheden door het vonnisgerecht (art. 85 Sw.), leidt tot een hoger strafmaximum en een lager strafminimum dan in de omgekeerde volgorde; tevens moet men rekening houden met het al dan niet

verplicht karakter van de voor het vonnisgerecht ingeroepen tweede strafvermindingsgrond (verschoningsgronden zijn verplicht, verzachtende omstandigheden daarentegen facultatief).

Bart Spriet

ARBEIDSRECHTBANK TE BRUSSEL

2e KAMER – 18 SEPTEMBER 1990

Voorzitter: de h. Declerck

Rechters in sociale zaken: de hh. Lindemans en D'Haese

Advocaten: mrs. Nuyens loco Vervaeke en Nijs loco Claeys

**Taalgebruik – Sociale zaken – Brussel-Hoofdstad –
Taalwet in Bestuurszaken – Bedrijfs-C.A.O. – Nietigheid
– Vervanging – Begrip**

Een, krachtens de Taalwet in Bestuurszaken, naar de taal onregelmatige bedrijfs-C.A.O. betreffende een onderneming die in Brussel-Hoofdstad is gelegen, is maar wettelijk in de vereiste taal vervangen, voor zover het geheel nieuwe stuk conform de voorschriften van de C.A.O.-wet betekend is en door de werkgever en de vertegenwoordigers van de werknemersorganisaties is ondertekend.

De W. t/ N.V. S.

Verweerster betwist de door eiseres gevorderde opzeggingsvergoeding en stelt dat in haar collectieve bedrijfsovereenkomst van 29 december 1984 uitdrukkelijk werd bepaald: «Le nombre de chèques repas distribué par personne, sera proportionnel au nombre d'heures prestées», en dat eiseres voor de lopende periode tot 19 juni 1989 geen recht heeft op de incorporatie (in haar loon) van 54 maaltijdcheques ten belope van 220 fr., d.i. een totaal bedrag van 11.800 fr.

De Rechtbank stelt vast:

– dat verweerster het principe van de opname van de waarde van bewuste maaltijdtitels («maaltijdcheque» is een merknaam!) in het basisloon niet betwist,

– dat eiseres stelt dat de bedrijfs-C.A.O. van 19 december 1984 waarbij voornoemd voordeel wordt beperkt tot de gewerkte uren in strijd met de Wet Talen Bestuurszaken (SWT) uitsluitend in het Frans werd gesteld en derhalve onregelmatig is en uit de debatten dient te worden geweerd.

De Rechtbank oordeelt dat, met toepassing van art. 52 van de SWT «voor de akten en bescheiden bestemd voor hun personeel (...) de private bedrijven gevestigd in Brussel Hoofdstad deze in het Nederlands stellen wanneer zij bestemd zijn voor het Nederlandssprekend personeel» (I. De Weerd, *Taalgebruik in het bedrijfsleven*, Maarten Kluwer, Antwerpen, 1980, nrs. 88-97; Othmar Van Achter, «Wet talen in bestuurszaken», in *Aanwerven, tewerkstellen, ontslaan*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, Antwerpen, I 402 65 en 95). Een dergelijke taalverplichting komt eveneens voor in art. 13 van de CAO-wet van 1968.

Aan de hand van de overgelegde stukken, de arbeidsovereenkomst en de brieven aan eiseres kan worden vastgesteld

dat verweerster op de hoogte was van het feit dat betrokkene Nederlandstalig was.

Met toepassing van art. 59 SWT in fine kan deze bedrijfs-CAO derhalve niet worden tegengeworpen aan eiseres (R. Renard, *Talen in bestuurszaken*, A.P.R. Gent, Story, 1983, nr. 331; Van Achter, *o.c.*, I, 402, 140; De Weerd, «25 jaar taalgebruik in het bedrijfsleven», *T.P.R.*, 1989, 132; Cass., 6 februari 1970, *J.T.*, 1970, 309; Arbh. Brussel, 2 februari 1971 en 2 maart 1971, in De Weerd, *o.c.*, nr. 166; Arbrb. Gent, 10 mei 1971, *J.T.T.*, 1971, 176).

Niet pertinent is de opwerping dat de tekst gedeeltelijk in het Nederlands werd vertaald in de schriftelijke conclusie van verweerster en dat, met toepassing van de laatste alinea van art. 59 «de vervanging der bescheiden uitwerking heeft op de datum van het vervangen bescheid». Art. 59, eerste lid, bepaalt ter zake op uitdrukkelijke wijze dat de betwiste bescheiden enkel kunnen worden vervangen door «bescheiden die naar de vorm regelmatig zijn».

De Rechtbank oordeelt dat in een dergelijk geval een naar de taal onregelmatige ondernemings-CAO alleen vervangen kan worden door een geheel nieuw stuk, voorzien van de nodige handtekeningen (Renard, *o.c.*, 332, waarin o.m. wordt verwezen naar Werkr. Beroep Antwerpen, 17 maart 1967, *R.W.*, 1966-67, 1629) die in dezelfde vorm is betekend, ondertekend door de werkgever en de vertegenwoordigers van de werknemersorganisaties (art. 14 van de CAO-wet) en dat een summiere vertaling in een schriftelijke conclusie ondertekend door de raadsman van de werkgever niet voldoet aan de wettelijke voorschriften.

De Rechtbank oordeelt derhalve dat de bedrijfs-CAO van 29 december 1984 niet kan worden tegengeworpen aan eiseres en derhalve uit de debatten dient te worden geweerd.

Eiseres maakt terecht aanspraak op de gevorderde bedragen, waarvan de berekening overigens niet betwist wordt.

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE ANTWERPEN

18e KAMER – 11 MEI 1989

Voorzitter: De Roeck

Rechters in handelszaken: de hh. Dircksens en Maes

Advocaten: mrs. Leclef en Monard

Handelshuur – Verkoop van het verhuurde onroerend goed na uitvoerend onroerend beslag – Huur zonder vaste dagtekening – Gevolgen voor de zittende huurder – Aanvaarding zonder enig voorbehoud van huurbetalingen door de verkrijger – Rechtsverwerking

De artt. 1743 B.W. en 12, tweede lid, van de Handelshuurwet hebben geen voorrang op art. 1575 Ger. W., naar luid waarvan huurovereenkomsten die geen vaste dagtekening hebben vóór de overschrijving van het beslagexploot, niet kunnen worden ingeroepen tegen o.m. de koper. Ze betreffen trouwens enkel de verhoudingen tussen de verhuurder of de verkrijger die diens rechten overneemt enerzijds en de huurder anderzijds. Degene aan wie het goed, verkocht na onroerend beslag, wordt toegewezen, kan niet worden gelijkgesteld met de «verkrijger» van artikel 12 van de Handelshuurwet.

De aanvaarding zonder enig voorbehoud door de koper van de door de huurder gedane betalingen van huurgelden is in strijd

met de door hem ingestelde vordering tot ontruiming van het gehuurde goed. Hierdoor heeft de koper zijn recht verwerkt om zich op de niet-tegenwerpelijheid van de huurovereenkomst te beroepen, en heeft hij de op de datum van de verkoop bestaande huurovereenkomst erkend.

B.V.B.A. B. t/ N.V. Auto's R.

Gezien de dagvaarding van 3 juli 1987, er primair toe strekkende oorspronkelijke verweerster, thans geïntimeerde, te horen veroordelen tot ontruiming van het pand (...).

Overwegende dat voor de uiteenzetting der feiten en doelstellingen van partijen wordt verwezen naar het vonnis a quo ; dat zij herhaald dat het onroerend beslag werd overgeschreven op 19 april 1983 terwijl de huurovereenkomst pas werd geregistreerd op 28 juli 1983 ;

Overwegende dat overeenkomstig art. 1575 Ger. W. huurcontracten die geen vaste dagtekening hebben gekregen vóór de overschrijving van het beslagexploot niet kunnen worden ingeroepen tegen de koper ;

Overwegende dat de eerste rechter op grond van oordeelkundige motieven, door de rechtbank beaamd en door de appelconclusies niet weerlegd, heeft geoordeeld dat art. 1743 B.W. en art. 12, tweede lid, van de Handelshuurwet niet primeren op art. 1575 Ger. W. ; dat trouwens art. 1743 B.W. en art. 12 van de wet op de handelshuurovereenkomsten enkel de verhoudingen betreffen tussen de verhuurder of de verkrijger die diens rechten overneemt enerzijds en de huurder anderzijds ; dat degene aan wie het goed, verkocht na onroerend beslag, wordt toegewezen, niet kan worden gelijkgesteld met de «verkrijger» van art. 12 van de Handelshuurwet (La Haye en Vankerckhove, *Les Nouvelles*, VI, nr. 1743bis) ;

Overwegende dat de eerste rechter ook terecht de rechtsverwerking heeft afgeleid uit de feitelijke omstandigheden waarnaar wordt verwezen ;

Dat namelijk de aanvaarding door appellante, zonder enig voorbehoud, van de betalingen door geïntimeerde, in strijd is met de door haar gestelde vordering ; dat zij thans niet kan beweren de betalingen niet als huurgelden doch als bezettingsvergoeding te hebben aanvaard, terwijl zij een dergelijk voorbehoud nooit heeft geformuleerd ;

Dat appellante derhalve haar recht om zich op de niet-tegenwerpelijheid te beroepen, verwerkt heeft en aldus de op de datum van de verkoop bestaande huurovereenkomst heeft erkend ;

Dat appellante daardoor ook de prijs van de overeenkomst heeft erkend zodat haar eisuitbreiding tot aanstelling van een deskundige om de huurprijs te bepalen ongegrond is ;

...

NOOT—Zie in dezelfde zin : Vred. Antwerpen, 30 mei 1989, *R.W.*, 1989-90, 443, met noot van Pauwels, C. ; zie ook de in die noot geciteerde auteurs. Tegen bovenstaand vonnis is cassatieberoep ingesteld.

VREDEGERECHT TE WILLEBROEK

8 SEPTEMBER 1989

Rechter : de h. Pourtois

Advocaten : mrs. Raymaekers en De Ceuster

Burgerlijke rechtspleging — Dagvaarding — Vermelding van datum der zitting

De dagvaarding die uitgebracht is voor een dag waarop de rechtbank geen zitting houdt, is niet ontvankelijk.

C. t/ Z.

Gelet op de inleidende dagvaarding bij geboekt exploit van gerechtsdeurwaarder D. van 18 juli 1989 waarbij de verweerder werd gedagvaard voor de terechtzitting van vrijdag, 8 september 1989 te 9 uur, teneinde zich te horen veroordelen tot betaling van 25.721 frank met de gerechtelijke interesten en de kosten, alsook de moratoire interesten en voorbehoud B.T.W. ;

Overwegende dat bij koninklijk besluit van 13 juni 1989, verschenen in het Belgisch Staatsblad van 24 juni 1989, het Vrederecht te Willebroek, in burgerlijke zaken en in handelszaken zitting houdt op *maandag* ;

Dat bijgevolg de dagvaarding, uitgebracht door de eisende partij tegen de verwerende partij, voor vrijdag, 8 september 1989 om 9 uur, onontvankelijk is ;

Om die redenen,

In eerste aanleg beslissende, verklaren de vordering onontvankelijk.

NOOT—Dagvaarding voor een datum waarop de rechtbank geen zitting houdt

1. Aan de lectuur van dit vonnis kan niet voorbij worden gegaan zonder enige verwondering over de sanctie die wordt uitgesproken.

Op grond van de overweging dat het Vrederecht te Willebroek volgens het koninklijk besluit van 13 juni 1989 (*B.S.*, 24 juni 1989) in burgerlijke en handelszaken zitting houdt op maandag, werd de dagvaarding, door de eisende partij uitgebracht voor de zitting van vrijdag 8 september 1989, niet ontvankelijk verklaard.

Het vonnis werd evenwel gewezen op de openbare terechtzitting van... vrijdag 8 september 1989 !

2. Om diverse redenen lijkt de uitgesproken sanctie moeilijk aanvaardbaar.

a. Allereerst kan de sanctie van niet-ontvankelijkheid niet de dagvaarding als zodanig, maar alleen de bij die dagvaarding ingestelde vordering treffen. Een vordering kan niet-ontvankelijk worden verklaard indien de eiser geen hoedanigheid en/of geen belang heeft om haar in te dienen (artt. 17 en 18 Ger. W.). Indien een middel van niet-ontvankelijkheid wordt opgeworpen, moet de rechter het «ius agendi» van de eiser onderzoeken en nagaan of deze de hoedanigheid bezit en over het belang beschikt om een eis aan de rechter voor te leggen (Van Gelder, A., «Hoe geraak ik aan de grond ? De sanctieregeling in het gerechtelijk recht»,

Vereenvoudiging en versnelling van het burgerlijk proces, Antwerpen, Kluwer, 1984, 24).

Indien daarentegen het rechtsgeldig bestaan van de dagvaarding als proceshandeling ter discussie wordt gesteld omdat een op straffe van nietigheid voorgeschreven vormvereiste is verzuimd of onregelmatig is, dan bestaat de sanctie in de vaststelling van de nietigheid van de dagvaarding na opwerping van de exceptie van nietigheid door de verweerder, uitzonderlijk door de rechter zelf. Het vormverzuim kan slechts tot nietigheid van de dagvaarding leiden, indien de wet dit uitdrukkelijk beveelt (art. 860 Ger. W.), en indien het verzuim de belangen heeft geschaad van de tegenpartij die toepassing van de nietigheidssanctie eist (art. 861 Ger. W.). Enkel de vormvereisten opgenomen in de restrictieve opsomming van art. 862 Ger. W. worden met absolute nietigheid, door de rechter ambtshalve in te roepen, gesanctioneerd.

De exceptie van nietigheid betreft de dagvaarding en niet het recht, dat voorwerp is van de vordering (De Corte R., «Hoe autonoom is het procesrecht? Studie van enkele raakvlakken tussen materieel recht en gerechtelijk recht», *Procesrecht vandaag*, Storme, M. (red.), Antwerpen, 1980, 9).

In het onderhavige geval had dan ook de nietigheid van de dagvaarding vastgesteld moeten worden, wegens de onregelmatigheid van de dagvaarding gegeven voor een dag waarop de geadieerde vrederechter geen zitting houdt.

b. Een tweede bedenking is of deze sanctie wel ambtshalve door de vrederechter kon worden uitgesproken, gelet op de beginselen van de nietigheidsleer geformuleerd in de artt. 860-862 Ger. W.

In deze zaak had de gerechtsdeurwaarder een dagvaarding uitgebracht voor de zitting van vrijdag 8 september terwijl het reglement van de rechtbank, vastgesteld bij K.B. van 13 juni 1989, de zittingen vaststelde op maandag.

Overeenkomstig art. 702, 5°, Ger. W. moet het exploit van dagvaarding op straffe van nietigheid de plaats, de dag en het uur van de terechtzitting vermelden.

De aanduiding van de dag der zitting is voorgeschreven op straffe van nietigheid en beantwoordt dus aan het vereiste van artikel 860 Ger. W., maar die vermelding is niet opgenomen in de lijst der limitatief opgesomde nietigheden, vastgesteld bij artikel 862, § 1, Ger. W., die de rechter zelfs ambtshalve kan uitspreken zonder dat het bewijs moet worden geleverd van geschade belangen, voorgeschreven door art. 861 Ger. W.

De nalatigheid of de vergissing in de aanduiding van de zittingsdatum kan dus enkel, krachtens art. 861 Ger. W., gesanctioneerd worden met nietigheid, wanneer het aangeklaagde verzuim of de aangeklaagde onregelmatigheid de belangen schaadt van de partij die de exceptie opwerpt (Rb. Hoei, 5 januari 1972, *Jur. Liège*, 1972-73, 116; Arbrb. Nijvel, 14 maart 1980, *Rev. Rég. Dr.*, 1980, 262-264; Fettweis, A., *Droit judiciaire privé*, t.I., nr. 200).

In de geannoteerde zaak hadden beide partijen schriftelijk verzocht de zaak op de zitting van 8 september naar de rol te verwijzen en de verweerder had niet de minste opmerking geformuleerd omtrent de datum van de inleidingszitting. Krachtens de artt. 861-862 Ger. W. stond het niet aan de vrederechter deze exceptie ambtshalve op te werpen en had uitsluitend de gedaagde deze mogelijkheid.

Zelfs in de veronderstelling dat de verweerder toch de nietigheid van de dagvaarding had opgeworpen, had de vre-

derechter moeten oordelen of de dagvaarding aan verweerder een werkelijke, voldoende en bewezen schade heeft berokkend. M.i. lijkt dit in casu moeilijk aan te tonen. Om de nietigheid te kunnen uitspreken had de vrederechter, na opwerping van de exceptie, moeten vaststellen: ten eerste, dat de onregelmatigheid de verweerder effectief heeft misleid; en ten tweede, dat de schade ten gevolge van de onregelmatigheid voldoende is, dus van die aard dat het de ernstige nietigheidssanctie rechtvaardigt. Dit impliceert een belangenafweging tussen enerzijds het belang om het geschonden vormvereiste te sanctioneren en anderzijds het nadeel dat de gedaagde door dit verzuim heeft geleden (Rouard, P., *Traité élémentaire de droit judiciaire privé*, II, nr. 208, 192); ten slotte wordt vereist dat de schade bewezen is (Brussel, 15 april 1959, *J.T.*, 1959, 387).

3. De vraag rijst of een dagvaarding voor een dag waarop de rechtbank geen zitting houdt de gedaagde een dergelijk reëel, voldoende en bewezen nadeel berokkent. Zeer terecht merkte P. Rouard in zijn noot onder het vonnis van de Arbeidsrechtbank te Nijvel van 14 maart 1980 op dat deze onregelmatigheid zeer eenvoudig kan worden rechtgezet door de zaak uit te stellen op een vaste datum of naar de rol te verwijzen (Rouard, P., «La citation donnée pour un jour ou il n'y a pas d'audience», noot onder Arbrb. Nijvel, 14 maart 1980, *Rev. Rég. Dr.*, 1980, 262). De dagvaarding voor een onjuiste datum verplicht de rechter eventueel wel zitting te houden op de verkeerdelijk opgegeven datum, wat de vrederechter in het geannoteerde vonnis blijkbaar heeft gedaan, om ervoor te zorgen dat de zaak wordt uitgesteld of naar de rol verwezen.

Terecht besliste de Arbeidsrechtbank te Nijvel dat de gedaagde geen schade bewees, dat de zaak op de rol werd ingeschreven conform art. 716 Ger. W. en dat zelfs indien de inleidingsdatum niet klopte, het niet de taak van de griffier van de rollen is deze inschrijving te weigeren en de ontvankelijkheid van de vordering te beoordelen.

4. De nietigheidssanctie voorgeschreven door art. 702, 5°, Ger. W. voor een dagvaarding die een verkeerde datum opgeeft, kan enkel uitgesproken worden op verzoek van de gedaagde na bewijs van een geschaad belang. Daarbij is het vooral belangrijk na te gaan of het eigenlijke normdoel van de dagvaarding gerealiseerd is, namelijk de gedaagde te doen verschijnen voor de rechtbank en hem van de vordering in kennis te stellen (De Bruyne Ph. en Heymans M., «Enkele aspecten van de nietigheidstheorie in het Gerechtelijk Wetboek, I.U.S., Tien jaar Gerechtelijk Wetboek, Antwerpen, Kluwer, 1981, 104).

Karen Broeckx
Assistente
Universiteit Antwerpen

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (1e Kamer), 24 november 1989

Koop – Verborgen gebrek – Al dan niet verborgen aard – Onaantastbare beoordeling in feite door de feitenrechter

De voorziening tegen het bestreden arrest (Hof Gent, 11 december 1987) wordt o.m. om de volgende redenen verworpen:

«Overwegende dat de feitenrechter op onaantastbare wijze in feite beoordeelt of een gebrek van een verkochte zaak al dan niet verborgen is; dat het onderdeel, nu het tegen zulk een beoordeling opkomt, niet ontvankelijk is.»

(Voorzitter: de h. Soetaert – Rapporteur: de h. Caenepeel – Openbaar ministerie: de h. Velu, eerste advocaat-generaal – Advocaat: mr. Houtekier – In de zaak: B.V.B.A. C. t. B.V.B.A. G.)

NOOT – Zie Cass., 6 april 1916, *Pas.*, 1917, I, 77.

Hof van Cassatie (2e Kamer), 19 juni 1990

Verzekering – Motorrijtuigen – Art. 4.1, b, modelpolis – Toevallige bestuurder – Bestuurder die zich met geweld van het voertuig meester heeft gemaakt

«Wat de tweede grief betreft:

«Overwegende dat eiseres, blijkens de bewoordingen waarin de grief is gesteld, aan het arrest verwijt de verbindende kracht te miskennen van artikel 4.1, b, van de modelpolis waarvan de tekst in haar conclusie wordt weergegeven en in het arrest is overgenomen;

«Overwegende dat de appelrechters, na op onaantastbare wijze in feite te hebben vastgesteld dat de verzekeringnemer Ronald Van den B. 'zich met geweld van het voertuig Capri meester heeft gemaakt', oordelen dat 'hij niet kan worden beschouwd als een 'toevallig' bestuurder in de zin als wordt bedoeld door artikel 4.1, b, van de modelpolis, want ook al gaat het daar om iemand die niet de gewone bestuurder is, moet er minstens instemming van de eigenaar voorhanden zijn»;

«Dat zij, door op die gronden te beslissen dat zijn civielrechtelijke aansprakelijkheid niet wordt gedekt door de aansprakelijkheidsverzekering die hij met de N.V. Zürich had afgesloten, de verbindende kracht van artikel 4.1, b, van de modelpolis niet miskennen en hun beslissing naar recht verantwoorden;

«Dat de grieven niet kunnen worden aangenomen.»

(Voorzitter: de h. Boon – Rapporteur: de h. D'Haenens – Openbaar ministerie: de h. du Jardin – Advocaat: mr. De Roeck – In de zaak: N.V. B. t/ N.V. Z.)

Hof van Cassatie (2e Kamer), 19 juni 1990

Zeerecht – Onderzoeksraad voor de Scheepvaart – Be-

slissing die een onderzoek gelast of uitspraak doet over de oorzaken van een zeevaartongeval zonder dat de raad zijn disciplinaire rechtsmacht uitoefent – Cassatieberoep niet ontvankelijk

Het cassatieberoep dat door de rijkscommissaris bij de Onderzoeksraad voor de Scheepvaart is ingesteld tegen twee beslissingen respectievelijk gewezen op 8 maart 1989 en 6 december 1989 door de raad, zitting houdende te Oostende, wordt om de volgende redenen niet ontvankelijk verklaard.

«Overwegende dat geen cassatieberoep openstaat tegen de beslissingen van de Onderzoeksraad voor de Scheepvaart die, krachtens artikel 1 van de wet van 30 juli 1926 tot instellen van een Onderzoeksraad voor de Scheepvaart, een onderzoek gelasten of uitspraak doen over de oorzaken van een zeevaartongeval, en waarin hij zijn disciplinaire rechtsmacht ten opzichte van een of meer bepaalde personen niet heeft uitgeoefend.»

(Voorzitter: de h. Boon – Rapporteur: de h. De Baets – Openbaar ministerie: de h. du Jardin)

NOOT – De conclusie van de advocaat-generaal J. du Jardin zal t.z.t. gepubliceerd worden in *Arr. Cass.*

BOEKEN

M. FONTAINE, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, Parijs, Feduci, 1989, 365 pp.

Sinds een vijftiental jaren animeert prof. Marcel Fontaine van de U.C.L. een werkgroep die twee- of driemaal per jaar juristen uit verschillende landen en van diverse pluimage bijeenbrengt. Prof. Henry Lesguillons had de gedachte gelanceerd en Fontaine tot dit initiatief aangezet. Dit doende paste laatstgenoemde aldus de lessen toe van zijn leermeester Charly del Marmol, die in de jaren vijftig de formule bedacht om bedrijfsjuristen en professoren bij elkaar te brengen in de bekende «Commission Droit et vie des affaires». Hij gaf zijn studenten een minder strijdbare visie van het recht mee, die minder op gedingen afgestemd was. Zijn positieve benadering was gericht op het voorkomen van gedingen door middel van goed opgestelde en evenwichtige contracten. Fontaine zet die traditie voort. Bedrijfsjuristen, advocaten en professoren bespreken concrete contracten die in de bedrijfsweld bijeengezocht worden. Meer dan honderd intentiebrieven zijn bijvoorbeeld bijeengegaard. Alle delicate clausules die men in de praktijk kan ontmoeten, worden uiteengeerafeld en onder de loep genomen. De discussies monden uit in publikaties in het tijdschrift *Droit et Pratique du Commerce international* van 1977 tot 1984 en *Revue du Droit des Affaires internationales* sinds 1985. Een aantal publikaties worden nu samengesmolten in dit boek, dat aldus een getrouw beeld geeft van de praktijk van de redactie van een internationaal contract op het einde van de 20e eeuw.

Het boek belicht de volgende negen aspecten van het recht en van de praktijk van de internationale overeenkomsten.

1. *De onderhandeling*. In de ontstaansfase van het contract toont de ontleding van intentiebrieven het bestaan aan van een boel problemen die voorheen niet voorkwamen in de theorie van de precontractuele onderhandelingen. Zodra een onderhandeling een zeker belang vertoont, organiseren partijen ze vaak in een reeks akkoorden (plaats en frequentie van de vergaderingen, samenstelling van de delegaties, werktaal, kostenverdeling, confidentialiteit, enz.). Wanneer de onderhandelingen begonnen zijn, worden de geleidelijk aan verworven resultaten opgenomen in opeenvolgende docu-

menten die hoe langer hoe meer uitgewerkt zijn, die uiteraard niet samenvallen met het toekomstig contract, maar die partijen kunnen verplichten om hetgeen verworven is in de onderhandelingen, niet meer op de helling te zetten, en om de onderhandelingen te goeder trouw voort te zetten.

2. De preambule van het contract is niet onbekend in de common law, maar wordt praktisch doodgezwegen in de continentale leer der overeenkomsten. En toch vangt de meerderheid van de internationale contracten aan met een aanhef waarin partijen een reeks beschouwingen kwijtraken. De juridische weerslag van die preliminaire beschouwingen is niet te onderschatten.

3. Het gebruik van onzekere formules als het beloven van de «best efforts», «faire toute diligence», een «redelijke» zorg besteden aan, enz. geeft uiting aan het feit dat een bepaalde contractuele verbintenis een grotere of kleinere intensiteit kan hebben. In ons recht bestaat aldus het onderscheid tussen inspannings- en resultaatverbintenis. Die vraag bekommert de redacteurs van clausules.

4. Het strafbeding is een welbekende instelling in de traditionele exposés, hoewel de regeling ervan heel wat varianten kent in de rechtsvergelijking. Hoofdzakelijk draait het debat rond de overdreven clausules. Maar de praktijk toont aan dat strafbedingen vaak door de debiteur zelf zijn geïnspireerd, die ze dan een analoge rol laat spelen met die van de aansprakelijkheidbeperkende bedingen. Deze vaststelling werpt een heel ander licht op dit soort bedingen. Anderzijds toont de ontleding van de contractsdocumenten aan hoe gedetailleerd die bedingen kunnen zijn.

5. Exoneratiebedingen of aansprakelijkheidbeperkende bedingen zijn eveneens klassiek, maar ook hier leert de ontleding van de internationale contracten ons een aantal dingen.

6. Bedingen m.b.t. overmacht zijn traditioneel in internationale contracten. De praktizijnen hebben echter een goed uitgewerkte clausule bedacht die originele kentrekken vertoont. Het begrip overmacht zelf wordt vaak versoepeld m.b.t. de voorwaarden. De regeling vertoont een andere oriëntering dan in de klassieke theorie, en is uitgebreider. Het opschortend karakter ervan wordt in de verf gezet. Het zich voordoen van een geval van overmacht doet zelfs nieuwe verbintenissen ontstaan, zoals notificering aan de tegenpartij, bewijs, inspanningen om de hindernis op te ruimen, eventueel zelfs heronderhandeling na een zekere termijn.

7. De studie van de hardshipclausules herinnert ons eerst aan het feit dat ons recht, zoals het Franse, vrij geïsoleerd staat in het verwerpen van de imprevisieleer. Maar ze toont ook aan dat de oplossingen die in de andere rechtsstelsels gevonden worden, de praktizijnen niet bevredigen. Liever dan zich over te geven aan de appreciatie van de rechter, verkiezen ze een procedure van heronderhandeling te organiseren, waarvan de goed opgestelde clausules alle aspecten regelen. Het meest delicate is de regeling van de tussenkomst van een derde, indien partijen er niet in slagen het eens te worden.

8. Bedingen van samenlopend aanbod, van de meest bevoordeelde klant, en van de eerste weigering, belichten bepaalde hedendaagse technieken van aanpassing van het contract aan de marktontwikkeling, en het procédé van «fidelisering» van de contractspartner voor een mogelijke toekomstige operatie. Hieruit blijkt ook de spitsvondigheid van de redacteurs in het uitwerken van contractuele mechanismen, en weer eens de rol die een derde kan spelen in het leven van een contract, *in casu* de onafhankelijke controleur waarop soms een beroep gedaan wordt om de concurrerende voorwaarden te vergelijken.

9. De studie van de clausules die het contract overleven, zoals waarborg, confidentialiteit, concurrentiebeding, openbaart een fenomeen dat men niet terugvindt in de klassieke handboeken van contractenrecht, met name dat na de uitvoering van de voornaamste verbintenissen waarvoor het contract gesloten is, de contractuele betrekkingen dikwijls voortleven tussen de partijen.

Een voorbeeld van de methode die in het boek gevolgd wordt, moge hier weergegeven worden.

Cas n° 14: clause «subject to contract»

Enoncé. Le mandataire de l'acquéreur éventuel d'un immeuble écrit au propriétaire pour lui confirmer les bases de l'accord intervenu lors d'une conversation téléphonique. Différentes conditions sont énumérées, dont la principale est la suivante: «The freehold of the entire property is to be purchased at a price of £ 185,000, subject to contract.»

Commentaire. La clause «subject to contract», en droit anglais, a pour objet de priver le texte qu'elle accompagne de toute portée juridique. Son efficacité est reconnue. Aucun engagement contractuel ne peut naître d'un document comportant cette clause. Les termes sont consacrés (on rencontre parfois l'expression plus complète «subject to contract and survey»), mais le même effet peut être obtenu par l'emploi d'une locution traduisant expressément l'intention de n'assumer aucun engagement juridique, de se situer en dehors du droit. En droit anglais, l'insertion de telles formules écarte donc tout doute quant à la portée des documents rédigés au cours de la négociation. En est-il de même dans d'autres systèmes juridiques? Plusieurs membres du groupe estiment que sur le contingent, tout comme les tribunaux rectifient les qualifications juridiques inexactes des parties, la tendance serait de négliger la volonté exprimée de se situer en dehors du droit si la situation créée présente toutes les caractéristiques d'une situation juridique. Ne doit-on cependant pas distinguer les cas où l'absence apparente de tout engagement juridique résulte d'une formulation maladroite, ambiguë ou erronée de la volonté des parties (cf. supra, les cas n° 1 à 4), de ceux où le rédacteur du document se situe délibérément et expressément en dehors du droit?

Men herinnert zich dat M. Fontaine zijn praktische en vruchtbare methode enkele jaren geleden reeds had doen toepassen in een boek over algemene voorwaarden in het Belgisch recht (*La rédaction des conditions générales contractuelles. Aspects juridiques et pratiques*, Story-Scientia, 1985) dat gebracht werd door zijn *Centre du droit des obligations*. De opzet was niet de laatste stand van rechtsleer en rechtspraak weer te geven. Wel werden de concrete problemen bestudeerd die in de wijze van redactie van die clausules hun oorsprong vinden. Een reeks clausules werd kritisch ontleed. De ervaring leerde dat in zeer vele gevallen de clausules uit algemene verkoopvoorwaarden slecht opgesteld zijn: ze zijn duister, onnauwkeurig, onvolledig, bevatten een onaangepaste terminologie en tegenstrijdigheden met andere clausules uit de overeenkomst, zonder van de geldigheidsproblemen te spreken. Dit boek verschaftte aan de praktizijn een reeks nuttige raadgevingen.

In het voorliggend boek herkent men dezelfde «griffe» – om in haute-couturetermen te spreken – , maar deze keer zijn de bijeengezochte clausules van goede kwaliteit. De bestudering ervan leidt tot beschouwingen die een weerslag hebben op de algemene leer der overeenkomsten. Het contractuele fenomeen, zoals het waargenomen wordt door het prisma van de concrete praktijk, blijkt veel rijker en veel dynamischer te zijn dan het beeld dat ervan gegeven wordt door de traditionele leerboeken. Een originele en compacte kluit voor bedrijfsjuristen – allen, zonder uitzondering, in ons landje dat van export leeft – en voor alle juristen die zich interesseren voor internationale overeenkomsten. Een *must* voor hen, voorzeker, indien ze nog geen kennis genomen hebben van de baanbrekende tijdschriftartikelen die in het boek zijn samengesmolten.

J.H. Herbots

J.M. van DUNNÉ, *De dialectiek van rechtsvinding en rechtsvorming*, serie Rechtsvinding, deel Ib, *Opstellen over privaatrecht*, deel Ic, *Opstellen over rechtsvinding*, Gouda Quint, Arnhem, 1984, 212 blz., en 1988, 196 blz.

In Nederland wordt veel belang gehecht aan de theorie van de rechtsvinding. Er werd zelfs een reeks opgezet waarin een aantal geschriften en monografieën over dit thema zullen verschijnen. Beoelde reeks staat onder de leiding van J.M. Van Dunné, hoogleraar aan de universiteit van Rotterdam, waar in het rechtsonderwijs gewerkt wordt met zogenaamde «readers», d.i. een verzameling van artikelen gewijd aan een bepaald thema, en meestal van een korte inleiding voorzien door de *editor*.

De twee hier voorgestelde boeken vormen zo een *reader* over de rechtsvinding. Het merkwaardige en opvallende eraan is dat alle erin opgenomen opstellen en bijdragen van de hand van één en dezelfde auteur zijn, namelijk Van Dunné. Afgezien van eventuele andere beschouwingen moet dus in elk geval worden aangestipt dat deze readers hun pedagogische opzet grotendeels missen. Terwijl men in een klassieke «reader» geconfronteerd wordt met een aantal verschillende en soms tegenstrijdige opvattingen over één zelfde thema – hetgeen de discussie bevordert en bijdraagt tot een de-

gelijk inzicht in de verscheidenheid en complexiteit van de problematiek — treft de lezer hier een bloemlezing aan uit het werk van Van Dunné. Bij de samenstelling van de bloemlezing werd overigens weinig kieskeurig te werk gegaan, want zelfs onbelangrijke boekrecensies of korte replieken op opponenten komen aan de orde, in dezelfde typografie als waarin ze oorspronkelijk verschenen.

Wie derhalve het ideeëngoed van Van Dunné belangrijk genoeg vindt om het in al zijn details, nuances en verfijningen te bestuderen en te analyseren, komt met de twee hier voorgestelde boeken beslist aan zijn trekken. Andere potentiële lezers daarentegen zullen wellicht enigszins verbaasd zijn over het feit dat een toch nog niet zo oud auteur een bloemlezing uit eigen werk op de markt meent te moeten brengen.

In deze korte bespreking kan enkel het kernthema van Van Dunné nog eens in herinnering worden gebracht. Hij analyseert de rechtshandeling, los van de wil of de intenties van de rechtssubjecten die haar sloten. Een rechtshandeling is een handeling, verricht door een persoon, bestaande in een doen of een niet-doen, waardoor, krachtens de normen van het geldend recht, en gezien de aard van de rechtshandeling, de omstandigheden waaronder en de wijze waarop ze tot stand kwam, rechtsgevolgen ontstaan die de handelende worden *toegerekend*. De uitlegging van een rechtshandeling is de vaststelling van de rechtsgevolgen die aan de handelende persoon toegerekend worden. De subjectieve wil is slechts één van de elementen die bij de uitlegging in aanmerking dienen te worden genomen. Men is niet gebonden, omdat men gebonden wenste te zijn; men is gebonden omdat, op grond van rechtsnormen, bepaalde rechtsgevolgen — o.m. verbintenissen — aan een handeling worden toegerekend.

Men zou geneigd zijn hierin een — enigszins overtrokken — versie te lezen van de bekende stelling dat niet de werkelijke wil determinerend is, maar wel de wil zoals de medecontractant en derden die, redelijkerwijze gesproken, mochten opvatten. Van Dunné weigert echter categorisch de al dan niet geobjectiveerde wil als grondslag van enige verbintenis op te vatten. Die grondslag ligt uitsluitend in de toerekening van bepaalde rechtsgevolgen aan een bepaalde handeling die normatief wordt geduid.

Hierbij rijst natuurlijk het vermoeden dat de toerekeningsleer slechts qua vocabularium verschilt van de theorie van de geobjectiveerde wil en van de vertrouwensleer, en dat men derhalve eigenlijk slechts met een vrij steriel maar daarom niet minder virulent dispuut te maken heeft. Een en ander vloeit allicht voort uit het onvermogen van vele juristen een serene houding aan te nemen tegenover het wilsfenomeen. Een wilsfenomeen is gewoon een psychisch of mentaal *feit* dat vastgesteld kan worden, al beschikt de jurist vaak niet over het geëigende instrumentarium om deze vaststelling op een betrouwbare wijze te doen, en al vereisen de rechtszekerheid en de noodwendigheden van het rechtsverkeer dat niet met alle nuances van de wil rekening kan worden gehouden.

Voor zover Van Dunné anderzijds zou bedoelen dat de gebondenheid van de partijen uiteindelijk uit het objectief recht voortvloeit, omdat, volgens dit objectief recht, bepaalde wilsuitingen rechtsgevolgen sorteren, heeft hij natuurlijk gelijk. Maar om een dermate evidente waarheid hoeft men zich echt niet zo op te winden.

Marc Van Quickenborne

J. HOFFMANS, **Veranderingen in de sociale zekerheid. Op weg naar een geprivatiseerd stelsel?**, in de serie Recht, staat en sturing, nr. 7, Zwolle, Tjeenk Willink, 1989, 244 pp., 44.50 fl.

In deze dissertatie ter verkrijging van de graad van doctor in de rechtsgeleerdheid aan de Rijksuniversiteit Leiden staat de vraag naar de mogelijke toekomstige ontwikkelingen in de posities van de overheid en de werkgevers en werknemers in de Nederlandse sociale zekerheid centraal. Dit centrale onderzoeksobject komt vooral aan bod in deel 3 na een beschrijving van het huidige sociale-zekerheidsstelsel en de geschiedenis ervan.

De conclusie van Hoffmans is dat in de nabije toekomst geen verregaande privatisering van de sociale zekerheid te verwachten valt en het stelsel zijn publiekrechtelijk karakter zal behouden. Ook een verrijkende privatisering door de overheveling van bevoegdheden van publieke naar private uitvoeringsorganisaties valt buiten het verwachtingspatroon van de auteur.

Bijzonder boeiend is de argumentatie van Hoffmans nopens de onwenselijkheid van een daadwerkelijke privatisering van de sociale zekerheid. Uiteindelijk verwerpt hij de argumenten dat privatisering zou leiden tot een verlaging van de collectieve lasten en tot een grotere eenvoud van de regelgeving. Wel is Hoffmans voorstander van een vergroting van de persoonlijke verantwoordelijkheid en keuzevrijheid, maar dan in de vorm van regelingen via de bedrijfsverenigingen, wat geen privatisering maar decentralisatie is.

Dit genuanceerde en rijk gestoffeerde proefschrift is ook voor Belgen een verrijking van het rechtstheoretisch kader van de sociale zekerheid. De auteur neemt stellingen in in een actuele maatschappelijke discussie.

W.R.

MEDEDELINGEN

Eerste Europese Conferentie voor Advocaten te Brussel

De Deutsche Anwaltverein en de Nederlandse Orde van Advocaten organiseren op 13 en 14 februari 1991 te Brussel de Eerste Europese Conferentie voor Advocaten.

Op deze conferentie, onder de auspiciën van de Council of the Bars and Law Societies of the European Community (C.C.B.E.), worden o.m. de volgende onderwerpen behandeld:

- De gevolgen van de Europese Interne Markt voor cliënteel en praktijk
- De toekomst van het advocatenberoep in Europa
- De samenwerking tussen advocaten in Europa
- De organisatie en werking van de Commissie van de Europese Gemeenschappen en het Europees Hof van Justitie
- De bescherming van de consument
- Strafrecht
- Executierecht
- Vreemdelingen en vluchtelingen
- Vrij verkeer van personen
- Europese aspecten van familie- en huwelijksvermogensrecht
- Mededingingsrecht
- Vennootschapsrecht
- Milieurecht

Inlichtingen: Conference Office Brussels, Olmstraat 19, 1040 Brussel (tel. 02/736.52.11; fax: 02/733.43.84).

Studiedag: «De wet inzake de voorlopige hechtenis»

Het Instituut voor Strafrecht van de K.U.Leuven organiseert op 23 februari 1991 in de Grote Aula van het Maria Theresiacollege, Hogeschoolplein te Leuven, een studiedag met als thema: «De wet inzake de voorlopige hechtenis».

Programma:

- 9u15 Onthaal door prof. R. Verstegen, decaan van de Rechtsfaculteit
- 9u30 Inleiding door de heer R. Declercq, advocaat-generaal bij het Hof van Cassatie
- 9u45 De aanhouding en het bevel tot medebrenging door de heer B. Spriet (K.U.Leuven)
- 10u15 De vrijheidsberoving in de politionele fase: een rechtsvergelijkende benadering door prof. C. Fijnaut (K.U.Leuven)
- 11u00 Het bevel tot aanhouding door prof. A. De Nauw (V.U.B.)
- 14u00 De voorlopige hechtenis en de onderzoeksgerechten door de heer M. Rozie, raadsheer in het Hof van Beroep te Antwerpen
- 14u30 De voorlopige hechtenis in de fase van het vonnisgerecht door de heer A. Vandeplass, voorzitter in het Hof van Beroep te Antwerpen
- 15u00 Vrijheid onder voorwaarden door prof. F. Hutsebaut (K.U.Leuven)
- 16u00 De voorlopige hechtenis en de procedure in cassatie door de heer J. D'Haenens, raadsheer in het Hof van Cassatie
- 17u00 Synthese door prof. R. Verstraeten (K.U.Leuven)

Inlichtingen: Instituut voor Strafrecht, Hooverplein 10, 3000 Leuven (tel. 016/28.51.53; fax: 016/28.52.75).