

# OVER ENKELE ARRESTEN VAN HET ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN

*Rede uitgesproken door de procureur-generaal R. VAN CAMP  
op de plechtige openingszitting van het Arbeidshof te Antwerpen op 3 september 1990*

Mijnheer de Eerste Voorzitter,

Bij de aanvang van mijn ambtstermijn heb ik er mij toe beperkt verslag uit te brengen over de rechtsbedeling in het rechtsgebied van het Arbeidshof te Antwerpen tijdens het kalenderjaar 1988<sup>1</sup>.

Ook bij deze plechtige openingszitting van uw Hof zal ik voor het kalenderjaar 1989 een gelijksoortig verslag uitbrengen.

Doch getrouw aan mijn belofte bij mijn installatie als procureur-generaal bij uw Hof, zal ik thans trachten – zults dank zij de voortreffelijke hulp van mijn auditoraat-generaal – het bewijs te leveren dat ik mijn nieuw arbeidsveld stapsgewijs tracht verder te verkennen<sup>2</sup>.

Ik zal zults doen met beschouwingen over enkele belangwekkende arresten van uw Hof.

Maar hieraan voorafgaand ook nog deze wens.

Dank zij de eendracht en de collegialiteit in uw Hof, kon spoedig tot uw benoeming en die van een kamervoorzitter worden overgegaan, doch voor de rechtszekerheid ware het aangewezen dat in een nabije toekomst deze hoge ambten bij verkiezing in de schoot van uw Hof toegewezen zouden worden. Zults zou mijns inziens bij wet kunnen geregeld worden.

Immers, luidens artikel 105, derde lid, van de Grondwet regelt de wet de inrichting van de arbeidsgerechten, hun bevoegdheid, de wijze van benoeming en de duur van het ambt van hun leden.

De wijziging tot wet zou derhalve als volgt kunnen geformuleerd worden:

1) in het bestaand artikel 215 van het Gerechtelijk Wetboek vallen de woorden «de eerste voorzitter, de voorzitters en» weg;

2) een tweede lid wordt aan artikel 215 van het Gerechtelijk Wetboek toegevoegd, luidend als volgt: «Wanneer een ambt van voorzitter openvalt voorziet het Arbeidshof in de vacature in algemene en openbare vergadering, zonder dat eerst een raadsheer moet worden benoemd. De als eerste voorzitter aangestelde magistraat mag op het ogenblik van deze aanduiding de leeftijd van 65 jaar niet hebben bereikt. Aan deze algemene vergadering nemen de raadsheren in sociale zaken geen deel.»

Het lijkt mij zinvol enige arresten van uw Hof meer bekendheid te geven vanwege de belangwekkende aspecten ervan. Twee jaar geleden werd trouwens hiertoe reeds het initiatief genomen.

Allereerst wil ik U onderhouden over enkele problemen van werkloosheidswetgeving.

*In de artikelen 194 tot 198 van het koninklijk besluit van 20 december 1963 betreffende arbeidsvoorziening en werkloosheid, worden een aantal administratieve sancties bepaald, die door de gewestelijke werkloosheidsinspecteur kunnen worden opgelegd, wanneer de werkloze bepaalde verplichtingen van de werkloosheidsreglementering niet naleeft.*

De sanctie bestaat hoofdzakelijk in een uitsluiting van het recht op uitkeringen gedurende een aantal weken, waarvan de minimumduur en de maximumduur naargelang de ernst van de overtreding varieert.

Niet alleen door middel van «administratieve sancties» kan een uitsluiting van het recht op uitkeringen worden opgelegd. Over een zelfde uitsluitingsmogelijkheid beschikt de gewestelijke werkloosheidsinspecteur wanneer de werknemer werkloos wordt door eigen schuld of toedoen<sup>3</sup>.

Hoewel de rechtsgrond voor zulk een uitsluiting niet tot de administratieve sanctieregeling behoort, wordt zij nochtans hiermee gelijkgesteld. Het gaat immers om een maatregel die voor de werkloze dezelfde pecuniaire weerslag heeft als de administratieve sanctie<sup>4</sup>.

De gewestelijke werkloosheidsinspecteur stelt de grootte van de sanctie vast op grond van de elementen van het dossier. De werkloze kan de sanctietoemeting aanvechten voor de arbeidsgerechten.

De hamvraag bij de beoordeling van de vordering tot sanctievermindering kan als volgt worden geformuleerd: «Beschikt de rechter over een vrij appreciatievermogen of is hij bij de beoordeling gebonden aan de toetsing van de administratieve maatregel?»

In de rechtspraak van het Hof zijn twee stellingen ontwikkeld.

In een aantal arresten gaat het Hof ervan uit dat de minimumduur van de sanctie de regel is. Het is aan de gewestelijke werkloosheidsinspecteur aan te tonen dat er bijzondere elementen zijn die een sanctieverzwaring rechtvaardigen<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> VAN CAMP, R., *De Rechtsbedeling in het Rechtsgebied van het Arbeidshof te Antwerpen tijdens het kalenderjaar 1988*, rede uitgesproken op 1 september 1989 ter gelegenheid van de plechtige openingszitting van het Arbeidshof te Antwerpen.

<sup>2</sup> Arbeidshof te Antwerpen, *Plechtige installatie van de heer procureur-generaal R. Van Camp op 26 januari 1989*.

<sup>3</sup> Art. 134, K.B. 20 december 1963.

<sup>4</sup> DELCROIX, J.P., LEROY, A., VANNES, V. en VANTHUYNE, J., *De werkloosheidsgids*, 7.1.1, p. 111.

<sup>5</sup> Arbh. Antwerpen, afd. Hasselt, 21 september 1989, *A.R.*, nr. 790/86 (Huls t. R.V.A.); Arbh. Antwerpen, afd. Hasselt, 15 juni 1989, *A.R.*, nr. 426/87 (Gielen t. R.V.A.).

In sommige gevallen werd de sanctie verminderd mede op grond van persoonlijke of familiale toestanden van de werkloze, zoals de jeugdige leeftijd van de werkloze of de gezinslast <sup>6</sup>.

In een uitvoerig gemotiveerd arrest heeft een anders samengestelde kamer een ander standpunt ingenomen <sup>7</sup>. Het arrest beslist dat het reglement aan het bestuur de bevoegdheid geeft om te appreciëren tussen een minimum en een maximum, en derhalve om een beleid te voeren. De rechter mag zich hier niet zo maar in de plaats stellen. De werkloze dient aan te tonen dat er een grond is voor de rechter om een marginale toetsing uit te voeren aan de hand van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Volgens het Hof zouden hiervoor in aanmerking kunnen komen:

a) *het evenredigheidsbeginsel*, door vergelijking van de toegepaste sanctie enerzijds met het minimum en het maximum, anderzijds met de last die de gedraging van betrokkene op de werkloosheidsverzekering legt, en die meer bepaald door de gemiddelde werkloosheidsduur wordt aangegevoerd;

b) *het zorgvuldigheidsbeginsel*, door vergelijking van de opgelegde sanctie met die welke door het bestuur in gelijksoortige gevallen wordt toegepast, hetgeen aanleiding kan geven tot nadere verantwoording over verzachtende of verzwarende omstandigheden.

De vraag kan gesteld worden of de eerste thesis een grond vindt in enig wetsartikel. Wordt aan de beoordelingsmacht die stoelt op een reglementair voorschrift geen bijkomende voorwaarde gekoppeld waardoor de rechter het door de wet gewilde appreciatierecht miskent?

Die appreciatiebevoegdheid is evenwel niet absoluut. De discretionaire beoordelingsmacht van het bestuur kan, zoals in de tweede stelling wordt uiteengezet, in principe getoetst worden aan de algemene regels van behoorlijk bestuur.

Daarenboven lijkt mij onverzoenbaar met de werkloosheidsreglementering dat omstandigheden eigen aan de persoon, maar vreemd aan de te beoordelen feitelijkeheden, als tegenindicatie worden aangewend voor een sanctieverzwaring. Het enkele feit dat de echtgenote van de werkloze huishoudster is en dat het gezin twee jonge kinderen ten laste heeft, is geen grond tot beperking van de sanctie tot het minimum wanneer de werkloze met toepassing van artikel 194 wegens herhaling wordt gesanctioneerd.

Het evenredigheids- en zorgvuldigheidsbeginsel dat als maatstaf moet dienen voor de toetsing van de rechter is op zich een correct rechtsbeginsel. De vraag moet echter gesteld worden of er in het kader van de appreciatiebevoegdheid van het bestuur aanwijsbare criteria zijn die de hoeksteen vormen voor die toetsing. Bij mijn weten zijn ze niet aanwezig.

In de huidige stand van de reglementering beschikt de rechter, wanneer de werkloze een sanctievermindering postuleert, over een vrije appreciatiebevoegdheid en dit op

grond van dezelfde gegevens waarop de administratie haar sanctieoordeel heeft gevormd.

*De sociale gevolgen van een werkstaking, meer bepaald met betrekking tot het recht op werkloosheidsuitkeringen, maken een delicaat probleem uit.*

Artikel 129, eerste lid, van de werkloosheidsreglementering bepaalt dat werkloosheidsuitkering alleen met toestemming van het beheerscomité van de R.V.A. kan worden toegekend aan werknemers die aan de werkstaking deelnemen of wier werkloosheid het rechtstreeks of indirect gevolg is van een werkstaking.

Met toepassing van deze rechtsregel diende het Hof zich uit te spreken in de volgende aangelegenheden <sup>8</sup>.

In de periode van 3 maart 1986 tot 2 april 1986 staakten de werklieden van de onderneming Fabrique Nationale te Herstal, aangesloten bij het F.G.T.B.-A.B.V.V.

Deze vakbond had het ontwerp van collectieve arbeidsovereenkomst, voorgelegd door de directie van F.N. Herstal, verworpen. Het voorstel werd door de christelijke vakbond C.S.C. aanvaard.

Op 3 april 1986 werd de staking beëindigd nadat de diverse partijen een compromisvoorstel, dat naast de C.A.O. de toekenning van eenmalige premies inhield, hadden aanvaard.

Ongeveer 1.500 werknemers uit de regio Tongeren, aangesloten bij het A.C.V., dienden een aanvraag om werkloosheidsuitkeringen in voor de periode van de staking.

Het beheerscomité van de R.V.A. besliste evenwel aan deze werknemers geen werkloosheidsuitkeringen toe te kennen omdat zij deel uitmaakten van de stakende eenheid, betrokken waren bij de reden van de staking, en de voordelen genoten van het bereikte akkoord.

Hun vordering bij de Arbeidsrechtbank te Tongeren werd ingewilligd op grond van de overweging «dat uit het formulier C4G blijkt dat aanlegger niet heeft deelgenomen aan de staking, doch door de staking of de stakers verhinderd was te werken».

Het Hof wijzigde het vonnis, sloot zich aan bij de stelling van de R.V.A., en overwoog in het bijzonder dat het beheerscomité correct de criteria die zij heeft vastgelegd, toepaste.

De uitkeringen worden toegekend aan werknemers wier werkloosheid het rechtstreeks gevolg is van een staking, mits de aanvragers geen deel uitmaken van de stakende arbeidseenheid en geen belang hebben bij de reden van de staking. Het Hof oordeelt dat de marginale toetsing door de rechter beperkt is tot de toepassing van de criteria.

Vastgesteld werd dat de bij het A.C.V. aangesloten arbeiders van F.N. tot dezelfde arbeidseenheid behoorden als hun stakende collega's van het A.B.V.V.; dat de eisen van de stakers, met name aangaande de arbeidsduur en de lonen voor alle werklieden van de onderneming, ook betrekking hadden op de bij het A.C.V. aangesloten werklieden van F.N.; en dat de staking werd beëindigd nadat de diverse partijen een compromisvoorstel, dat de toekenning van eenmalige bijkomende premies inhield, hadden aanvaard.

Het arrest is mijns inziens vatbaar voor kritiek.

<sup>6</sup> Arbh. Antwerpen, afd. Hasselt, 15 juni 1989, *A.R.*, nr. 159/87 (Mertens t. R.V.A.); Arbh. Antwerpen, afd. Hasselt, 16 februari 1989, *A.R.*, nr. 368/84 (Vandebergh t. R.V.A.); Arbh. Antwerpen, afd. Hasselt, 16 februari 1989, *A.R.*, nr. 15/87 (Di Benedetto t. R.V.A.).

<sup>7</sup> Arbh. Antwerpen, afd. Hasselt, 23 november 1989, *A.R.*, nr. 302/87 (Steensels t. R.V.A.).

<sup>8</sup> Zie o.m. Arbh. Antwerpen, afd. Hasselt, 28 september 1989, *A.R.*, nr. 260/88 (Lambrix t. R.V.A.).

Volgens de leer van het Hof van Cassatie<sup>9</sup> is artikel 129, eerste lid, in het raam van artikel 126 een bepaling die aan het beheerscomité de beoordelingsbevoegdheid verleent om, met betrekking tot een bijzondere situatie, feitelijk vast te stellen of de betrokken werknemers al dan niet werkloos zijn door omstandigheden onafhankelijk van hun wil.

De beslissing zal slechts wetmatig zijn voor zover zij de feitelijke elementen op een juiste wijze beoordeelt in het licht van het al dan niet onvrijwillig karakter van de werkloosheid.

De omstandigheid dat de werknemers behoren tot de stakende arbeidseenheid is een onvoldoende grond om onvoorwaardelijk die werknemers als werkonwilligen te bestemmen.

Evenmin kan het belang dat de werknemers zouden hebben bij de staking op zich als criterium worden aangewend bij de beoordeling omtrent de werkonwilligheid van de werknemer.

Die criteria zijn vreemd aan het al dan niet vrijwillig karakter van de werkloosheid en moeten als dusdanig buiten beschouwing worden gelaten.

De werkloze die aanspraak maakt op de uitkering, behoort te bewijzen dat hij werkwilbig was.

Aangezien de staking overwegend gepaard gaat met de collectieve houding van de werknemers, kan uit het collectief gedrag de werkwilbigheid of -onwilligheid worden vastgesteld, vooral wanneer zij lid zijn van een vakbond. Het is immers niet uitgesloten dat de vakbond waartoe zij behoren naar buiten de staking afkeurt, maar binnenskamers aan de leden richtlijnen geeft om zich afzijdig te houden van het gebeuren en niets te ondernemen voor de werkbereidheid.

De werkloze zal dan het bewijs moeten leveren dat hij die richtlijnen negeerde.

*Bij de vaststelling van de werkloosheidsuitkering is de gezinstoestand van de werkloze een niet onbelangrijk gegeven. Het dagelijks basisbedrag wordt verhoogd met een toeslag wanneer de werkloze de hoedanigheid heeft van gezinshoofd.*

Artikel 160 van het vermelde koninklijk besluit van 20 december 1963 bepaalt dat als basisvoorwaarde wordt vereist dat de werkloze samenwoont met één of meerdere rechtstreekse bloedverwanten of sommige aanverwanten die niet beschikken over een beroeps- of vervangingsinkomen.

Welke inkomens als vervangingsinkomens worden beschouwd, wordt nauwkeurig bepaald in het ministerieel besluit van 4 juni 1964.

Geen enkele bepaling preciseert evenwel nader wat onder beroepsinkomen dient te worden verstaan. Deze lacune leidt tot tegengestelde opvattingen in rechtsleer<sup>10</sup> en rechtspraak.

Ook het Hof werd gevraagd uitspraak te doen omtrent die problematiek<sup>11</sup>.

Een werkloze die samenwoont met een vriend die een leerovereenkomst met opleiding garagehouder uitvoerde in het stelsel van de middenstandsopleiding, en die hem krach-

tens de reglementering ten laste van het ondernemingshoofd een progressieve maandelijkse minimumtoelage opleverde, werd de code «gezinshoofd» ontzegd op grond dat de maandelijkse vergoeding welke haar vriend ontving als beroepsinkomen dient te worden beschouwd.

Op grond van de overweging dat de opleiding van de leerling in een bepaald beroep door middel van de erkende leerovereenkomst tot doel heeft de verwerving van beroepskennis en niet het presteren van arbeid in loondienst, oordeelde de arbeidsrechtbank dat de opleiding die de leerling volgt niet het karakter heeft van het uitoefenen van een beroepsactiviteit en dat de daaraan verbonden toelage geen beroepsinkomen is.

Het Hof sloot zich evenwel aan bij de stelling van het bestuur. In de motieven van het arrest zegt het Hof dat de leerovereenkomst elementen van de arbeidsovereenkomst bevat en dat de leerovereenkomst tot doel heeft al werkend een ambacht te leren waardoor de leerling wordt ingeschakeld in het produktieproces. Het feit dat de door de leerling verrichte arbeidsprestaties geen volwaardige beloning waard zijn wegens de scholing neemt niet weg dat het inkomen uit de leerovereenkomst een tegenprestatie voor arbeid uitmaakt en dat de werkzaamheden in een beroepsmatig kader worden verricht.

Tegen dit arrest is cassatieberoep ingesteld.

*Het gebeurt niet zo dikwijls dat uw Hof, buiten de E.E.G.-verordeningen, te maken krijgt met regels van internationale verdragen en internationaal privaatrecht.*

Op 4 december 1989 heeft U evenwel uitspraak moeten doen over een geval waar deze regels van toepassing waren<sup>12</sup>.

Het betrof een betwisting waarbij door een Franse firma de vraag werd gesteld of de Belgische dan wel de Franse rechtbank bevoegd was en, bijkomend, of al dan niet het Belgisch arbeidsrecht van toepassing was.

De werknemer van zijn kant betwistte de geldige vertegenwoordiging van de Franse firma om ook door haar «syndic» op te treden voor uw Hof, daar zij eerst in staat van «règlement judiciaire» en later in staat van «liquidation des biens» verkeerde.

De vordering van de werknemer betrof een opzeggingsvergoeding, vakantiegeld en sociale documenten.

Wat de vertegenwoordiging betreft, heeft uw Hof terecht afgeleid uit de artikelen 14 en 15 van de Franse wet van 13 juli 1967 met betrekking tot «le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes», dat de vertegenwoordiging in rechte van de firma tijdens de periode van «règlement judiciaire» door haarzelf moest gebeuren, bijgestaan door de «syndic», en tijdens de periode van «liquidations des biens» enkel door de «syndic».

Uit een overgelegd vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Chauny in Frankrijk was gebleken dat op 28 april 1982 het «règlement judiciaire» uitgesproken werd, en op 13 maart 1986 de «liquidations des biens», waarbij de «syndic» werd aangesteld.

<sup>9</sup> Cass., 22 juni 1981, *Arr. Cass.*, 1980-81, 1228.

<sup>10</sup> VERHAEGEN, G., «De leerovereenkomst voor leerlingen», in *Arbeidsrecht*, IV, dl. II.

<sup>11</sup> Arbh. Antwerpen, afd. Hasselt, 26 oktober 1989, *A.R.*, nr. 217/87 (R.V.A. t. Veneylen).

<sup>12</sup> Arbh. Antwerpen, 4 december 1989, *A.R.*, nr. 192/85 (Deruy, Herouard, Transtherm Iceland t. Breugelmanns).

Derhalve was de firma op 5 maart 1985 mede door haar «syndic» geldig vertegenwoordigd en werd het hoger beroep van die datum ontvankelijk verklaard.

Wat de bevoegdheid betreft van het Hof, deze wordt in principe bepaald door artikel 627, 9°, van het Gerechtelijk Wetboek. Omdat de werknemer in België en Nederland was tewerkgesteld voor de verkoop van produkten van de Franse firma, was uw Hof in beginsel bevoegd om kennis te nemen van de op de beëindiging van de arbeidsovereenkomst gebaseerde vordering.

De Franse firma stelde evenwel het probleem van de aanhangigheid van de vordering bij de Rechtbank van Koophandel te Chauny.

Overeenkomstig artikel 21 van het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, dient, wanneer voor gerechten van verschillende verdragsluitende staten tussen dezelfde partijen vorderingen aanhangig zijn, welke hetzelfde onderwerp betreffen en op dezelfde oorzaak berusten, het gerecht waarbij de zaak het laatst is aangebracht, *zelfs ambtshalve*, de partijen te verwijzen naar het gerecht bij hetwelk de zaak het eerst is aanhangig gemaakt.

Hetzelfde artikel bepaalt dat het gerecht dat tot verwijzing zou moeten overgaan, in casu het Arbeidshof te Antwerpen, zijn uitspraak kan aanhouden indien de bevoegdheid van het andere gerecht wordt betwist.

Hoewel de Belgische werknemer ook de bevoegdheid van de rechtbank in Chauny betwistte, heeft uw Hof de zaak toch behandeld.

Ik meen volledig terecht, want in de eerste plaats was uw Hof niet verplicht zijn uitspraak aan te houden en vervolgens was er nog een veel ernstiger reden, namelijk dat niettegenstaande de behandeling van de zaak herhaaldelijk werd uitgesteld om de Franse firma te laten aantonen dat de zaak *eerst* aanhangig was gemaakt bij de Rechtbank van Koophandel te Chauny, hiervan geen overtuigend bewijs werd geleverd.

Sterker nog, uw Hof heeft geoordeeld dat zelfs niet bewezen werd dat de zaak aldaar eigenlijk aanhangig werd gemaakt.

Er waren dus redenen te over om met toepassing van artikel 627, 9°, van het Gerechtelijk Wetboek, en zelfs met toepassing van artikel 21 van het Verdrag van 27 september 1968, kennis te nemen van de grond van de zaak.

Het arrest is ook belangrijk omdat het impliciet stelling genomen heeft in de betwisting over de vraag of het vermeldde verdrag al dan niet van toepassing is over betwistingen inzake arbeidsovereenkomsten.

De werknemer had de niet-toepasselijkheid van hetzelfde verdrag ingeroepen steunend op artikel 1 ervan, dat de toepassing voorschrijft op burgerlijke en handelszaken, en dus volgens hem niet op «arbeidszaken».

Deze stelling was reeds verworpen door de Arbeidsrechtbank te Luik<sup>13</sup>.

Uw Hof heeft dus impliciet en naar mijn mening volkomen terecht met dit standpunt ingestemd, omdat artikel 1 wél de «sociale zekerheid» uit zijn toepassingsgebied sluit, maar niet de arbeidsovereenkomsten.

Ten slotte heeft uw Hof ook geoordeeld dat ter zake het Belgisch arbeidsrecht van toepassing is, omdat de overeenkomst voornamelijk in België moest worden uitgevoerd, omdat de werknemer in België woonachtig was, en omdat de overeenkomst uitdrukkelijk naar het Belgisch recht verwijst met betrekking tot de sociale zekerheid.

Het internationaal privaatrecht steunt op het principe van de autonomie van de bij de overeenkomst betrokken partijen wat de aanwijzing betreft van de toepasselijke wetgeving.

Wanneer de overeenkomst geen uitdrukkelijke clausules hierover bevat, kan de rechter de stilzwijgende bedoeling van partijen afleiden uit een geheel van indicieën.

Het is aan de hand van die indicieën dat uw Hof terecht het Belgisch arbeidsrecht toepasselijk heeft geacht<sup>14</sup>.

*Op 26 januari 1990 heeft uw Hof inzake pensioenen uitspraak gedaan in een geschil over de loopbaan van een persoon die aanvoerde tijdens het jaar 1951 gedeeltelijk werknemer en gedeeltelijk zelfstandige te zijn geweest*<sup>15</sup>.

Ter herinnering dient te worden opgemerkt dat, volgens een vaste rechtspraak van uw Hof, de behandeling van pensioenzaken waarin het geschil betrekking heeft op zowel het gedeelte beroepsloopbaan werknemer als op het gedeelte beroepsloopbaan zelfstandige, dient te worden opgesplitst opdat ieder van deze gedeelten berecht kan worden door de daarvoor samengestelde kamer.

Het is dus geen probleem van bevoegdheid want het Hof als dusdanig is bevoegd om kennis te nemen zowel van pensioengeschillen over de beroepsloopbaan van een zelfstandige als van een werknemer.

Wél ging het over de juiste toepassing van het recent gewijzigde artikel 81 van het Gerechtelijk Wetboek<sup>16</sup>, dat de samenstelling bepaalt van de kamers naar gelang van de personen die betrokken zijn bij de geschillen waarvan kennis moet worden genomen.

In het hier besproken geval werd de erkenning van het jaar 1951 in de loopbaan als werknemer gevorderd omdat, naast de tewerkstelling als werknemer, tijdens het 3e en 4e kwartaal van 1951 een activiteit als zelfstandige-helper uitgeoefend zou zijn.

De Arbeidsrechtbank te Turnhout, samengesteld uit een rechter in sociale zaken – werkgever en een rechter in sociale zaken – werknemer, willigde de vordering in omdat zij – aan de hand van voorgebrachte attesten – oordeelde dat de activiteit als zelfstandige-helper bewezen was.

Met toepassing van artikel 31 van het koninklijk besluit van 21 december 1967 tot vaststelling van het algemeen reglement betreffende het rust- en overlevingspensioen voor werknemers, werd het jaar 1951 erkend in de loopbaan als werknemer.

<sup>14</sup> Zie hierover o.m. PIRON, J., «Eléments de réflexion pour la solution des conflits de lois en matière de droit du travail», *Droit social*, 1966, 212.

<sup>15</sup> Arbh. Antwerpen, 26 januari 1990, *A.R.*, nr. 876/85 (R.W.P. t. Lauwers).

<sup>16</sup> Wet van 26 juli 1990 tot wijziging van artikel 81 van het Gerechtelijk Wetboek, *B.S.*, 7 augustus 1990, 15380.

<sup>13</sup> Arbbr. Luik, 25 mei 1979, *J.T.*, 1980, 174.

Uw Hof, in dezelfde samenstelling als de arbeidsrechtbank te Turnhout, heeft dit vonnis tenietgedaan omdat het de activiteit van zelfstandige-helper niet bewezen achtte.

De vraag is evenwel of uw Hof, gezien de bepalingen van artikel 81 van het Gerechtelijke Wetboek in die samenstelling kennis mocht nemen van het geschil over het beroepsloopbaangedeelte als zelfstandige. Rekening houdend met de rechtspraak van uw Hof ter zake zou men verwacht hebben van niet.

Er dient hierbij wel opgemerkt te worden dat het onderhavige geval niet helemaal gelijk is aan die gewoonlijk aan uw Hof voorgelegd, waar het namelijk telkens ging om terugvorderingen door de R.R.O.P. (thans R.V.P.) van pensioenen, gedeeltelijk verkregen als werknemer en gedeeltelijk als zelfstandige, en ten onrechte genoten wegens niet-toegelaten beroepsarbeid.

Volledigheidshalve moeten we ook vermelden dat het Arbeidshof te Gent in een arrest van 3 april 1981<sup>17</sup> heeft beslist dergelijke zaken samen te behandelen «ten einde oplossingen te vermijden die onverenigbaar zijn, wanneer zaken afzonderlijk worden beslecht (artikel 30 Gerechtelijk Wetboek)».

Daar de voeging geschiedt ten koste van afwijkingen inzake de regels betreffende de «volstrekte» of «territoriale» bevoegdheid (artikel 566 Gerechtelijk Wetboek), oordeelde het Arbeidshof te Gent «a fortiori» dat vorderingen welke «binnen dezelfde rechtbank» worden ingeleid maar waarvoor twee verschillende kamers bevoegd zijn, na vaststelling van de samenhang behandeld kunnen worden door één kamer en dit ongeacht de «gewone» volstrekte bevoegdheid van deze kamer als bepaald in artikel 81 van het Gerechtelijk Wetboek.

Die rechtspraak lijkt mij niet te kunnen worden gevolgd.

Allereerst gaat het niet om een probleem van «bevoegdheid» maar wel van «samenstelling» van de kamer.

In dit verband heeft het Hof van Cassatie duidelijk beslist<sup>18</sup> dat de bepalingen van artikel 81, die tot doel hebben de paritaire samenstelling van de arbeidsgerechten te verwezenlijken, van openbare orde zijn, hetgeen betekent dat er niet van afgeweken mag worden.

Er is geen reden waarom hetgeen geldt voor de samenstelling van werknemerszijde niet zou gelden voor zelfstandigen.

Zoals een auteur schrijft: «Rien ne permet de faire fi des impératifs contenus dans l'article 81 du Code Judiciaire. Le respect de ceux-ci interdit la jonction de causes connexes autant qu'il oblige à disjonction des requêtes ayant des objets multiples, dès lors, que l'examen conjoint amènerait une contravention à cette disposition d'organisation judiciaire<sup>19</sup>.»

Men kan zich dan ook de vraag stellen of er voldoende redenen zijn om de rechtspraak, die uw Hof terecht zeer consequent heeft toegepast op de terugvorderingen van gepensioneerden met een gemengde beroepsloopbaan, niet

aan te houden in het geval dat aanleiding heeft gegeven tot de uitspraak van 26 januari 1990.

Nog inzake pensioenen heeft uw Hof kennis genomen van een geschil over de toepassing van artikel 52 van het koninklijk besluit van 21 december 1967 tot vaststelling van het algemeen reglement betreffende het rust- en overlevingspensioen der werknemers, namelijk cumulatie van een Belgisch overlevingspensioen met een Nederlands ouderdomspensioen, toegekend op grond van de Algemene Ouderdomswet<sup>20</sup>.

Dit artikel bepaalt dat een Belgisch overlevingspensioen niet gecumuleerd kan worden met één of meer rustpensioenen, of als zodanig geldende voordelen, toegekend krachtens een Belgische of buitenlandse wetgeving of krachtens een pensioenregeling van het personeel van een volkenrechtelijke instelling, tenzij ten bedrage van een som gelijk aan 110% van een bedrag dat op een bepaalde manier wordt berekend.

De problemen die in verband hiermee ontstaan, hangen steeds samen met de kwalificatie van de toegekende pensioenen of voordelen, vooral wanneer het voordelen zijn toegekend krachtens een buitenlandse wetgeving.

De problematiek die ik hier wens te belichten, is helemaal niet nieuw, maar nog steeds aan de orde.

Zoals reeds gezegd betreft het cumulatie van een Belgisch overlevingspensioen met een Algemene Ouderdomswetpensioen, dat in casu verworven is op basis van vrijwillige bijdragebetaling (dus niet op basis van een verzekeringsperiode) door de echtgenoot verricht. Het betreft een pensioen toegekend op 71-jarige leeftijd van de betrokkene na overlijden van de echtgenoot. Voordien genoot betrokkene met haar echtgenoot gezamenlijk een pensioen.

Steunend onder andere op arresten van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen<sup>21</sup> heeft de eerste rechter aanvaard dat de uitkeringen door Nederland toegekend gelijksoortig zijn als die in België toegekend, zodat cumulatie van deze twee pensioenen onbeperkt toegelaten is. Immers het Hof van Justitie beslist dat uitkeringen van sociale zekerheid als gelijksoortig worden aangemerkt wanneer het voorwerp en de doelstelling alsook de berekeningsgrondslag en de toekenningsvoorwaarden ervan identiek zijn.

De eerste rechter oordeelt dat het A.O.W.-pensioen gelijk te stellen is met een overlevingspensioen, met name omdat het werd berekend in verband met verzekeringstijdvakken — of door vrijwillige premiebetaling — door de overleden echtgenoot gerealiseerd in de Nederlandse regeling voor een periode samenvallend met een periode van verplichte verzekering in België.

Hoger beroep werd door de Rijkdienst ingesteld met het argument dat het Belgisch overlevingspensioen en het Nederlands pensioen op grond van de Algemene Ouderdomswet geen gelijksoortige uitkeringen zijn.

<sup>17</sup> Arbh. Gent, 3 april 1981, *A.R.*, nr. 263/80 (R.R.O.P. t. Van den Heeden).

<sup>18</sup> Cass., 9 februari 1972, *Arr. Cass.*, 1972, 534.

<sup>19</sup> DE LEUZE, G., noot onder Arbhr. Charleroi, 23 november 1978, *J.T.T.*, 1979, 226.

<sup>20</sup> Arbh. Antwerpen, 24 januari 1990, *A.R.*, nr. 767/86 (R.W.P. t. Dobbelaere).

<sup>21</sup> *Arresten Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen*, 5 mei 1983, nr. 238/81, en 5 juli 1983, nr. 171/82.

Er wordt verwezen naar twee arresten van het Hof van Cassatie van 30 juni 1980 <sup>22</sup>.

Hier komt uw Hof tot de volgende beschouwingen:

a) de Algemene Ouderdomswet, op grond waarvan het pensioen werd toegekend in Nederland, heeft tot doel een algemene, de gehele bevolking omvattende, verplichte verzekering tegen geldelijke gevolgen van ouderdom, waarbij na verplichte of vrijwillige premiebetaling – en zelfs zonder premiebetaling

b) een ouderdomspensioen toegekend wordt ingaande op de eerste dag van de maand waarin de 65-jarige leeftijd wordt bereikt;

c) de Algemene Weduwen- en Wezenwet heeft tot doel een algemene, de gehele bevolking omvattende verplichte weduwen- en wezenverzekering, waarbij een weduwenpensioen wordt toegekend dat in ieder geval eindigt met ingang van de maand waarin de weduwe 65 jaar wordt.

Uw Hof besluit hieruit dat de uitkering, welke door Nederland wordt uitgekeerd volgens de A.O.W. en niet volgens de A.W.W., geen gelijksoortige uitkering als het Belgisch overlevingspensioen kan zijn.

Mijns inziens heeft uw Hof na een juiste ontleding van de doelstelling van de Algemene Ouderdomswet en van de Algemene Weduwen- en Wezenwet besloten de cumulatieregel toe te passen.

De overwegingen van de eerste rechter dat de rechten van betrokkene op een A.O.W.-pensioen slechts bestaan en ontstaan zijn door het feit, en voor de periode, dat zij gehuwd was met een werknemer van Nederlandse nationaliteit die vrijwillige bijdragen betaald heeft in het Nederlands pensioenstelsel, doen hem besluiten dat deze rechten gelijksoortig zijn aan een Belgisch overlevingspensioen dat wordt uitbetaald op basis van gewerkte periodes van de echtgenoot.

Toch heeft het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in de door de eerste rechter ingeroepen arresten beslist dat de uitkeringen gelijksoortig zijn wanneer het voorwerp en de doelstelling, alsook de berekeningsgrondslag en de toekenningsvoorwaarden ervan identiek zijn.

Daaraan is, dacht ik, niet voldaan. Immers, een Belgisch overlevingspensioen komt slechts toe aan de weduwe van een werknemer die in België verplichte bijdragen betaald heeft in het pensioenstelsel, berekend op grond van effectieve tewerkstelling en loon, terwijl in Nederland een A.O.W.-pensioen toekomt aan alle onderdanen van Nederlandse nationaliteit – of personen die wegens gelijkstelling hierop een beroep kunnen doen – ongeacht de omstandigheid van tewerkstelling. De toekenningsvoorwaarden en de berekeningsgrondslag zijn dus zeker niet identiek.

Dit ene grote onderscheid schraagt de mening dat een A.O.W.-pensioen en een Belgisch overlevingspensioen niet gelijksoortig zijn.

Maar ook het voorwerp en de doelstelling van het overlevingspensioen en het A.O.W.-pensioen zijn niet gelijk: beide pensioenen bezorgen de genietters ervan een inkomen, doch het A.O.W.-pensioen, dat ten goede komt aan *alle* onderdanen van Nederlandse nationaliteit of aan personen die hiermee gelijkgesteld worden, is veeleer te vergelijken met het Belgisch gewaarborgd inkomen voor bejaarden, dat ook

aan alle onderdanen, onder de voorwaarde van onvoldoende bestaansmiddelen, wordt toegekend.

De doelstelling, zowel van het A.O.W.-pensioen als van het gewaarborgd inkomen voor bejaarden, is alle onderdanen een levensnoodzakelijk inkomen te verschaffen. Een overlevingspensioen daarentegen bevat een andere strekking, namelijk compensatie voor het wegvallen van een gezinsinkomen verkregen wegens tewerkstelling van de echtgeno(o)t(e), als gevolg van afdrachten op lonen waardoor een reserve aan kapitaal opgebouwd is, dat bij verdeling terugkomt aan de overlevende echtgeno(o)t(e).

*In een ander arrest heeft uw Hof, naast de grond van de zaak, enkele procedureproblemen moeten oplossen* <sup>23</sup>.

Het betrof een zelfstandige door het R.S.V.Z. gedagvaard om bijdragen te betalen verschuldigd ingevolge het sociaal statuut der zelfstandigen.

Allereerst werd de onontvankelijkheid van de vordering ingeroepen omdat de betekening van de dagvaarding in Nederland was gedaan.

De zelfstandige baseerde zich op artikel 40, laatste lid, van het Gerechtelijk Wetboek, met het argument dat de betekening in het buitenland ongedaan is indien de partij op wiens verzoek ze is verricht, de woonplaats, de verblijfplaats, of de gekozen woonplaats van degene aan wie betekend wordt, in België kende.

Hij beweerde dat hij in België een gekozen woonplaats of minstens zijn verblijfplaats had, namelijk te Merksplas bij een zekere heer D.

Ter staving haalde hij een aantal brieven aan van het R.S.V.Z. die aan hem op dat adres waren gericht, maar hij bleef in gebreke aan te tonen dat hij op dat adres woonplaats had gekozen, zodat uw Hof geen gekozen woonplaats in aanmerking nam.

Het nam daarentegen wel hetzelfde adres als verblijfplaats aan op grond van artikel 36 van het Gerechtelijk Wetboek dat als dusdanig beschouwt iedere vestiging, zoals de plaats waar de persoon kantoor houdt of een handels- of nijverheidszaak drijft; uit de stukken bleek namelijk *dat de betrokkene op het adres een kantoor voor aanwervingswerken had*.

Hoewel P. Rouard – geciteerd door het Hof <sup>24</sup> – een correspondentieadres als dusdanig voldoende vindt om als verblijfplaats te kunnen worden aanvaard, blijkt het Hof van Cassatie een andere mening te zijn toegegaan.

In het geval van iemand die bij de bevolkingsregisters een contactadres had opgegeven, heeft het Hof van Cassatie geoordeeld dat zo'n adres niet gelijk te stellen is met een verblijfplaats <sup>25</sup>.

Hieruit blijkt dat uw Hof een terechte toepassing heeft gemaakt van artikel 36 van het Gerechtelijk Wetboek door het correspondentieadres slechts te aanvaarden als verblijfplaats omdat uiteindelijk bleek dat de betrokkene er ook een kantoor had, waardoor het op grond van artikel 40, laatste

<sup>23</sup> Arbh. Antwerpen, 16 juni 1989, A.R., nr. 144/85 (R.S.V.Z. t. Van Bergen).

<sup>24</sup> ROUARD, P., *Traité élémentaire de droit judiciaire privé – la procédure civile*, première partie, tome II, 296.

<sup>25</sup> Cass., 14 november 1989, R.W., 1989-90, 1258.

<sup>22</sup> R.W., 1980-81, 2181, en *Pas.*, 1980, I, 1369.

lid, van het Gerechtelijk Wetboek de betekening in Nederland als ongedaan kon beschouwen.

Op grond van hetzelfde artikel 40, laatste lid, werd ook de onontvankelijkheid van het hoger beroep gepleit.

De zelfstandige had namelijk zijn vonnis laten betekenen aan het R.S.V.Z. met keuze van woonplaats op het kantoor van de voor hem optredende gerechtsdeurwaarder.

Het R.S.V.Z. stelde hoger beroep in zonder melding te maken van die keuze van woonplaats, waardoor de griffie de gerechtsbrief ter kennis bracht in het buitenland, niet op de hoogte zijnde van de woonstkeuze in België.

De zelfstandige riep in dat op grond van artikel 40, laatste lid, van het Gerechtelijk Wetboek de betekening in het buitenland als ongedaan moest worden beschouwd, want dat de keuze van woonplaats gedaan in de betekening van een gerechtelijke beslissing geldt voor alle eraan verbonden akten, met name voor de rechtsmiddelen die tegen deze beslissing worden aangewend <sup>26</sup>.

Het Hof heeft hier terecht op geantwoord dat volgens een arrest van het Hof van Cassatie de keuze van woonplaats ook geldt voor een akte van hoger beroep, maar dan wel voor zover deze bij deurwaardersakte is betekend.

In casu ging het immers niet om een betekening van het hoger beroep maar om een kennisgeving ervan door de griffier, een onderscheid dat duidelijk is weergegeven in artikel 39 van het Gerechtelijk Wetboek.

Om die reden werd de argumentatie op grond van hetzelfde artikel 40, laatste lid, dus niet aangenomen wat de akte van hoger beroep betreft.

*Op 20 december 1989 wees uw Hof een belangrijk arrest in een betwisting over een vordering van de R.S.Z. tot betaling van achterstallige bijdragen, bijdrageopslagen en interesten, berekend op bedragen die de werkgever aan zijn personeelsleden toegekend had in de vorm van een fiscaal voordeel, erin bestaande drie tiende van de bedrijfsvoorheffing op het loon ten laste te nemen* <sup>27</sup>

De R.S.Z. beschouwde dit voordeel als een loon en steunde hiervoor op artikel 14 van de besluitwet van 27 juni 1969 betreffende de maatschappelijke zekerheid.

Uw arrest deelde dit standpunt met de volgende overweging: «dat het voordeel, erin bestaande drie tiende van de bedrijfsvoorheffing van een deel van haar personeelsleden ten laste te nemen, een in geld waardeerbaar voordeel betrof, aan de werknemers toegekend ingevolge de dienstbetrekking; dat dit voordeel dientengevolge loon in de zin van de Loonbeschermingswet was en bij ontstentenis van een bij koninklijk besluit geregelde beperking ter zake eveneens loon voor de sociale zekerheid».

Dit arrest, waarbij gestatueerd werd over het begrip «loon» past in het kader van een reeks betwistingen waarbij telkens de werkgever bepaalde voordelen aan zijn werknemer toekent, ze niet als loonelement beschouwt en er dan ook geen R.S.Z.-bijdragen op betaalt, en waarbij telkens opnieuw, meestal na min of meer lange tijd, de Rijksdienst ertoe overgaat de toegekende voordelen te beschouwen als loon, er een aanslag voor vestigt, welke dan steeds ter be-

twisting aan het oordeel van de arbeidsgerechten wordt voorgelegd.

Het toegekende voordeel niet kwalificeren als loon betekent voor de werkgever een besparing en is voor de werknemer zonder enig direct belang, zodat beiden gemakkelijk akkoord gaan over het bedachte systeem.

Ik herinner hier aan gelijksoortige precedentes zoals daar zijn: de maaltijdcheques; de medische cheques; groepsverzekeringen met betrekking tot bijkomende voordelen in een sociaal zekerheidssysteem, meer specifiek t.a.v. hospitalisatiekosten, pensioenfondsen, e.d.; geschenkcheques, cultuurcheques.

Het embleem dat de werkgever zich aanmeet is misschien «Handigheid is niet verboden».

Sommige van de toegekende voordelen worden bestempeld als kostenvergoedingen, bijvoorbeeld maaltijdcheques, andere als liberaliteit.

Wat de maaltijdcheques betreft, is de wetgever «roet in het eten» komen strooien door bij koninklijk besluit van 11 december 1987 in het koninklijk besluit van 28 november 1969 betreffende de maatschappelijke zekerheid een artikel 19bis in te voegen dat bepaalt dat maaltijdcheques in beginsel als loon te beschouwen zijn.

Wat voordelen betreft welke te beschouwen zijn als liberaliteit, laat het arrest van 20 april 1977 van het Hof van Cassatie <sup>28</sup> niet veel mogelijkheden open. Dit blijkt trouwens uit de houding van de werkgevers die nagenoeg geen voordelen meer toekennen die zij bestempelen als vrijgevigheid. Zij nemen sindsdien hun toevlucht tot andere voordelen, zoals hierboven reeds opgesomd.

Een van de laatste vindingen op dit gebied van voordelen, is het verlenen van enig fiscaal voordeel, zoals in het hierboven besproken arrest van 20 december 1989.

En er is nog meer: namelijk de terugbetaling van uitgaven, eigen aan de werkgever, aan buitenlandse kaderleden die tijdelijk in België werkzaam zijn.

Betreffende deze terugbetalingen stelt R. Boes in een studie «Terugbetaling van kosten en toekenning van voordelen» <sup>29</sup> dat de werkgever moet aantonen dat die terugbetalingen overeenstemmen met het werkelijk bedrag van bijkomende uitgaven en tot het nagestreefde doel hebben gediend, met name om het kaderlid te vergoeden voor de kosten en verliezen die niet op onredelijke wijze zijn behoeften overtreffen.

Die terugbetalingen kunnen eenmalige uitgaven zijn, bijvoorbeeld om kosten van verhuizing naar België en inrichtingskosten van de woning in België te dekken, of regelmatig weerkerende uitgaven, bijvoorbeeld het verschil in de kosten voor huisvesting en levensduurte tussen België en het land van herkomst, onderwijskosten voor de kinderen, de «tax-equalisation» zijnde de vergoeding welke het hogere bedrag van inkomstenbelasting voortvloeiend uit de detachering of tewerkstelling in België compenseert.

Die terugbetaling van uitgaven wordt door de auteur gekwalificeerd als loon in de zin van de Loonbeschermingswet. Zo die vergoeding de uitgaven overschrijdt, betreft het voor dat gedeelte loon in de zin van de Arbeidsovereenkomsten-

<sup>26</sup> Cass., 18 september 1980, *J.T.*, 1981, 192.

<sup>27</sup> Arbh. Antwerpen, 20 december 1989, *R.W.*, 1989-90, 1264.

<sup>28</sup> Cass., 20 april 1977, *J.T.T.*, 1977, 180-184.

<sup>29</sup> *Aanwerven, tewerkstellen, ontslaan*, t. 204-10.

wet en is dat gedeelte niet te beschouwen als kostenvergoeding.

In ons fiscaal stelsel worden de terugbetalingen niet belast als bezoldiging zo ze bestemd zijn om de bijkomende uitgaven te dekken welke het rechtstreeks gevolg zijn van de detachering of tewerkstelling in België.

In onze sociale-zekerheidsregeling is er vooralsnog geen wettelijke regeling, doch de auteur besluit dat de litigieuze terugbetaling van uitgaven, in zover zij voldoet aan de fiscale voorwaarden, tevens voldoet aan de vereisten gesteld door artikel 19, § 2, 4° en 6°, van het koninklijk besluit van 28 november 1969, dat bepaalde bedragen, betaald door de werkgever aan de werknemer, uit het loonbegrip van de Loonbeschermingswet uitsluit en dus ook niet onderwerpt aan bijdragen in het sociale-zekerheidssysteem.

Of het bestuur van de R.S.Z. en de rechtspraak dit standpunt zullen delen, blijft vooralsnog een open vraag.

In de gevoerde betwisting werd nog een ander probleem gesteld, namelijk een tegenvordering tot het verkrijgen van schadevergoeding in compensatie voor te betalen opslagen en interesten door de N.V. De Schelde, waarbij deze zich beriep op een inbreuk door de R.S.Z. gepleegd op het beginsel van behoorlijk bestuur, en op een fout in de zin van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek, bestaande in het feit dat de Rijksdienst bij vroegere controles van de lonen, waarbij het systeem van toekenning van voormeld voordeel moet zijn opgemerkt, nooit op dit toegekende voordeel bijdragen gevorderd heeft en dus de N.V. De Schelde in de waan heeft gelaten dat op dit voordeel geen R.S.Z.-bijdragen verschuldigd waren, zodat het thans niet gerechtvaardigd is opslagen en interesten te vorderen, minstens af te zien van de invordering hiervan.

Deze tegenvordering werd door het arrest afgewezen omdat het mogelijk verzuim bijdragen op te vorderen alleszins geen fout was op basis waarvan schadevergoeding kan gevorderd worden; dat ter zake geen dwaling in rechte door de N.V. De Schelde ingeroepen kan worden, ook niet ten gevolge van de vroegere houding van de R.S.Z.; dat het verschuldigd zijn van de bijdragen, opslagen en interesten zijn enige oorzaak vindt in de wettelijke bepalingen ter zake en geenszins het gevolg is van een eventueel verzuim van de R.S.Z.; dat bij de vaststelling dat de R.S.Z. met betrekking tot het toegekende fiscaal voordeel voor vroegere kwartalen geen bijdragen heeft gevorderd, de N.V. De Schelde niet op aanvaardbare wijze kan stellen schade te hebben geleden; dat de R.S.Z., door de vraag tot ontheffing van de sanctie, namelijk de vordering strekkende tot betaling van opslagen en interesten, af te wijzen, zich niet aan rechtsmisbruik schuldig heeft gemaakt.

*Inzake sociale reclassering van minder-validen heeft uw Hof op 10 januari 1990 een uitspraak gedaan die mij, zowel met betrekking tot de ontvankelijkheid als met betrekking tot de grond, niet zonder belang lijkt wegens de stellingname erin vervat*<sup>30</sup>

Daar waar in conclusie de onontvankelijkheid opgeworpen werd door het Rijksfonds, dat echter ter zitting niet verscheen, en daar waar de minderjarige verscheen bij raadsman, overwoog het vonnis, zonder te antwoorden op de con-

clusie van verweerder, dat eisende partij, meer dan 18 jaar doch minder dan 21 jaar, «voor het behartigen van haar professionele belangen, zelf haar rechten mag behartigen».

Het hoger beroep uitgaande van de oorspronkelijk verweerende partij riep opnieuw de onontvankelijkheid van de oorspronkelijke vordering in wegens de minderjarigheid van de oorspronkelijk eisende partij, echter zonder enige motive-ring.

Geïntimeerde repliceert dat zij haar professionele belangen zelf mag verdedigen en steunt blijkbaar op artikel 43 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten.

Het arrest verwerpt terecht dit artikel 43 als basis voor de handelingsbekwaamheid van de minderjarige: het geschil met het Rijksfonds handelt immers over sociale prestaties die geen verband houden met een arbeidsovereenkomst. Het oordeelt echter enerzijds dat een verweerder, in een geding ingeleid door een minderjarige, slechts een opschortende exceptie kan invoeren, ten einde de eiser te verplichten zijn wettelijke vertegenwoordiger te laten tussenkomen, en anderzijds dat de nietigheid of de onontvankelijkheid van de vordering alleen door de minderjarige of zijn wettelijke vertegenwoordiger kan worden ingeroepen; de onbekwaamheid van de minderjarige is slechts betrekkelijk en kan gedeckt worden, onder andere, zoals in casu, door het feit dat de minderjarige, ondertussen meerderjarig geworden, de procedure voortzet. De opschortende exceptie die hierin ingeroepen wordt, heeft alsdan geen voorwerp meer.

De visie in het arrest uiteengezet over de relatieve handelingsonbekwaamheid van de minderjarige is conform de rechtsleer en de rechtspraak. Het is juist dat de relatieve nietigheid van de procedure als gevolg van de handelingsonbekwaamheid wordt gedeckt voor wat voorbij is door het enkele feit dat de minderjarige, thans meerderjarig geworden, de procedure voortzet.

Maar, volstaat deze voortzetting ook opdat de verdere procedure regelmatig zij, of is het hier nodig dat de meerderjarig geworden minderjarige een gedinghervatting doet? Immers, artikel 815 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat de verandering van staat van een partij, zo daarvan kennis wordt gegeven, moet leiden tot hervatting van het geding.

In casu gebeurde dit niet. Partijen hebben dit ook niet ingeroepen. De vraag of de procedure dan niet verder onregelmatig verlopen is, blijft dus open.

Ten gronde neemt dit arrest een ander standpunt in dan de bestaande rechtspraak van uw Hof.

De gevoerde betwisting betrof een minder-valide die ten gevolge van een ongeval op tweejarige leeftijd, tot haar achttiende jaar in het kader van een sociaal reclasseringsproces van het Rijksfonds tegemoetkomingen genoot, onder andere voor een zwemprothese, in 1979, 1981 en 1983.

En terecht, immers volgens de doelstelling van het Rijksfonds, zoals die blijkt uit de wet, dient het Rijksfonds bij te dragen in kosten voortvloeiend uit de handicap, en in kosten die bijdragen tot de professionele reclassering, wat in casu het geval was.

In 1986 wordt de vraag tot tegemoetkoming voor een zwemprothese voor het eerst afgewezen, omdat betrokkene, toen ouder dan achttien jaar, professioneel gereclasseerd is. Zij is niet meer schoolgaand en werkt met tussenkomst van het Rijksfonds in een expertisekantoor.

<sup>30</sup> Athb. Antwerpen, 10 januari 1990, A.R., nr. 422/88 (Rijksfonds voor sociale reclassering van minder-validen t. Verbruggen).

Hiertegenover staat nochtans dat de gevraagde zwemprothese past in het kader van zwemprothesen welke door de behandelende geneesheren van de minder-valide als noodzakelijk worden geacht voor het in stand houden van haar fysieke conditie. Zwemmen zonder prothese kan volgens de geneesheer, doch om psychologische redenen dan weer niet.

Partijen, evenals het arrest, gaan ervan uit dat het verzoek tot tussenkomst voor de zwemprothese dient te worden beoordeeld in het kader van de artikelen verband houdend met «materiële hulp», artikelen die erop gericht zijn een minder-valide die geen beroep kan doen op specifieke rechten voorzien in de wet tot reclassering, toch een tegemoetkoming te verlenen, en ik citeer: «... voor kosten die, *althoe wel zij eenvoudig nuttig zijn* voor de omscholing of professionele inschakeling, niettemin *noodzakelijk* zijn uit hoofde van de handicap zelf»<sup>31</sup>.

Het arrest aanvaardt hierdoor impliciet dat het reclasseringsproces voltooid is, maar oordeelt dat de zwemprothese indirect nuttig is, zoniet noodzakelijk om de professionele inschakeling te kunnen behouden.

Om tot deze beslissing te komen, interpreteert het Hof de feitelijke situatie van de minder-valide, en interpreteert het eveneens de bewuste artikelen in verband met de «materiële hulp».

Deze artikelen laten weliswaar het toekennen van een tegemoetkoming toe, doch de rechtspraak van dit Hof heeft tot hertoe aanvaard dat de beslissingen tot toekenning hieromtrent lagen in de discretionaire bevoegdheid van de Raad van Beheer van het Rijksfonds, zodat de rechtbanken met betrekking tot deze materiële hulp enkel over een marginale toetsing beschikken.

In casu was er een algemene beslissing van de Raad van Beheer die als norm stelde dat een dergelijke zwemprothese niet meer toegekend wordt voor personen ouder dan achttien jaar, aangezien ze niet bijdraagt tot de professionele reclassering. Deze algemene norm werd door het Rijksfonds toegepast op het hier besproken geval.

Aan deze norm — welke mijns inziens conform is én met de wet van 16 april 1963 betreffende de sociale reclassering van minder-validen én met het ministerieel besluit van 27 december 1967 — heeft het arrest een uitbreiding gegeven door te beslissen dat de zwemprothese, hoewel niet rechtstreeks noodzakelijk om het de betrokkene mogelijk te maken haar professionele arbeid uit te voeren, zonder twijfel toch indirect nuttig, zoniet noodzakelijk of onmisbaar was om haar *professionele inschakeling* te kunnen behouden. Aldus geeft het arrest aan het Rijksfonds de opdracht preventief bij te dragen.

Vraag is of preventie past in het kader van de opdracht van het Rijksfonds. De taak van het Rijksfonds wordt in de

wetgeving omschreven<sup>32</sup> als «ervoor te waken dat de minder-valide (...) een maximum van functionele recuperatie bekomt en alzo de geschiktheid tot het uitoefenen van een arbeid tot stand brengt of verbetert», en als «alle nodige hulp te verlenen vóór, tijdens en na de beroepsopleiding»<sup>33</sup>.

Mijns inziens zou preventie kunnen, doch aangezien ze niet voorkomt in de nomenclatuur van de te verlenen verstrekkings, zou ze moeten passen in het kader van de «materiële hulp», wat het arrest ook vooropstelt.

Doch de beslissingen hierover vallen — zoals reeds gezegd — in de discretionaire bevoegdheid van de Raad van Beheer, die binnen een beleidsoptie kan handelen, maar steeds binnen de perken van de artikelen gesteld voor de «materiële hulp»<sup>34</sup>, wat wil zeggen dat de kosten waarvoor hulp gevraagd wordt, steeds nuttig of noodzakelijk moeten zijn voor de omscholing of professionele inschakeling.

Dus ook hier laten de artikelen geen preventieve behandelingen toe.

Uw Hof diende mijns inziens in de eerste plaats te aanvaarden dat de Raad van Beheer op onaantastbare wijze kan beslissen dat kosten voor zwemprothesen na de leeftijd van achttien jaar niet meer in aanmerking komen voor tussenkomst, wegens de opgegeven motieven, en diende vervolgens — na marginale toetsing — ook te aanvaarden dat in casu, aangezien de zwemprothese niet bijdroeg tot de professionele reclassering — immers de betrokken minder-valide was tewerkgesteld in een expertisekantoor — de weigering tot tussenkomst in de kosten gerechtvaardigd was.

Volledigheidshalve meen ik toch te moeten aanhalen dat met betrekking tot de beslissing van de Raad van Beheer het Hof opmerkt dat deze beslissing niet wordt voorgelegd, zodat het niet mogelijk is de inhoud en de draagwijdte ervan te beoordelen.

Mocht dit de reden zijn waarom het Hof de beslissing van de Raad van Beheer niet toetst aan de artikelen die de «materiële hulp» betreffen, dan meen ik dat het Hof deze beslissing had moeten laten toevoegen. Het stond immers vast dat er een algemene beslissing van de Raad van Beheer, in die materie waarover de betwisting ging, bestond, want de individuele beslissing in casu verwijst ernaar en geeft er de inhoud van aan. Mijns inziens was het bijbrengen van het stuk niet noodzakelijk daar de norm en de beslissing waarover de betwisting gevoerd was, voldoende bekend was.

In elk geval was er geen reden om de beslissing van de Raad van Beheer te negeren.

<sup>32</sup> Zie art. 3, Wet 16 april 1963 betreffende de sociale reclassering van de minder-validen.

<sup>33</sup> Zie art. 3, 11°, Wet 16 april 1963 betreffende de sociale reclassering van de minder-validen.

<sup>34</sup> Art. 18, M.B. 27 december 1967 houdende vaststelling van de criteria van toekenning der tegemoetkomingen inzake sociale hulp op het gebied van de sociale reclassering van de minder-validen.

<sup>31</sup> Art. 18 M.B. 27 december 1967 houdende vaststelling van de criteria van toekenning der tegemoetkomingen inzake sociale hulp op het gebied van de sociale reclassering van de minder-validen.

# RECHTSPRAAK

## HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 1 JUNI 1990

Voorzitter-rapporteur: de h. Soetaert

Openbaar ministerie: de h. Declercq

Advocaten: mrs. Delahaye en De Gryse

**Burgerlijke rechtspleging – Samenstelling van het rechtscollege – 1. Art. 779 Ger. W. – Hervatting van het debat – 2. Hof van beroep – Toewijzing van de zaken – Betwisting**

1. Wanneer, na een eerste arrest, de partijen het debat hebben hervat, dient de daarop te wijzen beslissing niet te worden genomen door dezelfde rechters die het eerste arrest hebben gewezen, maar door de rechters die alle zittingen betreffende die nieuwe behandeling hebben bijgewoond.

2. Ingevolge de artt. 88, § 2, en 109, tweede lid, Ger. W. moeten incidenten in verband met de verdeling onder de kamers van een zelfde hof van beroep vóór ieder ander middel door een van de partijen of bij de opening van het debat ambtshalve zijn opgeworpen en door de kamer of de raadsheer aan de eerste voorzitter ter beslissing zijn voorgelegd, en de beschikking van de eerste voorzitter bindt de kamer of raadsheer naar wie de zaak is verwezen, behoudens voorziening in cassatie van de procureur-generaal.

Het incident kan niet voor het eerst in cassatie worden opgeworpen.

De B. t/ N.V. A. e.a.

### Conclusie van de advocaat-generaal R. Declercq

Met een vonnis van 4 september 1981 wees de rechtbank te Dendermonde de regresvordering af die door de N.V. S. (nu A.) gericht was tegen Camille Van G. en Annie De B.

Met een eerste arrest, van 20 juni 1985, verklaarde het hof van beroep het hoger beroep ontvankelijk en heropende de debatten over de zaak zelf.

Met het nu bestreden arrest van 21 oktober 1988 werd Annie De B. veroordeeld.

De twee cassatiemiddelen betreffen de samenstelling van de zetel van het hof van beroep.

Het eerste middel voert aan dat het hof van beroep, bij het vellen van het eindarrest, anders samengesteld was dan bij het arrest van 20 juni 1985, waardoor het hoger beroep ontvankelijk verklaard werd en de debatten over de zaak zelf werden heropend.

Het middel kan niet worden aangenomen, nu uit de processtukken blijkt dat, na het eerste arrest, de behandeling van de zaak in haar geheel werd hervat en namelijk dat de partijen verklaarden hun vroeger neergelegde conclusies te hernemen.

Het tweede middel betreft een ander aspect van de samenstelling van de zetel van het hof van beroep. Het arrest van 21 oktober 1988 werd uitgesproken door een kamer met drie raadsheren. Volgens eiseres moest dat gebeuren door een kamer met één raadsheer en is er schending van artikel

109bis, dat in het Gerechtelijk Wetboek werd ingevoegd door de wet van 19 juli 1985.

Deze wetbepaling, die in werking trad op 1 december 1985, schrijft voor dat, met uitzondering van de vorderingen betreffende de staat van personen, aan de kamers met één raadsheer wordt toegewezen het hoger beroep tegen beslissingen in burgerlijke zaken gewezen door een kamer van de rechtbank van eerste aanleg met één rechter. Er wordt aan toegevoegd dat die zaken aan een kamer met drie raadsheren worden toegewezen of naar zulk een kamer verwezen als de appellant het in zijn hoofdakte<sup>1</sup> van hoger beroep vraagt of als de geïntimeerde het vraagt binnen dertig dagen te rekenen van de betekening of de kennisgeving van de akte van hoger beroep. De termijn is voorgeschreven op straffe van verval.

Binnen de gestelde termijnen heeft geen van de partijen een toewijzing of verwijzing naar een kamer met drie raadsheren gevraagd.

Ze konden het ook moeilijk want die termijnen waren al voorbij toen de nieuwe wet in werking trad. Overgangsbepalingen zijn er niet.

Vermits het een wet op de rechterlijke organisatie en de rechtspleging betreft, is ze, overeenkomstig artikel 3 van het Gerechtelijk Wetboek, van toepassing op de hangende rechtsgedingen, zoals U besliste met uw arresten van 9 februari en 23 november 1989<sup>2</sup>.

De zaak moest dus worden toegewezen aan een kamer met één raadsheer.

Een andere vraag is nu of het feit dat het arrest door een kamer met drie raadsheren gewezen werd aanleiding geeft tot cassatie.

Van wetten op de rechterlijke organisatie zegt men dat ze de openbare orde raken. Dan is cassatie zonder meer de sanctie bij niet-naleving van de wet<sup>3</sup>.

Men moet nochtans een onderscheid maken. Een verkeerde samenstelling van de zetel kan betrekking hebben op de essentiële regelen van de rechterlijke organisatie, op zulk een wijze dat geen geldige beslissing tot stand kon komen. Zo wordt de openbare orde ongetwijfeld gestoord wanneer een vonnis gewezen wordt door een kamer met drie rechters, waarvan een, bij gebrek aan inschrijving op het tableau van de Orde van advocaten, niet de vereiste hoedanigheid had om van de zetel deel uit te maken<sup>4</sup> of als een vonnis wordt gewezen door een kamer met vier rechters<sup>5</sup>.

Iets heel anders doet zich voor wanneer de zetel van het gerecht dat uitspraak doet, volledig regelmatig is samengesteld maar om een of andere reden niet geschikt is om in een bepaalde zaak uitspraak te doen.

Betreffende artikel 779, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek, volgens hetwelk de rechters die een vonnis wijzen, alle zittingen over de zaak moeten hebben bijgewoond, heeft U, in een burgerlijke zaak, beslist dat de regel niet onder de rechterlijke organisatie ressorteert doch enkel een gewoon procesrechtsregel is, die niet de openbare orde raakt<sup>6</sup>.

De tweede kamer van het Hof heeft het geval onderzocht van een vonnis dat door een alleenrechtsprekend rechter van de correctionele rechtbank werd uitgesproken ingevolge een hoger beroep tegen een vonnis van de politierechtbank, terwijl, volgens artikel 92, § 1, 3°, van het Gerechtelijk Wet-

boek, zulke zaken zonder uitzondering, aan een kamer met drie rechters moeten worden toegewezen. U besliste dat het middel niet voor het eerst voor het Hof kan worden aangevoerd<sup>7</sup>.

Er zijn dus gevallen waarin de grief weliswaar verband houdt met de rechterlijke organisatie maar waarvoor men, met of zonder een herdopen tot «gewone procesrechtsregel», toch moet aanvaarden dat de openbare orde niet in het gedrang komt en, alleszins, dat, blijkens de structuur van de instelling, de opwerping noodzakelijk eerst voor de feiten-rechter naar voren moet worden gebracht.

Tot die categorie behoort ongetwijfeld de keuze tussen een kamer met één raadsheer en een kamer met drie raadsheeren.

Verondersteld wordt dat elk van deze kamers op zich een regelmatige samenstelling heeft en in staat is om geldig over bepaalde zaken te beslissen.

De keuze tussen de beide formules betreft dus eerder een probleem van uitdeling of toewijzing van zaken.

Van belang is de wijze waarop de wetgever deze aangelegenheid heeft geregeld.

Zoals gezegd moest, volgens het principe van het nieuw artikel 109bis, de nu besproken zaak door een alleenrechtsprekend raadsheer worden beslecht. Maar die strakke lijn wordt door de wetgever zelf gecorrigeerd. Eerst en vooral wordt de zaak door drie raadsheeren behandeld als hetzij de appellant, hetzij de geïntimeerde daartoe bij het begin van de rechtspleging in hoger beroep een aanvraag doet. Vervolgens wordt door het nieuw artikel 109, tweede lid, toegevoegd door de wet van 19 juli 1985, de rechtspleging geregeld die moet worden gevolgd wanneer er een probleem bestaat in verband met de toewijzing van de zaak aan één of aan drie raadsheeren. Dat artikel luidt als volgt: «In geval van moeilijkheden in verband met de verdeling van de zaken onder de kamers van een zelfde hof van beroep, vindt artikel 88, § 2 toepassing.»

Welnu, deze bepaling, die geschreven werd voor de rechtbank van eerste aanleg en dus met een zekere soepelheid moet worden geïnterpreteerd, schrijft de volgende regeling voor. Het incident moet vóór ieder ander middel door een van de partijen ofwel bij de opening van de debatten ambtshalve worden uitgelokt. Het dossier wordt dan voorgelegd aan de eerste voorzitter van het hof, die binnen acht dagen beslist met een beschikking die bindend is en waartegen geen middel openstaat, buiten de voorziening in cassatie van de procureur-generaal bij het hof van beroep.

Hieruit moet worden afgeleid dat, ingeval de moeilijkheid niet vóór elke behandeling van de zaak zelf wordt opgeworpen, op de toewijzing van de zaak niet meer kan worden teruggekomen. Daarom schreef prof. Fettweis<sup>8</sup> zeer juist, over de toepassing van artikel 88, § 2, in de rechtbank van eerste aanleg, dat, eens de zaak begonnen, de toewijzing definitief is en dat een middel daaromtrent niet meer in hoger beroep en zeker niet in cassatie kan worden aangevoerd.

In die zin besliste U in een zaak die het hof van beroep betrof, met uw arrest van 23 februari 1990, AR 6308. In die zaak had de appellante in haar verzoekschrift tot hoger beroep uitdrukkelijk gevraagd dat de zaak behandeld zou worden door een kamer met drie raadsheeren. Ten onrechte was de zaak toegewezen aan een kamer met één raadsheer, die dan ook uitspraak deed. Het incident werd echter niet vóór

ieder ander middel of bij de opening van de debatten opgeworpen.

U besliste dat in die omstandigheden de zaak definitief aan de kamer met één raadsheer toegewezen bleef en dat het cassatiemiddel op dat punt niet ontvankelijk was, nu de eiseres ten gronde had geconcludeerd zonder op te werpen dat de zaak aan een kamer met drie raadsheeren had moeten worden toegewezen.

Dezelfde regel moet in de huidige zaak worden toegepast. Hier ook is bij de toewijzing van de zaak een vergissing gebeurd<sup>9</sup>. Maar de gelegenheid die de wet biedt om een grief daaromtrent te laten gelden, heeft men laten voorbijgaan. Eiseres heeft de mogelijkheid die haar werd geboden door artikel 109, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek, niet te baat genomen. Ze heeft zonder meer over de zaak zelf geconcludeerd. Haar cassatiemiddel is nu niet ontvankelijk.

Besluit : verwerping.

<sup>1</sup> Tevergeefs heeft de heer Baert er, bij de parlementaire voorbereiding van de wet, op gewezen dat de uitdrukking «hoofddakte» geen zin heeft. Het hoger beroep is immers principaal, niet de akte.

<sup>2</sup> Cass., 9 februari 1989, A.R. 8354, A.C., 1988-89, nr. 334; Cass., 23 november 1989, A.R. 8499, *ibid.*, 1989-90, nr. 192.

<sup>3</sup> Albert KEBERS, «La loi du 19 juillet 1985 relative à la création de chambres à conseiller unique au sein des cours d'appel», *Journal des tribunaux*, 1985, 677-683; A. VANDEPLAS en J. LAENENS, «De alleenrechtsprekende raadsheer», *R.W.*, 1985-86, 751-765 (kol. 762).

<sup>4</sup> Cass., 5 februari 1982, A.C., 1982, 731.

<sup>5</sup> Cass., 22 maart 1977, A.C., 1977, 789.

<sup>6</sup> Cass., 5 mei 1988, A.R. 5695, A.C., 1987-88, nr. 548, met de conclusie van procureur-generaal Krings.

<sup>7</sup> Cass., 27 september 1988, A.R. 2001, A.C., 1988-89, nr. 54.

<sup>8</sup> Albert FETTWEIS, «Une disposition légale souvent méconnue: l'article 88, § 2 du Code judiciaire», in *Mélanges en hommage au professeur Jean Bagniet*, blz. 263-279 (blz. 272).

<sup>9</sup> Het besluit dat de toewijzing verkeerd was omdat ze in strijd was met het nieuwe artikel 109bis ligt in de lijn van het reeds aangehaald arrest van 9 februari 1989.

## Arrest

Gelet op het bestreden arrest, op 21 oktober 1988 door het Hof van Beroep te Gent gewezen;

Over het eerste middel: schending van de artikelen 769, 774, eerste lid, en 1042 van het Gerechtelijk Wetboek,

doordat het bestreden arrest gewezen werd door drie magistraten in het hof van beroep, die niet alle zittingen over de zaak hebben bijgewoond,

terwijl artikel 779, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek op straffe van nietigheid voorschrijft dat het vonnis enkel kan worden gewezen door het voorgeschreven aantal rechters die alle zittingen over de zaak hebben bijgewoond; het Hof van Beroep te Gent op de terechtzitting van 20 juni 1985 een tussenarrest in de zaak wees, waarin het reeds kennis nam van de grond van de zaak en toen reeds vaststelde onder welke voorwaarden het recht van terugvordering door eerste verweerster kon worden uitgeoefend, de vraag tegen wie dit recht kon worden uitgeoefend open blijvend, en, alvorens ten gronde te beslissen, de debatten ambtshalve heropende ten einde: «nopens de hoofdvordering t.a.v. (de verweersters sub 2) ten einde: a. aan de (eerste verweerster) toe te laten het door haar gevorderd bedrag eventueel te verbeteren, b. aan de (verweersters sub 2) toe te laten hun stelling met betrekking tot de uitoefening van het recht op ver-

haal tegen hen eventueel te bewijzen; nopens de hoofdvordering t.a.v. (eiseres tot cassatie) en de vordering tot vrijwaring opdat de betrokken partijen telkens nader zouden besluiten»; en uit de procedurestukken blijkt dat de kamer op die zitting samengesteld was uit andere magistraten in het hof van beroep dan die welke het bestreden arrest hebben gewezen; uit geen enkel stuk blijkt dat na heropening der debatten de zaak volledig hernomen werd voor de gewijzigde zetel, zodat het bestreden arrest gewezen werd door magistraten van het hof van beroep waarvan geen enkel alle zittingen had bijgewoond (schending van de in het middel aangehaalde wetsbepalingen):

Overwegende dat partijen na het arrest van 20 juni 1985 hebben geconcludeerd, eiseres: «dat zij volhardde in haar vorige besluiten», eerste verweerster: «het door haar ingestelde hoger beroep en alle door haar reeds genomen besluiten en ingestelde eisen te hernemen», en de overige partijen dat zij «hernemen de integrale inhoud van hun vorige conclusie»; dat zij ook allen nader hebben geconcludeerd en elkaars conclusie beantwoord;

Overwegende dat, nu partijen aldus het debat hadden hervat, de daarop te wijzen beslissing niet diende te worden genomen door dezelfde rechters die het eerste arrest hadden gewezen, maar door de rechters die alle zittingen betreffende die nieuwe behandeling hadden bijgewoond;

Dat het middel faalt naar recht;

*Over het tweede middel*: schending van de artikelen 3, 101 als gewijzigd door artikel 1 van de wet van 19 juli 1985, 109bis, in het bijzonder § 2, 779, eerste lid, 1042 van het Gerechtelijk Wetboek en 9 van de wet van 19 juli 1985 tot invoering van kamers met één raadsheer in de hoven van beroep,

*doordat* het bestreden arrest op 21 oktober 1988 werd gewezen door een kamer samengesteld uit drie magistraten in het hof van beroep, de partijen gehoord zijnde op 28 april 1988,

*terwijl*, ofschoon het hoger beroep tegen het vonnis van 4 september 1981 van de vijfde kamer van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Dendermonde gewezen door een alleen-sprekend rechter op 22 oktober 1981 ter griffie van het hof van beroep werd neergelegd bij verzoekschrift, artikel 109bis, § 2, in het Gerechtelijk Wetboek ingelast door de wet van 19 juli 1985 en waarbij, behoudens uitzonderingen hier niet van toepassing, het hoger beroep tegen beslissingen in burgerlijke zaken gewezen door een kamer voor de rechtbank van eerste aanleg met één rechter toegewezen wordt aan een kamer met één raadsheer, in werking is getreden op 1 december 1985 en, zijnde een wet betreffende de rechterlijke organisatie, van toepassing is op de hangende rechtsgedingen, zodat, voor zover kan worden geoordeeld dat, na tussenarrest van dezelfde kamer van 20 juni 1985 waarbij ambtshalve de heropening der debatten werd bevolen en de zaak in voortzetting werd gesteld op 28 februari 1986, op welke zitting zij werd uitgesteld, de debatten voor het hof van beroep volledig werden hervat, de zaak had dienen te worden vastgesteld voor en berecht door een kamer met één rechter, en het bestreden arrest, dat niet gewezen is door het aantal door de wet voorgeschreven rechters, nietig is (schending van de in het middel aangehaalde wetsbepalingen):

Overwegende dat de wet van 19 juli 1985 tot instelling van kamers met één raadsheer in de hoven van beroep, in werking getreden op 1 december 1985, de rechterlijke organisatie aangaat;

Overwegende dat, volgens artikel 3 van het Gerechtelijk Wetboek, voor zover hier van belang, «de wetten op de rechterlijke organisatie (...) van toepassing (zijn) op de hangende rechtsgedingen, zonder dat die worden onttrokken aan de instantie van het gerecht waarvoor zij op geldige wijze ahangig zijn (...)»;

Dat de genoemde wet derhalve in beginsel, gelet op de afwezigheid van overgangsbepalingen, toepassing moest vinden in de procedure tussen partijen, ten aanzien van de behandeling vanaf 1 december 1985 en ten aanzien van het eind-arrest;

Overwegende dat artikel 109bis, § 2, van het Gerechtelijk Wetboek, ingevoegd door de voormelde wet, voor zover hier van belang, luidt als volgt: «(...) worden eveneens toegewezen aan de kamers met één raadsheer: 1° het hoger beroep tegen beslissingen in burgerlijke zaken gewezen door een kamer van de rechtbank van eerste aanleg met één rechter; (...) Het in het eerste lid genoemde hoger beroep wordt in elk geval toegewezen aan de kamers met drie raadsheren in het hof, indien zulks wordt aangevraagd door de eiser in zijn hoofdakke van hoger beroep. De zaak wordt eveneens toegewezen aan of verwezen naar een kamer met drie raadsheren in het hof, indien zulks door de gedaagde bij een per post aangetekende brief aan de griffier der rollen wordt aangevraagd, ten laatste binnen de dertig dagen te rekenen van de betekening of kennisgeving van de akte van hoger beroep. De termijn is voorgeschreven op straffe van verval»;

Overwegende dat de nieuwe regeling geen bepaling bevat voor het geval dat, zoals te dezen, de gestelde tijd of termijnen reeds verstreken zijn vooraleer de wet in werking is getreden;

Dat evenwel ingevolge het bij dezelfde wet ingevoegde tweede lid van artikel 109 van het genoemde wetboek, in geval van moeilijkheden in verband met de verdeling der zaken onder de kamers van een zelfde hof van beroep, artikel 88, § 2, toepassing vindt;

Dat, ingevolge die bepaling, incidenten in verband met de verdeling onder de kamers van een zelfde hof van beroep, vóór ieder ander middel door een van de partijen of bij de opening van de debatten ambtshalve moeten zijn opgeworpen en door de kamer of de raadsheer aan de eerste voorzitter ter beslissing voorgelegd, en de beschikking van de eerste voorzitter de kamer of raadsheer naar wie de zaak is verwezen bindt, behoudens voorziening in cassatie van de procureur-generaal;

Dat uit die regeling volgt dat het incident niet voor het eerst in cassatie kan worden opgeworpen;

Dat, nu uit de procedurestukken en het bestreden arrest blijkt dat partijen hebben geconcludeerd zonder op te werpen dat de zaak moest worden berecht door een kamer met één raadsheer en dat zulks ook niet ambtshalve is opgeworpen, het middel, dat niet voor het eerst in cassatie kan worden opgeworpen, deswege niet ontvankelijk is;

...

NOOT – Het arrest is in voltallige zitting gewezen.

**HOF VAN CASSATIE***1e KAMER – 1 JUNI 1990*

Voorzitter: de h. Soetaert

Rapporteur: de h. Matthijs

Openbaar ministerie: de h. Tillekaerts

Advocaten: mrs. De Bruyn en De Gryse

**Natuurramp – 1. Wet van 12 juli 1976 – Openbare orde  
– 2. Vergoeding – Omvang – Rente***1. De wet van 12 juli 1976 is in beginsel van openbare orde.**2. De artt. 1, 8, 9 en 10 van de wet van 12 juli 1976 worden geschonden door het arrest dat aan een door een natuurramp getroffen het totaal bedrag van zijn schade (volgens art. 8 geraamd op basis van de normale kosten op de dag van het schadelijke feit) toekent zonder van dat bedrag het abattement van 10.000 fr. af te trekken en zonder op dat bedrag de bij de wet bepaalde verminderingscoëfficiënten toe te passen, en dat op de herstelvergoeding vergoedende en gerechtelijke interesten toekent.*

De Belgische Staat t/L. en M.

Gelet op het bestreden arrest, op 6 juni 1988 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen;

*Over het eerste middel: schending van de artikelen 1, § 1, 8, 9 en 10, § 1, van de wet van 12 juli 1976 betreffende het herstel van zekere schade veroorzaakt aan private goederen door natuurrampen,**doordat het arrest eiser veroordeelt om aan de verweerders tot vergoeding van de kosten voor het opruimen van aangevoerde keien, grind en zand op hun weilanden, ten gevolge van de algemene overstromingsramp van 8 februari 1984, op basis van een deskundigenverslag, het bedrag van 1.401.900 frank te betalen, zijnde het bedrag nodig om de schade volledig te vergoeden, met de vergoedende interesten vanaf 8 februari 1984 en de gerechtelijke interesten,*

...

Over de grond van niet-ontvankelijkheid, opgeworpen door de verweerders, dat het middel nieuw is:

Overwegende dat de wet van 12 juli 1976 betreffende het herstel van zekere schade veroorzaakt aan private goederen door natuurrampen, onder de voorwaarden en binnen de perken erin vermeld, aan de erin aangeduide personen wegens bepaalde schade veroorzaakt door feiten die bij koninklijk besluit als een natuurramp zijn erkend, een recht op financiële tegemoetkoming vanwege de Staat toekent; dat zodanige wet, gebaseerd op de nationale solidariteit, de essentiële belangen van de Staat of van de gemeenschap betreft en derhalve in beginsel van openbare orde is; dat het hof van beroep, dat ingevolge een tegen de beslissing van de gouverneur ingestelde voorziening over de definitieve herstelvergoeding uitspraak moest doen, de in het middel vermelde bepalingen van die wet ambtshalve moest toepassen;

Dat het op zodanige bepalingen gegronde middel voor het eerst in cassatie kan worden aangevoerd;

Dat de grond van niet-ontvankelijkheid moet worden verworpen;

Over het middel zelf:

Overwegende dat, met toepassing van artikel 8, § 1, A, van de wet van 12 juli 1976, in geval van algemene ramp, bij de berekening van de herstelvergoeding uitgegaan wordt van het nettobedrag van de schade, geraamd op basis van de normale kosten, op de dag van het schadelijk feit, van de herstelling, van de wederopbouw en van de wedersamenstelling van de geteisterde goederen; dat, krachtens de artikelen 9, A, en 10, § 1, 2° en 3°, van die wet, wanneer het overeenkomstig artikel 8, § 1, A, aangenomen totaal nettobedrag van die schade 10.000 frank te boven gaat, eensdeels, als abattement, geen vergoeding wordt toegekend tot beloop van hetzelfde nettobedrag en, anderdeels, de herstelvergoeding berekend wordt per gedeelten waarop, behalve wat het gedeelte van 100.000 tot 600.000 frank betreft, een verminderingcoëfficiënt wordt toegepast;

Overwegende dat, krachtens artikel 10, § 1, 4°, van de genoemde wet de overeenkomstig de bepalingen van artikel 10, § 1, 3°, berekende herstelvergoeding, onder de erin vermelde voorwaarden, enkel mag worden vermeerderd met de normale kosten van de bewarende maatregelen en werken met voorlopig karakter en met het bedrag van de honoraria en kosten van de deskundige;

Overwegende dat het arrest, door aan de verweerders het totaal bedrag van hun schade toe te kennen zonder van dit bedrag het abattement van 10.000 frank af te trekken en zonder op dit bedrag de bij de wet bepaalde verminderingscoëfficiënten toe te passen, en door op de herstelvergoeding vergoedende en gerechtelijke interesten toe te kennen, de in het middel aangewezen wetsbepalingen schendt;

...

**HOF VAN CASSATIE***2e KAMER – 5 JUNI 1990*

Voorzitter: de h. Boon

Rapporteur: de h. D'Haenens

Openbaar ministerie: de h. D'Hoore

Advocaat: mr. Bützler

**Wegverkeer – Voorrang – Verplichting voorrang te verlenen – Begrip***De verplichting van de bestuurder die voorrang moet verlenen aan degene die van rechts komt, is een algemene verplichting die geldt zolang de rijbeweging duurt, en geen verband houdt met het rijgedrag van de voorranghebbende bestuurder, voor zover diens nadering geen niet te voorziene hindernis oplevert.*

Van H. t/ V. e.a.

Gelet op het bestreden vonnis, op 1 juni 1989 in hoger beroep gewezen door de Correctionele Rechtbank te Dendermonde;

*Over het middel: (...)*

Overwegende dat het bestreden vonnis vaststelt dat eiser «door het miskennen van de voorrangsverplichting causale schuld aan het ongeval heeft»;

Dat het voorts vaststelt dat ook de rijwijze van de eerste verweerder foutief was en oordeelt dat die fout tevens in causaal verband tot het ongeval staat op grond dat «(eiser) niet diende te voorzien dat (de eerste verweerder) de bocht zou afsnijden in de mate zoals te dezen is gebeurd»;

Overwegende dat het vonnis op grond van die vaststellingen en beoordeling beslist de aansprakelijkheid tussen beide weggebruikers te verdelen;

Overwegende dat de verplichting van de bestuurder die voorrang moet verlenen aan degene die van rechts komt, een algemene verplichting is die geldt zolang de rijbeweging duurt en geen verband houdt met het rijgedrag van de voorranghebbende bestuurder, voor zover diens nadering geen niet te voorziene hindernis oplevert;

Overwegende dat de door eiser in zijn conclusie gedane aanvoering als zou het plotseling opdagen van de eerste verweerder een niet te voorzien feit hebben opgeleverd door het vonnis verworpen wordt op grond dat «(eiser) als tot voorrang verplichte derhalve de verplichting had om te vertragen en desnoods te stoppen vóór het kruispunt waar hij door zijn aanwezigheid de voorranghebbende zou beletten om zonder gevaar voor ongevallen door te rijden»;

Dat het vonnis aldus aanneemt dat het naderen van de voorranghebbende bestuurder op het kruispunt door eiser wel kon en moest worden voorzien;

Dat de overweging van het vonnis dat eiser niet diende te voorzien dat de voorranghebbende bestuurder de bocht zou afsnijden om links af te slaan, betrekking heeft op een latere rijbeweging van de voorranghebbende bestuurder die het kruispunt verlaat en geen afbreuk doet aan eisers schuldigverklaring aan de hem ten laste gelegde overtreding;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

...

## HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 8 JUNI 1990

Voorzitter: de h. Soetaert

Rapporteur: de h. Matthijs

Openbaar ministerie: de h. D'Hoore

Advocaat: mr. Claeys Bouuaert

**Onteigening – Vergoeding – Herziening – Definitieve vergoeding lager dan de voorlopige – Teruggave – Rente**

*De artt. 1147 en 1153 B.W. worden geschonden door het arrest dat, na de onteigende te hebben veroordeeld om aan de eigenaar terug te betalen het gedeelte van de voorlopige vergoeding dat de definitieve vergoeding overtreft, beslist dat daarop niet de wettelijke rente verschuldigd is, maar de rente die dat bedrag in de Deposito- en Consignatiekas had kunnen opbrengen.*

Het Wegenfonds t/ De B.

Gelet op het bestreden arrest, op 23 juni 1988 door het Hof van Beroep te Gent gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 1147, 1153 van het Burgerlijk Wetboek, 11 en 97 van de Grondwet,

...

Overwegende dat het arrest, recht doende op de door de partijen met toepassing van artikel 16 van de wet van 26 juli 1962 ingestelde vorderingen tot herziening van de onteigeningsvergoeding, verweester veroordeelt tot terugbetaling aan eiser van het gedeelte van de door de vrederechter vastgestelde voorlopige vergoeding dat het bedrag van de door het hof van beroep vastgestelde definitieve vergoeding te boven gaat, zijnde 197.908 frank, «verhoogd met de daarop ter Deposito- en Consignatiekas gewonnen rente tot aan de vrijmaking van de consignatie», en met «de rente die dit bedrag (vanaf de afhaling en tot de terugbetaling ervan in) de Deposito- en Consignatiekas had kunnen opbrengen»;

...

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat het onderdeel uitsluitend opkomt tegen de beslissing van het arrest met betrekking tot de interest die verweester op het terug te betalen bedrag van 197.908 frank «voor de periode na de definitieve uitspraak nopens de onteigeningsvergoeding» aan eiser verschuldigd is;

Overwegende dat, krachtens artikel 1147 van het Burgerlijk Wetboek, de schuldenaar, indien daartoe grond bestaat, veroordeeld wordt tot het betalen van schadevergoeding, hetzij wegens niet uitvoering van de verbintenissen, hetzij wegens vertraging in de uitvoering, wanneer hij niet bewijst dat het niet nakomen het gevolg is van een vreemde oorzaak die hem niet kan worden toegerekend, en hoewel er zijnerzijds geen kwade trouw is;

Overwegende dat artikel 1153, eerste lid, van voormeld wetboek bepaalt: «Inzake verbintenissen die alleen betrekking hebben op het betalen van een bepaalde geldsom, bestaat de schadevergoeding wegens vertraging in de uitvoering nooit in iets anders dan in de wettelijke interest, behoudens de bij de wet gestelde uitzonderingen»;

Overwegende dat het arrest, door te beslissen dat verweester na de veroordeling tot terugbetaling van het bedrag van 197.908 frank, op dit bedrag «niet de wettelijke rente van 8 pct., doch enkel de rente die dit bedrag in de Deposito- en Consignatiekas had kunnen opbrengen, verschuldigd is», de artikelen 1147 en 1153 van het Burgerlijk Wetboek schendt;

...

## HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 11 JUNI 1990

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Rappe

Openbaar ministerie: de h. Leclercq

Advocaat: mr. Draps

**Veiligheidscomité – Beschermd werknemer – Ontslag – Economische of technische reden – Begrip – Overmacht**

*Het begrip technische of economische reden, op grond waarvan een personeelsafgevaardigde in het veiligheidscomité kan worden ontslagen, houdt niet het vereiste in dat het ontslag hetzij door overmacht, hetzij door maatregelen van hogerhand of door een met faillissement gelijkstaande toestand onontkoombaar is geworden.*

Provincie Luik t/ M.

Gelet op het bestreden arrest, op 19 januari 1989 door het Arbeidshof te Luik gewezen ;

...

Overwegende dat, naar luid van artikel 1bis, § 2, eerste lid, van de wet van 10 juni 1952 betreffende de gezondheid en de veiligheid van de werknemers, alsmede de salubriteit van het werk en van de werkplaatsen, de leden die het personeel vertegenwoordigen in het comité voor veiligheid en gezondheid en de kandidaten, «slechts kunnen worden ontslagen om een dringende reden (...) of om economische of technische redenen»;

Overwegende dat het arrest, om te beslissen dat er geen economische of technische redenen zijn die verweersters ontslag rechtvaardigen, enerzijds oordeelt dat de door de wetgever verleende bescherming impliceert dat de beschermde werknemer alleen kan worden ontslagen als dat «onontkoombaar» is, «als er een absolute noodzakelijkheid bestaat, ingegeven door economische dwangmatigheden», «of dwingende noodzakelijkheid om op grond van behoorlijk aangetoonde of onbetwiste, objectieve criteria beslissingen te nemen om erger te voorkomen, inzonderheid voor het personeel maar ook voor de schuldeisers, leveranciers of investeerders», en anderzijds vaststelt dat er te dezen geen sprake is «van overmacht, noch van een maatregel van hogerhand, noch van een toestand die, bij een privé-onderneeming, gelijkstaat met faillissement»;

Dat het arrest, aldus, om de voormelde wetsbepalingen toe te passen, beperkingen invoert die niet uit de tekst ervan blijken en die niet onontbeerlijk zijn voor het door de wet beoogde doel, te weten elke nadelige discriminatie van de beschermde werknemer voorkomen ;

...

## HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 11 JUNI 1990

Voorzitter : de h. Châtel, eerste voorzitter

Rapporteur : de h. Verheyden

Openbaar ministerie : de h. Leclercq

Advocaten : mrs. Houtekier en Verbist

### Beroepsziekten – Blijvende arbeidsongeschiktheid na 65 jaar – Vaststelling – Medisch onderzoek

*De vaststelling of de herziening van de graad van blijvende arbeidsongeschiktheid na de leeftijd van 65 jaar, in de zin van artikel 35bis Beroepsziektenwet, geschiedt bij het medisch onderzoek dat het Fonds voor de Beroepsziekten doet verrichten.*

Fonds voor de Beroepsziekten t/ B.

Gelet op het bestreden arrest, op 5 december 1988 door het Arbeidshof te Bergen gewezen ;

...

Overwegende dat (het eerste en het tweede onderdeel) berusten op de bewering dat de vaststelling of de herziening

van de graad van blijvende arbeidsongeschiktheid, in de zin van artikel 35bis van de gecoördineerde wetten betreffende de beroepsziekten, niet geschiedt door het onderzoek door eisers medisch adviseur ; dat die bewering geen steun vindt in de in het middel aangewezen wettelijke bepalingen, maar dat, daarentegen, uit het tweede lid van artikel 35bis volgt dat de verergering van de graad van blijvende arbeidsongeschiktheid wordt vastgesteld bij het medisch onderzoek dat eiser doet verrichten ;

Dat die onderdelen falen naar recht ;

...

## HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

8e KAMER – 18 OKTOBER 1989

Voorzitter-rapporteur : de h. Vandeplas

Raadsheren : de hh. Luyckx en Renaers

Openbaar ministerie : de h. De Swaef

Advocaten : mrs. Jespers en Grootjans

### Valsheid in geschrifte – Kwade trouw bij ondertekening

*Overeenkomsten opgesteld en ondertekend door een partij die nooit de bedoeling heeft gehad de verbintenissen na te leven, kunnen niet worden bestempeld als valse overeenkomsten als ze getrouw weergeven wat er tussen de partijen is overeengekomen. De kwade trouw van een van de ondertekenaars van een overeenkomst, brengt niet de valsheid van de schriftelijke overeenkomst mee.*

D. e.a. t/ P.

Overwegende dat de verjaring van de strafvordering regelmatig werd gestuit door het proces-verbaal van de terechtzitting van de raadkamer van 26 maart 1987 ;

Overwegende dat de beklaagde wordt vervolgd uit hoofde van valsheid in geschrifte omschreven in de telastlegging onder A 1 a tot d ; dat de eerste rechter terecht de beklaagde heeft vrijgesproken van deze feiten daar de overeenkomsten, zelfs al werden ze niet nageleefd, niet als vals kunnen worden bestempeld ;

Overwegende dat overeenkomsten opgesteld en ondertekend door een partij die nooit de bedoeling heeft gehad deze verbintenissen na te leven, niet kunnen worden bestempeld als valse overeenkomsten als ze getrouw weergeven wat tussen de partijen is overeengekomen ; dat de kwade trouw van een van de ondertekenaars van een overeenkomst, niet de valsheid van de schriftelijke overeenkomst meebrengt ;

...

## HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

8e KAMER – 7 FEBRUARI 1990

Voorzitter : de h. Londers

Raadsheren : de hh. Van Herck en Vanderwegen

Openbaar ministerie : de h. Huenens, advocaat-generaal

Advocaten : mrs. Cauwe en Brewaeyts

**Leasing – Sale and lease back – Financieringshuurwet – Tegenwerpelijheid aan de boedel – 1. Onbenoemd contract – 2. Driepoligheid – 3. Schijnvermogen**

1. *Sale and lease back moet niet beschouwd worden als een verkoopovereenkomst gevolgd door een leasing, maar als een onbenoemd contract dat één geheel uitmaakt.*

2. *De driepoligheid is geen essentieel kenmerk van de leasing-verrichting: de financieringshuurwet vereist dat het materieel door de verhuurder speciaal met het oog op de huur wordt gekocht, zodat de huurder de gewezen eigenaar mag zijn. Beweren dat de goederen bij een derde moeten worden gekocht, is een bijkomende doch niet wettelijk voorziene voorwaarde stellen voor de tegenwerpelijheid aan de boedel.*

3. *Bij sale and lease back maakt, zoals bij de driepolige leasingoperatie, het materieel schijnbaar deel uit van het vermogen van de lessee, maar bij sale and lease back wordt het vermogen van laatstgenoemde uitgebreid door de betaling van de koopprijs door de lessor.*

N.V. T.C.B. t/ Faillissement P.V.B.A. T.D.

*De oorspronkelijke vordering en de beslissing van de eerste rechter*

Overwegende dat geïntimeerde voor de eerste rechter de teruggave heeft gevorderd van 25 voertuigen beschreven in de overeenkomsten van 24 en 25 februari 1983, gesloten tussen appellante en de P.V.B.A. T.C.B.;

Overwegende dat de eerste rechter na te hebben vastgesteld dat de op 24 en 25 februari 1983 tussen appellante en de P.V.B.A. T.D. aangegane overeenkomst, een verrichting van «Sale lease back» uitmaakte die aan de boedel van de schuldeisers van het faillissement van de P.V.B.A. T.D. niet tegenwerpelijk was, appellante veroordeeld heeft tot teruggave van de 25 voertuigen beschreven in de op 24 en 25 februari 1983 aangegane overeenkomsten;

Overwegende dat appellante vordert, dat het hof, na het eerste vonnis te hebben vernietigd, de oorspronkelijke vordering ingeleid door geïntimeerde ongegrond zou verklaren;

Dat het hoger beroep er subsidiair is op gericht te horen zeggen voor recht dat in ieder geval de opbrengst van de verkoop van 7 van de 25 voertuigen aan appellante toekomt omdat deze voertuigen voor het sluiten van de overeenkomsten van 24 en 25 februari 1983 niet tot het patrimonium van de P.V.B.A. T.D. behoorden;

Overwegende dat geïntimeerde in beroep de aanstelling van een deskundige vordert belast met de waardebepaling van de betrokken voertuigen op de dag van de inleiding van de vordering, voor zover appellante in de onmogelijkheid zou verkeren de voertuigen terug te geven omdat zij door hem werden doorverkocht;

*De feiten*

Overwegende dat appellante de aankoop van 7 voertuigen financierde voor de P.V.B.A. T.D.;

Dat in het raam van een «Lease back»-operatie de P.V.B.A. T.D. 25 voertuigen heeft verkocht aan appellante, waaronder 7 voertuigen voor dewelke er nog een financiering liep, op 24 februari 1983 voor een totaal bedrag van 6.243.228 frs.;

Dat zij in het raam van dezelfde operatie op 25 november 1983 een overeenkomst, door de partijen benoemd als «financieringshuur», heeft gesloten met de P.V.B.A. T.D. met betrekking tot dezelfde voertuigen;

Dat zij op 28 februari 1983 een gekruiste cheque op naam van de P.V.B.A. T.D. heeft uitgeschreven ten belope van 5.356.398 frs; dat dit bedrag overeenstemt met de verschuldigde koopprijs verminderd met het saldo dat door de verkoper verschuldigd bleef na de verbreking van de op het ogenblik van de verkoop nog lopende financieringscontracten voor 7 van de 25 voertuigen en dat 866.830 frs. bedroeg;

Dat appellante hiervan rekenschap heeft gegeven in haar brief van 16 maart 1983 gericht aan de P.V.B.A. T.D.;

Dat uit dit schrijven eveneens blijkt dat twee financieringscontracten afliepen door de betaling van de laatste maandelijkse schijf op 20 april 1983, één op 25 mei 1983, twee op 5 augustus 1983, één op 20 augustus 1983 en één op 20 november 1983;

Dat appellante eveneens de wissels voor de niet vervallen termijnen aan geïntimeerde heeft geretourneerd op 16 maart 1983;

Overwegende dat bij vonnis van 30 oktober 1984 het faillissement van de P.V.B.A. T.D. werd uitgesproken en geïntimeerde qq. als curator werd aangesteld;

Dat na het tussenkomen van het faillissement appellante op grond van de bepalingen van de overeenkomst van financieringshuur L 396 aangegaan met de gefailleerde op 25 februari 1983, de 25 voertuigen die het voorwerp van deze overeenkomst uitmaakten heeft teruggenomen;

Dat appellante noch in haar briefwisseling met de curator noch in haar aangifte van schuldvordering enig gewag heeft gemaakt van de koop-verkoop-overeenkomst die dezelfde voertuigen tot voorwerp had;

*De beoordeling*

Overwegende dat appellante de eerste rechter ten grieve duidt niet te hebben onderzocht of de curator zich al dan niet geldig kon verzetten tegen een overeenkomst die wettelijk was aangegaan omdat hij zich niet kan opstellen als een onwetende derde daar hij de failliete vennootschap vertegenwoordigt;

Overwegende dat de niet-tegenwerpelijheid van sommige, op zichzelf geldige overeenkomsten gesloten door de handelaar, aan de boedel van de schuldeisers van het navolgend faillissement van die handelaar en aan de curator in zijn hoedanigheid van vertegenwoordiger van de schuldeisers, behoort tot de essentie van het faillissementsrecht (Fredericq, L., *Handboek van Belgisch Handelsrecht*, IV, 2159); Dat als gevolg van de buitenbezitstelling van de gefailleerde de gezamenlijke schuldeisers, vertegenwoordigd door de curators ongeacht een feitelijke of juridische onwetendheid met betrekking tot sommige of alle transacties van de gefailleerde, de hoedanigheid van derden verkrijgen;

Overwegende dat de eerste rechter heeft aanvaard dat de tussen appellante en de P.V.B.A. T.D. bedongen operatie van «Sale lease back» niet kan worden ontleed als een koop-verkoop-overeenkomst gevolgd door een leasing, maar als een overeenkomst die als een geheel dat bij gebreke van enige wettelijke regeling dienaangaande, een onbenoemd contract is;

Overwegende dat appellante redelijkerwijze niet kan ontkennen dat zij de voertuigen van de gefailleerde vennoot-

schap uitsluitend heeft aangekocht om ze als gespecialiseerde financier, terug te verhuren aan de oorspronkelijke verkoper van deze goederen terwijl deze laatste zijn rollend materieel nooit zou verkocht hebben zo hij niet de zekerheid had op het ogenblik van de verkoop erover te kunnen blijven beschikken als huurder;

Dat de eerste rechter dan ook terecht heeft beslist dat de verkoop van 24 februari 1983 en het contract van 25 februari 1983 dat door partijen benoemd werd als «financieringshuur L 396» dienden beschouwd te worden als een enkele «sale and lease back»-overeenkomst;

Overwegende dat de beide partijen twisten over de tegenwerpelijheid van het eigendomsrecht van appellante op de door haar teruggenomen goederen ten overstaan van de boedel van de schuldeisers en zij ervan uitgaan dat het karakter van de overeenkomst aangegaan door appellante en de gefailleerde hiervoor doorslaggevend is;

Overwegende dat algemeen door de doctrine wordt aangenomen dat leasing een driepolige operatie is waarbij een financier de goederen aankoopt op aanwijzing van de toekomstige huurder bij een fabrikant of leverancier;

dat niet te betwisten valt dat ter zake de driepoligheid ontbreekt;

Overwegende dat ten deze dient onderzocht of de driepoligheid een voorwaarde is om aan de financiële operatie, de door de wetgever gewilde bescherming van de tegenwerpelijheid te verlenen;

Overwegende dat de «Leasing» geregeld wordt door twee K.B.'s van 10 november 1967, uitgevaardigd tot regeling van het juridisch statuut van de ondernemingen gespecialiseerd in financieringshuur en tot regeling van het fiscaal statuut van de leasingoperaties;

Dat deze K.B.'s werden genomen in het raam van de wet van 31 maart 1967 tot toekenning van bepaalde machten aan de Koning teneinde de economische heropleving, de bespoediging van de regionale reconversie en de stabiliteit van het begrotingsevenwicht te verzekeren; dat deze K.B.'s voor zover zij genomen werden binnen het door de wet geschetste kader aan geen wettelijkheidcontrole onderworpen zijn;

Dat in het verslag aan de Koning dat het K.B. nr. 55 van 10 november 1967 voorafgaat, wordt gesteld dat in dit K.B. de financieringshuur nader wordt omschreven en daarbij wordt gesteld dat deze financieringswijze reglementering en bescherming behoeft omdat zij een gunstig effect heeft op de financieringsmogelijkheden; (B.S., 14 november 1967, 741);

Overwegende dat, zoals uit het verslag aan de koning blijkt, de wetgever in het K.B. nr. 55 tot regeling van het juridisch statuut der ondernemingen gespecialiseerd in financieringshuur, de kenmerken heeft willen opgeven waaraan de operatie dient te voldoen om als financieringshuur bescherming te genieten;

Overwegende dat de operatie van «sale and lease back» van 24 en 25 februari 1983 voldoet aan de door de wetgever i.v.m. «leasing» gestelde kenmerken m.b.t. de aard van de goederen, de duur van het contract en de vastgestelde huurprijs; dat geïntimeerde m.b.t. deze kenmerken respectievelijk vastgelegd in art. 1, 1°; 1, 3° en 1, 4° van het K.B. nr. 55 van 10 november 1967 geen opmerkingen laat gelden;

Overwegende dat volgens geïntimeerde de tussen de gefailleerde en appellante gesloten «sale and lease back»-operatie geen leasing is omdat leasing een driehoeksverhouding

veronderstelt waarbij de goederen door de *lessor* op aanwijzing van de *lessee* bij een derde worden aangekocht;

Overwegende dat deze in het overgrote aantal van de roerende leasingoperaties voorkomende driehoeksverhouding niet als een kenmerk van de «leasing» door de wetgever werd opgenomen;

Dat in art. 1, 2° van het K.B. nr. 55 van 10 november 1967 enkel wordt bepaald dat het materieel door de verhuurder speciaal en met het oog op de huur dient te worden gekocht en dit op gespecificeerde aanwijzing van de toekomstige huurder;

Dat door deze voorwaarde geenszins wordt uitgesloten dat de toekomstige huurder bedrijfsgoederen aanwijst aan de *lessor* waarvan hij zelf eigenaar is;

Overwegende dat geïntimeerde een bijkomende en niet door de wetgever voorziene voorwaarde stelt door de wettelijke bescherming van de tegenwerpelijheid aan de massa te onderwerpen aan de verplichting de goederen bij een derde aan te kopen; dat de wetgever van 1967 omtrent de verkoper van de goederen niets heeft bepaald;

Overwegende dat de geldigheid van de verkoop evenals deze van de verhuring die daarop volgt door de complexe situatie van de verkoper-lessee niet wordt beïnvloed;

Overwegende dat de verkoop voltrokken is door de wils-overeenstemming van de partijen omtrent de goederen en de prijs, en de partijen vrij de modaliteiten van de levering kunnen bepalen;

Overwegende dat de levering ter zake is geschied door de verandering van hoedanigheid van de P.V.B.A. T.D. die vanaf het ondertekenen van het contract van financieringshuur L 396 als huurder in het bezit gebleven is van de goederen waarvan zij voordien eigenares was;

Overwegende dat appellante tegen de aan de gefailleerde betaalde verkoopprijs de eigendom verworven heeft van de 25 voertuigen;

Dat net zoals bij de driepolige leasing appellante weliswaar nooit de bedoeling heeft gehad deze goederen materieel te gebruiken maar wel economisch door ze voor hun gebruiksduur te verhuren; dat een dergelijk gebruik de *animus domini* niet uitsluit;

Overwegende dat bijgevolg de «sale lease back»-overeenkomst van 24 en 25 februari 1983 ook voldoet aan het voorschrift van art. 1, 2° van het K.B. nr. 55 van 10 november 1967;

Overwegende dat volgens geïntimeerde de «sale and lease back»-overeenkomst ook niet voldoet aan art. 1, 5° van het K.B. nr. 55 van 10 november 1967, omdat de P.V.B.A. T.D. geenszins beoogde om de eigendom te verwerven van de 25 voertuigen terwijl dit, volgens haar toch het uiteindelijk doel zou zijn van de *lessee* bij het aangaan van een leasing;

Dat dergelijke veronderstelling strijdig is met de bepaling van art. 1, 3° van hetzelfde K.B. volgens dewelke de huurtijd dient overeen te stemmen met de vermoedelijke duur van het bedrijfsgebruik van het materieel; dat de *lessee* er niet noodzakelijk belang bij heeft de koopoptie te lichten aan het einde van het contract om het eigendom te verwerven over goederen die voor hem op dat ogenblik eventueel zonder enig economisch nut zijn;

Overwegende dat in art. 23 van het contract door de partijen benoemd als «financieringshuur nr. L. 369», wordt voorzien dat de huurder mits kennisgeving één maand voor

het einde van het contract de mogelijkheid zal hebben om, onder meer, het gehuurde materieel aan te kopen;

Dat dergelijke clausule overeenstemt met de vereisten van art. 1, 5°, van het K.B. nr. 55 van 10 november 1967;

Overwegende dat de overeenkomst van «sale and lease back» afgesloten tussen appellante en de P.V.B.A. T.D. al de kenmerken vertoont om als overeenkomst de door de wetgever gewilde bescherming te genieten;

Dat de door appellante en de P.V.B.A. T.D. toegepaste financieringswijze waarbij appellante bedrijfsmaterieel op gespecificeerde aanwijzing van de P.V.B.A. T.D. heeft aangekocht en dit materieel aan deze laatste heeft verhuurd voor een periode die overeenstemt met de vermoedelijke duur van het bedrijfsgebruik van het materieel, tegen betaling van een huurvergoeding gelijk aan de afschrijvingswaarde van dit materieel over de in het contract bepaalde huurtime met een optie van aankoop tegen de residuele waarde van het materieel op het einde van de overeenkomst, beschermd dient te worden zoals alle andere operaties van financieringshuur die voldoen aan de in de art. 1 van het K.B. nr. 55 van 10 november 1967 opgegeven kenmerken;

Overwegende dat geïntimeerde hierin gevolgd door de eerste rechter voorhoudt dat het eigenlijke doel door partijen nagestreefd erin bestond ten opzichte van derden aan appellante door het toestaan van een krediet een zekerheid te verschaffen onder de vorm van een revindicatievordering;

Overwegende dat de gefailleerde en appellante waren overeengekomen de op de datum van het afsluiten van de leasing operatie lopende financieringsovereenkomsten voor 7 van de 25 voertuigen te beëindigen tegen betaling door de P.V.B.A. T.D. van de afbetalingstermijnen tot 31 maart 1983 en door een compensatie met de door appellante verschuldigde koopprijs van 6.243.228 frs. ten belope van een saldo van 866.830 frs.; (cf. de brief van 16 maart 1983 van appellante en de door haar op 28 februari 1983 uitgeschreven cheque ten belope van 5.356.398 frs.);

Overwegende dat uit deze omstandigheden niet kan worden afgeleid dat appellante de bedoeling zou gehad hebben zichzelf een zekerheid te verschaffen door middel van een revindicatievordering voor de bij haar op 24 februari 1983 nog lopende financieringsovereenkomsten; dat dit des te minder waarschijnlijk is nu vaststaat dat de lopende financieringsovereenkomsten bijna volledig beëindigd waren; dat twee financieringen 1 maand later zouden aflopen, een 2 maand, drie vijf maand en de laatste 8 maand;

Overwegende dat volgens geïntimeerde het juridisch resultaat dat door de partijen werd bereikt een in pandgeving is zonder buitenbezitstelling die aan derden niet tegenwerpelijk is;

Overwegende dat de «lease-back»-operatie weliswaar vergelijkbaar is met een dergelijk pand maar er niettemin grondig van verschilt;

Dat bij volledige afbetaling op het einde van de overeenkomst alle rechten van de pandhoudende schuldeiser op het pand teniet gaan, terwijl de *lessor* eigenaar blijft van de goederen behoudens het lichten van de koopoptie door de *lessee*; dat in tegenstelling tot de leasing, de pandhoudende schuldenaar eigenaar blijft van het pand; dat ook de rechten van de schuldeisers van de *lessor* op de lease-back-goederen verschillen van deze van de schuldeisers van de pandhoudende schuldeiser op de goederen die het pand uitmaken;

Overwegende dat het vergelijkbaar resultaat van een pand zonder buitenbezitstelling met het resultaat van de «lease-back»-operatie de geldingskracht van deze laatste, hiervan verschillende, operatie niet ontnemt;

Overwegende dat de «sale and lease back»-operatie en meer bepaald de eigendomsoverdracht van de P.V.B.A. T.D. aan appellante in dezelfde mate aan de massa van de schuldeisers van het faillissement tegenwerpelijk is als eerder welke andere operatie die voldoet aan de voorschriften van art. 1 van het K.B. nr. 55 van 10 november 1967;

Dat het eigendomsrecht van appellante op het materieel door haar in bijzondere omstandigheden verhuurd aan de gefailleerde tegenwerpelijk is aan de concurrente schuldeisers in geval van faillissement;

dat de eigen aard en de doelstellingen van leasing en de reglementering ervan door de wetgever het terugvorderingsrecht impliceren (concl. proc.-gen. Dumon voor Cass., 27 november 1981, *R.W.*, 1981-82, 2148);

Overwegende dat meer nog dan bij de driepolige leasing deze tegenwerpelijkheid zich rechtvaardigt bij *lease-back*;

Overwegende immers dat bij driepolige leasing het schijnvermogen van de *lessee* vergroot met de investeringsgoederen die in feite eigendom zijn van de *lessor*, terwijl hiertegenover een belangrijke huurschuld van de *lessee* tegenover de *lessor* het passief verzwaaert;

Dat bij de *lease back*-operatie weliswaar goederen uit het patrimonium verdwijnen door de verkoop, terwijl zij er schijnbaar in blijven, maar dat dit vermogen hierdoor niet verarmd wordt; dat hiertegenover een financiële injectie in het patrimonium van de *lessee* staat ingevolge de betaling van de koopprijs van deze goederen door de *lessor*;

Overwegende dat in de *lease back*-operatie appellante enkel de rol van de geldschietster van de P.V.B.A. T.D. heeft vervuld en dat de bedoeling van de gekozen contractvorm hoofdzakelijk tot doel heeft zekerheden te scheppen voor de terugbetaling van het gefinancierde kapitaal;

Dat dergelijke bekommernis niet laakbaar is wanneer de partijen om die doelstelling te bereiken een juridisch kader creëren waarvan zij alle juridische gevolgen aanvaarden zonder bedrieglijke benadeling van derden;

Overwegende dat schuldeisers de fluctuaties van het vermogen van de schuldenaar ondergaan als gevolg van de tegenwerpelijkheid van de overeenkomsten die geldig door de debiteur werden aangegaan (*Dirix, E., Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, nr. 31);

Overwegende dat de wetgever geen enkele uitzondering ten voordele van de chirografaire schuldeisers van een debiteur die een reële «sale lease back»-operatie uitvoert, op dit principe heeft voorzien;

Dat bij een dergelijke operatie het verlies aan eigen vermogen door de verkoop van de eigen investeringsgoederen en de onmiddellijke inhuring van dezelfde goederen en het hierdoor gecreëerde schijnvermogen gecompenseerd worden door een evenredige aangroei van de liquide financiële middelen door de betaling van de koopprijs;

Overwegende dat niet wordt aangetoond dat de «lease back»-operatie tussen appellante en de P.V.B.A. T.D. een geveinsde operatie zou geweest zijn of zij werd aangegaan met bedrieglijke benadeling van de rechten van de schuldeisers;

Overwegende dat appellante dan ook vermocht deze goederen die haar eigendom waren terug te nemen op het ogenblik van het faillissement;

Dat de vordering van de curator dan ook ongegrond had dienen verklaard te worden door de eerste rechter;

# NOOT – *Sale and lease back en de Financieringshuurwet*

1. De P.V.B.A. T.D. beschikt over 25 voertuigen waarvan er reeds zeven het voorwerp zijn van een financiering door N.V. T.C.B. Op een bepaald ogenblik wordt er overeengekomen dat al deze voertuigen verkocht worden aan de N.V. T.C.B. die de koopprijs aan de P.V.B.A. T.D. betaalt, verminderd met het nog verschuldigde saldo voor de financiering van de zeven voertuigen.

Het is de verrichting die gekend is onder de benaming «*sale and lease back*» (in Frankrijk eveneens «*cession-bail*» genoemd). Deze verrichting bestaat erin dat de ondernemer zijn materieel aan een financieringsinstelling verkoopt om het nadien van deze financieringsinstelling te huren. Het is dus een financiering *a posteriori* van een reeds verwezenlijkte investering. De door de financieringsinstelling gestorte verkoopprijs vertegenwoordigt het bedrag van de toegestane financiering die geleidelijk zal worden terugbetaald door de betaling van de huurprijs (Giovannoli, M., *Le crédit-bail (leasing) en Europe : développement et nature juridique*, Parijs, Librairies techniques, 1980, nrs. 19 en 22; Brewaeys, E., *Leasing van roerende goederen*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1985, nr. 33; vgl. Van den Bergh, J. en De Caluwé, A.; *Afbetalingsovereenkomsten, Financieringshuur, Brouwerijovereenkomsten*, in *A.P.R.*, Gent, Story-Scientia, 1975, nr. 1244). Het valt op dat er een sterke gelijkenis bestaat tussen de *sale and lease back* en de *fiducia cum creditore contracta* van de Romeinen (Gaius, *Institutiones*, II, nrs. 59 en 60: «... fiducia contrahitur... cum creditore pignoris iure... quo tutius nostrae res apud eum sint...»; Kaser, M., *Romeins privaatrecht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1971, 147-149).

De vraag die gesteld wordt, mede in het licht van de Financieringshuurwet (K.B. nr. 55, 10 november 1967 «tot regeling van het juridisch statuut der ondernemingen gespecialiseerd in financieringshuur», *B.S.*, 14 november 1967), is de tegenwerpelijke van deze specifieke overeenkomst tegenover derden en uiteraard in het bijzonder tegenover de failliete boedel. Bevinden de kwestieuze voertuigen zich in het vermogen van de gefailleerde P.V.B.A. T.D. of in het vermogen van de N.V. T.C.B.?

2. De terughoudendheid van de rechtsleer en de zeer schaarse rechtspraak tegenover de *sale and lease back* is niet verwonderlijk als men vaststelt dat de juridische kwalificatie van de financieringshuurovereenkomst zelf en de gevolgen ervan aanleiding hebben gegeven tot een zeer kritische benadering (Verougstraete, I., «Privaatrechtelijke aspecten van finance leasing in België», *T.P.R.*, 1973, 741-780; Neels, L., «Eigendomsvoorbehoud bij leasing», (noot onder Antwerpen, 30 juni 1980) *R.W.*, 1980-81, 2075-2079; Vandenbergh, H., «Eigendomsvoorbehoud bij leasing», *R.W.*, 1980-81, 2761-2768; Van Ryn J. en Heenen, J., *Principes de droit commercial*, III, Brussel, Bruylant, 1981, nrs. 843-847).

De voor de leasingondernemingen gunstige rechtspraak van ons Opperste Hof (Cass., 27 november 1981; *R.W.*, 1981-82, 2141; zie ook De Caluwé, A. en Bogaert, G., «Eigendomsrecht bij leasing», *R.W.*, 1981-82, 2129-2140) met de

in het besproken arrest geciteerde zeer positieve conclusies van Proc.-Gen. Dumon, is blijkbaar niet in staat geweest de bestaande vraagtekens volledig weg te nemen (Simont, L., «Observations sur l'évolution du droit des contrats», *J.T.*, 1982 (285), 286; Moreau-Margrève, I., «Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés», in *Les créanciers et le droit de la faillite*, Commission Droit et Vie des Affaires, Faculté de droit, Liège (ed.), Brussel, Bruylant, 1983, (77), 214-215; Verougstraete, I., *Manuel du curateur de faillite*, Brussel, Editions Swinnen, 1987, nrs. 236-238; Braeckmans, H., «Bankrekeningen, betaal- en kredietverrichtingen» in *Handels- en economisch recht, Deel I, Ondernemingsrecht, volume B*, Van Gerven, W., Cousy, H. en Stuyck, J., (ed.), Brussel, Story-Scientia, 1989, nrs. 689-691), hetgeen tot gevolg had dat het fenomeen leasing de aandacht van de juristen bleef gaande houden, o.m. op het XXXIe rechtscongres georganiseerd door de Vlaamse Juristenvereniging te Leuven op 12 mei 1984 (De Keyser, L., «Eigendomsrecht en nieuwe contractvormen: leasing, franchising en factoring», *R.W.*, 1983-84, (2407), 2410-2412; Braeckmans, H., «Verslag van de werkzaamheid der Sectie Eigendomsrecht en nieuwe contractvormen: leasing, franchising en factoring», *R.W.*, 1983-84, 3069-3070). Een standpunt zonder voorbehoud ten gunste van de tegenwerpelijke vinden we in Dirix, E., «Nieuwe overeenkomsten tot zekerheid», *T.P.R.*, 1988, (323), 339-341.

3. Specifiek in verband met de *sale and lease back* werden slechts enkele uitspraken gepubliceerd. In het bijzonder wordt verwezen naar Corr. Brussel, 30 november 1974 (*B.R.H.*, 1974, 289, noot Wijmeersch, E.), Brussel, 7 november 1984 (*R.W.*, 1984-85, 2479, met noot; zie ook Merchiers, Y., «Overzicht van rechtspraak (1982-1986), Bijzonder en afwijkend handelsrecht», *T.P.R.*, 1987, (1843), 1913 en Herbots, J.H. en Pauwels, C., «Overzicht van rechtspraak (1982-1987), Bijzondere overeenkomsten», *T.P.R.*, 1989, (1039), 1453-1454) en uiteraard naar het vonnis a quo van het besproken arrest nl. Kh. Brussel, 1 juli 1986 (Bruyns, F. en Buysschaert, D., «Chronique de jurisprudence, La location-financement ou leasing mobilier 1966-1988», *J.T.*, 1988, (561), 563). Noteren we volledigheidshalve dat uit bepaalde publikaties blijkt dat er een onuitgegeven vonnis is van de Brusselse rechtbank van koophandel dat de tegenwerpelijke van de *sale and lease back* afwijst: Kh. Brussel, 1 december 1981 (Antwerpse Hypotheekkas t/ curator) onuitg., aangehaald door Brewaeys, E., *l.c.*

4. In haar vonnis van 30 november 1974 onderzoekt de Brusselse correctionele rechtbank of het *in casu* toegepaste *sale and lease back*-systeem niet indruist tegen de wet van 10 juli 1969 op het solliciteren van het openbaar spaarwezen, onder meer inzake roerende waarden. De wet heeft inderdaad het begrip roerende waarden uitgebreid tot rechten op roerende of onroerende goederen (Witterwulgh, R., «La loi du 10 juillet 1969 sur la sollicitation de l'épargne publique notamment en matière de valeurs mobilières», *J.T.*, 1970, 291-293). *In concreto* ging het hier om een vennootschap die containers ter beschikking stelde van gebruikers. Deze containers werden voor aankoop en belegging aan particulieren aangeboden en de belegger die een container aankocht verhuurde deze onmiddellijk aan de verkoper. De overeenkomst werd gesloten voor een vaste termijn van 10 jaar. Evenwel mocht de belegger die eigenaar was geworden van de container de vroegere eigenaar, nu huurder, op overeen-

gekomen tijdstippen verplichten de container aan te kopen tegen een progressieve prijs. Alle risico's betreffende het materieel werden door de huurder – vroegere eigenaar – gedragen (Wymeersch, E., *l.c.*, 295-296). De rechtbank stelde het zuiver financiële karakter van deze operatie vast en vergeleek deze met een lening gewaarborgd door een pand zonder buitenbezitting. Aangezien het openbare karakter van de uitgifte vaststond, volgde een strafrechtelijke veroordeling. De criteria voor dit openbare karakter zijn te vinden in het K.B. 12 november 1969 betreffende de publieke aard van verrichtingen, strekkend tot het aantrekken van spaargelden, bv. het aanwenden van enig publiciteitsmiddel om de verrichtingen aan te kondigen of aan te bevelen zoals verspreiding van circulaires of tussenkomst van bemiddelaars (*quod in casu*) enz... Dit vonnis kan m.i. in geen enkel geval als een principsvonnis tegen de *sale and lease back* worden beschouwd. De in die correctionele zaak ter spraak komende leasingverrichting beantwoordde zelfs niet aan al de in de financieringshuurwet opgesomde kenmerken. De overeenkomst was gesloten voor 10 jaar maar de belegger-eigenaar van het materieel mocht de huurder verplichten het materieel aan te kopen, terwijl volgens art. 1, 3°, Financieringshuurwet de in het contract bepaalde huurtijd dient overeen te stemmen met de vermoedelijke duur van het bedrijfsgebruik van het materieel. Een financieringshuurovereenkomst wordt voor een bepaalde onopzegbare periode gesloten (Verougstraete, I., «Privaatrechtelijke aspecten van finance leasing in België», *T.P.R.*, 1973, (741), 750). Bij dergelijke aankoop vertegenwoordigde de aankoop prijs niet de residuele waarde van het materieel zoals bepaald in art. 1, 5°, Financieringshuurwet, maar wel een progressieve prijs (Wymeersch, E., *l.c.*, 295).

5. De feiten die aanleiding gaven tot het sub nr. 2 reeds vermelde arrest van het Brusselse Hof van Beroep van 7 november 1984 kunnen als volgt worden samengevat. Een in de rechten van de verkoper gesubrogeerde financieringsmaatschappij financiert de aankoop van een vorkheftruck. De eigenaar van de vorkheftruck verkoopt deze aan een leasingvennootschap, die ze dan op haar beurt aan de vroegere eigenaar verhuurt. De huurder wordt failliet verklaard en meteen rees de vraag van de tegenwerpelijheid van het eigendomsrecht van de leasingvennootschap tegenover de krachtens art. 20, 5°, Hypotheekwet gesubrogeerde financieringsmaatschappij. Het Hof verwierpt de tegenwerpelijheid om twee redenen die voor de toepassing van de Financieringshuurwet zelf minder relevant zijn, nl. de beweerde ontstentenis van levering en het feit dat de gebruiker op het ogenblik van het ontstaan van de huurovereenkomst met de leasingvennootschap nog steeds de eigenaar van het materieel zou zijn geweest. Voor het belang van deze studie moge het volstaan met er op te wijzen dat de levering geen werkelijke overgave veronderstelt als de verkoper voortaan als houder de feitelijke macht alieno nomine over de zaak blijft uitoefenen (men denke aan het *constitutum possessorium* van de Romeinen).

Evenmin als het sub nr. 4 vermelde vonnis van 30 november 1974 kan het arrest van 7 november 1984 als een principiële uitspraak over de *sale and lease back* beschouwd worden.

6. Het hierboven gepubliceerde arrest van het Brusselse Hof van Beroep van 7 februari 1990 bevestigt allereerst de vroegere in deze noot geciteerde rechtspraak (cf. *supra*, nr.

5), in die zin dat *sale and lease back* bij ontstentenis van een wettelijke regeling moeten worden beschouwd als een onbenoemd contract dat één geheel uitmaakt.

Het Hof stelt zich dan in de tweede plaats de fundamentele vraag of volgens de Financieringshuurwet de driepoligheid een essentieel kenmerk uitmaakt van de financieringshuurovereenkomst. Uit de consideransen van het arrest blijkt dat het Hof met driepoligheid bedoelt een rechtsverhouding waarbij drie werkelijk onderscheiden partijen aanwezig zijn die elkeen ook een onderscheiden juridische rol spelen. (Cf. Verougstraete, I., «Het koninklijk besluit op de financieringshuur», *S.E.W.*, 1968, (319), 321). In verband met de term «driepoligheid», zie ook de Keyser, L., «Roerende leasing en eigendomsrevindicatie», *T.P.R.*, 1983, (443), 448-451.

Hoewel het begrip driepoligheid niet noodzakelijk overeenkomt met een meer-partijen-overeenkomst (*in casu* een drie-partijen-overeenkomst) mag, gelet op de bij de totstandkoming van de financieringshuurovereenkomst door de leasingvennootschappen toegepaste praktijk, gezegd worden dat het bij de leasing wel degelijk een drie-partijen overeenkomst betreft waar de toestemming van drie partijen samentreffen (cf. Dirix, E., «Meer-partijen-overeenkomsten», *R.W.*, 1981-82, (1585), 1587-1589 en 1592-1593; Dirix, E., *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, Antwerpen, Maarten Kluwer, 1984, nr. 70). Om zijn verdere redenering te motiveren steunt het Hof op art. 1 Financieringshuurwet, daarbij bevestigende dat hierin de kenmerken worden opgegeven waaraan een verrichting dient te voldoen om als financieringshuur te worden beschouwd. Dit is een belangrijk uitgangspunt en bekrachtigt de sub nr. 4 geciteerde rechtsleer die reeds – weliswaar soms aarzelend – in die richting dacht. Welnu, art. 1, 2°, Financieringshuurwet bepaalt dat het materieel door de verhuurder speciaal met het oog op de huur dient te worden aangekocht en dit op gespecificeerde aanwijzing van de toekomstige huurder. Door deze voorwaarde, zegt het Hof letterlijk, wordt geenszins uitgesloten dat de toekomstige huurder bedrijfsgoederen aanwijst aan de *lessor* waarvan hij zelf eigenaar is. De aankoop van de goederen bij een derde wordt door de Financieringshuurwet niet als verplichting gesteld en kan dus niet als voorwaarde voor de tegenwerpelijheid worden opgelegd.

Tussen haakjes zij opgemerkt dat in een van de eerste commentaren die na de publicatie van Financieringshuurwet verscheen (Vincent, L. en Dehan, P., «Le statut légal du leasing», *J.T.*, 1968, 73-75) gezinspeeld wordt op een mogelijkheid van drie juridisch onderscheiden partijen in tegenstelling met drie materieel onderscheiden partijen: «Le leasing est une opération dans le déroulement de laquelle interviennent, matériellement sinon juridiquement, trois personnes: le futur locataire utilisateur, le vendeur du bien et l'acquéreur – futur bailleur». Uiteraard was op dat moment de rechtspraak op basis van de thans vigerende financieringshuurwet nog onbestaande zodat problemen i.v.m. de zogeheten driepoligheid in de zin van het besproken arrest juridisch nog niet aan bod konden komen (zie ook Giovannoli, M., *o.c.*, nr. 43).

Het wetsontwerp betreffende de huurovereenkomsten van 1978 (*Gedr. St., Kamer*, 1977-78, nr. 415/1, 57-58) was trouwens ook dusdanig opgesteld dat strikt genomen geen «driepoligheid» vereist was (zie ook De Keyser, L., «Onbe-

noemde overeenkomsten en roerende leasing» in *Bijzondere overeenkomsten. Actuele problemen*, Herbots, J.H. (ed.), Antwerpen, Kluwer, 1980, (439), 454-455). Anders is het bv. in het Verdrag betreffende de internationale leasing dat op de diplomatieke conferentie van Ottawa op 28 mei 1988 aangenomen werd. (Ingelbrecht, J., «Exoneratiebedingen bij leasing en huur van bedrijfsmiddelen» in *Le juriste dans l'entreprise – Jurist in bedrijf*, Belgische Vereniging van Bedrijfsjuristen (ed.), Brussel, Bruylant, 1989, (275), 290-292). Art. 1 van dat verdrag maakt uitdrukkelijk gewag van drie onderscheiden personen die partij zijn bij de financieringshuurovereenkomst:

«1. La présente Convention régit l'opération de crédit-bail décrite au paragraphe 2, dans laquelle une partie (le crédit-bailleur),

a) conclut, sur l'indication d'une autre partie (le crédit-preneur), un contrat (le contrat de fourniture) avec une troisième partie (le fournisseur) en vertu duquel elle acquiert un bien d'équipement, du matériel ou de l'outillage (le matériel) dans des termes approuvés par le crédit-preneur pour autant qu'ils le concernent, et

b) conclut un contrat (le contrat de crédit-bail) avec le crédit-preneur donnant à celui-ci le droit d'utiliser le matériel moyennant le paiement de loyers.»

Het was uitdrukkelijk de bedoeling de sale and lease back uit het toepassingsgebied van het verdrag te sluiten (Institut international du droit privé, *Projet de convention sur le crédit-bail international*, Rome, 1987, 35). Dit verdrag werd (nog) niet door België bekrachtigd.

Het Hof gaat de realiteit en de werkelijke bedoeling van de leasing niet uit de weg. Aangenomen wordt dat N.V. T.C.B. de voertuigen uitsluitend aankocht om ze als financier te verhuren aan de oorspronkelijke verkoper die trouwens nooit zou hebben verkocht als hij het gebruik van het materieel niet zou blijven behouden. N.V. T.C.B. heeft dus, volgens het Hof, enkel de rol van geldschietster gespeeld.

Het Hof gaat zelfs zover te beweren dat de *sale and lease back* een resultaat oplevert dat vergelijkbaar is met dat van een pand zonder buitenbezitstelling. Het fundamentele verschil is evenwel dat bij volledige betaling de rechten van de pandhoudende schuldeiser teniet gaan, maar dat de *lessor* volledig eigenaar blijft, tenzij natuurlijk de *lessee* op het einde van de huur de koopoptie licht.

Het gebruik van het materieel door de P.V.B.A. T.D. kan aan de N.V. T.C.B. de *animus domini* niet ontnemen en hier volgt het Hof een reeds vroeger in de rechtsleer i.v.m. de leasing in het algemeen geponeerde stelling (De Caluwé, A. en Bogaert, G., *l.c.*, 2137-2138).

Ten slotte is het Hof van mening dat de tegenwerpelijke van de *sale and lease back* meer nog dan bij de gewone (door het Hof genoemde driepolige leasing, cf. supra) gerechtvaardigd is. In beide gevallen maakt het bedrijfsmaterieel een schijnvermogen uit en wordt dit schijnvermogen nog verminderd met de huurschuld; daarentegen wordt bij *sale and lease back* het vermogen van de *lessee* vermeerderd met de door de *lessor* als koopprijs voor het bedrijfsmaterieel betaalde prijs. Hieruit moet blijken dat de rechten van de derden bij *sale and lease back* volgens het Hof beter worden beschermd dan bij de «driepolige» leasing: het werkelijke patrimonium van de *lessee* is dan reëler. Schijnvermogen en schijnbare kredietwaardigheid zijn inderdaad begrippen die bij de juridische benadering van het fenomeen leasing op-

geld maakten (Merchiers, Y., «Enkele nieuwe handelsovereenkomsten», *T.P.R.*, 1979, (721), 729; Brewaeys, E., *o.c.*, p. 18, nr. 16). De vraag werd dan gesteld of de schuldeisers die een zaak in het vermogen van hun schuldenaar aantreffen ervan mogen uitgaan dat die zaak tot hun gemeenschappelijke waarborg strekt, zoals bepaald in art. 8 Hypotheekwet. Het probleem kwam uiteraard eveneens ter sprake in de rechtspraak betreffende de publiciteitsvereisten (o.m. Antwerpen, 30 juni 1980, *R.W.*, 1980-81, noot Neels, L.; Cass., 27 november 1981, *R.W.*, 1981-82, 2141, concl. Proc. Gen. Dumon, F.). Hier komt dus de vertrouwensleer te berde. Voor de toepasselijkheid ervan moet aan twee voorwaarden vervuld zijn nl. een aan de schijnverwekker toerekenbare schijn en de goede trouw van de op de schijntoestand vertrouwende derde (Van Gerven, W., *Algemeen deel*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Dillemans, R. en Van Gerven, W. (ed.), I, Antwerpen, Standaard, 1969, nr. 85). Primordiaal is hier uiteraard de vraag naar de goede trouw van de derde. Weet de derde of moet hij weten dat de schijnbare toestand niet beantwoordt aan de werkelijke toestand? Zoals Proc.-Gen. Dumon in zijn hierboven aangehaalde conclusies bij Cass., 27 november 1981 zegde, moeten schuldeisers en contractanten weten dat de figuur van de leasing bestaat in het belang van de economische expansie en dat het uiteraard de terugvordering door de *lessor* impliceert. Deze trouwens voor de financieringshuurovereenkomst in haar geheel geldende conclusies vonden weerklank in de rechtsleer (Brewaeys, E., *o.c.*, nrs. 53 en 54; Dirix, E., «Nieuwe overeenkomsten tot zekerheid», *T.P.R.*, 1988, (323), 339-341).

De rode draad van heel het arrest is de finaliteit van Financieringshuurwet zelf, zoals deze in de trouwens door het Hof geciteerde conclusies van proc.-gen. Dumon (supra) werd beklemtoond: indien de financieringshuur de terugvordering van de verhuurde zaken niet mogelijk zou maken, mist ze volledig haar doel. Wat van de leasing in het algemeen kan worden gezegd geldt eveneens voor de *sale and lease back*-overeenkomst die zich situeert binnen het raam van de Financieringshuurwet zelf. Het is de verdienste van dit arrest dit zo duidelijk te hebben bevestigd. De optimistische conclusie destijds door prof. L. De Keyser geformuleerd, blijft haar volledige gelding behouden (De Keyser, L., «Roerende leasing en eigendomsrevindicatie», *T.P.R.*, 1983, (443), 455): de leasingoperatie is een in de praktijk haalbaar juridisch instrument voor het bevorderen van investeringen in bedrijfsmaterieel.

Hubert Libert

## HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

8e KAMER – 13 SEPTEMBER 1990

Voorzitter: de h. Vandeplas

Raadsheren: de hh. Luyckx en Renaers (rapporteur)

Openbaar ministerie: de h. De Swaef

Advocaten: mrs. Petitat, Willems en Delwiche loco Byvoet

**1. Burgerlijke partij – Stelling – Vorm – 2. Strafverordering – Akte verlenen**

1. Een burgerlijke-partijstelling vereist een uitdrukkelijke wilsverklaring waaruit duidelijk en ondubbelzinnig de wil blijkt om zich burgerlijke partij te stellen.

Deze wilsverklaring is niet gebonden aan bepaalde sacramentele vormen; ze kan zelfs ter terechtzitting mondeling geschieden, maar dan is het onontbeerlijk dat het proces-verbaal van de terechtzitting er melding van maakt. De benadeelde kan zich echter ook door middel van een schriftelijke conclusie aanstellen.

Geen enkele wettelijke bepaling schrijft voor dat de stelling mondeling zal geschieden ter terechtzitting en dat daarvan akte zal worden verleend.

2. Akte verlenen betekent slechts op authentieke wijze vaststellen in het proces-verbaal van de terechtzitting wat een partij ter terechtzitting heeft verklaard of verricht, maar als deze verklaring blijkt uit een regelmatig neergelegde conclusie, dan is het verlenen van akte overbodig.

S. e.a. t/ S. e.a.

Overwegende dat het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds voor de eerste rechter en thans opnieuw in hoger beroep heeft aangevoerd dat de N.V. C. in dit geding niet regelmatig is aangesteld als burgerlijke partij omdat van deze stelling geen gewag wordt gemaakt in het proces-verbaal van de terechtzitting in eerste aanleg;

Overwegende dat de eerste rechter deze stelling heeft aanvaard en dat hij de eis van de burgerlijke partij niet ontvankelijk heeft verklaard op grond dat de N.V.C. ter terechtzitting van 28 april 1989 weliswaar conclusies heeft genomen – hetgeen trouwens zowel blijkt uit het proces-verbaal van de terechtzitting als uit de conclusie (stuk F) ondertekend door de voorzitter en door de griffier – maar dat geen akte van burgerlijke-partijstelling werd gevraagd op die terechtzitting;

Overwegende dat een burgerlijke-partijstelling een uitdrukkelijke wilsverklaring vereist, waaruit duidelijk en ondubbelzinnig de wil blijkt om zich burgerlijke partij te stellen; dat deze wilsverklaring echter niet gebonden is aan bepaalde sacramentele vormen;

Overwegende dat een burgerlijke partijstelling ter terechtzitting zelfs mondeling kan geschieden, maar dat het dan onontbeerlijk is dat de stelling als burgerlijke partij in het proces-verbaal van de zitting wordt vermeld, daar wordt aangenomen dat wat niet vermeld staat in dit proces-verbaal ook niet is geschied;

Overwegende echter dat de partij die beweert benadeeld te zijn door een misdrijf dat het voorwerp van de strafvervolguitmaking uitmaakt, ook op een andere wijze haar wil kan te kennen geven om zich burgerlijke partij te stellen, nl. door middel van een schriftelijke conclusie die – zoals te dezen – regelmatig ter terechtzitting wordt neergelegd;

Overwegende dat de conclusie in het onderhavige geval aan duidelijkheid niet te wensen overlaat daar hierin de rechtbank wordt verzocht «akte te verlenen van de burgerlijke-partijstelling van de N.V. C. tegen het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds»; dat bijgevolg door deze schriftelijke conclusie deze partij ondubbelzinnig haar wil te kennen heeft gegeven zich te stellen tegen het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds;

Overwegende dat in die omstandigheden de eerste rechter deze stelling niet vermocht af te wijzen op grond dat hem niet mondeling werd gevraagd akte te verlenen van de bur-

gerlijke-partijstelling; dat geen enkele wettelijke bepaling voorschrijft dat deze stelling mondeling zal geschieden ter terechtzitting, noch dat van deze stelling akte zal worden verleend;

Overwegende dat de redenering van de eerste rechter blijkbaar uitgaat van een misvatting omtrent het begrip «akte verlenen»; dat de griffier ter terechtzitting nota neemt van alle proceshandelingen en dat de verrichtingen waarvan hij geen melding maakt in het proces-verbaal van de terechtzitting als niet bestaande dienen te worden beschouwd; dat een burgerlijke-partijstelling echter zowel mondeling als schriftelijk kan geschieden ter terechtzitting, doch dat het aantekenen van deze stelling in het proces-verbaal van de terechtzitting slechts onontbeerlijk is wanneer de stelling mondeling geschiedt, niet om de rechtsgeldigheid van deze stelling te bepalen, maar louter om het bestaan ervan te bevestigen; dat het «akte verlenen» slechts betekent dat op authentieke wijze wordt vastgesteld in het proces-verbaal van de terechtzitting dat de benadeelde zich burgerlijke partij heeft gesteld, maar dat deze vaststelling overbodig is als – zoals te dezen – uit de conclusie die deze partij ter terechtzitting op regelmatige wijze heeft neergelegd, ondubbelzinnig blijkt dat ze zich heeft gesteld voor de correctionele rechtbank;

Overwegende dat derhalve de burgerlijke-partijstelling van de N.V.C. tegen het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds, wel degelijk ontvankelijk is;

...

NOOT – Zie ook Cass., 17 november 1930, *Pas.*, 1930, I, 263; Cass., 26 oktober 1937, *R.D.P.*, 1937, 1347, Cass., 4 april 1989, *Arr. Cass.*, 1989-90, nr. 428; P. Mimin, *Le style des jugements*, 4e ed., p. 395, nr. 203).

## HOF VAN BEROEP TE GENT

16e KAMER – 27 APRIL 1990

Voorzitter: de h. Meyer

Advocaten: mrs. Beele en Lefere

### Echtscheiding – Overspel – Vaststelling door gerechtsdeurwaarder – Voorafgaande betekening

*Geen enkele wettelijke bepaling legt de voorafgaande betekening op van de presidentiële beschikking houdende machtiging om een vaststelling van overspel te doen. Vaststellingen tussen vijf en zes uur 's morgens zijn niet onregelmatig door het feit dat, eveneens vóór zes uur 's morgens, de presidentiële beschikking wordt betekend.*

D. t/ Van L.

Appellante heeft op 21 oktober 1988 een verzoekschrift neergelegd waarbij zij toelating vorderde tot vaststelling door een gerechtsdeurwaarder van overspel gepleegd door geïntimeerde, haar echtgenoot. De voorzitter van de rechtbank heeft, na te hebben vastgesteld dat aan alle vereisten van de artikelen 1026 en 1016bis Ger.W. werd voldaan, bij

beschikking in raadkamer van 24 oktober 1988 een gerechtsdeurwaarder aangesteld om binnen twee maanden, vergezeld van een officier of een agent van gerechtelijke politie de vaststellingen te doen op een aangeduid adres met verduidelijking dat geen vaststelling mag worden gedaan tussen 21 uur en 5 uur, voorts met de bepaling dat betekening en vaststelling mag geschieden desnoods op zaterdag, zondag of wettelijke feestdag vanaf 5 uur in de morgen. De vaststellingen gebeurden op 20 november 1988 om 5 uur 15 minuten.

Geïntimeerde heeft op 19 december 1988 een kort geding aangespannen waarin hij verklaart derdenverzet te doen tegen de beschikking van 24 oktober 1988 en vraagt die beschikking nietig te verklaren wegens miskenning van art. 47, 1°, Ger.W. en te zeggen voor recht dat de vaststellingen als niet bestaande moeten worden beschouwd. De eerste rechter is daarop ingegaan en vernietigde de beschikking van 24 oktober 1988 en de vaststellingen gedaan op 20 november 1988.

Het feit dat hij geadieerd werd en recht spreekt in kort geding laat de eerste rechter ongemoeid. Hij stelt dat de bevoegde rechter geadieerd wordt, zegge de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg. Dit is kennelijk foutief.

De voorzitter van de rechtbank heeft diverse bevoegdheden, geregeld door de art. 584 e.v. Ger.W. Er is zijn bevoegdheid in kort geding en zijn bevoegdheid op verzoekschrift. De procedure wordt geregeld hetzij door de artikelen 1035 e.v. Ger.W., dan wel hetzij door de art. 1025 e.v. Ger.W. Het is dus duidelijk dat, zo geïntimeerde met toepassing van art. 1122 Ger.W. derdenverzet doet tegen de beschikking, hij toepassing dient te maken van art. 1125 Ger.W., d.w.z. het derdenverzet brengen voor de rechter die de bestreden beslissing heeft gewezen. Alhier is dit de voorzitter van de rechtbank die uitspraak doet in raadkamer op verzoekschrift, niet de voorzitter van de rechtbank in kort geding. Het besproken derdenverzet is dus niet toelaatbaar.

Geïntimeerde kan daarenboven enkel derdenverzet doen indien de beslissing zijn rechten benadeelt. Een dergelijke benadeling roept hij niet eens in. Appellante heeft het volstrekte recht om de vaststelling door een gerechtsdeurwaarder van overspel gepleegd door geïntimeerde, haar echtgenoot, te vorderen.

De beschikking die de gerechtsdeurwaarder aanstelt kan dus de rechten van geïntimeerde niet benadelen.

De geïntimeerde vecht overigens de gegeven machtiging niet aan, maar werpt de nietigheid van de beschikking op omdat de gerechtsdeurwaarder toelating krijgt betekeningen en vaststellingen te doen vanaf 5 uur in de morgen.

De wet laat uitdrukkelijk toe dat vaststellingen gedaan worden vanaf 5 uur. Geïntimeerde kan derhalve de vaststellingen die gebeurden om 5u.15 in se niet aanvallen.

De omstandigheid dat de betekening van de beschikking onregelmatig zou zijn, leidt niet noodzakelijk en automatisch tot de nietigheid van de vaststellingen. Die vaststellingen gebeurden trouwens ook t.o.v. D.V., die geen derdenverzet deed!

Ten slotte is de betekening gebeurd op 20 november 1988 zonder dat vaststaat dat zij gebeurde vóór 6 uur 's morgens, beter gezegd vóór de vaststellingen.

Nergens is er een wettekst die de gerechtsdeurwaarder oplegt de beschikking waarbij hij wordt aangesteld, te betekenen aan de derde vooraleer hij zijn vaststellingen doet.

Artikel 1016bis Ger.W. regelt enkel de wijze waarop vaststellingen van overspel door een gerechtsdeurwaarder worden toegelaten, meer niet.

De vaststellingen zijn ter zake gebeurd conform de wet en de gebeurlijke nietigheid van de niet op straffe van nietigheid verplichte betekening van de beslissing waarbij de gerechtsdeurwaarder gemachtigd wordt de vaststellingen te doen, laat de geldigheid van de vaststellingen ongemoeid. De gerechtsdeurwaarder heeft doen blijken van zijn hoedanigheid en van de hem vergezellende politiebeambte en van de beschikking die hem machtigde de vaststellingen te doen. Meer is niet vereist, dit des te minder nu de zienswijze van geïntimeerde tot gevolg zou hebben, tegen de tekst van de wet in, vaststellingen van overspel onmogelijk te maken vóór 6 uur 's morgens.

NOOT – Bovenstaand arrest vernietigt de beschikking van Rb. Kortrijk, 18 oktober 1989, *R.W.*, 1989-90, 1472, met noot van Karen Broeckx. Zie elders in dit nummer de noot van P. Senaevé bij rechtbank van eerste aanleg te Leuven van 18 juni 1990.

## ARBEIDSHOF TE GENT AFDELING BRUGGE

*1e KAMER – 27 SEPTEMBER 1990*

Voorzitter : de h. Peene

Raadsheren in sociale zaken : de hh. Lefebvre en Lapauw

Advocaten : mrs. Struyve loco Laridon en Vandervennet

### Arbeidsongeval – Begrip – Arbeidsovereenkomst – Dienstverlening – Herstel van gebouw

*Een arbeidsongeval vereist de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst.*

*Te dezen volgt uit de omstandigheden en de voorwaarden waaronder de getroffen herstelwerk aan het gebouw van de opdrachtgeefster uitvoerde, dat tussen hen geen ondergeschiktheid bestond.*

V. t/ N.V. A.

1. De eerste rechter heeft terecht geoordeeld dat artikel 7 van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971 vereist dat op het ogenblik van het ongeval de getroffen en zijn werkgever verbonden zijn door een arbeidsovereenkomst en dat eerstgenoemde tegenover tweede genoemde in een ondergeschikt verband staat (Cass., 9 september 1985, *J.T.T.*, 1986, 223).

Appellant heeft de bewijslast dat hij door een arbeidsovereenkomst was verbonden met mevrouw D. Hij moet aantonen dat tussen hem en haar een band van ondergeschiktheid bestond.

Uit de gegevens van de zaak blijkt dat mevrouw D. een beroep had gedaan op de heer C. om stormschade aan de gebouwen van de hofstede te herstellen.

De heer C. was voor de uitvoering van dat werk niet verbonden door een arbeidsovereenkomst met mevrouw D. Hij

oordeelde zelf over de wijze van uitvoering van het werk. Hij kwam uitsluitend wanneer het hem paste. Er was overeen gekomen dat hij 400 fr. per uur zou ontvangen.

Nadat hij een deel van de schade had hersteld, liet hij aan zijn opdrachtgeefster weten dat hij iemand zou meebrengen om de schade te herstellen aan de hoge schuur. Door de storm waren een aantal dak- en nokpannen van dat gebouw weggewaaid. Hij kon dit werk niet alleen uitvoeren.

Hij had aldus een beroep gedaan op appelland, met wie hij dikwijls samen karweien deed.

C. had dus zelf de beslissing genomen dat hij hulp nodig had.

Appelland is op verzoek van zijn vriend C. komen helpen. Mevrouw D. is hierin nooit tussengekomen. Zij kende appelland niet.

...

Appelland heeft zich hier nooit verbonden om tegen een loon arbeid te verrichten onder het gezag van mevrouw D. Laatstgenoemde heeft appelland ook niet gevraagd om in haar dienst C. te helpen.

Uit de verklaringen die de genoemde personen op 20 januari 1988 hebben afgelegd aan de verzekeringsinspecteur van geïntimeerde, blijkt duidelijk dat er tussen appelland en mevrouw D. geen enkel verband van ondergeschiktheid bestond. Appelland heeft vrijwillig aanvaard om zijn vriend C. te helpen bij het uitvoeren van het werk aan het dak.

Tussen appelland en mevrouw D. werd er zelfs niet gesproken over de vergoeding die voor de gepresteerde hulp zou worden uitbetaald.

Uit het enkele feit dat mevrouw D. van plan was om appelland ook 400 fr. per uur te betalen kan geenszins het bestaan van een arbeidsovereenkomst worden vastgesteld, noch een eventueel verband van ondergeschiktheid.

...

2. Het feit dat het om zwart werk zou gegaan hebben is niet ter zake dienend. Een dergelijk werk sluit op zichzelf het bestaan van een arbeidsovereenkomst niet uit.

De heer C. heeft mevrouw D. zonder meer laten weten dat hij iemand zou meebrengen waarmee hij dikwijls karweien deed. De heer C. besliste zelf over de wijze van uitvoering van het werk en had de volledige leiding ervan. Het feit dat mevrouw D. zich niet ertegen heeft verzet dat C. een vriend meebracht om te helpen bij de uitvoering van het dakwerk aan de grote schuur, kan niet tot gevolg hebben dat zij hierdoor als de werkgeefster van appelland moet worden beschouwd.

...

3. Appelland legt thans nog een bijkomend stuk over, namelijk het inlichtingsblad voor uitkeringen van het ziekenfonds, van 20 januari 1988.

Dit blad werd ingevuld en ondertekend door mevrouw D. Zij heeft hierbij aangegeven dat appelland bij haar in dienst was gekomen op 10 januari 1988, met een variabele werktijdregeling. Als arbeidsduur voor 10 januari 1988 werd opgegeven: vanaf 8u.30 tot 16 u.

Volgens appelland blijkt hiermee duidelijk dat hij wel degelijk onder het gezag van mevrouw D. werkte en het ongeval van 10 januari 1988 als een arbeidsongeval moet worden aangemerkt. Voormeld stuk toont volgens appelland te-

vens aan dat de vergoeding van het ziekenfonds berekend wordt op zijn prestaties bij mevrouw D.

Deze redenering van appelland kan niet worden gevolgd.

De bepalingen betreffende het toepassingsgebied van de arbeidsongevallenwet raken de openbare orde. Het bestaan van een arbeidsovereenkomst of van een verband van ondergeschiktheid kan geenszins worden afgeleid uit een aangifte van een arbeidsongeval noch uit een inlichtingsformulier in het kader van de verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering voor werknemers. Het zijn eenzijdige stukken die moeten worden ingediend om eventueel aanspraak te kunnen maken op bepaalde vergoedingen of uitkeringen. Deze stukken leveren op zichzelf het bewijs niet van de vereisten ter zake.

Appelland moet het bewijs leveren van het bestaan van een arbeidsovereenkomst of van een verband van ondergeschiktheid. Dit bewijs werd niet geleverd, zodat er geen sprake kan zijn van een arbeidsongeval.

Het is wel mogelijk dat men als werknemer bij meer dan één werkgever werkt. In een dergelijk geval moet nochtans het bewijs worden geleverd van het bestaan van een arbeidsovereenkomst met iedere werkgever. Het bewijs van het bestaan van een dergelijke arbeidsovereenkomst met mevrouw D. is niet geleverd.

## CORRECTIONELE RECHTBANK TE TURNHOUT

5e KAMER – 22 FEBRUARI 1988

Voorzitter: de h. Geuens

Openbaar ministerie: de h. Van der Avort

Advocaat: mr. Vermeulen

### Geneeskunde – Geneesmiddelen – Begrip

*Produkten die curatieve of profylactische eigenschappen bezitten, zijn daarom nog niet als geneesmiddelen aan te merken.*

V.

Overwegende dat beklaagde sinds meer dan tien jaar een handelszaak exploiteert, bestaande uit een winkel van dieet- en natuurvoedingsprodukten; dat de goederen, die bij een huiszoeking in beslag werden genomen, geen andere zijn dan die welke in zulke winkels doorgaans worden verkocht.

Overwegende dat de definitie van geneesmiddel die in art. 1 van de wet van 25 maart 1964 gegeven wordt, zeer ruim is;

dat evenwel uit het geheel van de wetgevende werkzaamheid blijkt dat vele produkten curatieve of preventieve eigenschappen kunnen bezitten zonder dat ze daarom als geneesmiddel te kwalificeren zijn; dat also werd opgemerkt dat in een bepaalde literatuur – kennelijk gebaseerd op volkse opvattingen en overleveringen – aan bepaalde planten en kruiden eigenschappen worden toegeschreven waardoor ze onder toepassing van voormeld artikel 1 kunnen vallen, maar die volgens de bevoegde minister evident niet als geneesmiddelen te beschouwen zijn (Kamer 1980-81, Doc. nr. 884/1);

dat ook uit een recente ministeriële circulaire van 28 juli 1987 (*Staatsblad*, 10 september 1987) blijkt dat de definitie in voormeld artikel 1 niet onbegrensd is;

dat door de gegevens van het strafdossier niet afdoende is aangetoond dat de in beslag genomen goederen op ondubbelzinnige wijze onder te brengen zijn in een van de categorieën die door de circulaire als geneesmiddelen worden gekenmerkt;

dat beklagde er daarenboven op wijst dat de producenten en groothandelaars, bij wie hij zijn produkten betreft, ongemoeid werden gelaten; dat deze stand van zaken, die trouwens uit de gegevens van het strafdossier tot uiting komt, minstens symptomatisch is voor de ongewisheid die heerst ten opzichte van de produkten in kwestie;

dat op grond van een en ander niet genoegzaam is bewezen dat beklagde zich schuldig heeft gemaakt aan de hem ten laste gelegde feiten.

...

#### NOOT – De definitie van het geneesmiddel

1. Tijdens zijn zitting van 17-19 december 1962 heeft de Raad van de Europese Economische Gemeenschap besloten het Economisch en Sociaal Comité te raadplegen aangaande het commissievoorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de aanpassing van de wettelijke en bestuurlijke bepalingen inzake farmaceutische produkten (*PB*, nr. 158 van 16 oktober 1964, p. 2508/64).

2. Het Economisch en Sociaal Comité bracht op 25 april 1963 advies uit. De door de Raad voorgestelde definitie van het begrip «geneesmiddel» werd aangenomen, maar het Comité stelde tevens voor dat in de tekst van artikel 1 van de richtlijn duidelijk zou worden vermeld dat «door een dergelijke definitie van het toepassingsgebied worden uitgesloten de stoffen of samenstellingen van stoffen welke voedingsstoffen, dieetvoeding of produkten voor lichaamsverzorging zijn» (*PB*, nr. 158 van 16 oktober 1964, p. 2508/64).

3. De richtlijn van de Raad van 26 januari 1965 (65/65/EEG) is blijkbaar niet ingegaan op die wens van het Comité en heeft aangenomen dat als geneesmiddel wordt beschouwd:

«Elke enkelvoudige of samengestelde substantie, aangediend als hebbende therapeutische of profylactische eigenschappen met betrekking tot ziekten bij mens of dier.

Elke enkelvoudige of samengestelde substantie, die aan mens of dier toegediend kan worden ten einde een medische diagnose te stellen of om organische functies bij mens of dier te herstellen, te verbeteren of te wijzigen, wordt eveneens als geneesmiddel beschouwd.»

4. Artikel 1 van de wet van 21 juni 1983 tot wijziging van de wet van 25 maart 1964 op de geneesmiddelen heeft de tekst van de Europese richtlijn tekstueel overgenomen.

Het blijkt uit de termen van de wet dat de substanties geen geneeskrachtige of profylactische eigenschappen dienen te bezitten om als geneesmiddelen te worden beschouwd: het is voldoende dat ze worden *aangediend*, voorgesteld, aangeprezen als hebbende curatieve of profylactische eigenschappen (Hof Antwerpen, 24 december 1981, *niet gepubliceerd*; Hof Brussel, 12 november 1986, *J.T.*, 1987, 112).

5. In feite viseert art. 1 van de wet op de geneesmiddelen twee categorieën: alle stoffen, zelfs natuurprodukten, water, suiker of melk inbegrepen, als ze aangeboden worden

als bezittende therapeutische of profylactische eigenschappen, en daarnaast de substanties die uiteraard als geneesmiddelen worden beschouwd.

Door kwakzalvers en zwendelaars wordt handig gebruik gemaakt van de verwarring tussen beide categorieën, wordt de onschadelijkheid van de produkten of hun voedingswaarde dik in de verf gezet of worden de uitspraken van ministers of deskundologen uit hun verband gerukt.

6. We hebben geen behoefte aan de verklaringen van de minister van Volksgezondheid om te beseffen dat bepaalde planten of kruiden «evident niet als geneesmiddelen te beschouwen zijn». Rozemarijn, salie, marjolein, pepermunt, basilicum of bonekruid, geen zinnig mens zal beweren dat het geneesmiddelen zijn. Kruiden, planten, gewassen of zaden, ze mogen vrij worden verkocht in de handel op voorwaarde dat ze niet worden aangediend als hebbende therapeutische of profylactische eigenschappen. Inderdaad, dan waagt de handelaar of de verkoper zich op verboden terrein, dan interfereert hij in de farmaceutica.

7. Wie produkten op de markt brengt om prostaat te bestrijden, om gonorroe te genezen of lupus te helen, valt onder de wet op de geneesmiddelen, zelfs als hij zou kunnen aantonen dat zijn wondermiddelen onschuldig zijn, geen geneeskundige kracht bezitten of zelfs een heilzaam effect hebben op de gezondheidstoestand van de patiënt.

De wetgever wenst ingevolge de Europese richtlijn, dat onbevoegden zich onthouden van elke vorm van publiciteit, indicatie of referentie aan therapeutische of profylactische eigenschappen van de aangediende substanties, want men wenst te voorkomen dat de patiënt wordt misleid en zijn toevlucht neemt tot kwakzalverij in plaats van zich te richten tot streng gecontroleerde farmaceutica.

8. De definitie van «geneesmiddel» in de wet van 25 maart 1964 is veel ruimer dan de richtlijn van de E.E.G. Art. 1bis van deze wet reglementeert namelijk «in het belang van de gezondheid van mens of dier of om bedrog of vervalsing op die gebieden te voorkomen», behalve de geneesmiddelen nog vier andere categorieën: voorwerpen en toestellen die voorgesteld worden als hebbende een therapeutische eigenschap of een fysiologische werking; voorwerpen, toestellen of substanties die worden gebruikt in een van de takken van de geneeskunde of in de diergeneeskunde (o.m. inwendige prothesen, pace-makers, kunstorganen, adjuvantia e.d.); diagnosemiddelen (o.m. reagentia die gebruikt worden om diabetes of albuminurie op te sporen) en ten slotte contraceptiva.

9. Ook de ministeriële circulaire van 28 juli 1987 betreffende artikel 1 van de wet van 25 maart 1964 op de geneesmiddelen verenigt het begrip «geneesmiddel» niet, hetgeen trouwens strijdig zou zijn met de E.E.G.-richtlijn van 26 januari 1985.

Integendeel, de minister wijst erop dat het domein van de geneesmiddelen werd uitgebreid tot substanties die bestemd zijn om aan mens of dier te worden toegediend ten einde een medische diagnose te stellen of om organische functies te herstellen, te verbeteren of te wijzigen; terwijl eertijds alleen werd gedacht aan het reglementeren van de contraceptiva, worden nu ook andere functies beoogd zoals de voedselopname, de ademhaling, de spijsvertering en de uitscheiding.

10. Het is in die context dat de minister vermeldt dat hieruit niet mag worden afgeleid «dat deze definitie onbegrensd

is en dat elk produkt als geneesmiddel kan worden beschouwd». De wet moet met andere woorden met gezond verstand worden geïnterpreteerd.

Het is evident dat plantaardige vezels, magere kaas of halvarine uiteraard geen geneesmiddelen zijn, zelfs al werken ze laxatief, al passen ze in een vermageringsdieet of al hebben ze een heilzame invloed op het cholesterolgehalte.

Een produkt dat uitsluitend de vermelding «voedingsmiddel» draagt, wordt daarom nog niet aangediend als geneesmiddel, zoals het ook geen twijfel lijdt dat sommige produkten niet als geneesmiddel moeten worden bestempeld omdat ze worden afgeleverd door een apotheker. Ook de persoonlijke bedoeling van de consument maakt van een voedingsmiddel nog geen geneesmiddel (memorie van toelichting, *Parl. St., Kamer*, 1980-81, nr. 884/1).

11. In het onderhavige vonnis wordt geen onderscheid gemaakt tussen substanties die uiteraard als geneesmiddel moeten worden aangemerkt en die substanties welke worden aangediend als hebbende therapeutische of profylactische eigenschappen.

De rechter heeft het juist voor als hij poneert dat alle produkten die enige invloed kunnen uitoefenen op de gezondheid van mens of dier daarom nog geen geneesmiddelen zijn. In zekere zin heeft alles wat de mens eet of drinkt uitwerking op zijn gezondheidstoestand. Zelfs wat hij inademt, beïnvloedt zijn gestel. Naar luid van art. 2 van de wet op de geneesmiddelen komen alleen die stoffen welke aan mens of dier kunnen worden toegediend «ten einde een medische diagnose te stellen of om organische functies te herstellen, te verbeteren of te wijzigen», in aanmerking als geneesmiddel.

Maar de strafrechter heeft uit het oog verloren dat alle substanties, ongeacht hun samenstelling, hun aard of hun eigenschappen, die worden *aangediend* als hebbende therapeutische of profylactische eigenschappen, eveneens worden bestempeld als geneesmiddelen.

Dat producenten of groothandelaars ongemoeid worden gelaten, is niet alleen irrelevant ter zake, maar het is ook normaal dat alleen zij die de bewuste produkten hebben aangediend, te koop hebben aangeboden of voorgesteld als bezittende geneeskrachtige of profylactische eigenschappen worden vervolgd.

Was het niet Rabelais die beweerde «qu'il faut se méfier des et caetera des notaires, du quiproquo des apothicaires et des obiter dicta des juges»?

*A. Vandeplass*

*tradictoire aard van de expertise en de omvang van de schade niet meer worden aangenomen.*

L. t/ Du F.

Eiser vordert de veroordeling van verweerder tot het betalen van 64.455 frank, te vermeerderen met de vergoedende rente vanaf 26 september 1987, met de gerechtelijke rente en met de gedingskosten. Voormeld bedrag vertegenwoordigt de schade die op 26 september 1987 te Lapscheure aan het autovoertuig van eiser werd toegebracht door een aan verweerder toebehorend paard. Eiser baseert zijn vordering op artikel 1385 B.W.

Verweerder stelt dat het loslopend paard voor eiser geen onvoorzienbare hindernis vormde en dat minstens de aansprakelijkheid bij helften moet worden verdeeld. De hoegrootheid van de schade moet daarenboven worden beperkt tot 20.383 frank.

#### *Beoordeling*

1. Uit de door eiser overgelegde stukken, o.m. een geseponneerd strafdossier, blijkt met zekerheid dat het autovoertuig van eiser op 26 september 1987 door het loslopend paard van verweerder werd beschadigd.

Verweerder, die de feiten niet ontkent, is aansprakelijk op grond van artikel 1385 B.W.

Ten onrechte werpt verweerder op dat het om een onvoorzienbare hindernis ging en/of dat eiser enige fout zou hebben begaan.

2. Niets wijst erop dat de op 20 oktober 1987 uitgevoerde expertise niet met de nodige ernst en nauwkeurigheid zou zijn uitgevoerd of niet voldoende garanties van objectiviteit zou bieden.

Uit de overgelegde stukken blijkt dat verweerder na het ongeval niet bepaald diligent is opgetreden om zijn rechten te vrijwaren. O.m. oordeelde hij het niet nodig aan hem gerichte aangetekende brieven af te halen. Het thans gevoerde verweer aangaande het niet-contradictoir karakter van de expertise en aangaande de hoegrootheid van de schade, snijdt dan ook geen hout.

3. De herstellfactuur van 6 november 1987 ten bedrage van 61.455 frank ligt voor. Voor de herstelduur moet 1.500 frank worden toegekend. Een vergoeding voor wachttijd kan evenwel niet worden toegekend aangezien het autovoertuig vóór de herstelling kennelijk niet was g иммobiliseerd.

NOOT – 1. Het eenzijdig dan wel contradictoir karakter van een deskundigenonderzoek betreft niet de toelaatbaarheid van het bewijsmiddel, maar hoogstens de bewijswaarde ervan. Toelaatbaarheid (ook ontvankelijkheid genoemd) is een procesrechtelijke term en betreft dus processuele rechten, rechten op bepaalde procedures, waaronder bewijsprocedures. Een bewijsmiddel dat door de partijen aan de rechter wordt voorgelegd, dient dus niet op zijn toelaatbaarheid, maar op zijn bewijswaarde te worden getoetst. Behalve die bewijsmiddelen waaraan de materieelrechtelijke wet of de overeenkomst een dwingende bewijswaarde («force probante», «foi due») toekent, en die waaraan de materieelrechtelijke wet of de overeenkomst elke bewijswaarde ontzegt, hebben alle bewijsmiddelen een *vrije bewijswaarde* naar het oordeel van de rechter («valeur probante»). Voor het des-

## **BURGERLIJKE RECHTBANK TE BRUGGE**

*1e KAMER – 6 SEPTEMBER 1989*

Voorzitter: de h. Van Dorpe

Advocaten: mrs. Delepiere en Schepens

### **Bewijs – Eenzijdige expertise – Bewijswaarde**

*Als niets erop wijst dat een na een ongeval uitgevoerde expertise niet met de nodige ernst is uitgevoerd of niet voldoende garanties van objectiviteit biedt, en de voor het ongeval aansprakelijke partij zelf niet bepaald opgetreden is om haar rechten te vrijwaren, kan haar verweer achteraf betreffende de niet-con-*

kundigenonderzoek wordt dit uitdrukkelijk bevestigd in art. 986 Ger.W.

2. De wet maakt daarbij over het algemeen geen onderscheid tussen contradictoire en niet-contradictoire deskundigenonderzoeken. De laatste hebben dus niet noodzakelijk minder bewijswaarde dan de eerste. In ieder geval brengt de schending van het recht van verdediging tijdens de procedure van een deskundigenonderzoek nog geen nietigheid van dit onderzoek of «ontoelaatbaarheid» (uit de debatten weren) van het verslag mee. Dit is slechts het geval met het verslag dat na neerlegging niet aan tegenspraak is onderworpen. Wel kan de bij het onderzoek niet betrokken partij argumenten aanbrengen om de bewijswaarde van het verslag te betwisten of te minimaliseren.

3. Nu is een van de mogelijkheden tot betwisting van het verslag van een eenzijdige expertise natuurlijk gelegen in een tegenexpertise of een nieuwe, contradictoire expertise. En voor het verkrijgen van deze laatste, zijnde een bewijsprocedure, komt de vraag van de toelaatbaarheid wél weer naar boven. Daar rijst dan meer bepaald de vraag of men nog het recht heeft om de aanstelling van een gerechtelijk deskundige te vorderen, nadat men door zijn eigen schuld afwezig was bij een eerder eenzijdig deskundigenonderzoek, hoewel de wederpartij daartoe het nodige heeft gedaan. En dan zou men, in de lijn overigens van het geannoteerde vonnis, veelal tot het besluit moeten komen dat men dat recht verwerkt heeft door zijn eerdere onzorgvuldigheid. Dit hoeft ons niet te verwonderen. Rechtsverwerking van materieel-rechtelijke aanspraken en van processuele rechten zijn soms heel moeilijk uit elkaar te houden. In het concrete geval komt het immers op hetzelfde neer of men zijn proces verliest omdat men zijn recht zelf verwerkt heeft, dan wel omdat men het niet meer kan bewijzen doordat men het recht op een bepaalde bewijsprocedure niet meer kan uitoefenen.

4. Verwant hiermee is ook de uitspraak van de Rb. Tongeren, 6 november 1989, waarin beslist werd dat een partij door haar nalatigheid en stilzitten het recht verbeurd had om haar opmerkingen of die van haar technische raadslieden aan een nog te benoemen college van deskundigen te onderwerpen (*in ditzelfde nummer gepubliceerd*).

M.E.S.

## BURGERLIJKE RECHTBANK TE TONGEREN

3e KAMER – 6 NOVEMBER 1989

Voorzitter: de h. Vrancken

Advocaten: mrs. Schuermans en Lenaerts

### Burgerlijke rechtspleging – Deskundigenonderzoek – Laattijdige opmerkingen – Verwerking van het recht op aanstelling van een college van deskundigen

*De partij die de deskundige niet meedeelt dat zij diens voorlopig verslag aan een tegenexpertise onderwerpt en niet verzoekt om de termijn voor opmerkingen te verlengen, en in een conclusie, eerst meer dan een jaar later neergelegd, beweert dat de zaak nog niet in staat is, hoewel het verslag van haar tegenexperts reeds was opgesteld, heeft het recht verbeurd om haar opmerkingen of die van haar technische raadgevers aan het advies van een college van deskundigen voor te leggen, zeker nu dit eerst ter zitting, nogmaals zes maanden later, wordt gevraagd.*

N.V. B. t/ Gemeente G.

#### *De reactie op het voorlopig deskundig verslag*

De deskundige heeft op 15 maart 1988 zijn voorlopig verslag aan (de advocaten van) beide partijen gezonden.

De N.V. B. reageerde via haar advocaat op 28 juli 1988 en deze verzocht de deskundige op 14 september 1988 om zijn definitief verslag ter griffie neer te leggen, hetgeen gebeurde op 23 september 1988.

De advocaat van de N.V. B. legde vervolgens zijn conclusie neer op 9 januari 1989 en verzocht op 17 april 1989 een rechtsdag te bepalen met toepassing van artikel 751 van het gerechtelijk wetboek.

Nadat de griffier op 10 mei 1989 deze kennisgeving van rechtsdag aan partijen had verzonden voor de openbare terechtzetting op 29 mei 1989, legde de gemeente eerst op 17 mei 1989 een conclusie ter griffie neer, waarin zij stelde:

«dat concludante het verslag van gerechtskundige G. onderwerpt aan een tegenexpertise, welke wordt uitgevoerd door deskundige J.M.; dat de besluiten van deze tegenexpertise nog niet bekend zijn; dat de zaak derhalve niet in staat van wijzen is», terwijl de deskundigen Jan M. en Mathieu M. hun verslag reeds op 15 april 1989 hadden opgesteld.

Eerst in haar conclusie, neergelegd op de openbare terechtzitting op maandag 16 oktober 1989, verzocht de gemeente: «Alvorens recht te spreken ten gronde: een college van deskundigen aan te stellen met als opdracht in een beëdigd gedetailleerd en gemotiveerd verslag, de volledige afrekening tussen partijen op te stellen, rekening houdende met alle gegevens van het dossier, inzonderheid het verslag van deskundige G. en de tegenexpertise van de deskundigen M., en hun voor- en eindverslag neer te leggen ter griffie van de rechtbank binnen zes maanden na kennisgeving en aanvaarding van hun opdracht.

#### *Het college van deskundigen*

Deze rechtbank wijst het verzoek van de gemeente tot aanstelling van een college van deskundigen af.

De gemeente had minstens aan deskundige G. kunnen meedelen dat zij diens voorlopig verslag aan een tegenexpertise onderwierp met het verzoek om de termijn te verlengen om op diens voorlopig verslag te reageren.

De gemeente had nochtans samen met de N.V. B. om dit nieuw deskundigenonderzoek verzocht en had samen met de N.V. B. de naam van deskundige Willy G. aan deze rechtbank voorgedragen.

Daar de gemeente heeft nagelaten in het kader van dit deskundigenonderzoek haar opmerkingen of die van haar technische raadslieden Jan en Mathieu M. aan het advies van de aangestelde deskundige Willy G. te onderwerpen, heeft zij haar recht verbeurd om haar opmerkingen of die van haar technische raadslieden aan het advies van een college van deskundigen voor te leggen.

...

De rechtbank herinnert de gemeente eraan dat zij geen expert in bouweconomie is en dat zij op verzoek van beide partijen prof. Willy G. als deskundige heeft aangesteld om de vergoeding wegens stagnatie van de werken te berekenen (cf. Flamme, *Praktische Kommentaar*, uitgave, 1986, nrs. 316 t/m 318.3, blz. 721 t/m 754).

Daar de gemeente heeft nagelaten mee te werken aan het bevolen deskundigenonderzoek, aanvaardt de rechtbank de conclusie van de door haar aangestelde expert Willy B. als zijnde correct.

NOOT – Rechtsverwerking komt veelvuldig voor in het gerechtelijk recht, maar dit is een van de zeldzame vonnissen die dat vrij expliciet aangeeft. Het werd dan ook reeds besproken in mijn bijdrage «De goede trouw in het geding? De invloed van de goede trouw in het privaats proces- en bewijsrecht», *T.P.R.*, 1990, (353), 453, nr. 64, waar ik ook andere rechtspraak heb aangehaald.

In casu is het verwerkte recht, nl. dat om na gerechtelijke expertise en eenzijdige tegenexpertise nog een college van deskundigen te horen aanstellen, niet een recht dat uitdrukkelijk door de wet wordt bepaald. Het kan hoogstens een aspect vormen van het recht om zich te verdedigen, dat zoals alle rechten in redelijkheid moet worden uitgeoefend, en waarvan het misbruik met verwerking van bepaalde aspecten kan worden gesanctioneerd. Doch de bewoordingen van het vonnis zouden tot hetzelfde besluit leiden, indien het om andere aspecten zou zijn gegaan, die wel wettelijk zijn bepaald, zoals bv. het in art. 987, zesde lid, bepaalde recht om zijn technische raadgevers («tegenexperts») door de rechter te laten horen. Ook hiervoor moet volgens het geannoteerde vonnis – terecht – een redelijke termijn in acht genomen worden. En ook het recht op een reeds door de rechter toegekende bewijsmaatregel, w.o. een deskundigenonderzoek, kan worden verwerkt. Zie bv. *Rb. Brussel*, 5 januari 1977, *R.W.*, 1977-78, 1783.

Zie ten slotte ook de noot onder *Rb. Brugge*, 6 september 1989.

M.E.S.

## BURGERLIJKE RECHTBANK TE LEUVEN

1e KAMER – 18 JUNI 1990

Voorzitter: de h. Naets

Openbaar ministerie: de h. Strauven

Advocaten: mrs. Dehond en Nachtergaele loco Hoschet

### Echtscheiding – Overspel – Vaststelling door gerechtsdeurwaarder – Voorafgaande betekening – Aanvangsuur

*De presidentiële beschikking houdende machtiging om een vaststelling van overspel te doen, moet voorafgaand aan de vaststelling betekend worden. Voor een betekening op zaterdag, zondag en wettelijke feestdag is een bijzonder verlof vereist. De voorafgaande betekening en de vaststelling kunnen geschieden vanaf vijf uur 's morgens.*

D. t/ V.

Overwegende dat eiser een vordering tot echtscheiding heeft ingesteld op grond van overspel of grove beledigingen;

Overwegende dat eiser ter staving van zijn vordering twee processen-verbaal, opgesteld door een gerechtsdeurwaarder, overlegt, nl. een proces-verbaal opgesteld op 8 juli 1988 te 5u.15 's morgens, door gerechtsdeurwaarder H. te Dinant, waarbij vastgesteld werd dat verweerster aangetroffen werd

met een andere man in een slaapkamer; en een tweede proces-verbaal opgesteld op zaterdagmorgen 18 november 1989 te 5u.46, waarbij vastgesteld werd dat verweerster de nacht blijkbaar in een zelfde bed met een andere man doorgebracht had; dat eveneens de betekening van de uitgifte in uitvoerbare vorm afgeleverd van het bevel van de voorzitter van deze rechtbank gedaan op 18 november 1989 aan verweerster overgelegd wordt;

Overwegende dat verweerster aanvoert dat het eerste proces-verbaal van vaststelling: 1° nietig is omdat de vaststelling plaatsvond buiten de wettelijke bepaalde termijnen van 21 uur 's avonds en 6 uur 's morgens zoals artikel 1387 Ger. W. het voorschrijft; 2° subsidiair, de vaststellingen geen bewijswaarde hebben daar de gerechtsdeurwaarder geen materiële vaststellingen gedaan heeft en zich beperkt heeft tot het weergeven van de verklaringen van de aangetroffen personen;

dat verweerster verder argumenteert dat het tweede proces-verbaal van vaststellingen eveneens nietig is omdat: 1° de vaststellingen evenmin plaatsvonden tussen 21 uur 's avonds en 6 uur 's morgens en evenmin een uitdrukkelijke machtiging verkregen werd tot het verrichten van die vaststellingen buiten de wettelijke uren, nl. op 5u.57; 2° de gerechtsdeurwaarder de betekening van de beschikking niet gedaan heeft alvorens tot de vaststellingen werd overgegaan, daar de gerechtsdeurwaarder in zijn proces-verbaal van vaststellingen slechts vermeldde dat hij zijn zending bekendgemaakt heeft aan verweerster;

Overwegende dat artikel 1016bis Ger.W., dat handelt over de vaststelling van overspel door gerechtsdeurwaarder, in het achtste lid bepaalt dat geen enkele vaststelling mag worden gedaan tussen 21 uur en 5 uur;

dat daaruit volgt dat de vaststelling mag worden gedaan op andere uren en op alle dagen;

dat meer bepaald artikel 47, 2°, Ger.W., dat handelt over de dagen waarop geen betekeningen mogen worden gedaan, en artikel 1387 Ger.W., dat de handelingen van tenuitvoerleggingen betreft, niet van toepassing zijn op de vaststellingen van overspel (*P. Senaève*, «De vaststelling van overspel door gerechtsdeurwaarder», *R.W.*, 1987-88, 837);

Overwegende dat derhalve de door verweerster opgeworpen argumentatie op dit punt faalt daar de gerechtsdeurwaarder vanaf 5 uur 's morgens de nodige vaststellingen mag doen;

Overwegende dat het tweede punt dat onderzocht dient te worden, erin bestaat of de gerechtsdeurwaarder dient over te gaan tot de betekening van de beschikking alvorens tot de vaststelling over te gaan;

Overwegende dat de wet zulks niet uitdrukkelijk voorschrijft;

dat deze betekening echter noodzakelijk voorkomt gelet op het feit dat de beschikking een inmenging in het privéleven en een inbreuk op de onschendbaarheid van de woning van bepaalde burgers toelaat; dat aan de persoon of personen wier fundamentele rechten geschonden werden dan ook kennis gegeven dient te worden van de hiertoe verleende machtiging;

dat deze voorafgaande in kennisstelling dient te geschieden door een betekening (zie art. 32, 1°, Ger.W.) en alzo door de persoon aan wie de betekening gedaan is, derden-verzet aangetekend kan worden tegen de beschikking;

Overwegende dat, wat de betekening betreft, rekening gehouden dient te worden met artikel 47 Ger.W.;

dat, wat artikel 47, 1°, Ger.W. betreft, de betekening mag geschieden tussen 5 uur en 21 uur, zoals artikel 1016bis Ger.W. bepaalt, geen vaststelling mag worden gedaan tussen 21 uur en 5 uur, en de gerechtsdeurwaarder mag optreden van 5 uur tot 21 uur en dan ook logischerwijze de nodige betekening mag doen;

dat echter artikel 47, 2°, Ger.W. bepaalt dat geen betekeningen gedaan mogen worden op zaterdag, zondag of een wettelijke feestdag; dat hiertoe dan ook de nodige machtiging aan de voorzitter moet worden gevraagd en verkregen;

Overwegende dat uit deze overwegingen volgt:

1° dat de gerechtsdeurwaarder bij de toepassing van artikel 1016bis Ger.W. mag optreden op alle dagen, zaterdag, zondag en wettelijke feestdagen van 5 uur tot 21 uur;

2° dat de beschikking van de voorzitter vóór de vaststelling betekend moet worden aan de derde wiens woning betreden wordt en die aangetroffen wordt, en aan de andere echtgenoot;

3° dat voor betekening op een zaterdag en zondag of wettelijke feestdag verlof gegeven moet zijn door de voorzitter in zijn beschikking;

Overwegende dat deze verschillende vereisten nageleefd dienen te worden op straffe van nietigheid van de gedane vaststelling en dat de naleving van deze vereisten moet blijken uit het exploit van betekening van de beschikking alsmede uit het proces-verbaal van vaststellingen, zodat de regelmatigheid van het optreden van de gerechtsdeurwaarder kan worden beoordeeld;

Overwegende dat aan de hand van deze gegevens volgt dat:

1° het proces-verbaal van vaststellingen opgesteld op 8 juli 1988 nietig is daar geen voorafgaande betekening van de beschikking van de voorzitter gedaan werd;

2° het proces-verbaal van vaststellingen opgesteld op 18 november 1988 nietig is daar de vaststelling plaatsvond op een zaterdagmorgen en door de voorzitter geen verlof gegeven werd de betekening te doen op een zaterdag; dat bovendien niet aangetoond wordt dat de betekening gedaan werd vooraleer tot de vaststelling werd overgegaan;

Overwegende dat de hoofdeis dan ook bij gebrek aan bewijzen ongegrond voorkomt;

...

NOOT – Over de betekening voorafgaand aan de vaststelling van het overspel

De rechtspraak wordt veelvuldig geconfronteerd met de problemen die rijzen rond de betekening van de presidentiële beschikking houdende machtiging om over te gaan tot de vaststelling van het overspel. Art. 1016bis Ger.W., ingevoerd door de wet van 20 mei 1987, vertoont op dit vlak immers enkele lacunes.

1. *De beschikking moet vooraf betekend worden.* Er moet worden vastgesteld dat in de praktijk, na enkele maanden van aarzeling in het begin, thans overal overgegaan wordt tot betekening van de presidentiële beschikking voorafgaand aan de werkzaamheden van vaststelling van het overspel (zie Bericht van de Nationale Kamer van de gerechtsdeurwaarders van 19 juni 1987, CH.N. 87/1103/N.K.).

Ook in de rechtsleer wordt thans het vereiste van de voorafgaande betekening bijna unaniem verdedigd (verwijzingen bij Broeckx, K., noot bij Voorz. Kortrijk, 18 oktober 1989, *R.W.*, 1989-90, (1472), nr. 4). G. De Leval, die in het begin de tegenovergestelde mening verdedigde («Le constat d'adultère par huissier de justice», *Ann.De.Liège*, 1988, (223), nr. 10A, p. 230-231) blijkt intussen van opvatting veranderd te zijn (uiteenzetting op de 2èmes journées d'études van de Association Famille et Droit te Brussel, op 16-17 december 1988; zie thans nog de geïsoleerde tegenovergestelde positie van Hiernaux, G., «A propos du constat d'adultère par huissier de justice», *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1989, (373), 379).

Ook in de rechtspraak wordt overwegend aangenomen dat een voorafgaande betekening verplicht is, hoewel ook hier geen eensgezindheid bestaat (*pro*: Rb. Leuven, 18 juni 1990, geannoteerd; Rb. Hasselt, 25 oktober 1989, *R.W.*, 1989-90, 932; Voorz. Kortrijk, 18 oktober 1989, *aangeh.*; Rb. Turnhout, 30 juni 1988, *Turnh. Rechtsl.*, 1988, 171 (impliciet); *contra*: Rb. Brugge, 2 april 1990, *R.W.*, 1989-90, 1474; Rb. Charleroi, 30 januari 1989, *J.L.M.B.*, 1989, 493). In het arrest van het Hof van Beroep te Gent van 27 april 1990 (elk in dit nummer) wordt daarentegen gesteld dat geen enkele wettekst de gerechtsdeurwaarder oplegt de beschikking waarbij hij wordt aangesteld, te betekenen aan de derde vooraleer hij zijn vaststellingen doet.

Dat een formele wettekst ontbreekt, is juist, doch op zich geen voldoende argument om de verplichting tot voorafgaande betekening te ontkennen. Men moet immers voor ogen houden dat de presidentiële beschikking een machtiging verleent om een zeer ernstige inmenging in het privéleven van medeburgers te begaan en een inbreuk op de onschendbaarheid van de woning te plegen. Hoe zou een dergelijke schending van fundamentele rechten van de mens, zij het op basis van een rechterlijke machtiging, rechtmatig kunnen zijn indien de betrokkenen niet *vooraf* terdege worden ingelicht over de titel die de gerechtsdeurwaarder toestaat deze schending te begaan? En hoe zou een gerechtsdeurwaarder een voorafgaande inkennisstelling van de gerechtelijke machtiging anders kunnen doen dan door de presidentiële beschikking te betekenen (zie art. 32, 1°, Ger.W.)? De betekening is een akte van informatie ten aanzien van degene tegen wie een uitvoerbare titel wordt ingeroepen, teneinde hem in de gelegenheid te stellen zijn middelen van verdediging te laten gelden (cf. De Leval, G., *Traité des saisies*, Fac. Dr. de Liège, 1988, nr. 259, p. 532). Door de voorafgaande betekening moeten de betrokkenen in staat gesteld worden om de regelmatigheid van het optreden van de gerechtsdeurwaarder te controleren: treedt hij op in de plaats die in de beschikking is aangegeven? treedt hij op binnen de in de beschikking opgelegde termijn? gaat het om de in de beschikking nominatim aangestelde gerechtsdeurwaarder die optreedt? enz. Zonder de betekening ervan moet de presidentiële beschikking geacht worden niet gekend te zijn door de betrokkenen zodat zij niet verplicht kunnen worden toegang tot hun woning te verlenen aan de gerechtsdeurwaarder: «Pari sunt non esse et non significari» (zie Fettweis, A., *Manuel de procédure civile*, Fac. Droit de Liège, 1987 (2e uitg.), p. 255, nr. 336).

Ten slotte kan nog gewezen worden op art. 1495, eerste lid, Ger.W., bepalend dat geen veroordelende beslissing ten uitvoer gelegd kan worden dan nadat zij aan de partij is betekend. Vanzelfsprekend is de presidentiële beschikking

waarbij machtiging wordt verleend om overspel vast te stellen geen beslissing die een veroordeling uitspreekt, doch deze bepaling zegt ook niet dat *uitsluitend* veroordelende beslissingen voor tenuitvoerlegging moeten worden betekend. Bovendien kan hier het «a fortiori»-argument aangewend worden: indien voor haar tenuitvoerlegging een beslissing waarbij een procespartij veroordeeld wordt om iets te doen of om een som geld te betalen noodzakelijk betekend moet worden, dan is dit met nog meer reden het geval voor een beslissing waarbij een derde die geen partij is in het geding, ertoe verplicht wordt een schending van zijn fundamentele rechten te dulden.

2. *Het bewijs van de betekening moet door de eiser geleverd worden.* De eiser in echtscheiding dient het bewijs te leveren dat voorafgaand aan de vaststelling gedaan door de gerechtsdeurwaarder, de presidentiële beschikking betekend is. De naleving van dit vereiste dient te blijken enerzijds uit het exploit van betekening van de beschikking en anderzijds uit het proces-verbaal van de vaststelling: in beide akten dient niet alleen de datum maar ook het exacte tijdstip vermeld te worden, zodat de anterioriteit van het ene t.o.v. het andere nagegaan kan worden (zie Rb. Leuven, 18 juni 1990, geannoteerd).

In een vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Luik wordt nochtans geoordeeld dat de niet-vermelding in het p.v. van vaststelling van het exacte tijdstip waarop dit werd verwezenlijkt, niet de nietigheid ervan kan meebrengen, omdat art. 1016bis Ger.W. deze vermelding niet voorschrijft, en art. 43, eerste lid, 1°, Ger.W. betreffende de gerechtsdeurwaardersexploten alleen de vermelding van de dag, de maand en het jaar voorschrijft (Rb. Luik, 19 oktober 1989, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1989, 394). De rechtbank gaat evenwel niet in op de kwestie van de betekening van de presidentiële beschikking en de noodzakelijke anterioriteit ervan t.o.v. de vaststellingen gedaan door de gerechtsdeurwaarder.

3. *De vaststelling kan niet op zaterdag, zondag of wettelijke feestdag gedaan worden, tenzij met verlof van de voorzitter.* Art. 47, 2°, Ger. W. bepaalt dat een betekening in beginsel niet kan geschieden op zaterdag, zondag of een wettelijke feestdag, tenzij in spoedeisende gevallen en met verlof van de rechter. Hoewel art. 1016bis Ger.W. zelf geen uitdrukkelijke beperking van de vaststellingen van overspel op zaterdagen, zondagen en feestdagen vooropstelt, volgt noodgedwongen uit het vereiste van de voorafgaande betekening van de presidentiële beschikking dat het geheel van de vaststelling voorafgegaan door de betekening niet doorgevoerd kan worden tijdens het weekend en op feestdagen.

In spoedeisende gevallen kan evenwel de rechter die de machtiging verleent tot de akte, hier de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg die de machtiging verleent om het overspel vast te stellen, verlof verlenen om toch op zaterdag, zondag of een wettelijke feestdag over te gaan tot betekening en dus tot vaststelling van het overspel (art. 47, 2°, in fine, Ger.W.).

Indien dit verlof niet is gevraagd of niet is gegeven, dan is de voorafgaande betekening op een zaterdag, zondag of wettelijke feestdag, niet gedaan overeenkomstig art. 47, 2°, Ger.W., en is de door art. 43, 1°, op straffe van nietigheid voorgeschreven vermelding van de dag, de maand en het jaar onregelmatig. Men zou ook kunnen stellen dat het bij een betekening op een verboden dag eigenlijk niet gaat om een

onregelmatigheid in een procesakte, maar om een schending van een procedureregule van openbare orde, zodat de nietigheidsregule van art. 860 Ger.W. («Pas de nullité sans texte») geen toepassing vindt (Rouard, P., *Traité élémentaire de droit judiciaire privé*, deel I-2, Brussel, Bruylant, 1975, nr. 258, p. 229; *contra*: Fettweis, A., *Manuel de procédure civile*, Fac. Droit de Liège, 2e uitg., 1987, nr. 130, p. 124-125).

4. *De betekening mag gebeuren vanaf 5 uur 's morgens.* Een bijkomende moeilijkheid wordt gevormd door het feit dat sinds het Gerechtelijk Wetboek (art. 47, 1°) geen betekening mag worden gedaan in een voor het publiek niet toegankelijke plaats vóór 6 uur 's morgens (voordien was het wettelijke beginuur 5 uur). Art. 1016bis, achtste lid, Ger.W. bepaalt daarentegen dat geen vaststelling van overspel mag gebeuren tussen 21 uur en 5 uur 's morgens.

We staan hier voor een tegenstrijdigheid in de wet: enerzijds laat de wet de vaststelling van het overspel reeds toe vanaf 5 uur in de morgen, anderzijds verbiedt zij de noodzakelijke voorafgaande betekening tussen 5 en 6 uur 's morgens (zonder enige mogelijkheid van afwijking via rechterlijke machtiging: zie Rouard, o.c., nrs. 248-249).

De voorzitters van de rechtbanken te Aarlen en te Kortrijk leiden hieruit ten onrechte af dat de rechter geen machtiging zou kunnen verlenen om tot de vaststelling over te gaan vóór zes uur 's morgens (Voorz. Aarlen, 16 oktober 1987, *Livre du Centenaire JL - JLMB*, 1988, p. 400; Voorz. Kortrijk, 18 oktober 1989, *aangeh.*).

We hebben hier immers te maken met een probleem van hiërarchie van wettelijke bepalingen op grond van hun inhoud. Overeenkomstig de regel *Specialia generalibus derogant* moet worden aangenomen dat de latere bijzondere wet de vroegere algemene wet gedeeltelijk, d.i. voor het specifieke deelonderwerp dat zij beheerst, impliciet heeft opgeheven (zie Carbonnier, J., *Droit civil*, Introduction, 18e uitg., 1988, P.U.F., Parijs, p. 177-178). Dit betekent dus dat, wat betreft de specifieke materie van de betekening voorafgaand aan de vaststelling van overspel, de beperking wat het beginuur betreft zoals bepaald in art. 47, 1°, Ger.W., impliciet is opgeheven, en voor deze materie vervangen is door het beginuur bepaald in art. 1016bis, achtste lid, Ger.W.

Dit is ook de stelling die wordt aangehangen in het geannoteerde vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Leuven van 18 juni 1990. In het arrest van het Hof van Beroep te Gent van 27 april 1990 wordt eveneens de tegenovergestelde stelling verworpen, doch op grond van een geheel andere motivering (zie sub 1).

5. *Sanctie in geval van ontbreken van een regelmatige voorafgaande betekening.* Ingeval er voorafgaand aan de vaststelling van het overspel geen betekening van de presidentiële beschikking heeft plaatsgehad, of indien de betekening ervan overeenkomstig wat hierboven is uiteengezet, nietig is, dan is het proces-verbaal van vaststelling van overspel op een onregelmatige wijze opgesteld (*contra*: Gent, 27 april 1990, elders in dit nummer).

Zoals bij andere gevallen van onregelmatig of onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal in burgerlijke zaken, dient een dergelijk P.V. door de rechtbank zelfs ambtshalve uit de debatten geweerd te worden, en kan het door de rechter op geen enkele wijze aangenomen worden als bewijs, zelfs niet als eenvoudige inlichting (cf., i.v.m. andere onregelmatigheden begaan door de gerechtsdeurwaarder, De Leval, G., «Le constat d'adultère par huissier de justice», *Ann.Dr.Liège*,

1988, (223), nr. 12C, pp. 235-236; cf. naar Frans recht: Cass. fr., 12 maart 1975, *J.C.P.*, 1975, IV, 328, nr. 6551; cf. in een ander geval van met inbreuk op een persoonlijkheidsrecht van de wederpartij verkregen bewijsmateriaal: Brussel, 4 november 1981, *R.W.*, 1983-84, 1987).

Patrick SENAËVE  
 Instituut voor Familierecht  
 K.U.Leuven

## VREDEGERECHT TE BOOM

1 DECEMBER 1988

Rechter: de h. Laureyssens

Advocaten: mrs. Huyghe, Peeters en Michel

**Huur – Verlenging wegens buitengewone omstandigheden 1. Toepassingsgebied – Woonvertrekken die onder toepassing van de Handelshuurwet vallen – 2. Voorwaarden – Buitengewone omstandigheden niet veroorzaakt door misbruiken of nalatigheid van de huurder**

1. *Krachtens art. 4, 1°, van de Handelshuurwet vallen de woonvertrekken die deel uitmaken van het geheel dat de handelsinrichting omvat, onder het toepassingsgebied van deze wet, indien de verhuurder dezelfde is als die van deze handelsinrichting. Op deze woonvertrekken zijn de artikelen 1758bis en 1759bis B.W. niet van toepassing. De wetgever heeft uitdrukkelijk de bedoeling gehad de mogelijkheid tot toekenning van een huurverlenging wegens buitengewone omstandigheden alleen van toepassing te laten zijn op de huishuur en niet op de handelshuur.*

2. *De buitengewone omstandigheden waarop de huurder zich beroept om op grond van artikel 1759bis B.W. een verlenging van de huurovereenkomst te verkrijgen, mogen niet ontstaan zijn door misbruiken of nalatigheid van de huurder. Te dezen kan aan de huurders geen huurverlenging wegens buitengewone omstandigheden worden toegekend, daar zij zelf in grote mate verantwoordelijk zijn voor de opgelopen vertraging, zowel bij de aanvraag van hun lening als bij de start van de verbouwing van de door hen aangekochte woning.*

De M.-B. t/ Van B. – Van De V. en B.V.B.A. P.

Overwegende dat de hoofdvordering strekt tot het geldig verklaren van de beëindiging van de handelshuurovereenkomst tussen partijen met betrekking tot het handelspand te (...) tegen 28 februari 1989 en bij gebreke aan vrijwillige ontruiming door verweerders op hoofdeis, eiseres op hoofdeis te machtigen tot uitdrijving van verweerders op hoofdeis;

Overwegende dat verweerders op hoofdeis, bij conclusie neergelegd ter griffie dd. 3 november 1988, een tegeneis stellen en op grond van art. 1759bis B.W. een huurverlenging vragen met twee maanden, dus tot 30 april 1989, steunende op buitengewone omstandigheden;

Overwegende dat vrijwillig tussenkomende partij stelt dat zij vanaf 1 maart 1989 handelshuurster is van het thans door verweerders op hoofdeis bewoonde pand en dit door schriftelijke handelshuurovereenkomst 17 augustus 1988; zij streeft de gegrondverklaring van de vordering van eiseres na;

...

### Ten aanzien van de feiten

Er is tussen partijen geen betwisting over de volgende feiten:

1. Tussen hen bestaat een huurovereenkomst met betrekking tot het handelspand te (...). Verweerders op hoofdeis exploiteren in dat pand een banketbakkerij. Deze handelshuurovereenkomst loopt contractueel ten einde op 28 februari 1989.

2. Bij aangetekend schrijven van 8 oktober 1987 vragen verweerders op hoofdeis huurhernieuwing, conform de wet van 30 april 1951 op de handelshuurovereenkomsten, met de geldende modaliteiten. Bij aangetekend schrijven van 5 januari 1988 worden door eiseres op hoofdeis, via haar raadsman, evenwel nieuwe voorwaarden gesteld. Bij aangetekend schrijven van 25 januari 1988 zien verweerders op hoofdeis af van hun vraag tot huurhernieuwing en delen eiseres op hoofdeis mee dat zij het pand ten laatste op 28 februari 1989 ontruimd zullen hebben.

3. Ondertussen hebben verweerders op hoofdeis bij onderhandse overeenkomst van 11 januari 1988 een pand aangekocht te (...).

4. Voor de aankoop en de verbouwing van dat pand dienen verweerders op hoofdeis een lening te sluiten. Conform het attest van de bank, waarbij de lening werd gesloten, werd de aanvraag bij haar een eerste maal besproken op 5 april 1988 en goedgekeurd door de Raad van Bestuur van 15 april 1988. Het waarborgfonds van de bank keurde de lening goed op 27 juni 1988 en het participatiefonds op 2 augustus 1988. Op 11 augustus 1988 werd het goedgekeurde dossier bezorgd aan notaris H. en de notariële akte werd verleden op 19 september 1988.

5. De plannen voor de verbouwing waren ondertussen ruimschoots klaar en een overeenkomst met een aannemer getekend. Volgens contract diende het werk aan te vangen tussen 14 en 30 april 1988. Door de vertraging in het leningsdossier kon het werk echter pas aanvangen op 29 september 1988. De verkopende eigenaar zou immers steeds geweigerd hebben om vóór de datum van het verlijden van de notariële akte, opruimingswerken te laten uitvoeren, aldus de architect van het werk.

6. Op 13 april 1988 schrijft de raadsman van verweerders op hoofdeis aan eiseres om een regeling te treffen met betrekking tot de bezichtiging door kandidaat-huurders van het door hen nog betrokken pand. Nogmaals wordt bevestigd dat verweerders op hoofdeis het pand tegen 28 februari 1989 ontruimd zullen hebben. Tussen partijen wordt voor ons op 26 mei 1988 een minnelijk akkoord bereikt met betrekking tot de bezichtiging van het pand.

7. Op 17 augustus 1988 sluit eiseres op hoofdeis met vrijwillig tussenkomende partij een handelshuurovereenkomst met betrekking tot alleen de winkel in kwestie. De huur begint te lopen vanaf 1 maart 1989. Vrijwillig tussenkomende partij zal in de winkel een schoenenzaak openen. De huurovereenkomst bepaalt dat, ingeval de huurder op 1 maart 1989 het genot van het pand niet heeft, de verhuurder een schadevergoeding dient te betalen, gelijk aan de huurprijs per kwartaal (84.000 fr.) voor elk begonnen kwartaal.

Gelet op dit schadebeding gaat eiseres op hoofdeis over tot dagvaarding van verweerders op hoofdeis op 24 oktober 1988.

### Ten aanzien van het recht

De betwistingen tussen partijen zijn niet van feitelijke doch enkel van juridische aard en wel omtrent de volgende punten:

1. Is art. 1759bis B.W. *in casu* van toepassing?
2. Als art. 1759bis, B.W. van toepassing is, zijn er dan buitengewone omstandigheden bij eisers op tegeneis, verweerders op hoofdeis in aanmerking te nemen? Aan welk belang dient de voorkeur te worden gegeven?

Het komt ons gepast voor – omwille van de volledigheid – te antwoorden op beide juridische vragen.

#### 1. Is art. 1759bis B.W. *in casu* van toepassing?

Wij hebben te maken met een handelshuurovereenkomst;

Deze overeenkomst heeft betrekking op een winkelpand en woonvertrekken, die het gezin van verweerders op hoofdeis tot hoofdverblijfplaats dienen.

Beide delen zijn thans feitelijk zo verweven – één ingang en dergelijke – dat partijen het er over eens zijn dat er geen splitsing tussen beide is door te voeren.

Verweerders op hoofdeis maken er trouwens geen geheim van dat zij niet alleen twee maanden langer willen wonen, maar ook hun handelszaak nog twee maanden langer willen exploiteren.

De wetgever heeft uitdrukkelijk gemeend de mogelijkheid tot huurverlenging alleen van toepassing te laten zijn op huishuur en niet op handelshuur.

Dit blijkt onder meer uit het feit dat art. 1759bis B.W. is ondergebracht bij de afdeling inhoudende de regels betreffende de huishuur in het bijzonder.

Conform art. 4, 1°, van de wet van 30 april 1951 op de handelshuurovereenkomsten vallen de woonvertrekken, die deel uitmaken van het geheel dat de handelsinrichting omvat, indien de verhuurder dezelfde is als die van deze handelsinrichting – zoals *in casu* –, onder de bescherming van de wet op de handelshuurovereenkomsten.

Noch art. 1758bis, noch art. 1759bis B.W. is op deze woonvertrekken van toepassing.

De *ratio legis* hiervan is duidelijk: de wetgever heeft met betrekking tot de handelshuurovereenkomsten gestreefd naar absolute rechtszekerheid, gelet op de belangen die ermee gemoeid zijn.

De huurder kreeg zekerheid van huur en lange opzeggings-termijnen werden ingebouwd.

Het kan derhalve onmogelijk de bedoeling van de wetgever zijn om met art. 1759bis B.W., de zekerheid van de verhuurder dat zijn handelspand vrij zal zijn op een vaste datum, om te vormen tot een totale onzekerheid tot 1 maand vóór het verstrijken van de opzeggingstermijn.

Het kan evenmin de bedoeling van de wetgever geweest zijn de woonvertrekken van een handelszaak – en daar bijna onvermijdelijk aan vastgekoppeld, de handelszaak zelf – dan weer de bescherming van de handelshuurwet te laten genieten, dan weer de bescherming van de huishuur, naargelang het de huurder gepast voorkomt.

#### 2. Zijn er in de persoon van eisers op tegeneis buitengewone omstandigheden?

Eisers op tegeneis stellen dat het feit dat hun lening zeven maanden op zich liet wachten, in hun persoon buitengewone omstandigheden zijn.

Deze omstandigheden mogen niet ontstaan zijn door misbruiken of nalatigheid van de huurder (cf. Hubeau Bernard,

*De verlenging van de huurovereenkomst wegens buitengewone omstandigheden*, R.W., 1988-89, 245).

Het feit dat het in orde brengen van een lening zeven maanden duurt is vrij ongewoon, zelfs al mag worden aangenomen dat het hier om een vrij aanzienlijk bedrag zal gaan.

In dit verband dienen wij echter het volgende vast te stellen:

1. Uit de stukken blijkt dat eisers op tegeneis met de bank pas contact opnamen op 5 april 1988, terwijl zij op 11 januari 1988 – hoe dan ook – kochten. Zij lieten derhalve bijna drie maanden verloren gaan – (terwijl zij er nu twee te kort komen) –, afgezien nog van het feit dat het voorzichtiger geweest zou zijn met de bank contact op te nemen alvorens te kopen.

2. De keuze van de uitlener is een vrije wilsbeslissing van verweerders op hoofdeis, eisers op tegeneis geweest. Niets belette hen met een andere leningsmaatschappij contact op te nemen wanneer bleek dat die ene bank treuzelde. Zij wisten immers waar zij voor stonden.

3. Vanaf 11 januari 1988 waren verweerders op hoofdeis, eisers op tegeneis – hoe dan ook – eigenaars van het pand te (...). De verkopers konden hen derhalve onmogelijk verbieden reeds het werk aan te vatten.

Het staat derhalve vast dat eisers op tegeneis zelf in grote mate verantwoordelijk zijn voor de opgelopen vertraging, zowel bij de aanvraag van de lening als bij de start van de verbouwing.

Bovendien lieten zij, minstens tot 13 april 1988, datum van de brief van hun raadsman aan eiseres op hoofdeis, deze laatste in de overtuiging dat het pand op 28 februari 1989 ontruimd zou zijn.

In deze context ondertekende eiseres op hoofdeis op 17 augustus 1988 de handelshuurovereenkomst met de vrijwillig tussenkomende partij en liet zij een vrij zwaar schadebeding inbouwen.

...

NOOT – Tegen bovenstaand vonnis is geen hoger beroep ingesteld.

## MEDEDELINGEN

### U.I.A. – Departement Rechten – Vacature Interim Assistent

Het Departement Rechten van de U.I.A. roept op voor kandidaten geïnteresseerd in een aanstelling voor korte duur (interim assistent) voor de periode van 15 februari tot 30 juni 1991 op een tijdelijk WP-mandaat voor het vakgebied "Handels-economisch en financieel recht".

Bij gelijkwaardigheid van de kandidaten zal de voorkeur gegeven worden aan de kandidaat die bereid is op voltijdse basis in dienst te treden. Dit belet evenwel niet dat geïnteresseerden ook voor een deeltijdse aanstelling kunnen postuleren.

Uiterste datum voor indiening van de kandidaatstellingen: 31 januari 1991. Nuttige informatie kan worden bekomen bij prof. H. Swennen, U.I.A., Departement Rechten, Universiteitsplein 1, 2610 Wilrijk (tel. 03/820.29.15).