

OVERDRACHT VAN BEVOORRECHTE EN HYPOTHECAIRE SCHULDVORDERINGEN

1. De problematiek van het mobiliseren van hypothecaire schuldvorderingen is niet nieuw. Reeds in de dertiger jaren bepleitte Genin naar Frans voorbeeld de herfinanciering van de hypothecaire kredietverlening door de overdracht van hypothecaire schuldvorderingen. Die overdracht zou dan vereenvoudigd worden door de hypothecaire schuldvorderingen neer te leggen in hypothecaire grossen aan toonder ¹.

De oprichting van het Centraal Bureau voor Hypothecair Krediet door het K.B. nr. 226 van 7 januari 1936 stond in hetzelfde teken. Deze instelling kreeg onder meer als taak het bevorderen van de mobiliteit van het hypothecair krediet. De mogelijkheid om hypothecaire schuldvorderingen te mobiliseren is voor financiële instellingen van groot belang. Bij het verstrekken van hypothecair krediet stelt een financiële instelling zich bloot aan krediet- en terugbetalingsrisico's en immobiliseert zij haar geldmiddelen gedurende de loop van het verstrekte krediet, wat uiteraard zijn weerslag heeft op haar liquiditeit. Bovendien is een financiële instelling verplicht te waken over een gezonde verhouding tussen haar eigen middelen en het bedrag van de toegestane kredieten. De mogelijkheid om het door haar verstrekte krediet te herfinancieren door de overdracht van haar kredietvordering op derden kan hiervoor een oplossing bieden.

De diverse pogingen om de mobiliteit van het hypothecair krediet te bevorderen, hebben weinig succes gehad. De mobilisatieactiviteit van het C.B.H.K. is om tal van redenen, waaronder het ontbreken van een adequaat juridisch kader om de overdracht van hypothecaire schuldvorderingen te realiseren, vrij beperkt gebleven ². Ook het door de Koninklijke Federatie van Notarissen opgerichte Contactcentrum voor Hypothecaire Kantoortoleningen, dat de taak had aanbieders en leners van hypothecair krediet met elkaar in contact te brengen, werd reeds in 1980 ontbonden ³. De techniek van de hypothecair mobiliseerbare kantoortolening werkt als volgt. De hypothecaire kantoortolening wordt geïncorporeerd in een grosse aan order met de bedoeling een systeem van vlot verhandelbare hypothecaire schuldvorderingen uit te bouwen. De mobiliseerbaarheid van de hypothecaire grosse had zowel voor de uitlener als voor de lener belangrijke voordelen. Zo kon een verlenging van de duur van de lening op een soepele wijze worden toegestaan, aangezien de uitlener zich op soepele wijze kon herfinancieren door eenvoudig endossement van de grosse. De

schuldeiser die wegens liquiditeitsproblemen het kapitaal terugwilde, kon zich wenden tot de markt van hypothecaire grossen die door een Belgische bank georganiseerd werd.

2. Thans dient de problematiek van de mobiliteit van het hypothecair krediet zich opnieuw aan. Titel III van de nieuwe wet op het hypothecair krediet van 4 augustus 1992 strekt ertoe het mobiliseren van hypothecaire schuldvorderingen te vereenvoudigen. Het is namelijk de bedoeling van de wetgever de juridische randvoorwaarden te scheppen voor het zgn. *effectiseren* van dergelijke schuldvorderingen. Met de benaming «effectisering» (of securitisering) wordt een financiële techniek aangeduid waarbij een kredietinstelling het door haar verleende krediet herfinanciert door de uitgifte van effecten. Uit juridisch oogpunt kan men het effectiseren van schuldvorderingen dan omschrijven als het omzetten van een schuldvordering in een verhandelbaar effect met het oog op de herfinanciering van het krediet waaruit die schuldvordering is ontstaan.

Kort geschetst komt deze transactie dan neer op het volgende. De kredietinstelling draagt haar (hypothecaire) schuldvordering over aan een daartoe opgerichte aparte instelling (fonds of vennootschap voor belegging in schuldvorderingen). Deze beleggingsinstelling geeft dan op haar beurt effecten uit die worden geplaatst op de secundaire markt.

De werking van deze instellingen voor belegging in schuldvorderingen maakt thans het voorwerp uit van de wet van 5 augustus 1992, die de Wet Financiële Markten hiertoe heeft aangevuld. Het juridische kader voor de effectisering is echter maar volledig wanneer ook de overdracht van de schuldvordering met de zakelijke zekerheidsrechten van de kredietinstelling aan de beleggingsinstelling op een soepele wijze kan gebeuren. De artikelen 51 e.v. Wet Hypothecair Krediet en de aangekondigde wijziging van art. 1690 B.W. moeten nu zo'n eenvoudige en veilige overdracht mogelijk maken. Na een grondige bespreking van voornoemde artikelen zal verder worden ingegaan op de effectisering.

Vooraf heeft opgemerkt dat titel III een ruimer toepassingsgebied heeft dan de overige bepalingen van de wet. De Wet Hypothecair Krediet is immers slechts van toepassing op het hypothecair krediet verstrekt aan natuurlijke personen buiten ieder handels-, beroeps- of ambachtelijk doel (art. 1), terwijl artikel 50 van toepassing is op *alle* hypothecaire schuldvorderingen.

I. Overdracht naar geldend recht

A. Gemeenrechtelijke overdracht

3. Een hypothecaire schuldvordering is vatbaar voor overdracht. De overdracht van een schuldvordering heeft in beginsel van rechtswege de overdracht van de zekerheidsrechten tot gevolg. Ons recht kent echter niet de overdracht van de hypotheek zelf. Algemeen wordt aangenomen dat de hy-

¹ GENIN, E., «Le régime des hypothèques et son évolution», *Rec. Gén.Enr.Not.*, 1979, nr. 17954, (5), 23.

² COUSY, H., «Hypothecaire lening en hypothecair krediet. Actuele en toekomstige evolutie» in *De Overeenkomst Vandaag en Morgen*, STORME, M., MERCHIERS, Y. en HERBOTS, J., (red.), Antwerpen, Kluwer, 1990, 353.

³ Zie hierover DEVROE, J., «De hypothecaire mobiliseerbare kantoortolening», *T.Vred.*, 1976, 202; X, «Hoogvliegers en buiklandingen», *Notarius*, 1983, (427), 431.

potheek als afhankelijk recht niet vatbaar is voor een zelfstandige overdracht ⁴.

De overdracht (of cessie) van schuldvorderingen komt tot stand door de loutere wilsovereenstemming tussen de schuldeiser (cedent of overdrager) en de derde (cessionaris of overnemer). De toestemming of medewerking van de debiteur is voor zo'n overdracht niet vereist. Ons B.W. maakt zoals bekend een onderscheid tussen de (interne) verhouding tussen overdrager en overnemer en de (externe) verhouding tot de derden ⁵.

In de verhouding tussen de schuldeiser en de cessionaris is de overdracht voltrokken zodra er hierover wilsovereenstemming is bij de partijen. Er zijn geen nadere vormvereisten.

In de verhouding tot de derden bepaalt art. 1690 B.W. dat die overdracht hun eerst kan worden tegengeworpen na de betekening van de overdracht aan de debiteur (of door diens aanvaarding van de overdracht in een authentieke akte). Artikel 1690 B.W. organiseert een publiciteitsmechanisme bij de gecedeerde schuldenaar dat een dubbel doel dient:

1) voor de gecedeerde schuldenaar wordt beoogd effectieve informatie te verstrekken nopens de overdracht;

2) voor de overige derden gaat het om een publiciteitsmechanisme dat een praktische oplossing moet bieden voor het probleem hoe men een (absoluut) recht overdraagt door een (relatieve) overeenkomst.

4. De cessie kan dus aan de gecedeerde schuldenaar en de overige derden eerst worden tegengeworpen wanneer de voorschriften van art. 1690 B.W. worden nageleefd. De wet biedt twee mogelijkheden.

Die tegenwerpbaarheid kan worden bereikt door de betekening van het feit van de overdracht aan de debiteur. Een «betekening» onderstelt een gerechtsdeurwaardersexploot. Een loutere kennisgeving, bijvoorbeeld per aangetekende brief, is onvoldoende.

De overdracht wordt eveneens tegenwerpbaar erga omnes wanneer de schuldenaar de overdracht in een authentieke akte heeft aanvaard.

Art. 1690 B.W. vereist dus telkens een authentieke akte (deurwaardersexploot, notariële akte).

Door de rechtspraak wordt aanvaard dat de tegenwerpbaarheid ook mag worden afgeleid uit gelijkwaardige handelingen. Zo ontleent de impliciete maar zekere erkenning door een derde aan deze het recht om zich op de niet-naleving van de voorschriften uit art. 1690 B.W. te beroepen ⁶. De loutere kennis van de overdracht volstaat echter niet ⁷. Deze gelijkwaardige handelingen hebben tevens slechts een relatieve werking. De overdracht kan alsdan alleen aan *die* derde worden tegengeworpen, niet aan de overigen ⁸.

5. Artikel 1690 B.W. geldt slechts voor de schuldvorderingen op naam en niet wanneer de schuldvordering is neer-

gelegd in een waardepapier. In dat geval immers vindt de overdracht plaats op de wijze die geldt voor waardepapieren (afgifte, endossement). Geen enkele wetsbepaling belet de partijen overeen te komen dat de schuldvordering die tussen hen bestaat, aan toonder zal luiden. Op grond van het beginsel der wilsautonomie wordt thans algemeen aanvaard dat partijen kunnen overeenkomen dat de schuldvordering in een waardepapier zal worden neergelegd. De vraag of bij de afgifte van een betalingsbelofte aan partijen enkel het opstellen van een bewijstittel voor ogen stond, dan wel de creatie van een waardepapier is een vraag van uitlegging ⁹.

Van deze mogelijkheid om een hypothecaire schuldvordering conventioneel te incorporeren in een waardepapier wordt gebruik gemaakt in de zgn. hypothecaire grosse aan order of aan toonder (infra nr. 7).

6. De overdracht van een schuldvordering heeft tot gevolg dat de overnemer de plaats inneemt van de oorspronkelijke schuldeiser. De gecedeerde debiteur zal alle excepties en verweermiddelen kunnen tegenwerpen waarover hij beschikte ten aanzien van de overdrager. Van zijn kant zal de overnemer alle rechten kunnen uitoefenen die de overdrager bezat.

Tot de zgn. «nevenrechten» die in de overdracht begrepen zijn, behoort ook de uitvoerbare kracht van de titel waarin de schuldvordering is neergelegd. De cessionaris zal dus niet eerst het verkrijgen van een nieuwe uitvoerbare titel ten laste van de debiteur moeten nastreven, maar kan de titels van zijn rechtsvoorganger verder ten uitvoer leggen. De cessie-overeenkomst behoeft hiertoe evenmin in een authentieke akte te worden neergelegd ¹⁰.

Wat de zekerheidsrechten betreft bepaalt artikel 1692 B.W. dat niet alleen de schuldvordering overgaat, maar ook de zgn. «nevenrechten»: borgtocht, voorrechten en hypothe-

ken. Voor zekerheidsrechten die voor hun tegenwerpbaarheid aan publiciteit onderworpen zijn, kon het niet anders dan dat de wetgever ook voor de tegenwerpbaarheid van de overdracht van dergelijke rechten nadere eisen stelde. Luidens art. 5 Hyp.W. kan de cessionaris zich slechts op een ingeschreven voorrecht of hypotheek tegen derden beroepen indien van de overdracht kantmelding is gemaakt in het register van inschrijving. Deze kantmelding kan slechts gevorderd worden op grond van een notariële akte.

Artikel 5 Hyp.W. en art. 1690 B.W. sporen dus gelijk. Beide bepalingen bieden een afdoende informatie aan alle belanghebbenden: de betekening maakt het mogelijk te bepalen van welk tijdstip af de schuldvordering uit het vermogen van de overdrager is verdwenen, de kantmelding maakt het mogelijk te weten wie aanspraak kan maken op het voorrecht en/of de hypotheek. Beide formaliteiten moeten evenwel onafhankelijk van elkaar worden vervuld. Zo zal de kantmelding de formaliteit van art. 1690 B.W. niet overbodig maken met het oog op de tegenwerpbaarheid van de overdracht zelf. Om t.a.v. de gecedeerde debiteur in het bezit te zijn van de schuldvordering zal de cessionaris art. 1690

⁴ Zie R.P.D.B., Complément VII, tw. «Hypothèques et privilèges immobiliers», nrs. 789 e.v.

⁵ Zie hierover in het bijzonder TOP, F., «Eigendomsovergang bij cessie naar Nederlands en Belgisch recht», T.P.R., 1966, 25 e.v.; VAN OMMESELAGHE, P., «La transmission des obligations en droit positif belge», in *La transmission des obligations*, Brussel, 1980, 81 e.v.

⁶ Cass., 22 februari 1952, *Pas.*, 1952, I, 367.

⁷ Cass., 7 september 1972, *Arr.Cass.*, 1973, 24, R.C.J.B., 1974, 5, noot HANSENNE, J.; Cass., 24 november 1989, *Arr.Cass.*, 1989-90, 420.

⁸ Cass., 30 april 1976, *Arr.Cass.*, 1976, 977.

⁹ Cf. DE PAGE, *Traité*, IV, nr. 414; VAN GERVEN, W., e.a., *Handels- en economisch recht*, I, *Ondernemingsrecht*, A, 1989, 389, nr. 362; VAN RYN en HEENEN, *Principes de droit commercial*, III, 82, nr. 80.

¹⁰ DIRIX, E. en BROECKX, K., *Beslag*, in A.P.R., 253, nr. 457.

B.W. moeten naleven¹¹. Omgekeerd kan de gecedeerde schuldenaar zich niet op het gebrek aan kantmelding beroepen: voor hem telt immers alleen art. 1690 B.W. Indien hem door twee cessionarissen achtereenvolgens het feit van de overdracht is betekend, is hij niet gehouden te verifiëren wie als eerste de kantmelding heeft gemaakt. De gecedeerde schuldenaar betaalt bevrijdend aan de cessionaris die het eerst tot betekening is overgegaan¹².

Uit die verwantschap wordt afgeleid dat art. 5 Hyp.W. alleen toepassing vindt wanneer de overdracht plaatsheeft krachtens het gemene recht, nl. door cessie of door subrogatie¹³. Overdrachten die niet onder artikel 1690 B.W. vallen, worden evenmin door art. 5 Hyp.W. beheerst. Aldus is die formaliteit niet voorgeschreven in geval van overgang van schuldvordering door rechtsopvolging onder algemene titel. Dit is bijvoorbeeld het geval bij fusie en splitsing van vennootschappen¹⁴ (infra nr. 14). De kantmelding is evenmin vereist wanneer de hypothecaire schuldvordering is neergelegd in een waardepapier. Dit is het geval bij de overdracht van een hypothecaire grosse aan toonder of aan order en bij overdracht van wisselbrieven of orderbriefjes die in het raam van een kredietopening zijn uitgegeven¹⁵.

B. Hypothecaire grosse aan toonder of aan order

7. Partijen kunnen hun schuldvordering ook neerleggen in een waardepapier. Bij de hypothecaire kredietverlening gebeurt dit door de grosse te laten luiden aan toonder of aan order. Deze rechtsfiguur werd voor het eerst uitvoerig beschreven door Raucent¹⁶.

De hypothecaire schuldvordering kan dan, hetzij door endossement (grosse aan order), hetzij door eenvoudige afgifte (grosse aan toonder) worden overgedragen. In de akte van hypotheekvestiging en de inschrijvingsborders worden aangegeven dat de hypotheek wordt gevestigd ten voordele van de uitlener, alsmede voor alle latere cessionarissen. De clause aan order of aan toonder brengt mee dat de verbintenis op grond van art. 2 W.Kh. een commercieel karakter krijgt, waarop het afwijkend handelsrecht (bewijs, soli-

dariteit, bevoegde rechter) van toepassing is¹⁷. De fractionering van de grosse in meerdere exemplaren, die elk een deel van de hypothecaire lening vertegenwoordigen, laat toe dat de schuldeiser slechts een deel van zijn vordering mobiliseert.

De grosse aan order of aan toonder wordt beheerst door de algemene regels die van toepassing zijn op de waardepapieren. Zo is de hypothecaire grosse onderworpen aan eigen overdrachtmodaliteiten, wat impliceert dat deze titel niet langer overdraagbaar is op grond van het gemene recht (art. 1690 B.W.). Bij conflict tussen twee cessionarissen waarbij de ene de verhandelbare titel verkreeg door endossement of door afgifte en de andere door betekening conform art. 1690 B.W., zal de eerstgenoemde voorrang hebben en dit ongeacht de datum van de betekening¹⁸. De overnemer van de grosse kan niet beschouwd worden als de rechtsopvolger van zijn voorman. Bij endossement of afgifte treedt de overnemer niet in de rechten van de overdrager, maar verkrijgt hij de rechten die voortvloeien uit de titel¹⁹.

De debiteur zal slechts geldig betalen in handen van de rechtmatige houder van de grosse. Betalingen die niet op de grosse zijn vermeld of die niet plaatsvonden op de tijdstippen die contractueel waren overeengekomen, zal de debiteur niet aan een latere houder kunnen tegenwerpen²⁰. Ter bescherming van de leners zijn wat dit punt betreft door de Controledienst voor Verzekeringen bepaalde clausules opgelegd. Aldus verleent de hypothecaire schuldeiser gewoonlijk in naam van de toekomstige houders van de grosse een volmacht aan zichzelf om ondanks een latere afgifte of endossement, de aflossingen verder te blijven innen en opheffing van de hypotheek te verlenen. De schuldenaar kan overeenkomstig de regel van de niet-teenwerpbaarheid van excepties slechts die verweermiddelen tegenwerpen die hij haalt uit zijn eigen verhouding tot de houder, alsook die welke uit het waardepapier zelf voortvloeien²¹. Wat de hypothecaire publiciteit betreft, moeten de volgende opmerkingen worden gemaakt. De hypothecaire schuldvordering wordt genomen in het voordeel van de oorspronkelijke schuldeiser en van de latere houders van de grosse. Derden die in verbinding willen komen met de schuldeiser – te denken valt aan de schuldenaar die bevrijdend wil betalen, of aan de notaris die de schuldeiser wil aanmanen om kennis te nemen van de verkoopsvoorwaarden c.q. het proces-verbaal van rangregeling – dienen zich te wenden naar de gekozen woonplaats die voor alle latere overnemers zal gelden²². Bij wijziging van woonplaats moeten de formaliteiten

¹¹ DE PAGE, H., *Traité*, IV, 1972, nr. 416, en VII, nr. 1118B; KLUYSKENS, A., *Beginnelen van Burgerlijk Recht*, VI, 59, nr. 44; R.P.D.B., Compl. VII, tw. «Hypothèques et privilèges», nr. 767.

¹² Anders: CUYPERS, A., «Art. 5, Hyp.W.», nr. 14 in *Comm.Voor. en Hyp.*; LÉPINOIS, F., *De la transcription, des privilèges et des hypothèques*, I, Luik, 1893, 369, nr. 300; R.P.D.B., XIV, tw. «Transport (Cession de créance)», 790, nr. 58.

¹³ DE PAGE, *Traité*, VII, nr. 1110; DIRIX, E. en DE CORTE, R., *Zekerheidsrechten*, 56, nr. 115; CUYPERS, A., «Art. 5 Hyp.W.», nrs. 23 e.v. in *Comm.Voor. & Hyp.*; THIRY, E., «Les limites de la publicité hypothécaire par voie de mention marginale», *Rec. Gén.Enr.Not.*, 1952, 263.

¹⁴ De fusie van vennootschappen wordt algemeen beschouwd als een rechtsopvolging onder algemene titel: Cass., 30 april 1970, *Pas.*, 1970, I, 749; VAN OMMESSLAGHE, P., o.c., 186, nr. 80. De meerderheid van de rechtsleer onderschrijft de stelling dat ook bij splitsing van vennootschappen sprake is van rechtsopvolging onder algemene titel: VAN OMMESSLAGHE, P., o.c., 187, nr. 81. Anders: Brussel, 5 december 1991, *T.R.V.*, 1992, 253, noot TYTECA, J.

¹⁵ Cf. art. 93 Wisselbriefwet en art. 80 Hyp.W.

¹⁶ RAUCENT, L., «Des créances hypothécaires à ordre et au porteur», *Rev.Prat.Not.B.*, 1966, 139 e.v.

¹⁷ COUSY, H., «Hypothecaire lening en hypothecair krediet. Actuele en toekomstige evolutie», in *De Overeenkomst Vandaag en Morgen*, STORME, M., MERCHERS, Y. en HERBOTS, J., (red.), Antwerpen, Kluwer, 1990, 354; RAUCENT, L., o.c., *Rev.Prat.Not.B.*, 1966, 142, nr. 6.

¹⁸ PLANIOL en RIPERT, *Traité pratique de droit civil*, VII, nr. 1139bis; VAN RYN & HEENEN, *Principes de droit commercial*, II, 295, nr. 1314; VANDENBERGHE, G., noot onder Bergen, 19 september 1989, *Not.Fisc.M.*, 1990, 228, nr. 12.

¹⁹ RAUCENT, L., o.c., *Rev.Prat.Not.B.*, 1966, 146, nr. 13.

²⁰ *Ibid.*, p. 146, nr. 13.

²¹ *Ibid.*, p. 146, nr. 13.

²² *Ibid.*, p. 147, nr. 14; DE HOUCK, L., «Art. 1692», in *Comm. Bijz. Overeenkomsten*, nr. 7; VANDENBERGHE, G., noot onder Bergen, 19 september 1989, *Not.Fisc.M.*, 1990, 228, nr. 14.

van art. 88 Hyp.W. in acht worden genomen. Diegene die de gekozen woonplaats in het register wil doen veranderen, zal zijn hoedanigheid kunnen bewijzen door overlegging van de hypothecaire grosse ²³.

Ook wat de doorhaling van de hypothecaire inschrijving betreft, rijzen er geen problemen. Art. 92 Hyp.W. bepaalt dat alleen de belanghebbende van de inschrijving de doorhaling mag vorderen. De bezitter van de grosse aan toonder of de laatst geëndosseerde gelden ongetwijfeld als belanghebbenden in de zin van voornoemd artikel en kunnen dan ook de doorhaling verlenen. De houder van de grosse kan volstaan met de overlegging van een notariële akte van opheffing, waaruit zijn hoedanigheid blijkt ²⁴.

8. Na de inwerkingtreding van de Wet Hypothecair Krediet zal het mobiliseren van hypothecaire schuldvorderingen via de techniek van de grosse aan order of aan toonder zijn theoretische bruikbaarheid behouden, zij het dat de financiële instellingen thans over een geëigend kader beschikken om deze vorderingen te mobiliseren. Art. 20 W.Hyp. Krediet dat de vertegenwoordiging van hypothecair krediet door wisselbrieven, althans in principe verbiedt, belet uiteraard niet dat de grosse aan order of aan toonder wordt bedongen ²⁵.

II. Nieuw recht

A. Overdracht van schuldvorderingen

9. Voortaan zal de overdracht van een portefeuille van hypothecaire schuldvorderingen of van schuldvorderingen gewaarborgd door een ingeschreven onroerend voorrecht mogelijk zijn zonder naleving van artikel 5 Hyp.W. Vereist is evenwel dat de overdracht van de portefeuille van schuldvorderingen past in het raam van een verrichting die aanleiding geeft tot de uitgifte van verhandelbare effecten. De tegenwerpbaarheid van de overdracht van de schuldvordering impliceert dus meteen ook de tegenwerpbaarheid van de overgang van de hypothecaire rechten.

Ten overvloede bepaalt de wet dat deze overdracht geen afbreuk doet aan de uitvoerbare kracht van de titel van de schuldvordering. Art. 51 voegt in dezen dus niets toe aan het bestaande recht (supra nr. 6) ²⁶.

Wat de formaliteiten voor de tegenwerpbaarheid van de overdracht van de schuldvordering zelf betreft, wordt door de wet geanticipeerd op de komende wijziging van de artt. 1690 e.v. B.W. Al geruime tijd wordt geijverd voor een vereenvoudiging van deze vormschriften ²⁷. Thans ligt een wets-

ontwerp tot wijziging van de artt. 1295, 1689, 1690, 1691 en 2075 B.W., van art. 16 van de wet van 25 oktober 1919 en van art. 5 van het K.B. nr. 62 van 10 november 1967 ter tafel ²⁸. De voorgestelde nieuwe bepalingen strekken om een einde te maken aan het onderscheid tussen de interne en de externe verhouding bij de cessie van schuldvordering. Voortaan zal de overdracht zowel tussen partijen als ten aanzien van derden voltrokken zijn door het tot stand komen van de cessieovereenkomst. De overdracht van hypothecaire schuldvorderingen in het kader van een effectiseringsoperatie wordt dan ook na wijziging van art. 1690 B.W. tegenwerpbaar aan alle derden (met uitzondering van de gecedeerde schuldenaar) door de loutere wilsovereenstemming. De wet bepaalt tevens voor alle duidelijkheid dat latere overdrachten ter aanvulling of tot wijziging van de portefeuille evenals mogelijke retrocessies op dezelfde wijze kunnen worden toegeworpen.

Uit de lezing van art. 51 W. Hyp. Krediet in samenhang met de nieuwe artt. 1690 e.v. B.W., zoals geformuleerd in het wetsontwerp tot wijziging van het huidig stelsel van overdracht van schuldvorderingen, blijkt dat de overdracht naar komend recht eerst tegen de gecedeerde schuldenaar kan worden opgeworpen vanaf het ogenblik dat deze er kennis van heeft gekregen. Het nieuwe artikel 1691 B.W. bepaalt tevens uitdrukkelijk dat de schuldenaar bevrijdend betaalt in handen van de overdrager totdat de cessie hem ter kennis is gekomen.

B. Overgang van hypothecaire rechten

10. De overdracht van een schuldvordering door loutere wilsovereenstemming op grond van art. 1690 B.W. «nieuwe stijl» heeft ook de overgang van de hypotheek en de voorrechten tot gevolg zonder nadere formaliteiten. Door die cessie gaat het hypothecair of het bevoorrechte vorderingsrecht zakenrechtelijk over en wel ten aanzien van alle derden. Een kantmelding is derhalve niet nodig (art. 51, eerste lid, W.Hyp.Krediet). Niettegenstaande dit artikel bepaalt art. 51, tweede lid, W. Hyp. Krediet dat de oorspronkelijke schuldeiser als enige het recht heeft om in naam en voor rekening van de overnemer de overgedragen bevoorrechte of hypothecaire schuldvordering «uit te oefenen». Bedoeld wordt over de hypothecaire inschrijving «beschikken». Dit recht verkrijgt de overnemer eerst na kantmelding (art. 51, derde lid). Zolang deze formaliteit niet is vervuld, blijft uitsluitend de oorspronkelijke schuldeiser bevoegd om doorhaling toe te staan. De oorspronkelijke schuldeiser kan in dezen optreden als wettelijk lasthebber voor de cessionaris.

De kantmelding geschiedt op overlegging van een afschrift van de authentieke akte of op grond van een eensluidend verklaard afschrift van de onderhandse akte die de overdracht van schuldvordering vaststelt. De hypotheekbewaarder wordt dan ook thans wettelijk verplicht om, in afwijking van art. 2 Hyp.W., een kantmelding uit te voeren op

²³ RAUCENT, L., o.c., *Rev.Not.B.*, 1966, 148, nr. 15.

²⁴ RAUCENT, L., o.c., *Rev.Not.B.*, 1966, 148, nr. 16; DE HOUCK, L., «Art. 1692», in *Comm. Bijz. Overeenkomsten*, nr. 7; WATELET, P., *La rédaction des actes notariés*, Brussel, Larcier, 1980, 490. Anders: MOREAU-MARGRÈVE, I., «Les sûretés», in *Chronique de droit à l'usage du notariat*, XIV, 1991, 129, voor wie de techniek van de hypothecaire grosso o.m. niet strookt met art. 92, tweede lid, Hyp.W.

²⁵ Memorie van toelichting, *Gedr.St., Kamer*, 1990-91, nr. 1742/1, p. 10.

²⁶ Vgl. LEDOUX, J., «Nieuwe trends in het hypotheekrecht», in *Het Zakenrecht: Absoluut niet een rustig bezit*, XVIIIe Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1991-92, Antwerpen, Kluwer, 1992, 48.

²⁷ Cf. FONTAINE, M., «La transmission des obligations de lege ferenda», in *La transmission des obligations*, 611; Beneluxvoorontwerp

«Cessie van schuldvordering»; wetsvoorstel Lagasse, *Parl.St., Kamer*, 1989-90, nr. 1277/1.

²⁸ *Parl.St., Kamer*, 1990-91, nr. 1492/1. Voor een bespreking van deze bepalingen en een pleidooi voor een sectoriële regeling: DIRIX, E., «Nieuw recht op komst — Overdracht van schuldvordering», *R.W.*, 1990-91, 1245-1247.

grond van een eensluidend verklaard afschrift van een onderhandse cessieakte.

C. Overdracht in het raam van een kredietopening

11. Voor de overdracht van voorschotten die worden toegestaan in het kader van een hypothecaire of bevoorrechte kredietopening stelt de nieuwe wet een enigszins bevreemdende regeling in. Bij overdracht van een voorschot in het raam van een gewaarborgde kredietopening zal volgens art. 51 W. Hyp. Krediet het voorrecht of de hypotheek eveneens de overgedragen schuldvordering waarborgen. De hypothecaire of bevoorrechte vordering van de cessionaris heeft zelfs voorrang op alle latere door de cedent-kredietgever toegestane voorschotten binnen de kredietopening. Een voorbeeld kan deze regel wellicht verduidelijken. Een bank staat aan een kredietnemer een kredietopening van 4 miljoen fr. toe. Als zekerheid wordt door de kredietnemer een hypotheek verleend op zijn onroerend goed voor hetzelfde bedrag. Er wordt een voorschot toegestaan van 2 miljoen fr. Dit actueel saldo wordt ter effectisering overgedragen aan een beleggingsinstelling. Op een later tijdstip neemt de kredietnemer opnieuw 1 miljoen op. De wetgever gaat er nu van uit dat bij cessie van het actuele saldo de hypotheek mee overgaat ten belope van het saldo, in casu 2 miljoen fr. Aangezien de kredietnemer zijn verplichtingen niet nakomt, wordt het onroerend goed verkocht. De opbrengst van het goed bedraagt 2 miljoen fr. dat integraal toebedeeld zal worden aan de cessionaris, aangezien zijn vordering op grond van art. 51, eerste lid, W. Hyp. Krediet voorrang heeft op de vordering van de cedent.

Zoals gezegd, komt deze regeling enigszins bevreemdend over. Ze doet immers afbreuk aan de juridische aard van de overeenkomst van kredietopening. Algemeen wordt aanvaard dat de bankier vóór het afsluiten van de rekening niet beschikt over een opeisbare schuldvordering jegens de kredietnemer²⁹. De cessie van het actuele saldo kan dan ook slechts beschouwd worden als de cessie van een toekomstig recht³⁰. Dat het zekerheidsrecht accessoir is aan dit saldo is dan ook moeilijk verdedigbaar. Het zekerheidsrecht kan alleen maar betrekking hebben op de vordering van de kredietverlener zoals die zal blijken bij het eindigen van het contract.

D. Bescherming van de consument

12. De artt. 51 e.v. hebben een ruimer toepassingsgebied dan de overige bepalingen van de wet. Wat de overdracht van hypothecaire of bevoorrechte schuldvorderingen betreft die voortvloeien uit leningen verstrekt aan particulieren buiten ieder handels-, beroeps- of ambachtelijk doel door een «hypotheekonderneming», d.i. een onderneming onderworpen aan titel II van de wet, bepaalt art. 52 dat de cessionaris die zelf het krediet niet heeft toegestaan maar dit door een overname van een portefeuille van effecten heeft verkregen, eveneens onderworpen is aan titel II van de wet. Deze bepaling strekt uiteraard tot bescherming van de consument.

Dat een hypothecaire schuldvordering het voorwerp uitmaakt van effectisering kan er niet toe leiden dat de debiteur de bescherming die hem wordt geboden door de wet, zou verliezen. Ook de overnemer van de hypothecaire schuldvordering zal dus onderworpen zijn aan het controlemechanisme en aan de verplichtingen opgelegd door titel II van de wet. De instelling voor belegging in schuldvorderingen, die optreedt als overnemer, komt dan ook mede onder het toezicht van de Controledienst voor de Verzekeringen, op dezelfde wijze en volgens dezelfde modaliteiten als een hypotheekonderneming.

E. Fusie, splitsing en inbreng

13. Op grond van art. 53 W. Hyp. Krediet zal de overdracht van een portefeuille van schuldvorderingen door een hypotheekonderneming in het raam van een fusie, overname of splitsing van ondernemingen of in het raam van de inbreng van de hypothecaire bedrijvigheid aan alle derden, met inbegrip van de schuldenaar, tegenwerpbaar zijn door haar bekendmaking in het Belgisch Staatsblad. De Controledienst voor de Verzekeringen wordt met deze bekendmaking in het belang belast.

Bij deze regeling moet opgemerkt worden dat de wetgever thans ook de overdracht van een portefeuille van schuldvorderingen die past in een inbreng van hypothecaire bedrijvigheid, vrijstelt van de naleving van art. 1690 B.W. Door de rechtspraak werd de inbreng van een bedrijfstak nochtans gelijkgesteld met de overdracht van een handelszaak, zodat art. 1690 B.W. normaliter dan ook in dit geval van toepassing wordt geacht³¹. In plaats van art. 1690 B.W. voert de wet een ander publiciteitsmechanisme in. De overdracht tengevolge van inbreng is thans tegenwerpbaar door haar bekendmaking in het Belgisch Staatsblad.

14. *De lege ferenda* moet, wat de fusie en splitsingen van vennootschappen betreft, tevens gewezen worden op het reeds door de Kamer goedgekeurd ontwerp van wet tot uitvoering van de Fusierichtlijn van 9 oktober 1978 en de Splitsingsrichtlijn van 17 december 1982³². Het ontwerp beschouwt, in navolging van art. 19 van de Fusierichtlijn, de fusie als een overgang van het vermogen onder algemene titel, zodat geen afzonderlijke betekening vereist is. Art. 19 van de Richtlijn doet geen afbreuk aan de wetgeving van de Lid-Staten die bijzondere formaliteiten voorschrijft om de overgang van bepaalde overgenomen goederen, rechten en plichten aan derden te kunnen tegenwerpen. Aldus bepaalt art. 174/10, § 2, van het wetsontwerp dat wanneer de overdracht gepaard gaat met de overdracht van onroerende goederen of zakelijke zekerheden deze slechts aan derden kunnen worden tegengeworpen indien de notulen van alle ven-

³¹ Cass., 4 maart 1982, *Pas.*, 1982, I, 798, *R.C.J.B.*, 1984, 175 met noot FONTAINE; *R.P.S.*, 1982, noot COPPENS, P.; Bergen, 23 januari 1991, *T.B.H.*, 1991, 716; VAN OMMESLAGHE, P., «La transmission des obligations en droit positif belge», in *La transmission des obligations*, 188, nr. 82.

³² Richtlijn, 78/855/E.E.G., *Pb.L.*, nr. 295, p. 36 en voor de zesde E.E.G.-richtlijn van 17 december 1982, *Pb.L.*, nr. 378, p. 47; Wetsontwerp tot wijziging, wat de fusies en splitsingen van vennootschappen betreft, van de wetten op de handelsvennootschappen, gecoördineerd op 30 november 1935, *Gedr.St.*, Kamer, 1989-90, nr. 1214/1, en *Gedr.St.*, Kamer, *B.Z.*, 1991-92, nr. 491.

²⁹ VAN DOORSLAER, J., *De kredietopening*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 14.

³⁰ VAN RYN & HEENEN, *Principes de droit commercial*, II, nr. 529.

nootschappen die tot de fusie hebben besloten overgeschreven of «ingeschreven» worden³³. Uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat de wetgever hier wel degelijk kantmelding bedoelt. Het vorenstaande geldt eveneens bij splitsing (cf. art. 174/38, § 2). Of de wetgever in de toekomst de fusie of splitsing van vennootschappen gepaard wil laten gaan met duizenden kantmeldingen of slechts de overschrijving van de notulen van de algemene vergaderingen van de bij de fusie betrokken vennootschappen eist, is thans nog onduidelijk³⁴. Het opleggen van bijkomende formaliteiten is weinig zinvol, aangezien art. 53 W. Hyp. Krediet reeds bepaalt dat een dergelijke overdracht tegenwerpbaar is aan alle derden door haar bekendmaking in het Belgisch Staatsblad.

F. Werking van de wet in de tijd

15. De bepalingen van titel III W. Hyp. Krediet betreffende de overdracht van bevoorrechte en hypothecaire schuldvorderingen zijn ook van toepassing op de overeenkomsten onderworpen aan het K.B. nr. 225 (art. 55, tweede lid, en art. 56, W. Hyp. Krediet).

G. De uitgifte van wissels of orderbriefjes

16. De uitgifte van wissels en de ondertekening van orderbriefjes ter vertegenwoordiging van een hypothecair krediet dat valt binnen de omschrijving van titel I van de wet, wordt door art. 20, § 1, W. Hyp. Krediet, althans in principe, verboden.

De wetgever liet zich in dezen inspireren door motieven ter bescherming van de consument. In de memorie van toelichting wordt erop gewezen dat het autonoom bestaan van de wisselbrief, los van het verloop van het krediet, voor de kredietnemer het gevaar inhoudt dat hij tweemaal dezelfde sommen dient te betalen, eenmaal ter uitvoering van de akte en eenmaal wanneer de wisselbrief aangeboden wordt³⁵.

De emissie van wissels en orderbriefjes wordt thans slechts toegelaten onder zeer strenge voorwaarden. Een absoluut verbod om hypothecair krediet via wissels of orderbriefjes te mobiliseren was praktisch niet haalbaar, omdat dit een aantal uiterst negatieve consequenties met zich mee zou brengen. Het zou onder meer tot gevolg hebben dat de financiële instellingen zich niet langer kunnen financieren door de verdiscontering van deze effecten bij andere instellingen. Een aantal financiële instellingen zijn echter van deze financieringstechniek afhankelijk. De bestaande cliënten van deze instellingen zouden daarenboven niet langer van het krediet gebruik kunnen maken. Deze financiële instelling zal hun immers geen nieuwe sommen ter beschikking kunnen stellen zonder eerst een verdisconterbaar effect te verwerven³⁶.

De voorwaarden waarbinnen de uitgifte van effecten goorloofd blijft, beogen in het belang van de kredietnemer

een maximale verbinding tussen de schuldvordering voortvloeiend uit het hypothecair krediet en die welke voortvloeit uit het effect. Het verdisconteren wordt verder slechts toegelaten bij een hypothecaire onderneming die ingeschreven is bij de controledienst.

17. De voorwaarden waarbinnen de uitgifte van effecten wordt toegelaten zijn als volgt (cf. art. 20, § 2):

a) het handelspapier dient betaalbaar te worden gesteld op vaste datum. De vervaldag van het effect dient daarenboven overeen te stemmen met een van de vervaldagen van een aflossingsstorting van het kapitaal als bedoeld in art. 21, § 1 W. Hyp. Krediet;

b) het handelspapier mag enkel een bedrag weergeven dat niet hoger is dan het bedrag van de aflossingsstortingen die vervallen gedurende het jaar voorafgaand aan de vervaldag van het effect;

c) het handelspapier dient aan order van de kredietgever te luiden;

d) de kredietgever verbindt zich ertoe het handelspapier dat aldus is of zal worden opgemaakt, slechts aan een bij de controledienst ingeschreven hypothecaire onderneming te endosseren, op het handelspapier een verbod te bepalen dit opnieuw te endosseren en het handelspapier slechts te endosseren indien de geëndosseerde voorafgaand en schriftelijk

– zich ertoe verbindt het handelspapier niet meer te endosseren;

– zich ertoe verbindt elke gehele of gedeeltelijke voorafbetaling van het handelspapier te aanvaarden;

– mandaat geeft aan de kredietgever om elke gehele of gedeeltelijke betaling, voorafgaand of op de vervaldag, te ontvangen en kwijting hiervoor te verlenen. De herroeping van dit mandaat zal kunnen worden tegengeworpen aan de kredietnemer op voorwaarde dat de kennisgeving hiervan geschiedt bij aangetekend schrijven;

– zich ertoe verbindt de betaling waarvoor de kredietgever kwijting heeft verleend op het handelspapier zelf te vermelden.

De vestigingsakte moet de tekst van art. 21 W. Hyp. Krediet opnemen alsmede tevens uitdrukkelijk bepalen dat de kredietgever de verbintenissen opgesomd in punt d) op zich neemt. Elke uitgifte van een wissel of ondertekening van een orderbriefje dient in de vestigingsakte te worden vastgesteld met vermelding van de datum van uitgifte of ondertekening van het handelspapier, zijn vervaldag en zijn bedrag.

18. De overtreding van het verbod wisselbrieven uit te geven of het niet-naleven van een van de voorwaarden vervat in art. 20, § 2, brengt de volgende sancties teweeg. In de eerste plaats heeft de kredietnemer krachtens art. 28 W. Hyp. Krediet, dat een algemene sanctie bepaalt bij overtreding van een van de verbodsbepalingen van titel I van de wet, het recht om het krediet op ieder ogenblik en zonder enige vergoeding terug te betalen. Op deze sanctie wordt evenwel een uitzondering gemaakt indien de kredietgever bewijst dat de bedoelde overtreding de kredietnemer geen nadeel heeft berokkend. De sanctie van art. 28 W. Hyp. Krediet zal slechts vrij uitzonderlijk enig nut vertonen daar de kredietnemer in de meeste gevallen niet vervroegd kan terugbetalen. Art. 28 laat verder evenwel de middelen van verhaal op grond van het gemene recht onverlet (cf. art. 28, § 2 W. Hyp. Krediet). Naast deze algemene sanctie organiseert de wet ook een aantal meer specifieke sancties. Zo is de krediet-

³³ CUYPERS, A., «Art. 5 Hyp.W.», in *Comm. Voor. en Hyp.*, nrs. 28 en 29; BOUCKAERT, F., «Fusies en splitsingen», in *Het Notariaat en het Europees recht*, Die Keure, 1990, 26 e.v.

³⁴ CUYPERS, A., o.c., nr. 28.

³⁵ Memorie van toelichting, *Gedr.St., Kamer*, 1990-91, nr. 1742/1, p. 10.

³⁶ Amendement nr. 44 van de heer TOMAS c.s., *Gedr.St., Kamer*, B.Z., 1991-92, nr. 375/10, p. 2.

verlener die in strijd met art. 20 een wissel- of orderbriefje doet ondertekenen, gehouden de reeds vervallen interesten aan de kredietnemer terug te betalen (art. 31 W. Hyp. Krediet)³⁷. Hij stelt zich daarenboven bloot aan de strafrechtelijke sancties opgelegd door art. 34, § 2, W. Hyp. Krediet.

De niet-naleving van de bepalingen m.b.t. de uitgifte van wisselbrieven laat nochtans de geldigheid van het effect in kwestie onverlet. De wisselbrief blijft dan ook gelden ten aanzien van de derde-houder te goeder trouw³⁸. Rekening houdend met de verplichtingen die voortvloeien uit het Verdrag van Genève houdende Eenvormige wet op de wisselbrief en het orderbriefje kon de Belgische wetgever immers geen bijkomende nietigheidsgrond invoeren. Dit heeft o.m. tot gevolg dat de consument die de wisselbrief heeft ondertekend, zich ten opzichte van de derde-houder niet kan beroepen op de bescherming van de wet (bv. verkrijgen van respijttermijnen). Hij kan zich echter bij overtreding van art. 20 tegen de onmiddellijk verbonden wisselpartij keren om schadevergoeding van het door hem geleden nadeel te vorderen.

III. Effectisering

A. Inleiding

19. Effectisering (of securitisering) van schuldvorderingen is een financiële techniek waarbij een kredietinstelling de door haar toegestane kredieten herfinanciert op de secundaire markt door de uitgifte van effecten³⁹. De effectisering van bestaande leningen en kredieten is niet nieuw en werd reeds in de zeventiger jaren in de V.S. op ruime schaal gehanteerd. De effectiseringsgraad van nieuwe hypothecaire kredieten op de Amerikaanse hypotheekmarkt bedraagt thans ongeveer zeventig procent⁴⁰.

Een zeer klassieke vorm van effectisering, die ook op sommige Europese hypothecaire markten bekend is, is de effectisering binnen de balans van de kredietinstelling. Deze vorm veronderstelt de uitgifte van effecten (de zgn. *asset*

backed bonds) die gewaarborgd zijn door een leningenportefeuille. Bij mobilisatie van hypothecair krediet spreekt men meer specifiek van «*mortgage backed securities*» aangezien de effecten dan ook zelf indirect hypothecair gewaarborgd zijn. Indien er een band bestaat tussen de inkomsten van de kredietportefeuille en het rendement van deze effecten, spreekt men van «*pay-through securities*». Dit mechanisme biedt kredietinstellingen de mogelijkheid om het financieel risico te beperken dat gepaard gaat met de omzetting van de vervaldagen (de zgn. *duration mismatch*). De mogelijkheid dat de financiële instelling bij rentestijging, omdat haar passiva een kortere looptijd hebben dan de activa, in een situatie terechtkomt waarin de betaalde interesten proportioneel sneller stijgen zodat de rentemarge onder druk komt, wordt bij «*pay-through*»-effectisering vermeden.

20. De effectisering buiten de balans van de kredietinstelling is een meer complexe operatie. In dit geval draagt de financiële instelling haar kredietportefeuille over aan een zgn. S.P.V. (*special purpose vehicle*), dat op zijn beurt effecten uitgeeft die geplaatst worden op de kapitaalmarkt. In de Amerikaanse terminologie spreekt men hier van *pass-through securities*. De eigenaars van deze effecten participeren in het rendement van de kredietportefeuille, maar dragen tevens ook het kredietrisico, met name de kans op insolabiliteit van de kredietnemer. Deze vorm van effectisering leent er zich uitstekend toe om schuldvorderingen met identieke kenmerken qua kredietrisico, rentevoetrisico, risico van terugbetaling e.d. te groeperen. Pakketten van schuldvorderingen met dezelfde kenmerken kunnen dan afzonderlijk verkocht worden aan een gespecialiseerde beleggingsinstelling die door de structurering van de risico's die aan het krediet verbonden zijn, verschillende rechten van deelneming kan creëren, waarvan de betalingsstroom voortgebracht door de hypothecaire kredieten, op verschillende wijze wordt toegedeeld. Een differentiëring van deelbewijzen in een effectiseringsoperatie maakt het mogelijk verschillende categorieën van beleggers aan te trekken, die het gewenste risico en het verwachte hoger rendement kunnen kiezen⁴¹. De grote belangstelling van de financiële sector voor deze vorm van effectisering kan verklaard worden door een drietal factoren⁴².

1° In de eerste plaats verschaft een effectiseringsoperatie de mogelijkheid langlopend krediet op vlotte wijze te mobiliseren. Door de overdracht van activa met een lange looptijd kan de kredietinstelling zowel het rente- als het kredietrisico afstoten.

2° Door een pakket schuldvorderingen uit de balans te lichten, verminderen financiële instellingen de omvang van de balans en dus ook de behoefte aan eigen vermogen. In het licht van de strenge normen qua solvabiliteit en eigen vermogen, waaraan kredietinstellingen thans onderworpen zijn, biedt effectisering van hypothecaire schuldvorderingen dan ook de mogelijkheid om zo nodig het balansactief te verlichten en tegemoet te komen aan de nieuwe internationale solvabiliteitsnormen⁴³.

³⁷ De wet verschaft geen duidelijkheid omtrent de vraag vanaf welk tijdstip de interesten beginnen te lopen.

³⁸ Eerste advies Raad van State, *Gedr.St., Kamer*, 1990-91, 1742/1, pp. 49-50.

³⁹ Zie hierover DE BATSELIER, D. en VANDERSTEDEN, K., «Economische aspecten van effectisering», *Bank Fin.*, 1991, 119-128; DUFURANE, J., «La titrisation en Belgique», *D.A.O.R.*, 1991, 69-75; DUPLAT, J.L., *La Titrisation - Effectisering*, Belgische Vereniging voor het onroerend krediet - Association belge du crédit immobilier, 12 juni 1991, 21 pp.; LEMAITRE, H.-P. en GLANSBORFF, F., «La titrisation des créances bancaires au regard du droit belge», *Bank Fin.*, 1990, 561-574; LUIJCKX, T., «Een verkenning van mortgage backed securities», *Bank- en Effectenbedrijf*, maart 1990, 32-36; ROMAIN, J.-F., «Examen du régime de la titrisation des créances en droit civil belge», *T.B.H.*, 1992, 836-871; SPRUYT, N., «Effectisering: hoe kan dit nieuwe financiële begrip worden vertaald naar Belgisch recht?», *Not. Fisc. M.*, 1990, 159-164; SWENNEN, H., «Roerendmaking van onroerend goed en effectisering», in *Het zakenrecht: absoluut geen rustig bezit*, Antwerpen, Kluwer, 1992, 116 e.v.; WINDEY, J., «Questions spéciales liées à la cession de créance dans ses rapports avec des mécanismes de garanties», in *Le droit de sûretés*, Editions du Jeune Barreau, 1992, 427-497.

⁴⁰ MARÉCHAL, M., «De securitisatie op de Amerikaanse kapitaalmarkten», *Bank Fin.*, 1989, 220.

⁴¹ *Memorie van toelichting, Gedr.St., Senaat*, 1990-91, 1377-1, p. 2.

⁴² *Ibid.*, p. 3.

⁴³ Zie hierover uitvoerig ROMAIN, J.-F., o.c., *T.B.H.*, 1992, 839-840.

3° Uit het oogpunt van de economische rationaliteit kan effectisering gezien worden als een verdeling van taken tussen gespecialiseerde dienstverleners. De diverse functies die deel uitmaken van de traditionele financiële bemiddeling, worden uit elkaar gehaald en toevertrouwd aan deskundigen. Tevens zullen financiële diensten verricht bij effectisering, de Belgische financiële instellingen de mogelijkheid bieden om hun inkomsten uit commissies te verhogen. Effectisering past dan ook bij de tendens tot desintermediatie, waarbij banken meer en meer afzien van hun klassieke intermediatiefunctie die erin bestaat gelden te ontvangen en ze vervolgens uit te lenen aan kredietnemers.

Effectisering belangt overigens niet alleen kredietinstellingen aan. Ook industriële ondernemingen kunnen er belang bij hebben om zich te financieren door het vrijmaken van fondsen bij effectisering, indien dit goedkoper is dan zelf rechtstreeks op de markt te moeten lenen. Hierbij denkt men vooral aan de effectisering van kredieten die via een financieringscentrum (bv. een coördinatiecentrum) aan ondernemingen van een bepaalde groep zijn verstrekt. Aan de beleggers kunnen dan, in plaats van obligaties van de financieringsvennootschap, effecten worden gegeven die schuldvorderingen vertegenwoordigen op leden van een groep, wanneer de kwaliteit van het krediet en de kwaliteit van de financiële montage beter is dan de kwaliteit van die financieringsmaatschappij ⁴⁴.

B. De instellingen voor belegging in schuldvorderingen

1° Algemeen

21. De wet van 5 augustus 1992 die in boek III, titel I, hoofdstuk I van de Wet Financiële Markten een nieuwe afdeling invoegt met als opschrift «De instellingen voor belegging in schuldvorderingen» strekt ertoe effectiseringsoperaties buiten balans naar Belgisch recht mogelijk te maken. De Belgische wetgever liet zich hierbij in niet geringe mate inspireren door de Franse wet nr. 88-1201 van 23 december 1988 ⁴⁵. De structuur van de effectiseringsoperatie ziet er grosso modo als volgt uit. Een «instelling voor belegging in schuldvorderingen» fungeert als S.P.V. Art. 1 van de wet van 5 augustus 1992 herschrijft dienaangaande art. 108 van de Wet Financiële Markten. Naast beleggingsinstellingen met een vast, respectievelijk veranderlijk, aantal rechten van deelneming, die zowel de contractuele vorm (beleggingsfondsen) als de statutaire vorm (Bevek of Bevak) kunnen aannemen, creëert de wetgever thans een derde categorie van

beleggingsinstellingen: *de instelling voor belegging in schuldvorderingen*, die eveneens zowel de contractuele vorm (fonds) als de statutaire vorm (vennootschap) kan aannemen.

Aan deze instelling worden de schuldvorderingen dan ook ter effectisering overgedragen. Als tegenwaarde creëert het S.P.V. deelnemingsrechten van verschillende categorieën. De cedent zal bijna steeds de oorspronkelijke schuldeiser zijn maar kan ook eventueel een tussenpersoon zijn aan wie de schuldvorderingen reeds zijn overgedragen, bv. een coördinatiecentrum.

Instellingen voor belegging in schuldvorderingen moeten beheerd worden door een beheersvennootschap (art. 119ter). De beheerder van het fonds of van de vennootschap voor belegging in schuldvorderingen zal de betalingsstromen en de thesauriebeleggingen beheren en zal tevens zorgen voor de overdracht van de fondsen naar de beleggers. De beheersvennootschap kan de cedent of een derde opdracht geven om de schuldvorderingen te innen volgens de modaliteiten bepaald bij de overeenkomst van invordering. Wat dit punt betreft, moet worden gewezen op een belangrijk verschil tussen de Franse en de Belgische wetgeving: de Franse wetgever laat de bevoegdheid om de schuldvordering te innen principieel berusten bij de cedent ⁴⁶. In de praktijk zal de beheerder gewoonlijk de oorspronkelijke schuldeiser de bevoegdheid verlenen om de schuldvordering te innen, zodat er een commerciële band blijft bestaan tussen deze laatste en de oorspronkelijke kredietnemer ⁴⁷. Een beheersvennootschap kan op grond van het nieuwe art. 111, § 2, Wet Financiële Markten meerdere beleggingsinstellingen beheren, wat uiteraard kostenbesparend werkt. De bewaarder is als toezichthouder op het fonds of op de vennootschap belast met de bewaring van de overgedragen activa en met de controle van de kwaliteit ervan. Uit kracht van de wet mag de bewaarder terzelfder tijd geen cedent of beheerder zijn, gelet op de mogelijke belangenconflicten.

Bij de effectiseringsoperatie zal tevens een financieel noteringsagentschap (*rating agency*) betrokken worden dat de verrichting aan een grondig onderzoek zal onderwerpen met betrekking tot de eraan verbonden risico's en de wijze waarop deze door specifieke waarborgen worden ingedekt. De rating zal als internationaal aanvaarde waarderingsnorm een onmiskenbare invloed op de risicopremie van de belegger uitoefenen. De omvang van de risicopremie wordt tevens beïnvloed door de waarborgen die aan de effectiseringsoperatie worden verbonden. Mogelijke waarborgen zijn o.m. de kredietverzekering en de «surdimensionnement», d.i. de overdracht van schuldvorderingen voor een groter bedrag dan dat van de uitgegeven effecten, of de uitgifte van achtergestelde rechten van deelneming.

22. Instellingen voor belegging in schuldvorderingen zijn instellingen die uitsluitend als doel hebben het beleggen in schuldvorderingen die in het bezit zijn van derden en overgedragen zijn aan deze instellingen bij een overdrachtsovereenkomst volgens de voorwaarden en de modaliteiten be-

⁴⁴ SWENNEN, H., «Roerendmaking van onroerend goed en effectisering», *L.c.*, 131.

⁴⁵ Art. 34 e.v. Loi n° 88-1201 du 23 décembre 1988, *Sem.Jur.*, 1989, III, 62262; Decr. n° 89-158 du 9 mars 1989, *R.D.S.*, 1989, *Lég.*, 136. Over deze Franse wet: BISMUTH, J.-L., «Titrisation des créances: trois propositions autour d'un projet», *J.C.P.*, Ed.E., 1992, 527-529; BONNEAU, T., «Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances, et le droit civil», *Rev.Trim.Dr.Civ.*, 1991, 1-48; GAVALDA, C., «Les Fonds communs de créances bancaires: Un exemple du phénomène de titrisation financière», *Rev.Soc.*, 1989, 187-208; SOUSI, B., «A la recherche d'instruments juridiques nouveaux. Defeasance, titrisation et fiducie», in *Evolutions récentes du droit des affaires*, Commission Droit et Vie des Affaires (red.), Kluwer, 1992, (135), 139-141.

⁴⁶ Art. 36, Loi n° 88-1201 du 23 décembre 1988.

⁴⁷ Verslag namens de commissie voor de Financien uitgebracht door de heer WEYTS, *Gedr.St.*, *Senaat*, B.Z. 1990-91, nr. 316/2, p. 6.

paald door de Koning (art. 119*bis* en art. 122, § 1*bis*, Wet Financiële Markten) ⁴⁸.

23. De financieringsmiddelen van deze instellingen moeten minstens gedeeltelijk uit het publiek worden aangetrokken via de openbare uitgifte van al dan niet verhandelbare effecten (art. 119*bis* Wet Financiële Markten). Het gedeeltelijk openbaar karakter van de uitgifte houdt verband met de afsplitsing van bepaalde risico's die gemeenschappelijk zijn aan de vorderingen die in het vermogen van de beleggingsinstelling zijn opgenomen. Het beheersreglement of de statuten van een instelling voor belegging in schuldvorderingen moet trouwens bepalen dat verschillende rechten van deelneming of aandelen worden gecreëerd (art. 109, § 2, 4°, Wet Financiële Markten). Het reglement of de statuten bepalen eveneens de wijze van toedeling over de verschillende klassen van effecten van de bedragen die geïnd worden bij de gecedeerde schuldenaars. Aan de rechten van deelneming kunnen zodoende verschillende rechten verbonden worden inzake kapitaal en interest. Een volledig privé-uitgifte van effecten valt evenwel buiten het toepassingsgebied van de wet, wat enigszins te betreuren valt aangezien de eerste effectiseringsverrichtingen wellicht vooral slechts enkele grote privé-investeerders zullen interesseren ⁴⁹.

Art. 119*bis* sluit de inkoop door de beleggingsinstelling van haar rechten van deelneming op verzoek van de houders ervan uit. Wat dit aspect betreft zijn de instellingen voor belegging in schuldvorderingen verwant met de instellingen met een vast aantal rechten van deelneming. Het aantal rechten van deelneming zal niettemin door de instelling zelf gewijzigd kunnen worden overeenkomstig haar reglement of statuten, met name wanneer sommige rechten van deelneming volledig terugbetaald zijn ten gevolge van de toedeling van de betalingen gedaan door de schuldenaars.

De rechten van deelneming van een instelling voor belegging in schuldvorderingen die het voorwerp uitmaken van een openbare uitgifte, worden ter beurze genoteerd (art. 125). Naast de rechten van deelneming kan een instelling voor belegging in schuldvorderingen eventueel ook obligaties of andere vormen van leningen uitgeven om de portefeuille van schuldvorderingen te financieren (art. 127*bis*). De wetgever wil hier de beleggers een lagere roerende voorheffing op vastrentende effecten laten genieten. Na de uitgifte van de obligaties of de leningen kan de instelling voor belegging in schuldvorderingen geen enkele verrichting meer uitvoeren die tot gevolg zou hebben dat de voordelen die door de uitgifte aan de schuldeisers zijn toegekend, verminderd worden. De bepalingen van de vennootschapswet met betrekking tot de vergadering van obligatiehouders, die over de aanpassing van de zekerheden kan beslissen, worden door deze *lex specialis* buiten werking gesteld ⁵⁰.

⁴⁸ De Koning zal de voorwaarden en de modaliteiten betreffende de aard van de schuldvorderingen die geëffectiseerd kunnen worden, bv. de voorwaarden met betrekking tot kwaliteit en homogeniteit vaststellen.

⁴⁹ ROMAIN, J.-F., o.c., *T.B.H.*, 1992, 862.

⁵⁰ SWENNEN, H., «Roerendmaking van onroerend goed en effectisering», *L.c.*, 131.

2° De beleggingsvennootschap

24. De statutaire vorm van de instelling voor belegging in schuldvorderingen is de vennootschap voor belegging in schuldvorderingen, V.B.S. genaamd. De V.B.S. is onderworpen aan de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen voor zover daarvan niet wordt afgeweken door de bepalingen van boek III Wet Financiële Markten (art. 119*sexies*, § 1). Zij moet worden opgericht als naamloze vennootschap of als commanditaire vennootschap op aandelen en zij heeft als uitsluitend doel de collectieve belegging in schuldvorderingen die in het bezit zijn van derden en aan de beleggingsinstellingen zijn overgedragen. Ze mag geen andere activa bezitten dan die welke noodzakelijk zijn voor de verwezenlijking van haar statutair doel. Het bedrag van het vast gedeelte van haar maatschappelijk kapitaal mag niet lager zijn dan 1.250.000 fr. en dient volledig volgestort te zijn (art. 119*sexies*, § 3). Het deel van het kapitaal dat hoger is dan dit bedrag, kan zonder statutenwijziging verminderd worden in verhouding tot de aflossing van de schuldvorderingen. In zoverre de vennootschap obligaties heeft uitgegeven of leningen heeft aangegaan, kan een kapitaalvermindering slechts plaatsvinden indien de obligaties of leningen zijn terugbetaald. Art. 109, § 3, Wet Financiële Markten staat de V.B.S. niet toe de netto-opbrengst van haar activa te kapitaliseren. De mogelijkheid tot kapitalisatie zou een inbreuk betekenen op de fiscale neutraliteit, die nagestreefd wordt tussen de geïntermedeerde en de ongeïntermedeerde weg en zou derhalve de grondslag van de roerende voorheffing onrechtmatig verminderen ⁵¹. Ook de beleggingsvennootschap moet, zoals gezegd, worden beheerd door een beheersvennootschap. De verplichte tussenkomst van een beheersvennootschap lijkt een eigenaardigheid die, zoals de Raad van State opmerkte, moeilijk verenigbaar is met art. 13, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen ⁵². De rol van een beheersvennootschap bij een V.B.S. blijft dan ook beperkt tot het adviseren omtrent elke kwestie van handels- of financiële aard.

3° Het beleggingsfonds

25. Het beleggingsfonds beschikt niet over rechtspersoonlijkheid. Het moet worden beschouwd als een onverdeeld vermogen waarvan de deelnemers (de beleggers) de gerechtigden zijn. Dit vermogen wordt beheerd door een beheersvennootschap (art. 111). Het verplichte beroep op een beheersvennootschap is evident, wanneer de beleggingsinstelling de contractuele vorm van het fonds aanneemt. Bij gebreke van rechtspersoonlijkheid moet dit onverdeeld vermogen noodzakelijkerwijze door een beheersvennootschap worden beheerd en vertegenwoordigd. De activa van het fonds worden in bewaring gegeven bij een bewaarder. De bewaarder geldt als juridische eigenaar, zij het dat de uitoefening van dit eigendomsrecht een gedeelde bevoegdheid is tussen bewaarder en beheerder.

⁵¹ Memorie van toelichting, *Gedr.St.*, *Senaat*, 1990-91, nr. 1377/1, p. 8.

⁵² Advies Raad van State, *Gedr.St.*, *Senaat*, 1990-91, nr. 1377/1, p. 24.

26. Het fonds heeft geen rechtspersoonlijkheid maar vormt slechts een onverdeeldheid die toekomt aan de deelnemers. Volgens de heersende opvatting mag echter niet in termen van een klassieke medeëigendom worden gedacht. De vraag wie als eigenaar van de activa van het fonds beschouwd moet worden, heeft uiteraard een zeer groot praktisch belang. Indien men het fonds kwalificeert als een vorm van contractuele onverdeeldheid die door de beheersvennootschap beheerd wordt voor rekening van de deelnemers, dan bestaat het risico dat een privé-schuldeiser van een deelnemer beslag legt op het onverdeeld aandeel van zijn debiteur in het fonds. Verder zou de deelnemer zelfs met zijn privé-vermogen gehouden zijn tot de aan het beleggingsfonds toerekenbare schulden en dit zonder enige beperking van het verhaalsrecht tot beloop van het netto-actief of proportioneel aan het recht van deelneming. De deelnemers hebben geen zakenrechtelijke aanspraken op de activa van het fonds, maar slechts vorderingsrechten op diegenen die instaan voor het beheer en de bewaring van het fonds⁵³. Het gaat hier dus om een fiduciaire verhouding tussen de economisch gerechtigden (de deelnemers) en de beheerder en bewaarder die als juridisch eigenaar gelden⁵⁴. Dit leidt ertoe dat privé-schuldeisers van de deelnemers geen beslag kunnen leggen op het onverdeeld aandeel van de deelnemers in de activa van het fonds. Die activa staan slechts bloot aan het verhaalsrecht van de schuldeisers van het fonds, d.w.z. voor verbintenissen aangegaan door de beheersvennootschap voor rekening van het fonds.

Schuldeisers van de bewaarder c.q. beheerder zelf kunnen daarentegen geen verhaal nemen op het actief van het fonds, zomin als bij faillissement van de bewaarder c.q. beheerder dit actief in de boedel valt. Geldt de bewaarder c.q. beheerder als «juridische» eigenaar, dan gaat het echter om een fiduciaire eigendom bij wijze van beheer. Privé-schuldeisers van de bewaarder behoren te weten dat dit vermogen in feite toekomt aan de beleggers⁵⁵.

4° Dagtekening van de overdracht

27. Wat de overdracht van schuldvorderingen betreft, bepaalt art. 119ter, derde lid, dat art. 1328 B.W. niet van toepassing is, wanneer de schuldvordering overgedragen wordt aan een instelling voor belegging in schuldvorderingen. Dit artikel moet worden gelezen in samenhang met het ontwerp van wet tot wijziging van art. 1690 B.W. Ten aanzien van derden, anderen dan de gecedeerde schuldenaar, wordt de overdracht naar komend recht tegenwerpbaar door het sluiten van de overeenkomst van overdracht. De toepassing van art. 1328 B.W. ziet niet op de verhouding tot de gecedeerde debiteur. Ten aanzien van deze «derde» wordt de cessie im-

mers eerst tegenwerpbaar door de kennisgeving. De vaste dagtekening van de cessie gaat hem niet aan. Aldus zal hij in geval van achtereenvolgende cessies de voorkeur moeten geven aan de overnemer wiens cessie het eerst ter kennis is gebracht. Art. 1328 heeft daarentegen wel belang voor de overige derden die een conflicterend recht hebben op de overgedragen schuldvordering. Te denken valt aan resp. schuldeisers van de cedent en cessionaris. Het conflict tussen de cessionaris en de schuldeiser van de cedent die op de schuldvordering beslag legt, wordt opgelost door de anterioriteitsregel. De cessionaris zal dienen aan te tonen dat de overdracht aan het beslag voorafging. In burgerlijke zaken betekent zulks dat de cessie vaste dagtekening heeft vóór het beslag. In handelszaken geldt art. 1328 B.W. echter niet⁵⁶. Daar zal de cessionaris door alle middelen rechte de anterioriteit van de cessie mogen bewijzen. De wet bepaalt dan ook ten overvloede dat art. 1328 B.W. niet van toepassing is bij cessie van schuldvorderingen in het kader van een effectiseringsoperatie, aangezien de verbintenis van de cedent steeds van commerciële aard zal zijn⁵⁷.

IV. Besluit

28. De wetgever heeft aldus het juridisch kader geschaffen waarbinnen de effectisering van hypothecaire schuldvorderingen mogelijk wordt. In welke mate van deze nieuwe techniek ook daadwerkelijk gebruik zal worden gemaakt, zal de toekomst moeten uitwijzen.

Uit juridisch oogpunt is de gehele operatie hoe dan ook belangrijk te noemen. Zij levert immers een ingrijpende wijziging op van het verbintenissenrecht, van het hypotheekrecht en van het gehele vermogensrecht. Wat het eerste betreft, wordt het als fundamenteel geachte onderscheid tussen de interne en externe werking bij de overdracht van schuldvorderingen opgeheven. In het hypotheekrecht wordt het principe dat alleen authentieke akten in aanmerking komen voor hypothecaire publiciteit, losgelaten. Ten slotte dwingt de werking van de beleggingsfondsen ons te denken in termen van fiduciaire eigendomsverhoudingen. In die zin worden de woorden van wijlen prof. J. Ronse dat het handelsrecht de gangmaker is van het burgerlijk recht eens te meer bewaarheid. Men moet zich hierbij echter ook afvragen of dergelijke wettelijke ingrepen op den duur geen afbreuk doen aan de coherentie van het systeem van het vermogensrecht. In die zin blijft ook de waarschuwing van Meijers geldig dat een wijziging van het Burgerlijk Wetboek niet kan gebeuren zonder die wijziging in het hele systeem door te denken om zodoende de eenheid van het privaatrecht te waarborgen⁵⁸.

E. DIRIX en G. VAN HAEGENBORGH
K.U.Leuven

⁵³ VAN RYN en HEENEN, *Principes*, III, nr. 152; ROMAIN, J.-F., o.c., *T.B.H.*, 1992, 846; WINDEY, J., o.c., in *Le droit des sûretés*, 476.

⁵⁴ Anders: CORNELIS, L. en PEETERS, J., «De gemeenschappelijke beleggingsfondsen en vennootschappen», in *De nieuwe beurswetgeving*, JAN RONSE INSTITUUT (red.), 321-322.

⁵⁵ SWENNEN, H., «Trustachtige rechtsfiguren in België», nr. 13 (preadvis Ver. Vergl. Studie van het Recht van België en Nederland), te verschijnen in *T.P.R.*, 1993.

⁵⁶ Cass., 25 november 1982, *Arr.Cass.*, 1982-83, nr. 190, *Pas.*, 1983, I, 387; Cass., 27 januari 1956, *Pas.*, 1956, I, 543; DEKKERS, R., *Handboek Burgerlijk Recht*, II, Brussel, Bruylant, 1971, 380, nr. 666.

⁵⁷ Anders: ROMAIN, J.-F., o.c., *T.B.H.*, 1992, 868-869.

⁵⁸ MEIJERS, E.M., «Het feilloos deel van ons burgerlijk wetboek», in *Verz.Priv.Opst.*, Leiden, 1954, I, 98.

RECHTSPRAAK

ARBITRAGEHOF

18 FEBRUARI 1993

Voorzitter: de h. André

Rapporteurs: de hh. Martens en Suetens

Advocaten: mrs. Lagasse en Legros

Grondwet – Grondrechten – Gelijkheid – Tandarts – Reclameverbod – Kliniek van ziekenfonds – Bekendmaking van zitdagen en -uren

Art. 1, tweede lid, van de wet van 15 april 1958, dat bepaalt dat het feit dat de klinieken en poliklinieken van ziekenfondsen de zitdagen en -uren, de naam van hun tandartsen en de wijzigingen die er verband mee houden, ter kennis van hun leden brengen, geen reclame is zoals in dat artikel is omschreven, houdt geen schending van de artt. 6 en 6bis Gw. in.

Vereniging der Mond- en Tandartsen van België t/ S.
Arrest nr. 15/93

I. Onderwerp

In een vonnis van 17 maart 1992 in zake de procureur des Konings en de Vereniging der mond- en tandartsen van België tegen R.S., heeft de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel (55ste kamer zitting houdende in correctionele zaken) de volgende prejudiciële vraag gesteld:

«Schendt het tweede lid van artikel 1 van de wet van 15 april 1958 volgens hetwelk onder reclame, zoals in dat artikel omschreven, niet is begrepen het feit voor de mutualistische klinieken en polyklinieken ter kennis van hun leden te brengen de zitdagen en -uren, de naam van hun titularissen en de wijzigingen die ermede verband houden, de artikelen 6 en 6bis van de Grondwet?»

II. De feiten en de rechtspleging in het bodemgeschil

René S. wordt voor de Correctionele Rechtbank te Brussel vervolgd wegens overtreding van de artikelen 1, 3, 7 en 8 van de wet van 15 april 1958 betreffende de publiciteit inzake tandverzorging.

Hem wordt ten laste gelegd dat hij een bij die bepalingen verboden reclame heeft gemaakt bij gelegenheid van een promotie die hij had georganiseerd voor een methode om tanden wit te maken, een methode die enkel mag worden gebruikt door een tandarts die beschikt over een uitrusting die wordt verkocht door de b.v.b.a. «Ets. René S. - Produits dentaires», waarvan de beklaagde zaakvoerder is. René S. geeft toe dat hij na afloop van een persconferentie aan de journalisten een dossier heeft overhandigd waarin stond dat bijkomende inlichtingen konden worden verkregen bij de vennootschap, waarvan het telefoonnummer was vermeld. Hij beweert evenwel dat die vermelding voor de journalisten bestemd was en dat het de journalisten zijn die het initiatief hebben genomen om die vermelding in hun artikelen op te nemen. Tal van personen hebben contact opgenomen met de beklaagde, die hun de lijst heeft bezorgd van de lokale practici die de door hem aangeprezen methode om tanden

wit te maken, toepassen. De rechtbank heeft daaruit afgeleid dat de beklaagde op die manier rechtstreeks reclame had gemaakt voor sommige tandartsen, maar heeft, alvorens uitspraak ten gronde te doen, aan het Hof de voormelde vraag gesteld.

...

IV. In rechte

...

B.1. Krachtens artikel 26, § 2, derde lid, 2°, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof staat het aan de rechter die een prejudiciële vraag stelt vooraf na te gaan of het antwoord op die vraag onontbeerlijk is om uitspraak te doen. Het Hof, waarbij de vraag bij vonnis van 17 maart 1992 van de Correctionele Rechtbank te Brussel op regelmatige wijze aanhangig is gemaakt, dient niet te onderzoeken of het antwoord dat het zal geven, nuttig is voor de verdediging van de voor de verwijzende rechter vervolgde persoon. Het Hof dient enkel te zeggen of artikel 1 van de wet van 15 april 1958 al dan niet een discriminatie in het leven roept in zoverre het tweede lid van dat artikel reclame inzake tandverzorging toestaat wanneer die door een kliniek of polikliniek van de ziekenfondsen wordt gemaakt, terwijl het eerste lid die reclame in alle andere gevallen verbiedt.

B.2. Artikel 1 van de wet van 15 april 1958 bepaalt:

«Niemand mag voor het verzorgen of voor het doen verzorgen door een al dan niet bevoegd persoon, in België of in het buitenland, van aandoeningen van letsels of afwijkingen van de mond en van de tanden direct of indirect enige reclame maken, zoals door uitstallingen of uithangborden, door opschriften of platen die kunnen misleiden omtrent de wettelijke aard van de opgegeven activiteit, door prospectussen, circulaires, brochures, strooibiljetten, langs de pers, de ether of de bioscoop, door de belofte of het verlenen van allerhande voordelen, zoals kortingen, kosteloos vervoer van patiënten, of door optreden van ronselaars of klantenjagers.

Onder reclame, zoals in dit artikel omschreven, is niet begrepen het feit voor de mutualistische klinieken en polyklinieken ter kennis van hun leden te brengen de zitdagen en -uren, de naam van hun titularissen en de wijzigingen die ermede verband houden.»

Zoals uit de tekst van het eerste lid van artikel 1 en uit de memorie van toelichting bij de wet van 15 april 1958 blijkt, heeft de wetgever de bestaande wetgeving willen aanvullen die niet bij machte was gebleken «(een einde te maken aan) al de handels- of kwakzalverpraktijken die bij de uitoefening van de tandheelkunde al te vaak voorkomen.» Hij heeft de «schreeuwerige reclame» willen treffen die wordt georganiseerd door «klinieken met een commercieel karakter (die) alle overtuigingsmiddelen aanwenden om een cliënteel te lokken die des te gemakkelijker te overreden is dat zij weinig afweet van de gevaren waaraan zij zich blootstelt» (*Gedr.St., Kamer, 1957-58, nr. 809/1, 1-4*).

De wet strekt er ook toe «het strafpeil te verhogen en de mogelijkheid te scheppen om straf uit te spreken tegen onbevoegden wier optreden schade doet aan het belang van de volksgezondheid en de waardigheid van het beroep» (verslag

van de commissie van Volksgezondheid en van het Gezin, *Gedr.St., Senaat*, 1957-58, 228).

B.3. Het tweede lid van artikel 1 van de wet van 15 april 1958 wijkt geenszins af, ten voordele van de mutualistische klinieken en poliklinieken, van het verbod op reclame dat in het eerste lid is voorgeschreven. Het bepaalt enkel dat die klinieken en poliklinieken geen verboden reclame voeren wanneer zij «de zitdagen en -uren, de naam van hun titularissen en de wijzigingen die ermede verband houden, ter kennis van hun leden brengen».

B.4. Die bepaling dient in verband te worden gebracht met artikel 8*quinquies*, eerste lid, van het koninklijk besluit van 1 juni 1934 houdende reglement op de beoefening der tandheelkunde, gewijzigd bij het koninklijk besluit van 9 november 1951. Dat artikel bepaalt :

«Voor de bekendmaking aan het publiek, mag op het gebouw waar een overeenkomstig artikel 1 bevoegde persoon de tandheelkunde beoefent, slechts een opschrift of een plaat van bescheiden afmetingen en uitzicht aangebracht worden, waarop de naam van de bevoegde persoon en eventueel zijn wettelijke betiteling, zijn zitdagen en -uren, de benaming van de onderneming of het verzorgingsorganisme voor rekening waarvan hij zijn beroepsactiviteit uitoefent, vermeld worden ; daarop mag insgelijks het onderdeel der tandheelkunde dat de bevoegde persoon inzonderheid uitoefent, aangegeven worden : operatieve tandheelkunde, mondprothese, orthodontie, tandchirurgie.»

Artikel 1, tweede lid, van de wet van 15 april 1958 heeft tot doel de mutualistische klinieken en poliklinieken waarin tandartsen werkzaam zijn, toe te staan hun leden een zelfde informatie te geven als die welke de tandartsen op grond van het voormelde artikel 8*quinquies* aan hun clientèle mogen geven. De bij artikel 8*quinquies* toegestane informatie betreft alle tandartsen, ongeacht of zij individueel werken, in tandartskabinetten of in openbare of private klinieken. Voor de commissie van Volksgezondheid en van het Gezin in de Senaat heeft de minister trouwens verklaard dat «alle klinieken en ziekenhuizen het recht hebben de spreekuren en de namen van de artsen ter kennis te brengen van het publiek, binnen de perken van artikel 8*quinquies* van het koninklijk besluit van 1 juni 1934...»

Artikel 1, tweede lid, van de wet van 15 april 1958 is weliswaar zodanig geformuleerd dat het niet alleen, zoals bij artikel 8*quinquies* van het koninklijk besluit van 1 juni 1934, de opschriften op het gebouw waar tandverzorging wordt verstrekt, toestaat. Het staat de mutualistische klinieken en poliklinieken ook toe dezelfde informatie via andere middelen te geven. Daardoor ontstaat een ongelijkheid tussen de tandartsen die in de mutualistische klinieken werken en degenen die voor de uitoefening van de geneeskunst van andere groepspraktijken deel uitmaken. Dat verschil in behandeling is niettemin verantwoord in zoverre de door de mutualistische instellingen gegeven informatie niet voor het algemeen publiek bestemd is maar voor de beperkte categorie van personen die reeds voor een ziekenfonds hebben gekozen door zich erbij aan te sluiten.

B.5. Wanneer de bij artikel 1, tweede lid, van de wet van 15 april 1958 voorgeschreven afwijking beperkt blijft tot de erin beschreven informatie, is zij niet onevenredig. Zij staat de beoogde instellingen geenszins toe de aangewende methodes te beschrijven of de verdiensten van de verstrekte verzorging te roemen.

Mocht een mutualistische kliniek of polikliniek in die bepaling een toelating willen zien om af te wijken van de regel die elke reclame inzake tandverzorging verbiedt, dan zou zij zich blootstellen aan de straffen die zijn voorgeschreven bij de artikelen 3 en volgende van de wet.

Het Hof, zegt voor recht,

Artikel 1, tweede lid, van de wet van 15 april 1958 dat bepaalt dat het feit dat de mutualistische klinieken en poliklinieken de zitdagen en -uren, de naam van hun titularissen en de wijzigingen die ermede verband houden ter kennis van hun leden brengen, geen reclame is zoals in dat artikel is omschreven, houdt geen schending in van de artikelen 6 en 6bis van de Grondwet.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 14 DECEMBER 1992

Voorzitter-rapporteur : de h. Marchal

Openbaar ministerie : de h. Lenaerts, procureur-generaal
Advocaten : mrs. Bützler en van Hecke

Minder-validen – Tegemoetkomingen – Inkomen – Wijziging vóór ingangsdatum tegemoetkoming – In aanmerking te nemen inkomen

Voor de toepassing van de bepaling van art. 9, K.B. 6 juli 1987, volgens welke, wanneer vóór de ingangsdatum van de tegemoetkoming de gegevens inzake inkomen gewijzigd zijn, daar rekening mee wordt gehouden voor zover de wijziging minstens 20% bedraagt, kan geen rekening worden gehouden met een vermindering van het inkomen van het jaar van de ingangsdatum van de tegemoetkoming.

P. t/ Belgische Staat

Conclusie van procureur-generaal H. Lenaerts

Het recht op sociale bijstand – gewaarborgd inkomen voor bejaarden, gewaarborgde gezinsbijslag, bestaansminimum, tegemoetkoming aan gehandicapten – wordt mede bepaald door de bestaansmiddelen van de gerechtigde. Dat was vroeger ook het geval voor het werknemerspensioen en thans nog enigermate voor het pensioen van zelfstandigen.

Opzet van die regelingen is alle mogelijke en zelfs vermoedelijke bestanddelen van het inkomen in aanmerking te nemen. Zo wordt bijvoorbeeld vermoed dat de gerechtigde op het ogenblik van de aanvraag nog een inkomen geniet als gevolg van de overdracht van roerende en onroerende goederen die in de loop van de tien voorafgaande jaren is gebeurd. Dat vermoeden is onweerlegbaar, zodat het zelfs geldt wanneer de gerechtigde het goed om niet heeft afgestaan.

De desbetreffende wetgeving is erg ingewikkeld en leidt tot een omslachtige administratieve rompslomp, grote vertraging bij het onderzoek van de aanvragen en vele betwistingen omtrent de berekening van de bestaansmiddelen.

De gehandicaptenwetgeving van 1987 heeft met dat systeem resoluut gebroken. De wet zelf stelt weliswaar alleen het beginsel vast en laat de concrete regeling over aan de

Koning. Maar de bedoeling van de wetgever wordt tijdens de parlementaire voorbereiding duidelijk omschreven.

In de memorie van toelichting wordt die als volgt geformuleerd:

«In tegenstelling tot de huidige regeling zijn het (...) niet alle bestaansmiddelen die in aanmerking worden genomen, maar worden enkel de reële inkomsten in aanmerking genomen, die ook in aanmerking komen voor de inkomstenbelasting.

(...) Een tweede vereenvoudiging betreft de aanrekening van het inkomen i.p.v. de bestaansmiddelen. Deze maatregel zal eveneens de snelle behandeling van de aanvragen bevorderen»¹.

«Het is de bedoeling enkel rekening te houden met de inkomsten die ook in aanmerking komen voor de personenbelastingen. In de bestaande regeling worden de bestaansmiddelen in rekening gebracht volgens hun aard»².

Die opzet wordt tijdens de behandeling van het wetsontwerp zowel in de commissies als in de openbare vergaderingen van Kamer en Senaat herhaaldelijk bevestigd³.

In de kamercommissie preciseerde de staatssecretaris dat de vereenvoudiging zal worden gerealiseerd doordat «het inkomen zal (...) worden vastgesteld op basis van een document betreffende de inkomstenbelastingen»⁴, wat zij nogmaals bevestigde in de openbare vergadering⁵. Voorts wees zij in de commissie erop dat de vertraging bij de behandeling van de aanvragen vooral werd veroorzaakt door het onderzoek naar de bestaansmiddelen⁶.

Dat het inkomen wordt bepaald op grond van het belastbaar inkomen zoals dit is vastgesteld in het aanslagbiljet, is in de opvatting van de wetgever dus geen bijkomstig procedurevoorschrift. Het is een fundamentele innovatie, die wordt geacht essentieel te zijn voor de vereenvoudiging van de wetgeving en voor een spoedige afhandeling van de aanvragen.

Daarom meen ik dat, in zoverre het koninklijk besluit daarop een uitzondering maakt, deze strikt moet worden geïnterpreteerd.

Artikel 8 van het koninklijk besluit van 6 juli 1987 neemt het belastbaar inkomen van het tweede jaar vóór de aanvraag in aanmerking, omdat het dan zeker is vastgesteld en gekend, wanneer de aanvraag moet worden onderzocht.

Laat artikel 9 daarop een uitzondering toe, dan moet het gaan om vaste gegevens die zich vóór de ingangsdatum hebben voorgedaan. Gaat het om een wijziging van het inkomen zelf, dan kan het inkomen van het jaar van de aanvraag niet in aanmerking komen, omdat op het ogenblik van de aanvraag nog geen belastbaar inkomen voor dat jaar is vastgesteld.

Artikel 9 spreekt weliswaar niet van een wijziging van het inkomen, maar van een «gegeven inzake inkomen». Maar wat kan dat anders zijn dan dat het bedrag van het inkomen gewijzigd is? Het kan toch niet volstaan dat men als gegeven

inzake inkomen alleen beschouwt dat de gerechtigde bijvoorbeeld werkloos of arbeidsongeschikt is geworden. Uit dat enkele feit kan niet worden afgeleid dat het inkomen gewijzigd is. Daaraan moet een bedrag worden verbonden. En dat bedrag moet vergelijkbaar zijn met dat van twee jaar vóór de aanvraag. Dus moet het ook een belastbaar inkomen zijn. En dat kan maar worden vastgesteld nadat het jaar verstreken is en blijkt uit het aanslagbiljet.

Neemt men het belastbaar bedrag niet in aanmerking, dan moet men noodgedwongen rekening houden met het vermoedelijke inkomen afgeleid uit het werkelijk inkomen van de maanden vóór de aanvraag.

Zo de tegemoetkoming op het einde van het jaar wordt aangevraagd, kan de administratie misschien het belastbaar inkomen nog kennen tijdens het onderzoek en vooraleer zij over de aanvraag beslist. Maar dat is niet het geval wanneer de aanvraag in het begin van het jaar wordt ingediend. Dan beschikt zij alleen over een gedeeltelijk – werkelijk of vermoedelijk – inkomen. Zo vervalt men opnieuw in het oude systeem van ondoorzichtige berekeningen en de daaruit voortvloeiende mogelijke betwistingen. Dan staat men ver af van de door de wetgever beoogde vereenvoudiging het inkomen vast te stellen op grond van het aanslagbiljet.

In geval van betwisting kan het belastbaar inkomen van het jaar van de aanvraag misschien wel bekend zijn op het ogenblik dat de arbeidsgerechten uitspraak doen. Maar daarmee mag de rechter geen rekening houden, wanneer de administratie dat inkomen niet kende en zijn beslissing daarop niet heeft laten steunen. Anders doet de rechter meer dan onderzoeken of die beslissing wettig is. Dan stelt hij zich in de plaats van het bestuur en herzielt het diens beslissing met miskenning van de desbetreffende wettelijke voorschriften, met name artikel 8 van de wet van 27 februari 1987 en de artikelen 20 tot 23 van het koninklijk besluit van 6 juli 1987.

Ik meen derhalve dat het belastbaar inkomen van het tweede jaar vóór de aanvraag alleen kan worden vervangen door een ander belastbaar inkomen dat vóór de aanvangsdatum van de tegemoetkoming is vastgesteld en gekend door een aanslagbiljet.

Derhalve kan geen rekening worden gehouden met het inkomen van het jaar van de ingangsdatum van de tegemoetkoming.

Wil de aanvrager dat wel in aanmerking doen nemen, dan moet hij de herziening van de beslissing vragen, zoals in de zaak 8104 is gebeurd. Dat kan nadeliger zijn, omdat dan een andere ingangsdatum in aanmerking komt. Maar omgekeerd kan de voorgestelde regel ook in het voordeel van de gerechtigde spelen, wanneer zijn inkomen is verhoogd. Dan is de administratie verplicht de oorspronkelijke beslissing zo nodig ambtshalve te herzien en de tegemoetkoming te verminderen. Ook die vermindering mag maar worden toegepast op grond van het belastbaar inkomen vastgesteld in het aanslagbiljet en, krachtens artikel 23, § 2, van het koninklijk besluit van 6 juli 1987, met ingang van de eerste van de maand die volgt op de vaststelling.

...

Arrest

Gelet op het bestreden arrest, op 11 juni 1990 door het Arbeidshof te Gent, afdeling Brugge, gewezen;

¹ *Gedr.St., Kamer*, 1985-86, nr. 448/1, 3.

² *Id.*, blz. 6.

³ *Ibid.*, nr. 448/4, 3 en 9; *Gedr.St., Senaat*, 1986-87, nr. 335/2, 6 en 16; *Hand., Senaat*, 1986-87, 10 febr. 1987, 1037.

⁴ *Gedr.St., Kamer*, 1985-86, nr. 448/4, 11.

⁵ *Hand., Kamer*, 1985-86, 9 juli 1986, 1401.

⁶ *Gedr.St., Kamer*, 1985-86, nr. 448/4, 23.

De C.

Overwegende dat, krachtens artikel 8, § 1, van het koninklijk besluit van 6 juli 1987, voor de toekenning van de inkomensvervangende tegemoetkoming en de integratietegemoetkoming als inkomen in aanmerking komt het in het eerste lid van die paragraaf omschreven belastbaar inkomen van het tweede jaar dat aan het jaar voorafgaat in de loop waarvan de aanvraag wordt ingediend; dat dit inkomen voorkomt op het aanslagbiljet dat wordt afgeleverd door de Administratie der Directe Belastingen;

Dat artikel 9 van hetzelfde koninklijk besluit bepaalt dat, wanneer vóór de ingangsdatum van de tegemoetkoming, de gegevens inzake burgerlijke staat, de samenstelling van het gezin, samenwoning of inkomen, welke tot grondslag hebben gediend voor de bepaling van het bedrag van het op het aanslagbiljet voorkomend inkomen, gewijzigd zijn, rekening wordt gehouden met de nieuwe toestand en het bedrag van het inkomen eventueel wordt aangepast, voor zover de wijziging van dit inkomen minstens 20% bedraagt;

Overwegende dat het belastbaar inkomen van het jaar van de aanvraag om tegemoetkoming pas na het verstrijken van dat jaar kan worden vastgesteld en kan worden vergeleken met het belastbaar inkomen van twee jaar vóór dat van de aanvraag; dat het inkomen van het jaar waarin de tegemoetkoming ingaat, de in voormeld artikel 9 bedoelde gegevens inzake het inkomen niet kan wijzigen vóór de ingangsdatum van de tegemoetkoming;

Dat voor de toepassing van dit artikel 9 geen rekening kan worden gehouden met een vermindering van het inkomen van het jaar van de ingangsdatum van de tegemoetkoming;

NOOT—Op dezelfde dag is een tweede, identiek arrest gewezen in de zaak nr. 8104, waarnaar in de conclusie van het openbaar ministerie wordt verwezen.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 22 DECEMBER 1992

Voorzitter: de h. D'Haenens

Rapporteur: de h. De Peuter

Openbaar ministerie: de h. Goeminne

Advocaat: mr. Buyst

Voorlopige hechtenis — 1. Invrijheidstelling — 2. Kwalificatie van het misdrijf

1. Art. 30, § 4, Wet Voorlopige Hechtenis 1990 verbindt aan het overschrijden van de bepaalde termijn niet de invrijheidstelling van de verdachte. De wetgever legt aldus die termijn niet op als een op sanctie van invrijheidstelling voorgeschreven substantiële vorm, maar wel als een formaliteit die de rechter zal dienen te toetsen aan de rechten van de verdachte, inzonderheid wat zijn recht van verdediging betreft.

2. De kamer van inbeschuldigingstelling heeft de plicht de juiste juridische benaming te geven aan de feiten die haar worden voorgelegd.

Gelet op het bestreden arrest, op 11 december 1992 gewezen door het Hof van Beroep te Antwerpen, kamer van inbeschuldigingstelling;

Over de namens eiser ingediende memorie waarvan een door de griffier van het Hof voor eensluidend verklaarde kopie aan dit arrest is gehecht en daarvan deel uitmaakt;

Over het eerste middel:

Overwegende dat, nadat het Hof van Beroep te Antwerpen, kamer van inbeschuldigingstelling, bij arrest van 10 november 1992 de beroepen beslissing van de raadkamer te Antwerpen van 23 oktober 1992 waarbij de aan eiser opgelegde voorlopige hechtenis gehandhaafd werd, bevestigd had, eiser opnieuw voor de raadkamer te Antwerpen verscheen op 24 november 1992, d.i. binnen de termijn van vijftien dagen bepaald in artikel 30, § 4, van de wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis; dat het arrest gedurende die termijn een titel van vrijheidsbeneming levert, te rekenen van de beslissing;

Overwegende dat artikel 30, § 4, van de wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis, in tegenstelling tot andere artikelen van dezelfde wet — zoals de artikelen 8, tweede lid, 18, § 1, laatste lid, 25, § 2, zesde lid, 30, § 3, tweede lid, 31, § 3, tweede lid, § 4 en § 5 — aan het overschrijden van de bepaalde termijn, te dezen vijftien dagen, niet de invrijheidstelling van de verdachte verbindt;

Overwegende dat de wetgever aldus de in artikel 30, § 4, van de gezegde wet bepaalde termijn niet oplegt als een op sanctie van invrijheidstelling voorgeschreven substantiële vorm, maar wel als een formaliteit die de rechter zal dienen te toetsen aan de rechten van de verdachte, inzonderheid wat zijn recht van verdediging betreft;

Overwegende dat op 24 november 1992 de zaak voor behandeling werd uitgesteld tot 27 november 1992 «op vraag van alle raadslieden en met uitdrukkelijk akkoord van de drie verdachten voor inzage nieuwe stukken»;

Dat de rechter door op dit verzoek in te gaan en hierdoor de in artikel 30, § 4, van de Wet Voorlopige Hechtenis bepaalde termijn te overschrijden, dit artikel niet schendt;

Dat het middel faalt naar recht;

Over het tweede middel:

Overwegende dat het arrest eisers verweer beantwoordt met overname van de redengeving van het arrest van 10 november 1992;

Overwegende dat eiser het bestaan van rechtsgeldig aan het licht komen van de tegen hem aangevoerde ernstige aanwijzingen van schuld betwist nu zulks het gevolg is van een overtreding van artikel 460 van het Strafwetboek begaan door zekere Hendrickx die een brief opende en zodoende het briefgeheim schond;

Overwegende dat tot de constitutieve elementen van het misdrijf van artikel 460 van het Strafwetboek behoort de omstandigheid dat de bedoelde brief aan de post was toevertrouwd; dat eiser dit element niet aanvoert;

Overwegende dat voor het overige het onderzoek van het middel het Hof zou verplichten tot een onderzoek van feiten waarvoor het niet bevoegd is;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

Over het derde middel:

Overwegende dat de kamer van inbeschuldigingstelling de plicht heeft de juiste juridische benaming te geven aan de feiten die haar worden voorgelegd;

Overwegende dat de appelrechter te dezen op grond van de feitelijke gegevens door hem vermeld kon oordelen dat het aan verdachte ten laste gelegde misdrijf niet een inbreuk schijnt te zijn op artikel 380bis, 3°, van het Strafwetboek (souteneurschap) maar wel op het 1° van zelfde artikel (ten einde eens anders driften te voldoen, een meerderjarige, of buiten de gevallen van de twee vorige artikelen, een minderjarige, zelfs met hun toestemming aanwerven, meenemen of wegbrengen met het oog op het plegen van ontucht of prostitutie);

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

...

NOOT – *Over ontucht, prostitutie en voorlopige hechtenis*

1. De problematiek van feit en kwalificatie loopt als een rode draad door het gehele strafprocesrecht. Ook bij de voorlopige hechtenis kan dat probleem zeer acuut worden (zie De Codt, J., «Le contrôle de la détention préventive», *La détention préventive*, B. Dejemeppe (red.), 230). Eiser in cassatie werd in deze zaak aangehouden uit hoofde van souteneurschap (art. 380bis, 3°, Sw.). In het bestreden arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling werd de voorlopige hechtenis gehandhaafd, waarbij het misdrijf omgevormd werd tot het aanwerven, meenemen of wegbrengen van een persoon met het oog op het plegen van ontucht of prostitutie, ten einde eens anders driften te voldoen (art. 380bis, 1°, Sw.).

Terwijl voorheen enige aarzeling merkbaar was i.v.m. de stadia waarin een herkwalficatie in het kader van de voorlopige hechtenis mogelijk was (zie Morlet, P., «Changement de qualification, droits et devoirs du juge», *R.D.P.*, 1990, 572; K.I. Brussel, 7 april 1987, *J.T.*, 1987, 367; Rk. Dendermonde, 26 augustus 1980, *R.W.*, 1980-81, 1595), is deze thans weggenomen door art. 23, 3°, van de wet van 20 juli 1990, dat bepaalt dat de raadkamer in elk stadium van de rechtspleging de kwalificatie kan wijzigen, indien zij de omschrijving van de in het bevel tot aanhouding bedoelde feiten niet passend acht. Hoewel de wet dit voor de appelprocedure niet expliciet aangeeft, spreekt het vanzelf dat hetzelfde recht toekomt aan de kamer van inbeschuldigingstelling die oordeelt over een hoger beroep (Cass., 2 januari 1991, *R.D.P.*, 1991, 630, noot J.S.). Wel moeten de partijen in elk geval de gelegenheid krijgen hun standpunt hierover uiteen te zetten (zie Cass., 2 januari 1990, A.R. nr. 8780, in zake Garcia-Fernandez). Ten slotte verbiedt de wet de rechter uitdrukkelijk andere feiten in de plaats te stellen van die welke het bevel tot aanhouding grondde. Indien andere feiten aan het licht komen, kan uiteraard nuttig een ander bevel tot aanhouding worden afgeleverd, ook al bevindt de betroukkene zich reeds in voorlopige hechtenis (Declercq, R., «Feit en kwalificatie in de strafrechtspleging», *Strafrecht voor rechtspractici*, IV, 203). Het verbod andere feiten in de plaats te stellen als juridische grondslag voor voorlopige hechtenis belet anderzijds echter niet dat bij de motivering van een beslissing en de opbouw van de gronden voor de handhaving gewag wordt gemaakt van andere misdrijven die niet in de oorspronkelijke titel vermeld zijn maar die uit de stukken van het onderzoek blijken (zie Rozie, M., «De voor-

lopige hechtenis en de onderzoeksgerechten», *Voorlopige hechtenis*, R. Declercq en R. Verstraeten (red.), 143).

2. Het is, zoals bij elke «vergelijking» van misdrijven (zie Declercq, R., *l.c.*, 206 e.v.) bijzonder gevaarlijk, zoniet onmogelijk in abstracto de (on)mogelijkheid van herkwalficatie van souteneurschap in het aanwerven of meenemen met het oog op prostitutie, te affirmeren of tegen te spreken. Toch kan worden opgemerkt dat die stap niet vanzelfsprekend is. Souteneurschap wordt door de wet zelf gedefinieerd als het geheel of ten dele *leven* op kosten van een persoon waarvan de souteneur de prostitutie exploiteert. Dit veronderstelt m.a.w. dat het gaat om feitelijke gedragingen die inhouden dat voordeel wordt getrokken uit een reeds *bestaande* prostitutie. Dit is op zich voldoende. Het is niet vereist, om souteneur te zijn, dat men persoonlijk een ander tot prostitutie of ontucht heeft aangezet (zie Cass., 11 september 1979, *A.C.*, 1979-80, nr. 16). Het misdrijf van art. 380bis, 1°, Sw. daarentegen lijkt feitelijke gedragingen te viseren die strekken om het plegen van ontucht of prostitutie tot stand te brengen, bv. doordat men iemand overhaalt om zich, eventueel ten bate van een souteneur, aan prostitutie over te geven (Cass., 13 mei 1963, *Pas.*, 1963, I, 974). In het arrest van 18 november 1987 wordt als uiting van art. 380bis, 1°, Sw. gewezen op de terbeschikkingstelling van een vrouw aan een souteneur *met het oog op* de exploitatie van de prostitutie. Men kan dus zeker niet uitsluiten dat bij die respectieve misdrijven beweerde feitelijke gedragingen worden geïllustreerd die zich chronologisch voordoen op uiteenlopende tijdstippen. Het gaat hier echter wezenlijk om het doorgronden van de feitelijke gedragingen die *bedoeld* zijn bij de aflevering van het bevel tot aanhouding. Alleen dat is bepalend. Daarbij is het steeds mogelijk dat de kwalificerende onderzoeksrechter zich vergist heeft over de toepasselijke juridische omschrijving. De redactie van het geannoteerde arrest maakt het niet mogelijk zich hierover een oordeel te vormen.

3. Afgezien van de kwalificatieperikelen rijzen ook vragen omtrent de aanwijzingen van schuld. Art. 23, 4°, Wet Voorlopige Hechtenis verplicht de raadkamer om bij handhaving van de voorlopige hechtenis te preciseren welke gegevens de ernstige aanwijzingen van schuld uitmaken, voor zover de verdediging het bestaan van die ernstige aanwijzingen heeft betwist onder vermelding van feitelijke gegevens (bv. Cass., 5 juli 1991, A.R. nr. 5806). Het is volkomen duidelijk dat de ernstige aanwijzingen van schuld geenszins gelijk te stellen zijn met bewijzen (Cass., 13 maart 1991, *A.C.*, 1990-91, nr. 364). Men moet zich dan echter afvragen of dat betekent dat de kwestie van de rechtmatigheid van de verkregen bewijselementen nooit aan de orde kan worden gesteld tenzij men zich reeds voor het vonnisgerecht bevindt.

4. Ook bij de regeling van de rechtspleging beoordelen de onderzoeksgerechten slechts of het onderzoek tegen een of meer bepaalde personen voldoende *bezwaren* heeft opgeleverd, en spreken zij zich hierbij geenszins uit over het al dan niet bewezen zijn van de feiten (Cass., 20 september 1937, *Pas.*, 1937, I, 237; Gent, 19 september 1978, *R.W.*, 1979-80, 672, noot A. Vandeplas). Daaruit afleiden dat problemen i.v.m. de rechtmatigheid van de bewijsgaring niet relevant zijn voor de raadkamer, lijkt gevaarlijk. Ph. Traest schrijft dat de bezwaren beoordeeld moeten worden naar hun inhoud zoals deze op het ogenblik van de regeling van de rechtspleging uit het dossier naar voren treedt, en dat de

raadkamer er geen rekening mee moet houden dat aanwijzingen voor het vonnisgerecht waardeloos zouden worden of dat getuigenverklaringen door de vonnisrechter uit het debat zouden worden geweerd (*Het bewijs in strafzaken*, nr. 337). Niettemin kan de raadkamer moeilijk zonder meer het recht worden ontzegd acht te slaan op de onrechtmatigheid van de wijze waarop bepaalde elementen zijn verkregen. Anders zou men moeten besluiten dat onrechtmatige bewijselementen zonder enig probleem regelmatig de voldoende bezwaren kunnen opleveren. Een verwijzing naar het vonnisgerecht zou bv. zonder problemen kunnen geschieden wanneer de bezwaren afgeleid worden uit een nietige huiszoeking en daarop gegronde verdere onderzoeksdaden. Ook bij de beoordeling van de bezwaren gaat het nochtans wezenlijk om een appreciatie van het verzamelde feitenmateriaal, weliswaar op een minder decisisf niveau. Daar de fundamentele taak van de raadkamer erin bestaat te onderzoeken of een procedure voor het vonnisgerecht juridisch en feitelijk verantwoord is, menen wij dat ook bij de regeling van de rechtspleging de vraag naar de rechtmatigheid van de bewijsgaring aan de orde kan worden gesteld (in die zin ook Franchimont, M., Jacobs, A. en Masset, A., *Manuel de procédure pénale*, 352). Het is duidelijk dat de raadkamer niet de bevoegdheid heeft die elementen «nietig te verklaren», in die zin dat ze definitief uit het debat zouden te weren zijn, doch er zal moeten worden onderzocht of het onderzoek op *wettelijke wijze* voldoende elementen heeft opgeleverd die duiden op het bestaan van een misdrijf. Indien een verwijzing naar het vonnisgerecht verantwoord blijft, komt aan de beschouwingen die de raadkamer heeft gewijd aan eventuele onrechtmatigheden, geen enkel gezag van gewijsde toe t.a.v. het vonnisgerecht.

5. Dezelfde vraag rijst bij de handhaving van de voorlopige hechtenis. Ook hier lijkt moeilijk aan te nemen dat de gevangenhouding van een persoon wordt gegrond op ernstige aanwijzingen van schuld welke afgeleid worden uit onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal, waarbij de onderzoeksgerechten zich kunnen vergenoegen met de boodschap dat zij niet geroepen zijn om acht te slaan op de rechtmatigheid van de bewijsgaring. Toch besliste het Hof van Cassatie in het arrest van 15 april 1992 (A.R. nr. 9879, in zake Engels) dat binnen de perken van de rechtspleging inzake voorlopige hechtenis, het toezicht van het Hof zich niet uitstrekt tot de wettigheid van de daden van onderzoek op grond waarvan de kamer van inbesluidigingstelling heeft beslist dat er ten aanzien van de verdachte ernstige aanwijzingen van schuld bestonden. Het bestreden arrest had zich in de zaak van het geannoteerde arrest wel ingelaten met de rechtmatigheid van het gerechtelijk onderzoek, welke tevergeefs door de eiser betwist werd op grond van een beweerd schending van het briefgeheim. Het is opvallend dat het Hof van Cassatie het middel verwerpt omdat een van de constitutieve elementen van het misdrijf van schending van het briefgeheim, nl. de omstandigheid dat het moet gaan om een aan de post toevertrouwde brief (zie Traest, Ph., *o.c.*, nr. 599), door de eiser niet aan de orde was gesteld. Dit lijkt erop te wijzen dat het in aanmerking nemen van de rechtmatigheid van de bewijsgaring in het licht van de beoordeling van de voorlopige hechtenis niet radicaal uitgesloten wordt.

6. Een tweede punt waardoor het arrest het ook mogelijk maakt zich een voorstelling van zaken te vormen, ligt op het

vlak van de sanctie bij de overschrijding van de termijn bepaald in art. 30, § 4, van de wet van 20 juli 1990. Dit artikel houdt in dat, indien de kamer van inbesluidigingstelling beslist dat de voorlopige hechtenis gehandhaafd blijft, het arrest een titel van vrijheidsberoving oplevert voor vijftien dagen te rekenen van de beslissing. Binnen vijftien dagen dient de raadkamer zich derhalve uit te spreken over verdere handhaving. Volgens het Hof van Cassatie heeft de overschrijding van die termijn echter niet ipso facto de invrijheidstelling van de verdachte tot gevolg. Deze uitspraak wekt enige verwondering.

7. Zeer terecht geeft het Hof aan dat art. 30, § 4, niet uitdrukkelijk de invrijheidstelling als sanctie voor het overschrijden van de termijn voorschrijft, wat wel het geval is in andere wetsbepalingen. Art. 8, tweede lid, bepaalt namelijk dat, indien het bevel tot medebrenging niet betekend is binnen vierentwintig uren te rekenen vanaf de effectieve vrijheidsbeneming, de betrokkene terug in vrijheid wordt gesteld, en art. 18, § 1, laatste lid, houdt in dat, als het bevel tot aanhouding niet wordt betekend binnen de wettelijke termijn, de verdachte in vrijheid wordt gesteld. Luidens art. 25, § 2, wordt de verdachte in vrijheid gesteld indien de raadkamer niet heeft beslist binnen vijf dagen te rekenen vanaf de mededeling van de beschikking van de onderzoeksrechter houdende opheffing van het bevel tot aanhouding, waartegen door het openbaar ministerie verzet is aangetekend, en volgens art. 30, § 3, tweede lid, wordt de verdachte in vrijheid gesteld als de kamer van inbesluidigingstelling niet binnen vijftien dagen uitspraak heeft gedaan over het hoger beroep tegen de beschikking van de raadkamer. Overeenkomstig art. 31, § 3, tweede lid, wordt de verdachte in vrijheid gesteld als het Hof van Cassatie niet binnen vijftien dagen uitspraak heeft gedaan over het cassatieberoep tegen een arrest van handhaving door de kamer van inbesluidigingstelling. Volgens de §§ 4 en 5 van dit artikel wordt de verdachte ook in vrijheid gesteld als na een cassatie de kamer van inbesluidigingstelling niet heeft beslist binnen vijftien dagen, of als na een verwerping de raadkamer niet heeft beslist binnen vijftien dagen.

8. Of op grond van de afwezigheid van een soortgelijke zinsnede in art. 30, § 4, kan worden besloten dat de termijn van vijftien dagen aldaar slechts een formaliteit is die de rechter zal dienen te toetsen aan de rechten van de verdachte, inzonderheid wat zijn recht van verdediging betreft, is echter betwifelbaar.

9. Allereerst lijkt dat de algemene ratio van de nieuwe Wet Voorlopige Hechtenis te verstoren. Vanuit de bekommernis om de toepassing van de voorlopige hechtenis zo veel mogelijk te beperken (zie *Parl.St.*, *Senaat*, 1988-89, nr. 658/2, 6), werd blijkbaar geopteerd voor een strikte regeling van de termijnen die gelden voor de vrijheidsberoving, waar geen ruimte wordt gelaten voor «onzekere» periodes. Een uiting daarvan is de verplichting het bevel tot aanhouding af te leveren binnen vierentwintig uren vanaf de betekening van een bevel tot medebrenging, en niet vanaf het ogenblik waarop de verdachte ter beschikking van de onderzoeksrechter wordt gesteld. De wetgever reageerde hiermee duidelijk tegen het vrij «losse» standpunt van de vroegere rechtspraak (zie Cass., 5 februari 1980, *R.D.P.*, 1981, 701, concl. adv.-gen. Charles; Cass., 28 januari 1982, *R.D.P.*, 1982, 566, concl. adv.-gen. Krings). Een andere uiting hiervan is dat de wetgever thans bepaalt dat bij overschrijding van de termijn

voor uitspraak van vijf dagen na neerlegging van een verzoekschrift tot voorlopige invrijheidstelling, de beklaagde in vrijheid wordt gesteld (art. 27, § 3, derde lid), terwijl de vroegere rechtspraak aannam dat de overschrijding geen automatische invrijheidstelling tot gevolg had (Cass., 9 december 1986, *A.C.*, 1986-87, nr. 218).

Wanneer het niet gaat om termijnen van vrijheidsberoving zelf, is wel gemakkelijk aan te nemen dat bepaalde overschrijdingen geen rechtstreekse gevolgen hebben. Zo heeft de miskenning van de verplichting om een beschikking van de raadkamer of een arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling aan de verdachte te betekenen binnen vierenwintig uren (art. 30, § 2, en 31, § 1) geen invrijheidstelling tot gevolg, doch impliceert dat slechts de termijn voor hoger beroep of cassatieberoep wordt verdaagd (zie Cass., 13 februari 1991, *A.C.*, 1990-91, nr. 316, *R.D.P.*, 1991, 657, noot H.D.-B, *J.L.M.B.*, 1991, 552, noot M.N.; Cass., 20 februari 1991, *R.W.*, 1991-92, 292; Cass., 4 maart 1992, *A.C.*, 1991-92, nr. 352).

10. Vervolgens kan men ook wijzen op de verrassende veronderstellingen die het geannoteerde arrest nochtans toestaat te maken. Met name schrijft art. 21, § 1, tweede lid, voor dat vóór het verstrijken van de termijn van vijf dagen vanaf de uitvoering van het bevel tot aanhouding, de raadkamer beslist over de handhaving van de voorlopige hechtenis. Volgens § 1, eerste lid, is het bevel tot aanhouding aldus «geldig voor een termijn van ten hoogste vijf dagen». Als tot handhaving wordt besloten, is de beschikking van de raadkamer «één maand geldig vanaf de dag waarop ze wordt gegeven» (art. 21, § 6). Nergens bepaalt de wet dat bij overschrijding van de termijn van vijf dagen, en vervolgens van de termijn van een maand, de verdachte in vrijheid wordt gesteld. Krachtens art. 22 oordeelt de raadkamer van maand tot maand over het handhaven van de voorlopige hechtenis. Nergens wordt bepaald dat bij overschrijding van deze limiet van een maand, de invrijheidstelling van de verdachte moet volgen. Toch werd nooit betwijfeld dat bij miskenning van de termijn van vijf dagen of van een maand de invrijheidstelling inderdaad effectief moet volgen (Rozie, M., *l.c.*, 138 en 145; De Codt, J., *l.c.*, 235).

11. M.b.t. de overschrijding van de termijn van vijftien dagen na een handhaving door de kamer van inbeschuldigingstelling werd dit niet zo expliciet gesteld (zie Rozie, M., *l.c.*, 149; Dejemeppe, B., «Les voies de recours», *La détention préventive*, 308). Wel werd door het Hof van Cassatie reeds in navolging van de wettekst beslist dat het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling een «wettelijke titel voor de vrijheidsberoving» opleverde voor een termijn van vijftien dagen (Cass., 20 februari 1991, *A.C.*, 1990-91, nr. 336; Cass., 24 april 1991, *A.C.*, 1990-91, nr. 444). Het geannoteerde arrest bevestigt dit. Twisten over de betekenis en bedoeling van een uitdrukking kan steeds, doch ons komt het voor dat deze impliceert dat een vrijheidsberoving slechts op wettelijke wijze kan geschieden gedurende de door de wet bepaalde termijn. Na het verstrijken van deze termijn is er geen titel van vrijheidsberoving meer. Het is moeilijk te veronderstellen dat de wetgever aanvaard heeft dat desalniettemin iemand verder in voorlopige hechtenis wordt gehouden. Als in de wet uitdrukkelijk een beperking in de tijd wordt bepaald voor de instandhouding van een vrijheidsberoving, lijkt het ons overbodig eraan toe te voegen dat na het verstrijken van die termijn een invrijheidstelling moet volgen.

Bijvoorbeeld houdt art. 30, § 3, in dat de verdachte in hechtenis blijft totdat over het hoger beroep tegen de beschikking van de raadkamer is beslist, voor zover dit geschiedt binnen vijftien dagen; de toevoeging dat de verdachte in vrijheid wordt gesteld als de beslissing niet is gewezen binnen die termijn, lijkt ons zuiver tautologisch.

12. Men kan de achterliggende gedachte van de koppeling die het geannoteerde arrest in casu maakt met het recht van verdediging begrijpen, doch moeilijk onderschrijven. De verdachte die voor de raadkamer verscheen op de veertiende dag na het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling had om enkele dagen uitstel gevraagd, wat door de raadkamer werd verleend, en waardoor de termijn van vijftien dagen werd overschreden. De verdachte vroeg dus zelf om de beslissing op een later tijdstip te nemen dan de vijftiende dag na het arrest. Het probleem was echter dat in art. 32, waar bepaald wordt welke wettelijke termijnen worden geschorst tijdens de duur van het uitstel verleend op verzoek van de verdachte of zijn raadsman, geen sprake is van de termijn na een arrest van handhaving door de kamer van inbeschuldigingstelling. Het Hof van Cassatie verwijst er dus ook niet naar. Via de verwijzing naar de rechten van de verdachte en zijn recht van verdediging bereikt men echter via een omweg precies hetzelfde resultaat. Toch kan worden geargumenteed dat voor de gevallen waarover geen sprake is bij de zorgvuldige opsomming in art. 32, de wetgever hoe dan ook niet aannam dat een verlenging van de wettelijke termijnen van vrijheidsberoving mogelijk was.

Anderzijds heeft de redactie van het geannoteerde arrest tot gevolg dat de afwezigheid van sanctie bij overschrijding van de termijn van vijftien dagen, als algemene regel wordt vooropgesteld, en dat een toetsing aan «de rechten van de verdachte» en aan «zijn recht van verdediging» ook zal moeten gebeuren in gevallen waarin de overschrijding niet voortvloeit uit een verzoek om uitstel. Met nieuwsgierigheid kan worden uitgekeken naar het standpunt dat het Hof van Cassatie zal innemen wanneer een zaak om een of andere reden wordt vastgesteld voor de raadkamer zestien dagen na een arrest van handhaving van de kamer van inbeschuldigingstelling. Tevens zal het interessant zijn te zien of het Hof van Cassatie ook, bij afwezigheid van uitdrukkelijke vermelding van verplichte invrijheidstelling, de termijnen van vijf dagen en van een maand voor de bekende tussenkomsten van de raadkamer, zal bestempelen als zijnde geen substantiële vormen doch slechts formaliteiten die getoetst moeten worden aan de rechten van de verdachte.

Raf Verstraeten

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 14 DECEMBER 1992

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Boes

Openbaar ministerie: de h. Lenaerts, procureur-generaal

Advocaten: mrs. De Gryse en Bützler

Arbeidsovereenkomst – Einde – 1. Tijdstip – Opzegging – Nietigheid – Gevolg – Ontslag – Vorm – Geldigheid – 2. Opzegging – Nietigheid – Ontslagregels – overeenkomst – Geldigheid

1. Bij nietigheid van de opzegging is de geldigheid van het ontslag niet aangetast en is de overeenkomst onmiddellijk beëindigd. De wet stelt geen vormvereisten voor de geldigheid van een ontslag.

2. Vanaf zijn ontslag kan de werknemer overeenkomsten sluiten omtrent een ontslagregeling. Zo kan hij o.m. ermee akkoord gaan dat de arbeidsovereenkomst nog tot een bepaalde datum wordt uitgevoerd. De nietigheid van de gedane opzegging heeft niet tot gevolg dat de vermelding van zulk een akkoord in de opzeggingsbrief als niet bestaande moet worden beschouwd.

N.V. D. t/ D.

Gelet op het bestreden arrest, op 19 juni 1991 door het Arbeidshof te Gent, afdeling Brugge, gewezen;

Over het tweede en het derde onderdeel van het middel: schending van de artikelen (...) 32, 3°, 37 (vierde lid als gewijzigd door art. 73, wet 7 november 1987), 39, § 1, 42 en 82, §§ 3 en 4, van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten,

doordat het arrest eiseres veroordeelt tot betaling aan verweerder van een saldo verbrekingsvergoeding gelijk aan het loon van negen maanden of 744.306 fr. bruto, met de wettelijke en gerechtelijke interesten, alsook de gedingskosten van beide instanties, op grond van de volgende overwegingen: «Het arbeidshof is van oordeel dat het schrijven van 10 maart 1988 naar zijn inhoud bedoeld was als opzeggings-schrijven en niet als verbrekings- of ontslagsschrijven. Het enkele feit dat dit schrijven niet uitdrukkelijk de begindatum van de opzeggingstermijn bevat, is niet relevant, nu de begindatum van de vooropgestelde opzeggingstermijn impliciet uit de opzeggingsbrief blijkt. De verwijzing naar de datum vanaf welke geen prestaties meer verlangd worden van appellant, namelijk 1 april 1988, doet immers op duidelijke en ondubbelzinnige wijze blijken van de datum waarop de partij die opzegging wil doen, het begin ervan heeft willen vaststellen (...). Het geschrift van 10 maart 1988, dat (verweerder) voor akkoord ondertekende op 11 maart 1988, bevat dus de uitdrukking van de wil van (eiseres) de arbeidsovereenkomst te beëindigen door toekenning van een 'normale opzegtermijn' (dus géén verbrekingsvergoeding) van 21 maanden, aanvangend op 1 april 1988. De kennisgeving van die opzegging, die uitging van de werkgever en gebeurde door afgifte van een geschrift aan de werknemer, was echter nietig krachtens artikel 37, vierde lid, Arbeidsovereenkomstenwet, als gewijzigd door artikel 73, wet 7 november 1987, en deze nietigheid kon niet worden gedekt door de werknemer. Derhalve is er geen opzegging gedaan en kon er op 11 maart 1988 ook geen akkoord zijn over de opzeggingstermijn, evenmin als over de vrijstelling van prestaties vanaf 1 april 1988, daar beide met elkaar onlosmakelijk verbonden zijn. Men kan in casu het geschrift van 10 maart 1988 evenmin in aanmerking nemen als minstens geldend als ontslag of als eenzijdige verbreking der arbeidsovereenkomst, o.m. omdat partijen zich zonder voorbehoud tot einde maart 1988 zijn blijven stellen op de basis van de geldende arbeidsover-

eenkomst. (Eiseres) heeft dit klaarblijkelijk ook zo begrepen aangezien zij op 14 maart 1988 andermaal en thans op de wijze bepaald in artikel 37 Arbeidsovereenkomstenwet een opzegging heeft betekend aan (verweerder), met een libellering identiek aan die van de brief van 10 maart 1988. Nu (eiseres) na ontvangst van deze rechtsgeldige opzeggingsbrief – afgezien van zijn impliciete instemming met de vrijstelling van prestaties vanaf 1 april 1988 – géén akkoord heeft betuigd met de vermelde opzeggingstermijn, was hij wel degelijk gerechtigd om met toepassing van artikel 82 Arbeidsovereenkomstenwet de vaststelling van de opzeggingstermijn door de rechter te vragen»,

...

Overwegende dat het arbeidshof vaststelt dat de brief van 10 maart 1988 «de uitdrukking van de wil van (eiseres) (bevat) de arbeidsovereenkomst te beëindigen door toekenning van een 'normale opzegtermijn' (...) van 21 maanden, aanvangend op 1 april 1988», maar dat «de kennisgeving van die opzegging (...) nietig (was) krachtens artikel 37, vierde lid, Arbeidsovereenkomstenwet»; dat het arbeidshof voorts vaststelt dat verweerder de ontslagbrief van 10 maart 1988 op 11 maart 1988 voor akkoord heeft ondertekend;

Overwegende dat de nietigheid van de opzegging de geldigheid van het ontslag niet aantast; dat geen enkele wetsbepaling de geldigheid van het ontslag afhankelijk maakt van welbepaalde vormen;

Overwegende dat, wanneer de opzegging nietig is, het ontslag geen geldige tijdsbepaling bevat, zodat de arbeidsovereenkomst onmiddellijk is beëindigd, ook al vermeldt de ontslagbrief een latere datum;

Overwegende dat de werknemer vanaf het ontslag alle overeenkomsten omtrent de ontslagregeling mag sluiten en onder meer zich ermee akkoord mag verklaren dat de arbeidsovereenkomst nog tot een bepaalde datum wordt uitgevoerd;

Dat de nietigheid van de opzegging niet tot gevolg heeft dat de vermelding van dat akkoord in de opzeggingsbrief als niet bestaande moet worden beschouwd;

Overwegende dat het arbeidshof het door verweerder gegeven akkoord als niet bestaande beschouwt, nu er geen geldige opzegging is gedaan; dat het voorts oordeelt dat de ontslagbrief van 10 maart 1988 niet kan gelden «als ontslag of als eenzijdige verbreking der arbeidsovereenkomst», nu partijen overeengekomen zijn de arbeidsovereenkomst nog tot einde maart 1988 te blijven uitvoeren; dat het aldus de in de onderdelen vermelde wetsbepalingen schendt;

...

NOOT – Wat betreft 1, zie ook Cass., 23 maart 1981, *R.W.*, 1981-82, 2481 (vaste jurisprudentie van het Hof); wat betreft 2, vergelijk Cass., 11 februari 1980, *R.W.*, 1979-80, 2037, met de conclusie van het O.M.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 4 JANUARI 1993

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Verougstraete

Openbaar ministerie: de h. Lenaerts, procureur-generaal

Advocaat: mr. Bützler

Ziekte- en invaliditeitsverzekering – Uitkeringen – Onverschuldigde betaling – Terugvordering – Verjaring – Aanvang – Gerechtelijke procedure – Inlichten van verzekeringsinstelling – Verzuim

De vordering tot teruggave van de waarde van de ten laste van de uitkeringsverzekering ten onrechte verleende prestaties verjaart twee jaar na het einde van de maand waarin de prestaties zijn uitbetaald, ook wanneer een prestatie ten onrechte is verleend ingevolge een niet bedrieglijk verzuim van de rechthebbende de verzekeringsinstelling in te lichten over een ingestelde procedure.

Landsbond der Liberale Mutualiteiten t/ D.

Gelet op het bestreden arrest, op 24 juni 1991 door het Arbeidshof te Gent gewezen;

...

Overwegende dat de appelrechters vaststellen, zonder deswege te worden bekritiseerd, dat verweerster van 29 mei 1982 tot 28 februari 1983 geen recht had op de vergoedingen die haar door eiser werden uitgekeerd, nu zij in strijd met de verplichting haar door artikel 240bis van het koninklijk besluit van 4 november 1963 opgelegd, verzuimd had eiser in te lichten over haar aanvraag om tegemoetkoming gericht aan het Sluitingsfonds na het faillissement van haar werkgeefster; dat zij oordelen dat dit verzuim «niet gelijkgesteld kan worden met het verrichten van bedrieglijke handelingen waarvoor (verweerster) verantwoordelijk is»; dat zij voorts vaststellen dat verweerster op 16 april 1985 van het Sluitingsfonds een opzeggingsvergoeding ontving betreffende de periode van 29 mei 1982 tot 28 februari 1983; dat zij oordelen dat eisers vordering, die meer dan twee jaar na de uitkering door de verzekeringsinstelling was ingesteld, verjaard is;

Overwegende dat, krachtens artikel 57, § 1, 3°, van de wet van 9 augustus 1963, de werknemer geen aanspraak heeft op uitkeringen voor de periode waarvoor hij aanspraak kan maken op de vergoeding, verschuldigd wegens beëindiging van de arbeidsovereenkomst;

Dat, krachtens artikel 240bis van het koninklijk besluit van 4 november 1963, de gerechtigde aanspraak kan maken op de uitkering wegens arbeidsongeschiktheid op voorwaarde dat hij zijn verzekeringsinstelling inlicht, inzonderheid over elke ingestelde procedure ter verkrijging van een voordeel;

Dat uit de samenhang van die bepalingen volgt dat de uitkeringen gedaan aan een werknemer, als aan het gestelde in het genoemde artikel 240bis niet is voldaan, niet verschuldigd zijn;

Overwegende dat, krachtens artikel 106, § 1, eerste lid, 5°, van de wet van 9 augustus 1963, de vordering tot teruggave van de waarde der ten laste van de uitkeringsverzekering ten onrechte verleende prestaties, verjaart twee jaar na het einde van de maand waarin die prestaties zijn uitbetaald;

Dat van die bijzondere regeling, die ten gunste van de uitkeringsgerechtigden is opgesteld, slechts mag worden afgeweken, krachtens het genoemde artikel, ingeval het ten onrechte verlenen van prestaties het gevolg is van bedrieglijke handelingen waarvoor hij wie ze tot baat strekken, verantwoordelijk is;

Dat daaruit volgt dat, als een prestatie ten onrechte wordt verleend ingevolge een niet bedrieglijk verzuim de verzeke-

ringsinstelling in te lichten over een ingestelde procedure, de betaling door de verzekeringsinstelling onverschuldigd is, de verzekeringsinstelling onmiddellijk recht heeft op de terugbetaling ervan en de verjaring van die vordering in de regel intreedt twee jaar na de onverschuldigde betaling;

Overwegende dat het arrest zonder schending van de in het middel aangevoerde wetsbepalingen oordeelt dat de vordering verjaard is;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

...

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 6 JANUARI 1993

Voorzitter: de h. Ghislain

Rapporteur: de h. Willems

Advocaat-generaal: de h. Piret

Advocaten: mrs. De Bruyn en Kirkpatrick

Wegverkeer – Art. 1 Wegverkeersreglement – Openbare weg

Een openbare weg in de zin van art. 1 Wegverkeersreglement is elke voor het verkeer van het publiek in het algemeen openstaande weg, zelfs als de aardebaan ervan privé-eigendom is. Aan het openbaar karakter van die weg doet geen afbreuk de omstandigheid dat het uiterlijk aspect ervan de indruk geeft of kan geven dat hij alleen dient voor een bepaalde categorie van personen of voertuigen.

De P. t/ P.

Gelet op het bestreden vonnis, op 15 juni 1992 in hoger beroep gewezen door de Correctionele Rechtbank te Charleroi;

...

Over het middel:

Overwegende dat een openbare weg in de zin van artikel 1 van het Wegverkeersreglement elke voor het verkeer van het publiek in het algemeen openstaande weg is, zelfs als de aardebaan ervan privé-eigendom is; dat aan het openbaar karakter van die weg geen afbreuk doet de omstandigheid dat het uiterlijk aspect ervan de indruk geeft of kan geven dat hij enkel dient voor een bepaalde categorie van personen of voertuigen;

Overwegende dat de voorrangsplicht, bedoeld in artikel 12.3.1 van dat reglement, een algemene draagwijdte heeft;

Overwegende dat het bestreden vonnis vaststelt dat zich een aanrijding heeft voorgedaan op het kruispunt van de «rue de la Cité» waarop verweerder reed en de «allée de la Pitance» die bestemd was voor de toegang tot een gebouw met 24 flats en gevolgd werd door eiser, die ten opzichte van eerstgenoemde bestuurder van rechts kwam;

Overwegende dat het bestreden vonnis, zonder na te gaan of de «allée de la Pitance» al dan niet openstaat voor het verkeer van het publiek in het algemeen dan wel uitsluitend voor het verkeer van bepaalde categorieën van personen of voertuigen, de gronden overneemt van de eerste rechter die van oordeel was dat, bij ontstentenis van kruispuntaandui-

dende verkeerstekens en wegens de andere bedekking van de doodlopende weg, die enkel voor de toegang tot een flatgebouw bestemd was, de bovengenoemde laan niet met een openbare weg kan worden gelijkgesteld, ook al werd ze als zodanig beschouwd door het gemeentebestuur, en die daaruit afleidde dat eiser, nu hij van een parkeerplaats kwam, een manoeuver had uitgevoerd;

Dat het preciseert dat de «allée de la Pitance» voor de gebruikers van de «rue de la Cité» een weg is waarvan niet merkbaar is dat hij geen uitweg heeft en die enkel voor de toegang tot een flatgebouw bestemd is, en niet voorzien was van een naambord, zodat hij het uitzicht heeft van een binnenweg van een aan de weg palende eigendom, ongeacht overigens wie de eigenaar is van de aardebaan;

Dat de appelrechters hun beslissing op grond van die vaststellingen en overwegingen niet naar recht verantwoorden;

Dat het middel gegrond is;

Over het ambtshalve aangevoerde middel: schending van artikel 97 van de Grondwet;

Overwegende dat het vonnis nergens in de motivering vaststelt dat de bestanddelen van de aan eiser in de rechtstreekse dagvaarding van verweerder ten laste gelegde overtredingen van de «artikelen 15.2.1, 10.1.1, 10.1.3 en 19.3.5 van het Wegverkeersreglement van 1 december 1975», die het bewezen verklaart, aanwezig zijn;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 15 JANUARI 1993

Voorzitter: mevr. Baeté-Swinnen

Rapporteur: de h. Verougstraete

Openbaar ministerie: de h. Bresseleers

Advocaat: mr. De Gryse

Burgerlijke rechtsvordering – Gewijsde in strafzaken – Verkeersongeval met twee betrokken bestuurders – Vrijspraak van de enige vervolgte bestuurder – Noodzakelijke reden

Wanneer de politierechter, ten aanzien van een verkeersongeval waarin twee bestuurders betrokken waren, een van hen als beklaagde heeft vrijgesproken, berust die vrijspraak niet noodzakelijk op de vaststelling dat de andere bestuurder, die geen partij was in het strafproces, een fout heeft begaan. Het enige wat de politierechter noodzakelijk heeft beslist, heeft betrekking op de afwezigheid van een door de vrijgesproken bestuurder gepleegd strafbaar feit.

K. e.a. t/ D. e.a.

Gelet op het bestreden arrest, op 7 februari 1991 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen;

...

Over het middel: schending van de artikelen 1319, 1320 en 1322 van het Burgerlijk Wetboek en van het algemeen rechtsbeginsel van het gezag van gewijsde in strafzaken, van artikel 4 van de wet van 4 april 1878 houdende de vooraf-

gaande titel van het Wetboek van Strafvordering, en van de artikelen 23 t/m 28 van het Gerechtelijk Wetboek,

doordat het arrest de vorderingen van de eisers ongegrond verklaart op grond dat «het niet is omdat bij een verkeersongeval waarbij twee bestuurders waren betrokken, één ervan is vrijgesproken, dat daarom noodzakelijk de andere geacht moet worden het ongeval door zijn fout veroorzaakt te hebben; dat door de politierechter alleen voor recht is gezegd dat, ondanks de verkeerstekens, (eerste eiser) geacht mocht worden toch art. 12.3 niet te hebben overtreden»; het arrest eveneens oordeelde dat het vonnis van de politierechter «omtrent de concrete door D. ontwikkelde snelheid geen enkele uitspraak bevat»,

terwijl, eerste onderdeel, het gezag van gewijsde van een strafrechtelijke beslissing zich uitstrekt tot de overwegingen en de motieven die de noodzakelijke steun zijn voor de beslissing; eerste eiser door de politierechter te Antwerpen bij vonnis van 17 juni 1987 werd vrijgesproken op grond dat «de prioritaire weggebruiker die ter plaatse een snelheid van 90 km/u mocht ontwikkelen, rekening moest houden met deze onoverzichtelijke bocht en – zoals blijkt uit de nagelaten remsporen – onvoldoende zijn snelheid aan het zicht heeft aangepast»; uit die overwegingen ondubbelzinnig blijkt dat het niet-voorzichtig rijgedrag van eerste verweerder een noodzakelijk motief was voor de vrijspraak van eerste eiser, zodat deze beslissing gezag van gewijsde had;

...

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat het gezag erga omnes van het gewijsde op de strafvordering al hetgeen dekt wat de strafrechter zeker en noodzakelijk heeft beslist, met inachtneming van de redenen waarop hij de beslissing heeft laten steunen ten aanzien van het bestaan van de ten laste van de beklaagde gelegde feiten;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat eiser bij vonnis van de politierechtbank van 17 juni 1987 vrijgesproken werd «voor de telastleggingen van onvrijwillig toegebracht lichaamsleed en voor overtreding van art. 12.3.1, a», en dat dit vonnis o.m. de volgende motivering inhoudt: «Overwegende dat beklaagde het recht heeft de prioritaire baan op te rijden zo ver als nodig om zicht te krijgen; dat uit de foto's en het verslag van Touring-Wegenhulp blijkt dat het zicht naar rechts zeer slecht is door de aanwezigheid van bomen; dat het zicht naar links ook beperkt is door een onoverzichtelijke bocht; dat de prioritaire weggebruiker die ter plaatse een snelheid van 90 km per uur mocht ontwikkelen, toch rekening moest houden met deze onoverzichtelijke bocht en – zoals blijkt uit de nagelaten remsporen – onvoldoende zijn snelheid aan de zichtbaarheid heeft aangepast»; dat het arrest eveneens vaststelt dat verweerder, die door eisers verzekeraar was vergoed, geen burgerlijke partij was voor de strafrechter;

Overwegende dat de vrijspraak van eiser door de politierechtbank te dezen niet noodzakelijk berust op de vaststelling dat verweerder een fout heeft begaan;

Dat het arrest wettig beslist dat «het niet is omdat bij een verkeersongeval waarbij twee bestuurders waren betrokken, één ervan is vrijgesproken, dat daarom noodzakelijk de andere geacht moet worden het ongeval door zijn fout veroorzaakt te hebben» en dat het enige dat te dezen noodzakelijk is beslist door het vonnis van de politierechtbank betrekking

heeft op de afwezigheid van een strafrechtelijke inbreuk door eiser begaan;

Dat het onderdeel niet kan worden aangenomen;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 21 JANUARI 1993

Voorzitter: de h. Sace

Rapporteur: de h. Rappe

Advocaat-generaal: de h. Piret

Advocaten: mrs. De Bruyn en Houtekier

1. Verjaring – Burgerlijke-partijstelling – a) Art. 2246 B.W. – b) Stuiting – Voorwaarde – 2. Verzekering – Motorrijtuigen – Rechtstreekse vordering – Verjaring

1.a) Art. 2246 B.W., dat bepaalt dat ook de dagvaarding voor een onbevoegde rechter de verjaring stuit, is niet van toepassing op de burgerlijke-partijstelling.

b) De verjaring van de rechtstreekse vordering van de benadeelde tegen de verzekerde die de schade heeft veroorzaakt, en derhalve van dezelfde persoon tegen de verzekeraar wordt, krachtens art. 27 V.T. Sv., slechts door de burgerlijke rechtstreekse vordering voor het strafrecht gestuit wanneer die rechtstreekse vordering wordt ingesteld vóór de verjaring van de strafvordering.

2. De stuiting van de rechtstreekse vordering van de benadeelde tegen de verzekeraar wordt door art. 10 van de wet van 1 juli 1956 en niet door de artt. 2242 e.v. B.W. geregeld.

B. t/ C.V. De S.

Gelet op het bestreden arrest, op 8 oktober 1991 door het Hof van Beroep te Luik gewezen;

Over het eerste middel: schending van de artikelen 2242, 2244, 2246, 2247 van het Burgerlijk Wetboek, 6 en 10, inzonderheid eerste en tweede lid, van de wet van 1 juli 1956 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen, 26 en 27, eerste en tweede lid, van de wet van 17 april 1878 houdende de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering,

doordat het arrest zegt dat eisers rechtstreekse vordering tegen verweerster verjaard is op grond dat de burgerlijke-partijstelling van eiser tegen mevrouw D., verweersters verzekerde, op de terechtzitting van 28 mei 1982 van de Correctionele Rechtbank te Namen niet ontvankelijk is verklaard omdat de overtreding van artikel 10.1.1 van het Wegverkeersreglement, waarop zij was gegrond, verjaard was, dat de stuiting van de verjaring derhalve voor niet bestaande moet worden gehouden, overeenkomstig artikel 2247 van het Burgerlijk Wetboek, dat bepaalt dat «indien de eis wordt afgewezen», de stuiting voor niet bestaande wordt gehouden, dat daaruit volgt dat eisers rechtstreekse vordering tegen verweerster van 15 oktober 1985, meer dan drie jaar na de feiten (2 september 1979) verjaard is; dat zelfs als men ervan zou uitgaan dat de artikelen 2244 en volgende van het Burgerlijk Wetboek niet toepasselijk zijn omdat het gaat om een burgerlijke rechtstreekse vordering volgend uit een misdrijf, de vordering toch verjaard zou zijn, daar, hoewel de verjaringstermijn van drie jaren van de rechtstreekse vordering van de

benadeelde tegen de verzekeraar (artikel 10, eerste lid, van de wet van 1 juli 1956) met de duur van de strafvordering wordt verlengd, hetzij van 28 mei 1982 tot 30 november 1982, de rechtstreekse vordering op 15 oktober 1985 hoe dan ook te laat is ingesteld, nu er sedert het litigieuze ongeval meer dan drie jaren en zes maanden zijn verlopen,

terwijl, eerste onderdeel, uit de eigen vaststellingen van het arrest blijkt dat de Correctionele Rechtbank te Namen de burgerlijke-partijstelling van eiser niet heeft afgewezen maar alleen heeft beslist dat zij niet ontvankelijk is gelet op het feit dat zij op een overtreding van artikel 10.1.1 van het Wegverkeersreglement was gegrond die op 28 mei 1982 was verjaard; de strafrechter met andere woorden alleen heeft geoordeeld dat de burgerlijke rechtstreekse vordering van eiser, nu de strafvordering verjaard was, niet meer bij hem kon worden ingesteld; ingevolge artikel 2246 van het Burgerlijk Wetboek, ook de dagvaarding voor een onbevoegde rechter de verjaring stuit; daaruit volgt dat het arrest, door te beslissen dat eisers burgerlijke-partijstelling voor de strafrechter de verjaring van zijn rechtstreekse vordering tegen verweerster niet heeft kunnen stuiten, op grond dat de niet-ontvankelijkheid van die burgerlijke-partijstelling zou gelijkstaan met haar verwerping in de zin van artikel 2247 van het Burgerlijk Wetboek, de zin van die bepaling miskent en deze bijgevolg op onwettige wijze toepast; het eveneens artikel 2246 van het Burgerlijk Wetboek schendt door het niet toe te passen;

tweede onderdeel, de rechtstreekse vordering van de benadeelde tegen de verzekeraar, ingesteld met toepassing van artikel 6 van de wet van 1 juli 1956, geen rechtstreekse vordering is volgend uit een misdrijf in de zin van artikel 26 van de wet van 17 april 1878; de verjaring ervan hoe dan ook wordt geregeld bij artikel 10 van de wet van 1 juli 1956 en bij de gemeenrechtelijke regels betreffende de stuiting en de schorsing van de verjaring, en niet bij de artikelen 26 en volgende van de wet van 17 april 1878; inzonderheid artikel 27 van de genoemde wet, dat bepaalt dat, wanneer de burgerlijke rechtstreekse vordering tegen verweerster (alleen) niet meer loopt tot het geding beëindigd is, niet van toepassing is op de rechtstreekse vordering van de benadeelde tegen de verzekeraar; die rechtstreekse vordering inzonderheid onder toepassing valt van artikel 2244 van het Burgerlijk Wetboek, dat bepaalt dat een rechtstreekse vordering de verjaring stuit tot de beëindiging van het geding, wat betekent dat een nieuwe verjaring begint te lopen daags na de beëindiging van het geding (artikelen 2242 en 2244 van het Burgerlijk Wetboek); meer bepaald de verjaring door verloop van drie jaren van eisers rechtstreekse vordering tegen verweerster (artikel 10, eerste lid, van de wet van 1 juli 1956) door eisers burgerlijke-partijstelling tegen mevrouw D. op de terechtzitting van de Correctionele Rechtbank te Namen van 28 mei 1982 is gestuit, en die stuiting tot 30 november 1982, de datum van de beëindiging van het geding, heeft voortgeduurd, zodat op 1 december 1982 een nieuwe driejarige verjaringstermijn is beginnen lopen en die rechtstreekse vordering op 15 oktober 1985, de datum waarop eiser zijn rechtstreekse vordering tegen verweerster heeft ingesteld, helemaal niet verjaard was; daaruit volgt dat het arrest, door bij de berekening van de verjaring van eisers rechtstreekse vordering, de regels inzake de verjaring van de rechtstreekse vordering volgend uit een misdrijf, inzonderheid de artikelen 26 en 27, eerste lid, van de wet van 17 april 1878, te hanteren en niet de regels vervat in artikel 10 van de wet van 1 juli 1956 en de artikelen 2244 en vol-

gende van het Burgerlijk Wetboek, die bepalingen schendt, inzonderheid de artikelen 2244 van het Burgerlijk Wetboek en 10, eerste en tweede lid, van de wet van 1 juli 1956, krachtens welke een nieuwe termijn voor eisers rechtstreekse vordering tegen de verzekeraar van de beklaagde vanaf de beëindiging van het strafgeding begint te lopen (schending van het geheel van de in de aanhef van het middel aangegeven wetsbepalingen, met uitzondering van de artikelen 2246 en 2247 van het Burgerlijk Wetboek):

Wat betreft beide onderdelen samen :

Overwegende dat in het eerste onderdeel het hof van beroep wordt verweten dat het artikel 2247 en niet artikel 2246 van het Burgerlijk Wetboek toepast, om te beslissen dat eisers burgerlijke-partijstelling voor de strafrechter de verjaring van zijn rechtsvordering tegen verweerster, verzekeraar van de persoon die de schade heeft veroorzaakt, niet heeft gestuit; dat in het tweede onderdeel aan de appelrechter wordt verweten dat hij geen toepassing heeft gemaakt van artikel 2244 van het Burgerlijk Wetboek om de gevolgen van de stuiting, door die burgerlijke-partijstelling, van de verjaring van eisers rechtsvordering tegen verweerster te bepalen;

Overwegende dat artikel 2246 van het Burgerlijk Wetboek, dat bepaalt dat ook de dagvaarding voor een onbevoegde rechter de verjaring stuit, niet van toepassing is op de burgerlijke-partijstelling voor een strafgerecht;

Overwegende dat, ingevolge artikel 10 van de op het ogenblik van de feiten toepasselijke wet van 1 juli 1956 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen, de rechtsvordering van eiser, de benadeelde persoon, tegen verweerster, de verzekeraar, verjaart door verloop van drie jaren te rekenen van het feit waaruit de schade is ontstaan; dat het tweede lid van dat artikel bepaalt dat handelingen die de verjaring van de rechtsvordering van de benadeelde tegen de verzekerde stuiten, ook de verjaring stuiten van de rechtsvordering van die persoon tegen de verzekeraar;

Overwegende dat, naar luid van artikel 4 van de wet van 17 april 1878 houdende de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering, de burgerlijke rechtsvordering van de door een misdrijf benadeelde persoon terzelfder tijd en voor dezelfde rechters vervolgd kan worden als de strafvordering; dat de verjaring van de rechtsvordering van de benadeelde tegen de verzekerde, die de schade heeft veroorzaakt, en derhalve van dezelfde persoon tegen de verzekeraar, met toepassing van artikel 27 van dezelfde wet, wordt gestuit wanneer de burgerlijke rechtsvordering tijdig wordt ingesteld voor de verjaring van de strafvordering;

Overwegende dat uit de uiteenzetting van de feiten, zoals die is vervat in het in dezelfde zaak op 4 juni 1991 door het hof van beroep gewezen arrest, en waarnaar door het bestreden arrest wordt verwezen, blijkt dat eiser zich burgerlijke partij heeft gesteld tegen verweersters verzekerde op de terechtzitting van 28 mei 1982 van de Correctionele Rechtbank te Namen, dus na de verjaring van de strafvordering volgend uit de feiten waarop eisers burgerlijke rechtsvordering was gegrond;

Overwegende dat die burgerlijke-partijstelling bijgevolg de verjaring van eisers burgerlijke rechtsvordering tegen de verzekerde niet heeft kunnen stuiten en dus evenmin de ver-

jaring van eisers rechtsvordering tegen verweerster, de verzekeraar;

Overwegende dat, nu de beslissing dat eisers burgerlijke partijstelling de verjaring niet stuit, naar recht is verantwoord, het middel dat, zelfs als het gegrond is, geen vernietiging tot gevolg kan hebben, bij gebrek aan belang niet ontvankelijk is;

Over het tweede middel: schending van de artikelen 2248 van het Burgerlijk Wetboek, 6 en 10, inzonderheid eerste en tweede lid, van de wet van 1 juli 1956 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen en 26 en 27 van de wet van 17 april 1878 houdende de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering,

doordat het arrest beslist dat de erkenning van eisers recht in de conclusie die voor verweerster op de terechtzitting van 28 mei 1982 van de correctionele rechtbank is neergelegd, de verjaring van eisers rechtsvordering tegen verweerster niet heeft kunnen stuiten, «nu de in artikel 2248 van het Burgerlijk Wetboek vervatte regel geen toepassing vindt wanneer de rechtsvordering uit een misdrijf volgt, zoals de burgerlijke rechtsvordering van de benadeelde tegen de verzekeraar» die volgt uit de wet van 1 juli 1956,

terwijl de verjaring van de rechtstreekse vordering van de benadeelde tegen de verzekeraar geregeld wordt bij artikel 10 van de wet van 1 juli 1956 en bij de gemeenrechtelijke regels inzake stuiting van de verjaring en niet bij de artikelen 26 en volgende van de wet van 17 april 1878, zodat die rechtsvordering niet mag worden behandeld als een rechtsvordering volgend uit een misdrijf en artikel 2248 van het Burgerlijk Wetboek, dat bepaalt dat de verjaring door de erkenning van het daarmee bedreigde recht wordt gestuit, van toepassing is in het geval van de rechtstreekse vordering tegen de verzekeraar, als bedoeld in artikel 6 van de wet van 1 juli 1956, anders dan bij de tegen de beklaagde ingestelde rechtsvordering volgend uit een misdrijf; daaruit volgt dat het arrest niet naar recht heeft kunnen beslissen dat artikel 2248 van het Burgerlijk Wetboek niet van toepassing was op de berekening van de verjaring van de burgerlijke rechtsvordering van de benadeelde tegen de verzekeraar, overeenkomstig de artikelen 6 en 10 van de wet van 1 juli 1956:

Overwegende dat, in tegenstelling tot de rechtsvordering van de door een misdrijf benadeelde persoon tegen de dader, de rechtstreekse vordering waarover de benadeelde op grond van artikel 6 van de wet van 1 juli 1956 beschikt, niet uit het misdrijf volgt; dat de stuiting van de verjaring van die rechtstreekse vordering door artikel 10 van die wet en niet door de artikelen 2242 en volgende van het Burgerlijk Wetboek wordt geregeld;

Dat het middel gegrond is;

...

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

1e KAMER — 27 OKTOBER 1992

Voorzitter : de h. Spaas

Raadsheren : de hh. Luyckx en Michielsens

Advocaten : mrs. Buelens loco Celis en Dans en Chr. Struyven loco P. Struyven

Onverdeeldheid – Verdeling – Nietigverklaring – Dwaling – Benadeling – Bewijs

Dwaling is behoudens zeer uitzonderlijke gevallen geen oorzaak van vernietiging van een verdeling.

Het bewijs van benadeling wordt niet geleverd door verwijzing naar een waardering verricht door het bestuur van de registratie, die uitsluitend fiscaalrechtelijke gevolgen heeft. Indien de verdeling past in een ruimer akkoord, moet de benadeling in dit ruimer verband beoordeeld worden.

N. t/ N.

Overwegende dat de eis van appellant ertoe strekte de akte van deling van onroerende goederen, verleden op 15 juni 1982 door (...) nietig te horen verklaren op grond van dwaling; dat appellant bij impliciet doch desniettemin zeker in de dagvaarding gestelde eis, waarvan hij in zijn appelconclusie gewag maakt, en waarop geïntimeerde zich heeft verdedigd, eveneens als rechtsgrond voor zijn vordering benadeling aanvoert;

Overwegende dat de gegevens van de zaak uitwijzen dat tussen de ouders en de gedingspartijen, in het bijzonder tussen de ouders en appellant, grote onenigheid bestond over de exploitatie van het landbouwbedrijf (fruitplantages) dat aan de ouders toebehoorde; dat om reeds bestaande geschillen, onder meer in verband met de nalatenschap van een oom, en mogelijke en toekomstige te ontstane geschillen tussen appellant en geïntimeerde over de verdeling van de nalatenschappen van de ouders, de ouders een overeenkomst met en tussen hun kinderen hebben bewerkt;

Overwegende dat in het kader van deze doelstelling de ouders en de gedingspartijen een principieel akkoord hebben gesloten op 11 mei 1982; dat dit akkoord onder meer bepaalde dat appellant een jaarlijkse huurprijs aan de ouders zou betalen, dat lopende processen over de achterstallige huur stopgezet zouden worden, en dat de gedingspartijen ingevolge de verdeling der gronden verklaarden ingevolge dat akkoord gelijke voordelen te hebben verkregen en geen compensaties meer te zullen eisen;

Overwegende dat ter uitvoering van voornoemde principiele overeenkomst van 11 mei 1982 de ouders bij notariële akte van gift van 15 juni 1982 de blote eigendom van hun onroerend bezit aan hun kinderen, thans gedingspartijen, geschonken hebben met voorbehoud voor henzelf, gedurende hun leven, van het vruchtgebruik der geschonken onroerende goederen;

Overwegende dat onmiddellijk nadat de gedingspartijen op voornoemde dag de hen gedane gift hadden aanvaard, zij ten overstaan van dezelfde notaris, ook op 15 juni 1982, zijn overgegaan tot de onderlinge verdeling van de hun geschonken onroerende goederen; dat aldus een notariële akte van deling werd opgesteld, waarin de omschrijving wordt gegeven van elk der kavels die aan ieder van de twee kinderen toekwamen, alsmede het bedrag van de toeslag werd bepaald die door geïntimeerde aan appellant betaald diende te worden;

Overwegende dat ten slotte op dezelfde dag, zijnde 15 juni 1982, de ouders en hun kinderen, de gedingspartijen, een onderhands akkoord, familieovereenkomst genoemd, sloten, waarin onder meer en onder uitdrukkelijke verwijzing naar de voornoemde akten van gift en deling appellant zich

verbond vanaf 1 januari 1982 jaarlijks de verschuldigde pachtgelden aan zijn ouders te betalen, bedragende 210.000 frank, en bedongen werd dat, bij overlijden van een dezer, het volledig pachtgeld aan de langstlevende verschuldigd zou blijven; dat tevens bepaald werd dat, indien beide ouders zouden overlijden vóór 1 december 1985, de helft der pachtgelden aan geïntimeerde verschuldigd was; dat tevens in deze overeenkomst bedongen werd dat alle bestaande geschillen en rechtsgedingen stopgezet zouden worden, kosten te dragen door de partij die ze had gemaakt; dat de inboedel tevens bij deze onderhandse akte tussen partijen verdeeld werd; dat ten slotte de verplichting aan geïntimeerde werd opgelegd de oppas, verzorging en onderhoud der ouders op zich te nemen en wel op haar kosten en op kosten van de ouders; dat ten slotte de gedingspartijen onderling verklaarden dat ingevolge de voornoemde akkoorden en de voormelde akten van gift en deling zij gelijke voordelen hadden ontvangen en van elkaar geen compensaties meer moeten krijgen noch te eisen hadden;

Overwegende dat appellant de nietigheid van de notariële akte van onderlinge verdeling tussen de gedingspartijen van de blote eigendom van de geschonken onroerende goederen opwerpt, stellende dat hij bij het sluiten van deze overeenkomst gedwaald heeft, minstens dat hij door deze verdeling benadeeld wordt;

Overwegende dat appellant tot staving van zijn beweringen alleen steunt op de omstandigheid dat in de bestreden akte van deling pro fisco de waarde van het geheel der te verdelen onroerende goederen geraamd werd op 5.888.720 frank, terwijl waar de Administratie van de Registratie de waarde ervan pro fisco op 9.420.470 frank heeft gebracht; dat tevens verwezen wordt naar de redengeving van deze Administratie om de waarde der te verdelen onroerende goederen te ramen op 9.420.470 frank;

Overwegende dat geïntimeerde tevergeefs stelt dat de vordering tot nietigverklaring van een akte van deling, wegens dwaling en/of wegens benadeling verjaard is, en dat deze vordering niet binnen de termijn der wet is ingesteld;

Overwegende dat immers dient te worden vastgesteld dat de vordering tot nietigheid van de notariële akte van deling van 12 juni 1982 bij dagvaarding van 13 december 1985 werd ingeleid, dus binnen de 10 jaren zoals bepaald in artikel 1304 van het Burgerlijk Wetboek;

Overwegende dat gewis de inleidende dagvaarding niet woordelijk de wetsartikelen of de rechtsgrond aanwijst waarop appellant steunt om de nietigheid van de notariële akte te vorderen; dat evenwel uit de lezing van het geheel van de akte impliciet doch desniettemin zeker af te leiden valt dat deze rechtsgrond hetzij dwaling hetzij benadeling is; dat de rechtsvordering derhalve tijdig ingesteld werd;

Overwegende dat, in tegenstelling tot geweld en bedrog, vermeld in artikel 887 van het Burgerlijk Wetboek, dwaling, behoudens bijzondere en zeer uitzonderlijke gevallen, geen oorzaak is van vernietiging van een deling;

Overwegende dat appellant niet aanvoert in een bijzonder en zeer uitzonderlijk geval te verkeren om op grond van dwaling de nietigheid van de notariële akte van deling van 12 juni 1982 te vorderen;

Overwegende dat, ten overvloede en bijkomend naast de voornoemde redegeving, dient te worden vastgesteld dat appellant de bewijslast draagt van de beweerde substantiële dwaling; dat het te dezen niet voldoende is te verwijzen naar

een geschil met de Administratie van de Registratie nopens het te heffen registratierecht op deze delingsakte, waarbij incidenteel, de waardering van het geheel en de onderdelen der verdeelde rechten aan bod kwam; dat dit geschil met de Registratie immers volkomen vreemd is aan de substantiële dwaling, naar het burgerlijk recht, waarop appellant zich in dezen beroept; dat in concreto appellant geen overtuigende gegevens bijbrengt waaruit blijkt dat hij substantieel gedwaald heeft bij de verdeling van de blote eigendom van de hem in onverdeeldheid geschonken onroerende goederen;

Overwegende dat appellant aanvoert dat hij door de schikkingen van de akte van verdeling van de blote eigendom van onroerende goederen door de ouders aan de gedingspartijen in onverdeeldheid geschonken, voor meer dan een vierde werd benadeeld;

Overwegende dat de benadeling niet vermoed wordt maar door de partij die zich erop beroept, moet worden aangetoond; dat dit bewijs in dezen niet tot voldoening van het recht wordt geleverd door te verwijzen naar een waardering van de globale onroerende goederen verricht door de Administratie van de Registratie, daar deze raming geen verdere toedracht bezit dan fiscale gevolgen met betrekking tot het heffen van registratierechten;

Overwegende dat daarenboven zoals in dezen waar de notariële akte van verdeling van de blote eigendom van geschonken onroerende goederen slechts een onderdeel is van een veel ruimere verdeling en akkoorden tussen partijen onderling en individueel met hun ouders, de beoordeling van de aangevoerde benadeling dient te geschieden in dat ruim verband en niet beperkt blijft tot de loutere bepalingen van de notariële akte van deling van onroerende goederen; dat, in het kader van deze ruimere beoordeling, geen gegevens het mogelijk maken als bewezen aan te nemen dat appellant benadeeld werd door de verdeling en zulks des te minder daar de gedingspartijen, dus appellant ook, in de onderhandse akte van 15 juni 1982 uitdrukkelijk verklaard hebben dat na de ondertekening van de notariële akten van gift en deling en de onderhandse akte van 15 juni 1982, zij gelijke voordelen gekregen hadden en van elkaar geen compensaties te ontvangen of te eisen hadden;

Overwegende dat appellant ten slotte geen objectieve gegevens bijbrengt om geloofwaardig te maken dat hij door deze verdeling benadeeld werd in de zin zoals deze partij dat inroept;

...

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

8e KAMER — 24 DECEMBER 1992

Voorzitter-rapporteur: de h. Vandeplass
Raadsheren: de hh. Michielsens en Peeters
Openbaar ministerie: mevr. Van Leuven
Advocaten: mrs. Lenaerts en Peeters

Oplichting — Verkoop — Bedrieglijke middelen

Aan oplichting maakt zich schuldig hij die een verkoop voorwendt ten einde zich goederen te doen afleveren die hij van meetaf de intentie had niet te betalen. De onderhandelingen over de

prijs en het sluiten van de verkoopovereenkomst zijn dan slechts bedrieglijke middelen ten einde de verkoper te misleiden en zo in het bezit te komen van de goederen.

M. t/ G.

Overwegende dat de beklaagde wordt vervolgd wegens oplichting van een pistoletopboller en een langmaker voor brood ten nadele van Victor M.;

Overwegende dat de beklaagde op 4 november 1989 bij Victor M. is geweest naar aanleiding van een advertentie die deze had laten verschijnen in een tijdschrift voor bakkers; dat de beklaagde en de verkoper overeengekomen zijn om de twee bovengenoemde bakkerijmachines te verkopen voor de prijs van 100.000 fr. en dat de koper zelfs 3.000 fr. voorschot betaald heeft; dat diezelfde avond de beklaagde gevraagd heeft of de machines niet afgeleverd konden worden tegen een vergoeding van 1.500 fr. en dat ook voor deze bijkomende overeenkomst instemming werd betuigd;

Overwegende dat de machines werden geleverd op 6 november 1989 door Fonds De R. en deze nog geholpen heeft bij het afladen; dat de beklaagde echter de prijs niet betaald heeft aan Fons De R. en deze onmiddellijk de verkoper heeft ingelicht;

Overwegende dat Victor M. de volgende morgen betaling van de machines heeft gevraagd en hij de politie van Heist op den Berg op de hoogte heeft gebracht ten einde zijn machines terug te krijgen; dat de beklaagde echter beweerde dat hij helemaal geen machines had ontvangen en dat er ook nooit een verkoopovereenkomst werd gesloten;

Overwegende dat de twee bakkerijmachines in de bakkerij van de beklaagde werden aangetroffen; dat deze machines door de burgerlijke partij werden aangekocht te Berendrecht zodat de beklaagde ten onrechte het wil doen voorkomen dat hij deze machines heeft overgenomen van Dirk D.;

Overwegende dat het te dezen niet om een louter burgerlijke of commerciële aangelegenheid gaat, maar dat de beklaagde zich schuldig heeft gemaakt aan oplichting door voor te wenden deze goederen aan te kopen, maar in feite nooit de intentie heeft gehad deze machines te betalen;

Overwegende dat zich schuldig maakt aan oplichting, hij die een verkoop voorwendt, ten einde zich goederen te doen afleveren die hij van meetaf de intentie had niet te betalen;

Overwegende immers dat reeds op het ogenblik dat hij de verkoop sloot, de beklaagde de intentie had de koopsom niet te betalen; dat de onderhandelingen over de prijs en het sluiten van de verkoopovereenkomst slechts bedrieglijke middelen waren ten einde de verkoper te misleiden en alzo in het bezit te komen van de bakkerijmachines;

Overwegende dat de eerste rechter de beklaagde dan ook terecht schuldig heeft verklaard aan de feiten; dat hij een gepaste straf heeft opgelegd, rekening houdende met de waarde van de opgelichte zaken en de sluwheid waarmee de beklaagde te werk ging;

...

NOOT—Zie in dezelfde zin Cass., 26 mei 1924, *Pas.*, 1924, I, 361.

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL*1e KAMER — 9 FEBRUARI 1993*

Voorzitter: de h. Van Orshoven
 Raadsheren: de hh. Schöller en Winderickx
 Openbaar ministerie: de h. Ullman
 Advocaten: mrs. Boutsen en Vanderhasselt

Belasting over de toegevoegde waarde — Verzet tegen dwangbevel — Hoger beroep — Consignatie

Nu de ontvanger van de B.T.W. geen enkel element voorbrengt waaruit zou blijken dat de in art. 92, tweede lid, W.B.T.W. bedoelde consignatie noodzakelijk zou zijn om de rechten van de schatkist veilig te stellen en een dilatoir beroep tegen te gaan, behoort het te dezen genomen besluit van de ontvanger tot het vragen van een consignatie niet toepasselijk te worden verklaard overeenkomstig art. 107 Gw.

P.V.B.A. G. t/ Belgische Staat

Overwegende dat de oorspronkelijke eis of verzet van appellante, door de eerste rechter ongegrond verklaard, strekt tot nietigverklaring van het dwangbevel uitgevaardigd door de ontvanger van het B.T.W. ontvangkantoor te Tienen op 3 september 1987, uitvoerbaar verklaard door gewestelijke directeur van de administratie van de B.T.W. te Hasselt op 11 september 1987, en aangetekend betekend op 14 september 1987;

Overwegende dat door de ontvanger van de B.T.W. te Tienen, overeenkomstig artikel 92, tweede lid, van het B.T.W.-wetboek, op 25 mei 1990 aan appellante werd gevraagd over te gaan tot de consignatie van de som van 2.008.247 frank bij de Deposito- en Consignatiekas te Brussel binnen de termijn van twee maanden;

Overwegende dat appellante die som niet heeft gestort op de Deposito- en Consignatiekas en staande houdt dat het haar onmogelijk is die fondsen te consigner;

Overwegende dat geïntimeerde hieruit afleidt met toepassing van artikel 92, tweede lid, van de wet van 3 juli 1969 dat het hoger beroep niet ontvankelijk is; dat artikel 92, tweede lid, bepaalt dat wanneer het verzet door de bevoegde rechter wordt afgewezen er tegen deze afwijzing geen geldig rechtsmiddel kan worden aangewend «indien het bedrag van de verschuldigde sommen niet in consignatie is gegeven binnen twee maanden na het verzoek dat de bevoegde ambtenaar bij aangetekende brief tot de belastingschuldige richt»;

Overwegende dat er geen algemeen rechtsbeginsel van de dubbele aanleg of van de toegang tot de rechter in hoger beroep bestaat;

Overwegende dat artikel 92, tweede lid, van het B.T.W.-wetboek geen schending inhoudt van de artikelen 6 en 6bis van de Grondwet (z. arrest Arbitragehof van 18 november 1992);

Overwegende dat niettemin de beslissing van de ontvanger van de B.T.W. de consignatie te vragen «dient gesteund te zijn op objectieve en noodzakelijkerwijs controleerbare gegevens van een administratief dossier waaruit kan worden opgemaakt dat de genomen maatregel redelijkerwijs verantwoord is, rekening houdend met de doelstelling van de wetgever» (z. zelfde arrest Arbitragehof);

Overwegende dat geïntimeerde geen enkel element voorbrengt waaruit zou blijken dat de consignatie noodzakelijk zou zijn om de rechten van de schatkist veilig te stellen en een dilatoir beroep tegen te gaan;

Overwegende dat het in deze omstandigheden behoort het ter zake genomen besluit van de ontvanger van de B.T.W. tot het vragen van een consignatie niet toepasselijk te verklaren overeenkomstig artikel 107 van de Grondwet, zodat het hoger beroep dat voor het overige regelmatig en tijdig werd ingesteld, ontvankelijk is;

...

ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN*3e KAMER — 17 NOVEMBER 1992*

Voorzitter: de h. Marcelis
 Raadsheren in sociale zaken: de hh. Cools en Leybaert
 Advocaten: mrs. Meuleman loco Deprez en Lesthaeghe

Arbeidsongeval — Ongeval — Plotselinge gebeurtenis — Repetitive bewegingen — Langdurige uitvoering — Letsel

Het letsel dat ontstaat tijdens het uitvoeren van repetitieve bewegingen over een tijdspanne van twee tot drie weken, is niet het gevolg van een plotselinge gebeurtenis en kan derhalve niet als een arbeidsongeval worden aangemerkt.

V. t/ N.V. Z.

Overwegende dat uit de overgelegde stukken blijkt dat appellante op 29 juni 1988 tewerkgesteld was door C.;

Overwegende dat appellante het volgende verklaarde: «(...) Ik diende telkenmale met de rechterduim te drukken op een knop. Dit steeds herhalen van deze drukbeweging gaf mij na een veertiental dagen (...) een stijfheidsgevoel aan de rechterduim. Dit gevoel breidde zich uit tot de vingers dermate dat ik de laatste dagen van de derde week zelfs 's morgens wakker werd met de hand tot een vuist bijeengetrokken. De pijn was van die aard dat ik zelfs niet meer op de knop kon drukken. Woensdag, 29 juni 1988, ben ik dan ook 's avonds na het werk naar mijn huisdokter gegaan»;

Overwegende dat volgens prof. dr. M. D. raadsgeneesheer van appellante, deze laatste een tendinitis De Quervain heeft opgelopen die evolueerde naar een algodystrofie van de rechterpols en de rechterhand;

...

Overwegende dat vaststaat dat appellante dezelfde repetitieve bewegingen heeft uitgevoerd gedurende een tijdspanne van twee à drie weken;

Overwegende dat, wanneer repetitieve bewegingen en spanningen zelfs indien ze zich uitstrekken over een lange periode en tot de normale taak behoren, op een bepaald ogenblik ten gevolge van een duidelijk aanwijsbaar feit een overbelasting doen ontstaan met letsel als gevolg, dit duidelijk aanwijsbaar feit de concrete plotselinge gebeurtenis uitmaakt (Cass., 21 september 1987);

Overwegende dat te dezen noch uit de verklaring van appellante zelf noch uit de andere gegevens blijkt dat zich zo een duidelijk aanwijsbaar feit heeft voorgedaan op 29 juni 1988 tijdens de uitvoering van de arbeidsovereenkomst;

Overwegende dat het repetitief werk verricht gedurende twee à drie weken niet het vereiste plotselinge karakter heeft; dat de plotselinge gebeurtenis niet ogenblikkelijk dient te zijn, maar zich wel dient voor te doen binnen een redelijk aanvaardbare korte tijdsspanne;

Overwegende dat derhalve de door de Arbeidsongevalwet vereiste plotselinge gebeurtenis niet bewezen is;

Overwegende dat trouwens het letsel reeds bestond vóór 29 juni 1988, wat blijkt uit de voorafgaande pijnklachten; dat het niet opgaat in het stelsel van de Arbeidsongevalwet dat het letsel de plotselinge gebeurtenis voorafgaat;

...

ARBEIDSHOF TE GENT AFDELING BRUGGE

8e KAMER — 4 DECEMBER 1992

Voorzitter: de h. De Sutter

Raadsheren in sociale zaken: de hh. De Rijck, Adriaens, Decroos en Crosse

Advocaten: mrs. Van Sande en Tavernier

Arbeidsovereenkomst — Werklieden — Handarbeid — Begrip — Huis-aan-huis-besteller — Roomijs

Op grond van de concrete arbeidsprestaties van de werknemer, die als huis-aan-huis-besteller met een bestelwagen van de werkgever roomijs levert aan klanten, oordeelt het arbeidshof dat de werknemer te dezen hoofdzakelijk handarbeid verricht, zodat hij wettelijk de hoedanigheid van werkmán bezit.

N.V. IJ. t/ D.

Nopens de hoedanigheid van arbeider of bediende

De hoedanigheid van een tewerkstelling als bediende of als arbeider volgt niet uit de benaming gegeven aan de tewerkstelling door de partijen of door een der partijen, maar wordt wettelijk bepaald door het feit dat de werknemer in concreto in hoofdzaak handarbeid dan wel hoofdarbeid verrichtte (artt. 2 en 3 Arbeidsovereenkomstenwet).

De omstandigheden dat oorspronkelijk eiser gedurende zes jaar als chauffeur-besteller was ingeschreven, een uurloon evenals een vakantiegeld als arbeider ontving, zijn op zichzelf derhalve niet determinerend, evenmin als de omstandigheid dat hij in bepaalde interne nota's als «verkoper» werd betiteld of een loontoeslag ontving ingeval de afzet een bepaald gemiddelde per maand overtrof.

In casu dient oorspronkelijk eiser dan ook in rechte het bewijs te leveren dat hij in hoofdzaak hoofdarbeid verrichtte.

De beoordeling van deze feitelijke toestand dient in concreto te geschieden en behoort soeverein aan de rechter.

Verweerder was een van de circa 180 huis-aan-huis-bestellers van roomijs in dienst van eiseres in hoger beroep. Daartoe werd hem een aangepaste bestelwagen ter beschikking gesteld en een bepaalde voorraad roomijs en ontving

hij bovendien een aantal boekjes welke adressenlijsten en nauwkeurig uitgestippelde routes bevatten. Deze boekjes werden oorspronkelijk opgesteld door een prospectieteam van de werkgeefster en vervolgens ter hand gesteld van de betrokken bestellers. Niet betwist wordt dat verweerder in hoger beroep dergelijke boekjes ontving van zijn voorganger die vóór hem die wijk deed.

De taak van verweerder in hoger bestond er aldus in: de nauwkeurig voor hem uitgestippelde routes te volgen met zijn bestelwagen; aan te bellen aan de vermelde adressen; het eventueel bestelde roomijs, gekozen uit het aanbod, af te leveren; het geld in ontvangst te nemen; het verkochte te noteren; iedere dag naar de depot terug te rijden voor de aanvulling van de voorraad; de ontvangsten af te geven.

Er kwam derhalve geen enkele planning aan te pas: hij diende zijn voorraad enkel tot de oorspronkelijke hoeveelheid te doen aanvullen. Het aanvullen van een voorraad, waarbij iets moet worden genoteerd of aangestipt op fiches is nog geen intellectuele arbeid (cf. C.A.O. 13 juli 1977, art. 2, cat. 2, gesloten in het P.C. voor de Handel in Voedingswaren, tot vaststelling van de beroepenclassificatie, algemeen verbindend verklaard bij K.B. 22 december 1977).

De genoemde taken bestonden dus in hoofdzaak uit handarbeid en hadden voornamelijk een uitvoerings- en routinekarakter.

Terecht merkt eiseres in hoger beroep op dat de arbeidstaak van verweerder in hoger beroep in wezen in niets verschilde van die uitgevoerd door bestellers-afleveraars van «bier en andere dranken», welke eveneens via een bepaalde «ronde» bij vooraf bekende klanten gaan aanbellen, en in de desbetreffende C.A.O.'s als «arbeiders» worden aangemerkt (cf. C.A.O. 1 oktober 1973 voor de Handel in Voedingswaren, betreffende de classificatie der werklíeden en werksters tewerkgesteld in de handel in bier en water, algemeen verbindend verklaard bij K.B. 18 januari 1974).

Dat verweerder in hoger beroep onderweg soms nieuwe klanten, die hem opmerkten of werden aangewezen door andere klanten, in de desbetreffende boekjes inschreef, en dus aan het klantenbestand toevoegde, doet geen afbreuk aan het feit dat zijn hoofdtáak bestond uit voornoemde handarbeid, evenmin als de omstandigheid dat hij andere klanten die definitief afzagen van het produkt of verhuisd waren, soms schrapte.

Het toekennen van een loontoeslag als produktiepremie, indien de omvang van het geleverde het maandvolume van de gemiddelde huis-aan-huis bestellers overtrof, is ook niet van die aard dat het aan het uitgevoerde werk in hoofdzaak het karakter van hoofdarbeid geeft.

Te dezen merkt eiseres in hoger beroep terecht op dat zulks geschiedde om te beletten dat haar bestellers, die enerzijds een vast uurloon en anderzijds van een bijna onbeperkte vrijheid van uitvoering van de arbeid hebben, hun tijd onderweg zouden verkwanselen.

Oorspronkelijk eiser is dan ook in gebreke gebleven in rechte het bewijs te leveren dat de door hem gedurende een jaar uitgevoerde arbeidstaak in dienst van de N.V. IJ., hoofdzakelijk bestond in intellectuele arbeid.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE GENT*3e KAMER – 25 JUNI 1992*

Rechter: mevr. De Bauw

Openbaar ministerie: de h. Dubrulle

Advocaat: mr. Roeland

Afstamming – Kind verwekt in overspel a matre én a patre – Machtiging tot erkenning – Vrijstelling van homologatie van de akte van erkenning

Indien de echtgenote van de aspirant-erkenner wordt opgeroepen, kan de vordering tot homologatie van een erkenning van een a patre in overspel verwekt kind gelijktijdig met de vordering tot machtiging tot erkenning van een a matre in overspel verwekt kind ingesteld en behandeld worden. De rechtbank kan in voorkomend geval de aspirant-erkenner vrijstellen van het vereiste van homologatie van de akte van erkenning.

D.

Het schriftelijk advies van de eerste substituut-procureur des Konings Guy Dubrulle van 20 mei 1992 – waarin volhard wordt in het verzet tegen de vraag tot vrijstelling van de homologatieformaliteiten, werd ingezien.

Te dezen zijn alle wettelijke voorwaarden voor het verleenen van de machtiging tot erkenning vervuld.

De verzoeker en C. De B. – in eigen naam en als vertegenwoordigster van haar kind – werden op 2 april 1992 opnieuw in raadkamer gehoord. De raadsman van B.D. werd eveneens gehoord. De moeder heeft haar instemming betuigd met de erkenning.

Nu het kind C. geboren is op 27 april 1990, zijnde meer dan 180 dagen na de overschrijving van het echtscheidingsvonnis van haar moeder op 9 augustus 1989, is de voorwaarde van art. 320, 1°, B.W. vervuld.

De verzoeker, die zelf nog gehuwd is met V.B., vraagt te worden vrijgesteld van de door art. 319bis B.W. voorgeschreven homologatievereiste.

Om proceseconomische redenen moet aanvaard worden dat de vordering van art. 319bis B.W. gelijktijdig met de vordering tot machtiging tot erkenning kan ingesteld worden.

De ratio legis van art. 319bis B.W. – het voorkomen van bedrieglijke erkenningen gedurende het huwelijk ten nadele van de echtgenoot en de kinderen uit het huwelijk geboren – is voldaan door de oproeping van de echtgenote van de verzoeker, die ter terechtzitting van 31 januari 1991 werd vertegenwoordigd door haar raadsman. Het blijkt niet dat zij het vaderschap van de verzoeker over het te erkennen kind betwist.

Daarbij is het zonder belang of een dergelijke oproeping gebeurt voorafgaand aan dan wel na het opmaken van de akte van erkenning.

Het argument als zou bij het ontbreken van de afzonderlijke homologatieprocedure de erkenning niet aan de door de wet verplichte controle onderworpen worden gaat aldus niet op.

Evenmin gaat het op te stellen dat de verplichting van art. 333 B.W. nageleefd moet kunnen worden.

Dat artikel vindt immers geen toepassing, nu noch in het vonnis waarbij de machtiging tot erkenning wordt verleend,

noch eventueel in het homologatievonnis een afstammingsband wordt vastgelegd of tenietgedaan.

Ten slotte moet worden aangenomen dat de kantmelding bedoeld in art. 319bis, vierde lid, B.W. slechts een niet-constitutieve formaliteit betreft, terwijl geen enkele betekenis kan worden verleend aan de bepaling van art. 319bis, laatste lid, B.W. op straffe van de miskenning van het declaratief karakter van de erkenning waarbij slechts een afstammingsband wordt vastgesteld die reeds bestond vanaf de geboorte (Mellaerts, J., «Afstammingsgeschillen: een procesrechtelijke benadering», *T.P.R.*, 1991, 1190, nrs. 136-137).

Op die gronden, de Rechtbank, (...) machtigt P. om het kind C.D. te erkennen; ontslaat de verzoeker van de formaliteiten voorzien door art. 319bis B.W.

NOOT – Zie hierna Rb. Gent, 12 november 1992, en de noot van J. Mellaerts.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE GENT*3e KAMER – 12 NOVEMBER 1992*

Openbaar ministerie: mevr. Bonte

Rechter: de h. De Meue

Advocaat: mr. De Becker

Afstamming – Kind verwekt in overspel a matre én a patre – Machtiging tot erkenning – Dadelijke homologatie van de akte van erkenning

Indien de echtgenote van de aspirant-erkenner wordt opgeroepen, kan de vordering tot homologatie van een erkenning van een a patre in overspel verwekt kind gelijktijdig met de vordering tot machtiging tot erkenning van een a matre in overspel verwekt kind ingesteld en behandeld worden, en kan de rechtbank de nog op te maken akte van erkenning dadelijk homologeren.

De verzoeker, R.F., zijnde de echtgenote van de verzoeker, C.D., zijnde de moeder van het te erkennen kind – optredend in eigen naam en als vertegenwoordigster van de minderjarige – alsmede M. Van de V., zijnde de echtgenoot van de moeder werden in raadkamer gehoord.

Het verzoekschrift beoogt machtiging te krijgen om het kind W. Van de V. te erkennen.

Uit de overgelegde stukken blijkt dat de wettelijke voorwaarden zoals bepaald in artikel 320, tweede lid, B.W. vervuld zijn, terwijl de moeder vooraf haar toestemming gaf overeenkomstig art. 319, § 3, B.W., derwijze dat niets de machtiging tot erkenning – overeenkomstig art. 320 B.W. in de weg staat.

Het verzoekschrift beoogt tevens thans reeds de homologatie van de op te maken akte van erkenning te verkrijgen.

Om proceseconomische redenen moet aanvaard worden dat de vordering, bedoeld in art. 319bis B.W., gelijktijdig met de vordering tot machtiging tot erkenning kan worden ingesteld.

Beide procedures worden geregeld door de artikelen 1025 e.v. Ger.W., terwijl aan de ratio legis van het art. 319bis B.W. – het voorkomen van bedrieglijke erkenningen gedurende het huwelijk, ten nadele van de echtgenoot en de kinderen

uit het huwelijk geboren — is voldaan door de oproeping van de echtgenote van de verzoeker.

Daarbij is het zonder belang of dit gebeurt voorafgaand of na het opmaken van de akte van erkenning.

De echtgenote van de verzoeker R.F. is verschenen en zij betwist niet dat de verzoeker de verwekker is van het door hem na voorafgaande toestemming van de moeder erkende kind.

Op die gronden, de Rechtbank, (...) machtigt de verzoeker M.B. het kind W. Van de V. te erkennen; zegt dat de akte van erkenning die zal worden opgemaakt ingevolge voormelde machtiging, gehomologeerd zal zijn, derwijze dat de erkenning definitief zal zijn door de inschrijving van de homologatie in de rand van de erkenningsakte en de erkenning haar uitwerking heeft te rekenen vanaf de datum van neerlegging van het verzoekschrift.

NOOT — Dienen de procedures van de artikelen 319bis en 320 B.W. inzake de vaderlijke erkenning achtereenvolgens te worden toegepast?

1. Ook sinds de wet van 31 maart 1987 gelden m.b.t. de erkenning van in overspel verwekte kinderen nog steeds een aantal formaliteiten. Zo dient de erkenning door een gehuwde man van een kind verwekt bij een andere vrouw dan zijn echtgenote (kind verwekt in overspel *a patre*) door de rechtbank van eerste aanleg *gehomologeerd* te worden in een procedure waarin de echtgenote van de overspelige ouder betrokken wordt (art. 319bis B.W.). Anderzijds kan de werkelijke vader in enkele uitzonderlijke gevallen na voorafgaande *machtiging* door de rechtbank een in overspel *a matre* verwekt kind erkennen, zonder dat vooraf een procedure van betwisting van het vaderschap van de echtgenoot met goed gevolg is doorlopen (art. 320 B.W.).

2. In de artikelen 319bis en 320 B.W. is niet uitdrukkelijk rekening gehouden met het — in de praktijk nochtans niet zelden voorkomende — geval van kinderen verwekt in overspel *a patre én a matre*, zodat de vraag rijst of in dat geval beide rechtsplegingen (de machtigings- resp. homologatieprocedure) achtereenvolgens dienen te worden toegepast. Bovenstaande vonnissen van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent zijn bij ons weten de eerste in de gepubliceerde rechtspraak die toelaten dat beide gerechtelijke formaliteiten in één en dezelfde procedure worden behandeld.

3. De rechtsleer is m.b.t. deze problematiek nochtans grondig verdeeld. Volgens een aantal auteurs dient de overspelige erkennende man wel degelijk de homologatie te verzoeken van de erkenning, waartoe hij vooraf door de rechtbank gemachtigd is (Baeteman, G., «Het afstammingsrecht in België», *T.P.R.*, 1989, 1565, nr. 38; Heyvaert, A., in *Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer — Personen- en familierecht*, Casman, H., Gerlo, J., Heyvaert, A., Pauwels, J. en Senaeve, P. (red.), Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, losbl., B.W. art. 320, nrs. 12 en 16; Senaeve, P., *Compendium van het personen- en familierecht*, boekdeel 2, Leuven, Acco, 1991, 2e uitg., nr. 721). Anderen daarentegen stellen dat het niet in de bedoeling van de wetgever lag dat beide procedures cumulatief zouden worden toegepast *indien* de echtgenote van de overspelige man reeds in de aan de erkenning voorafgaande machtigingsprocedure betrokken wordt (Cordier, T., «Divers problèmes de procédure suscités par la reconnaissance des enfants

adultérins privilégiés», noot onder Rb. Bergen, 13 april 1988, *J.L.M.B.*, 1988, 944; Renchon, J.L., noot onder Rb. Luik, 9 maart 1990, *Rev. Trim.Dr.Fam.*, 1991, 194; vgl. Baeteman, G., *Personen- en gezinsrecht*, deel 2, Brussel, Story-Scientia, 1988, nr. 572). Als aan voormelde voorwaarde voldaan is, zou de homologatieprocedure niet meer hoeven te worden gevoerd (Corbier, T., *l.c.*, 944) of zou de rechtbank, tegelijk met het verlenen van de machtiging tot erkenning, preventief de erkenning reeds kunnen homologeren (Renchon, J.L., *l.c.*, 197).

4. In de hierboven gepubliceerde vonnissen beroept de rechtbank zich primair op de ratio legis van art. 319bis B.W. Deze bepaling had tot doel leugenachtige erkenningen door de overspelige man ten nadele van zijn echtgenote te vermijden, reden waarom deze laatste in een (homologatie) procedure opgeroepen moet worden, waarin zij het recht heeft een onderzoek naar de genetische echtheid van het vaderschap van de erkenner te vorderen. Welnu, overweegt de rechtbank, indien de «bedrogen» echtgenote reeds in de aan de erkenning voorafgaande machtigingsprocedure betrokken wordt (zoals te dezen het geval was) en zij m.a.w. in het kader van *die* procedure reeds in de gelegenheid gesteld wordt de genetische echtheid van het vaderschap van haar erkennende echtgenoot te betwisten, is aan de door de wetgever met art. 319bis B.W. beoogde opzet voldaan, en moet om proceseconomische redenen aanvaard worden dat meteen ook een uitspraak gedaan wordt over de vordering ex art. 319bis B.W. Procestechnisch stelt dit geen probleem, gaat de rechtbank verder, want «beide procedures worden beheerst door de artikelen 1025 e.v. Ger.W.». Het is een verlokkelijke redenering die ons *de lege lata* nochtans niet overtuigt.

5. Allereerst is het opmerkelijk dat op basis van dezelfde redenering in het ene vonnis (25 juni 1992) de verzoekende echtgenoot ontslagen wordt van de formaliteiten vooropgesteld in art. 319bis B.W., terwijl in het andere vonnis (12 november 1992) de rechtbank concludeert «dat de akte van erkenning die zal worden opgemaakt gehomologeerd zal zijn». Er bestaat m.a.w. geen eensgezindheid over hoe een en ander concreet vorm moet krijgen (ook niet in de rechtsleer trouwens, zie boven, nummer 3 in fine): dadelijke homologatie dan wel vrijstelling van homologatie?

Geen van beide oplossingen is naar ons oordeel evenwel mogelijk. Aan de ene kant is de wet overduidelijk: de erkenning bij authentieke akte van een van vaderszijde in overspel verwekt kind heeft *op zich* geen uitwerking; vereist is een bekrachtiging door de rechtbank, waarvoor een geëigende procedure gevolgd moet worden. De overspelige echtgenoot vrijstellen van het vereiste van homologatie is bijgevolg, hoe men het ook wendt of keert, een manifeste schending van een ondubbelzinnige wetsbepaling. Het feit dat de «bedrogen» echtgenote in een voorafgaande procedure reeds opgetreden is, doet daar geen afbreuk aan. Anderzijds zien we niet goed in hoe een homologatie betrekking kan hebben op een nog niet tot stand gekomen rechtshandeling (zoals Renchon, *l.c.*, 197, trouwens zelf moet toegeven). Wat is een homologatie in essentie anders dan een vorm van rechterlijke controle ingesteld m.b.t. *voorafbestaande voltrokken* rechtshandelingen, die op zichzelf hadden kunnen volstaan, ware het niet dat ze ingevolge de wil van de wetgever aan een controle worden onderworpen? (De Wilde, L., «De vlag en de lading — Over homologaties», *R.W.*, 1984-85, 1001,

nr. 87). De homologatie van de erkenning waarvan sprake in art. 319bis B.W. veronderstelt *per definitie* een voorafgaande erkenningsakte. De wet spreekt overigens expliciet over «de akte van erkenning» die ter homologatie moet worden voorgelegd.

6. Bovendien kunnen o.i., in tegenstelling tot wat de rechtbank in casu oordeelt, beide vorderingen ook vanuit louter praktisch oogpunt bekeken niet samen behandeld worden. Ze worden immers beheerst door totaal verschillende procedurevoorschriften:

a) op basis van het homologatieverzoek ex art. 319bis B.W. wordt o.i. een procedure op *tegenspraak* ingeleid (in dezelfde zin: Panier, C., «Problèmes de droit judiciaire relatifs à la filiation», in *La filiation et l'adoption*, Brussel, Ed. du jeune barreau, 1988, nr. 27; Pire, D., «Droit judiciaire de la filiation», *Rev.Fac.Dr.Liège*, 1991, 716, nr. 32, en 723, nr. 43), waarop de (nieuwe) artt. 1034bis-1034sexies Ger. W. en voor het overige de gemeenrechtelijke bepalingen inzake vorderingen op *tegenspraak* van toepassing zijn;

b) artikel 320 B.W. daarentegen beoogt o.i. een in essentie *eenzijdige* procedure, waarvoor de bepalingen van de artt. 1025-1034 Ger.W. gelden; het zij evenwel toegegeven dat over de aard van deze rechtspleging een nog niet beslechte controverse bestaat in rechtsleer en rechtspraak (volgens sommigen wordt namelijk ook in art. 320 B.W. een contradictoire procedure georganiseerd: Cordier, T., *l.c.*, 942-944; Cuypers, J., noot onder Rb. Turnhout, 28 april 1988, *Turnh. Rechtsl.*, 1989, 65-66; De Page, H. en Masson, J., *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, Brussel, Bruylant, 1990, nr. 987; Sosson, J., «Quelques problèmes judiciaires d'application de la loi du 31 mars 1987 réformant le droit de la filiation», *J.T.*, nrs. 3-12; Van den Berghen, A., «De rechtspleging bij de procedure inzake machtiging tot erkenning van een overspelig kind a matre», noot onder Rb. Turnhout, 28 april 1988, *R.W.*, 1990-91, 335-337; in *tegengestelde zin*: Heyvaert, A., *Comm.Pers.*, B.W. art. 320, nr. 10; Leclercq, C., «L'application de l'article 320 du code civil», noot onder Rb. Charleroi, *J.L.M.B.*, 1989, 871-874; Pire, D., «Requiem pour la présomption de paternité», noot onder Rb. Luik, 27 oktober 1989, *Ann.Dr.Liège*, 1990, 393-396).

7. Het voorgaande neemt echter niet weg dat *de lege ferenda* het vereiste van een opeenvolgende toepassing van de procedures i.v.m. de vaderlijke erkenning geenszins gewenst is. Een dergelijke opeenstapeling van procedures strookt niet met de algemene filosofie van de wet van 1987, die de afstammingsprocedures juist wou versoepelen, en kan gemakkelijk vermeden worden door een kleine wetstechnische ingreep. In dat geval dient ervoor gewaakt te worden dat niet alleen een einde gemaakt wordt aan de opeenvolgende toepassingen van de artt. 319bis-320 B.W., maar ook aan die van de artt. 319-319bis, 319-320, en zelfs de combinatie 319, 319bis en 320 B.W.

Jan Mellaerts
Instituut voor Familierecht
K.U.Leuven

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (3e Kamer), 21 december 1992

Arbeidsongeval – Vereiste – Bestaan van een letsel – Bewijs – Mogelijkheid van een letsel – Volstaat niet

Het bestreden arrest (Arbh. Brussel, 15 april 1991) wordt om de volgende redenen vernietigd:

«Overwegende dat de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971 voor het bestaan van een arbeidsongeval inzonderheid een plotselinge gebeurtenis vereist die een letsel heeft veroorzaakt; dat de getroffene dat letsel moet aantonen;

«Overwegende dat het arrest erop wijst dat 'met betrekking tot het bestaan van het letsel, het deskundigenverslag niet uitsluit dat er ten gevolge van een trauma een kleine scheur is ontstaan in de wervelschijf L4-L5 of L5-S1, waarbij de rugpijn evenals de pijn op het verloop van de linker ischiaszenus worden toegeschreven aan een waarschijnlijke verstuing van het gewricht tussen de lumbale en sacrale wervel';

«Dat het arbeidshof, op grond van die overwegingen, niet kon beslissen dat verweester het bestaan van een letsel aantoonde.»

(Voorzitter: de h. Marchal – Rapporteur: de h. Parmenier – Openbaar ministerie: de h. Leclercq – Advocaten: mrs. Simont en Draps – In de zaak: N.V. R. t/ J.)

NOOT – Zie, in dezelfde zin, Cass., 10 december 1990, *R.W.*, 1990-91, 1337.

Hof van Cassatie (3e Kamer), 21 december 1992

Bescherming van het loon – Niet-betaling van de indexeringen – Geen voortdurend, maar een aflopend misdrijf

Het bestreden arrest (Arbh. Luik, afd. Namen, 28 november 1991) wordt om de volgende redenen vernietigd:

«Overwegende dat het misdrijf, naar luid van de in het middel aangewezen bepalingen houdende vaststelling van de verplichting het loon en de verhogingen ervan, door de koppeling aan de index van de consumptieprijzen, uit te betalen en die het niet-betalen strafbaar stellen, voltrokken is door één enkel verzuim op het ogenblik waarop uiterlijk moet worden betaald; dat bijgevolg de misdrijven waaruit verweerders vordering volgt, geen voortdurende misdrijven zijn;

«Dat het arrest, dat oordeelt dat het niet-betalen van de indexeringen van het loon een voortdurend misdrijf uitmaakt, en bijgevolg de exceptie van verjaring afwijst die eisers voor een gedeelte van de vordering had opgeworpen, zijn beslissing niet naar recht verantwoordt.»

(Voorzitter: de h. Marchal – Rapporteur: de h. Parmenier – Openbaar ministerie: de h. Leclercq – Advocaten: mrs. Geinger en Simont – In de zaak: N.V. A. t/ L.)

NOOT – Zie, in dezelfde zin, Cass., 19 november 1987, *R.W.*, 1987-88, 1054.

Hof van Cassatie (1e Kamer), 14 januari 1993

Inkomstenbelastingen – Roerende voorheffing – Berekening – Schuldenaar – Tenlasteneming – Art. 172 W.I.B. – Toepassing – Vereisten

Art. 172 W.I.B. bepaalt dat «de roerende voorheffing die eventueel ten laste van de schuldenaar valt ter ontlasting van de verkrijger der inkomsten, aan het bedrag van die inkomsten wordt toegevoegd voor de berekening van de roerende voorheffing». Het bestreden arrest (Hof Luik, 4 maart 1991), dat die bepaling toepasselijk acht, wordt om de volgende redenen vernietigd:

«Overwegende dat het arrest vaststelt 'dat (eiser) ook thans nog nalaat enig spoor over te leggen van de overeenkomst die hij met zijn tante zou hebben gesloten over de gelden waarover hij beschikte';

«Dat het overweegt dat 'artikel 172 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen geen onderscheid maakt naargelang van de bedoelingen van de belastingplichtige noch naargelang al dan niet met zijn goede of kwade trouw rekening moet worden gehouden';

«Dat het arrest, noch door die vaststelling en overweging, noch door enige andere, zijn beslissing naar recht verantwoordt om genoemd artikel 172 toe te passen, dat vooronderstelt dat is aangetoond dat de schuldenaar van de inkomsten zich ertoe heeft verbonden de roerende voorheffing persoonlijk ten laste te nemen.»

(Voorzitter: de h. Sace – Rapporteur: mevr. Charlier – Advocaat-generaal: de h. Janssens de Bisthoven – Advocaten: mrs. Kirkpatrick en De Bruyn – In de zaak: M. t/ Belgische Staat)

BOEKEN

R.M. VRIESENDORP-VAN SEUMEREN, **De positie van de assurantiëtussenpersoon en zijn relatie tot de verzekeringnemer en de verzekeraar**, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1989, 256 pp.

Deze monografie, verschenen in de «Serie Verzekeringsrecht», is geschreven met de bedoeling de positie van de assurantiëtussenpersoon te verduidelijken, zonder de integriteit van deze beroepsgroep in twijfel te trekken. In dit werk staan dan ook de assurantiëtussenpersoon en zijn rechtsverhouding tot de verzekeringnemer en de verzekeraar centraal.

De auteur werd bij de aanvang van haar onderzoek in het bijzonder geboeid door het gebrek aan overeenstemming tussen het beeld van de assurantiëtussenpersoon, zoals men dat kan vaststellen aan de hand van de rechtsleer en de rechtspraak, en de uiteindelijke praktijk van de assurantiëbemiddeling. Het belang van haar studie blijkt tevens uit bijgevoegd cijfermateriaal waaruit de maatschappelijke betekenis van de assurantiëbemiddeling kan worden afgeleid. De auteur vond aldus voldoende redenen om de desbetreffende problematiek in globo te behandelen.

In eerste instantie zocht de auteur naar een antwoord op de vraag wie als tussenpersoon kan worden beschouwd en wat het begrip bemiddelen inhoudt. Hierbij werden de verschillende typen tussenpersonen in beschouwing genomen. Aandacht werd hierbij besteed aan de verhouding die bestaat tussen de tussenpersoon en de verzekeringnemer en die welke bestaat tussen de tussenpersoon en de verzekeraar.

De verschillende beroepsorganisaties werden besproken. Zij gaf tevens de verschillen aan die bestaan tussen het beurs- en het provinciale bedrijf.

Een apart deel werd gewijd aan de buitengerechtelijke verhaalmogelijkheden die openstaan voor de verzekeringnemer en via welke hij zich kan beklagen over het gedrag van verzekeraars en tussenpersonen. Hierbij werd naast een analyse van de beslissingen van de tuchtcolleges van de Nederlandse Vereniging van Makelaars in Assurantiën en Assurantie-adviseurs (NVA) en die van de Nederlandse Bond van Assurantiëbemiddelaars (NBvA) vooral gefocust op de beslissingen van de Raad van Toezicht voor het Schadeverzekeringsbedrijf en die van de Ombudsman Levensverzekering.

De auteur had tevens aandacht voor de mogelijke toekomstige regelgeving (in de Wet Assurantiëbemiddeling (WAb)) inzake de verschillende sancties op onzorgvuldig gedrag van de tussenpersoon jegens de (aspirant-)verzekeringnemer, zoals deze worden voorgesteld door de Sociaal Economische Raad.

De mogelijkheid om een geschillencommissie voor assurantiëtussenpersonen in het leven te roepen werd door de auteur eveneens in overweging genomen.

Aansluitend volgt een uitvoerige bespreking en wordt een evaluatie gegeven *de lege lata* (WAb) van de begrippen tussenpersoon en bemiddelen. Eveneens worden voorstellen *de lege ferenda* aan de bespreking toegevoegd.

Op voormelde wijze worden geanalyseerd:

- de vestigingsregeling (registers en vakbekwaamheidseisen) (artt. 4 en 5) inclusief de Richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 13 december 1976, houdende maatregelen ter bevordering van de daadwerkelijke uitoefening van het recht van vestiging en het vrij verrichten van diensten voor de werkzaamheden van verzekeringsagent en assurantiëmakelaar;

- het portefeuillerecht (artt. 17-19 en 11, lid 2) inclusief de in beurspolissen voorkomende kwijtingsclausule en art. 7.17.1.11 NBW (ter bevordering van het inzicht van de verzekeringnemer stelt auteur voor dat de verzekeringnemer zelf de provisie aan de tussenpersoon betaalt of dat althans in de premiekwitantie afzonderlijk wordt vermeld welk gedeelte van de premie bestemd is voor provisie; wordt geen beroep gedaan op een tussenpersoon dan mag de verzekeringnemer niet verplicht worden tot het betalen van provisie);

- de overgang van de portefeuille na het overlijden van de tussenpersoon (artt. 6 en 11, lid 2) (waaruit in het bijzonder de sterke positie die de tussenpersoon inneemt tegenover de verzekeraar blijkt);

- de gevolmachtigde agent in de WAb (artt. 21-28 WAb). Daarnaast worden ook andere dan de krachtens art. 21 e.v. WAb verleende volmachten, zoals de bevoegdheid voorlopige dekking te verlenen en brokers' covers, bij de bespreking betrokken. Tevens wordt gewezen op de tegenstrijdigheid van de combinatie van de functies van makelaar en gevolmachtigde in één en dezelfde persoon.

Met betrekking tot deze punten worden de voorstellen van wijziging van de WAb, de regeling in het wetsvoorstel Wet assurantiëbemiddelingsbedrijf en de SER-adviezen uitgebracht met het oog op een wijziging van de WAb, besproken.

Een volgend hoofdstuk behandelt integraal de tussenpersonen zoals geregeld in het Wetboek van Koophandel (aan bod komen: de loondienstagent, de handelsreiziger, de handelsagent en de makelaar).

Daarna worden zowel de tussenpersoon als de bemiddeling in het licht van het nieuw Burgerlijk Wetboek (titel 7.7) besproken. Bijzondere aandacht gaat uit naar de artikelen die specifiek van belang zijn voor de assurantiëbemiddeling. Art. 7.7.1.1. (waar de vraag wordt gesteld of er sprake kan zijn van een opdracht tussen verzekeringnemer en tussenpersoon); art. 7.7.1.6 (waar, uitgaande van een opdracht tussen de verzekeringnemer en de tussenpersoon, deze niet wederkerig wordt geacht, aangezien niet de verzekeringnemer maar de verzekeraar loon verschuldigd is); art. 7.7.1.10 (waar de opzegbaarheid van de opdracht in relatie tot art. 17, lid 3, WAb wordt bestudeerd); en art. 7.7.1.12 (waar het einde van de opdracht verleend met het oog op een bepaalde persoon bij diens dood in verband wordt gebracht met art. 6 WAb).

Verder worden de drie artikelen van afdeling 7.7.4 van het Nieuw Burgerlijk Wetboek, die betrekking hebben op de bemiddelingsovereenkomst besproken, namelijk art. 7.7.4.1 (is er sprake van een bemiddelingsovereenkomst?), art. 7.7.4.2 (wanneer heeft de tussenpersoon recht op loon?), art. 7.7.4.3 juncto art. 7.7.2.4 (m.b.t. het «dienen van twee heren»; hierbij formuleert de auteur de volgende bedenking: mocht in de gewijzigde wet Assurantiëbemidde-

ling een verplichting worden opgenomen voor de verzekeringnemer om de opdracht aan de tussenpersoon schriftelijk te verlenen, dan dient deze schriftelijk verleende opdracht een nauwkeurige omschrijving te bevatten van de door de tussenpersoon voor, bij en na het sluiten van de verzekeringsovereenkomst vóór de verzekeringnemer te verrichten werkzaamheden).

Een apart hoofdstuk wordt toegedeeld aan de onafhankelijke of vrije tussenpersoon (de toevoeging – vrij/onafhankelijk – impliceert dat de tussenpersoon tegenover de verzekerde niet de verplichting heeft opgenomen te bemiddelen). Onder voormeld begrip ressorteren: de makelaar en de assurantiebezorger. De auteur besteedt aan deze figuur ruim aandacht wegens het feit dat dit type de laatste jaren steeds meer voorkomt en het juist dit type is dat de meeste vragen doet rijzen wat de toerekening van handelingen, fouten en wetenschap betreft.

Hieronder worden geanalyseerd de rechtsverhouding van de tussenpersoon tot de verzekeraar en die van de tussenpersoon tot de verzekeringnemer. De auteur integreert naast een beschrijving van de juridische banden tussen de onafhankelijke tussenpersoon en de verzekeraar tevens de in de praktijk voorkomende economische banden.

Centraal staat de vraag of het handelen, de wetenschap of de fouten van de tussenpersoon moeten worden toegerekend aan de verzekeraar of aan de verzekeringnemer. De behandeling van deze problematiek vangt aan met de weergave van de diverse toerekeningstheorieën. Aansluitend worden de mogelijke werkzaamheden die een tussenpersoon kan verrichten, belicht. Nagegaan wordt aan wie en op welke gronden, de fouten begaan in de uitvoering van deze werkzaamheden kunnen worden toegerekend. Om deze rechtsvraag te beantwoorden bevat het onderzoek, naast de gewone rechtspraak, uitspraken van de Raad van Toezicht voor het Schadeverzekeringsbedrijf, uitspraken van de Ombudsman Levensverzekering en die van de tuchtcolleges van de NVA en de NBvA. Tenzelfder tijd wordt grensoverschrijdend gewerkt en wordt tevens Engelse rechtspraak aangehaald.

Uit het onderzoek blijkt dat meestal en meer specifiek de fouten begaan door de onafhankelijke tussenpersoon bij de sluiting van de verzekeringsovereenkomst worden toegerekend aan de verzekeringnemer. Bij misverstanden over de inhoud van de verzekeringsovereenkomst kiest de rechtspraak in het algemeen voor de verzekeringnemer-consumant en tegen de eenzijdig door de verzekeraar opgestelde verzekeringsvoorwaarden. Opvallend is dat voormelde bescherming soms vervalt omdat de deskundigheid van de ingeschakelde tussenpersoon wordt toegerekend aan de verzekeringnemer.

De laatste jaren benadert de jurisprudentie, en vooral die van de Raad van Toezicht voor het Schadeverzekeringsbedrijf, fouten gemaakt in de fase na de sluiting van de verzekeringsovereenkomst enigszins genuanceerder. Als dusdanig kunnen tekortkomingen van de tussenpersoon begaan bij het doorgeven van mededelingen betreffende het premie-incasso en bij het doorspelen van mededelingen inzake opzegging van de verzekering aan de verzekeringnemer toegerekend worden aan de verzekeraar. De auteur is eveneens pleitbezorger voor een meer genuanceerde houding ten aanzien van de zoëven geëvoceerde problematiek. Bovendien ijvert zij niet alleen voor een mogelijke sanctiëring van de handelingen van de tussenpersoon verricht na sluiting van de verzekeringsovereenkomst maar ook en in dezelfde mate voor de handelingen die zijn verricht tijdens en vóór sluiting van de verzekeringsovereenkomst.

In een volgend deel komt de aansprakelijkheid van de onafhankelijke tussenpersoon tegenover de verzekeringnemer aan bod. In casu dient de aard van de verbintenis tussen de tussenpersoon en de verzekeringnemer te worden vastgesteld, daar de norm waaraan het gedrag van de tussenpersoon moet worden getoetst, daarvan rechtstreeks afhankelijk is. Hierbij wordt tevens een onderscheid gemaakt tussen de verplichtingen van de tussenpersoon vóór en die na het sluiten van de verzekeringsovereenkomst. Het onderzoek gebeurt aan de hand van uitspraken van de gewone rechter – inclusief Engelse uitspraken – en de tuchtcolleges.

Ter afronding van deze paragraaf wordt nog uitgeweid over de beroepsaansprakelijkheidsverzekering en – in het algemeen – over de relatie tussen aansprakelijkheid en verzekering.

Vervolgens wordt de aansprakelijkheid van de tussenpersoon tegenover de verzekeraar besproken. Hierbij worden eveneens de samenwerkingsvoorwaarden die in de praktijk tussen tussenpersonen en verzekeraars veelvuldig voorkomen behandeld.

In het laatste deel vinden we de conclusies van mevrouw Vriendendorp-Van Seumeren terug. De auteur is van mening dat, tot op heden en bij ongewijzigde invoering van het wetsvoorstel Wet assurantiebemiddelingsbedrijf, de banden tussen de onafhankelijke tussenpersoon en de verzekeraar vaak sterker zullen zijn dan tussen de tussenpersoon en de verzekeringnemer. Of anders gesteld: de tussenpersoon wordt door de verzekeraar nog bijna steeds beschouwd als verkoper van verzekeringen, meer dan dat hij wordt gezien als raadsman van de verzekeringnemer. Deze sterke band blijkt o.a. uit de regeling van het portefeuillerecht in de WAb; de samenwerkingsovereenkomst tussen verzekeraars en de tussenpersonen; de financiële banden tussen de verzekeraars en de tussenpersonen; de rekening-courantverhouding tussen de verzekeraars en de tussenpersonen; de overeenkomst van opdracht die in de literatuur en de rechtspraak wordt verondersteld te bestaan tussen de tussenpersoon en de verzekeringnemer en welke voor deze laatste niet altijd herkenbaar is;... Vooral omdat deze toestand nog lang kan aanhouden, acht zij het dan ook gerechtvaardigd om nog meer dan nu reeds het geval is, fouten gemaakt door de tussenpersoon aan de verzekeraar toe te rekenen. Op basis van de besproken toerekenings-theorieën heeft zij aangehouden op welke wijze dat zou kunnen gebeuren. Zolang de positie van de tussenpersoon voor de verzekeringnemer-consumant onduidelijk blijft, en bij ongewijzigde invoering van het wetsvoorstel Wet assurantiebemiddelingsbedrijf verwacht zij ook hierin geen verandering, moeten volgens haar de gevolgen in de eerste plaats voor rekening van de tussenpersonen en de verzekeraars komen. Immers, in de hoedanigheid van deskundigen op het gebied van verzekeringen, is het hun taak de positie van de tussenpersoon voor de verzekeringnemer-consumant te verduidelijken.

Sofia De Meuter
Assistente Burgerlijk Recht V.U.B.

C.M. HILVERDA, **Faillissementsfraude**, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1992, XIX + 490 pp.

Dit boek heeft als ondertitel: «Een studie naar de strafrechtelijke handhaving van faillissementsrechtelijke normen». Het is de handelseditie van het proefschrift waarop de auteur op 13 november 1992 is gepromoveerd aan de Katholieke Universiteit Nijmegen met als promotor, prof. mr. G.J.M. Corstens. Het boek is tevens het resultaat van een onderzoeksproject dat oorspronkelijk gericht was op het strafrecht in de bijzondere wetten. Naderhand werden ook de bijzondere delikten onderzocht.

In het voorwoord van Corstens heet het dat de auteur de materie van het faillissementsstrafrecht uitputtend behandelt, dat zij, indien zij incongruenties signaleert, ook reparaties voorstelt, en dat ze de materie behandelt zoals het een strafrechtelijk heteronomist betaamt. Hierbij wordt ervan uitgegaan dat strafrecht sanctierecht is dat gedragsnormen uit andere rechtsgebieden, zoals het privaatrecht, met bijzondere middelen kracht bijzet. Geconstateerd kan worden dat het boek de door de inleider opgeroepen verwachtingen volledig inlost.

Het Nederlandse faillissements- en bankbreukrecht wijkt soms sterk af van het onze. Toch zijn er punten van overeenstemming. Dus ook de Belgische penalist kan uit het werk van Hilverda heel wat nuttigs leren. Een kort overzicht met enige opmerkingen mogen dat duidelijk maken.

Hfdst. 1. De voorgeschiedenis van de artt. 194, 340-345 en 442 Sr. Het Nederlandse en Belgische faillissements- en bankbreukrecht hebben een reeds verre gemeenschappelijke origine, nl. de Franse Code de commerce en de Code pénal van 1811.

Hfdst. 2. Algemene wijzigingen vanaf 1881/1886. De lezer zal erg geïnteresseerd zijn in de passussen omtrent het verdwijnen in Nederland van het onderscheid tussen de koopman en de particulier. Iedereen kan dan ook in staat van faillissement worden verklaard en zich schuldig maken aan bankbreuk. Te noteren is dat in België – strafrechtelijk althans – een soortgelijk resultaat bereikt is door de invoering van het misdrijf van het bedrieglijk onvermogen van art. 490bis Sw. Ook de bespreking van de ontwikkelingen die geleid hebben de introductie van het formele daderschap van rechtspersonen is bijzonder lezenswaard.

Hfdst. 3. Artikel 194 Sr. Dit artikel stelt de daarin genoemde personen strafbaar die, nadat zij wettelijk zijn opgeroepen tot het geven van inlichtingen, zonder geldige reden opzettelijk wegblijven,

weigeren de vereiste inlichtingen te geven of opzettelijk verkeerde inlichtingen geven (vgl. artt. 574, 4° en 5°, en 576 Faill.W.). De auteur behandelt o.m. de verhouding tussen deze inlichtingenplicht en het zwijgrecht van de verdachte in strafzaken. Dit is bij mijn weten een vraagstuk waaraan in België tot op heden geen aandacht is besteed.

Hfdst. 4. De bankbreukdelicten : algemene opmerkingen. In Nederland is voor bankbreuk een vonnis van faillietverklaring vereist, dat nota bene wordt uitgesproken door de burgerlijke rechter. Naar Franse en Belgische opvattingen is geen formele faillietverklaring nodig wegens de zgn. autonomie van het strafrecht.

Hfdst. 5. De eenvoudige bankbreukdelicten : artt. 340 en 342 Sr. De gevallen van eenvoudige bankbreuk zijn niet helemaal dezelfde als in het Belgische recht. Evenwel kent men in Nederland ook de «buitensporige verteringen» en de «bezwarende opnemingen» met het oogmerk om het faillissement uit te stellen (vgl. 573, 1°, en 3°, Faill.W.). De Nederlandse rechtsleer en rechtspraak kan dus nuttig geconsulteerd worden. Tot nadenken stemt dat er in Nederland gepleit wordt om de in 1896 afgeschafte verplichte faillissementsaangifte weer in te voeren en opnieuw strafbaar te stellen. Dit wordt nl. gezien als een oplossing om uitstel van onafwendbare faillissementen te bestrijden.

Hfdst. 6. «Ter bedrieglijke verkorting van de rechten der schuldeisers». Deze omstandigheid moet voorhanden zijn in alle gevallen van bedrieglijke bankbreuk. Het omvat een subjectief element en een objectief element, d.i. de mogelijkheid tot benadeling van de schuldeisers. Het is in ons bankbreukrecht net eender.

Hfdst. 7. De bedrieglijke bankbreukdelicten : artt. 341 en 343 Sr. Dit hoofdstuk is zeer uitgebreid. Het is evident dat problematieken als, de inhoud en de consequenties van de verantwoordingsplicht van de gefailleerde, het onttrekken van goederen aan de boedel, het vervreemden ervan klaarblijkelijk beneden de waarde, het bevoorraden van de schuldeisers, de schending van de verplichtingen betreffende de boekhouding, zich ook in het Belgisch bankbreukrecht voordoen.

Hfdst. 8. Artikel 344 Sr. Deze bepaling bestraft feiten door derden gepleegd naar aanleiding van een faillissement (enigszins vergelijkbaar met art. 575, 1° en 2°, Faill.W.). Het probleem is hier te weten wanneer bepaalde feiten die onder art. 344, 1°, Sr. vallen, nu als daden van deelneming aan bedrieglijke bankbreuk moeten worden beschouwd, dan wel als zelfstandige delicten. Ook bij ons kan een dergelijke vraag rijzen.

Hfdst. 9. Artikel 345 Sr. Hierdoor wordt de stemafpraak met de gefailleerde bij een gerechtelijk akkoord ten nadele van de andere crediteuren strafbaar gesteld. Het betreft zowel het gerechtelijk akkoord in het faillissement, als bij surséance van betaling (vgl. art. 575, 3°, Faill.W. en art. 41 Regentsbesluit van 25 september 1946 houdende gecoördineerde wetten op het gerechtelijk akkoord). Dergelijke misdrijven komen bij ons haast niet voor, of raken in ieder geval nooit bekend. Het verborgen karakter van de stemafspraken is wellicht de reden dat ze in Nederland «sluipakkoorden» worden genoemd.

Hfdst. 10. Art. 442 Sr. Dit laatste artikel bestraft eigenmachtig verrichte daden zonder medewerking van de bewindvoerder door natuurlijke personen of hoofden van rechtspersonen die een algemene surséance van betaling hebben gekregen (vgl. artt. 593 e.v. Faill.W.). Het Belgische recht kent dit delict niet. Overigens is het instituut van uitstel van betaling in België in onbruik gevallen.

Hfdst. 11. Conclusie. De auteur herhaalt de in de vorige hoofdstukken gedane wijzigingsvoorstellen van de Nederlandse wetgeving. Zij stelt ten slotte — en wie zal haar tegenspreken — dat strafrechtelijke rechtshandhaving slechts nodig is, wanneer de mogelijkheid tot civielrechtelijke ontbrekt, niet of onvoldoende zal (kunnen) worden benut, of indien door de civielrechtelijke rechtshandhaving aan de in het geding zijnde belangen onvoldoende recht worden gedaan. Haar onderzoek brengt Hilverda tot de conclusie dat de strafbepalingen niet kunnen worden gemist naast de bestaande civielrechtelijke rechtshandhavingmethoden. De effectiviteit van de strafrechtelijke rechtshandhaving behoeft echter verbetering. Het lijkt er sterk op dat dit besluit ook voor België kan gelden.

Luc Huybrechts

ERRATUM

Rechtsbescherming en rechtsafdwijging : de functies van de rechter in het Europees Gemeenschapsrecht

In het artikel van de heer Koen Lenaerts (R.W. 1992-93, p. 1105) moet nr. 45 als volgt worden gelezen :

Niettemin volgde het Hof in een recente anti-dumpingzaak een andere redenering en verklaarde het dat een importeur gevestigd in de Gemeenschap individueel geraakt is door een *anti-dumping-verordening, louter wegens de verregaande gevolgen van de anti-dumpingheffing op het bedrijf van deze importeur*. Het is niet duidelijk in hoeverre deze rechtspraak beperkt blijft tot de anti-dumpingcontext of eventueel de deur openzet voor vorderingen van particulieren die, zonder tot een gesloten groep te behoren, bijzonder geraakt worden door een gemeenschapsmaatregel.

MEDEDELINGEN

Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles - recyclage «Droit de l'informatique : enjeux - nouvelles responsabilités»

Het jaarlijks colloquium van de Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, omvat dit jaar een recyclagecursus over «Droits de l'informatique : enjeux - nouvelles responsabilités».

Het colloquium vindt plaats op 14 en 15 mei 1993 in het auditorium 1301 van de Université Libre de Bruxelles.

Inlichtingen : Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, tel. 02/508.66.43.

Studiedag «Internationale detachering»

De vakgroep sociaal recht van de Universitaire Instelling Antwerpen organiseert op 7 mei 1993 in de Aula Major van de U.I.A., Universiteitsplein 1, Wilrijk, een studiedag over «Internationale detachering».

Programma :

- 9u15 Ontvangst en verwelcoming door prof. J. Van Steenberge (U.I.A.)
 - 9u45 Algemene situering door prof. A. Van Regenmortel (U.I.A. en V.U.B.).
 - 10u15 Europees juridisch kader door de heer R. Cornelissen (Europese Commissie)
 - 10u45 Afwijkende bilaterale overeenkomsten door mevr. M. Storm (Fabrimetal)
 - 11u45 Detachering en niet-EG-landen door de heer Y. Jorens (U.I.A.)
 - 12u15 Detachering en de wet op de terbeschikkingstelling door mr. H. Van Hoogenbemt
 - 14u15 Detachering en het individuele arbeidsrecht door prof. C. Deneve (V.U.B.)
 - 14u45 Detachering en het collectieve arbeidsrecht door de heer P. Humblet (U.I.A.)
 - 15u15 Debat o.l.v. prof. J. Van Steenberge
 - 17u15 Slotbeschouwingen door prof. D. Duysens (U.F.S.I.A.)
- Inlichtingen : mevr. Chr. Monteyne, U.I.A., Departement Rechten, Universiteitsplein 1, 2610 Wilrijk (tel. 03/820.29.25; fax: 03/820.29.40).