

BESPREKING VANUIT HET STANDPUNT VAN HET AUDITORAAT-GENERAAL VAN ENKELE ARTIKELEN NA DE HERVORMING DOOR DE WET VAN 3 AUGUSTUS 1992 TOT WIJZIGING VAN HET GERECHTELIJK WETBOEK

*Rede uitgesproken door procureur-generaal R. VAN CAMP
op de plechtige openingszitting van het Arbeidshof
te Antwerpen op 1 september 1994*

Het lijkt weinig waarschijnlijk dat de nieuwe rechtsplegingswet een aardverschuiving zal teweegbrengen in het procedurelandschap.

Toch dient ervan uitgegaan te worden dat het vernieuwde procedurerecht het draaiboek is voor een processcenario dat een doelmatiger bescherming van de rechtzoekende nastreeft, onder meer door het wegwerken van de gerechtelijke achterstand.

Of de gerechtelijke hervorming, die in werking trad op 1 januari 1993, daarin ook werkelijk zal slagen, blijft vooralsnog de vraag gezien de vrij korte toepassingsperiode ervan en het nog beperkte aanbod aan interpretatieve rechtspraak. De inbreng van ons commentaar zal in dat opzicht dan ook bescheiden en uiteraard voor kritiek vatbaar zijn.

Niettemin is nu al duidelijk dat sommige nieuwe teksten een niet onaanzienlijke impact zullen hebben op het verloop van de debatten.

Het is de nobele taak van de advocaten en de magistraten om de debatten zo efficiënt mogelijk te regisseren, en te voorkomen dat het vertrouwen van de rechtzoekende wordt beschaamd.

Artikel 730 van het Gerechtelijk Wetboek

Artikel 14 van de wet van 3 augustus 1992 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek (B.S., 31 augustus 1992) heeft het eerste lid van artikel 730 Ger.W. vervangen.

Daarna heeft artikel 1 van de wet van 25 november 1993 (B.S., 30 november 1993) artikel 730 Ger.W. echter integraal vervangen.

Het doel van de wijziging ingesteld bij artikel 14 van de wet van 3 augustus 1992 was enkel het cijfer verbeteren dat in de statistieken wordt opgenomen als «hangende zaken», met andere woorden: een face-lifting van de statistiek!

Theoretisch zou men aldus tot een cijfer moeten komen dat dicht bij de waarheid ligt wat de gerechtelijke achterstand betreft.

Het gaat hier om zaken die méér dan drie jaren op de rol staan ingeschreven maar waarvan de debatten nog niet aangevangen zijn, of niet meer zijn voortgezet. Zaken dus waarin sedert drie jaren geen teken van leven meer gegeven is. De wetgever stelde een vermoeden in dat dergelijke zaken bui-

tengerechtelijk zijn opgelost, of dat de partijen geen interesse meer hebben in de voortzetting van het geschil.¹

De doorhaling van de rol doet *het geding* teniet, d.w.z. het proces geopend door een inleidende akte of door een akte van rechtspleging waardoor een tussenvordering werd ingeleid (art. 12 Ger.W.). Het geding kan op elk ogenblik hervat worden, hetzij bij een nieuwe dagvaarding op verzoek van de ene of de andere partij, hetzij bij proces-verbaal van vrijwillige verschijning. In hoger beroep kan de doorhaling wel als gevolg hebben dat een betekend vonnis van eerste aanleg definitief wordt.

Artikel 730 Ger.W. werd gewijzigd met het oog op een betere organisatie van het gerecht, en om elke artificiële overbelasting van de algemene rol te vermijden.²

De wijziging kwam tegemoet aan de verzuchtingen van het college van eerste voorzitters van de hoven van beroep, en stemt grotendeels overeen met een wijziging die vroeger reeds door de Kamer was goedgekeurd.³

De bedoeling was door de ambtshalve doorhaling de administraties van de griffies te ontlasten van een groot aantal zaken waarvan de partijen geen doorhaling vragen, al is de zaak buiten de rechtbank om opgelost, of al wensen zij het geschil niet meer verder te behandelen. De ambtshalve doorhaling tast de rechten van partijen niet aan. Zij kunnen nadien opnieuw hun vorderingsrecht uitoefenen en een procedure instellen. Bij de bespreking van de wijziging werd terecht opgemerkt dat de procedure van ambtshalve doorhaling niet voldoende waarborgen biedt aan partijen, die op geen enkele bijzondere wijze van de oproeping op de hoogte worden gebracht.

De hervorming van artikel 730 Ger.W. is voor bepaalde rechten niet uitvoerbaar gebleken. Ook van de kant van de balie werd, ter verdediging van de belangen van de justitiabelen, een uitdrukkelijke vraag gesteld om wetswijziging.

De wetgever is aan deze verwachtingen tegemoetgekomen en heeft kort voordat de procedure van doorhaling, namelijk in december 1993, moest plaatsvinden, artikel 730 Ger.W. gewijzigd. De doorhaling wordt vervangen door de

¹ *Parl.St., Senaat*, 1991-92, nr. 301/2, 51.

² HUBIN, J., *Het vernieuwd gerechtelijk recht*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, 1992, 26.

³ *Parl.St., Kamer*, 1981-82, nr. 196/1. Zie tevens *Parl.St., Senaat*, 1986-87, nr. 593/1.

weglating van de algemene rol. De lijst van de opgeroepen zaken wordt aangeplakt, en eveneens ter inzage van partijen neergelegd ter griffie. De verrichtingen, namelijk de oproeping en weglating van de rol, worden door de voorzitters van de hoven en rechtbanken uitgevoerd binnen de eerste vijftien dagen van de maand december. Deze tekst is in werking vanaf 30 november 1993.

Het herstel van de weglating kan eenvoudig gebeuren op verzoek van de meest gereede partij gericht aan de voorzitter van de kamer.

Deze wijziging van artikel 730 Ger.W. heeft als effect dat partijen mogelijkerwijze wakker worden geschud, en na de weglating van de rol overgaan tot een verzoek om doorhaling. De zaak wordt na dit verzoek om doorhaling opnieuw op de algemene rol gebracht, waarna het hof de doorhaling kan bevelen.⁴

De nieuwe wijziging sorteert dus veel minder effect dan de eerst ingevoerde. De dossiers worden niet definitief afgehandeld en de maatregel leidt er enkel toe dat statistisch gezien een aantal zaken niet als behorend tot de achterstand van het gerecht worden beschouwd.

Artikel 735 van het Gerechtelijk Wetboek

Het nieuwe gerechtelijk recht voorziet in twee parallelle proceduresystemen: een algemene regeling en een regeling met korte debatten.

De meest uitgewerkte werkwijze bestaat in de inleiding van de zaak, waarop partijen na akkoord, zelfs schriftelijk, kunnen verschijnen (art. 729 Ger.W.), de verzending naar de rol (art. 735, § 4, Ger.W.), de overlegging van overtuigingsstukken binnen een bepaalde termijn (artt. 736 Ger.W. e.v.), de wisseling van conclusies (art. 741 Ger.W.), de vaststelling van de zaak (artt. 749 Ger.W. e.v.) en de berechting ervan (art. 769 Ger.W.).

Mits aan bijkomende formaliteiten voldaan wordt, kunnen partijen opteren voor de procedure met korte debatten:

- a. de eisende partij verzoekt hierom op gemotiveerde wijze in haar inleidende akte (art. 735, § 1, Ger.W.);
- b. de verwerende partij verzoekt hierom, zelfs mondeling,⁵ en dit op de inleidende zitting en eveneens op een gemotiveerde wijze;⁶
- c. de partijen gaan op dit punt akkoord (art. 735, § 2, eerste zin, Ger.W.); het Gerechtelijk Wetboek vermeldt hier geen verplichte formaliteiten; aangenomen kan worden dat zulks mondeling kan geschieden.

Gesteld wordt dat daarom niet de dringende zaken bedoeld worden, dan wel die waarvoor geen langdurige debatten en uitgebreide conclusies vereist zijn.⁷

De belangrijkste gevolgen van deze procedureoptie bestaan erin dat:

- partijen of hun raadslieden op de inleidende zitting dienen te verschijnen (art. 729 Ger.W.);

- partijen niet verplicht zijn conclusies te nemen (art. 735, § 3, Ger.W.);

- partijen hun stukken, zo geen conclusies genomen zijn, tot aan de sluiting van de debatten kunnen voorbrengen (art. 736 juncto 740 Ger.W.);

- er geen sancties staan op de niet-naleving van de termijnen om conclusies te nemen (artt. 747 juncto en 748, § 1, Ger.W.);

- de zaak op de inleidende zitting of op een datum in de nabije toekomst gepleit dient te worden (art. 735, § 2, tweede zin, Ger.W.).

Uit de ondervraging van de arbeidsauditeurs van het rechtsgebied van het Arbeidshof te Antwerpen blijkt unaniem dat deze regeling geen noemenswaardige wijzigingen in de procedure met zich heeft gebracht. Het is reeds lang de praktijk, althans wat betreft geschillen inzake sociale zekerheid, de meeste zaken op de inleidingszitting te pleiten, zoeniet, dan de zaken uit te stellen naar een zitting in de nabije toekomst voor behandeling ten gronde.

In de praktijk maakt deze regeling evenwel een probleem uit omdat in veel sectoren in de sociale zekerheid de inleidende akte door de justitiabele in eigen bewoordingen wordt opgesteld, terwijl deze ook vaak in persoon ter zitting verschijnt.

Er kan moeilijk verwacht worden dat hij in deze brief, die vanaf het begin van de sociale wetgeving aan geen of weinig vormvoorschriften is verbonden, de toepassing vraagt van artikel 735 van het Gerechtelijk Wetboek.

Noch kan men verwachten dat hij de precieze regels kent inzake de overlegging van stukken en conclusies.

Reeds lang heeft deze omstandigheid geleid tot een actieve rol van de rechter in het concrete verloop van het geding, waarbij de meesten reeds bij de inleiding de zaak op vaste datum uitstellen en aan partijen duidelijk meedelen welke standpunten en stukken zij tegen de volgende zitting voorgebracht willen zien.

De toepassing van artikel 735 van het Gerechtelijk Wetboek maakt in die zin de facto geen probleem uit, aangezien deze praktijk gewoon wordt voortgezet.

Men zou kunnen stellen dat, zolang uit geen enkel procedurestuk het tegendeel blijkt, het akkoord van de partijen in de zin van artikel 735, § 2, eerste zin, van het Gerechtelijk Wetboek vermoed wordt.

Een praktijk die eveneens aangehouden wordt, doch strikt gezien niet in overeenstemming is met artikel 735 van het Gerechtelijk Wetboek, betreft de gedingen die in fasen verlopen.

Zo behoeft in een geschil inzake de erkenning van een arbeidsongeval de aanstelling van een geneesheer-deskundige korte debatten, terwijl de appreciatie van de juridische gevolgen van deze deskundige begroting van de schade vaak grondige debatten behoeft.

Deze zaken worden wel degelijk op de inleidende zitting behandeld, zij het gedeeltelijk, doch in weerwil van artikel 741 van het Gerechtelijk Wetboek wordt er in de praktijk, als de zaak eenmaal naar de rol verwezen is, aanvaard dat de bepalingen van de artikelen 742 en volgende van het Gerechtelijk Wetboek wel degelijk van toepassing zijn.

Dit leidt tot de belangrijke vraag of en in welke mate de rechter een beoordelingsvrijheid heeft in het toestaan of weigeren van de procedure met korte debatten. Zo ja, aan welke criteria dient hij zulks dan te toetsen?

⁴ Arbh. Antwerpen, 20 april 1994, onuitg., *A.R.*, nr. 99/94.

⁵ *Parl.St.*, *Senaat*, 1991-92, nr. 301/2, 56.

⁶ STORME, M., «De procedure van korte debatten: één zwaluw kan de lente maken», in *Het vernieuwd gerechtelijk recht*, Deurne Kluwer Rechtswetenschappen België, 1992, 98.

⁷ Verslag namens de Commissie voor de Justitie door ARTS, o.c., 55.

Dient er een onderscheid gemaakt te worden naargelang de partij die om de korte debatten verzoekt?

Professor Storme pleit voor een marginale toetsing bij elk verzoek, ongeacht wie zulks aanvraagt.⁸

Anderen menen dat de rechter hiertoe enkel verplicht is, en dus geen appreciatiebevoegdheid heeft, zo beide partijen akkoord gaan.⁹ Aangezien artikel 735 van het Gerechtelijk Wetboek een motiveringsplicht inhoudt zo slechts één partij erom verzoekt, komt deze laatste stelling het meest overtuigend over.

Als criteria op grond waarvan partijen tot deze procedure kunnen worden toegelaten, liggen meerdere elementen voor:

- het eenvoudig karakter van de zaak;¹⁰
- de logica van deze procedure laat toe dat de dringendheid eveneens als een geldig argument overkomt;
- het niet in het gedrang brengen van het recht van verdediging.¹¹

De vraag rijst of de rechter zich ertoe moet beperken de korte debatten toe te staan of ze te weigeren, of dat hij een genuanceerde uitspraak kan vellen.

Het lijkt niet in te druisen tegen de tekst en bovendien aan te sluiten bij de noden van de praktijk dat de rechter de geschilpunten van een zaak kan afsplitsen waarvoor hij korte debatten toestaat, en andere delen naar de rol verwijst, beheerst volgens de algemene regeling.

Zo kan op de inleidende zitting een gerechtsdeskundige worden aangesteld, zo kunnen op korte termijn over een ontvankelijkheidskwestie de standpunten ingenomen en beslecht worden, zo zouden ook alle punten, alvorens recht ten gronde te doen, aldus onafhankelijk van de grond van de zaak voor korte debatten in aanmerking kunnen komen.

Zo de proceshouding van partijen door achtereenvolgende verzoeken om uitstel in strijd is met hun verzoek of akkoord betreffende de korte debatten, verbiedt ons inziens geen enkel artikel uitdrukkelijk dat de rechter een nieuwe beslissing neemt door de zaak naar de rol te verwijzen.

Alsdan maken partijen het immers zelf onmogelijk artikel 735 van het Gerechtelijk Wetboek na te leven om de zaak in «de nabije toekomst» te behandelen.

Een soortgelijke oplossing lijkt eveneens gerechtvaardigd zo de evolutie na de debatten leidt tot verwikkelingen, zoals bijvoorbeeld door toedoen van tussenvorderingen en tegenvorderingen. Het voorwerp na de initiële beslissing – te weten de zaak zoals ze zich toen voordeed – is op die wijze inmiddels zodanig veranderd, dat een andere stellingname van de rechter gerechtvaardigd is.

Een laatste punt is de behandeling van de zaak na de heropening der debatten. Het is in dit geval de rechter die door zijn vraagstelling de complexiteit van de betwisting bepaalt.

Het lijkt aangewezen dat partijen op de rechtsdag bepaald in de uitspraak ter zake stelling nemen. Artikel 735 van het

Gerechtelijk Wetboek voorziet echter niet in enige rechtsgrond hiervoor.

De procedure van korte debatten bestaat ook in hoger beroep

Voor het hoger beroep bepaalt artikel 1066 van het Gerechtelijk Wetboek een soortgelijke regeling, met dien verstande dat de toepassing in voorkomend geval mondeling op de inleidingszitting dient te worden gevraagd.

Een gemotiveerd verzoek daartoe in de appelakte is uiteraard voor de appellant een voor de hand liggende methode.¹²

Enige voorwaarde is dat het gaat om «zaken waarvoor slechts korte debatten nodig zijn».

Wel wordt in het artikel een opsomming gegeven van zaken die «behoudens akkoord van partijen» voor deze procedure in aanmerking komen.

Het belang van de zaak of de eventuele spoedeisendheid zouden daarbij geen enkele rol spelen.¹³

De term «behoudens akkoord van partijen» («sauf accord des parties») blijkt enkel betrekking te hebben op deze opsomming. Zulke zaken worden dus volgens de algemene werkwijze, en niet met korte debatten, behandeld zo partijen het hierover eens zijn.¹⁴

Hoewel het niet specifiek vermeld staat, kan ervan uitgegaan worden dat aan deze procedure dezelfde gevolgen gekoppeld zijn als in eerste aanleg.

Wel afwijkend is dat artikel 1066 van het Gerechtelijk Wetboek de term «nabije toekomst» zelf invult door een maximumtermijn van drie maanden te stellen waarbinnen de zaak dient te worden behandeld, desnoods op een namiddagzitting.

Zulks betekent niet dat de uitspraak zelf binnen deze termijn dient te vallen.¹⁵

Afwijkend is eveneens dat het Hof, behoudens in de opgesomde gevallen en zo partijen niet over de niet-toepassing van het artikel akkoord gaan, de vrije appreciatie heeft over de opportuniteit om de zaak met korte debatten te behandelen.¹⁶

De vrees bestond immers dat de inleidende zittingen overbelast zouden worden, zodat enkel voor de opgesomde zaken een sluitende waarborg aan partijen gegeven werd de procedure met korte debatten te kunnen krijgen.¹⁷

Als besluit kan gesteld worden dat de nieuwe procedure met korte debatten een verdienstelijke regeling is, doch in het sociaal procesrecht zonder veel feitelijke inslag is. Wil men de bestaande soepele werkwijze inpassen in de uitgewerkte regeling, dan zal de precieze draagwijdte van dit artikel nog nader door de rechtspraak dienen te worden geadjusteerd.

⁸ STORME, M., o.c., 98.

⁹ SCHEERS, D., *Het vernieuwd Gerechtelijk Wetboek. Een praktische commentaar bij de wet van 3 augustus 1992*, Deurne Kluwer Rechts-wetenschappen, 1993, 184 e.v.; LAENENS, J. en BROECKX, K., «Het gerechtelijk recht in een stroomversnelling», *R.W.*, 1992-93, 918, nr. 123.

¹⁰ Rb. Brussel, 10 maart 1993, *J.T.*, 1993, 503, en zie verwijzing naar verslag Arts.

¹¹ Luik, 13 mei 1993, *J.T.*, 1994, 127.

¹² LAENENS, J. en BROECKX, K., o.c., 929, nr. 208.

¹³ SCHEERS, D., o.c., 286.

¹⁴ LAENENS, J. en BROECKX, K., o.c., 929, nr. 207.

¹⁵ Cass., 3 juni 1971, *Arr.Cass.*, 1971, 981.

¹⁶ Rb. Gent, 5 februari 1993, *T.G.R.*, 1993, 60; SCHEERS, D., o.c., 287.

¹⁷ DE LEVAL, G., «La loi du 3 août 1992 modifiant le Code judiciaire», *J.T.*, 1992, 856, en zijn verwijzing naar *Parl.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1198/1, 38.

Artikel 747 van het Gerechtelijk Wetboek

Artikel 747, § 1, van het Gerechtelijk Wetboek, dat de wettelijke en minnelijke termijnregeling voor het nemen van conclusies inhoudt, is een replica van het oude artikel 748 van het Gerechtelijk Wetboek. Deze termijnen zijn niet bindend voor de procespartijen.

De toepassing van artikel 747, § 2, van het Gerechtelijk Wetboek geeft aan de conclusietermijnen wel een dwingend karakter wanneer ze geregeld worden door tussenkomst van de rechter nadat deze daartoe door één of meer partijen is aangezocht. In geen geval kan de rechter deze termijnen ambtshalve bepalen en moet het initiatief steeds uitgaan van een/de partij(en).

De vrederechter te Oostende was van oordeel dat geen toepassing kan worden gevraagd van artikel 747, § 2, van het Gerechtelijk Wetboek zolang de in artikel 747, § 1, van het Gerechtelijk Wetboek bepaalde wettelijke conclusietermijnen niet zijn verstreken. Het is duidelijk dat deze beslissing eerder werd genomen om opportunistische redenen, namelijk de voorkoming van een overbelasting van de griffie door een wildgroei van verzoekschriften die de nieuwe tekst met zich kan brengen, aangezien een duidelijke wettelijke basis daartoe ontbreekt.¹⁸

De visie van de vrederechter wordt niet onderschreven door het verslag Arts; terecht, want een juridische grondslag voor de praktische bezwaren van de vrederechter is niet terug te vinden in de tekst van de wet.¹⁹

Het is bovendien logisch dat het verzoek tot regeling van de conclusietermijnen er enkel op gericht kan zijn een langere termijn te krijgen nu artikel 747, § 1, de minimumtermijnen heeft bepaald waarover elke partij kan beschikken.

Wanneer de rechter op verzoek van één van de partijen kortere termijnen zou toekennen dan de bepaalde minima, kan het recht van verdediging van de andere partij in het gedrang komen. Immers, artikel 735 van het Gerechtelijk Wetboek voorziet in van de gangbare procesregeling afwijkende mogelijkheden.

Artikel 747, § 2, van het Gerechtelijk Wetboek kan het ultieme wapen worden om een onwillige procespartij te dwingen de zaak in staat te stellen. Het is niet denkbeeldig dat de toepassing van artikel 747, § 2, van het Gerechtelijk Wetboek bij de balie een onbehaaglijk gevoel kan opleveren waar het de indruk kan wekken dat de confrater die er zich op beroept onzorgvuldig beheer van het dossier verwijt. Het is duidelijk dat vermeden moet worden dat de toepassing van artikel 747, § 2, van het Gerechtelijk Wetboek (en van andere artikelen van het Gerechtelijk Wetboek) leidt tot deontologische problemen.

Veel zal afhangen van de goodwill en de fairplay, de redelijkheid en de hoffelijkheid tussen advocaten onderling en tegenover de rechter. Ik zou dit willen omschrijven als procedure-ethiek.

Wanneer artikel 747, § 2, van het Gerechtelijk Wetboek evenwel veelvuldig toegepast zou worden, dan bestaat trouwens de kans dat artikel 751 van het Gerechtelijk Wetboek aan zijn zwanezang toe is en artikel 747, § 2, van het Gerechtelijk Wetboek het nieuwe dwangmiddel wordt bij uitstek.

Het autonoom karakter van artikel 747, § 1, van het Gerechtelijk Wetboek werd reeds bevestigd door de Rechtbank van Koophandel te Hasselt, die stelt dat een partij om de toepassing van artikel 747, § 2, van het Gerechtelijk Wetboek kan verzoeken om de termijnen bepaald in artikel 747, § 1, van het Gerechtelijk Wetboek af te dwingen, en dat de partij die conclusies wenst te krijgen van de andere partij, niet eerst artikel 751 van het Gerechtelijk Wetboek dient in te roepen.²⁰

Bovendien, nu artikel 747, § 1, van het Gerechtelijk Wetboek een procedure concipieert binnen een bestaand proces, kan dit een overlast in het leven roepen voor de magistratuur en de griffies. Het is niet omdat er geen rolrechten verschuldigd zijn en de wet geen formele vereisten stelt waaraan het verzoekschrift moet beantwoorden dat deze regeling voor geen nieuwe papierberg kan zorgen!

Eens te meer is redelijkheid, hoffelijkheid en een goede organisatie de boodschap. Zo zou men het initiatief kunnen nemen om een verzoekschrift neer te leggen op de zitting waarop de zaak wordt ingeleid.

De wetgever heeft niet nader gepreciseerd wat verstaan moet worden onder omstandigheden van de zaak die een rechterlijke termijnregeling kunnen rechtvaardigen. De rechtspraak zal moeten uitwijzen welke redenen in aanmerking kunnen komen om afwijkende termijnen toe te staan; een voor de hand liggende reden lijkt ons de omvang van de zaak.

Het Hof van Beroep te Gent oordeelde dat het belang van één der partijen bij de afhandeling van de zaak geen omstandigheid van de zaak is die het regelen van conclusietermijnen conform artikel 747, § 2, van het Gerechtelijk Wetboek verantwoordt. Het hof was van mening dat de onwil van de partij om conclusie te nemen adequaat wordt bestraft door artikel 751 van het Gerechtelijk Wetboek of artikel 753 van het Gerechtelijk Wetboek... Gaat artikel 751 van het Gerechtelijk Wetboek dan toch geen stille dood tegemoet?²¹

Het Hof van Beroep te Luik oordeelde dat artikel 747, § 2, van het Gerechtelijk Wetboek een regeling van langere conclusietermijnen toestaat ten voordele van de partijen die daartoe een verantwoord verzoek indienen onder een rechterlijk toezicht, en stelde verder dat de bepaling van de rechtsdag, in het kader van een zaak waarin de conclusietermijnen niet moeten worden verlengd om welbepaalde, behoorlijk verantwoorde redenen, moet worden gevraagd overeenkomstig artikel 751 van het Gerechtelijk Wetboek en niet met toepassing van artikel 747, § 2, van het Gerechtelijk Wetboek.²²

Een bijkomend probleem wordt gesteld door de tussenvordering. Het verslag Arts zegt dat de vorderingen gesplitst moeten worden indien de kalender niet meer gevolgd kan worden wegens het tijdstip waarop de tussenvordering is ingesteld.²³

Artikel 747, § 2, van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt verder nergens hoe de kennisgeving van de beschikking die de termijnen regelt dient te gebeuren.

²⁰ Kh. Hasselt, 21 september 1993, *R.W.*, 1993-94, 1434 en 1435.

²¹ Gent, 19 februari 1993, *T.B.B.R.*, 1993, 55.

²² Luik, 29 april 1993, *J.L.M.B.*, 1993, 845.

²³ *Parl.St., Senaat*, 1991-92, nr. 301/2, 66 en 67.

¹⁸ Vred. Oostende, 9 maart 1993, *R.W.*, 1992-93, 1246.

¹⁹ *Parl.St., Senaat*, 1991-92, nr. 301/2, 66.

Men kan ervan uitgaan dat in die omstandigheden geen gerechtsbrief is vereist.²⁴

We benadrukken dat tegen de beschikking tot regeling van de conclusietermijnen geen rechtsmiddelen openstaan.

De conclusies die neergelegd werden na het verstrijken van de vastgestelde termijnen, worden ambtshalve geweerd uit de debatten.

In het licht van de huidige procesautonomie blijft het evenwel mogelijk dat partijen akkoord kunnen gaan om de «sanctie» te neutraliseren en de conclusies toch binnen de debatten te houden (art. 748, § 1, Ger.W.). Toch lijkt het erop dat de «lijdelijkheid» van de rechter niet meer zo uitgesproken is na de gerechtelijke hervorming.

Is dit een nieuwe trend?

Wat de berekening van de conclusietermijnen betreft dient te worden verwezen naar de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek.²⁵

Het verslag Arts meldt tevens dat er geen verlenging van de conclusietermijnen mogelijk is met toepassing van artikel 51 van het Gerechtelijk Wetboek.²⁶

Dit lijkt logisch, nu de regeling (*lees: verlenging*) van conclusietermijnen specifiek geregeld wordt in artikel 747, § 2, van het Gerechtelijk Wetboek, terwijl artikel 51 van het Gerechtelijk Wetboek voorziet in een algemene bevoegdheid van de rechter tot verkorting of verlenging van termijnen.

Een verkorting van conclusietermijnen is dus niet aan artikel 747, § 2, besteed.

Bovendien is de sanctie die gesteld wordt door artikel 747, § 2, van het Gerechtelijk Wetboek, niet de nietigheid of het verval maar de ambtshalve wering door de rechter van de conclusies uit de debatten, wat duidt op een aparte regeling die buiten de toepassingsfeer valt van artikel 51 van het Gerechtelijk Wetboek.

Artikel 748 van het Gerechtelijk Wetboek

De eerste paragraaf van dit artikel bepaalt dat de te laat ingediende conclusies niet uit de debatten worden geweerd indien partijen akkoord gaan om ze binnen de debatten te houden, of bij actualisering in de conclusies van een vordering met toepassing van artikel 808 van het Gerechtelijk Wetboek.²⁷

Bovendien voorziet artikel 748, § 1, van het Gerechtelijk Wetboek in de mogelijkheid voor partijen om een nieuwe conclusietermijn te verzoeken bij de vaststelling van een nieuw stuk of feit tijdens de termijn die aan de fixatie voorafgaat.

De wet spreekt van een nieuw en ter zake dienend feit of stuk. Wordt hiermee door de wetgever tegemoetgekomen aan de bewijslast van partijen in verband met de feiten die ze aanvoeren? (art. 870 Ger.W.)

Het begrip «ter zake dienend feit» vinden we trouwens terug in hoofdstuk VIII, *Bewijs*, afdeling V, Getuigenverhoor, meer bepaald in artikel 915 van het Gerechtelijk Wetboek.

In verband met het informele karakter van het verzoekschrift kan volstaan worden met te verwijzen naar de opmer-

kingen gemaakt bij de bespreking van artikel 747, § 2, van het Gerechtelijk Wetboek. Idem dito voor de beschikking en de gestelde sanctie bij de niet tijdige neerlegging van conclusies.

Indien een nieuw stuk of *feit van overwegend belang*²⁸ na de termijn van dertig dagen vóór de fixatie opduikt, dan is er nog steeds de mogelijkheid voor de belanghebbende partij om een heropening van de debatten te vragen (art. 772, Ger.W.).

Brengen we hier even in herinnering dat het advies van het openbaar ministerie niet als een nieuw feit kan worden beschouwd.²⁹

Buiten de drie gevallen waarin, in afwijking van artikel 748, § 1, toch conclusies kunnen worden gedeponneerd door partijen, oppert het verslag Arts een vierde mogelijkheid, namelijk de overmacht die «van rechtswege» rechtsgevolgen heeft indien degene die er zich op beroept, bewijst dat aan de voorwaarden ervan is voldaan.³⁰

Artikel 750 van het Gerechtelijk Wetboek

Het grote verschil met de oude tekst ligt in het feit dat de vaststelling van de zaak nu gebeurt op gezamenlijk verzoek van partijen in plaats van op verzoek van de meest gereede partij.

Onder «gezamenlijk» moet verstaan worden «door alle partijen».³¹

Het is niet uitgesloten dat, hoewel de zaak in staat is om gepleit te worden, één van de partijen nalaat een verzoek tot vaststelling te richten aan de voorzitter van de bevoegde kamer. In dat geval kan de andere partij nog altijd gebruik maken van artikel 747, § 2, van het Gerechtelijk Wetboek.

Door het stilzwijgen van één van de partijen wordt de toepassing van artikel 750 van het Gerechtelijk Wetboek geboycot.

Dergelijke situaties zouden deels kunnen worden ondervangen wanneer in het reglement van de Orde van Advocaten een deontologische bestraffing wordt bepaald voor de advocaat die nalatig blijft wanneer zijn confrater poogt een in staat zijnde zaak vast te stellen.

Het is te verwachten dat er vooral problemen zullen zijn als één van de partijen in persoon verschijnt (onwil, laaggeschooldheid, slordigheid, onwetendheid...).

Artikel 751 van het Gerechtelijk Wetboek

Artikel 751 van het Gerechtelijk Wetboek is in de oude tekst toch een bestaan op zich gaan leiden als het tactisch instrument om een onwillige partij ertoe aan te zetten de zaak in staat te stellen.

In dat opzicht heeft de nieuwe tekst niets aan slagkracht verloren: de mogelijkheid voor de meest gereede partij om een zaak te laten fixeren en een vonnis op tegenspraak te vorderen tegen de partij die de normale procesgang blokkeert.

²⁸ Ander woordgebruik dan in artikel 748, § 2, Ger.W., dat spreekt van ter zake dienend feit.

²⁹ Cass., 22 maart 1993, *Pas.*, 1993, I, 308, met conclusie van advocaat-generaal J.F. LECLERCQ, *Arr.Cass.*, 1993, nr. 154.

³⁰ *Parl.St., Senaat*, 1991-92, nr. 301/2, 69.

³¹ *Parl.St., Senaat*, 1991-92, nr. 301/2, 70.

²⁴ DE LEVAL, G., *Het vernieuwd gerechtelijk recht*, 127.

²⁵ *Parl.St., Senaat*, 1991-92, nr. 301/2, 62 e.v.

²⁶ *Parl.St., Senaat*, 1991-92, nr. 301/2, 69.

²⁷ *Parl.St., Senaat*, 1991-92, nr. 301/2, 72.

Maar zoals reeds aangehaald is de kans niet gering dat artikel 751 van het Gerechtelijk Wetboek aan belang zal inboeten door het nieuwe artikel 747 van het Gerechtelijk Wetboek.³²

Het verschil «in gebruik» van beide artikelen zit in het feit dat artikel 747, § 2, van het Gerechtelijk Wetboek onmiddellijk kan worden toegepast terwijl artikel 751 van het Gerechtelijk Wetboek een onwil of nalatigheid doet vermoeden van één van de partijen.

Het is zeker niet onlogisch dat de partij die zich belaagd voelt door de onwil van de andere partij(en) om een normale procesgang mogelijk te maken, bij voorkeur gebruik zal maken van artikel 747, § 2, dat uiteindelijk efficiënter is in resultaat nu de toepassing ervan zal leiden tot een zaak die effectief in staat is, terwijl de toepassing van artikel 751 van het Gerechtelijk Wetboek doorgaans een weinig tastbaar resultaat oplevert en vanuit strategisch oogpunt een misrekening kan zijn.

De wetgever heeft in de huidige tekst een duidelijk onderscheid gemaakt tussen de procedure in eerste aanleg en die in hoger beroep. Dit onderscheid slaat op de verwittiging.³³

In hoger beroep gebeurt de verwittiging steeds bij gerechtsbrief.³⁴

Steeds vaker moet men vaststellen dat de gerechtsbrief de geadresseerde niet bereikt. In dit verband is het nuttig de rechtspraak van het Hoogste Gerechtshof in herinnering te brengen volgens welke het voor de geldigheid van de kennisgeving voldoende is dat de gerechtsbrief werd gericht aan het laatste adres van de geadresseerde zoals dit bekend is uit het rechtsplegingsdossier...³⁵... zelfs indien de brief niet besteld kan worden omdat de geadresseerde zijn adreswijziging niet heeft gesignaleerd aan de bevoegde diensten...³⁶... of: niet-bestelde gerechtsbrieven kunnen degene die zich beroept op artikel 751 van het Gerechtelijk Wetboek niet ontwapenen.

Vermelden we nog dat bij uitstel van de zaak (wegens overbelasting van de rol) het voordeel van artikel 751 van het Gerechtelijk Wetboek behouden blijft.

Terwijl de onwillige partij gehouden is door termijnen voor het neerleggen van haar conclusie (nieuwe tekst strenger dan oude), geldt zulks uiteraard niet voor de «agressor», die vrij is om net voor de datum waarop de zaak is gefixeerd, conclusies neer te leggen. De eerbiediging van het recht van verdediging vereist evenwel dat de onwillige partij de verdaging van de zaak kan vragen.

Het Arbeidshof te Luik acht het nieuwe artikel 751 van het Gerechtelijk Wetboek in al zijn bepalingen van toepassing wanneer de verwittiging waarvan sprake in dat artikel ter kennis is gebracht of betekend na 31 december 1992, ongeacht of de vordering tot toepassing van dit artikel vóór 1 januari 1993 werd ingesteld.³⁷

Tot slot valt op te merken dat het Hof van Cassatie oordeelde dat het nieuwe artikel 751 van het Gerechtelijk Wetboek geschonden werd door de rechtbank die een vonnis, uitgesproken vóór het verstrijken van de in dat artikel vastgestelde termijnen, op tegenspraak gewezen acht t.a.v. de niet verschenen partij, zelfs al is de rechtspleging vóór 1 januari 1993 ingesteld.³⁸

Artikel 767 van het Gerechtelijk Wetboek

Artikel 30 van de wet van 3 augustus 1992 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek (B.S., 31 augustus 1992) heeft het eerste lid van artikel 767 van het Gerechtelijk Wetboek vervangen.

Van de wijziging van artikel 767 Ger.W. wordt weinig gebruik gemaakt. Doordat het advies van het openbaar ministerie ter griffie kan worden neergelegd, wordt een betere organisatie mogelijk gemaakt. De magistraat moet zich immers niet meer verplaatsen enkel om ter terechtzitting zijn advies te geven.³⁹

De wetgever beoogde hiermee een verlichting van de zittingen en een tijdsbesparing voor het openbaar ministerie. Daarenboven dienen de leden van het gerecht dat van de zaak kennis heeft genomen niet te worden opgeroepen (art. 779 Ger.W.).⁴⁰

Wensen de advocaten aanwezig te zijn bij de lezing van het advies, dan zal de rechter normalerwijze daarmee instemmen.⁴¹

Die maatregel verhindert dat het geven van het advies meermaals uitgesteld wordt wegens de onregelmatige samenstelling van de zetel, en kan tijdswinst en kostenbesparing betekenen voor de magistraten van het openbaar ministerie die zich naar de afdeling van het hof of van een rechtbank moeten verplaatsen. Deze redenering geldt eveneens voor de rechters en raadsheren in sociale zaken.⁴²

De mogelijkheid tot schriftelijke neerlegging van het advies maakt voor de rechters geen louter voordeel uit.

De neerlegging van het advies ter griffie verhindert dat het advies wordt voorgelezen en desnoods mondeling toegelicht kan worden. Met de voorlezing en eventuele toelichting zijn vooral de rechters en de raadsheren in sociale zaken, die niet steeds juristen zijn, gebaat, wat het beraad duidelijk kan vereenvoudigen en verkorten. Gelet op de specifieke samenstelling van de arbeidsgerechten dient niet systematisch van de mogelijkheid tot schriftelijke neerlegging van het advies gebruik te worden gemaakt.⁴³

Zo de partijen al kennis kunnen nemen van het advies, hetzij door aanwezig te zijn bij de voorlezing ervan, hetzij door inzage van het dossier van de rechtspleging, is het hun even-

³² DE LEVAL, G., o.c., J.T., 1992, 846.

³³ Art. 751, § 1, tweede lid: in bepaalde gevallen in eerste aanleg – tussenkomst van een gerechtsdeurwaarder.

³⁴ *Parl.St., Senaat*, 1991-92, nr. 301/2, 79.

³⁵ Cass., 1 februari 1982, *Arr.Cass.*, 1981-82, 712.

³⁶ Cass., 3 juni 1988, *Arr.Cass.*, 1987-88, 1284; Antwerpen, 26 oktober 1983, *R.W.*, 1984-85, 50; LAENENS, J., «Kroniek van het Gerechtelijk Recht», *R.W.*, 1982-83, 1425; VAN REEPINGHEN, Ch., «Verslag over de gerechtelijke hervorming», B.S., 1964-65.

³⁷ *Arbh. Luik*, 19 mei 1993, *J.L.M.B.*, 1993, 859.

³⁸ Cass., 23 december 1993, *J.L.M.B.*, 1994, 224.

³⁹ HUBIN, J., o.c., 27.

⁴⁰ Memorie van toelichting, *Parl.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1198/1, 14.

⁴¹ Memorie van toelichting, *Parl.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1198/1, 36.

⁴² VAN STRYDONCK, R., «Enkele aspecten van de bevoegdheden van het openbaar ministerie bij de arbeidsgerechten», rede uitgesproken op de plechtige openingszitting van het Arbeidshof te Antwerpen op 1 september 1993, *R.W.*, 1993-94, 701.

⁴³ VAN STRYDONCK, R., o.c., 701.

wel niet geoorloofd hierop te antwoorden, noch in feite, noch in rechte, voor de rechter die uitspraak moet doen.⁴⁴

Indien echter het advies van het openbaar ministerie ter griffie wordt neergelegd, hebben partijen geen kennis van het advies. Het wordt immers na de sluiting van de debatten aan het dossier van rechtspleging toegevoegd. Dit dossier van de rechtspleging kan door de partijen pas weer ingekeen worden na de uitspraak.⁴⁵

Dit laatste mag niet te letterlijk worden genomen. Wanneer het rechtsplegingsdossier zich terug ter griffie bevindt vóór de uitspraak, bestaat er geen reden om partijen niet in kennis te stellen van het advies, zo dit gevraagd wordt. De partijen beschikken trouwens ook over deze mogelijkheid tot kennisneming van het advies vóór de uitspraak in de gevallen waarin dit mondeling is gegeven of voorgelezen is ter zitting.

Artikel 792 van het Gerechtelijk Wetboek

Artikel 792 Ger.W. werd aangevuld met een tweede en een derde lid door artikel 20 van de wet van 12 januari 1993 houdende een urgentieprogramma voor een meer solidaire samenleving (B.S., 4 februari 1993), met inwerkingtreding op 1 maart 1993.⁴⁶

De zaken opgesomd in artikel 704, eerste lid Ger.W. zijn de geschillen genoemd in de artikelen 580, 2°, 3°, 6°, 7°, 8°, 9°, 10° en 11°, 581, 2°, 582, 1° en 2°, en 583 Ger.W., die ingeleid worden bij verzoekschrift neergelegd ter griffie van de arbeidsrechtbank, of bij aangetekende brief gezonden aan de griffie.

Opmerkelijk is dat het tweede lid van artikel 792 Ger.W., dat dus toegevoegd werd, zo geïnterpreteerd werd dat aan de advocaten geen afschrift van het vonnis meer gestuurd hoeft te worden, en dat dit slechts ter kennis moet worden gebracht van de partijen bij gerechtsbrief.

Dit standpunt werd bevestigd door de vice-eerste minister en minister van Justitie en Economische Zaken in zijn antwoord op de vraag nr. 349 van 24 maart 1993 van de heer Quintelier.⁴⁷

Volgens de minister kon de oplossing erin bestaan dat de griffies de partijen van het vonnis in kennis stellen bij gerechtsbrief, en dat zij tegelijkertijd bij gewone brief een niet-ondertekend afschrift van het vonnis aan de advocaten zenden.

In zijn antwoord voegt hij eraan toe dat hij reeds op 16 april 1993, na contacten met de vertegenwoordigers van de Nationale Orde van Advocaten, de procureurs-generaal had verzocht na te gaan in welke mate het mogelijk zou zijn deze oplossing in de praktijk toe te passen.

Doordat de artikelen 1048, 1051, 1073 en 1075 Ger.W., gewijzigd zijn door de voormelde wet van 12 januari 1993, begint de termijn voor het instellen van een rechtsmiddel te lo-

pen vanaf de dag van de kennisgeving overeenkomstig artikel 792, tweede en derde lid, Ger.W.

De datum van de kennisgeving is die van de verzending van de gerechtsbrief bij de post.⁴⁸

De rechter beslist of er overmacht is wanneer de gerechtsbrief niet of te laat is vertrokken.⁴⁹

Senator Desutter vroeg op 21 mei 1993⁵⁰ aan de minister van Justitie, of – aangezien door de nieuwe wet bepaald wordt dat afgeweken wordt van het eerste lid van artikel 792 Ger.W. – dit betekent dat de advocaat, en uiteraard ook de volmachtdrager van een representatieve organisatie voor werknemers of van een ziekenfonds, geen afschrift van het vonnis meer ontvangt, met alle gevolgen van dien, dit wil zeggen:

- de advocaat of volmachtdrager wordt afhankelijk van de cliënt om al dan niet te vernemen wanneer en welk vonnis uitgesproken is;

- de cliënt wordt voor een stuk op zichzelf aangewezen, wat, gezien de juridische terminologie van een vonnis of een arrest, voor heel wat onnodige misvattingen en paniekreacties kan zorgen;

- veel vonnissen zullen bij gebrek aan kennis, en doordat ze niet bezorgd worden aan de advocaat, de volmachtdrager van de representatieve werknemersorganisaties of de juristen van het ziekenfonds, zonder effect blijven.

Vanuit die bekommernis zijn voorzeker de wetsvoorstellen van de senatoren M. Desutter en R. Erdman te verklaren.

Senator Desutter diende een wetsvoorstel in op 15 maart 1993. Dit voorstel voorziet in de opheffing van artikel 792, tweede en derde lid, van het Gerechtelijk Wetboek.⁵¹

Senator Erdman diende een wetsvoorstel in op 16 maart 1994. Dit voorstel houdt een aanvulling in van artikel 792 van het Gerechtelijk Wetboek. Volgens senator Erdman moet artikel 792 van het Gerechtelijk Wetboek aangevuld worden met een vierde lid dat als volgt luidt:

«In de gevallen, bepaald in het tweede lid, zendt de griffier een niet-ondertekend afschrift van het vonnis, in voorkomend geval, aan de advocaten van partijen.»

In het wetsvoorstel lezen we dat de gemachtigde vakbondsafgevaardigden hetzelfde voordeel moeten krijgen.⁵²

Uit het verslag van de commissie voor de Justitie⁵³ waarbij de wetsvoorstellen van de senatoren Desutter en Erdman werden onderzocht, blijkt dat de voorkeur wordt gegeven aan een wetgevend initiatief dat gebaseerd is op het voorstel van senator Erdman (een tussenkomst van de wetgever is immers noodzakelijk aangezien men geen kosteloos afschrift van het vonnis kan afleveren aan de advocaten zonder de desbetreffende toepasselijke fiscale bepaling te overtreden) waar dit de negatieve aspecten van artikel 792, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek wegwerpt zonder de finaliteit van de tekst aan te tasten.

De discussie in de Commissie leidt tot het indienen door Erdman en Lallemand van het volgende amendement:

⁴⁴ MEEUS, A., *Comm. Ger.W.*, art. 767, 2.

⁴⁵ *Parl.St., Senaat*, 1991-92, nr. 301/2, 85; SCHEERS, D., *o.c.*, 219; DE LEVAL, G., *o.c.*, 850.

⁴⁶ Artikel 1, K.B. van 21 januari 1993, B.S., 4 februari 1993.

⁴⁷ *Parl. Vr. en Antw., Senaat*, 1993-94, 7 december 1993, 4423; zie ook antwoord op de vraag nr. 299 van 11 maart 1993 van de heer Vandendriessche, *Parl. Vr. en Antw., Kamer*, 1993-94, 8088, en vraag nr. 420, 10 augustus 1993, van dezelfde parlementair, *Parl. Vr. en Antw., Kamer*, 1993-94, 8091.

⁴⁸ Cass., 24 januari 1974, *Pas.*, I, 557; FETTWEIS, A., *Manuel de procédure civile*, Faculté de droit de Liège, 1987, 207, nr. 247.

⁴⁹ FETTWEIS, A., *o.c.*, 498, nr. 748.

⁵⁰ *Parl. Vr. en Antw., Senaat*, 1993-94, 4423 (Vr. nr. 349).

⁵¹ *Parl.St., Senaat*, 1992-93, nr. 685/1.

⁵² *Parl.St., Senaat*, 1993-94, nr. 1014/1.

⁵³ *Parl.St., Senaat*, 1993-94, nr. 1014/2.

«Het voorgestelde artikel 792, vierde lid, van het Gerechtelijk Wetboek aan te vullen met de woorden: ... of aan de afgevaardigden bedoeld in artikel 728, § 3.»

Bij de stemming in de commissie vervalt het wetsvoorstel ingediend door senator Desutter.

De tekst van senator Erdman wordt door de Kamers aangenomen met een correctie op basis van het amendement. Artikel 792 van het Gerechtelijk Wetboek wordt aangevuld met een vierde lid bij wet van 12 juli 1994 (*B.S.*, 21 juli 1994).

Door de volksvertegenwoordiger Vandendriessche werd een wetsvoorstel ingediend tot wijziging van artikel 1051, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek. Dit wetsvoorstel houdt in dat de termijn om hoger beroep aan te tekenen op drie maanden wordt gebracht voor de zaken opgesomd in artikel 704, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek. Een redelijke appeltermijn zal het aantal zogeheten «bewarende beroepen» doen afnemen.⁵⁴

Opgemerkt dient te worden dat het voorstel werd ingediend in de optiek dat geen wijziging in artikel 792 van het Gerechtelijk Wetboek wordt aangebracht en aan de raadsman van partijen geen afschrift van het vonnis wordt gezonden door de griffier.

De artikelen 860 tot 867 van het Gerechtelijk Wetboek

De wijziging van deze afdeling van het Gerechtelijk Wetboek werd door de wetgever aangebracht met het oog op meer doeltreffendheid, in overeenstemming met de bedoeling van de Koninklijk Commissaris Van Reepinghen. De Koninklijk Commissaris had bij de gerechtelijke hervorming de wil uitgedrukt om tot een aanzienlijke vermindering van de nietigheden van proceshandelingen te komen, dit om af te wijken van een verouderd formalisme.

De doelstelling van de Koninklijk Commissaris werd, getuigd op de onvolledigheid en de onnauwkeurigheid van de wetteksten, onvoldoende bereikt en gaf aanleiding tot moeilijkheden bij de praktische toepassing ervan. Het beperkter en nauwkeuriger maken van de teksten zal het verloop van de rechtspleging bevorderen en de rechtscolleges helpen ontlasten van nodeloze betwistingen.⁵⁵

Betreffende de nietigheden dient na de wet van 3 augustus 1992 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek opgemerkt te worden dat:

- de nietigverklaring slechts kan plaatsvinden indien de wet dit uitdrukkelijk voorschrijft (art. 860 Ger.W.);
- de proceshandeling enkel nietig verklaard kan worden indien de belangen geschaad zijn van de partij die de exceptie opwerpt (art. 861 Ger.W.), behoudens de uitzonderingen bepaald in artikel 862 Ger.W.;
- de dekking van nietigheden bedoeld in artikel 864 Ger.W. mogelijk blijft, en een verzuim of onregelmatigheid kan worden goedge maakt door andere gedingstukken (art. 867 Ger.W.);
- de teksten van de artikelen 860 en 861 van het Gerechtelijk Wetboek niet werden gewijzigd;
- de tekst van artikel 864 Ger.W. nauwkeuriger werd geformuleerd en artikel 863 Ger.W. werd opgeheven.

De belangrijkste wijzigingen zijn evenwel terug te vinden in het weglaten van een aantal absolute nietigheden in artikel 862 Ger.W., en in de innovatie van artikel 867 Ger.W.

Een aantal vermeldingen in artikel 862, § 1, Ger.W. werden geschrapt, zoals: het optreden van de ministeriële ambtenaar, de eed opgelegd aan partijen of scheidsrechters, het aan rechters en ministeriële ambtenaren opgelegde verbod om te vonnissen of op te treden t.a.v. bloed- of aanverwanten, het verbod bepaald in artikel 292 van het Gerechtelijk Wetboek, het taalgebruik in gerechtszaken. Daarenboven werd een belangrijke tekstwijziging aangebracht in artikel 862, § 1, 9°, Ger.W. (nieuwe tekst art. 862, § 1, 6°, Ger.W.).

De weerslag van deze wijzigingen zal zich in de procedure voor de arbeidshoven vooral manifesteren op het vlak van het taalgebruik in gerechtszaken en het optreden van de ministeriële ambtenaar bij de betekening en tenuitvoerlegging van cassatiearresten.

Het arbeidshof diende ambtshalve de nietigheid vast te stellen van een akte van hoger beroep die niet volledig in het Nederlands was gesteld, zoals vereist door artikel 24 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken. In de akte van hoger beroep werd voor het ontwikkelen van een aantal middelen gebruik gemaakt van de Franse taal zonder dat de inhoud ervan werd weergegeven in de Nederlandse taal.⁵⁶

In een arrest van 21 december 1993 werd eveneens de nietigheid van de akte van hoger beroep, neergelegd vóór de inwerkingtreding van de wet van 3 augustus 1992 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek, vastgesteld.⁵⁷

Het arbeidshof heeft meermaals geoordeeld dat de tenuitvoerlegging van een cassatiearrest nietig was bij gebrek aan betekening (art. 1115 Ger.W.).

Daarbij baseerde het hof zich op het thans weggelaten artikel 862, § 1, 4°, Ger.W., dat het verzuim of de onregelmatigheid betreffende het optreden van de ministeriële ambtenaar als absolute nietigheid aanduidde.

De problematiek van de betekening van een cassatiearrest en de toepassing van artikel 862, § 1, 4°, Ger.W. gaf aanleiding tot de vraagstelling of het verzuim van de betekening een verzuim of een onregelmatigheid betreft in het optreden van de gerechtsdeurwaarder, daar waar de interventie van deze ambtenaar nooit gevraagd werd.⁵⁸

De meest ingrijpende wijziging die de wetgever aanbracht inzake nietigheden, betreft evenwel de wijziging van artikel 867 van het Gerechtelijk Wetboek. Artikel 867 Ger.W. dat werd ingevoerd met het oog op een versoepelen van de procedure, bepaalde dat een verzuim of onregelmatigheid in de vermelding van de vorm niet tot nietigheid kan leiden, indien uit de gedingstukken blijkt dat die vorm in werkelijkheid in acht werd genomen. Ingevolge de cassatierechtspraak, waarnaar uitdrukkelijk wordt verwezen in de memorie van toelichting, wordt artikel 867 Ger.W. aangepast zodat de mogelijkheid tot regulariseren eveneens bestaat voor een verzuim

⁵⁴ *Parl. St., Kamer*, 1993-94, nr. 1510/1.

⁵⁵ *Memorie van toelichting, Parl. St., Senaat*, 1991-92, nr. 1198/1, 16 en 17.

⁵⁶ *Arbh. Antwerpen*, 27 november 1991, *onuitg.*, *A.R.*, nr. 878/88.

⁵⁷ *Arbh. Antwerpen*, *onuitg.*, *A.R.*, nr. 703/87.

⁵⁸ *Arbh. Antwerpen*, 18 december 1992, *onuitg.*, *A.R.*, nr. 388/90, tegenover *Arbh. Brussel*, 11 juni 1990, *Pas.*, 1990, II, 242.

of onregelmatigheid van de vorm van de proceshandeling zelf.⁵⁹

Het Hof van Cassatie heeft artikel 867 restrictief toegepast en besliste dat de nietigheid van een niet ondertekend afschrift van een betekeningsexploot niet gedekt kan worden door de regelmatigheid van het origineel van de akte. De handtekening van de gerechtsdeurwaarder op het afschrift van het exploot is een op zichzelf staand geldigheidsvereiste voor dit afschrift, waarvoor noch de handtekening op het origineel, noch enig ander gedingstuk, kan aantonen dat de vereiste werkelijk in acht is genomen.

De restrictieve interpretatie van het Hof van Cassatie leidde tot een gevoelige beperking van de praktische betekenis van artikel 867, zodat de door de wetgever beoogde deformalisering niet werd waargemaakt.⁶⁰

De wetgever stelt dat, om de moeilijkheden te vermijden die de interpretatie van artikel 867 Ger. W. meebrengt, en rekening houdend met de geest van het stelsel van de nietigheden, het geraden is de tekst aan te vullen opdat dit artikel niet louter geldt voor het verzuim of de onregelmatigheid van de *vermelding* van de vorm, maar uitdrukkelijk ook voor het verzuim of de onregelmatigheid van de *vorm* van de handeling zelf. Daarenboven dient de rechter in staat te worden gesteld de nietigheid af te wijzen wanneer uit de gedingstukken blijkt dat de handeling, ondanks het verzuim of de onregelmatigheid, het doel heeft bereikt dat de norm beoogt.⁶¹

Artikel 867 Ger. W. staat de rechter toe de nietigheidssancie te weigeren door de omzetting van een met toepassing van de artikelen 861 en 862 Ger. W. nietig te verklaren proceshandeling in een geldige proceshandeling. Voorwaarde daartoe is dat uit de gedingstukken moet blijken dat ofwel de handeling het door die wet beoogde doel heeft bereikt, ofwel dat de niet vermelde vorm werkelijk in acht is genomen.

De wetgever heeft erop gewezen dat deze formulering voor interpretatie vatbaar kan zijn, doch dat het geraden blijft aan de rechter ruimte te laten tot appreciatie, door hem in staat te stellen te oordelen of er voldoende redenen zijn om de nietigheid van de handeling uit te spreken.

Hij voegt eraan toe dat dit inzonderheid het geval zal zijn wanneer het verzuim of de onregelmatigheid de belangen heeft geschaad van de partij die er zich op beroept.⁶²

Het invoeren van het begrip «normdoel» is trouwens een belangrijke innovatie bij de beoordeling van de sanctivering van de op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen. De verwijzing door de wetgever naar de belangenschade wekt nochtans verwarring, aangezien artikel 867 Ger. W. ook van toepassing is op de «absolute» nietigheden van artikel 862 Ger. W., waar de belangenschade wordt vermoed (art. 862, § 2, Ger. W.).

De auteurs De Corte R. en Deconinck B. wijzen op deze mogelijke verwarring omdat het nieuwe criterium vrij dicht ligt bij het criterium van de belangenschade bedoeld in arti-

kel 861 Ger. W. Zij menen evenwel dat het iuris et de iure vermoeden van belangenschade, vermeld in artikel 862 Ger. W. niet verhindert dat bij de beoordeling van een eventuele regularisering conform artikel 867 Ger. W., de belangenschade wel in rekening wordt gebracht, zodat het beginsel aangevend kan worden bij de interpretatie van het normdoel. Het criterium van de finaliteit van de vorm, gekoppeld aan de belangenschade, zal misbruik van het formalisme verder helpen indijken.⁶³

Weliswaar kan het normdoel samenvallen met het criterium belangenschade, doch de auteurs zien in het teruggrijpen naar het begrip belangenschade een subjectief hulpmiddel bij de interpretatie van het meer objectieve normdoel. Zij menen dat de speling tussen het subjectief en objectief criterium niet uitgesloten is.

Deze auteurs hebben een zeer duidelijke en coherente interpretatie vooropgesteld van artikel 867 van het Gerechtelijk Wetboek, daar waar de tekst van artikel 867 Ger. W. niet zo duidelijk overkomt, en in de voorbereidende teksten uitdrukkelijk wordt gesteld dat «de formulering... dat de handeling, het doel heeft bereikt dat de wet ermee beoogt, voor interpretatie vatbaar is».

De nieuwe tekst van artikel 867 Ger. W. biedt dan ook ons inziens nog onvoldoende rechtszekerheid. Het enige dat duidelijk kan worden gesteld is dat de rechter autonoom de nietigheden bepaald door de artikelen 861 en 862 Ger. W. kan beoordelen met inachtneming van het bereikte normdoel (objectief criterium) en het subjectief criterium, namelijk de belangenschade, en dit onder die voorwaarde dat duidelijk blijkt uit de *gedingstukken* dat het normdoel is bereikt.

Het Arbeidshof te Antwerpen heeft met toepassing van artikel 867 Ger. W. een verzoekschrift in hoger beroep, dat een onregelmatigheid bevatte omtrent de aanwijzing van de bevoegde rechter (artt. 862 en 1056 Ger. W.), ontvankelijk verklaard. Het verzoekschrift was geadresseerd aan het Hof van Beroep te Antwerpen, en dit hof werd aangeduid als de bevoegde rechter.

Het verzoekschrift werd neergelegd ter griffie van het arbeidshof en in het dispositief werd gevorderd dat het aan het arbeidshof zou behagen over de eis van appellante uitspraak te doen. Het arbeidshof beslist dat, niettegenstaande de tegenstrijdige vermeldingen in het verzoekschrift, het voor geïntimeerde voldoende duidelijk was, zoals blijkt uit het verschijnen en concluderen voor het arbeidshof, dat de rechter die van het hoger beroep kennis moest nemen het arbeidshof was, en dat de aanduidingen dienaangaande hun doel hebben bereikt.⁶⁴

Het wegwerken van al te veel formalisme is door de wijziging van artikel 867 Ger. W. de goede richting ingegaan, maar een aantal vragen blijven open bij de toepassing ervan, voornamelijk wat de absolute nietigheden betreft. De wetgever heeft het onderscheid tussen de nietigheden, vermeld in de artikelen 861 en 862 Ger. W. laten bestaan. Dit houdt in dat voor de toepassing van artikel 861 Ger. W. de belangenschade dient te worden bewezen door degene die de nietigheidsexceptie opwerpt.

⁵⁹ *Parl. St., Senaat*, 1991-92, nr. 1198/1, 22; *Cass.*, 14 juni 1982, *R. W.*, 1982-83, 989.

⁶⁰ LEMMENS, P., «De ondertekening van het afschrift van een exploot door de gerechtsdeurwaarder», *R. W.*, 1982-83, 991; FETTWEIS, A., «Requiem pour l'article 867 du Code judiciaire», *Jur. Liège*, 1983, 113; DE BRUYNE, P. en HEYMANS, M., «Enkele aspecten van de nietigheidstheorie», *Ius*, 10 jaar Gerechtelijk Wetboek, 110.

⁶¹ *Parl. St., Senaat*, 1990-91, nr. 1198/1, 23.

⁶² *Parl. St., Senaat*, 1990-91, nr. 1198/1, 23.

⁶³ *Het vernieuwd Gerechtelijk Recht, eerste commentaar*, Kluwer, 1992, 151.

⁶⁴ *Arbh. Antwerpen*, 9 maart 1994, *onuitg.*, *A. R.*, nr. 717/93.

De toepassing van artikel 862 Ger.W. dient door de rechter ambtshalve te worden nagegaan. In dit geval oordeelt de rechter autonoom of het normdoel bereikt is, zo nodig aan de hand van het subjectief criterium, namelijk de belangenschade.

Het terugvallen op dit subjectief criterium voor de conversie van een nietige proceshandeling in een geding, terwijl artikel 861 Ger.W. de belangenschade vereist en artikel 862 Ger.W. dit vermoedt, draagt geenszins bij tot rechtszekerheid, noch tot een duidelijke deformalisering van de proceshandeling.

Artikel 1072bis van het Gerechtelijk Wetboek

Wanneer een procespartij misbruik maakte van het instellen van hoger beroep tegen een uitspraak, dan kon daarop tot vóór de hervorming van het Gerechtelijk Wetboek slechts een sanctie worden toegepast op twee manieren:

- ofwel door deze partij te veroordelen tot een schadevergoeding, zo een andere hierdoor benadeelde procespartij hiertoe een tegenvordering instelde;

- ofwel door, in de zaken bedoeld in de artikelen 580, 581 en 582 (1° en 2°) van het Gerechtelijk Wetboek, de gerechtskosten eventueel anders dan bepaald in artikel 1017 van het Gerechtelijk Wetboek ten laste van de sociaal verzekerde te leggen, zo deze misbruik maakte van het rechtsmiddel.

De nieuwe gerechtelijke hervorming geeft thans aan het hof een eigen sanctiemogelijkheid door diegene die op tergende en roekeloze wijze het hoofdberoep instelde te veroordelen tot een geldboete van 5.000 tot 100.000 frank.

Deze sanctiemogelijkheid werd verkozen boven een algemene verhoging van de gerechtskosten of van de gerechtelijke interessen.

De wetgever inspireerde zich hierbij op oudere wetgeving⁶⁵ en soortgelijke regelingen in andere landen (Frankrijk, Nederland).⁶⁶

Anders dan de term «daarenboven» laat vermoeden werd deze mogelijkheid bedoeld als losstaand van een tegenvordering wegens tergend en roekeloos beroep.⁶⁷

Op aandringen van de Raad van State werd aan de betrokken procespartijen nog de mogelijkheid geboden dienaangaande hun argumenten te laten gelden.

Zo de appelrechter meent dat het beroep tergend en roekeloos voorkomt en zulk een geldboete verantwoord kan zijn, stelt hij in zijn uitspraak, na de grond van de zaak te hebben beslecht, een rechtsdag vast waarbij enkel nog over de geldboete zal worden gepleit.⁶⁸

Het Arbitragehof, dienaangaande aangesproken in verband met mogelijke discriminatie ten aanzien van andere procedures, achtte in zijn arrest van 29 september 1993 het artikel in dit licht rechtmatig, en verwierp de vraag tot vernietiging.

Een eerste vraag bij deze regeling is of in het arrest dat de procedure bedoeld in artikel 1072bis van het Gerechtelijk

Wetboek start, reeds over het tergend en roekeloos karakter geoordeeld dient te worden.

Deze vraag kan niet eenduidig beantwoord worden.

- Er werd reeds een tegenvordering wegens tergend en roekeloos beroep ingesteld: artikel 1072bis, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek verplicht de appelrechter over deze tegenvordering te oordelen in dezelfde beslissing waarbij hij het hoofdberoep afwijst; op de latere rechtsdag kan dus hierover, gelet op het gezag van gewijsde niet meer worden geoordeeld; zulks komt niet onbillijk voor daar partijen de mogelijkheid kregen hierover te pleiten en conclusies te wisselen.

- Het betreft zaken bedoeld in de artikelen 580, 581 en 582 (1° en 2°) van het Gerechtelijk Wetboek: uit de beperking opgenomen in artikel 1072bis van het Gerechtelijk Wetboek om de discussie over een eventuele geldboete op een latere rechtsdag te voeren «waarop alleen dit punt zal worden behandeld», wordt afgeleid dat in de zaak reeds een eindbeslissing in de zin van artikel 19 van het Gerechtelijk Wetboek dient te zijn genomen;⁶⁹ aldus zou ook reeds over de gerechtskosten een eindoordeel geveld moeten zijn;⁷⁰ in deze zaken is de veroordeling tot de gerechtskosten echter afhankelijk van het tergend en roekeloos karakter van het hoofdberoep; aangenomen wordt dat de rechter ambtshalve de gebruikelijke toerekening van de gerechtskosten kan omslaan ten laste van de abusief optredende sociaal verzekerde; in zulk een geval vindt geen debat plaats over het tergend en roekeloos karakter.

- Er werd geen tegenvordering ingesteld en het gaat niet om zaken bedoeld in de artikelen 580, 581 en 582 (1° en 2°) van het Gerechtelijk Wetboek: in zulk een geval maakt het tergend en roekeloos karakter alleszins niet het voorwerp uit van het debat. De rechter kan de procedure, bedoeld in artikel 1072 van het Gerechtelijk Wetboek, reeds starten zo hij meent dat de bedoelde schadevergoeding «verantwoord kan zijn»; gelet ook op de opmerkingen van de Raad van State lijkt het voor de hand liggend dat de appellant zich op de latere rechtsdag nog over de tergende en roekeloze aard van zijn hoofdberoep kan verweren; aldus heeft het voorwerp van de discussie op de latere rechtsdag niet steeds dezelfde inhoud; voorts rijst de vraag naar de aard van de sanctie en welke rechtsbeginselen op deze procedure van toepassing zijn.

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens achtte het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens nochtans van toepassing op elke regeling, ongeacht de benaming ervan in het interne recht, zodra deze een sanctie uitmaakt en preventief en repressief bedoeld is.⁷¹

Acht men de redenering toepasselijk op artikel 1072bis van het Gerechtelijk Wetboek, dan komt men tot de volgende vaststellingen en vragen:

- artikel 1072bis van het Gerechtelijk Wetboek maakt van de rechter de aanklager en de rechter; aanvaardt men dat hij ook nog onderzoeksmaatregelen mag bevelen, dan is hij tevens de onderzoeker;

⁶⁵ Wet van 14 en 16 augustus 1790, titel X, art. 10 en 11.

⁶⁶ Cf. DE LEVAL, G., «La loi du 3 août 1992, modifiant le Code judiciaire», *J.T.*, 1992, 857.

⁶⁷ *Parl.Hand.*, Senaat, 1992, 1314.

⁶⁸ DE LEVAL, G., *o.c.*, 857.

⁶⁹ DE LEVAL, G., *o.c.*, 857.

⁷⁰ Arbh. Bergen, 3 november 1993, *J.L.M.B.*, 1993, 1504; *contra*: Arbh. Antwerpen, 16 mei 1994, (D.C. t/ R.V.A.), onuitg., *A.R.*, nr. 204/93.

⁷¹ E.H.R.M., 21 februari 1984, *J.T.*, 1984, 487.

– uit de Franse rechtspraak blijkt dat de rechter de precieze feiten moet aangeven op grond waarvan hij het tergend en roekeloos karakter aanhoudt; wil men het recht van verdediging waarborgen dan dient de appellant hiervan in kennis te worden gesteld;⁷²

– het zal delicaat zijn de onder vorige rubriek bedoelde telastlegging dermate te formuleren zonder te prejureren;
– de regeling werd ingegeven door de overweging dat een tegenvordering wegens tergend en roekeloos hoger beroep noch het omslaan van de gerechtskosten voldoende de belangen van de juridische administratie waarborgen;⁷³ is het de taak van de rechtbank voor deze belangen te waken; krenkt zulk een verwachting niet haar onpartijdigheid en onafhankelijkheid?

In de rechterlijke organisatie is de opdracht te waken voor het «algemeen belang» toebedeeld aan het openbaar ministerie.⁷⁴ In die zin ware het allicht verkieslijker deze regeling door te voeren via een wijziging van de artikelen 764 en 138 van het Gerechtelijk Wetboek.

De mogelijkheid bestaat ook dat geen der partijen op de latere rechtsdag verschijnt.

Zo men ervan uitgaat dat de procedure aangevat wordt in het eindarrest, is het trouwens onduidelijk waarom alle partijen nog dienen te worden opgeroepen. Zij hebben geen enkel belang meer bij deze procedure. Zo niemand verschijnt, is de vraag of de rechter dan niettemin de geldboete kan uitspreken.

Het is ook niet duidelijk in welke persoon het tergend en roekeloos karakter beoordeeld dient te worden, en wie het slachtoffer hiervan is.

De advocaat beschikt bij de uitoefening van zijn ambt over een vrijheid van handelen (artikel 444 Ger.W.), waarop evenwel tuchtrechtelijke beperkingen staan onder toezicht van het wettelijke voorziene tuchtorgaan. De geldboete wordt uitgesproken ten laste van de appellant in persoon. De rechter zal dus moeten nagaan in welke mate het tergend en roekeloos optreden van de advocaat aan diens opdrachtgever dient te worden toegerekend.

Ook de criteria voor de grootte van de geldboete zullen nog nader dienen te worden bepaald.

Dient deze evenredig te zijn met de graad van terging en roekeloosheid? Dient rekening te worden gehouden met de omvang van de schade, te weten de langdurigheid en de pleitduur van de zaak? Zal men rekening houden met de financiële draagkracht van de appellant? Kan de rechter «seponeren» om opportuniteitsredenen (sociale, familiale,... redenen)? Zal men rekening houden met herhaling? Is de omstandigheid dat reeds een tegenvordering met hetzelfde oogmerk ingesteld is relevant? Dit zijn de belangrijkste vragen welke de rechtspraak ongetwijfeld zal dienen te appreciëren in de toekomst.

De regeling, die inderdaad verdienstelijker is dan een totale drempelverhoging van de rechtsinstanties in hoger beroep, is dus niet steeds coherent in die zin dat niet steeds hetzelfde ter discussie zal staan op de latere rechtsdag.

De precieze regels die bij deze procedure gevolgd dienen te worden, zullen derhalve op een delicate wijze dienen te worden bepaald teneinde de rechtsbeginselen inzake het sanctierecht te eerbiedigen. Veel kan ons inziens worden verholpen wanneer de rechter het openbaar ministerie zou uitnodigen om voor deze procedure het initiatief te nemen.

Ook de criteria aan de hand waarvan de grootte van de geldboeten moet worden bepaald, dienen nog te worden verduidelijkt. Op dit punt kan de regeling een voordeel genoemd worden, aangezien de rechterlijke macht in dezen haar verantwoordelijkheid kan opnemen.

Besluit

Laten we toch de stille hoop koesteren dat de gerechtelijke hervorming de proceseconomie ten goede zal komen en de dilatoire praktijken in de kiem zal smoren. De toekomst zal dit moeten uitwijzen. Zoals reeds gezegd, zal veel afhangen van de draagwijdte die aan de teksten wordt gegeven door de hoven en rechtbanken, en van de wijze waarop de teksten worden aangewend. Wat baat inderdaad een goede wagen als de chauffeur de stuurmanskunst niet beheerst!

⁷² LAENENS, J. en BROECKX, K., o.c., 930, nr. 214.

⁷³ DE LEVAL, G., o.c., 857.

⁷⁴ Cass., 28 maart 1974, *Arr.Cass.*, 1974, 829.

RECHTSpraak

ARBITRAGEHOF

14 JULI 1994

Voorzitter: de h. Melchior

Rapporteurs: de hh. François en Coremans

Advocaten: mrs. Bourtembourg en Fortemps

Grondwet – Gelijkheids- en niet-discriminatiebeginsel – Naam – Ouderlijke verklaring van verandering – Meerderjarige en minderjarige kinderen

In zoverre art. 335, § 3, derde lid, B.W. bepaalt dat de ouderlijke verklaring van verandering van de naam van de moeder door die van de vader moet worden gedaan vóór de meerderjarigheid of de ontvoogding van het kind, voert het geen onderscheid tussen de minderjarige en de meerderjarige kinderen in dat strijdig is met de artt. 10 en 11 Gw.

Arrest nr. 65/94

I. Onderwerp van de prejudiciële vraag

Bij vonnis van 16 november 1993 in zake de procureur des Konings tegen M. T., Maurice De C. en Michel De C., heeft de rechtbank van eerste aanleg te Nijvel (eerste burgerlijke kamer), de volgende prejudiciële vraag gesteld:

«Schendt artikel 335, § 3, van het Burgerlijk Wetboek de artikelen 6 en 6bis van de Grondwet in zoverre het een onderscheid maakt tussen de minderjarige kinderen, enerzijds, en de meerderjarige kinderen, anderzijds, in zoverre het bepaalt dat de ouderlijke verklaring van naamsverandering dient te worden gedaan vóór de meerderjarigheid of de ontvoogding van het kind?»

...

IV. In rechte

...

B.1. Na te hebben voorgeschreven dat het kind wiens afstamming alleen van moederszijde vaststaat, de naam van zijn moeder draagt, bepaalt artikel 335 van het Burgerlijk Wetboek:

«§ 3. Indien de afstamming van vaderszijde komt vast te staan na de afstamming van moederszijde, blijft de naam van het kind onveranderd. Evenwel kunnen de ouders samen of een van hen, indien de andere overleden is, in een door de ambtenaar van de burgerlijke stand opgemaakte akte verklaren dat het kind de naam van zijn vader zal dragen.

Bij vooroverlijden van de vader of gedurende zijn huwelijk kan die akte niet worden opgemaakt zonder de instemming van de echtgenote met wie hij gehuwd was op het ogenblik van de vaststelling van de afstamming.

Die verklaring moet worden gedaan binnen een jaar te rekenen van de dag waarop de personen die de verklaring doen, de vaststelling van de afstamming hebben vernomen en vóór de meerderjarigheid of de ontvoogding van het kind.

Van de verklaring wordt melding gemaakt op de kant van de akte van geboorte en van de andere akten betreffende het kind.»

In geen bij het Hof ingediende memorie is betoogd dat, zoals in de prejudiciële vraag wordt verondersteld, die paragraaf de artikelen 6 en 6bis van de Grondwet zou kunnen schenden «in zoverre (hij) een onderscheid maakt tussen de minderjarige kinderen, enerzijds, en de meerderjarige kinderen, anderzijds, in zoverre (hij) bepaalt dat de ouderlijke verklaring van naamsverandering dient te worden gedaan vóór de meerderjarigheid of de ontvoogding van het kind». De stelling van de schending wordt enkel in de motivering van het vonnis aangevoerd. In dat vonnis wordt, nadat is vastgesteld dat de vordering strekt tot de vernietiging van de vermelding, in een akte van de burgerlijke stand, van de verklaring, uitgaande van een vader en een moeder, dat hun kind de naam van de vader zal dragen, terwijl die verklaring betrekking had op een meerderjarig kind, geoordeeld dat het Burgerlijk Wetboek, door te eisen dat de verklaring wordt gedaan «vóór de meerderjarigheid of de ontvoogding van het kind», «een discriminatie in het leven roept tussen de minderjarige en de meerderjarige kinderen wat het recht betreft om de naam van hun vader te dragen».

B.2. Door in de motivering van het vonnis te overwegen dat de in het geding zijnde bepaling een discriminatie tussen de minderjarige en de meerderjarige kinderen in het leven roept «ten aanzien van het recht om de naam van hun vader te dragen», schijnt de rechter te denken dat die bepaling handelt over de rechten van het kind met betrekking tot zijn naam. Dit is evenwel niet het geval aangezien, volgens dezelfde bepaling, zolang het kind aan het ouderlijk gezag is onderworpen, de vervanging van de naam van de moeder door die van de vader alleen op vraag van zijn ouders plaatsvindt.

B.3. Volgens de wet van 15 mei 1987 betreffende de namen en voornamen «(kan) elke persoon die enigerlei reden heeft om van naam (...) te veranderen, (...) daartoe aan de Minister van Justitie een met redenen omkleed verzoek richten» (artikel 2, eerste lid). Zodra het kind wiens afstamming van vaderszijde wordt vastgesteld na de afstamming van moederszijde, meerderjarig is geworden, is het dus niet beïnvloed van elke mogelijkheid om de naam van zijn moeder te vervangen door die van zijn vader indien het dat wenst. Weliswaar kan de Koning de gevraagde verandering slechts «uitzonderlijk» toestaan (artikel 3, tweede lid); die beperking, die het strikte karakter van de verder in dezelfde bepaling nauwkeuriger vermelde voorwaarden versterkt («indien Hij van oordeel is dat het verzoek op ernstige redenen steunt en dat de gevraagde naam geen aanleiding geeft tot verwarring en de verzoeker of derden niet kan schaden»), vormt evenwel geen hinderpaal voor het toestaan van de gevraagde verandering indien de Koning niet bij een met redenen omklede beslissing een eventueel verzet heeft ingewilligd (artikelen 5 en 6).

B.4. De grondwettelijke regels van de gelijkheid en de niet-discriminatie sluiten niet uit dat een verschil in behandeling tussen categorieën van personen wordt ingesteld, voor zover dat verschil op een objectief criterium berust en het redelijk verantwoord is.

Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld rekening houdend met het doel en de gevolgen van de betwiste maatregel en met de aard van de ter zake geldende beginselen; het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer vaststaat dat er geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel.

B.5. Gebruik makend van de hem toekomende beoordeelingsbevoegdheid, heeft de wetgever het juridisch statuut van de naam van de persoon vastgesteld met inachtneming van zowel het sociale nut om aan die naam een zekere onveranderlijkheid te geven als het belang van degene die de naam draagt. Het Hof ziet niet in wat er onredelijk zou kunnen zijn aan het feit dat het kind wiens afstamming van vaderszijde is vastgesteld na de afstamming van moederszijde en dat bijgevolg eerst de naam van zijn moeder heeft gedragen, de naam van zijn vader zou kunnen aannemen op initiatief van zijn ouders, die oordelen over zijn belang, zolang het aan het ouderlijk gezag is onderworpen, en enkel op zijn eigen initiatief vanaf het ogenblik waarop dat gezag een einde neemt. Het Hof ziet evenmin in wat er onredelijk zou kunnen zijn aan het feit dat het meerderjarig of ontvoogd kind dat de naam van zijn vader wenst te dragen terwijl het die van zijn moeder heeft, de procedure dient te volgen overeenkomstig de wet van 15 mei 1987, die het gemeen recht ter zake vormt.

B.6. De vraag dient ontkennend te worden beantwoord.

Om die redenen,

het Hof, zegt voor recht dat artikel 335, § 3, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek, in zoverre het bepaalt dat de ouderlijke verklaring van verandering van de naam van de moeder door die van de vader moet worden gedaan vóór de meerderjarigheid of de ontvoogding van het kind, geen onderscheid tussen de minderjarige en de meerderjarige kinderen invoert dat strijdig is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet (vroegere artikelen 6 en 6bis).

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 17 DECEMBER 1993

Voorzitter: mevr. Baeté-Swinnen

Rapporteur: de h. Verougstraete

Openbaar ministerie: de h. Goeminne

Advocaten: mrs. Dassel, Simont en Verbist

Zeerecht – 1. Aanvaring – Verjaring – Rechtsvordering tot vergoeding van schade – 2. Loods – Havenkapitein

1. Art. 270 Zeewet, dat bepaalt dat alle rechtsvorderingen tot vergoeding van door aanvaring veroorzaakte schade twee jaren na de gebeurtenis verjaard zijn, betreft niet uitsluitend de rechtsvorderingen die gericht zijn tegen het aanvarend voertuig, maar ook alle rechtsvorderingen die beogen herstel te verkrijgen van de schade geleden ten gevolge van een aanvaring.

2. De enkele aanwijzing van de ligplaats van een schip door een havenkapitein is geen daad waarvoor de aansprakelijkheidsbeperking in art. 3bis van de wet van 3 november 1967 geldt.

N.V. N. t/ Peruviaanse Staat e.a.

Gelet op het bestreden arrest, op 10 september 1991 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen;

Over het eerste middel: schending van de artikelen 270 van boek II, zee- en binnenvaart, titel IX, gronden van niet-ontvankelijkheid en verjaring, van het Wetboek van Koophandel en 97 van de Grondwet,

doordat het arrest – na te hebben vastgesteld dat partijen, waaronder eiseres «de verjaring inroepen van de vordering van de Peruviaanse Staat tot vergoeding van de eigen schade van het ms. Ilo, die pas werd ingeleid bij zijn conclusie van 13 december 1977, terwijl het ongeval zich voordeed op 29 september 1975», alsmede dat «artikel 270 van de zeewet bepaalt dat verjaard zijn alle rechtsvorderingen tot vergoeding van door aanvaring veroorzaakte schade, na verloop van twee jaar na de gebeurtenis» – beslist «dat echter te dezen de eigen schade gevorderd door de Peruviaanse Staat niet gebaseerd is op een ‘aanvaring’, als bedoeld in artikel 270 van de zeewet; dat uit het verslag van de gerechtsdeskundige, blijkt dat de raak tegen het ms. Eurasia het gevolg was van een voorafgaande gronding van het ms. Ilo; dat, nu de Peruviaanse Staat zijn vordering tot vergoeding van de eigen schade enerzijds steunt op contractuele tekortkomingen van hun tijdbevrachter, de N.V. N., anderzijds op de quasi-delictuele tekortkomingen van de N.V. N. en van de Stad Antwerpen, deze vordering niet verjaard was», om uiteindelijk eiseres te veroordelen tot betaling aan de Peruviaanse Staat van alle door deze partij tot vergoeding van haar eigen schade gevorderde posten, waarvan het, met verwijzing naar de tweede aanvullende conclusie van laatstgenoemde partij, aanneemt dat deze zijn opgesplitst in posten, «die het gevolg zijn van de gronding, en die welke betrekking hebben op de aanvaring zelf»,

...

Wat het tweede en het derde onderdeel betreft:

Overwegende dat, luidens artikel 270 van de Zeewet, alle rechtsvorderingen tot vergoeding van door aanvaring veroorzaakte schade twee jaren na de gebeurtenis verjaard zijn;

Dat die bepaling, die een algemene draagwijdte heeft, niet uitsluitend de rechtsvorderingen betreft gericht tegen het aanvarend vaartuig maar ook alle rechtsvorderingen die beogen herstel te verkrijgen van de schade geleden ingevolge een aanvaring;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat de Peruviaanse Staat de vergoeding vordert voor een schade geleden, eensdeels ingevolge de gronding van het schip ms. Ilo en anderdeels ingevolge de aanvaring zelf; dat het beslist dat de aanvaring het gevolg was van een voorafgaande gronding van het ms. Ilo en dat die gronding veroorzaakt werd door de quasi-delictuele tekortkoming van eiseres en van de verweerster sub 3; dat het om die reden oordeelt dat de vordering tot vergoeding van de schade geleden zowel ingevolge de aanvaring zelf als ingevolge de gronding, te dezen niet gebaseerd is op een aanvaring en mitsdien niet verjaard is;

Dat het arrest dat oordeelt dat een rechtsvordering tot vergoeding van door aanvaring veroorzaakte schade niet onderworpen is aan de bedoelde korte verjaring als de aanvaring het gevolg is van «quasi-delictuele tekortkomingen» aan artikel 270 van de Zeewet een beperking toevoegt die dit artikel niet inhoudt;

Dat het onderdeel gegrond is;

Over het tweede middel: schending van artikel 3bis, in het bijzonder § 1, 2°, b, van de wet van 3 november 1967 betreffende het loodsen van zeevaartuigen, als ingevoegd door het enig artikel van de wet van 30 augustus 1988,

doordat het arrest, na te hebben beslist «dat besloten moet worden dat de schadevaring ontstond door de samenlopende fouten van (eiseres) en van de Stad Antwerpen», te weten, wat laatstgenoemde betreft, naast het niet aanbrengen van een baken of een boei, het door de havenkapitein akkoord gaan met het meren van het ms. Ilo aan dok nummer 319, niettemin oordeelt dat «wat de Stad Antwerpen betreft en daar geen grove schuld wordt aangevoerd, deze terecht een beroep doet op de wet van 30 augustus 1988 betreffende het loodsen van zeevaartuigen, meer bepaald op artikel 3bis, § 1, 2°, b; dat volgens de voorbereiding van deze wet onder 'iedere dienst' begrepen moet worden alle diensten die zich rechtstreeks of onrechtstreeks bezighouden met de begeleiding van de scheepvaart; dat de havenkapiteindienst een dergelijke dienst verzekert», zodat «de vordering tegen de Stad ongegrond is», en uiteindelijk het hoger beroep van de Stad Antwerpen, dat tevens was gericht tegen eiseres, ontvankelijk en gegrond verklaart en dientengevolge uitsluitend de aansprakelijkheid van eiseres aannemend voor het schadegeval, deze allen ten opzichte van de Peruviaanse Staat veroordeelt tot betaling van de volledige schadevergoeding,

...

Overwegende dat het middel dat geen betrekking heeft op de betwisting gerezen tussen eiseres en de verweerders sub 1 en 2, maar slechts gericht is tegen de beslissing dat alleen eiseres aansprakelijk kon worden gesteld en niet de verweerder sub 3, ten aanzien van de verweerders sub 1 en sub 2 niet ontvankelijk is;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat in de Antwerpse haven de havenkapitein-commandant of zijn afgevaardigde de ligplaatsen van de vaartuigen aanwijst, dat de havenkapitein de werkelijke plaatselijke toestand niet kende, dat de toestand bij de kademuur zeer misleidend was en dat de dienst zonder meer akkoord ging met de aangevraagde ligplaats;

Overwegende dat, krachtens artikel 3bis, 1, 2°, b, van de wet van 3 november 1967, als gewijzigd door de wet van 30 augustus 1988, onder loodsdienst wordt verstaan iedere dienst, die inzonderheid door middel van radarwaarnemingen of peiling van de voor zeevaartuigen toegankelijke wateren, inlichtingen of instructies aan een zeevaartuig geeft, ook al bevindt er zich geen loods aan boord;

Dat uit het onderling verband tussen de bepalingen van de bedoelde wet volgt dat de wetgever de aansprakelijkheid heeft willen regelen van de loodsdiensten in zoverre die loodsdiensten inlichtingen of instructies geven betreffende de begeleiding van de vaart van het schip;

Dat de enkele aanwijzing van de ligplaats van een schip door een havenkapitein, geen daad is waarvoor de aansprakelijkheidsbeperking in het genoemde artikel 3bis geldt;

Dat het middel in zoverre gegrond is;

...

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 14 FEBRUARI 1994

Voorzitter-rapporteur: de h. Marchal

Openbaar ministerie: de h. Leclercq

Advocaten: mrs. van Hecke en Geinger

Gehandicapten – Tegemoetkomingen – Geschil – Medisch onderzoek – Deskundige – Aanwijzing – Arbeidsrecht – Bevoegdheid

De artt. 9 Wet Tegemoetkoming Gehandicapten en 16 en 17 K.B. 6 juli 1987, die bepalen door wie de medische onderzoeken betreffende het recht op tegemoetkomingen geschieden, doen geen afbreuk aan de wettelijke bevoegdheid van het arbeidsgerecht om bij geschil omtrent dat recht zelf een deskundige aan te wijzen.

Belgische Staat t/ D.

Gelet op het bestreden arrest, op 25 juni 1991 door het Arbeidshof te Luik gewezen;

...

Overwegende dat, luidens artikel 9 van de wet van 27 februari 1987 betreffende de tegemoetkomingen aan gehandicapten, de Koning bepaalt door wie, volgens welke criteria en op welke wijze het verdienvermogen en de zelfredzaamheid van de gehandicapte worden vastgesteld; dat uit de artikelen 16 en 17 van het koninklijk besluit van 6 juli 1987 tot uitvoering van de wet van 27 februari 1987 blijkt dat de medische onderzoeken voor de toekenning van het recht op tegemoetkoming geschieden door een geneesheer van de Medische Dienst van het Ministerie van Sociale Voorzorg, door een geneesheer-inspecteur van de Dienst voor Medische Controle van het Rijksinstituut voor Ziekte- en Invaliditeitsverzekering, of door een daartoe door de minister aangewezen geneesheer, nu die onderzoeken geschieden op verzoek van de Dienst voor Tegemoetkomingen aan de Gehandicapten van het Ministerie van Sociale Voorzorg;

Overwegende echter dat artikel 19 van voormelde wet bepaalt dat de geschillen over de rechten, ontstaan uit deze wet, tot de bevoegdheid van de arbeidsgerechten behoren; dat uit die bepaling en de plaats ervan in de wet blijkt dat de artikelen 9 van die wet, 16 en 17 van het koninklijk besluit van 6 juli 1987 alleen toepasselijk zijn op het administratief gedeelte van de procedure inzake toekenning van tegemoetkomingen aan gehandicapten;

Dat noch de wet van 27 februari 1987, noch het uitvoeringsbesluit van 6 juli 1987 afwijken van artikel 962 van het Gerechtelijk Wetboek, volgens hetwelk de rechter bevoegd is om deskundigen aan te stellen;

Dat het arbeidshof de in het middel aangewezen wetsbepalingen niet schendt, wanneer het zelf de geneesheer met het onderzoek belast;

Dat het middel faalt naar recht;

...

HOF VAN CASSATIE*1e KAMER – 11 MAART 1994*

Voorzitter: mevr. Baeté-Swinnen

Rapporteur: de h. Forrier

Openbaar ministerie: de h. du Jardin

Advocaat: mr. Delahaye

Kind – Omgangsrecht – Gedwongen uitvoering door de rechter verboden

De rechter kan enerzijds beslissen dat er in principe geen gronden zijn om aan de vader het recht op persoonlijke relaties met zijn kinderen te weigeren, en anderzijds bepalen dat, in het belang van de kinderen, in de gegeven omstandigheden door de vader geen dwangmiddelen tegen de kinderen mogen worden gebruikt en niet tot gedwongen uitvoering mag worden overgegaan.

M. t/ D.

Gelet op het bestreden arrest, op 24 mei 1993 door het Hof van Beroep te Gent gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 302, 303, 371, 373, 375 van het Burgerlijk Wetboek, 8 van het Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, ondertekend op 4 november 1950 te Rome en goedgekeurd bij wet van 13 mei 1955, 5, 9, 18 van het Verdrag van 20 november 1989 inzake de Rechten van het Kind opgemaakt te New-York goedgekeurd bij wet van 25 november 1991, en van het algemeen beginsel inhoudende de rechten van de verdediging,

doordat het arrest, in zoverre het beslist over het omgangsrecht van eiser met zijn minderjarige kinderen, waarvan de bewaring, na echtscheiding, aan hun moeder, verweerster, werd toevertrouwd, voor recht zegt: «dat het destijds aan (eiser) toegekende omgangsrecht met zijn kinderen niet wordt opgeschort maar door hem geen uitvoeringsmaatregelen noch dwangmiddelen tegen de kinderen gebruikt kunnen worden», op de volgende gronden: «Hoewel het omgangsrecht van de ouder die gescheiden leeft van zijn kinderen hem gewaarborgd wordt door het E.V.R.M., dan blijft dit recht niettemin relatief, nu een omgangsrecht in de eerste plaats een recht is van de kinderen die aanspraak kunnen maken op het rustig genot in hun privé- en gezinsleven dat juist door de tweedracht van hun ouders werd ondermijnd. De UNO-conventie voor de Rechten van het Kind, inmiddels goedgekeurd bij wet van 25 november 1991, stelt duidelijk dat voor alle maatregelen die t.a.v. kinderen worden genomen, onder meer door de rechterlijke instanties, de belangen van de kinderen de eerste overweging moeten vormen. De kinderen moeten bovendien in de gelegenheid gesteld worden gehoord te worden in de aangelegenheden die hen aanbelangen en aan hun mening dient passend belang te worden gehecht overeenkomstig hun leeftijd en hun rijpheid (art. 12 van het verdrag). Een omgangsrecht kan slechts zinvol uitgeoefend worden wanneer het gebaseerd is op een wederzijdse affectieve relatie. De omgang moet in een rustige, ongedwongen en ontspannen sfeer kunnen plaatshebben en de ontmoetingen moeten een positieve bijdrage zijn voor de vorming van de persoonlijkheid van de kinderen en voor hun

evenwichtige groei naar volwassenheid. Uit het verslag van de procureur-generaal bij dit hof, die de kinderen van partijen op 17 februari 1993 heeft gehoord, blijkt dat de kloof tussen de vader en zijn dochters bijzonder diep is en nu niet overbrugd kan worden en dat de meisjes, minstens thans, ook niet bereid zijn noch gemotiveerd kunnen worden om enige inspanning te doen om de relaties te herstellen. Indien de hulpmiddelen in het verleden geen resultaat hebben opgeleverd blijkt een nieuwe tussenkomst of bemiddeling van de gerechtsdeskundige thans niet opportuun te zijn en is het in het belang van de kinderen tegenaangewezen ze tot nieuwe gesprekken te dwingen of ze te verplichten hun vader te ontmoeten. (Eiser) beschikt over andere middelen om zijn kinderen te tonen dat hij het oprecht met hen meent, dat hij werkelijk bekommerd is voor hen en dat hij wellicht heel anders is dan hoe zij zich hem voorstellen of ten onrechte ervaren. Indien de eerste rechter beslist heeft dat het omgangsrecht van (eiser) diende opgeschort te worden, dan is het meer verantwoord te stellen dat er in principe geen gronden zijn om aan de vader het recht op persoonlijke relaties met zijn kinderen te weigeren doch wel te bepalen dat hij in de gegeven omstandigheden geen dwangmiddelen tegen de kinderen zal mogen gebruiken en niet tot gedwongen uitvoering zal kunnen overgaan».

terwijl, eerste onderdeel, noch eiser, noch verweerster in hun conclusie of anders de door appelrechters genomen maatregelen erin bestaande aan eiser een omgangsrecht toe te kennen dat niet afdwingbaar is, hebben gevorderd; overeenkomstig artikel 302 van het Burgerlijk Wetboek de rechter weliswaar ambtshalve de maatregelen mag treffen die nodig zijn in het belang van de kinderen; dat echter ook bij het treffen van deze maatregelen het recht van verdediging moet worden geëerbiedigd en de partijen in staat moeten worden gesteld hun standpunt over de door de rechter ongevraagde en ambtshalve overwogen maatregelen uiteen te zetten; artikel 9.2 van het Verdrag inzake de Rechten van het Kind trouwens voorschrijft dat iedere partij de gelegenheid moet krijgen zijn standpunt naar voren te brengen in procedures waarbij de kinderen gescheiden worden van hun ouders; uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, niet blijkt dat voor de sluiting van debatten, eiser het recht is gegund zijn standpunt te formuleren over bovenvermelde maatregel die door partijen niet was gevorderd (schending van het algemeen beginsel inhoudende de rechten van de verdediging en van artikel 9.2 van het Verdrag inzake de Rechten van het Kind),

...

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat verweerster in haar appelconclusie de bevestiging van het beroepen vonnis vorderde, waarbij het aan eiser toegekende omgangsrecht met zijn twee kinderen voor onbepaalde tijd werd opgeschort; dat eiser concludeerde tot de afwijzing van verweersters vordering;

Overwegende dat het hof van beroep beslist dat «het destijds aan (eiser) toegekende omgangsrecht met zijn kinderen niet wordt opgeschort maar dat door hem geen uitvoeringsmaatregelen noch dwangmiddelen tegen de kinderen gebruikt kunnen worden»;

Dat het aldus de in het onderdeel aangewezen verdragsbepaling en algemeen rechtsbeginsel niet schendt;

...

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 25 MEI 1994

Voorzitter: de h. Ghislain

Rapporteur: de h. Simonet

Openbaar ministerie: mevr. Liekendael

Advocaat: mr. Evrard

Wegverkeer – Proces-verbaal – Bewijswaarde – Opmaak

Art. 3 Wegverkeersreglement betreft niet de opmaak van processen-verbaal.

De in dat artikel opgesomde bevoegde personen zijn niet verplicht de processen-verbaal die hun vaststellingen bevatten, zelf op te maken en te ondertekenen.

G.

Gelet op het bestreden vonnis, op 2 december 1993 in hoger beroep gewezen door de Correctionele Rechtbank te Luik;

...
Over het eerste middel:

Overwegende dat artikel 3 van het Wegverkeersreglement niet van toepassing is op de opmaak van processen-verbaal;

Dat, in zoverre, het middel niet ontvankelijk is;

Overwegende voor het overige dat geen enkele wettelijke bepaling de bevoegde personen verplicht om de processen-verbaal, die hun vaststellingen bevatten, zelf op te maken en te ondertekenen;

Dat, in zoverre, het middel faalt naar recht;

...
Over het tweede middel:

...
Wat het vierde onderdeel betreft:

Overwegende dat eiser vervolgd werd wegens weigering van de ademtest en van de bloedproef;

Dat het bestreden vonnis onder meer vermeldt dat «de bloedproef aan (eiser) mocht worden voorgesteld, nu artikel 63.1 bepaalt, zonder andere voorwaarden op te leggen, dat de bloedproef wordt afgenomen bij weigering van de ademtest; dat te dezen (eiser) wel degelijk de ademtest had geweigerd, wat hij ook niet betwist»;

Dat deze overweging de veroordeling naar recht verantwoordt en dat het middel, ook al was het gegrond, op zich niet tot cassatie kan leiden;

Dat het onderdeel bij gemis aan belang niet ontvankelijk is;

...

NOOT – Opstellen van het proces-verbaal

1. In de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het bovenstaande arrest, deden de agenten A en B vaststellingen inzake verkeersovertredingen. Ze brachten hierover verslag uit aan agent C, die op zijn beurt melding maakte van het gebeurde aan adjunct-politiecommissaris D. Deze laatste maakte hiervan een proces-verbaal op dat, benevens door hemzelf, mede werd ondertekend door agent C maar niet door de agenten A en B. Op basis van dit proces-verbaal werd de beklaagde veroordeeld.

Voor het Hof van Cassatie voerde hij aan dat het proces-verbaal nietig was omdat het niet was opgemaakt en ondertekend door de agenten die de vaststellingen hadden gedaan. Het Hof oordeelde echter dat het proces-verbaal hierdoor niet door nietigheid is aangetast.

2. Een verbalisant kan in zijn proces-verbaal inderdaad vaststellingen opnemen die gedaan zijn door andere – onverschillig welke – personen en waarvan hij op de hoogte wordt gesteld (Cass., 21 januari 1963, *Pas.*, 1963, I, 582; vgl. Cass., 19 november 1985, *R.W.*, 1985-86, 2247, met noot Vandeplass, A.; Bockstaele, M., *Processen-verbaal*, 1994, 16, nr. 11; Holsters, D., «De bewijswaarde van het proces-verbaal betreffende de vaststelling van misdrijven», *R.W.*, 1980-81, 1383 in fine; vgl. Vandeplass, A., «De persoonlijke bevindingen van de verbalisant» (noot onder Gent, 2 februari 1989), *R.W.*, 1989-90, 1094). Hierbij rijst wel de vraag naar de bewijswaarde van dergelijke processen-verbaal.

3. Zoals genoegzaam bekend leveren de processen-verbaal m.b.t. wegverkeersovertredingen bewijs op zolang het tegendeel niet is bewezen (art. 62 Wegverkeerswet), tenminste wanneer deze processen-verbaal zijn opgesteld door de daartoe bevoegde personen (art. 62 Wegverkeerswet j° art. 3 Wegverkeersreglement).

Hiermee is evenwel nog niet gezegd in welke mate de inhoud van het proces-verbaal deze wettelijke bewijswaarde bezit.

De bijzondere bewijswaarde komt enkel toe aan de door de verbalisant *persoonlijk* en binnen het kader van zijn wettelijke opdracht gedane *vaststellingen* m.b.t. de constitutieve bestanddelen en de omstandigheden van het verkeersmisdrijf, die hijzelf *proprieis sensibus* regelmatig heeft vastgesteld, maar niet aan de deducties of vermoedens die de verbalisant uit de vaststellingen *afleidt* en evenmin aan de inlichtingen die hij buiten die vaststellingen krijgt (Cass., 11 juni 1985, *A.C.*, 1984-85, 1400, nr. 616; Cass., 10 maart 1987, *A.C.*, 1986-87, 905, nr. 409; Cass., 15 januari 1992, *A.C.*, 1991-92, 427, nr. 246; Bockstaele, M., *o.c.*, 76, nr. 120; Declercq, R., *La preuve en matière pénale*, 1988, 75; Holsters, D., *o.c.*, 1381, nr. 64; Traest, P., *Het bewijs in strafzaken*, 1992, 441-443, nrs. 873-875; vgl. ook Cadene, J., *La preuve en matière pénale, essai d'une théorie générale*, (doct. proef.), Montpellier, 1963, 156).

Bovendien geldt de bijzondere bewijswaarde slechts voor het proces-verbaal van vaststelling van de overtreding zelf maar niet voor later verstrekte gegevens vermeld in aanvullende processen-verbaal (Cass., 4 januari 1994, *R.W.*, 1993-94, 1054, met noot A. Vandeplass). Wat de verklaringen (bekenntnissen en getuigenissen) betreft, is de wettelijke bewijswaarde slechts gehecht aan de «*materialiteit*» ervan, d.w.z. aan het feit dat die verklaringen werkelijk werden gedaan alsmede aan de bewoordingen waarin dit is gebeurd, doch niet aan de *waarachtigheid* ervan, die overeenkomstig het gewone bewijsrecht wordt beoordeeld (Cass., 7 juni 1921, *Pas.*, 1921, I, 393; Cass., 19 juli 1921, *Pas.*, 1921, I, 458; Cass., 5 november 1962, *R.D.P.*, 1962-63, 663; Cass., 6 juni 1966, *Pas.*, 1966, I, 1269; Cass., 22 januari 1980, *A.C.*, 1979-80, 579, nr. 303; Bockstaele, M., *o.c.*, 109, nr. 213; Holsters, D., *o.c.*, 1382, nr. 65 en 1384, nr. 71; Traest, P., «Enkele bemerkingen bij de processen-verbaal met bewijswaarde tot bewijs van het tegendeel», noot onder Cass., 4 oktober 1988, *R.W.*, 1988-89, 883).

4. Uit het vereiste dat de feiten door de verbalisant persoonlijk moeten worden geconstateerd, volgt dat de *vaststellingen* die door een bevoegd persoon worden gedaan, maar die door deze laatste worden meegedeeld aan een ander bevoegd persoon die hiervan proces-verbaal opstelt, geen bijzondere bewijswaarde genieten (Cass., 21 januari 1963, *Pas.*, 1963, I, 582; Holsters, D., *o.c.*, 1383, in fine).

Hetzelfde geldt voor een *verklaring* inzake een verkeersongeval, afgelegd aan een politieagent, die daarvan verslag uitbrengt aan een politieofficier: wanneer deze laatste het proces-verbaal opstelt en ondertekent (zonder ondertekening door de vaststellende politieagent zelf), stelt de verbalisant in feite enkel vast dat hem verslag is uitgebracht. Men kan zich afvragen of de wettelijke bewijswaarde van het proces-verbaal ook in dit geval niet enkel gehecht is aan het feit en de bewoordingen van het verslag van de verklaring maar niet aan het feit van de verklaring zelf (cf. de kritiek van Holsters, D., (*o.c.*, 1383, nr. 70) op Cass., 8 december 1970; Declercq, R., *o.c.*, 75; vgl. evenwel Declercq, R., *Handboek*, 1994, nr. 1193).

5. In de onderhavige zaak kon de correctionele rechtbank zich probleemloos baseren op de via tussenpersonen in het proces-verbaal opgenomen verklaringen. Aan deze verklaringen mag echter geen bijzondere bewijswaarde worden toegekend, wat door de rechtbank te dezen blijkbaar niet werd gedaan.

Lieven Van Overbeke

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 27 MEI 1994

Voorzitter: mevr. Baeté-Swinnen

Rapporteur: de h. Verougstraete

Openbaar ministerie: de h. du Jardin

Advocaten: mrs. Geinger en Nelissen Grade

1. Vennootschap – Art. 194 Vennootschappenwet – Verjaring – Termijn – 2. Bankbreuk – Verzuim van aangifte, binnen drie dagen, van staking van betaling – Aflopend misdrijf

1. Krachtens art. 194 Vennootschappenwet verjaren de rechtsvorderingen tegen zaakvoerders wegens verrichtingen in verband met hun taak door verloop van vijf jaar te rekenen van die verrichtingen of, indien ze met opzet verborgen zijn gehouden, vanaf hun ontdekking.

Onverminderd de toepassing van art. 26 V.T.Sv. bij herstel van schade die volgt uit een overtreding van de strafwet, geldt die termijn ook als de vordering gebaseerd is op quasi-delictuele fout van de zaakvoerder.

2. Het misdrijf eenvoudige bankbreuk is voltooid wanneer de gefailleerde niet binnen de bij de artt. 440 en 574, 4°, Kh. voorgeschreven termijn van drie dagen aangifte heeft gedaan van de staking van betaling.

P. t/ GmbH D.

Gelet op het bestreden arrest, op 21 februari 1992 door het Hof van Beroep te Gent gewezen;

Over het eerste middel, (...)

Overwegende dat het arrest vaststelt: 1. dat eiser als zaakvoerder van de P.V.B.A. I. wissels accepteerde door verweerster op de vennootschap getrokken op 15 december 1980, 31 december 1980, 15 januari 1981 en 31 januari 1981; 2. dat de vennootschap failliet werd verklaard bij vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Gent van 19 juni 1981; 3. dat de rechtbank het tijdstip waarop opgehouden werd te betalen, vaststelde op 10 december 1980; 4. dat de vordering tegen eiser werd ingesteld op 26 februari 1986;

Dat, volgens het arrest, door verweerster aan eiser verweeten wordt onrechtmatige daden te hebben begaan, eensdeels, door een contract te doen sluiten door de vennootschap, anderdeels, door de strafrechtelijk gesanctioneerde verplichting het faillissement tijdig aan te geven, te hebben miskend;

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat, krachtens artikel 194 van de Vennootschappenwet, de rechtsvorderingen tegen zaakvoerders wegens verrichtingen in verband met hun taak verjaren door verloop van vijf jaar te rekenen van die verrichtingen of, indien ze met opzet verborgen zijn gehouden, vanaf hun ontdekking;

Dat de wetgever, door een van het gemene recht afwijkende verjaringstermijn op te leggen in een algemene en imperatieve bepaling die wordt geacht te voldoen in alle gevallen, de privé-belangen van de schuldeisers ondergeschikt heeft gemaakt aan de hogere belangen van het handelsverkeer;

Dat, onverminderd de toepassing van artikel 26 van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering, bij herstel van de schade die volgt uit een overtreding van de strafwet, die termijn ook geldt als de vordering gestoeld is op een quasi-delictuele fout begaan door de zaakvoerder;

Overwegende dat het arrest, na te hebben vastgesteld dat eisers quasi-delictuele fout die erin bestond een contract te hebben doen sluiten door de vennootschap, verband hield met de door hem uitgeoefende taak en dat zij begaan werd meer dan vijf jaar voor de vordering werd ingesteld, niet zonder schending van artikel 194 van de Vennootschappenwet vermocht te beslissen dat de vordering desbetreffende niet verjaard was;

Dat het onderdeel in zoverre gegrond is;

Wat het tweede onderdeel betreft:

...

Overwegende dat het arrest beslist dat de vordering, in zoverre zij gestoeld is op de door eiser begane fout niet tijdig het faillissement te hebben aangegeven, evenmin verjaard is op grond van artikel 26 van de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering; dat het die beslissing hierop baseert dat «het niet tijdig aangeven van de staking van betaling eerst aan het licht (komt) vanaf de werkelijke datum van het faillissement», dit is 19 juni 1981;

Overwegende dat het misdrijf eenvoudige bankbreuk voltooid is wanneer de gefailleerde niet binnen de bij de artikelen 440 en 574, 4°, van het Wetboek van Koophandel, voorgeschreven termijn van drie dagen aangifte heeft gedaan van de staking van betaling;

Dat het arrest vaststelt dat de datum van 10 december 1980, door de rechtbank van koophandel bepaald als de datum waarop werd opgehouden te betalen, geen «theoretische datum» was en dat die datum «wel degelijk (moet)

weerhouden worden»; dat het zodoende noodzakelijk aanneemt dat het misdrijf drie dagen na die datum voltooid was;

Dat het arrest op grond van zijn vaststellingen, niet vermocht te beslissen dat de vordering die werd ingesteld meer dan vijf jaar nadat het misdrijf was gepleegd, niet verjaard was;

Dat het onderdeel in zoverre gegrond is;

...

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

19e KAMER – 21 DECEMBER 1993

Voorzitter: de h. De Vel

Advocaten: mrs. Dehandschatter loco Struyven en Van Bulck

Huwelijk – Schuld ten behoeve van de huishouding – Hoofdelijkheid

De regel van de hoofdelijkheid is van toepassing op de huishoudelijke schulden die door de man of de vrouw zijn aangegaan.

Die regel geldt in casu voor de aankoop van een gezinsauto ten behoeve van de huishouding terwijl er overigens geen aanwijzingen zijn dat de aankoop niet in verhouding staat met de bestaansmiddelen en de levensstandaard van het gezin.

N.V. D. t/ C. en S.

Overwegende dat geïntimeerden op 7 juni 1985 een overeenkomst van verkoop op afbetaling hebben afgesloten met de garage Van C., betreffende een voertuig Renault 25 TD; dat krachtens artikel 2 van gezegde overeenkomst de N.V. Renault Krediet, oorspronkelijke eiseres, gesubrogeerd is in alle rechten welke de verkoper tegen de koper bezit;

Overwegende dat de N.V. Renault Krediet haar schuld-vordering heeft overgedragen aan appellante en deze overdracht werd betekend aan beide geïntimeerden; dat appellante het geding hervat, in de rechten en plichten getreden zijnde van de N.V. Renault Krediet;

Overwegende dat de eerste rechter de overeenkomst verbroken verklaarde ten laste van eerste geïntimeerde en hem veroordeelde tot betaling van een bedrag van 262.913 fr. verhoogd met de tegen de wettelijke rentevoet berekende interest op 257.928 fr. sedert 12 april 1988;

Overwegende dat de eerste rechter ten onrechte de eis ongegrond verklaarde in zoverre gericht tegen tweede geïntimeerde op grond van het motief dat laatstgenoemde het exemplaar van de factuur bestemd voor N.V. Renault Krediet niet ondertekend had samen met de vermelding «voor akkoord», en dus niet voldaan was aan het vereiste van de in fine van het litigieuze contract bedongen voorwaarde opdat dit contract als geldig zou kunnen worden beschouwd;

Overwegende dat het feit dat het voor de N.V. Renault Krediet bestemde exemplaar van de factuur niet de handtekening draagt van tweede geïntimeerde met de vermelding «voor akkoord», niets afdoet aan de rechtsgeldigheid van de overeenkomst nu haar echtgenoot, eerste geïntimeerde, deze factuur wel ondertekende met gezegde vermelding;

dat de overeenkomst niet bepaalt dat beide echtgenoten de factuur dienen te ondertekenen opdat deze als geldig kan worden beschouwd;

Overwegende dat litigieuze aankoop te dezen past in het kader van de aanschaffingen welke als schulden ten behoeve van de huishouding worden beschouwd;

Overwegende dat het feit dat de echtgenoten, die op het tijdstip van de aankoop van het voertuig nog samenwoonden, beiden het contract en de akte van loonsafstand ondertekend hebben het klemmend vermoeden oplevert dat deze aankoop een gezinswagen betreft ten behoeve van de huishouding en de schuld derhalve in het belang van het huishouden werd aangegaan;

Overwegende het feit dat het voertuig in het kader van de later ingestelde echtscheidingsprocedure aan eerste geïntimeerde werd toegedeeld, niets wijzigt aan het hierboven vastgestelde huishoudelijk karakter van de aangegane schuld;

Overwegende dat de regel van de hoofdelijkheid van toepassing is op de huishoudelijke schulden die door de man of de vrouw zijn aangegaan;

Overwegende dat tweede geïntimeerde bezwaarlijk kan opwerpen dat het een buitensporige uitgave betreft nu blijkt dat zij uitdrukkelijk ingestemd heeft met de aankoop;

dat er overigens geen aanwijzingen zijn dat de gedane aankoop niet in verhouding zou staan met de bestaansmiddelen en de levensstandaard van het gezin;

Overwegende dat de eis van appellante gevolglijk insgelijks gegrond dient te worden verklaard ten opzichte van tweede geïntimeerde;

...

HOF VAN BEROEP TE GENT

17e KAMER – 21 JUNI 1994

Voorzitter: de h. Lievens

Advocaten: mrs. Aps en Desguin

Luchtvaart – Schade aan derden op het aardoppervlak – Verdrag van 7 oktober 1952 – Toepasselijkheid – Objectieve aansprakelijkheid

De bepalingen van het Verdrag van Rome van 7 oktober 1952 zijn toepasselijk op het Belgische grondgebied, ongeacht of de inschrijving van het luchtvaartuig in het buitenland of in België zelf is geschied.

Wanneer beweerde wordt dat door het luchtvaartuig schade aan derden op het aardoppervlak veroorzaakt is, heeft een onderzoek naar het bestaan van fout of schuld geen zin: de basisvraag is of er een oorzakelijk verband bestaat tussen de vlucht (waarvan de landing het laatste onderdeel is) en de schade (in casu de dood van een koe 23 uur na de landing van een luchtballon).

De G. t/ B. en B.V.B.A. G.

Naar aanleiding van de omstandigheid dat een negen maanden drachtige koe (eigendom van de appellant) op 24 september 1987 omstreekt 18 uur dood werd aangetroffen, nadat eerste geïntimeerde met een warme luchtballon (ei-

gendom van tweede geïntimeerde) op een naburige weide een landing had uitgevoerd op woensdag 23 september 1987, omstreeks 19.30 uur, heeft de eerste rechter – recht doende op een vordering bij exploit van dagvaarding van 1 en 2 juni 1988 ingeleid door appellant en strekkende tot opvordering van een schadevergoeding in hoofdsom bepaald op 65.000 frank – de vordering toelaatbaar verklaard, doch ontzegd als ongegrond bij gebrek aan bewijs van het oorzakelijk verband tussen de landing van de luchtballon en de dood van het dier.

...

Beoordeling

...

2. Het Verdrag van Rome van 7 oktober 1952 (Verdrag betreffende de schade door buitenlandse luchtvaartuigen aan derden op het aardoppervlak veroorzaakt), goedgekeurd door de wet van 14 juli 1966 (*B.S.*, 27 september 1966), is op dit schadegeval toepasselijk aangezien artikel 2 van de goedkeuringswet uitdrukkelijk bepaalt dat, zolang België partij is bij dit verdrag, de bepalingen ervan *op het Belgisch grondgebied* van toepassing zijn, *ongeacht* of de inschrijving van het luchtvaartuig in het buitenland of in België zelf is geschied.

3. Het Hof wijst erop dat, gelet op het primaat van het internationaal recht op het intern recht (cf. cassatiearrest «Le Ski» van 27 mei 1971, *Pas.*, 1971, I, 886, *R.W.*, 1971-72, 424), de bepalingen van intern recht die strijdig zijn met een internationaalrechtelijke verdragsnorm buiten toepassing blijven (zie ook J. Delva in *T.B.P.*, 204 tot 209).

Aangezien het Verdrag van Rome van 1952 zich duidelijk uitspreekt voor de *objectieve* aansprakelijkheid (cf. commentaar van A. Clerens in *R.W.*, 1958-59, 1380) – op basis van de aanvaarding van de theorie van het risico, corollarium van de vrijheid van het overvliegen van particulier bezit – volgt daaruit dat een onderzoek (zoals gedaan door de eerste rechter) naar het bestaan van fout of schuld geen enkele zin heeft: de *basisvraag* is of er een oorzakelijk verband bestaat tussen de vlucht (waarvan de landing het laatste onderdeel is) en de schade (in casu de dood van de koe, 23 uur na de landing); immers, het verdrag bepaalt in zijn artikel 1, eerste lid, punt 1, in fine «dat er geen aanleiding bestaat tot vergoeding indien de schade niet het rechtstreeks gevolg is van het feit dat de schade heeft veroorzaakt» (cursivering door het Hof).

4. Ten eerste staat vast dat de ballonvaarder B. de vlucht Donkmeer (Overmere-Donk) / Sint-Niklaas heeft uitgevoerd overeenkomstig de luchtvaartregels. Vervolgens blijkt uit de getuigenverklaringen in de strafinformatie dat niemand het geluid van de brander heeft gehoord, zodat de landing is geschied op de liquid burner (laag niveau geluidsbrander), en dat de ballon is blijven rechtop staan op de weide (kadastraal nr. 1044) waarop de landing geschiedde, waarna de ballon (met zeven mensen) werd opgeheven en neergezet op de weide nr. 1045.

Ten derde blijkt dat het naderingstraject niet gelegen was boven de weide nr. 937 (waar de volgende dag de drachtige koe dood werd aangetroffen) en dat, op het ogenblik van de landing, de afstand tussen de koe en het landingspunt ongeveer 160 meter bedroeg (op die afstand zijn er normaal geen schrikssymptomen bij de dieren).

Ten vierde wordt door de appellant niet tegengesproken dat de eerste geïntimeerde en zijn echtgenote, na het neerleggen van de ballon, met de appellant een inspectiegang

hebben uitgevoerd en dat de appellant geen enkele opmerking heeft gemaakt in verband met de twee koeien die rondliepen op de weide nr. 937.

Ten slotte moet beklemtoond worden dat van de drie rapporterende dierenartsen enkel dr. Joris Van O. (de dierenarts van de schadelijder) uitermate bondig attesteert «dat de koe een baarmoederscheur vertoonde (veroorzaakt door het opschrikken van de ballon), en dat dit de doodsoorzaak is», terwijl de twee andere verslagen – die ontegenzeggelijk meer wetenschappelijk zijn gestructureerd – het ontstaan van de baarmoederscheur voor de dood in twijfel trekken en concluderen tot een ontstentenis van bewijs van causaal verband tussen de landing (op 23 sept. 1987) en de dood van het dier (op 24 sept. 1987).

Conclusie: bevestiging van het eindbesluit van de eerste rechter.

HOF VAN BEROEP TE GENT

9e KAMER – 24 JUNI 1994

Voorzitter: de h. Mertens

Raadsheren: de hh. Brugmans en Thybergin

Advocaten: mrs. Dierckxsens en Chabert

Faillissement – Algemeen beslag – Gevolgen – Lastgeving

Daar het faillissementsbeslag en de daarbij aansluitende nietigheid «van rechtswege» van de door de gefailleerde na de faillietverklaring verrichte rechtshandelingen de openbare orde raken, prevaleren de artt. 444 e.v. Fw. boven de bepalingen van suppletief recht die de lastgeving regelen, en vermag een schuldeiser van de gefailleerde zich niet te beroepen op de artt. 2008 en 2009 B.W. om de onaanvechtbaarheid te funderen van een betaling op de dag van de faillietverklaring verricht door een bank waarvan de schuldeiser beweert dat zij handelde als lasthebber van de schuldenaar in de onwetendheid van enige oorzaak die de lastgeving deed eindigen.

C.V. Bank J. t/ N.V. Bank B.

De C.V. Bank J. stelde tijdig en geldig naar de vorm hoger beroep in tegen het vonnis, verleend op 15 februari 1991 door de tweede kamer van de Rechtbank van Koophandel van Dendermonde, afdeling Aalst.

Bij het bestreden vonnis werd de vordering van de N.V. Bank B. (thans geïntimeerde) gegrond verklaard en werd de appellante veroordeeld om aan de geïntimeerde te betalen de som van 211.820 fr., vermeerderd met de vergoedende interest vanaf 12 april 1983, onverminderd de gerechtelijke interest en de gedingkosten.

1. De gegevens van belang voor de beoordeling van deze zaak

De P.V.B.A. T. trok een wisselbrief, betaalbaar aan de C.V. Bank J., met vervaldag 12 april 1983, ten bedrage van 211.820 fr. op de P.V.B.A. Van H.

Voormelde wisselbrief werd verdisconteerd op 17 maart 1983 door de C.V. Bank J.

Op 12 april 1983 betaalde de bankier van de P.V.B.A. Van H., de N.V. Bank B., de wisselschuld ten bedrage van

211.820 fr., aan de C.V. Bank J., door debitering van de rekening die de betrokkene-acceptant bij haar aanhield (310.0196733.06).

In het faillissement van de P.V.B.A. Van H. deed de N.V. Bank B. daarop aangifte van schuldvordering, ten bedrage van de debetstand (gevormd o.m. door haar betaling van de wisselschuld aan de C.V. Bank J.) van voormelde rekening 310.0196733.06.

Nadat de N.V. Bank B., de geïntimeerde, vruchteloos terugbetaling had gevorderd van de P.V.B.A. T., liet zij de C.V. Bank J., dagvaarden bij exploit van 10 maart 1987, tot terugbetaling van 211.820 fr., vermeerderd met de «vergoedende» interest vanaf 12 april 1983.

Bij vonnis van 24 juni 1988, verleend door de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen, werd de zaak verwezen naar de eerste rechter, die – na vonnis alvorens recht te doen – ten gronde besliste bij de bestreden uitspraak, zoals boven bepaald.

2. Beoordeling

2.1. De appellante beweert in hoger beroep, mede in antwoord op de argumenten voor de geïntimeerde, dat:

- de N.V. Bank B. optrad als gemandateerde voor de P.V.B.A. Van H. toen zij aan de C.V. Bank J. de wisselschuld voldeed, het mandaat weliswaar een einde nam door het faillissement van de P.V.B.A. Van H., doch – overeenkomstig het gemene recht (art. 2008 B.W.) – hetgeen de lasthebber verricht, in onwetendheid over enige oorzaak die de lastgeving doet eindigen, geldig is, wat ook de reden moge zijn die de lastgeving doet eindigen;

- de geïntimeerde zich enkel kan richten tot haar lastgever, de geïntimeerde dit aanvankelijk deed, doch haar aangifte van schuldvordering – hoewel bevoorrecht – in het faillissement, niet resulteerde in enig dividend;

- de nietigheid van art. 444 Faillissementswet een relatieve nietigheid is (in het belang van de failliete boedel / de schuldeisers) die enkel ingeroepen kan worden door de curator, die ter zake de betaling aanvaardde als geldig, aangezien hij de schuldvordering (zoals aangegeven) aanvaardde;
- er geen sprake is van onverschuldigde betaling noch van vermogensverschuiving zonder oorzaak (enerzijds: de schuld bestond, terwijl geïntimeerdes mandant de werkelijke schuldenaar was; anderzijds: het mandaat was de oorzaak voor de betaling door de geïntimeerde).

2.2.1. Art. 444 Fw. heeft een algemene en absolute draagwijdte; de wet zegt letterlijk: «Alle betalingen, verrichtingen en handelingen door de gefailleerde gedaan, en alle betalingen aan de gefailleerde gedaan sedert dit vonnis (van faillietverklaring) zijn *van rechtswege* nietig.»

Alle betalingen (...) gedaan de dag zelve van de instaatvanfaillissementverklaring, zijn nietig, behoudens – althans volgens sommigen – indien het vonnis van faillissementsverklaring het uur waarop het werd gewezen, zou vermelden en het bewijs zou zijn geleverd dat de rechtshandeling is verricht voorafgaand aan het vermelde uur, wat niet wordt beweerd, laat staan bewezen is in dezen.

Het faillissement is een instelling die de openbare orde raakt; de buitenbezitstelling van de gefailleerde, voorzien in het art. 444 Fw., geschiedt van rechtswege, zonder dat ze dient te worden gedecreteerd of zonder enige publiciteit, uit kracht van het vonnis van faillietverklaring alleen.

Het vorgestelde doet niet af aan de vaststelling dat alle nietigheden (niet tegenwerpbaarheden), voorzien in de artt. 444 e.v. Fw., ingesteld zijn in het loutere voordeel van de massa.

2.2.2. Nu de buitenbezitstelling en de daarbij aansluitende nietigheid «van rechtswege» van de rechtshandelingen door de gefailleerde verricht na het faillissement, de openbare orde raken, primeren de artt. 444 e.v. Fw. derhalve de bepalingen van suppletief recht die het mandaat regelen (o.m. art. 2008 B.W.) en vermag de appellante zich niet te beroepen op de artt. 2008 en 2009 B.W. om de onaanvechtbaarheid van de rechtshandeling gesteld door de geïntimeerde, te funderen.

2.2.3. Afgezien het vorgestelde zijn de artt. 444 e.v. Fw. desalniettemin – als nietigheden, ingesteld ten bate van de massa der schuldeisers – :

- slechts in te roepen door de curator, enige die de (massa van de) schuldeisers (in rechte) kan vertegenwoordigen;

- niet verplicht in te roepen en de vordering tot nietigverklaring in te stellen; telkens als de curator vaststelt dat de massa geen belang heeft bij de nietigheid (niet tegenwerpbaarheid aan de massa) van de rechtshandeling, kan hij derhalve nalaten de niet tegenwerpbaarheid van de rechtshandeling, verricht na het faillissement, in te roepen.

2.2.4. Met de geïntimeerde kan de vraag gesteld worden of de bankier die daags van het faillissement – zonder kennis van het vonnis van faillietverklaring – een betaling uitvoert, geen onverschuldigde betaling uitvoert.

Immers, zoals boven gesteld, is noodzakelijk door het prevaleren van de buitenbezitstelling en haar gevolgen (na en door het faillissement), een einde gekomen aan het mandaat, derwijze dat de bankier die handelt buiten de lastgeving, zelf zou betalen met eigen fondsen, de rekening van de gefailleerde niet meer debiteerbaar zijnde na het faillissement; dit, onverminderd de omstandigheid dat de schuldeiser, na het faillissement van zijn schuldenaar, geen betaling van deze meer – in tegenstelling tot betaling van de schuld door een derde, die betaalt met eigen fondsen, ter ontlasting van de schuldenaar / gefailleerde – zou kunnen ontvangen, buiten de collectieve procedure van gelijke verdeling van het actief tussen alle schuldeisers.

Onverschuldigd betalen, houdt in dat:

- betaling wordt uitgevoerd waartoe men in rechte niet persoonlijk was gehouden,

- zonder de wil hierdoor de schuld van een derde te betalen.

2.2.5. Waar dit in hoofde van een bankier die bij de betaling meent te beschikken over de fondsen van zijn cliënt, het geval lijkt, rijst de vraag of dit evenzeer opgaat wanneer de bankier betaalt met eigen fondsen, in het kader en in uitvoering van een kredietverlening door hemzelf aan zijn cliënt; dit, onverkort eventuele bedingen het krediet regerend, vnl. de beëindiging van het krediet en de impact van het faillissement op de rechtsverhouding tussen bankier en kredietnemer.

2.2.6. Nu de debatten dienen te worden heropend, rijst (louter volledigheidshalve) de vraag of – zo de vordering grond mocht blijven – interest verschuldigd kan zijn, met ingang van 12 april 1983, de omvang van de restitutieplicht afhankelijk zijnde van de goede/kwade trouw (of anders van het ogenblik waarop de accipiens niet langer geacht kan worden als te goeder trouw zijnde, bv. vanaf het ogenblik dat

hem het onverschuldigd zijn van de betaling wordt tegengehouden).

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

7e KAMER – 15 SEPTEMBER 1994

Voorzitter-rapporteur: de h. Libert

Raadsheren: mevr. Transaux en de h. Liesens

Openbaar ministerie: de h. Liégeois

Advocaat: mr. Verbergt

Stedebouw – Dagvaarding – Overschrijving in het hypotheekkantoor

Als de dagvaarding voor de correctionele rechtbank op grond van art. 64 Stedebouwwet niet is overgeschreven in het hypotheekkantoor zoals voorgeschreven door art. 69 van vermelde wet, dan is de strafvordering niet ontvankelijk.

F.

Overwegende dat de hogere beroepen, regelmatig naar vorm en termijn, ontvankelijk zijn;

Overwegende dat de dagvaarding voor de correctionele rechtbank niet werd overgeschreven in het hypotheekkantoor zoals voorgeschreven door artikel 69 van de wet van 29 maart 1962 houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en van de stedebouw;

Overwegende dat de strafvordering derhalve niet ontvankelijk is;

...

NOOT – Over artikel 69 van de Stedebouwwet

1. Luidens artikel 69 van de Stedebouwwet wordt de dagvaarding voor de correctionele rechtbank op grond van art. 64 of het exploit tot inleiding van het geding voor de burgerlijke rechter op grond van art. 67, in het hypotheekkantoor van het gebied waar de goederen gelegen zijn, overgeschreven ten verzoeken van de gerechtsdeurwaarder die het exploit heeft opgemaakt.

2. Dit voorschrift is te beschouwen als een aanvulling van de Hypotheekwet en is bedoeld om te voorkomen dat de gegadigden onwetend zijn van het onwettig karakter van een verkaveling of van de bouw of herstelling van een gebouw waarvan ze eigenaar wensen te worden of waarop ze rechten wensen te verkrijgen (*Gedr.St., Senaat*, 1958-59, nr. 124, p. 83).

3. Zowel de strafvordering als de burgerlijke vordering betreffende de uitvoering van werken, het in stand houden ervan of het verkavelen van grondeigendom kan door de rechter, luidens artikel 3 van de Hypotheekwet, niet worden ontvangen dan nadat de dagvaarding of het exploit is ingeschreven op de kant der inschrijving van de titel van verkrijging van het onroerend goed.

4. De rechterlijke beslissingen betreffende deze vorderingen worden achter de inschrijving vermeld. Deze kantmeldingen blijven gelden gedurende de hele rechtspleging, met inbegrip van hoger beroep, verzet of cassatie (*Cass.*, 17 maart 1932, *Pas.*, 1932, I, 112).

Het verbod de strafvordering ontvankelijk te verklaren is van openbare orde en moet van ambtswege worden opgevoerd (*Cass.*, 13 maart 1884, *Pas.*, 1884, I, 82; *Vanden Borre, P., Commentaar op de wet betreffende de ruimtelijke ordening en de stedebouw*, p. 218).

5. Toch is de niet-ontvankelijkheid van de strafvordering eerder te beschouwen als een beletsel om de behandeling voort te zetten: zodra de vereiste inschrijving in het hypotheekkantoor is geschied, kan de zaak weer voortgang vinden, op voorwaarde dat de overschrijving vóór het sluiten van de debatten geschiedt (*Cass.*, 21 maart 1929, *Pas.*, 1929, I, 140). Het verzuim kan alsnog in hoger beroep worden hersteld.

De strafvordering is niet aangetast door nietigheid, ook de dagvaarding blijft, ondanks het verzuim van overschrijving, rechtsgeldig (*R. Peremans, Mededeling van documenten en inlichtingen door de openbare besturen en notarissen*, p. 159).

6. De gerechtsdeurwaarder die verwaarloosd heeft de dagvaarding of het exploit te laten overschrijven in het hypotheekkantoor, is gehouden tot vergoeding van alle schade geleden door derden die te goeder trouw het onroerend goed hebben aangekocht of rechten hebben verworven op dit goed, in de tijdspanne tussen de dagvaarding en de overschrijving.

Een soortgelijke burgerlijke aansprakelijkheid weegt, luidens art. 3 van de Hypotheekwet, op de griffiers die een uitgifte van rechterlijke beslissingen afgeven, voordat hun behoorlijk is bewezen dat de inschrijving in het hypotheekkantoor is gedaan.

A. Vandeplas

BURGERLIJKE RECHTBANK TE BRUSSEL

7e KAMER – 31 MEI 1994

Rechter: de h. Boon

Advocaten: mrs. Hofströssler loco Vastersavendts en Opdebeeck

Internationaal privaatrecht – Erfrecht – Nalatenschap – Huwelijksvermogensrecht – Huwelijksgemeenschap – Verreffening-verdeling – Internationale bevoegdheid van de Belgische rechter – Toepasselijk recht – Trust – Reserve – Inkorting – Aanstelling van buitenlandse notaris

Bij gebrek aan verdragsbepalingen moet de internationale bevoegdheid van de Belgische rechter worden beoordeeld volgens het interne recht.

Het huwelijksvermogensstelsel van echtgenoten zonder huwelijkscontract is onderworpen aan de wet van de staat van de gemeenschappelijke nationaliteit, ook al verkreeg een van de echtgenoten deze nationaliteit door het huwelijk.

De lex successionis bepaalt de mogelijkheid tot testamentaire vererving.

Het testament waarbij een trust wordt ingesteld, is geldig. De reservataire erfgenaam kan de vordering tot inkorting instellen.

Een Belgische rechtbank is onbevoegd om een buitenlandse notaris in een procedure van verreffening-verdeling aan te stellen, maar kan een Belgisch notaris machtigen zich door een buitenlandse notaris te laten bijstaan.

Van C. t/ W., P. en G.T.C.

De vordering strekt ertoe:

1) Verweerders het testament gedictieerd door wijlen mevrouw H. voor mr. C., notaris te Monaco, van 9 april 1980, nietig te horen verklaren in de mate waarin voorzien werd in de aanstelling van tweede en derde verweerster als testamentuitvoerders-fideicommissaires;

2) Tweede en derde verweerster zich te horen veroordelen terug te brengen in de massa van de gemeenschap en nalatenschap elke som, elk bedrag en elk voorwerp dat zij van de gezegde gemeenschap en nalatenschap in bezit hebben genomen;

3) De vereffening en verdeling te horen bevelen van de gemeenschap die heeft bestaan tussen de echtgenoten Van C.-H., van de nalatenschap van de heer Van C., alsmede van de nalatenschap van mevrouw H.;

4) Te horen zeggen voor recht dat er in ieder geval aanleiding is tot inkorting wat betreft de testamentaire beschikkingen ten voordele van de verweerders;

5) Als notaris te horen aanstellen mr. Van A., met standplaats te H., teneinde over te gaan tot de bewerkingen van vereffening, inventaris, rekening en verdeling; een notaris te horen aanstellen met standplaats te Monaco, teneinde aldaar over te gaan tot het opstellen van een inventaris alsmede tot de verkoop van de roerende en onroerende goederen welke zich te Monaco bevinden; een tweede notaris te horen aanstellen in het arrondissement Brussel, alsmede een tweede notaris met standplaats te Monaco, teneinde de afwezige en weigerachtige partijen te vertegenwoordigen en voor hen en in hun naam alle akten, processen-verbaal en stukken te tekenen nodig of nuttig om tot gezegde vereffening en verdeling te komen;

De feiten

1. De moeder van eiseres, wijlen mevrouw H., werd geboren te Quetta (Pakistan) op 12 juni 1920 en overleed te Monaco op 18 maart 1990. In eerste echt huwde zij te Bedford (Engeland) op 27 januari 1943 met de heer Van C., van Belgische nationaliteit, zonder dat vooraf een huwelijkscontract werd opgemaakt. Eiseres werd uit dit eerste huwelijk geboren op 24 mei 1944 te Engeland, district Hitchin, graafschap Hertford. Het gezin Van C.-H. woonde van 1946 tot 1954 in België, waarna het zich vestigde te Monaco. Vader Van C. was kanselier op het Belgisch consulaat te Monaco. Hij behoorde er ook de «Royal Cinema».

2. Vader Van C. overleed op 1 juli 1956 te Nice aan de gevolgen van een verkeersongeval. Hij liet een eigenhandig testament na, gedateerd 27 april 1943, waarin hij hoofdzakelijk zijn echtgenote aanwees als erfgename. Eiseres zou meer dan een jaar later ter wereld komen. Zij was 12 jaar oud toen haar vader stierf.

3. Wijlen mevrouw H. was in tweede echt gehuwd met de heer B. onder het stelsel van de zuivere scheiding van goederen ingevolge een huwelijkscontract verleden voor notaris S. te Monaco op 3 oktober 1960. Eiseres was toen 16 jaar oud. Uit dit huwelijk werden geen kinderen geboren.

4. Na ontbinding van dit tweede huwelijk huwde wijlen mevrouw H. op 21 juni 1978 met de heer W., eerste verweerder, van Britse nationaliteit, te Engeland in het district Canterbury zonder huwelijkscontract. Uit dit huwelijk werden geen kinderen geboren.

5. Wijlen mevrouw H. liet een authentiek testament na, ontvangen door mr. C., notaris te Monaco, op 9 april 1980. De inhoud van dit testament kan worden samengevat als volgt:

- de testatrice verklaart van Britse nationaliteit te zijn en onderwerpt uitdrukkelijk de interpretatie van haar laatste wilsbeschikking aan de Engelse wet «zoals dit toegelaten wordt door de wet nr. 214 van Monaco betreffende de oprichting van een trust (fideicommissis)» en dit «niettegenstaande dat zij in Monaco woonachtig is»;

- zij wijst tweede en derde verweerster aan als testamentuitvoerders en fideicommissaires van het testament;

- zij wijst haar echtgenoot, eerste verweerder, aan als haar bijzondere legataris met betrekking tot «haar» aandelen in de S.C.I. en in de S.C.I. B. met betrekking tot de meubelen en de huisraad van het appartement en met betrekking tot haar sieraden en andere persoonlijke voorwerpen;

- de overige bestanddelen van haar vermogen laat zij na aan de fideicommissaires, die deze goederen te gelde kunnen maken teneinde twee gelijke delen te vormen, waarvan het eerste toekomt aan eerste verweerder en het tweede aan de fideicommissaires die instaan voor het beheer van dit kapitaal onder verbintenis de vruchten van dit kapitaal uit te betalen aan eerste verweerder zolang hij leeft, en bij diens overlijden, dit kapitaal over te maken aan de Royal Air Forces Association Convalescent Home te Sussex;

- met betrekking tot de door haar ingestelde trust beroept de testatrice zich uitdrukkelijk op de Monegaskische wet nr. 214.

Met betrekking tot de internationale bevoegdheid van de Belgische rechter

9. Verweerders betwisten dat België als «forum» internationaal bevoegd zou zijn om zijn rechters te dezen te laten optreden.

10. Bij gebrek aan enige toepasselijke verdragsbepaling in casu dient de internationale bevoegdheid van de Belgische rechter te worden beoordeeld volgens het interne gemene recht (artikelen 15 van het Burgerlijk Wetboek en 635 tot 638 van het Gerechtelijk Wetboek). De essentie van de betwisting betreft zonder twijfel de vereffening en verdeling van de nalatenschappen van wijlen mevrouw H. en de heer Van C., ook al gaat, logisch gezien, de vereffening en verdeling van de huwelijksgemeenschap Van C.-H., en ook die van W.-H., hieraan vooraf.

Luidens artikel 634, 4°, van het Gerechtelijk Wetboek is de Belgische rechter bevoegd kennis te nemen van betwistingen omtrent internationale nalatenschappen «indien de rechtsvordering betrekking heeft op een *in België opgevallen erfenis*» (dit is het «forum hereditatis»-beginsel). Krachtens artikel 635, 1°, van het Gerechtelijk Wetboek is de Belgische rechter eveneens bevoegd om de gedeeltelijke verdeling te bevelen van de Belgische onroerende erfgoederen die behoren tot een *in het buitenland opgevallen nalatenschap* (Cass., 31 oktober 1968, *Pas.*, 1969, I, 227 – cf. de villa te Dworp aangekocht en volledig verworven door wijlen mevrouw H. vóór haar huwelijk met eerste verweerder). De internationale bevoegdheid (de rechtsmacht) van de rechtbank en haar begrenzing wordt dus bepaald door de plaats waar de nalatenschap is opgevallen.

11. Naar Belgisch recht bepaalt de woonplaats de plaats waar de erfenis opvalt (artikel 110 van het Burgerlijk Wet-

boek). Er bestaat in casu geen betwisting over het feit dat het begrip «woonplaats» opgevat moet worden in de zin van artikel 102 van het Burgerlijk Wetboek, namelijk daar waar een persoon zijn hoofdverblijf heeft (artikel 102 van het Burgerlijk Wetboek). De vraag waar wijlen mevrouw H. haar hoofdverblijf had, is een loutere feitenkwestie (Cass., 4 juli 1881, *Pas.*, 1881, I, 399).

12. Eiseres betoogt dat wijlen haar moeder haar hoofdverblijf had in België, meer bepaald te 1653 Dworp. Zij steunt hiertoe op de volgende feitelijke elementen:

- bewijs telefoonverkeer vanuit vermelde woning over de jaren 1979 tot 15 maart 1990 (opmerking: overlijden: 18 maart 1991);
- bewijs elektriciteitsverbruik en T.V.-distributie via de kabel over de jaren '86 tot en met '90: facturen geadresseerd aan «Mevrouw H.»;
- de verklaringen van de genaamden S. en C.

Volgens deze «bekenden» van de overledene verbleef deze «het grootste deel van het jaar» te Beersel, Dworp, en in de akte werd concreet aangegeven op grond van welke precieze waarnemingen de overtuiging van de «bekenden» gebaseerd is.

De bovenstaande gegevens worden als dusdanig niet betwist door verweerders.

13. Verweerders van hun kant laten gelden dat de overledene zich sedert juli 1954 definitief «gevestigd» had te Monaco, waar het «centrum van haar belangen» gelegen was. Zij onderschragen hun stelling met de volgende gegevens:

- de overledene verbleef officieel te Monaco (bevolkingsregister);
- zij bezat een Monegaskisch rijbewijs;
- meerdere administratieve of quasi-administratieve documenten verwezen naar haar adres te Monaco;
- verklaring van de heer P. van 21 januari 1991, die bevestigt dat wijlen mevrouw H., na het overlijden van haar eerste echtgenoot, de leiding overnam van de «Royal Cinema»;
- de overledene was in België slechts onderworpen aan de belasting der niet-verblijfhouders.

De bovenstaande gegevens worden als dusdanig niet betwist door eiseres.

14. Op grond van de overgelegde stukken bestaat er geen twijfel over dat wijlen mevrouw H. tot aan haar dood gedeeltelijk verbleef te Monaco en gedeeltelijk te Dworp. De administratieve stukken, overgelegd door verweerders, doen het voorkomen alsof de overledene hoofdzakelijk verbleef te Monaco. Voor de beoordeling van de woonplaats in de zin van artikel 102 van het Burgerlijk Wetboek dient echter de voorkeur te worden gegeven aan bewijsstukken met betrekking tot het verbruik door de overledene in de woning te Dworp, omdat deze stukken de reële aanwezigheid aantonen, en aan «persoonlijke» getuigenissen zoals die overgelegd door eiseres. Het is bewezen dat wijlen mevrouw H. hoofdzakelijk verbleef in België, zodoende dat de Belgische rechter internationaal bevoegd is om kennis te nemen van de rechtsvordering betreffende haar nalatenschap.

15. In beginsel wordt het procesrecht beheerst door de *lex fori*. De vordering betreffende de nalatenschap van wijlen de heer Van C., is onbetwistbaar samenhangend met de vordering betreffende de nalatenschap van wijlen mevrouw H., net zoals overigens de vordering tot vereffening en verdeling van de huwelijksgemeenschap Van C.-H. Met toepassing van artikel 635, 6°, van het Gerechtelijk Wetboek is de Belgische

rechter eveneens internationaal bevoegd om kennis te nemen van beide voornoemde samenhangende vorderingen.

Met betrekking tot het ten gronde toepasselijke recht Het huwelijksvermogen Van C.-H.

16. Met het oog op de aanwijzing van het recht dat het wettelijk stelsel organiseert voor echtgenoten gehuwd zonder contract, zoals de echtgenoten Van C.-H., geldt een objectieve aanknopingspunt. Het huwelijksvermogensstelsel van echtgenoten die zonder contract huwen, is zo nauw met het huwelijk en zijn gevolgen verbonden dat dit stelsel de staat van de personen betreft en in beginsel aan de wet van de Staat van de gemeenschappelijke nationaliteit is onderworpen.

17. Te dezen verkreeg mevrouw H. ten gevolge van haar huwelijk met de heer Van C. de Belgische nationaliteit, wat als dusdanig niet wordt betwist door verweerders, ook al blijkt mevrouw H. de Britse nationaliteit, die zij had ingevolge afstamming, niet te hebben verloren door dit huwelijk, wat dan weer als dusdanig niet wordt betwist door eiseres (wat de verwerving van de Belgische nationaliteit betreft: artikel 4 K.B. van 14 december 1932, nu afgeschaft door de wet van 28 juni 1984).

18. Het gemeenschappelijke personele recht van de echtgenoten, als aanknopingsfactor voor de toepasselijke wet op het huwelijksvermogensstelsel dient te worden beoordeeld onmiddellijk na de huwelijksluiting (cf. Cass., 10 april 1980, *Pas.*, 1980, I, 968, *R.W.*, 1980-81, 918; Lenaerts Koen, «De vereffening-verdeling van de huwelijksgemeenschap in het I.P.R.», in *Vereffening-verdeling van het huwelijksvermogen*, red. Pintens W., Maklu Uitgevers, 1993, blz. 217-218, 344).

De huwelijksgemeenschap Van C.-H. is onderworpen aan de Belgische wet.

De nalatenschappen Van C. en H.

19. Uit de gegevens waarop de rechtbank vermag acht te slaan, blijkt niet dat de nalatenschap van de vader van eiseres onroerende bestanddelen bevat. Vermoedelijk bestond diens nalatenschap wel uit aandelen van de «Royal Cinema».

Overeenkomstig het Belgische recht worden roerende goederen vererfd volgens de wet van de laatste woonplaats van de erflater (Van Hecke G. en Lenaerts K., *Internationaal privaatrecht*, Brussel, Story-scientia, 1989, p. 280, 593). De heer Van C. overleed op 1 juli 1956 te Nice, maar er schijnt geen betwisting over te bestaan dat hij te Monaco woonde. Een eventueel probleem hieromtrent is irrelevant omdat volgens de Monegaskische wet de roerende nalatenschap tot het personeel statuut behoort en samen met dit statuut wordt aangeknoopt aan de nationale wet van de erflater (Verwilghen M., «De wetten toepasselijk inzake internationale nalatenschappen», in *Ik erf in het buitenland*, Brussel, 1984, blz. 30, voetnoten 14 en 15). De heer Van C. was onbetwistbaar van Belgische nationaliteit. De *lex successionis* met betrekking tot de roerende goederen van de nalatenschap van de vader is de Belgische wet.

20. De nalatenschap van mevrouw H. zou bestaan uit roerende en onroerende goederen. Deze nalatenschap kan slechts precies worden bepaald na de vereffening-verdeling van de huwelijksgemeenschap W.-H. Deze lijkt onderworpen te zijn aan het Engelse recht (cf. *supra*, nrs. 4 en 16). Voortgaande op de conclusies voor verweerders heeft er

nooit een huwelijksgemeenschap W.-H. bestaan naar Engels recht, maar gold de zuivere scheiding van goederen.

21. Naar Belgisch recht worden de onroerende goederen vererfd volgens de wet van hun ligging (*lex rei sitae*). De roerende goederen daarentegen worden vererfd volgens de wet van de laatste woonplaats van de erflater (*lex domicilii*). Deze verwijzingsregels gelden ook voor het Verenigd Koninkrijk (Verwilghen M., a.w., blz. 29-30, voetnoot 12).

(Opmerking: in Monaco wordt de onroerende nalatenschap onderworpen aan de *lex rei sitae* en de roerende aan de nationale wet van de erflater – cf. *supra* nr. 19).

22. Op grond van de overwegingen hierboven sub 14 komt de rechtbank aldus tot de vaststelling dat de *lex successio*nis, zowel voor de roerende als voor de onroerende goederen van de nalatenschap H. de Belgische wet is. Terloops zij hier opgemerkt dat een testator de toepasselijke erfwet niet kan aanduiden. Deze vloeit eenvoudig voort uit de verwijzingsregel inzake erfrecht (Van Hecke G. en Lenaerts K., a.w., blz. 290, nr. 616).

23. De mogelijkheid tot testamentaire vererving, wordt bepaald door de *lex successio*nis (beschikbaar deel, reserve, inbreng, inkorting).

Met betrekking tot de nietigheid van het testament van 9 april 1980

24. Eiseres vordert de nietigverklaring van het testament van 9 april 1980 omdat niet voldaan zou zijn aan de voorwaarde door artikel 1 van de Monegaskische wet nr. 214 gesteld, nl. dat het instellen van een trust op Monegaskisch grondgebied mogelijk is indien het personeel statuut van de stichter dit toelaat. Volgens eiseres kon haar moeder, als Belgische, geen trust instellen naar Engels recht omdat zij hierdoor onterfd wordt, hetgeen strijdig is met de interne en internationale Belgische openbare orde.

25. In het raam van de problematiek aan de orde in de onderhavige zaak behoort te worden gestreefd naar een evenwicht tussen de naleving van de *lex successio*nis, enerzijds (in casu de erfrechten van eiseres), en de eerbiediging van de «personaliteit» en de laatste wil van de testator, anderzijds. Het is te verstrekken om de (volledige) nietigheid van het testament te laten afhangen van de keuze tussen beide nationaliteiten van de testator. Eiseres werd geboren uit een huwelijk tussen een Belgische vader en een door het huwelijk Belgisch geworden moeder en heeft recht op eerbiediging van de *lex successio*nis. Anderzijds heeft mevrouw H., zich beroepend op haar Britse nationaliteit, eraan gehecht haar laatste wil uit te drukken met toepassing van de Monegaskische wet nr. 214. In dit conflict van regels, verlangens en belangen dient te worden geopteerd voor de minst drastische oplossing, voor een maximaal respect van ieder conflictselement. Het testament van 9 april 1980 kan geen uitwerking kennen in de mate waarin de reservataire rechten van eiseres, voortspruitende uit de *lex successio*nis (artikel 913 van het Belgisch Burgerlijk Wetboek) werden geschonden. Als reservataire erfgenaam kan eiseres de inkorting vragen van de trust tot het beschikbare gedeelte (Van Hecke G. en Lenaerts K., a.w., blz. 295, nr. 627). Onder verwijzing naar hetgeen hierboven werd uiteengezet sub 22 dient de nalatenschap van mevrouw H. als een geheel te worden beschouwd omdat de *lex successio*nis en de *lex rei sitae* in casu samenvallen.

26. Volledigheidshalve stelt de rechtbank vast dat verweerders niet betwisten dat de Monegaskische erfwet dezelfde wettelijke reserve kent als in België: indien er één kind tot de nalatenschap komt, bedraagt de reserve de helft.

Met betrekking tot de aanstelling van een notaris te Monaco

27. Eiseres vordert de aanstelling van een notaris «met standplaats te Monaco». De Belgische rechter heeft hiertoe echter niet de macht (vgl. noot Watté M., onder Rb. Brussel, 15 mei 1974, *R.Not.B.*, 1976, 203 e.v.). De rechtbank kan de Belgische notaris machtigen zich te laten bijstaan door een notaris van zijn keuze voor een in het buitenland gelegen goed.

...

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE LEUVEN

2e KAMER – 28 JUNI 1994

Voorzitter: de h. Berge

Advocaten: mrs. Walravens en Beele

Vervoer – Reglementering – Goederenvervoer over de weg – Vergunning – Borgtocht – Reikwijdte

De levering van brandstof voor vrachtwagens die gebruikt worden bij de uitoefening van werkzaamheden waarvoor een vervoerbewijs of transportvergunning uitgereikt is, geeft geen aanleiding tot een schuldvordering die het mogelijk maakt een beroep te doen op de wettelijke borg bedoeld in art. 21 van het K.B. van 18 maart 1991.

B.V. M. t/ C.V. C.

Verweerster heeft aan de B.V.B.A. F. met zetel te Brugge, welke vennootschap in staat van faillissement is verklaard bij vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Brugge op 7 april 1992, in het kader van een gezamenlijke kredietopening een hoofdelijke borgstelling verleend met toepassing van het K.B. van 5 september 1978 als gewijzigd bij K.B. van 11 september 1987 en 18 maart 1991 tot vaststelling van de voorwaarden inzake de toegang tot het verkrijgen van een vergunning voor nationaal en internationaal goederenvervoer over de weg.

De hoofdelijke borgstelling bedraagt volgens de bevestigingsbrief van verweerster aan het Ministerie van Verkeerswezen van 14 juni 1990 1.250.000 fr.

Eiseres heeft aan de B.V.B.A. F. brandstoffen geleverd. Op 19 november 1991 heeft zij aan verweerster aangekondigd tegen de B.V.B.A. F. vonnis te zullen nemen voor schulden inzake die leveringen. Op 24 april 1992 heeft eiseres ingevolge een definitief geworden vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Brussel van 3 januari 1992 aan eiseres betaling gevraagd van 767.994 fr. als hoofdsom en 66.857 fr. als procedurekosten en gerechtelijke interesten.

In de dagvaarding vraagt eiseres dat verweerster wordt veroordeeld tot het betalen van 734.851 fr. als hoofdsom, bedrag te vermeerderen met de gerechtelijke interesten en de kosten van de procedure, daarin begrepen de rechtsplegingsvergoeding.

Bespreking

1. Na – correct – te hebben vastgesteld dat de vordering van eiseres moet voldoen aan wat is bepaald in art. 21 van het K.B. van 18 maart 1991, zegt verweerster primair dat de wettelijke borgtocht die zij verstrekt, alleen een waarborg kan zijn voor schulden die zijn ontstaan uit een concreet vervoerscontract.

Verweerster argumenteert derhalve over een grondvoorwaarde voor een aanspraak op de borg.

Er zijn geen discussies over de verbintenissen die verweerster als borg heeft aangegaan. De borgstelling zelf is conform de genoemde wettelijke bepalingen geldig voor een bedrag van 1.250.000 fr.

2. M.b.t. de genoemde grondvoorwaarde rijst dan de vraag of de levering van brandstof voor vrachtwagens die gebruikt worden bij de uitoefening van werkzaamheden waarvoor een vervoersbewijs of transportvergunning is afgeleverd, aanleiding kan geven tot een schuldvordering die toestaat een beroep te doen op de wettelijke borg.

Het kan zonder meer worden vastgesteld dat de schulden wegens leveringen van brandstof geen oorzaak vinden in het sluiten van een vervoersovereenkomst *stricto sensu*. Dergelijke vervoersovereenkomsten worden gesloten tussen een opdrachtgever en een vervoerder m.b.t. het vervoer van concrete goederen.

Met dezelfde evidentie kan echter ook worden vastgesteld dat het beschikken over brandstof een *conditio sine qua non* is om met een vergund voertuig een vervoersactiviteit te kunnen uitoefenen.

De relevante vraag kan dan preciezer worden geformuleerd als volgt: waarborgt de wettelijke borgtocht ook de schulden uit levering van noodzakelijke goederen, zonder welke geen vervoersovereenkomst kan worden uitgevoerd.

3. Het antwoord is bij de lezing van art. 21 K.B. van 18 maart 1991 niet geheel duidelijk. Deze tekst laat inderdaad een ruime en een enge interpretatie toe.

In zoverre art. 21 K.B. van 18 maart 1991 bepaalt dat onder de borgtocht valt «een schuld van de onderneming voor zover die voortspuit uit de uitoefening van het beroep van ondernemer van goederenvervoer over de weg en voor zover de uitgeoefende werkzaamheden (lees: vergund zijn)» is er niet direct een tekstargument om zich te verzetten tegen een ruime interpretatie, wat betekent dat de borgtocht zich ook zou uitstrekken tot de schulden die de noodzakelijke voorwaarde zijn voor de uitoefening van de in het art. 21 bepaalde activiteit.

Het standpunt van verweerster dat er een tekstargument moet worden gevonden in art. 22, § 1, 2°, K.B. van 18 maart 1991, waarin staat dat ook de minister op de borgtocht een aanspraak kan maken voor achterstallige retributies, is niet ter zake omdat deze tekst betrekking heeft op de vormvereisten en niet op het grondvereiste van de aanspraak.

4. Verweerster verzet zich tegen een ruime interpretatie van de draagwijdte van de borgtocht op grond van art. 2015 B.W., dat bepaalt dat de borgtocht niet wordt vermoed en uitdrukkelijk moet zijn aangegaan, en verder op art. 1162 B.W., dat in geval van twijfel over de draagwijdte van de overeenkomst als interpretatiereguleering meegeeft dat er uitlegging moet zijn ten voordele van diegene die zich verbonden heeft.

Deze twee bepalingen geven inderdaad een richtlijn bij de discussie over de omvang van de borgtocht doch lossen het probleem van de twijfel zelf niet op bij afwezigheid van argu-

menten intrinsiek aan de wettelijke bepalingen of hun context.

5. Argumenten voor een ruime resp. enge interpretatie van de draagwijdte van de borgtocht kunnen ongetwijfeld gevonden worden in de bronnen van het toepasselijke K.B. van 18 maart 1991 dat, zoals gezegd, een wijziging is van het K.B. van 11 september 1987, dat op zijn beurt het K.B. van 5 september 1978 wijzigd.

Tot deze richtlijnen behoren in elk geval ook de E.U.-richtlijnen nr. 74/561 van 12 november 1974, nr. 80/178 van 4 december, nr. 85/578 van 2 december 1985 en nr. 89/438 van 21 juni 1989.

In dit verband is het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap van 16 november 1993 in de zaken C-20/93 en C-21/93 relevant. Dit arrest werd, zoals bekend, gewezen op grond van een prejudiciële vraag van de Rechtbank van Koophandel te Brussel van 11 januari 1993 die werd gesteld in een zaak over een vordering die analoog is met die welke voorligt.

Het arrest bepaalt dat de richtlijn nr. 74/561 van 12 november 1974 in de versie die van toepassing was tot 31 december 1989 zo moet worden begrepen dat ze niet de schuldverordeningen omschrijft die worden gewaarborgd door de borgtocht die de nationale staten aan de vervoerders van goederen over de weg opleggen te verstrekken.

6. Op zichzelf genomen geeft de prejudiciële beslissing geen directe aanwijzing voor een ruime of enge interpretatie van de nationale wetgeving, die, zoals bekend, door de nationale rechter moet worden gedaan.

Anderzijds laat het arrest, en bij uitstek het advies van advocaat-generaal W. Van Gerven, geen twijfel bestaan over het algemeen aanvaarde principe dat de nationale wetgeving richtlijnconform moet worden geïnterpreteerd.

Dit is logischerwijze het geval indien, zoals in concreto m.b.t. de in deze zaak relevante wetgeving, richtlijnen mede aan de basis van de nationale wetgeving liggen.

Uit de lezing van het arrest en het advies blijkt dan verder dat, hoewel de schuldverordeningen die door de waarborg van de vervoerder van goederen over de weg worden gedekt niet zijn opgesomd, het niet de bedoeling was om elke schuldverordering onder die waarborg te brengen, m.n. niet de schuldverordeningen van de toeleveranciers, die niet dezelfde belangen hebben als de verbruiker van het goederenvervoer en de economie in het geheel zoals deze wordt ondersteund door de distributiesector. Het lijkt inderdaad niet de bedoeling te zijn geweest van de gemeenschapswetgeving om een bijzondere bescherming te verlenen aan de professionele medecontractant van de vervoerder.

Deze medecontractanten-leveranciers hebben inderdaad hun eigen economische omgeving waarin zij kunnen handelen tegenover hun debiteuren zoals het hoort, zonder dat er tussen deze debiteuren t.o.v. hen een onderscheid moet worden gemaakt al naargelang de activiteit of het statuut van deze debiteuren.

In concreto lijkt het inderdaad niet logisch te zijn dat eiseres bij levering van brandstof aan een vervoerder van goederen over de weg die over de nodige vergunningen beschikt, over bijzondere waarborgen zou beschikken, terwijl zij bij levering van brandstof aan anderen daar niet over zou beschikken.

Een richtlijnconforme interpretatie leidt derhalve niet tot een ruime opvatting van het begrip «schulden van de onder-

neming» zoals omschreven in art. 21 K.B. van 18 maart 1991, minstens niet tot een interpretatie die de schulden t.a.v. de gewone commerciële toeleveranciers omvat, zelfs al gaat het over de toelevering van goederen of diensten zonder welke materialiter geen vervoersovereenkomsten kunnen worden uitgevoerd.

Deze interpretatie is inderdaad strijdig met het standpunt dat door de Belgische regering werd ingenomen in de procedure voor het Hof van Justitie en dat overeenkomst met het antwoord dat de minister van Verkeerswezen gaf op parlementaire vragen van 16 augustus 1990 en 8 juli 1991 (Bulletin van vragen en antwoorden, Kamer, 1990-1991, 10.557-10.558 en 14.761-14.762). Een dergelijk standpunt kan een bron van interpretatie zijn, doch alleen op niet bindende wijze.

Uit wat gezegd is volgt dat de schuldvorderingen van eiseres inzake de levering van brandstof aan de B.V.B.A. F. niet voldoen aan de grondvoorwaarde van art. 21 K.B. van 18 maart 1991 en dusdanig niet beschouwd worden als schulden van de onderneming zoals het verder in het genoemde artikel is bepaald.

VREDEGERECHT TE ROESELARE

29 MAART 1994

Rechter: de h. Nolf

Advocaat: mr. Van Tomme

Voorlopig bewind – Wraking van de geneesheer die het medisch attest heeft opgesteld

Wanneer de geneesheer die het medisch attest heeft opgesteld, slechts verbonden is aan het O.C.M.W.-ziekenhuis en niet aan het eveneens door het O.C.M.W. beheerde rusthuis waar de persoon omtrent wie de beschermingsmaatregel gevraagd wordt, verblijft, dient dat attest niet geweerd te worden.

D. t/ D.

1. Verzoekster legde ons een medisch attest voor van de hand van dr. M. dat minder dan 16 dagen oud was op het ogenblik van de aanbidding van het inleidend verzoekschrift, en dat niet van de hand is van een geneesheer die een bloed- of aanverwant van de te beschermen persoon of verzoekende partij betreft, inhoudende:

«Ondergetekende verklaart hierbij op heden onderzocht te hebben, de heer D. (...) wonende «Ten Hove», te Roeselare.

Op het ogenblik van het onderzoek maakte betrokkene een zeer verwarde indruk. Hij was gedesorienteerd, waarbij hij niet wist waar hij was, terwijl hij, noch huidig jaar, noch maand, noch datum kende. Er waren sterke stoornissen in de registratie, waarbij hij drie woorden na mekaar niet kon herhalen. Er waren uitgesproken aandachtstoornissen, waarbij hij o.a. eenvoudige rekensommen niet kon maken. Er waren sterke geheugenstoornissen. De taalfunctie was gestoord.

Een specifiek onderzoek werd afgenomen voor het bepalen van de kennende functies (Mini Mental State Examination). Hij behaalt een quotering van 7 punten op 30, wat wijst

op een ernstige psycho-organische stoornis in de zin van een dementia.

Uit dit onderzoek kunnen wij besluiten dat de persoon onbekwaam is om zijn goederen te beheren. Deze toestand zal blijvend zijn.»

2. Wij hebben de verzoekende partij evenals D. gehoord ter gelegenheid van ons bezoek op 10 maart 1994.

Bij die gelegenheid hebben wij vastgesteld dat betrokkene:

- slechts zéér moeilijk en uiterst beperkt kan communiceren;

- hij wel weet dat hij drie kinderen heeft, en zich hun namen herinnert, doch de overlijdensdatum van wijlen zijn echtgenote niet kan situeren (17 januari 1994);

- de tijdspanne van zijn verblijf in de huidige instelling (twee jaar) niet kan ramen, en overigens ook geen elementair cijferwerk aankan.

3. Bij gerechtsbrief van 11 maart 1994 werden de overige twee broers van verzoekster opgeroepen, en samen met verzoekster, bijgestaan door haar raadsman, hebben wij allen gehoord in raadkamer op 24 maart 1994.

Bij die gelegenheid bleek dat (de broers) bezwaar maakten tegen de tussenkomst van dr. M., nu deze verbonden zou zijn aan het O.C.M.W. te Roeselare, dat ook het rusthuis «Ten Hove» beheert.

Voor het overige echter aanvaardden zij uitdrukkelijk de minstens gedeeltelijke onbekwaamheid van hun vader, om zijn goederen te beheren, en verzochten zij ons af te zien van de mogelijke overweging een medisch deskundige aan te stellen.

4. Wat de toelaatbaarheid van het verzoek betreft, zij gesteld dat dr. M., die het aan het verzoekschrift begeleidend attest afleverde, enkel verbonden is aan het O.C.M.W.-Ziekenhuis te Roeselare, en niet aan het (eveneens) door het O.C.M.W. beheerde rusthuis waar de persoon, omtrent wie de beschermingsmaatregel nagestreefd wordt, verblijft.

In de schoot van het O.C.M.W. Roeselare, is een afzonderlijk comité ingesteld voor het voormelde ziekenhuis enerzijds, en voor de rustoorden anderzijds.

Het ziekenhuis, en de rusthuizen, beschikken ook over volledig onderscheiden directies, en zijn op een ander adres gevestigd.

Voornoemde dokter is in ieder geval aan de instelling van bedoeld rusthuis als dusdanig níet verbonden, en de enkele omstandigheid dat het ziekenhuis waaraan hij wél vast verbonden is, met de hierboven geschetste organisatorische modaliteiten, ook door het zelfde O.C.W.M. beheerd wordt, is niet van dien aard dat deze dokter ook «op enigerlei wijze» aan het rusthuis verbonden geacht kan worden.

De ratio legis van voormelde bepaling, beoogt de onafhankelijkheid van de aangesproken geneesheer, bij het vervullen van zijn medische opdracht, en de zo groot mogelijke bescherming van het recht van verdediging, evenals de totale afwezigheid van elke mogelijkheid tot, of zelfs maar schijn van enige partijdigheid, van welke doelstelling die principes vastgelegd zijn in art. 6 E.V.R.M.

Wij kunnen slechts vaststellen dat de attesterende geneesheer te dezen niet verbonden is aan de instelling alwaar de persoon omtrent wie de beschermingsmaatregelen nagestreefd worden, verpleegd wordt, zodat bij hem geen beperking van zijn beoordelingsvrijheid zelfs maar vermoed kan

worden bij de uitvoering van zijn huidige besproken medische tussenkomst.

Het verzoek kwam aldus toelaatbaar voor.

Ten gronde blijkt, ook uit onze eigen vaststellingen, bevestigd door de drie kinderen van betrokkene, dat D. minstens gedeeltelijk niet in staat is zijn goederen te beheren, en de gevorderde bescherming zich opdringt, nu hem nog geen wettelijke vertegenwoordiger werd toegezegd.

EUROPESE RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Coördinator: Jan Wouters

Hof van Justitie, 14 juli 1994

Directe werking – Richtlijnen – Inroepbaarheid tussen particulieren

Reeds lang vóór de datum van deze uitspraak was de naam Faccini Dori ruim bekend bij de «ingewijden». Mevrouw Faccini Dori had zich in het station van Milaan immers laten verleiden tot het kopen van een schriftelijke cursus Engels, maar annuleerde die bestelling enkele dagen later, daarbij steunend op het recht om binnen zeven dagen afstand te doen van haar verbintenis, zoals dat wordt toegekend door art. 5, lid 1, van richtlijn 85/577/EEG betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten (*Pb.*, 1985, L372, 31). Op het relevante tijdstip was die richtlijn echter nog niet omgezet in het Italiaanse recht, ondanks het verstrijken van de uitvoeringstermijn. Meteen had mevrouw Faccini Dori haar naam verbonden aan de zaak waarin het Hof van Justitie zich, op prejudiciële vraag van de Italiaanse rechter, voor het eerst sinds lang zou moeten uitspreken over het in de rechtsleer druk besproken probleem van de horizontale directe werking van richtlijnen.

De met die term aangeduide mogelijkheid om zich als particulier op een na het verstrijken van de omzettingstermijn niet (correct) in nationaal recht omgezette richtlijn te beroepen tegenover een andere particulier, werd door het Hof andermaal afgewezen (zie ook arrest van 26 februari 1986, zaak 152/84, *Marshall I*, *Jur.*, 1986, 723). Volgens artikel 189 EG is een richtlijn immers enkel verbindend voor de Lid-Staten. Een bepaling van een richtlijn die voldoende duidelijk en nauwkeurig is om door de nationale rechter te worden toegepast, kan volgens het Hof dan ook enkel rechtstreeks worden aangevoerd tegen de overheid zelf, die van haar nalatigheid geen voordeel mag genieten. Het Hof herhaalt ook dat in een dergelijke situatie de nationale rechter er wel toe gehouden is het bestaande nationale recht «zoveel mogelijk» te interpreteren in het licht van de richtlijn. Wanneer ook dat geen soelaas biedt, kan de rechtzoekende enkel schadevergoeding vorderen van de Lid-Staat die heeft nagelaten de desbetreffende richtlijn (correct) om te zetten. Deze uitspraak van het Hof van Justitie is dan ook niet zo zeer belangwekkend om wat erin staat, als wel om wat er niet in staat.

Omdat heel wat richtlijnen precies beogen de verhoudingen tussen particulieren te regelen betekent dat gebrek aan

horizontale directe werking meteen ook dat dergelijke niet (correct) omgezette richtlijnen hun *nuttig effect* verliezen. Het Hof heeft geprobeerd dit te verhelpen langs twee wegen. Enerzijds via een zeer ruime interpretatie van het begrip overheid, die zelfs overheidsbedrijven incorporeert (zie arrest van 12 juli 1990, zaak C-188/89, *Foster*, *Jur.*, 1990, I-3313). Anderzijds door de nationale rechter te verplichten zijn nationaal recht (en niet enkel het ter uitvoering van een richtlijn vastgestelde recht) richtlijnconform te interpreteren, ook in gedingen tussen particulieren (zie arrest van 13 november 1990, zaak C-106/89, *Marleasing*, *Jur.*, 1990, I-4135). De wijze waarop deze beide «oplossingen» zijn aangewend, zijn vatbaar voor ernstige kritiek. De eerste uitweg leidt niet alleen tot discriminatie tussen overheidsondernemingen en louter particuliere ondernemingen, het is met betrekking tot die overheidsbedrijven, en nog meer met betrekking tot overheidsparticipaties, onduidelijk waar de grens tussen overheid en particulier zich precies bevindt. Richtlijnconforme interpretatie heeft dan weer geleid tot uitspraken van het Hof die de indruk kunnen wekken dat de nationale rechter zijn nationale recht desnoods maar *contra legem* moet interpreteren, met een resultaat dat in niets lijkt te verschillen van dat van horizontale directe werking. In zijn verzoek om een prejudiciële beslissing bleek de Italiaanse rechter dan ook van oordeel, en hij staat met die mening niet alleen, dat de «enige zekerheid de onzekerheid omtrent de werking van de richtlijn is».

Het belangrijkste argument tegen horizontale directe werking is dat van de rechtszekerheid van de particulier tegen wie een richtlijn wordt aangevoerd, en die, op grond van artikel 189 EG, in de mening zou verkeren dat hij met een richtlijn geen rekening hoeft te houden zolang deze niet in het nationaal recht is omgezet. Wegens de zojuist geschetste ontwikkeling van de rechtspraak is dat argument echter steeds lichter gaan wegen. Bovendien is er de rechtspraak over het man/vrouwdiscriminatieverbod van artikel 119 EG, dat volgens zijn tekst enkel verplichtingen oplegt aan de Lid-Staten, maar niettemin kan worden aangevoerd tegen particuliere werkgevers. De advocaten-generaal Van Gerven en Jacobs hadden zich dan ook vroeger reeds uitgesproken voor het toekennen van horizontale directe werking. Dat zou inderdaad ten goede komen aan het *nuttig effect* van het gemeenschapsrecht, de duidelijkheid en bijgevolg de rechtszekerheid, alsook de meestal door die richtlijnen beschermde zwakkere partij. Vanuit een puur theoretisch standpunt blijft één element van de argumentatie tegen horizontale directe werking van richtlijnen echter moeilijk te weerleggen: vóór de inwerkingtreding van het Verdrag van Maastricht op 1 november 1993 gebeurde geen *constitutieve* publikatie van richtlijnen in het Publikatieblad. Zij werden wel degelijk gepubliceerd, doch onder de rubriek «Besluiten waarvan de publikatie niet voorwaarde is voor toepassing». Om die reden sloot advocaat-generaal Lenz, die in deze zaak concludeerde, zich slechts bij de oproep tot horizontale directe werking aan voor richtlijnen die na 1 november 1993 zijn vastgesteld en waarvoor een *constitutieve* publikatie is gebeurd.

Het Hof is niet op de uitnodigingen van zijn advocaten-generaal ingegaan. In een tijd waarin subsidiariteit bijna is uitgegroeid tot een modewoord, is de politieke druk op het Hof misschien te groot om beslissingen te nemen die van buitenaf spectaculaire inbreuken op de autonomie van de Lid-Staten

kunnen lijken, ook als die dat ten gronde niet zijn. Het groot aantal Lid-Staten dat in deze procedure is tussengekomen om opmerkingen te maken, lijkt in dezen tekenend.

Is horizontale directe werking van richtlijnen nu definitief afgewezen? Waarschijnlijk niet. Vooral het voorstel van advocaat-generaal Lenz mag niet worden afgeschreven. Het Hof heeft er zich in dit arrest niet over uitgesproken (richtlijn 85/577 dateert van vóór de wijzigingen van Maastricht), en heeft het dus ook niet uitdrukkelijk verworpen. Hoewel het voorstel mijns inziens te veel belang hecht aan het uiteindelijk louter formeel argument van de constitutieve bekendmaking, biedt het het Hof een elegante mogelijkheid om zijn standpunt toch ten dele aan te passen, zonder een radicale ommezwaai te moeten maken. Het feit dat het daarbij kan steunen op een uiteindelijk door de Lid-Staten zelf doorgevoerde verdragswijziging kan zonodig de gewenste politieke legitimatie opleveren.

(Voltallig Hof – Zaak C-91/92, Faccini Dori)

L. Van Den Hende

Hof van Justitie, 9 augustus 1994

Sociale zekerheid migrerende werknemers – Invaliditeitspensioen – Uitkeringsbedrag – In aanmerking te nemen loon

Reichling is een Belgisch onderdaan die eerst in België heeft gewerkt en vervolgens in Luxemburg tot hij daar wegens ziekte arbeidsongeschikt wordt.

Door het RIZIV wordt aan Reichling, ondanks het feit dat hij werkzaam was in Luxemburg toen hij arbeidsongeschikt werd, een uitkering toegekend waarvoor het de in België en Luxemburg toegekende tijdvakken van verzekering had samengeteld.

Betwisting ontstaat er echter over de berekening van het bedrag van deze uitkering. Volgens de Belgische wetgeving wordt het invaliditeitspensioen berekend op basis van het laatst verdiende loon ontvangen voordat het risico zich voordeed. Indien de gerechtigde echter bij aanvang van zijn arbeidsongeschiktheid sedert meer dan veertien dagen niet meer onder de regeling van de Belgische ziekte- en invaliditeitsverzekering valt, wordt deze uitkering niet meer berekend op basis van het laatst verdiende loon maar wel op basis van een fictief vastgesteld minimumloon.

Daar Reichling op het ogenblik van het risico in Luxemburg en niet in België tewerkgesteld was, berekende het RIZIV het invaliditeitspensioen op basis van dit fictieve lagere loon.

Reichling betwist echter deze berekening door onder meer erop te wijzen dat de beslissing van het RIZIV in strijd was met het gemeenschapsrecht, omdat het betrokkene aanmerkt als een werknemer zonder inkomen, terwijl Reichling op het ogenblik dat het risico zich voordeed, een inkomen ontving in Luxemburg.

De vraag rijst dus of het RIZIV voor de berekening van het bedrag van het invaliditeitspensioen rekening moet houden met het laatst verdiende loon dat betrokkene ontving in een andere Lid-Staat, zijnde Luxemburg.

Ten tijde van de procedure werd dit probleem echter opgelost door het optreden van de Europese wetgever. Bij ver-

ordening 1248/92/EEG van de Raad werd een wijziging aangebracht in verordening 1408/71/EEG. Overeenkomstig de punten 9 en 10 van bijlage VI bij verordening 1408/71/EEG dient het RIZIV bij de berekening van het invaliditeitspensioen rekening te houden met het loon dat de rechthebbende op het ogenblik dat het risico zich voordeed, verdiende in een andere lidstaat. Het is dan ook niet verwonderlijk dat het Hof in casu in dezelfde lijn besluit dat het RIZIV voor de berekening van het invaliditeitspensioen van Reichling rekening dient te houden met het laatst in Luxemburg verdiende loon.

Een migrerende werknemer mag immers niet gestraft worden wegens het feit dat hij gebruik maakt van zijn recht op vrij verkeer. Dit zou zich in casu kunnen voordoen. Had immers Reichling zijn hele leven in België gewerkt, dan zou hij niet worden aangemerkt als een werknemer zonder inkomen en zou hem een hoger bedrag aan invaliditeitspensioen worden toegekend.

(Zesde Kamer – Zaak C-406/93, Reichling)

Yves Jorens

Hof van Justitie, 1 september 1994

Goederenverkeer – Verplicht stempelmerk

Voor edele metalen voorziet de Nederlandse Waarborgwet in bepaalde keurmerken (o.m. een gehaltemerk), die door een onafhankelijk orgaan moeten worden aangebracht. Deze waarmerking is ook van toepassing op edelmetalen werken die in een andere lidstaat rechtmatig zijn vervaardigd, en ressorteert derhalve onder artikel 30 EG (de «Cassis de Dijon»-regel aangezien geen van de rechtvaardigingsgronden van art. 36 EG toepasselijk is, en niet de «Keck»-regel die van toepassing is op bepaalde verkoopsmodaliteiten; zie arrest Keck en Mithouard, *R.W.*, 1993-94, 1241, en recent inzake kristalglas, arrest 9 augustus 1994, zaak C-51/93, Meyhui, nog niet gepubliceerd).

Volgens vaste rechtspraak (zie o.m. arrest van 22 juni 1982, zaak 220/81, Robertson, *Jur.*, 1982, 2349) is een dubbele controle niet gerechtvaardigd indien de resultaten van de in de lidstaat van oorsprong uitgevoerde controle voldoen aan de behoeften van de lidstaat van invoer ter zake van bescherming van de consument – bv. wanneer de stempelmerken die zijn aangebracht in de lidstaat van uitvoer, «informatie verschaffen die gelijkwaardig is (...) en begrijpelijk voor de consument» (r.o. 15) – en eerlijkheid van de handelstransacties. De feitelijke beoordeling van die gelijkwaardigheid komt, volgens het Hof, toe aan de nationale rechter.

Krachtens de Nederlandse wet vervult het stempelmerk slechts zijn waarborgfunctie wanneer het is aangebracht door een onafhankelijk orgaan. In dit verband betoogde de Duitse regering dat een waarmerking door de producent zelf een zelfde waarborgfunctie als een door een onafhankelijk orgaan aangebracht stempelmerk kan hebben, indien die waarmerking door een geheel van maatregelen wordt begeleid (cf. de Duitse regeling).

Gelet op het gevaar voor fraude kan een lidstaat ingevoerde edelmetalen werken toch onderwerpen aan waarmerking door een onafhankelijk orgaan (zie ook arrest Meyhui, geciteerd, r.o. 15, en de derde inleidende overweging van richt-

lijn 69/493 inzake kristalglas (*Pb.*, 1969, L 236, 36)). Het Hof verwijst eveneens door naar de nationale rechter die moet nagaan «of de uit andere lidstaten ingevoerde edelmetalen werken zijn gewaarmerkt door een instantie die waarborgen van onafhankelijkheid biedt» (r.o. 23). Hiermee lijkt het Hof de suggestie van de Duitse regering van de hand te wijzen, hoewel het onmiddellijk toevoegt dat de waarborgen van onafhankelijkheid «niet noodzakelijk (behoeven) samen te vallen met de door de nationale regeling voorgeschreven waarborgen» (r.o. 23). Ter zake van de Britse verplichting de invoer van UHT-melk en -room aan de toestemming van de bevoegde Britse instantie te onderwerpen, oordeelde het Hof zelfs dat «hetzelfde resultaat zou kunnen worden bereikt wanneer de Britse instanties hun vergunningstelsel opgaven en zich beperkten tot het inwinnen van de door hen nuttige informatie, bijvoorbeeld door middel van door de *importeurs* ondertekende verklaringen, zo nodig vergezeld van passende certificaten» (zie arrest van 8 februari 1983, zaak 124/81, Commissie/Verenigd Koninkrijk, *Jur.*, 1983, 236, r.o. 18, eigen benadrukking).

Het zij de nationale rechter dan ook aanbevolen het voorstel voor een richtlijn betreffende werken van edelmetaal (*Pb.*, 1993, C 318, 5) voor ogen te houden, waarin de waarmerking door een fabrikant op één lijn gesteld wordt met de waarmerking door een onafhankelijke instantie, zij het dat eerstgenoemde waarmerking aan gedetailleerde eisen wordt onderworpen.

Met betrekking tot één stempelmerk, namelijk het jaarletter-merk, stelt het Hof evenwel terecht: «zelfs al zouden consumenten (...) het jaar van vervaardiging van edelmetalen werken wensen te kennen, een dergelijk belang kan een zo ernstige belemmering van het vrije verkeer van goederen niet rechtvaardigen» (r.o. 25, en zie inzake keurmerken voor kazen, arrest van 17 november 1993, zaak C-285/92, Twee Provinciën, *R.W.*, 1994, 1069).

(Vijfde Kamer – Zaak C-293/93, L.N.B. Houtwipper)
G. Straetmans

Hof van Justitie, 22 september 1994

Sociale zekerheid migrerende werknemers – Toepassing nationale anti-cumulatieregels – Herberekening van pensioenuitkeringen

Bettaccini is een Italiaanse onderdaan die zowel in België als in Italië een invaliditeitspensioen geniet. Overeenkomstig een anti-cumulatiebepaling werd het aan hem toegekende Belgische invaliditeitspensioen verminderd met het Italiaanse invaliditeitspensioen.

In 1992 werd de Voorzorgskas te Charleroi in kennis gesteld van het feit dat Bettaccini in Italië naast zijn Italiaans invaliditeitspensioen een nieuwe uitkering ontving, een zgn. «uitkering voor het kerngezin». Deze uitkering was in Italië ingevoerd ter vervanging van de gezinsbijslagen en -toelagen en alle andere, hoe ook genaamde gezinsuitkeringen. Van oordeel dat deze gezinsuitkering een onderdeel was van het Italiaanse invaliditeitspensioen, gaat de Voorzorgskas overeenkomstig artikel 51, lid 2, van verordening 1408/71/EEG over tot een herberekening van het Belgisch invaliditeitspensioen. Overeenkomstig de anti-cumulatiebepaling

wordt van dit pensioen de gezinsuitkering afgetrokken en vordert men de terugbetaling van 450.729 fr.

Bettaccini betwist echter dat de Voorzorgskas mocht overgaan tot een herberekening van zijn invaliditeitspensioen. Artikel 51, lid 2, van verordening 1408/71/EEG staat toe dat een pensioenuitkering wordt herberekend overeenkomstig artikel 46 indien de wijze van vaststelling of de regels voor de berekening van de uitkeringen wijzigingen ondergaan. Maar welke uitkeringen worden hiermee bedoeld? Heeft deze bepaling betrekking op elke soort uitkering of enkel op de door hoofdstuk 3 van titel III van verordening 1408/71/EEG geregelde uitkeringen? M.a.w. op de ouderdomspensioenen en op uitkeringen bij overlijden, uitkeringen aan nabestaanden en invaliditeitsuitkeringen?

Het is deze laatste visie die het Hof volgt. Artikel 51, lid 2, heeft enkel betrekking op de in dat hoofdstuk geregelde uitkeringen. Bij wijziging van de berekeningsregels van andere soorten sociale-zekerheidsuitkeringen, is artikel 51 niet van toepassing.

Welnu, de nieuwe Italiaanse gezinsuitkering vertoont het karakter van een gezinsbijslag. Het is een uitkering ter bestrijding van de gezinslasten die van rechtswege toegekend wordt aan gezinnen die voldoen aan bepaalde objectieve criteria, met name wat grootte, inkomen en vermogen betreft.

Daar deze uitkering dus niet onder de werkingssfeer van hoofdstuk 3 valt, kan de toekenning van deze uitkering niet leiden tot toepassing van artikel 51, lid 2, en kan de Voorzorgskas niet overgaan tot de herberekening van het toegekende invaliditeitspensioen.

(Tweede Kamer – Zaak C-301/93, Pettaccini)

Yves Jorens

BOEKEN

Liber Amicorum Paul De Vroede, 1994, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1578 pp.

Het zeer omvangrijke werk bundelt bijdragen met betrekking tot allerlei rechtsakken. Het organiserend comité gaf duidelijk de voorkeur aan de ruime kennissenkring rond Paul De Vroede boven de rechtstak waarin hij vooral bekendheid verwierf.

De alfabetische rangschikking (op naam van de auteur) van de bijdragen maakt het werk vrij onoverzichtelijk. Zo bevatten delen 1 en 2 hoofdzakelijk Nederlandstalige bijdragen over handelspraktijken, die ietwat abrupt alterneren met bijdragen als «Kanttekeningen bij de identiteitscrisis van de democratische rechtsstaat» (J. Delva) of nog «De reis van het Greenpeace schip, de M.V. Solo naar Novaia Zemlia en het internationaal zeerecht» (E. Franckx). Ook de vaststelling dat slechts boekdeel één in een inhoudstafel voorziet, komt de gebruiksvriendelijkheid niet ten goede.

Aangezien Paul De Vroede in hoofdzaak op het terrein van het economische recht bedrijvig was, zullen hierna slechts enkele markante bijdragen met betrekking tot die rechtstak aangestipt worden. Dit mag een niet op het economische recht georiënteerde jurist er geenszins van weerhouden de libri te raadplegen. Zo komt de fiscalist aan zijn trekken met bijdragen van L.A. Denys over de fusierichtlijn, W. Dierick over B.T.W. en burgerlijk recht, K. Leus over de fiscale ruling en A. Spruyt over de B.T.W.-termijn inzake nieuwe gebouwen. De constitutionalist zij verwezen naar bijdragen van G. Baeteman over recente hervormingen van de Raad van State, M. Van Damme over de procedure van voorlopige schorsing voor de Raad van State, K. Raes over recht en ethiek in rechtstatelijk per-

spectief en H. Van Impe over woorden en waarden in de Belgische grondwetstekst.

Toch richt het werk zich in hoofdzaak tot juristen met belangstelling voor het economische recht. De desbetreffende bijdragen kunnen in drie categorieën gerangschikt worden. Ze handelen over handelspraktijken, consumentenbescherming en Europees economisch recht.

Over de samenwerking van een omroep en commerciële ondernemingen, schrijft G.L. Ballon dat de inventiviteit van de media resulteert in regelgeving die vaak de praktijk achternaakt. De auteur wijst er nochtans op dat het de omroepen vrijstaat een concurrent op grond van de wet op de handelspraktijken te dwingen tot naleving van de reglementering.

E. Dirix en L. Cornelis behandelen in heldere bijdragen respectievelijk de bezwarende bedingen in verzekeringscontracten en de rechterlijke toetsing van onrechtmatige bedingen. L. Van Bunnens geeft een overzicht van de intussen fel bediscussieerde regeling op de uitverkoop.

Interessante op de praktijk gerichte bijdragen over het stakingsbevel uit de wet op de handelspraktijken van H. De Bauw met betrekking tot inbreuken die een einde hebben genomen en van D. Voorhoof met betrekking tot de slechtmaking, verscherpen de actualiteitswaarde van het werk.

W. Van Gerven analyseert in «De uitbreiding van het verbod van verkoop met verlies in artikel 40 Handelspraktijkwet, een slag in het water?», de toestand die bestond vóór het belangrijke Keck en Mithouard-arrest (H.v.J., 24 november 1993), waarmee het Hof van Justitie de vaste Cassis de Dijon-rechtspraak drastisch heeft herzien. Voor meer volledige informatie verwijst de auteur de lezer naar zijn bijdrage over dit arrest in het Liber Amicorum Jacques Heenen.

Niet alleen de titel maar ook de inhoud van de bijdrage van R. Van den Bergh over misleidende juiste reclame is verrassend. De auteur stelt vast dat bij juiste reclame de misleiding wordt veroorzaakt door wat *impliciet* in de reclameboodschap is verwoord. Het reclameverbod uit de wet op de handelspraktijken is volgens Van den Bergh voldoende ruim om de geviseerde vorm van misleiding te vatten. Het vaststellen van misleiding in juiste reclame is evenwel moeilijk, daar de misleiding zich afspeelt in het hoofd van de consument. Hiertoe moet de rechter zich in de plaats stellen van de doorsnee-verbruiker. Een interdisciplinaire aanpak, bv. door het gebruik van inzichten uit de gedragswetenschappen zoals psychologie en marketing enz., kan de rechter bij het evalueren van het misleidingsgebaar helpen. Zelf komt Van den Bergh er niet toe het beeld van de doorsnee-consument te verduidelijken. De auteur adviseert de Belgische rechters wel, in navolging van de Duitse rechtspraak, reclame te verbieden die vanzelfsprekende eigenschappen van producten en diensten benadrukt, wanneer de doorsnee-consument de evidentie niet herkent. In dit verband zij erop gewezen dat de Duitse rechtsleer, onder druk van de rechtspraak van het Hof van Justitie, sinds kort de Duitse rechtspraak inzake misleiding op de korrel neemt (zie o.a. A. Hagen Meyer, «Das Verbraucherleitbild des Europäischen Gerichtshofs. Abkehr vom 'flüchtigen Verbraucher'», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 1993, 215 e.v. e.v., waarin gerefereerd wordt aan de Duitse doorsnee-consument als een «absolut unmündigen, fast schon pathologisch dummen und fahrlässigen unachtsamen Durchschnittsverbraucher»).

Twee bijdragen zijn bovendien gewijd aan het belangrijke leerstuk van de oneerlijke mededinging. H. Van Houtte behandelt de transnationale gevallen en bekritiseert de opvatting dat de Belgische rechter daarop enkel de wet op de handelspraktijken toepast.

In een interessante bijdrage wijst J. Stuyck op de communautaire dimensie van het begrip der eerlijke handelsgebruiken. Tot nu toe heeft het Hof van Justitie nationale maatregelen alleen maar gerechtvaardigd geacht op grond van de bescherming van de consument of op grond van de bescherming van de consument *en* het verzekeren van de eerlijkheid in de handelstransacties. Stuyck ziet hierin een duidelijke aanwijzing dat de communautairrechtelijke eerlijke gebruiksnorm refereert aan het algemeen belang. Dientengevolge kan, volgens de auteur, een handelspraktijk die strijdig is met de handelsmoraal, maar in het algemeen belang, van een gezonde, onvervalste en vrije mededinging, gewenst is, in het intracommunautaire verkeer worden verboden.

Een zelfde Europeesrechtelijke dimensie kan men onderkennen in de sector van financiële diensten. Recent werd in omzetting van de tweede bankenrichtlijn de wet van 22 maart 1993 op het statuut

van en het toezicht op kredietinstellingen gepubliceerd. E. Balate onderwerpt de wet aan een kritisch onderzoek in het licht van de communautairrechtelijke algemeen-belangnorm. De auteur waarschuwt voor misbruik van het subsidiariteitsbeginsel door de lidstaten, precies omdat een geïntegreerde (communautaire) interpretatie van het begrip algemeen belang, waaronder de bescherming van de consument ressorteert, in het verlengde ligt van de rechtspraak van het Hof van Justitie. Hierbij stelt Balate de vraag of een grootste gemene deler voor sommige lidstaten geen verlaging van de consumentenbescherming met zich zal brengen. Het Hof van Justitie, dat in laatste instantie oordeelt, speelt hierin een belangrijke rol. In zijn bijdrage geeft Balate het Hof enkele aanbevelingen die een coherent beleid moeten waarborgen.

Sommige auteurs besteden bijzondere aandacht aan de consument van financiële diensten. J.L. Fagnart weidt uit over de recente maatregelen die de Belgische wetgever nam ter bescherming van consumenten van bankdiensten, terwijl H. Cousy naar aanleiding van de recente legislatieve omwenteling van het verzekeringsrecht enkele interessante losse bedenkingen meeeft over consumentenbescherming. Met betrekking tot de (reeds boven aangehaalde) algemeen-belangnorm, die ook in het verzekeringsrecht de communautaire toetssteen vormt, stelt Cousy dat het voor de rechtszekerheid van belang is op het *nationaal* vlak een poging tot inventarisatie van bepalingen van algemeen belang te ondernemen. Even belangrijk is de bedenking of onder een regime van een dwingende, expliciet tot bescherming van de verzekerde opgestelde wet, dezelfde «consumentvriendelijke» rechterlijke interpretatie gehandhaafd zal worden.

De bijdrage van Th. Bourgoignie over het subsidiariteitsbeginsel en zijn toepassing in de gemeenschapspolitiek ter bescherming van de consument, houdt het midden tussen Europees en consumentenrecht. Bourgoignie beschrijft op omstandige wijze de mogelijke impact van het subsidiariteitsbeginsel op het consumentenrecht. De auteur waarschuwt voor een te rigide toepassing van het beginsel, en geeft het een functioneel karakter; het moet bijdragen tot de realisatie van de doelstellingen van het verdrag. De toepassing ervan mag een communautaire politiek op het terrein van de consumentenbescherming niet stuiten. De auteur ziet in de efficiëntietoets die onderligt aan het subsidiariteitsbeginsel zelfs een mogelijkheid om de communautaire besluitvorming te verstevigen. Subsidiariteit is in die visie een middel om tot een coherent gefederaliseerd regelingsbestel te komen.

Een laatste, korte bijdrage over de consument, als procespartij, is van J. Laenens. Vanuit het oogpunt van de eenheid van rechtspleging wordt betreurd dat de stakingsvordering, die ook openstaat voor de consument, alsook andere bijzondere rechtsplegingen inzake consumentengeschillen niet in het Gerechtelijk Wetboek zijn opgenomen.

Zoals men leest, bevat het werk heel wat interessante, kwalitatief hoogstaande bijdragen voor een jurist die met het economische recht begaan is. Ook anders georiënteerde juristen kunnen uit de *Libri Socorum* ter ere van Paul De Vroede putten, maar wellicht zal het dividend gelet op het forse inleggeld menig onder hen ontgoochelen.

G. Straetmans

H.C.I. RIETMAN, *Volkshuisvesting in Nederland en België. Een vergelijking van de wet- en regelgeving na de Tweede Wereldoorlog*, Zwolle, Tjeenk-Willink, Reeks Recht, staat en sturing, afl. 18, 1993, 331 pp.

Vaak is reeds opgemerkt hoe opvallend het is dat, als men de grens oversteeft tussen België en Nederland, onmiddellijk in het oog springt hoe groot de verschillen zijn met betrekking tot het wonen en de huisvesting. H.C.I. Rietman tracht in haar boek verklaringen te vinden voor deze zeer verschillende ontwikkeling op een vergelijkbaar terrein. Met dit boek promoveerde zij op 13 december 1993 aan de Rijksuniversiteit Leiden: promotoren waren prof. dr. Th. G. Drupsteen en prof. dr. W. Derksen.

Het boek is een schets van de naoorlogse ontwikkeling van beide stelsels van wet- en regelgeving. Na een inleiding wordt een typologie geschetst van wettelijke instrumenten om aan het volkshuisvestingsbeleid vorm te geven. Alvorens over te gaan tot een schets van de ontwikkelingen zelf in de delen 4 en 5, wordt het algemeen kader

geschetst, bestaande uit het recht op wonen, de kwaliteit van de volkshuisvesting en het institutionele kader. Er wordt uitvoerig aandacht besteed aan een vergelijking van deze wet- en regelgeving, om met een slobeschouwing af te ronden.

Twee algemene opmerkingen vooraf. Bij dit alles besteedt de auteur terecht aandacht aan een aantal empirische gegevens over de zeer verschillende feitelijke situatie van de huisvestingsmarkt in beide landen: deze context kleurt immers de benadering vanuit de bril van recht en beleid op het gebied van de volkshuisvesting. Voorts past nog een terminologische opmerking, die echter meer dan louter semantische betekenis heeft. De term «volkshuisvesting» is in België niet zo gebruikelijk als in Nederland, tenzij in een aantal eerder historisch getinte studies. Het begrip wordt nochtans zeer breed ingevuld: het gaat om de regelgeving, die betrekking heeft op de huisvestingssituatie van de burgers. Het omvat derhalve alle overheidsmaatregelen met betrekking tot de huisvesting, en dus ook de particuliere sector. Ook de Belgische zogenaamde «private huurwetgeving» valt derhalve in de begripsbepaling.

De studie is rechtsvergelijkend van opzet. De grote verschillen tussen de bestudeerde stelsels tasten de mogelijkheden van vergelijkbaarheid uiteraard niet wezenlijk aan, maar ze maken de materiële vergelijking zelf wel toch moeilijker. Zoals bekend zijn er ruw geschetst twee vormen van rechtsvergelijking: de echte rechtsvergelijking en het vergelijkend recht (zie in het algemeen en toegespitst op de volkshuisvesting in België en Nederland: Van der Velden, F.J.A. «Kanttekeningen bij de rechtsvergelijking», in *Volkshuisvesting vergeleken. Recente ontwikkelingen in België en Nederland*, Rietman, H.C.I. en Derksen, W. (red.), Zwolle, Tjeenk Willink, Reeks Recht, staat en sturing, afl. 20, 1993, 139). Het laatste leidt vaak tot een niet zo vruchtbare juxtapositie van stelsels. De opbouw en de verdeling van de aandacht voor de schets van de toestand in beide landen afzonderlijk doet de rechtsvergelijking in het boek uitgroeien tot de betere soort. De auteur plaatst niet alleen naast elkaar (dat deel beslaat minder dan een derde van het boek), maar gaat vooral in op de gelijkenissen en de verschillen aan de hand van een vooraf geschetste typologie. Toch past hierbij een bedenking. Rietman beperkt de studie van het Belgisch volkshuisvestingsrecht en -beleid, althans vanaf de toebereiding van de bevoegdheid inzake de aangelegenheid huisvesting aan de Gewesten, tot de «Vlaamse» regelgeving. Het is zeker waar dat de volledige analyse van de Belgische situatie zou hebben gedwongen tot rechtsvergelijking binnen de rechtsvergelijking, tot intranationale én internationale vergelijking. Dan hadden vier stelsels naast elkaar moeten worden vergeleken: het Nederlandse, en de stelsels respectievelijk van het Vlaamse Gewest, het Waalse Gewest en het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest, hetgeen de opdracht wellicht sterk zou hebben bemoeilijkt. De vraag is tevens of er andere en relevante(r) conclusies aan konden worden verbonden. De juridische accuraatheid van de schets van de Belgische staatshervormingen in het boek is niet altijd verzekerd: dat de doorsnee-Belg er zelf zijn weg niet meer in vindt, mag voor een wetenschapper geen alibi zijn.

Zoals gesteld gaat Rietman op zoek naar verschillen in de beide stelsels – en die vindt ze, overvloedig zelfs – én naar mogelijke verklaringen voor de verschillen. Wij willen de spanning er niet in houden: de auteur vindt geen sluitende verklaring voor de verschillen tussen beide landen (zie onder meer p. 299); dit brengt een gevoel van teleurstelling teweeg. Een aantal hypothesen wordt wel geuit, maar met een zeer grote voorzichtigheid en daardoor te weinig duidend. Veel wordt in het boek aangesneden en behandeld, maar niet of onvoldoende met elkaar in verband gebracht. Een waterdichte causaliteitsduiding hadden wij uiteraard niet verwacht. Toch wordt enerzijds een keuze gemaakt voor een aantal centrale perspectieven (zie verder), waardoor een aantal andere mogelijke worden uitgesloten. Anderzijds wordt gesteld dat blijkt dat ze niet echt doorslaggevend en determinerend zijn in de zoektocht naar verklaringen. Het meest opvallend gebeurt dit naar aanleiding van de schets van de grondrechtelijke bescherming van het recht op wonen (zie ook verder).

Er is geopteerd voor een aantal centrale perspectieven bij de analyse van de wet- en regelgeving: op twee ervan willen wij ingaan. Een centraal perspectief betreft de wijze waarop het overheidsingrijpen vorm krijgt en vooral de mate van formele dwingendheid, dit wil zeggen de formele mogelijkheid van de overheid om met wet- en regelgeving gedragsalternatieven en keuzemogelijkheden van rechtssubjecten (burgers en andere maatschappelijke actoren) te beïnvloeden.

den. Er wordt – in navolging van Geelhoed – een typologie gehanteerd, waarbij een oplopende reeks van dwingendheid vooropstaat: als onderscheidend criterium geldt het privaatrechtelijke versus publiekrechtelijke karakter. Wat de wijze van oplossing van volkshuisvestingsproblemen betreft – zo luidt de stelling van Rietman – heeft men in België duidelijk meer dan in Nederland geopteerd voor de marktwerking en in Nederland meer voor overheidsingrijpen.

Een ander perspectief is de koppeling aan het vraagstuk het grondrecht op wonen: de passages van het boek in dit verband zijn zeer boeiend, maar soms problematisch. Dit sluit aan bij een levendige discussie, al was het door de verschillende invulling van het betreffende «grondrecht» (in Nederland heeft men het over «sociale» grondrechten, in België over «sociaal-economische» grondrechten) in beide rechtssels en het verschillende tijdspectief. Artikel 22, alinea 2, van de Nederlandse Grondwet formuleert dit recht als volgt: «Bevordering van voldoende woongelegenheden is voorwerp van zorg der overheid.» De nieuwe Belgische Grondwet vermeldt «het recht op een behoorlijke huisvesting» als een van de economische, sociale en culturele rechten, die een ieder het recht om een menswaardig leven te leiden moeten garanderen (artikel 23, derde lid, 3°). Terwijl Nederland sinds 1983 een aantal van deze rechten in de Grondwet heeft opgenomen, is dit in België pas in 1994 geschied. Deze recente aanpassing van de Grondwet wordt niet door de auteur behandeld: dat is logisch, gezien de afronding van het proefschrift in 1993. Toch vinden wij de historische duiding van deze aanpassing onvoldoende diepgaand. Er zijn heel wat vermeldenswaardige antecedenten, waarnaar de auteur, zo zij dit perspectief ernstig neemt, had kunnen verwijzen.

Wij hebben voorts de indruk dat de auteur geen sluitend standpunt heeft over het antwoord op de vraag naar de relatie tussen enerzijds het al dan niet voorhanden zijn van een internationaalrechtelijke of grondwettelijke erkenning van het recht op wonen en anderzijds de in een bepaald land of stelsel geldende concrete wetgeving en regelgeving. Uit een aantal stukken blijkt dat de auteur zelf een grote dosis relativiteit aan de dag legt met betrekking tot de effecten van zulk een erkenning; dit wordt overigens bevestigd door ontwikkelingen in het Nederlandse volkshuisvestingsbeleid zelf sinds de erkenning, waarbij eerder sprake is van een «teruggang» van de overheidsactiviteit. We betreuren het overigens dat de auteur niet dieper ingaat op de vraag van de mogelijke doorwerking en toepassing ervan in de rechtspraak enerzijds en evenmin een standpunt heeft in verband met de vraag wat er dan wel noodzakelijk is om van de erkenning van het grondrecht op wonen wél enige (meer dan symbolische) betekenis te laten uitgaan en hoe deze wél een inspiratiebron voor toekomstige wetgeving kan zijn: of vindt de auteur dit een overbodige kopzorg in het licht van de geldende internationale bepalingen?

Besluitend kunnen wij stellen dat Rietman het voor zichzelf niet makkelijk heeft gemaakt op het vlak van de rechtsvergelijking, die vooral integraal van aard is. Dit is ook de grote kracht van het boek. Het boek vertoont evidente kwaliteiten en zal voor wie geïnteresseerd is in een vergelijking tussen de beide volkshuisvestingsstelsels, maar ook voor hen die op zoek zijn naar informatie over één van beide stelsels, nooit opzij kunnen worden gelegd. Toch vinden wij dat de benadering op sommige punten te sterk is ingegeven door het formele perspectief van de regelgeving en dat de uitklaring van een aantal conceptuele verduidelijkingen, vooral dan in verband met het grondrecht op wonen, het eindoordeel in nog gunstiger zin zouden hebben beïnvloed.

Bernard Hubeau

P. FAES, Het rechtsmisbruik in fiscale zaken of de keuze van de minst belaste weg op het vlak van de inkomstenbelastingen na de wet van 22 juli 1993, Mys en Breesch, Gent, 1994, 131 pp.

Met ingang van 31 maart 1993 is in het Wetboek van Inkomstenbelastingen een algemene anti-rechtsmisbruikbepaling ingevoerd (art. 344, § 1, WIB 1992). Nadien werd bij wet van 30 maart 1994 een vergelijkbare bepaling opgenomen in het Wetboek van Registratierechten en het Wetboek van Successierechten.

De voorliggende monografie waarin de stof bijgehouden is tot februari 1994, handelt enkel over art. 344, § 1, WIB 1992. Het is een van de eerste grondige besprekingen over de plaats van de anti-rechtsmisbruikbepaling in het Belgisch belastingrecht.

Over de betekenis van deze bepaling zijn de meningen uiteenlopend, gaande van de wettelijke afbraak van de vrijheid voor de belastingplichtige voor de keuze van de minst belaste weg, over de invoering van het leerstuk van de wetsontduiking of *fraus legis*, tot de wettelijke bekrachtiging van de rechtspraak van het Hof van Cassatie zoals men die kent uit het Brepols-arrest en het Plumax-arrest. P. Faes verdedigt het standpunt dat door art. 344, § 1, WIB 1992 het leerstuk van de *fraus legis* in ons belastingrecht wordt geïntroduceerd. Hij besluit ook tot de ongrondwettigheid van voormelde bepaling.

Het boek bestaat uit twee delen. In het eerste deel geeft de auteur een overzicht van de standpunten over belastingontduiking en belastingontwijking zoals die vóór de invoering van art. 344, § 1, WIB 1992 werden geformuleerd. Hij besteedt de nodige aandacht aan de grondwettelijke basis van de vrijheid de minst belaste weg te kiezen.

In het tweede deel wordt na een onderzoek naar de verhouding van de anti-rechtsmisbruikbepaling met de leer van de wetsontduiking en naar de grondwettigheid van deze bepaling, een minutieuze tekstanalyse gegeven van art. 344, § 1, WIB 1992. De auteur schuwt geen rechtsvergelijkende opmerkingen (cf. Frankrijk (abus de droit), Engeland (Step transaction doctrine) en Nederland (m.b.t. het legaliteitsbeginsel)). Hij reikt de lezer in dit raam voldoende aanknopingspunten aan voor verder onderzoek.

P. Faes beperkt zich niet tot rechtstheoretische bespiegelingen, doch geeft aan de hand van mogelijke concrete toepassingsgevallen aan hoever de draagwijdte van art. 344, § 1, WIB in de praktijk kan reiken (inkoop van eigen aandelen, achtergestelde obligatieleningen, interesten op voorschotten, enz.). Voorts gaat hij kort in op de problematiek van de «ruling», van de overheidsaansprakelijkheid voor het geval art. 344, § 1, WIB 1992 verkeerd wordt toegepast, en van de doorwerking van deze bepaling in verdragssituaties.

Dit vlot geschreven boek is rechtstheoretisch goed onderbouwd. Het biedt een voortreffelijke aanzet voor anderen die de problematiek van de anti-rechtsmisbruikbepalingen in de inkomstenbelastingen en nu ook in de registratie- en successierechten wensen te bestuderen.

Bruno Peeters

J. VANDE LANOTTE en G. VAN ISTENDAEL, *De Procedure*, Kluwer Rechtswetenschappen, Antwerpen, 1991, V + 91 pp.

Een stationsromannetje met veel recht, zo zou men voorliggende publikatie van minister van binnenlandse zaken en professor administratief recht Johan Vande Lanotte en journalist-essayist Geert van Istendael kunnen omschrijven. Het boekje vertelt de avonturen van de strijdvlugte jeugdclub «Arm maar Proper» in het anders zo rustige dorp Alveren. Een groepje jongelui neemt het niet dat het gemeentebestuur hun op een slinkse manier het gebruik van het clubhuis wil ontzeggen en daarom gaan ze resoluut in de tegenaanval. Hun wedervaren wordt door de auteurs aangegrepen om een aantal juridische onderwerpen (huurrecht, gemeenterecht, milieurecht, enz.) praktisch te illustreren. Daarnaast bevat het werk het droevige verhaal van de onbeantwoorde liefde van de knappe laatstejaarsstudente marketing Caro voor de pedante jurist Nick. Het geheel is een aardig stukje proza en bevestigt de ruime creativiteit van beide auteurs. Een literaire staatsprijs zie ik evenwel niet zitten.

A. Coppens

AANGEKONDIGD

R.C.J. GALLE, *De coöperatie in eigentijds perspectief*, Zwolle, Tjeenk Willink, 56 p., 27,50 fl.

Koninklijk Besluit tot uitvoering van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992 (uitgave Fiskoloog), Kalmthout, Biblo, 166 p.

B.C.M. JACOBS en P.L. NEVE, *Hoven en banken in Noord en Zuid*, Assen, Van Gorcum & Comp, 250 p., 45 fl.

M. VAN DER HULST, *Het federale Parlement*, Kortrijk-Heule, Uga, 258 p., 850 fr.

S. GUTWIRTH, *Milieu rechtgezet*, Gent, Mys & Breesch, 124 p., 950 fr.

H. CASMAN, *Wijzigingen in de procedure van echtscheiding door onderlinge toestemming*, Gent, Mys & Breesch, 82 p., 950 fr.

M. DENYS en B. SCHÖFER, *Handbuch des Belgischen Zivil-, Verwaltungs- und Verfassungsprozessrechts*, Gent, Mys & Breesch, 210 p., 950 fr.

CHR. DENEVE, *Het vrij verkeer van werknemers binnen de Europese Gemeenschap*, Gent, Mys & Breesch, 26 p., 290 fr.

N. GEELHAND, *Belangenafweging in het huwelijksvermogensrecht: De belangen van de niet-contracterende echtgenoot versus de belangen van de derde-medecontractant* (twee delen), Gent, Mys & Breesch, 1.816 p., 5.950 fr.

B. POELMANS, *Scheiden op maat*, Gent, Mys & Breesch, 32 p., 290 fr.

J.D.M. LELIARD, *Drietalig lexicon van grondwetstermen*, Gent, Mys & Breesch, 186 p., 1.950 fr.

MEDEDELINGEN

Voordracht-lunch over het belang van de consument

Op donderdag 19 januari 1995 organiseert de Vereniging voor de Studie van het Mededingingsrecht een lunchgesprek over het belang van de consument.

Mr. Eric Balate zal een voordracht houden met als titel «De appel valt niet ver van de boom».

Voor verdere inlichtingen dient U zich te wenden tot de Vereniging: Het Autohuis, Woluwedal 46, 1200 Brussel, tel. 02/778.62.00 en fax. 02/778.62.22).

Tweede Leuvense verzekeringsavonden

Op donderdag 19 januari en donderdag 26 januari 1995 hebben de tweede Leuvense verzekeringsavonden plaats.

Op voormelde avonden zullen respectievelijk de Motorrijtuigenverzekering en de Landverzekeringsovereenkomst besproken worden.

Voor verdere inlichtingen kan U contact opnemen met Prof. dr. H. Cousy, directeur Centrum Verzekeringswetenschappen: tel. 016/32.51.34 of 016/32.51.14.

Cyclus «Actuele problemen sociale zekerheidsrecht», UIA dept. Rechten

Vrijdag 20 januari 1995

Beginselen van behoorlijk bestuur en wet motivering administratieve beslissingen in de sociale zekerheid door Prof. Dr. D. Cuypers.

Onderscheid tussen werknemer en zelfstandige door Prof. Dr. A. Van Regenmortel.

Vrijdag 10 februari 1995

Sociale zekerheid en vrije tijd: een onderzoek naar de toegelaten arbeid in de sociale zekerheid door Dhr. J. Put.

Deeltijdse werkloosheid door Dhr. P. Palsterman.

Vrijdag 10 maart 1995

Gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van wettelijke en particuliere pensioenstelsels - de invloed van het Europees gemeenschapsrecht op de Belgische rechtsorde door Dhr. J. Wouters.

Verjaring in de sociale zekerheid door Dhr. A. Lindemans.

Vrijdag 28 april 1995

Sociale zekerheid in een federaal België door Prof. Dr. W. Rauws.

Vakantieregeling door Mevr. N. Gybels.

Vrijdag 12 mei 1995 studiedag met referaten van:

Prof. Dr. W. Van Eeckhoutte; Prof. Dr. R. Janvier; Dhr. K. Magerman; Dhr. H. van Hoogenbemt; Dhr. Y. Jorens; Mevr. I. Briers; o.l.v. Prof. Dr. J. Van Steenberge

Informatie: Mevr. Chris Monteyne, tel. 03/820.29.25, fax. 03/820.29.08.