

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

SABIEEN LUST, De Raad van State en de dwangsom – Enkele beschouwingen naar aanleiding van het arrest A.S.B.L. Ligue Royale belge pour la protection des oiseaux, nr. 55.155 van 13 september 1995 377

Rechtspraak

Onrechtmatige daad – Aansprakelijkheid – Gebrekkige zaken – Verscheidene bewaarders – Vrijwaringsvordering van bewaarder tegen medebewaarder aan wie het gebrek van de zaak te wijten is – Juridische grondslag
Cass., 24 oktober 1994 389

Arbeidsovereenkomst – Eenzijdige beëindiging – Bewijslast
Cass., 15 januari 1996 391

1. Huwelijk – Bescherming gezinswoning – Aan makelaar gegeven opdracht tot verkopen – **2. Makelaar en commissienair** – Vastgoedmakelaar – a) Informatieverplichting tegenover cliënt – Omvang – b) Duur van het contract – c) Juridische kwalificatie – d) Exclusieve opdracht – Rechtstreekse verkoop door eigenaar – Aan makelaar toegekende vergoeding
Hof Gent, 19 april 1994 (*met noot*) 391

1. Burgerlijke rechtspleging – a) Geen inventaris bij de conclusies – b) Kort geding – Aanvaarding van urgentie – c) Hoger beroep – Devolutieve kracht – **2. Handelsagentuur** – Ongeldigheid concurrentiebeding – Art. 20 E.E.G. – Richtlijn van 18 december 1986 – Territoriale beperking
Hof Brussel, 19 oktober 1995 393

Burgerlijke partijstelling – Keuze tussen burgerlijke rechter en strafrechter – Afstand van geding
Hof Antwerpen, 22 december 1995 (*met noot van Steven Van Overbeke*, «Het optierecht van de benadeelde op grond van art. 4 V.T.Sv.») 396

Politie – Zoeking – Voertuigen – Vereisten
Hof Antwerpen, 20 februari 1996 (*met noot van Luc Arnou*, «Over de zoeking in voertuigen» en *noot van Mike Gelders*, «Zoeking in voertuigen en identiteitscontrole») 398

1. Grondwet – Reglementair besluit – Beroepsloopbaanonderbreking – Koninklijk besluit – Verbindende kracht – Overlegging in de ministerraad – Bewijs – Ministerraad – Verslag van de vergadering – **2. Arbeidsovereenkomst** – Beroepsloopbaanonderbreking – Onderbrekingsuitkeringen – Toekenningsvoorwaarden – Verblijf en woonplaats in België – Geen ongeoorloofde discriminatie
Arbh. Gent, 27 november 1995 (*met noot*) 402

Vennootschap – Art. 191 Vennootschappenwet – Aanstelling van deskundige – Vennootschap in vereffening – Minderheidsaandeelhouder
Kh. Dendermonde, 15 februari 1996 404

Verbintenissen – Precontractuele aansprakelijkheid – Consumentenkrediet – Kredietbemiddeling – Kredietwaardigheidsbeoordeling
Vred. Sint Niklaas, 3 januari 1996 (*met noot van Annick De Boeck*, «De kredietwaardigheidsbeoordeling door de kredietgever na tussenkomst van een kredietbemiddelaar») 406

Rechtspraak in kort bestek

Beslag en executie – Beslag onder derden – Derde-beslagene – Bewijslast

Cass., 3 maart 1995 412

Geneeskundige verzorging en uitkeringen – Onrechtmatige daad – Ten onrechte betaalde prestaties – Terugvordering – Zorgverstrekkers – Naamlening – Rechtstreekse vordering – Onderneming voor radiografieën – Prestatieboekjes – Instructie tot onjuiste ondertekening – Buitencontractuele font – Veroordeling in solidum
Arbh. Antwerpen, 1 december 1995 412

Echtscheiding – Door onderlinge toestemming – Afwijzing verzoekschrift bij gebrek aan melding van wijziging van verblijfplaats van een van de partijen – Artt. 1288, 1°, 1288bis, derde lid, Ger. W.
Rb. Hasselt, 23 mei 1995 413

Arbeidsongeval – Overheidspersoneel – Vergoedingen – Hoorapparaat – Prothese – Herstellings- en vervangingskosten – Tarief – Nomenclatuur R.I.Z.I.V. – Reiskosten – Vergoeding
Arbrb. Aalst, 12 december 1995 413

Verzekering – Diefstal – «Sluikse toegang» – Begrip
Kh. Mechelen, 3 november 1995 414

Boeken

F.R. Salomons, Verzekering, ten behoeve van een derde (*door Patrick Meesen*) 414

A. Duelz, Le droit du divorce (*door Febian Aps*) 415

M.F.H.S. Haan, Oorzaak: onbekend. Het aantonen van het feitelijk verband bij meervoudig veroorzaakte milieuschade (*door Ann Carette*) 415

J.I.C. Bartels, Jeugdstrafrecht. Het nieuwe jeugdstrafrecht (*door Steven Van Overbeke*) 416

Erratum

Wegverkeer – Plaats op de openbare weg 416

Mededelingen

Debat: Recht, gerecht en samenleving 416

Colloquium: Het proces in meervoud 416

Internationale studiedag: Fraude - aansprakelijkheid en remedies in de bankwereld 416

Studiedag: Het tweede voorontwerp van de Commissie Strafprocesrecht 416

Driejaarlijkse Prijs van het Antwerps Notariaat 416

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

Opgericht in 1931. Hoofdredacteurs: René Victor (1931-1984), Edgar Boonen (1984-1993)

VERSCHIJNT IEDERE WEEK VAN SEPTEMBER TOT JUNI

Redactie: C. Caenepeel, J.R. Rauws,
A. Vandeplas, A. Van Oevelen

Redactiesecretaris: Mevr. C. Meeusen

Redactieadres: V.Z.W. Rechtskundig Weekblad
Mechelsesteenweg 210 bus 6
2018 Antwerpen
Tel. 03/248.49.84
Fax 03/248.08.70

Vaste medewerkers:

A. Alen
P. Arnou
R. Boes
Gh. Dhaeyer
J. Erauw
J. Gerlo
P. Humblet
J. Laenens
W. Lambrechts
P. Lemmens
H. Nys
I. Opdebeek
W. Pintens
W. Rauws
D. Simoens
G. Suetens-Bourgeois
L.P. Suetens (†)
M. van Damme
J. Wouters

Abonnementen, advertenties: INTERSENTIA UITGEVERS N.V., Volhardingstraat 27, 2020 Antwerpen
Tel.: 03/248.74.54 - Fax: 03/248.83.82 Abonnementsprijs: 4.550 f., voor studenten 2.950 f..

DE RAAD VAN STATE EN DE DWANGSOM

Enkele beschouwingen naar aanleiding van het arrest A.S.L.B. Ligue Royale belge pour la protection des oiseaux, nr. 55.155 van 13 september 1995

I. Inleiding

1. De figuur van de dwangsom kan worden gesitueerd in de problematiek van de tenuitvoerlegging van vonnissen en arresten.

Zoals elke rechterlijke uitspraak, is ook een vernietigingsarrest van de Raad van State bekleed met het gezag van gewijsde, echter met die bijzonderheid dat, anders dan bij andere rechterlijke uitspraken het geval is, dit gezag niet louter *inter partes* geldt, doch wel *erga omnes*. Dit wordt verklaard door het feit dat de vernietiging door de Raad van State van een administratieve handeling logischerwijze hetzelfde gezag moet hebben als de vernietigde handeling zelf.

Een administratieve rechtshandeling heeft in beginsel algemene gelding in het rechtsverkeer. Dit is vanzelfsprekend wanneer het een verordenende handeling betreft, die per definitie een algemene draagwijdte heeft. Ook individuele overheidshandelingen, ook wel rechtsconcretiserende beslissingen genoemd, hebben echter evenzeer een algemene gelding. Dit houdt in dat een zodanige beslissing niet alleen geldt ten aanzien van de directe adressaat ervan, maar dat eenieder die van het bestaan van de beslissing kennis krijgt, dat bestaan moet erkennen (formele rechtskracht), en dat eenieder datgene wat is beslist, als verbindend moet beschouwen (materiële rechtskracht), beide verplichtingen geldend onder voorbehoud van de mogelijkheden om tegen de beslissing een rechtsmiddel aan te wenden.

Aangezien het doel en de zin van een vernietigingsarrest zijn alle directe rechtsgevolgen van de beslissing weg te nemen, moet het vernietigingsarrest dan ook gelden tegen al wie in het rechtsverkeer door het gezag van de handeling gebonden was, dit is dus iedereen, ook hier weer onder voorbehoud van de rechtsmiddelen die tegen het annulatiearrest kunnen worden aangewend.¹ Daar derden, andere dan de partijen, gevolgen ondervinden van een administratieve overheidshandeling, dienen zij eveneens de – gunstige of ongunstige – gevolgen van de vernietiging van deze handeling te ondergaan.

2. Het gezag van gewijsde van een annulatiearrest blijft niet beperkt tot het eigenlijke dictum van het arrest. Het strekt zich bovendien uit tot de motieven die er de noodzakelijke grondslag van vormen. Deze motieven bevatten in het bijzonder de vernietigingsgrond, dit is de vaststelling, afgeleid uit de feitelijke en juridische gegevens die zich voordeden op het ogenblik dat de bestreden beslissing werd genomen, van de toen op de bestuursoverheid rustende concrete rechtsplicht waarin die overheid bij het verrichten van de ver-

nietigde handeling tekortgeschoten is.² Het is de onontbeerlijke juridische rechtvaardiging voor het besluit van de rechter om te vernietigen en is dan ook onverbreekelijk met het dictum van de uitspraak verbonden.

De ondersteuningsfunctie die de vernietigingsgrond aldus heeft, brengt eensdeels mee dat de reikwijdte van het dictum nader door die vernietigingsgrond wordt bepaald, wat van belang is voor het beantwoorden van de vraag welke rechtseffecten van de bestreden handeling door de vernietiging ongedaan worden gemaakt, en welke handelingen tegenover wie zo nodig moeten worden verricht om de vastgestelde rechtsverstoring ongedaan te maken. Anderdeels brengt het mee dat het gezag van gewijsde zich uitstrekt tot de vernietigingsgrond, zij het enkel in de mate waarin het dictum de ondersteuning van de vernietigingsgrond behoeft.³

3. Ingevolge het gezag van gewijsde van een annulatiearrest rust op de overheid allereerst een onthoudingsverplichting. De overheid mag namelijk geen handelingen verrichten die ingaan tegen het arrest.

Aangezien een annulatieberoep een objectief beroep is, dat strekt tot het herstel van de geschonden wettigheid, en dat geen uitspraak inhoudt over de subjectieve rechten van de verzoeker, zal het louter ongedaan maken van de rechtsgevolgen van de bestreden handeling door de nietigverklaring ervan, vaak reeds voldoende zijn om het rechtsherstel te verwezenlijken dat de verzoeker voor de Raad van State nastreeft. In bepaalde gevallen zal het door de verzoeker nagestreefde rechtsherstel, om volkomen te zijn, toch nog meer vereisen dan wat de Raad van State in het dictum van zijn arrest kan geven, en zal inzonderheid uit de in het arrest deugdelijk bevonden vernietigingsgrond volgen dat de overheid die haar rechtsplicht niet is nagekomen, nog tot een bijkomend rechtsherstel is gehouden. In die gevallen houdt het gezag van gewijsde van het annulatiearrest niet alleen een onthoudingsplicht in ten aanzien van de overheid tegen wie de vernietiging is uitgesproken, maar ook een actieve handelplicht. Zij moet namelijk alle handelingen verrichten die nodig zijn opdat de veiligheid wordt gesteld.

4. Ingeval een annulatiearrest niet of slechts onvolledig wordt uitgevoerd, of ingeval de overheid handelingen verricht in strijd met de onthoudingsplicht die uit het arrest voortvloeit, staan verschillende mogelijkheden open voor de rechtzoekende.

Hij kan in de eerste plaats het optreden van de overheid in strijd met het vernietigingsarrest aanvechten in een nieuw annulatieberoep, in voorkomend geval met toepassing van artikel 14, tweede lid, R.v.St.-Wet. Schending van het gezag

¹ R.v.St., nr. 20.599, 30 september 1980, *Arr. R.v.St.*, 1980, 1240, overweging 1.8; BERCKX, P., «Problemen van de ontvankelijkheid van een verzoek tot rechtsherstel na rechtsweigering waarvoor in het geschreven recht geen oplossing te vinden is», *T.B.P.*, 1981, (342), 349-340.

² R.v.St., nr. 20.599, 30 september 1980, *Arr. R.v.St.*, 1980, 1240, overweging 2.1; R.v.St., nr. 22.446, 8 juli 1982, *Arr. R.v.St.*, 1982, 1260 (overweging 8.3.3.2).

³ R.v.St., nr. 20.599, 30 september 1980, *Arr. R.v.St.*, 1980, 1240 (overwegingen 2.1 en 2.2).

van gewijsde van een vernietigingsarrest vormt immers een vernietigingsgrond die door de Raad van State als middel van openbare orde zelfs ambtshalve wordt opgeworpen.⁴ Eventueel kan hij eveneens de schorsing van de handeling of onthouding in strijd met het eerder gewezen annulatiearrest vorderen, en kan hij bovendien vorderen dat de Raad van State voorlopige maatregelen beveelt. Een nieuw annulatiearrest zal evenwel veelal dezelfde uitvoeringsproblemen meebrengen. In elk geval biedt deze rechtsgang geen oplossing in geval van volgehouden onwil van de overheid.

De niet- of onvolkomen uitvoering van een annulatiearrest binnen een redelijke termijn, of het handelen in strijd met het gezag van gewijsde van het arrest, brengt vervolgens de buitencontractuele aansprakelijkheid van de overheid in het gedrang. De rechtzoekende kan de overheid dan ook dagvaarden voor de burgerlijke rechtbank en vergoeding eisen van de schade die hij heeft geleden door haar onwil of nalatigheid.⁵ Een geldelijke veroordeling voor de niet-uitvoering van een arrest zal echter niet steeds mogelijk zijn. Bovendien heeft een dergelijke veroordeling niet noodzakelijk tot gevolg dat de wettigheid wordt hersteld. Zij houdt integendeel impliciet zelfs de erkenning in dat de overheid de keuze heeft hetzij het arrest uit te voeren, hetzij een vergoeding te betalen.⁶

5. In het verleden is meermaals gebleken dat die twee rechtsmiddelen niet voldoende waren om te bereiken wat men eigenlijk nastreefde, namelijk de eerbiediging door de overheid van het gezag van gewijsde van een vernietigingsarrest. De Raad van State heeft dan ook zelf een middel gezocht in de figuur van de dwangsom om de naleving van zijn arresten kracht bij te zetten. Dat gebeurde voor het eerst in het alom bekende arrest Zoete.⁷ In dat arrest heeft de Raad

van State namelijk op de onwil van de overheid om het gezag van gewijsde van een eerder annulatiearrest in acht te nemen, de sanctie toegepast van de annulatie van een in strijd met het gezag van gewijsde van het eerste arrest verrichte handeling, en heeft hij de overheid daarenboven met toepassing van artikel 1385bis en volgende Ger. W. veroordeeld tot verbeurte van een dwangsom voor het geval zij niet vóór een in het arrest bepaalde datum aan de verzoekende partij het rechtsherstel zou hebben gegeven dat haar uit kracht van de aangenomen vernietigingsgronden verschuldigd was.

Dit arrest werd evenwel door het Hof van Cassatie vernietigd⁸ op grond van de overweging dat de Raad van State in werkelijkheid rechtsherstel zou hebben bevolen, waartoe hij echter niet bevoegd was. De kennisneming van een vordering strekkende tot veroordeling van de overheid om specifiek rechtsherstel te verlenen, behoort immers tot de exclusieve bevoegdheid van de rechterlijke macht. De Raad van State kan, aldus het Hof van Cassatie, enkel overgaan tot vernietiging van akten, zonder dat hij hierbij rechtsherstel kan bevelen. Hij kan dan ook, steeds volgens het Hof, geen hoofdveroordeling uitspreken in de zin van artikel 1385bis Ger. W. en bijgevolg evenmin een dwangsom opleggen.

Ook het Benelux-Gerechtshof heeft bij arrest van 1 juli 1988 geoordeeld dat de uitspraak van de Raad van State in het raam van het annulatiecontentieux, geen hoofdveroordeling uitmaakt in de zin van de Benelux Eenvormige Wet.⁹

6. Nu blijkt uit de arresten de Raad van State uit de artikelen 1385bis en volgende Ger. W. niet de bevoegdheid kon putten om een dwangsom op te leggen, bleef er voor de Raad geen enkele rechtsgrond open die hem een dergelijke bevoegdheid gaf in het raam van de annulatiegeschillen. Deze noodzakelijke rechtsgrond is hem evenwel geboden door de invoering van een nieuw artikel 36 in de gecoördineerde wetten op de Raad van State bij de wet van 17 oktober 1990¹⁰ dat de Raad van State onder bepaalde voorwaarden toestaat een dwangsom op te leggen ten laste van de in gebreke blijvende overheid.

7. Het arrest nr. 55.115 van 13 september 1995 (verkort weergegeven in *T.B.P.*, 1996, 123) houdt een toepassing in door de Raad van State van artikel 36 R.v.St.-Wet, met die bijzonderheid dat het verzoek tot het opleggen van een dwangsom is gebeurd hangende een annulatieberoep dat eerder door dezelfde verzoeker tegen dezelfde vordering was ingeleid.

⁴ R.v.St., nrs. 6.450 en 6.450, 30 juni 1958, *Arr. R.v.St.*, 1958, 644; R.v.St., nr. 14.435, 12 januari 1971, *Arr. R.v.St.*, 1971, 30; R.v.St., nr. 16.727, 20 november 1974, *Arr. R.v.St.*, 1974, 1195; R.v.St., nr. 18.577, 23 november 1977, *Arr. R.v.St.*, 1977, 1394; R.v.St., nr. 30.833, 23 september 1988, *Arr. R.v.St.*, 1988; NIHOUL, P., «La loi du 17 octobre 1990 modifiant les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat», *J.T.*, 1991, (345) 348; VANDER STICHELE, A., «Voor een betere uitvoering van de arresten van de Raad van State», in *Liber Amicorum Frédéric Dumon*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1983 (1987) 988-990; VAN OEVELEN, A., «Tot hoever mag het door de Raad van State verleende rechtsherstel bij een vernietigingsarrest reiken? Enige beschouwingen bij het cassatiearrest van 23 maart 1984», *R.W.*, 1984-85, (1413), 1418.

⁵ NIHOUL, P., «La loi du 17 octobre 1990 modifiant les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat», *J.T.*, 1991, (345) 348; STORME, M., «Zoute nootjes bij 'zoete' arresten», *R.W.*, 1984-85, 1411; VANDER STICHELE, A., «Voor een betere uitvoering van de arresten van de Raad van State», in *Liber Amicorum Frédéric Dumon*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1983, (1987), 988-989; VAN OEVELEN, A., «Tot hoever mag het door de Raad van State verleende rechtsherstel bij een vernietigingsarrest reiken? Enige beschouwingen bij het cassatiearrest van 23 maart 1984», *R.W.*, 1984-85, (1413) 1431-1432.

⁶ NIHOUL, P., «La loi du 17 octobre 1990 modifiant les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat», *J.T.*, 1991, (345) 348; VANDER STICHELE, A., «Voor een betere uitvoering van de arresten van de Raad van State», in *Liber Amicorum Frédéric Dumon*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1983, (1987) 988-991.

⁷ R.v.St., nr. 22.446, 8 juli 1982, *Arr. R.v.St.*, 1982, 1260, *R.W.*, 1982-83, 1633.

⁸ Cass. 23 maart 1984, *R.W.*, 1984-85, 15, concl. proc.-gen. KRINGS, E., *Rev. Comm.*, 1984, 95, met noot.

⁹ Benelux Gerechtshof, 1 juli 1988, *R.W.*, 1988-89, 145, concl. eerste adv.-gen. WAMPACH, C., *J.L.M.B.*, 1988, 1201, noot HAUBERT, B. en PANIER, CH. Dit arrest werd uitgesproken op een prejudiciële vraag omtrent de toepassing van de Benelux Eenvormige Wet op de dwangsom, die de Raad van State heeft gesteld naar aanleiding van een ander, zeer flagrant geval van onwil van de overheid om het gezag van gewijsde van een annulatiearrest te eerbiedigen (R.v.St., nr. 27.479, 28 januari 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 327, *T. Gem.*, 1988, 31, noot VANDENDRIESSCHE, A.).

¹⁰ Wet tot wijziging van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, en van de wet van 5 april 1955 inzake de wedden van ambtsdragers bij de Raad van State, *B.S.*, 13 november 1990.

Het betreft een geval waarin de overheid, na een eerder vernietigingsarrest, een nieuwe rechtshandeling heeft verricht die in strijd zou zijn met het gezag van gewijsde van het arrest. De verzoekende partij heeft i.c. twee sporen gevolgd om het gezag van dit arrest af te dwingen. Zij heeft een annulatieberoep ingesteld tegen de bedoelde handeling. Nadien heeft zij bovendien bij een afzonderlijk verzoekschrift met toepassing van artikel 36 R.v.St.-Wet ook nog gevorderd dat de Raad van State de intrekking van deze handeling zou bevelen op verbeurte van een dwangsom. In het genoemde arrest doet de Raad van State uitspraak over deze laatste vordering.

8. De feiten die aanleiding hebben gegeven tot het geding zijn de volgende.

Luidens artikel 5 K.B. van 20 juli 1972 betreffende de bescherming van vogels¹¹ is het te allen tijde en om het even waar verboden in het wild levende vogelsoorten, evenals hun eieren, jongen en pluimen, onder zich te hebben, ten verkoop voorhanden te hebben, te kopen, te verkopen, te koop te stellen of te vragen en te leveren. Artikel 6 van dit K.B. maakt hierop evenwel een uitzondering en bepaalt dat het, afgezien van bepaalde beperkingen, geoorloofd is om de vogels vermeld in bijlagen 1 en 2 van dit besluit evenals hun eieren, jongen en pluimen, onder zich te hebben of te ruilen. Artikel 7 laat bovendien in zekere mate toe dat de vogels vermeld in bijlage 2, worden vervoerd.

De bijlage die in casu in het geding is, is de tweede bijlage bij het koninklijk besluit van 20 juli 1972. Deze bijlage bevat een opsomming van een aantal vogelsoorten waarop de uitzonderingen op het verbod van artikel 5 van toepassing zijn. Onder andere de Europese kanarie is opgenomen in deze bijlage.

De bedoelde bijlage werd in haar geheel vervangen bij besluit van de Waalse Gewestsexecutieve van 1 juli 1982.¹² De V.Z.W. «Ligue belge pour la protection des oiseaux» stelde tegen dit besluit een annulatieberoep in bij de Raad van State, in zoverre het het houden en ruilen van de Europese kanarie toestaat. De V.Z.W. ontleende een enig middel aan de schending van artikel 13 van de Benelux-overeenkomst van 10 juni 1970 op het gebied van de jacht en de vogelbescherming, goedgekeurd bij wet van 29 juli 1971. Luidens deze overeenkomst en haar uitvoering bij beschikking van het Comité van Ministers is het verboden wilde vogels te vangen, te bezitten, te vervoeren en ten vervoer aan te bieden. Hierop worden weliswaar een aantal uitzonderingen gemaakt, doch de Europese kanarie behoort niet tot deze uitzonderingen. Artikel 13 van de overeenkomst laat binnen bepaalde grenzen afwijkingen toe van de bepalingen ervan. Als deze afwijkende maatregelen voor meer dan drie maanden worden genomen, moet daaromtrent bovendien tevoren overeenstemming zijn bereikt in het Comité van Ministers.

Aangezien het Waalse Gewest die toestemming niet had gekregen om een minder verregaande bescherming in te voeren voor de Europese kanarie, heeft de Raad het middel gegrond bevonden en bij arrest van 6 december 1985 in de bestreden bepaling van het besluit van de Waalse Gewestsex-

cutieve van 1 juli 1982 de woorden «Europese kanarie (*Serinus serinus*)» vernietigd.

Daarmee is het verhaal echter niet ten einde.

Op 14 juli 1994 heeft de Waalse Regering een besluit uitgevaardigd betreffende de bescherming van de vogels in het Waalse Gewest.¹³ Dit besluit houdt een verregaande bescherming in van in het wild levende vogels. Wat betreft het houden van vogels die voortkomen uit de kweek, bepaalt artikel 54 van het besluit dat alleen het houden van vogels voortkomend uit de kweek van de vogelsoorten in bijlage II bij dit besluit onder bepaalde voorwaarden geoorloofd is. Tot deze vogelsoorten behoort... de Europese kanarie.

Opnieuw treedt de V.Z.W. «Ligue royale belge pour la protection des oiseaux» in actie. Op 17 november 1994 stelt zij een vordering tot annulatie van het regeringsbesluit in. Bij aangetekende brief van 16 januari 1995 maant zij de Waalse regering bovendien aan om dan het besluit in te trekken voor zover het refereert aan de Europese kanarie, bij gebreke waarvan zij toepassing zou maken van de procedure van artikel 36 R.v.St.-Wet. Zij stelt in dit verband dat het besluit, voor zover het de Europese kanarie vermeldt in zijn tweede bijlage, het gezag van gewijsde van het arrest van 6 december 1985 schendt. Bij schrijven van 16 februari 1995 laat de Waalse regering weten dat zij weigert in te gaan op de aanmaning. Zij motiveert dit door te stellen dat de beslissing van de Raad van State over het ingestelde annulatieberoep moet worden afgewacht.

De V.Z.W. «Ligue royale belge pour la protection des oiseaux» wacht deze uitspraak evenwel niet af. Hangende het annulatieberoep dient zij op 7 maart 1995 een verzoekschrift in waarbij zij de Raad van State uitnodigt om de Waalse regering te bevelen de verwijzing naar de Europese kanarie in de tweede bijlage bij het regeringsbesluit van 14 juli 1994 in te trekken en het te wijzen arrest te publiceren binnen vijftien dagen na betekening ervan, dit alles onder verbeurte van een dwangsom van 15 miljoen Belgische frank per dag vertraging.

Bij het arrest nr. 55.115 van 13 september 1995 heeft de Raad geoordeeld dat het gezag van gewijsde van het arrest van 6 december 1985 niet is geschonden, aangezien artikel 54 en volgende van het regeringsbesluit van 14 juli 1994 slechts de gekweekte vogels betreft en niet wordt bewezen dat deze vogels afstammen van exemplaren waarvan het houden verboden is ingevolge dat arrest. De vordering tot het opleggen van een dwangsom wordt dan ook verworpen.

9. Drie procedureproblemen met betrekking tot de toepassing van het eerder genoemde artikel 36 R.v.St.-Wet komen in het arrest aan bod.

In de eerste plaats spreekt de Raad van State zich uit over de vraag of artikel 36 R.v.St.-Wet kan worden toegepast om de eerbiediging van het gezag van gewijsde af te dwingen van een arrest dat is gewezen vóór de inwerkingtreding op 13 november 1990 van de wet van 17 oktober 1990,¹⁴ een procedurevraag die ook reeds in vroegere rechtspraak aan bod is gekomen.

¹¹ B.S., 1 augustus 1972.

¹² B.W. Gew. Ex. 1 juli 1982 tot wijziging van het koninklijk besluit van 20 juli 1972 betreffende de bescherming van vogels, B.S., 30 juli 1982.

¹³ B.S., 21 september 1994.

¹⁴ In casu strekt de vordering tot het opleggen van een dwangsom tot het afdwingen van de eerbiediging van het gezag van gewijsde van een arrest van 6 december 1985!

Vervolgens geeft de Raad een antwoord op de vraag of een verzoeker gelijktijdig de procedure van het annulatieberoep en de procedure van de dwangsom bij de Raad van State kan volgen om de overheid te dwingen het gezag van gewijsde van een eerder gewezen annulatiearrest te eerbiedigen.

Ten slotte komt de ontvankelijkheidsvoorwaarde van een vordering tot het opleggen van een dwangsom aan bod die hierin bestaat dat minstens drie maanden moeten zijn verlopen vanaf de betekening van het annulatiearrest alvorens een vordering tot het opleggen van een dwangsom kan worden ingesteld.

Die drie procedurevragen worden hierna besproken, nadat echter eerst in het kort de gevallen waarin en de voorwaarden waaronder de Raad van State met toepassing van artikel 36 R.v.St.-Wet een dwangsom kan opleggen, in herinnering worden gebracht.

II. Artikel 36 R.v.St.-Wet

10. Artikel 36 R.v.St.-Wet geeft aan de Raad van State onder bepaalde voorwaarden de bevoegdheid om een dwangsom uit te spreken, en dit in het raam van annulatiegeschillen.¹⁵

Zoals eerder reeds werd gesteld, rust ingevolge het gezag van gewijsde van een annulatiearrest, op de overheid een dubbele verplichting. De overheid is in voorkomend geval ingevolge het annulatiearrest gehouden door een handelingsplicht, en zal alle maatregelen moeten nemen die nodig zijn voor de tenuitvoerlegging van het arrest. Bovendien impliceert een annulatiearrest steeds een onthoudingsplicht. De overheid mag geen handelingen verrichten die ingaan tegen het arrest.

Parallel aan deze dubbele verplichting, regelt artikel 36 R.v.St.-Wet twee gevallen waarin de Raad van State een dwangsom kan opleggen.

11. In de eerste fase kan, wanneer het herstel van de wetigheid inhoudt dat de vernietiging moet worden gevolgd door een nieuwe overheidsbeslissing of overheidshandeling,

¹⁵ De bevoegdheid van de Raad van State om met toepassing van artikel 36 R.v.St.-Wet een dwangsom uit te spreken betreft inderdaad enkel de annulatiegeschillen. Bij wet van 19 juli 1991 houdende invoering van een administratief kort geding, heeft de Raad eveneens de bevoegdheid gekregen om de overheid te veroordelen tot betaling van een dwangsom voor het geval zij een schorsingsarrest niet zou uitvoeren. Deze bevoegdheid is geregeld in artikel 17, § 5, R.v.St.-Wet.

Bij dezelfde wet heeft de Raad van State bovendien de bevoegdheid gekregen om, ingeval een vordering tot schorsing is ingesteld, alle voorlopige maatregelen te bevelen die nodig zijn om de belangen van de partijen en van andere belanghebbenden veilig te stellen (artikel 18 R.v.St.-Wet). Er was echter niet expliciet voorzien in een mogelijkheid voor de Raad om zo nodig de uitvoering van deze voorlopige maatregelen kracht bij te zetten met een dwangsom. Artikel 18, vijfde lid, R.v.St.-Wet werd evenwel in die zin gewijzigd bij de wet van 22 december 1992.

Ten slotte heeft de wetgever bij de wet van 17 oktober 1990 in nog twee meer marginale gevallen eveneens voorzien in de mogelijkheid voor de Raad van State om de overheid te veroordelen tot betaling van een dwangsom. Het betreft twee gevallen waarin de Raad van State de neerlegging van het administratief dossier kan bevelen onder verbeurte van een dwangsom (artikel 21, vierde lid, R.v.St.-Wet respectievelijk artikel 2bis, § 2, i.f. R.v.St.-Wet).

doch de overheid nalaat op te treden, de persoon op wiens verzoek de nietigverklaring is uitgesproken, de Raad van State verzoeken aan de betrokken overheid een dwangsom op te leggen.

Deze hypothese waarin de Raad van State een dwangsom kan uitspreken, viseert dus die gevallen waarin op de overheid een *verplichting* rust om een handeling te verrichten ter uitvoering van een annulatiearrest. Daarbij is het evenwel irrelevant of deze handeling past binnen een discretionaire dan wel een gebonden bevoegdheid van de overheid. De dwangsom betreft immers het verrichten van de handeling als zodanig en niet de concrete inhoud ervan.¹⁶ Wanneer evenwel de tenuitvoerlegging van het arrest facultatief is of wanneer de overheid een appreciatiebevoegdheid behoudt omtrent de wijze waarop zij rechtsherstel kan bieden, kan de Raad van State geen dwangsom bevelen.¹⁷ De Raad mag immers niet in de plaats treden van de overheid en niet zelf bepalen op welke wijze deze haar discretionaire bevoegdheid moet uitoefenen. Dit neemt echter niet weg dat de overheid het gezag van gewijsde van het annulatiearrest moet eerbiedigen. Wanneer zij een handeling verricht met negatie van dit gezag van gewijsde, kan de Raad van State, zoals hierna zal blijken, bestraffend optreden en de intrekking van deze handeling bevelen op verbeurte van een dwangsom.

12. Wanneer uit een vernietigingsarrest voor de overheid een onthoudingsverplichting ten aanzien van bepaalde beslissingen volgt, kan de persoon op wiens verzoek de nietigverklaring is uitgesproken, de Raad van State vervolgens verzoeken om de overheid het bevel te geven, op verbeurte van een dwangsom, de beslissing in te trekken die ze zou hebben genomen met niet-naleving van deze onthoudingsverplichting.

Deze tweede hypothese, die in het initiële wetsontwerp dat tot de wet van 17 oktober 1990 heeft geleid, niet werd behandeld, verruimt het toepassingsgebied van artikel 36 R.v.St.-Wet aanzienlijk. Is het aantal arresten waaruit een verplichting volgt voor de overheid om een nieuwe handeling te verrichten immers beperkt, dan houdt elk annulatiearrest nochtans de verplichting in voor de overheid om zich te onthouden van elk handelen dat strijdig is met het gezag van gewijsde van het annulatiearrest.

13. Enkel degene op wiens verzoek een annulatiearrest is uitgesproken, kan op ontvankelijke wijze een vordering tot het opleggen van een dwangsom inleiden. Hij kan dit bovendien slechts doen in een van het annulatieberoep onderscheiden procedure. Degene die de annulatie heeft verkregen, zal een nieuw verzoekschrift moeten indienen en pas nadat de Raad van State heeft vastgesteld dat de overheid het vernietigingsarrest daadwerkelijk niet of niet volledig

¹⁶ Zo zal bijvoorbeeld de annulatie van een beslissing waarbij een vergunning wordt geweigerd, impliceren dat de bevoegde overheid opnieuw uitspraak moet doen over de vergunningsaanvraag. Wanneer zij in gebreke blijft dit te doen, kan de Raad van State haar daartoe dwingen onder verbeurte van een dwangsom. De Raad zal haar echter niet kunnen bevelen een vergunning toe te kennen, aangezien de overheid in de zaak over een discretionaire bevoegdheid beschikt en de Raad van State niet in de plaats van het bestuur mag treden. De sanctie van de dwangsom kan dan ook niet slaan op een eventuele verplichting om een vergunning toe te staan.

¹⁷ Zie bijvoorbeeld R.v.St., nr. 39.057, 25 maart 1992, R.A.C.E., 1992.

heeft uitgevoerd of daar haar optreden het gezag van gewijsde van het arrest daadwerkelijk heeft genegeerd, kan de Raad van State een dwangsom uitspreken.¹⁸

14. Opdat het verzoek tot veroordeling van de overheid tot de verbeurte van een dwangsom ontvankelijk zij, moet de verzoeker de overheid voorafgaand aan het verzoek, bij ter post aangetekende brief aanmanen tot het nemen van een nieuwe beslissing.¹⁹ Bovendien moeten ten minste drie maanden zijn verlopen vanaf de kennisgeving van het arrest.²⁰

Het verzoekschrift waarin een dwangsom wordt gevorderd, is slechts ontvankelijk nadat de overheid expliciet geweigerd heeft gehoor te geven aan de aanmaning tot het nemen van een nieuwe beslissing of, bij stilzwijgen van de overheid, nadat een termijn van één maand volgend op de aanmaning is verstreken.²¹

15. De dwangsom wordt luidens artikel 36, §1, eerste lid, R.v.St.-Wet opgelegd aan «de betrokken overheid». Bedoeld wordt de publiekrechtelijke rechtspersoon, waarvan de ambtenaar die of het bestuurscollege dat de vernietigde handeling heeft verricht, een orgaan is. De dwangsom kan dus niet worden uitgesproken ten aanzien van de individuele overheidspersoon die of de individuele leden van het college dat de handeling heeft verricht.²²

16. Aangenomen moet worden dat artikel 36 R.v.St.-Wet de Raad van State niet alleen de bevoegdheid geeft om een dwangsom uit te spreken, maar de Raad van State ook een minstens beperkte injunctiebevoegdheid geeft.²³ Dit volgt in de eerste plaats uit artikel 36 R.v.St.-Wet zelf, minstens voor zover het verzoek een geval betreft waarin de overheid een handeling heeft verricht in strijd met een onthoudingsplicht die volgt uit het annulatiearrest. Artikel 36, §1, eerste lid, geeft aan de Raad in dit geval immers de bevoegdheid om de overheid *het bevel te geven*, op verbeurte van een dwangsom, de beslissingen in te trekken die zij zou hebben genomen met schending van de uit het annulatiearrest voortvloeiende onthoudingsplicht.

¹⁸ Dit is anders in de schorsingsregeling, waar wel reeds in het schorsingsarrest zelf een dwangsom kan worden opgelegd. Hetzelfde geldt voor de dwangsom binnen het bevelen van de voorlopige maatregelen.

¹⁹ Artikel 36, §1, tweede lid, R.v.St.-Wet; R.v.St., nr. 38.295, 10 december 1991, *Arr. R.v.St.*, 1991; R.v.St., nr. 43.537, 29 juni 1993, *Arr. R.v.St.*, 1993.

²⁰ Artikel 36, §1, tweede lid, R.v.St.-Wet; R.v.St., nr. 40.568, 1 oktober 1992, *Arr. R.v.St.*, 1992.

²¹ Artikel 2, tweede lid, K.B. 2 april 1991 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling administratie van de Raad van State inzake de dwangsom.

²² Merk op dat, in het arrest Zoete, de Raad van State wel de individuele leden van het college dat de beslissing moest nemen, in solidum veroordeeld heeft tot de verbeurte van een dwangsom en niet de overheid zelf van wie de beslissing moest uitgaan (R.v.St., nr. 22.446, 8 juli 1982, *R.W.*, 1982-83, 1633).

²³ De Raad van State beschikt niet over een dergelijke bevoegdheid wanneer hij een uitspraak doet met toepassing van artikel 14 R.v.St.-Wet. Dit belet evenwel niet dat de Raad van State in het annulatiearrest reeds een vingerwijziging geeft over de manier waarop rechtsherstel moet worden geboden, zodat de overheid ook precies weet wat haar te doen staat om het arrest uit te voeren. Zie LUST, S., bespreking van artikel 36 R.v.St.-Wet in *Publiek Procesrecht, Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, los bl.

Maar ook ingeval de dwangsom wordt gevraagd als sanctie van het uitblijven van een nieuwe handeling die nochtans moet volgen op het annulatiearrest, heeft de Raad van State een injunctiebevoegdheid. Dit volgt alleen reeds uit de aard zelf van de figuur van de dwangsom, die steeds accessoir is aan een «hoofdveroordeling». Een dwangsom wordt opgelegd voor het geval aan de hoofdveroordeling niet wordt voldaan. Het bestaan van een dergelijke hoofdveroordeling is dan ook een conditio sine qua non opdat een dwangsom kan worden opgelegd.

Wanneer de Raad van State de overheid veroordeelt tot betaling van een dwangsom, zal hij dan ook moeten aangeven welke de prestatie of onthoudingsplicht is die uit het annulatiearrest voortvloeit en die de overheid niet heeft nageleefd, en welke de maatregelen zijn die zij moet nemen om deze verplichting alsnog te honoreren en de wettigheid te herstellen.²⁴

De bevoegdheid waarover de Raad van State beschikt op grond van artikel 36 R.v.St.-Wet blijft dus niet beperkt tot het enkele opleggen van een dwangsom aan de in-gebreke blijvende overheid. De Raad kan en moet, wanneer hij de overheid veroordeelt tot betaling van een dwangsom, haar bovendien bevelen die handelingen te verrichten die nodig zijn om het gezag van gewijsde van het annulatiearrest in acht te nemen en de wettigheid te herstellen. Aldus doet de Raad van State in feite niets meer dan verduidelijken welke de concrete verplichtingen zijn die op de overheid rusten ingevolge wat de Raad zelf noemt het «declaratief effect» van de deugdelijk bevonden vernietigingsgronden.²⁵ De Raad van State beschikt evenwel enkel over deze bevoegdheid wanneer hij aan de injunctie tegelijk ook de verbeurte van een dwangsom verbindt.

De Raad zal zich bij het uitoefenen van zijn injunctiebevoegdheid bewust moeten zijn van de grondwettelijke beperkingen van zijn bevoegdheid. Hij mag namelijk enkel maatregelen bevelen om de wettigheid te herstellen, zonder daarbij werkelijk rechtsherstel te verlenen. Zodra de verplichting die de verzoeker wenst af te dwingen via de figuur van de dwangsom niet meer onmiddellijk uit het annulatiearrest zelf voortvloeit, maar een werkelijk herstel in natura betreft, zal de Raad van State de vordering moeten afwijzen. Enkel de gewone hoven en rechtbanken zijn immers bevoegd om rechtsherstel te verlenen, aangezien in een dergelijk geval subjectieve rechten in het geding zijn.²⁶

Bovendien mag de Raad van State niet in de plaats van de overheid treden.²⁷ Ingeval het in gebreke blijven van de overheid hierin bestaat dat zij niet die maatregelen neemt die nodig zijn om het annulatiearrest uit te voeren, zal de

²⁴ Commissieverslag, *Gedr. St., Senaat*, 1989-90, nr. 984/2, 3; DÉOM, D., «Le recours à l'astreinte», in *La responsabilité des pouvoirs publics*, Brussel, Bruylant, 1991, (457) 466-467; NIHOUL, P. en LEVERT, Ph., «L'astreinte et le Conseil d'Etat. Eléments de jurisprudence», *Adm. Publ. (T.)*, 1993, (12) 20-21; SALMON, J., *Le Conseil d'Etat*, Brussel, Bruylant, 1994, 552.

²⁵ R.v.St., nr. 22.446, 8 juli 1982, *R.W.*, 1982-83, 1633, overweging 8.3.3.2 e.v.

²⁶ Artikel 144, Gw.; Cass., 23 maart 1984, *Rev. Comm.*, 1984, 95, met noot, *R.W.*, 1984-85, 15, concl. proc.-gen. KRINGS, E.

²⁷ R.v.St., nr. 11.533, 1 december 1965, *Arr. R.v.St.*, 1965, 1053, R.v.St., nr. 20.381, 4 juni 1980, *Arr. R.v.St.*, 1980, 744; R.v.St., nr. 21.368, 14 juli 1981, *Arr. R.v.St.*, 1981, 1238.

Raad haar dan ook enkel kunnen bevelen om maatregelen *met een welbepaalde inhoud* te nemen voor zover hij daarmee niet binnen de appreciatiemarge van de overheid treedt. Ingeval de te nemen maatregelen een niet-gebonden bevoegdheid betreffen, zal de Raad de overheid dan ook hooguit kunnen bevelen *dat* deze maatregelen neemt, zonder de concrete inhoud van deze maatregelen aan te geven.

17. Wat betreft de tenuitvoerlegging van de dwangsom, zijn de bepalingen van boek V Ger. W., die betrekking hebben op het beslag en de tenuitvoerlegging van vonnissen en arresten, van overeenkomstige toepassing op de tenuitvoerlegging van arresten van de Raad van State waarin een dwangsom wordt opgelegd. Hoewel de tenuitvoerlegging van het arrest gebeurt op vraag van de verzoeker,²⁸ komt de dwangsom, opgelegd met toepassing van artikel 36 R.v.St.-Wet, hem nochtans niet toe. Zij wordt integendeel toegewezen aan een speciaal daartoe opgericht begrotingsfonds, het «Fonds voor het beheer van de dwangsommen»,²⁹ dat wordt beheerd door de minister van Binnenlandse Zaken of zijn afgevaardigde.³⁰ De middelen die aldus aan het Fonds voor het beheer van de dwangsommen worden toegewezen, zijn bestemd voor de modernisering van de organisatie van de administratieve rechtspraak. Zij worden aangewend bij een in ministerraad overlegd koninklijk besluit.³¹

III. Enkele bijzondere procedureproblemen

A. Werking in de tijd

18. Artikel 36 R.v.St.-Wet is in werking getreden op 13 november 1990.³² Vanaf die datum is de Raad van State bevoegd om de overheid te veroordelen tot betaling van een dwangsom voor het geval dat zij een tegen haar uitgesproken annulatiearrest niet naleeft.

19. Wanneer de vordering tot het opleggen van een dwangsom een annulatiearrest betreft dat dateert van na de inwerkingtreding van artikel 36 R.v.St.-Wet, is er evident geen discussie mogelijk over de bevoegdheid van de Raad om over dit verzoek uitspraak te doen. In het geding dat aanleiding heeft gegeven tot het arrest van de Raad van State nr. 55.115 van 13 september 1995 werd evenwel de bevoegdheid van de Raad van State om een dwangsom op te leggen teneinde de eerbiediging af te dwingen van het gezag van gewijsde van een vernietigingsarrest dat was gewezen vóór de inwerkingtreding van genoemde bepaling, ter discussie gesteld.

De Raad van State heeft hierbij zijn vroegere rechtspraak bevestigd dat het verzoek tot het opleggen van een dwang-

som wel degelijk een annulatiearrest kan betreffen dat is uitgesproken vóór de inwerkingtreding ervan.³³

20. De Raad van State heeft in dit verband zelfs reeds eerder geoordeeld dat niet vereist is dat het verzoek tot het opleggen van een dwangsom dateert van na de inwerkingtreding van artikel 36 R.v.St.-Wet. In het arrest Babylon heeft de Raad een verzoek ontvankelijk bevonden dat nochtans reeds op 17 januari 1987 werd ingediend. De Raad oordeelde dat een rechter, de Raad van State inclusief, zich in zijn einduitspraak bevoegd mag verklaren als de op dat tijdstip geldende wet hem die bevoegdheid toekent, ook al had hij die bevoegdheid nog niet op het tijdstip dat de vordering werd ingesteld. De Raad meende dit te kunnen afleiden uit artikel 3 Ger. W., dat bepaalt dat de wetten op de rechterlijke organisatie, de bevoegdheid en de rechtspleging van toepassing zijn op de hangende rechtsgedingen, zonder dat die worden onttrokken aan de instantie van het gerecht waarvoor zij op geldige wijze aanhangig zijn, en behoudens uitzonderingen bij de wet bepaalt.³⁴

B. Toepassingsgebied van de wachttermijn, van artikel 36, §1, tweede lid, R.v.St.-Wet

21. Een tweede procedureprobleem dat aan bod komt in het arrest nr. 55.115 van 13 september 1995 betreft de vraag naar het toepassingsgebied van de bepaling dat drie maanden verlopen moeten zijn sinds de kennisgeving van het annulatiearrest alvorens een verzoek tot het opleggen van een dwangsom op ontvankelijke wijze kan worden ingediend.³⁵

Deze bepaling is ingegeven door de bezorgdheid van de wetgever om ruimte te laten voor overreding alvorens het dwangmechanisme van de dwangsom in gang wordt gezet.³⁶ De vraag rijst dan ook of, gelet op deze ratio, dit ontvankelijkheidsvereiste steeds van toepassing is, dan wel of er omstandigheden zijn waarin ook vóór het verstrijken van de termijn van drie maanden reeds een verzoekschrift tot het opleggen van een dwangsom kan worden ingediend.

22. In het arrest nr. 55.115 van 13 september 1995 heeft de Raad van State alvast een exceptie van onontvankelijkheid, gebaseerd op de niet-naleving van de wachttermijn van drie maanden, verworpen. Zoals eerder reeds is gebleken, betrof deze uitspraak een geval waarin de overheid een handeling had verricht die naar de mening van de verzoeker in strijd was met de onthoudingsplicht die voortvloeide uit een reeds op 6 december 1985 gewezen annulatiearrest. De verzoeker had de overheid voorafgaandelijk aangemaand tot het intrekken van deze handeling, doch werd geplaagd voor een expliciete weigering van de overheid om gevolg te geven aan deze aanmaning.

²⁸ Artikel 36, § 4, R.v.St.-Wet. De minister van Binnenlandse Zaken moet echter tussenkomen, zodat het optreden van de verzoeker inzake de tenuitvoerlegging van de dwangsom beperkt blijft tot het nemen van het initiatief.

²⁹ Artikel 36, § 5, eerste lid, R.v.St.-Wet.

³⁰ Artikel 25 K.B. 2 april 1991 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling administratie van de Raad van State inzake de dwangsom.

³¹ Artikel 36, § 5, tweede lid, R.v.St.-Wet.

³² Artikel 18, § 1, Wet 17 oktober 1990 tot wijziging van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973 en van de wet van 5 april 1955 inzake de wedden van de ambtsdragers bij de Raad van State.

³³ R.v.St., nr. 37.990, 29 oktober 1991, *Arr. R.v.St.*, 1991, *Adm. Publ. (M.)*, 1991, 129; R.v.St., nr. 38.295, 10 december 1991, *Arr. R.v.St.*, 1991; R.v.St., nr. 38.802, 20 februari 1992, *Arr. R.v.St.*, 1992 (impliciet).

³⁴ R.v.St., nr. 47.474, 17 mei 1994, *T.B.P.*, 843, verslag aud. LEFVER, M.

³⁵ Artikel 36, § 1, tweede lid, R.v.St.-Wet.

³⁶ Commissieverslag, *Gedr. St., Kamer*, 1989-90, nr. 1269/2, 10-11. Dezelfde bezorgdheid lag aan de basis van de keuze van de wetgever om het opleggen van een dwangsom in het raam van het annulatiecontentieux slechts mogelijk te maken na het doorlopen van een afzonderlijke procedure.

De Raad heeft geoordeeld «que, par ailleurs, c'est en vain que la partie adverse fait valoir que le délai de trois mois à compter de la notification de l'arrêt d'annulation n'était pas écoulé au moment de l'introduction de la présente procédure, dès lors que la partie adverse, dans sa réponse du 16 février 1995 annonçait son intention de ne pas déférer à la mise en demeure». De wachtermijn geldt met andere woorden, aldus de Raad van State, alvast niet ingeval de overheid in antwoord op een aanmaning *expliciet* aankondigt geen gevolg te zullen geven aan die ingebrekestelling.³⁷

23. Dit lijkt echter niet de enige hypothese te zijn waarin de wachtermijn van drie maanden niet geldt. Dit ontvankelijkheidsvereiste lijkt in het geheel niet van toepassing te zijn ingeval de vordering tot het opleggen van een dwangsom betrekking heeft op een handeling van de overheid verricht in strijd met de uit een annulatiearrest voortvloeiende onthoudingsplicht. Enkel in die gevallen waarin voor het herstel van de wettigheid wordt vereist dat de overheid een nieuwe beslissing neemt, lijkt deze wachtermijn van toepassing te zijn.³⁸

De wachtermijn van drie maanden is immers bedoeld om de overheid een termijn te geven om de handelingen te verrichten die nodig zijn voor het herstel van de wettigheid. Ingeval het herstel van de wettigheid reeds is bereikt door het enkele feit van de nietigverklaring door de Raad van State van de aangevochten handeling, en er dus geen bijkomend overheidshandelen meer vereist is ter uitvoering van het annulatiearrest, is er dan ook geen enkele reden om de verzoeker nog te verplichten deze wachtermijn te doorlopen.

Het aanvangspunt van deze termijn is trouwens de betekening van het annulatiearrest, en niet de ingebrekestelling zelf. Het is dan ook zeer goed mogelijk dat de termijn van drie maanden reeds verstreken is op het ogenblik dat de overheid het gewraakte handelen verricht. Dit toont des te meer aan dat de wachtermijn geenszins is geschreven voor het geval dat een dwangsom wordt gevorderd ter ondersteuning van een bevel door de Raad van State aan de overheid om een handeling in te trekken die is verricht met niet-naleving van de uit een annulatiearrest voortvloeiende onthoudingsplicht.

24. Overigens had men tijdens de parlementaire voorbereiding enkel de hypothese voor ogen waarin de overheid naliel op te treden in strijd met de handelingsplicht die besloten ligt in een annulatiearrest. De mogelijkheid om een dwangsom te vorderen ingeval wordt gehandeld in strijd met de onthoudingsplicht die voortvloeit uit het gezag van gewijsde van een arrest, was oorspronkelijk niet bedoeld en is pas later aan het wetsontwerp toegevoegd. Het tweede lid

van artikel 36, §1, werd evenwel niet aan die toevoeging aangepast.

25. Uit dat alles kan dan ook worden geconcludeerd dat de verzoeker die wenst te verkrijgen dat aan de overheid het bevel wordt gegeven om een handeling die met niet-naleving van de onthoudingsplicht die voortvloeit uit het annulatiearrest, in te trekken onder verbeurte van een dwangsom, aan geen enkele wachtermijn is gebonden.³⁹

C. Keuze tussen het annulatieberoep en de vordering tot het opleggen van een dwangsom en gelijktijdige aanwending van beide procedures

26. De mogelijkheid die artikel 36 R.v.St.-Wet biedt om een dwangsom te vorderen voor de Raad van State belet niet dat de rechtzoekende ervoor opteert om de eerbiediging van het gezag van gewijsde van een annulatiearrest na te streven door het instellen van een annulatieberoep, in voorkomend geval vergezeld van een vordering tot schorsing en een vordering tot het opleggen van voorlopige maatregelen, gericht tegen de handelingen die verricht zijn in strijd met het gezag van gewijsde van het arrest, of, in voorkomend geval, met toepassing van artikel 14, tweede lid, R.v.St.-Wet, tegen de weigering om de nodige handelingen te verrichten ter uitvoering van het arrest. Vraag is echter of deze twee procedures gelijktijdig kunnen worden aangewend.

27. Bij het arrest nr. 55.115 van 13 september 1995 heeft de Raad van State expliciet bevestigd dat eenzelfde handeling wel degelijk terzelfder tijd het voorwerp kan uitmaken van een annulatieberoep én van een vordering tot het opleggen van een dwangsom: «Considérant (...) qu'aucune disposition légale n'empêche que soit introduite une demande de retrait d'un acte administratif sous peine d'astreinte alors que cet acte fait aussi l'objet d'un recours en annulation de la part de la même requérante».

28. Deze rechtspraak is niet nieuw. Reeds eerder waren er gevallen waarbij eenzelfde verzoeker zowel een annulatieberoep als een vordering tot het opleggen van een dwangsom inleide, beide gericht tegen eenzelfde handeling of weigering te handelen in strijd met het gezag van gewijsde van een eerder door hem uitgelokt annulatiearrest. Soms gebeurden beide verzoeken zelfs in eenzelfde verzoekschrift. De Raad besloot niet tot de ontvankelijkheid van het ene of het andere verzoek. Hieruit blijkt impliciet dat naar het oordeel van de Raad van State beide procedures inderdaad terzelfder tijd kunnen worden aangewend.⁴⁰

³⁹ DÉOM, D., «Le recours à l'astreinte», in *La responsabilité des pouvoirs publics*, Brussel, Bruylant, 1991 (457) 468; NIHOUL, P. en LEVERT, PH., «L'astreinte et le Conseil d'Etat. Eléments de jurisprudence», *Adm. Publ. (T.)*, 1993, (12) 27; SALMON, J., *Le Conseil d'Etat*, Brussel, Bruylant, 1994, 552.

⁴⁰ Het arrest De Caster nr. 38.295 van 10 december 1991 (*Arr. R.v.St.*, 1991) betrof een geval waarin gelijktijdig en zelfs bij hetzelfde verzoekschrift een annulatieberoep en een vordering tot het opleggen van een dwangsom werden ingeleid. Beide vorderingen werden ten gronde behandeld. Hoewel beide vorderingen erop gericht waren de overheid te dwingen tot het eerbiedigen van het gezag van gewijsde van eenzelfde annulatiearrest, hadden ze nochtans niet hetzelfde voorwerp. Het annulatieberoep betrof een beslissing tot herbenoeming van een persoon wiens benoeming in een eerder annulatiearrest was vernietigd. Het annulatieberoep werd in-

³⁷ De Raad had de exceptie eigenlijk ook gewoon kunnen afwijzen door te zeggen dat ze kennelijk ongegrond was, nu het arrest waarvan de eerbiediging van het gezag van gewijsde wordt afgedwongen, reeds meerdere jaren eerder werd betekend, namelijk op 18 december 1985.

³⁸ Hetzelfde geldt overigens voor het ontvankelijkheidsvereiste dat de overheid voorafgaand moet worden aangemaand «tot het nemen van een nieuwe beslissing» (artikel 36, §1, tweede lid, R.v.St.-Wet). In het geval dat uit een annulatiearrest enkel een onthoudingsplicht voortvloeit, moet de overheid voor het herstel van de wettigheid immers geen enkele handeling verrichten, zodat een aanmaning alvast geen bestaansreden heeft.

29. De mogelijkheid om de twee procedures gelijktijdig aan te wenden teneinde eenzelfde doel te bereiken, namelijk de overheid ertoe te brengen het gezag van gewijsde van een annulatiearrest te eerbiedigen, roept een aantal bedenkingen op.

Allereerst kan men zich afvragen welke procedure uiteindelijk het meest adequaat zal zijn om het nagestreefte doel te bereiken. De procedure tot het opleggen van een dwangsom is immers weliswaar een snellere procedure dan de annulatieprocedure, doch het resultaat van een annulatie is op het eerste gezicht radicaler dan dat van een procedure tot het opleggen van een dwangsom. De annulatieprocedure zal immers leiden tot de vernietiging *ex tunc* van de bestreden beslissing, waardoor deze onmiddellijk uit de rechtsorde verdwijnt. De dwangsomprocedure leidt daarentegen enkel tot een injunctie, waarna het verder optreden van de overheid nodig zal zijn om de bestreden handeling te doen ophouden of verdwijnen, zij het dat de veroordeelde overheid door de dwangsom toch een financiële prikkel zal krijgen om snel op te treden. Niettemin zal deze laatste procedure, zoals hierna zal blijken, in bepaalde omstandigheden toch adequater zijn in het licht van het nagestreefte doel.

30. Een onderscheid moet worden gemaakt naargelang de aard van de verplichting die voortvloeit uit het gezag van gewijsde van het annulatiearrest en waarvan de naleving wordt afgedwongen. Met name moet een onderscheid worden gemaakt naargelang de procedure tot voorwerp heeft een handeling die werd verricht in strijd met de onthoudingsplicht die uit het gezag van het annulatiearrest voortvloeit, dan wel de expliciete of impliciete weigering van de overheid om gevolg te geven aan een handelingsplicht die op haar rust ingevolge dit gezag van gewijsde.

31. Wanneer ingevolge het gezag van gewijsde van een annulatiearrest op de overheid een handelingsplicht rust, doch

gewilligd. De vordering tot verbeurte van een dwangsom betrof niet diezelfde beslissing, maar had betrekking op de weigering van de overheid de verzoeker te benoemen. Deze vordering werd verworpen om reden dat uit het eerdere annulatiearrest niet kon worden afgeleid dat de verzoeker aanspraak kon maken op de litigieuze benoeming. Het feit dat de vordering tot dwangsom in casu een ander voorwerp had dan het annulatieberoep verklaart waarom de Raad van State deze eerste vordering ten gronde heeft kunnen behandelen en zij niet haar voorwerp is verloren ingevolge de annulatie van de herbenoemingsbeslissing, waartoe de Raad reeds had besloten (*infra*).

Eén van de bekendste arresten waarbij de Raad van State in het raam van het annulatiecontentieux een dwangsom heeft uitgesproken met toepassing van artikel 36 R.v.St.-Wet, is ongetwijfeld het arrest Lavent nr. 38.802 van 20 februari 1992 (*Arr. R.v.St.*, 1992). Ook in dat geval werden beide procedures parallel toegepast. De verzoeker heeft namelijk gevorderd dat de Raad van State de overheid onder verbeurte van een dwangsom zou bevelen de handelingen te verrichten die nodig zijn opdat een eerder gewezen annulatiearrest kan uitgevoerd (namelijk het nemen van een beslissing over een hoger beroep, door verzoeker reeds op 7 augustus 1973 ingesteld, tegen een beslissing waarbij een milieuvergunning werd geweigerd), en heeft gelijktijdig de vernietiging gevraagd van de stilzwijgende beslissing waarbij de overheid heeft geweigerd deze handelingen te stellen. De Raad heeft de vordering tot het opleggen van een dwangsom ingewilligd. Het beroep tot nietigverklaring werd verworpen nadat ter terechtzitting was gebleken dat de verzoeker aan deze vordering verzaakte.

deze, hoewel daartoe aangemaand, weigert op te treden, staat de rechtzoekende voor een keuze.

Hij kan de weigering van de overheid aanvechten door middel van een annulatieberoep, in voorkomend geval met toepassing van artikel 14, tweede lid, R.v.St.-Wet. Hij kan vervolgens ook met toepassing van artikel 36 R.v.St.-Wet vorderen dat de Raad van State de overheid het bevel geeft haar rechtsplicht na te leven op verbeurte van een dwangsom.

32. De vernietiging van de weigeringsbeslissing zal de verzoeker niet het rechtsherstel bieden dat hij nochtans nastreeft. Een vernietiging van een weigeringsbeslissing heeft immers niet tot gevolg dat het voordeel dat onrechtmatig werd geweigerd, nu wel verkregen is.⁴¹ De Raad van State kan zijn beslissing immers niet in de plaats stellen van die van de overheid, zelfs niet wanneer de overheid over een geboden bevoegdheid beschikt.

De annulatie van de weigeringsbeslissing zal in de praktijk hooguit tot gevolg hebben dat de overheid wordt aangezet om op te treden. Het gezag van gewijsde van het arrest verplicht haar nochtans tot handelen, doch de verzoeker zal voor dezelfde uitvoeringsproblemen blijven staan als waar hij ook na het eerste annulatiearrest reeds voor werd geplaatst. De rechtsplicht die op de overheid rust, zal immers weliswaar doorgaans nader worden geconcretiseerd in het annulatiearrest. De Raad kan de overheid echter niet bevelen deze rechtsplicht ook na te komen. Hij beschikt immers over geen enkele injunctiebevoegdheid in het raam van het annulatiecontentieux.⁴² Wanneer de overheid volhardt in haar onwil om het eerder gewezen annulatiearrest uit te voeren, zal de rechtzoekende andermaal een proceduremiddel moeten aanwenden om het met zijn annulatieberoep beoogde rechtsherstel te verkrijgen.

33. Ook na de inwilliging van een vordering tot het opleggen van een dwangsom moet de veroordeelde overheid nog optreden om de gevraagde handelingen te verrichten. De Raad van State kan evenwel in het arrest waarmee hij uitspraak doet op een dergelijke vordering, de overheid wél het bevel geven om op te treden. Aan het naleven van dit

⁴¹ R.v.St., nr. 41.297, 8 december 1992, *Arr. R.v.St.*, 1992; DE PAUW, A., «De gevolgen van een annulatiearrest van de Raad van State», *T.B.P.*, 1966, (83), 87; FLAMME, M.A., «Pour un contrôle juridictionnel plus efficace de l'Administration», *J.T.*, 1972, (439), 440; NIHOUL, P. en LEVERT, P., «L'astreinte et le Conseil d'Etat. Eléments de jurisprudence», *Adm. Publ. (T.)*, 1993, (12), 23.

⁴² R.v.St., nr. 11.533, 1 december 1965, *Arr. R.v.St.*, 1965, 1053; R.v.St., nr. 19.302, 4 december 1978, *Arr. R.v.St.*, 1978, 1298; R.v.St., nr. 19.958, 5 december 1979, *Arr. R.v.St.*, 1979, 1219; R.v.St., nr. 20.381, 4 juni 1980, *Arr. R.v.St.*, 1980, 744; BLERO, B., «Le droit objectif, les droit subjectifs et l'astreinte en droit Belge», *Adm. Publ. (T.)*, 1991, (113), 119 (met talrijke verwijzingen naar rechtspraak); BLERO, B., «Du contentieux de la suspension et des autres mesures provisoires organisé par la loi du 19 juillet 1991» (noot onder R.v.St., nr. 41.112, 21 november 1992), *Adm. Publ. (T.)*, 1993, (130), 138; FLAMME, M.A., «Pour un contrôle juridictionnel plus efficace de l'Administration», *J.T.*, 1972, (439), 440; NIHOUL, P. en LEVERT, P., «L'astreinte et le Conseil d'Etat. Eléments de jurisprudence», *Adm. Publ. (T.)*, 1993, (12), 18; SALMON, J., *Le Conseil d'Etat*, Brussel, Bruylant, 1994, 513; VANDER STICHELE, A., «De l'exécution des décisions juridictionnelles en matière administrative», *R.J.D.A.*, 1975, (3), 13; WILLOT-THOMAS, M.L., «Les effets juridiques et pratiques des jugements en matière administrative. Rapport belge», *Adm. Publ. (T.)*, 1992, (71), 73-74.

bevel zal hij bovendien een dwangsom verbinden, wat, zeker wanneer het bedrag van de dwangsom hoog genoeg is gesteld, een adequate financiële prikkel is die de overheid ertoe zal aanzetten om met bekwaame spoed over te gaan tot de tenuitvoerlegging van het eerder tegen haar uitgesproken annulatiearrest.

34. Ingeval uit het gezag van gewijsde van een annulatiearrest een handelingsplicht voortvloeit ten aanzien van de overheid en deze in gebreke blijft die verplichting na te komen, zal de vordering tot het opleggen van een dwangsom dan ook een adequater middel zijn om de eerbiediging van het gezag van gewijsde van het arrest af te dwingen dan het annulatieberoep. Deze vordering zal immers leiden tot een bevel aan de overheid om de nodige handelingen te verrichten, waarbij bovendien haar eeuwig gevoelige financiële snaar zal worden geraakt, wat haar ertoe zal aanzetten sneller haar rechtsplicht na te komen. Een annulatieberoep daarentegen zal enkel de vernietiging van de weigering van de overheid om op te treden tot gevolg hebben, zonder dat aan de overheid enig bevel zal worden gegeven. De overheid kan halsstarrig blijven weigeren haar rechtsplicht na te komen, zonder dat dit voor haar onmiddellijke (financiële) gevolgen heeft.

35. Wanneer de overheid vervolgens handelt in strijd met deze onthoudingsplicht, kan de rechtzoekende opnieuw beslissen deze handeling onmiddellijk te bestrijden door middel van een annulatieberoep. Hij kan ook met toepassing van artikel 36 R.v.St.-Wet vorderen dat de Raad de overheid beveelt de gewraakte handeling in te trekken op verbeurde van een dwangsom.

36. In het geval dat een annulatieberoep wordt ingesteld en ingewilligd, zal dit tot gevolg hebben dat de litigieuze beslissing *ex tunc* ongedaan wordt gemaakt, en dit door de werking van het annulatiearrest zelf. Na het succesvol doorlopen van een dwangsomprocedure zal het optreden van de overheid evenwel nog steeds vereist zijn om de handeling uit de rechtsorde te doen verdwijnen. Een uitspraak met toepassing van artikel 36 R.v.St.-Wet leidt immers niet tot de vernietiging van de handeling, doch enkel tot een intrekingsbevel. De dwangsom die hierbij wordt opgelegd, zal de overheid niettemin aanzetten om dit bevel ook snel na te leven.

37. Ingeval de schending van het gezag van gewijsde van een annulatiearrest hierin bestaat dat de overheid een handeling verricht in strijd met de onthoudingsplicht die uit dit arrest voortvloeit, zal de rechtzoekende op het eerste gezicht dus het beste resultaat behalen door het instellen van een vernietigingsberoep. Het resultaat van een dergelijk beroep is immers radicaler dan dat van een vordering tot het opleggen van een dwangsom. Hij zal echter doorgaans sneller tot het beoogde resultaat komen door toepassing te maken van de procedure tot het opleggen van een dwangsom. Het K.B. van 2 april 1991 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling administratie van de Raad van State inzake de dwangsom voorziet immers in een snelle, eenvoudige procedure.⁴³ Een vordering tot het opleggen van een dwang-

som wordt dan ook doorgaans op enkele maanden afgehandeld, terwijl een vernietigingsprocedure gemakkelijk enkele jaren in beslag neemt.

Ingeval toepassing wordt gemaakt van artikel 94 van het procedurereglement, dat een sterk verkorte procedure regelt voor die gevallen waarin het beroep kennelijk gegrond wordt bevonden, zal een annulatieberoep mogelijk toch sneller het beoogde rechtsherstel tot stand brengen. Deze procedure wordt echter uiterst zelden toegepast.

Ook ingeval met toepassing van artikel 17 R.v.St.-Wet de schorsing van de bestreden handeling wordt verkregen, zal het tijdsvoordeel van de procedure tot het opleggen van een dwangsom in belangrijke mate ongedaan worden gemaakt, zeker wanneer bovendien de uiterst dringende noodzakelijkheid wordt aangevoerd en aanvaard. Een schorsingsarrest moet immers, blijkens artikel 17, §4, R.v.St.-Wet, volgen binnen 45 dagen na het instellen van de vordering.⁴⁴ De schorsing zal alvast de litigieuze handeling voorlopig haar uitvoerbaarheid ontnemen.⁴⁵ Binnen zes maanden moet vervolgens een uitspraak ten gronde volgen.⁴⁶

38. Een volgende bedenking die kan worden gemaakt is wat de invloed is van een uitspraak gewezen in de ene procedure op de andere procedure, ingeval beide procedures terzelfder tijd worden aangewend.

Ingeval beide verzoeken gelijktijdig worden behandeld, zal deze vraag van weinig praktisch belang zijn. Aangezien evenwel het K.B. van 2 april 1991 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling administratie van de Raad van State inzake de dwangsom voor de behandeling van een vordering tot het opleggen van een dwangsom een snellere procedure regelt dan de annulatieprocedure, zullen beide vorderingen doorgaans echter afzonderlijk worden behandeld.⁴⁷

rechtsdag volgen. Voor meer details, zie de bespreking van het K.B. van 2 april 1991 in *Publiek procesrecht, artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, losbl.

⁴⁴ Dit is een termijn van orde. De praktijk leert dat een schorsingsprocedure echter gemakkelijk ettelijke maanden in beslag neemt.

⁴⁵ Merk op dat de schorsing van de tenuitvoerlegging van een administratieve overheidshandeling niet tot gevolg heeft dat de handeling verdwijnt. Enkel wordt haar verdere tenuitvoerlegging onmogelijk gemaakt. De handeling blijft evenwel bestaan, zodat door de loutere schorsing ervan de rechtsorde niet is hersteld. Nu kan de Raad van State weliswaar ook een dwangsom uitspreken naar aanleiding van een schorsingsarrest, doch deze dwangsom kan er enkel toe strekken de overheid te dwingen tot het schorsingsarrest na te leven. Een schorsing houdt niet de verplichting in voor de betrokken overheid om de geschorste handeling ook ongedaan te maken, zodat de dwangsom die met toepassing van artikel 17, § 5, R.v.St.-Wet wordt uitgesproken, in elk geval niet is verbeurd wanneer de overheid ondanks de schorsing deze handeling toch laat bestaan. Evenmin is de dwangsom verbeurd ingeval de overheid ondanks de schorsing weigert de rechtsgevolgen die de geschorste handeling vóór de schorsing ervan heeft gehad, ongedaan te maken. Deze rechtsgevolgen worden door de schorsing immers niet geraakt. Zij zullen zo nodig naar aanleiding van de uit te spreken vernietiging ongedaan moeten worden gemaakt, voor zover deze verplichting althans volgt uit gezag van gewijsde van dit arrest.

⁴⁶ Ook dat is een termijn van orde.

⁴⁷ In de rechtspraak zijn niettemin voorbeelden terug te vinden van gelijktijdige behandeling van beide vorderingen, zo bijvoor-

⁴³ Het procedurereglement stelt een termijn van vijftien dagen voor de verwerende partij om een nota van antwoord in te dienen, waarop geen schriftelijke repliek meer mogelijk is. De auditeur heeft vervolgens eveneens vijftien dagen om een verslag op te maken. Ten slotte moet binnen tien dagen na het neerleggen van het verslag een

Ook hier weer dient een onderscheid te worden gemaakt naargelang de aard van de rechtsplicht die voortvloeit uit het annulatiearrest.

39. Ingeval de overheid een handeling verricht in strijd met de onthoudingsplicht die voortvloeit uit een eerder gewezen annulatiearrest, zal de vernietiging van deze handeling tot gevolg hebben dat de vordering tot het opleggen van een dwangsom zonder voorwerp komt te vallen. Door het vernietigingsarrest zelf verdwijnt de handeling immers *ex tunc* uit de rechtsorde, zodat de intrekking ervan logischerwijze niet meer kan worden bevolen.

De vernietiging van de impliciete of expliciete weigering van de overheid om de handelingen te verrichten die moeten worden verricht ingevolge de handelingsplicht die uit het arrest voortvloeit, ontnemt de vordering tot het opleggen van een dwangsom haar voorwerp daarentegen niet. De vernietiging van de weigeringsbeslissing heeft immers niet tot gevolg dat het voordeel dat onrechtmatig werd geweigerd, nu toch wordt verkregen.⁴⁸ Evenmin kan naar aanleiding van de vernietiging aan de overheid het bevel worden gegeven om haar rechtsplicht alsnog na te komen.⁴⁹ De vordering tot het opleggen van een dwangsom om de nodige uitvoeringshandelingen te verrichten, heeft dan ook wel degelijk nog zin om de overheid te dwingen het gezag van gewijsde van het annulatiearrest te eerbiedigen, nu de Raad van State naar aanleiding van een dergelijke vordering de overheid ook kan *bevelen* het annulatiearrest uit te voeren, en dit op verbeurte van een dwangsom.

40. Het geval zal zich echter vaker voordoen dat eerst recht wordt gedaan op een verzoek tot het opleggen van een dwangsom.

Ingeval de Raad van State de overheid op verbeurte van een dwangsom het bevel geeft een handeling in te trekken die zij heeft verricht in strijd met het gezag van gewijsde van een vernietigingsarrest, zal het annulatieberoep dat is ingesteld tegen deze handeling, veelal zonder voorwerp komen te vallen. De dwangsom zal de overheid er immers doorgaans toe aanzetten om de litigieuze handeling in te trekken. Wanneer de overheid evenwel alsnog nalaat dit te doen, behoudt het beroep zijn voorwerp, en blijft een vernietiging bovendien ook nuttig. Door het vernietigingsarrest verdwijnt de litigieuze handeling immers alsnog uit de rechtsorde zonder dat daartoe het verdere optreden van de overheid vereist is, en krijgt de verzoeker onmiddellijk het rechtsherstel dat de overheid, ondanks de dwangsom, heeft geweigerd hem te bieden.

beeld het arrest nr. 38.295 van 10 december 1991 (*Arr. R.v.St.*, 1991) en het arrest nr. 38.802 van 20 februari 1992 (*Arr. R.v.St.*, 1992). In het eerste arrest werden dwangsom en annulatie bij hetzelfde verzoekschrift gevorderd. Bovendien werd de schorsing van de bestreden beslissing bevolen, waardoor de annulatieprocedure gevoelig werd verkort. Ook in het tweede arrest werden beide verzoeken bij eenzelfde verzoekschrift ingediend. De verzoeker heeft evenwel afstand gedaan van het annulatieberoep.

⁴⁸ *R.v.St.*, nr. 41.297, 8 december 1992, *Arr. R.v.St.*, 1992; DE PAUW, A., «De gevolgen van een annulatiearrest van de Raad van State», *T.B.P.*, 1966, (83), 87; FLAMME, M.A., «Pour un contrôle juridictionnel plus efficace de l'Administration», *J.T.*, 1972, (439), 440; NIHOUL, P. en LEVERT, P., «L'astreinte et le Conseil d'Etat. Eléments de jurisprudence», *Adm. Publ. (T.)*, 1993, (12), 23.

⁴⁹ *Supra*.

Ingeval de veroordeling tot betaling van een dwangsom betrekking heeft op het in gebreke blijven van de overheid om de handelingsplicht na te leven die uit het annulatiearrest voortvloeit, zal de inwilliging van de vordering tot het opleggen van een dwangsom en de hierbij uitgesproken injunctie eveneens tot gevolg hebben dat het annulatieberoep zijn voorwerp verliest ingeval ondertussen het beoogde rechtsherstel verkregen is.⁵⁰

Wanneer de overheid ook na de veroordeling tot verbeurte van een dwangsom niettemin onwillig blijft om het nodige te doen om de wettigheid te herstellen, zal het annulatieberoep weliswaar nog een voorwerp hebben, doch de annulatie zal niets bijbrengen aan de juridische situatie van de verzoeker. Zoals reeds herhaaldelijk werd gesteld, heeft de annulatie van een weigering immers niet tot gevolg dat het onrechtmatig geweigerd voordeel verkregen is. Het annulatiearrest kan dan ook hooguit nogmaals de rechtsplicht in herinnering brengen die de overheid weigert na te komen en die ook reeds blijkt uit het eerste annulatiearrest en uit het arrest dat werd gewezen op de vordering tot het opleggen van een dwangsom. Dit brengt de verzoeker echter geen stap verder. Ingeval de vordering tot het opleggen van een dwangsom is ingewilligd, is het beroep tot nietigverklaring van de weigering van de overheid om een eerder uitgesproken annulatiearrest ten uitvoer te leggen dan ook onontvankelijk wegens gebrek aan actueel belang.

41. Een laatste niet onbelangrijke bedenking die kan worden gemaakt in verband met de keuze in en de mogelijkheid van cumulatie van rechtsmiddelen die de rechtzoekende heeft teneinde de overheid te dwingen het gezag van een annulatiearrest te eerbiedigen, betreft de vraag naar de termijn waarbinnen in voorkomend geval een vordering tot het opleggen van een dwangsom kan worden ingesteld. Meer be-

⁵⁰ De overheid heeft immers haar weigeringsbeslissing als het ware ingetrokken door alsnog op te treden. Dat het annulatieberoep zijn voorwerp heeft verloren, kan nochtans worden betwist. Een weigeringsbeslissing is immers op een bepaald ogenblik gesteld, en door de maatregelen die de overheid alsnog verricht ter uitvoering van het annulatiearrest, worden de gevolgen van deze weigering voor de periode die ondertussen is verstreken, niet ongedaan gemaakt, tenzij deze maatregelen met terugwerkende kracht werden genomen. Dit blijft evenwel een louter academische discussie zonder enig praktisch belang. Ook in de veronderstelling dat het annulatieberoep om genoemde reden door het laattijdige rechtsherstel toch zijn voorwerp behoudt, zal het immers niettemin onontvankelijk zijn bij gebrek aan belang. Een annulatie zal immers geen invloed hebben op de rechtstoestand van de verzoeker. Het zal hem hooguit een gemakkelijkere positie verschaffen ingeval hij voor de burgerlijke rechtbank vergoeding zou vorderen wegens laattijdige uitvoering van het arrest, aangezien door het arrest komt vast te staan dat de weigering van de overheid om op te treden onrechtmatig en dus foutief was. Uit de rechtspraak van de Raad van State blijkt evenwel dat het loutere belang bij een vernietiging dat erin bestaat dat verzoeker op basis van de vaststelling van de ongewettigheid van de handeling, vervolgens voor de gewone rechter schadevergoeding zou kunnen vragen, onvoldoende is om hem het belang te verschaffen dat rechtens wordt vereist voor het instellen van een annulatieberoep (*R.v.St.*, nr. 51.055, 9 januari 1995, *R.W.*, 1995-96, 1089). Bovendien blijkt de onrechtmatigheid van de weigeringsbeslissing reeds voldoende uit het arrest waarbij de vordering tot het opleggen van een dwangsom wordt ingewilligd, zodat ook in dat opzicht de annulatie niets meer kan bijbrengen en de verzoeker dan ook geen actueel belang meer heeft bij deze annulatie.

paald rijst de vraag of een rechtzoekende die geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid een annulatieberoep in te stellen, na het verstrijken van de termijn voor het instellen van een annulatieberoep niettemin toch nog een beroep kan doen op de procedure tot het opleggen van een dwangsom teneinde tot het beoogde rechtsherstel te komen.

Deze vraag is verwant met de vraag naar de mogelijkheid van de overheid om een handeling in te trekken en naar de mogelijkheid voor rechtzoekenden om de onwettigheid van een overheidshandeling op te werpen met toepassing van artikel 159 Gw. De Raad van State brengt deze beide vraagstukken in verband met het vereiste dat een annulatieberoep, om ontvankelijk te zijn *ratione temporis*, moet zijn ingesteld binnen zestig dagen vanaf, naargelang het geval, de bekendmaking, de betekening of de feitelijke kennisneming van de beslissing.

42. Wat betreft de bevoegdheid tot intrekking door de overheid van een door haar verrichte handeling, is de rechtspraak in die zin gevestigd dat een individuele overheids-handeling waarbij rechten worden gecreëerd, slechts kan worden ingetrokken binnen de termijn die openstaat voor het instellen van een annulatieberoep of, ingeval een ontvankelijk annulatieberoep is ingesteld, gedurende het verloop van de procedure. Hierop wordt enkel uitzondering gemaakt wanneer de handeling door een zodanige onregelmatigheid is aangetast dat zij voor niet bestaande moet worden gehouden, wanneer de handeling door bedrog is uitgelokt, of wanneer een uitdrukkelijke wetsbepaling de intrekking ervan oplegt of toelaat.⁵¹

Wat de toepassing van artikel 159 Gw. betreft, oordeelt de Raad van State traditioneel dat de exceptie van illegaliteit van een individuele rechtshandeling niet langer kan worden opgeworpen indien deze handeling niet tijdig is aangevochten met een annulatieberoep.⁵²

Reglementaire handelingen zijn daarentegen niet onderworpen aan diezelfde beperkingen inzake de mogelijkheid tot intrekking en de toepassing van artikel 159 Gw.

43. Die rechtspraak is ontstaan vanuit de vaststelling dat het recht dient om met betrekking tot de te beschermen waarden en belangen zekerheid en vastheid aan het maatschappelijk verkeer te geven.

Wat voor die zekerheid en vastheid nodig is, is evenwel in twee tegenstrijdige beginselen neergelegd. Enerzijds is er het legaliteitsbeginsel, dat de overheid verplicht de gestelde rechtsregels te eerbiedigen. Het beroep tot nietigverklaring van administratieve beslissingen is daarbij een van de middelen om de onderschikking van de overheid aan de wet te eerbiedigen. Anderzijds is er de eis van de stabiliteit van de

gevestigde particuliere situaties en rechtsverhoudingen, wat onder meer meebrengt dat de rechtmatigheid van normconcretiserende handelingen niet onbeperkt in de tijd mag worden betwist of dat over de rechtmatigheid van deze handelingen niet onbeperkt in tijd onzekerheid mag bestaan.

De bedoelde rechtspraak is dan het resultaat van een belangenafweging, waarbij het belang van de handhaving van het legaliteitsbeginsel geacht werd niet op te wegen tegen het belang van de vrijwaring van de door de overheid gevestigde individuele rechtsverhoudingen, welke stabiliteit hebben verkregen precies doordat ze, in de periode die volgt op de vestiging ervan, niet werden betwist.⁵³

44. Artikel 36 R.v.St.-Wet noch het K.B. van 2 april 1991 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling administratie van de Raad van State inzake de dwangsom houden enige beperking in wat betreft de termijn waarbinnen een verzoek tot opleggen van een dwangsom kan worden ingeleid. Men kan zich echter afvragen of de zoëven vermelde rechtspraak, die is ingegeven door de bezorgdheid niet onnodig lang onzekerheid te laten bestaan over het rechtmatig bestaan van deze rechtshandelingen, niet moet worden doorgetrokken naar de mogelijkheid om een dwangsom te vorderen en of in het belang van de rechtszekerheid niet moet worden aangenomen dat een vordering tot het opleggen van een dwangsom minstens in bepaalde gevallen niet onbeperkt in de tijd kan worden ingesteld. Ook een vordering tot het opleggen van een dwangsom kan immers leiden tot de intrekking van overheidshandelingen. Zolang dit rechtsmiddel openstaat, blijft bijgevolg onzekerheid bestaan omtrent het rechtsgeldig bestaan van overheidshandelingen en kan de rechtsgeldigheid van deze handelingen nog ter discussie worden gesteld.

45. Ingeval de vordering tot het opleggen van een dwangsom betrekking heeft op de expliciete of impliciete weigering van de overheid om de handelingen te verrichten die nodig zijn om een arrest uit te voeren, is er geen probleem. Een onthouding van de overheid om op te treden is immers evident geen rechtsconcretiserende beslissing, zodat de vraag naar de stabiliteit van gevestigde particuliere situaties zich niet voordoet.

Anders is het evenwel wanneer de overheid handelt in strijd met de onthoudingsplicht die voortvloeit uit een annulatiearrest. Deze handelingen kunnen rechtsconcretiserende beslissingen inhouden en aldus verkregen rechten creëren.⁵⁴ Indien deze handelingen niet tijdig zijn aangevochten door middel van een annulatieberoep, kunnen ze in principe niet meer worden ingetrokken, en kan hun wettigheid evenmin nog ter discussie worden gesteld met toepassing van artikel 159 Gw. Het is dan ook de vraag of een verzoeker niettemin, na het verstrijken van deze termijn van zestig dagen, toch nog met toepassing van artikel 36 R.v.St.-Wet zou

⁵¹ Zie bijvoorbeeld R.v.St., nr. 19.618 en nr. 19.619, 14 mei 1979, *Arr. R.v.St.*, 1979, 517; R.v.St., nr. 20.599, 30 september 1980, *Arr. R.v.St.*, 1980, 1241; R.v.St., nr. 40.885, 29 oktober 1992, *Arr. R.v.St.*, 1992; R.v.St., nr. 41.632, 19 januari 1993, *Arr. R.v.St.*, 1993; R.v.St., nr. 42.603, 28 april 1993, *Rev. Rég. Dr.*, 1993, 309, noot BEECKMAN DE CRAYLOO, G.

⁵² Zie bijvoorbeeld R.v.St., nr. 19.618, nr. 19.619, 14 mei 1979, *Arr. R.v.St.*, 1979, 517; R.v.St., nr. 20.179, 11 maart 1980, *Arr. R.v.St.*, 1980, 323; R.v.St., nr. 21.146, 7 mei 1981, *Arr. R.v.St.*, 1981, 658; R.v.St., nr. 22.968, 22 februari 1983, *Arr. R.v.St.*, 1983, 417; R.v.St., nr. 24.271, 13 april 1984, *Arr. R.v.St.*, 1984, 774; R.v.St., nr. 26.724, 25 juni 1986, *Arr. R.v.St.*, 1986, *J.T.*, 1986, 567, concl. auditeur LEROY, M.

⁵³ R.v.St., nrs. 19.618 en 19.619, 14 mei 1979, *Arr. R.v.St.*, 1979, 517.

⁵⁴ Ingeval geen rechtsconcretiserende handelingen zijn verricht, rijst het probleem niet. Dergelijke beslissingen kunnen worden ingetrokken na het verstrijken van de termijn voor het instellen van een annulatieberoep, en hun regelmatigheid kan buiten deze termijn eveneens nog worden betwist met toepassing van artikel 159 Gw. Er is dan ook geen reden om in dat geval de termijn voor het instellen van een vordering tot het opleggen van een dwangsom te beperken.

kunnen vorderen dat aan de overheid op straffe van verbeurte van een dwangsom het bevel wordt gegeven om dergelijke handelingen in te trekken, en dit zonder enige beperking in de tijd.

46. Aldus zou een nieuwe mogelijkheid in het leven worden geroepen om individuele rechtsconcretiserende handelingen via de intrekking ervan uit de rechtsorde te doen verdwijnen buiten de termijn van zestig dagen die openstaat voor het instellen van een annulatieberoep, hoewel die handelingen nochtans reeds als definitief werden beschouwd ingevolge het verstrijken van deze termijn.

Deze mogelijkheid lijkt op het eerste gezicht volledig te kunnen worden ingepast in de traditionele theorie van de intrekking. Er wordt immers een uitzondering gemaakt op het verbod van intrekking na het verstrijken van de termijn voor het instellen van een annulatieberoep ingeval een wetsbepaling deze intrekking toelaat. Artikel 36 R.v.St.-Wet zou kunnen worden beschouwd als een dergelijke wetsbepaling.

De rechtspraak vereist evenwel een *uitdrukkelijke* wetsbepaling in die zin. In het geval van de toepassing van artikel 36 R.v.St.-Wet zou een dergelijke uitdrukkelijke bepaling inhouden dat in de wet wordt bepaald dat het verzoek tot het bevelen van de intrekking van een handeling onder verbeurte van een dwangsom kan worden ingeleid zonder beperking in de tijd, of binnen een bepaalde termijn die langer is dan zestig dagen.

Artikel 36 R.v.St.-Wet houdt echter geen dergelijke uitdrukkelijke bepaling in. Als deze wetsbepaling dan al kan worden beschouwd als houdende een toelating om buiten de termijn van zestig dagen een bevel tot intrekking van een rechtsconcretiserende beslissing te vorderen, dan kan zij in elk geval hooguit worden beschouwd als een impliciete wetsbepaling in die zin en is zij niet de uitdrukkelijke wetsbepaling die nochtans wordt vereist door de rechtspraak.

47. Er lijkt dan ook te moeten worden aangenomen dat artikel 36 R.v.St.-Wet niet de mogelijkheid biedt aan de verzoekende partij om, nadat de termijn voor het instellen van een annulatieberoep is verlopen, de regelmatigheid van een individuele, rechtsconcretiserende handeling toch nog ter discussie te stellen. Een verzoek tot het opleggen van een dwangsom teneinde de overheid te dwingen een handeling in te trekken die zij heeft verricht in strijd met het gezag van gewijsde van een annulatiearrest, moet, ingeval deze vordering een individuele rechtsconcretiserende beslissing betreft, dan ook worden ingesteld binnen de termijn voor het instellen van een annulatieberoep. Naar analogie van de rechtspraak in verband met de mogelijkheid van intrekking van overheidshandelingen, kan hierop niettemin een uitzondering worden gemaakt ingeval de handeling door een zodanige onregelmatigheid is aangetast dat zij voor niet bestaande moet worden gehouden, of ingeval de handeling door bedrog is uitgelokt. Dit zal evenwel slechts uiterst zelden het geval zijn.

48. Ingeval een dergelijke vordering tijdig is ingesteld, verzet niets er zich vervolgens tegen dat de overheid, ook na het verstrijken van de termijn van zestig dagen, hangende de dwangsomprocedure alsnog vrijwillig de gewraakte beslissing intrekt. Doordat de rechtmatigheid van deze beslissing tijdig ter discussie is gesteld, hebben de particuliere rechts-situaties en rechtsverhoudingen die uit deze beslissing zijn ontstaan, immers geen stabiliteit verkregen, zodat het legaliteitsbeginsel ten volle zijn uitwerking kan behouden.

49. Het vereiste van een voorafgaande aanmaning en van het doorlopen van een wachttermijn van drie maanden vanaf de kennisgeving van het annulatiearrest en één maand vanaf de voorafgaande aanmaning⁵⁵ kunnen ten slotte geen beletsel vormen om de vordering tot het opleggen van een dwangsom in te stellen binnen de termijn die openstaat voor het instellen van een annulatieberoep.

Genoemde wachttermijnen lijken immers enkel van toepassing te zijn in die gevallen waarin voor het herstel van de wettigheid is vereist dat de overheid een nieuwe beslissing neemt.⁵⁶ In die gevallen waarin de overheid handelingen verricht in strijd met de onthoudingsverplichting die uit een annulatiearrest volgt, lijken zij evenwel niet te gelden. De rechtzoekende zal zich dan ook niet kunnen beroepen op het feit dat deze termijnen nog niet zijn verlopen om de tandviteit van zijn verzoek tot het opleggen van een dwangsom te rechtvaardigen.

Ook het vereiste van voorafgaande aanmaning lijkt niet van toepassing te zijn in laatstgenoemde gevallen. Artikel 36, §1, tweede lid, heeft het immers over een aanmaning «tot het nemen van een nieuwe beslissing». Ingeval uit een annulatiearrest enkel een onthoudingsplicht voortvloeit, hoeft de overheid evenwel per definitie geen «nieuwe beslissing» te nemen, en kan zij daar dan ook niet toe worden aangemaand.

Bovendien betreft de aanmaning bedoeld in artikel 36, §1, tweede lid, R.v.St.-Wet, gelet op de context van de bepaling, het nemen door de overheid van een nieuwe beslissing ter uitvoering van een annulatiearrest, met het oog op het herstel van de wettigheid. Een aanmaning om een beslissing in te trekken die is genomen in strijd met de onthoudingsplicht die voortvloeit uit een annulatiearrest, mag dan weliswaar strikt genomen een aanmaning zijn tot het nemen van een nieuwe beslissing, zij betreft niet het nemen van een nieuwe beslissing met als onmiddellijke bedoeling het herstel van de wettigheid ter uitvoering van het annulatiearrest. In de hypothese dat uit een annulatieberoep enkel een onthoudingsplicht voortvloeit, wordt de wettigheid immers per definitie reeds hersteld door de enkele vernietiging van de bestreden handeling.

Aangezien het vereiste van voorafgaande aanmaning niet van toepassing is in de hier behandelde hypothese, zal de verzoeker zich niet kunnen beroepen op het feit dat hij tijdig, dit wil zeggen binnen de termijn van zestig dagen voor het instellen van een annulatieberoep, de overheid tot intrekken heeft aangemaand, om alsnog buiten deze termijn het bevel tot intrekking onder verbeurte van een dwangsom van de in strijd met het gezag van gewijsde van het annulatiearrest verrichte handeling, te vorderen.

IV. Besluit

50. Dat de Raad van State bevoegd is om een dwangsom te bevelen in het raam van de annulatiegeschillen, is onder-tussen niet meer nieuw. In de rechtspraak zijn reeds meerdere toepassingen ervan terug te vinden. De meeste geval-

⁵⁵ Artikel 36, §1, tweede lid, R.v.St.-Wet resp. artikel 2, tweede lid, K.B. 2 april 1991 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling administratie van de Raad van State inzake de dwangsom.

⁵⁶ *Supra*.

len waarin aan de Raad van State een verzoek tot het opleggen van een dwangsom wordt gedaan, lijken evenwel te vinden te zijn in de geschillen over de schorsing en voorlopige maatregelen. Dit kan vermoedelijk worden verklaard door het feit dat de vordering tot het opleggen van een dwangsom reeds kan worden ingesteld in het verzoekschrift zelf waarin de schorsing of de voorlopige maatregelen worden gevraagd. De dwangsom kan in het raam van de annulatiegeschillen daarentegen slechts worden gevorderd in een afzonderlijke procedure, nadat bovendien een zekere termijn is verlopen sinds de kennisgeving van het annulatiearrest, en, althans wanneer de dwangsom erop gericht is de overheid te dwingen een handelingsverplichting na te leven, nadat de overheid tot het uitvoeren van het annulatiearrest is aangeklaagd.

51. Hoewel de procedure aan heel wat restricties is onderworpen, en in vele gevallen bovendien een beroep op de gewone rechter nog steeds vereist zal zijn om volledig rechtsherstel te krijgen – dit is onder meer het geval wanneer subjectieve rechten van de rechtzoekende in het geding zijn –, betekent de mogelijkheid voor de Raad van State om een dwangsom uit te spreken in het raam van de annulatiegeschillen toch een belangrijke stap vooruit in de rechtsbescherming tegen de overheid. De dreiging van een dwangsom zal de overheid er immers toe aanzetten het gezag van gewijsde van annulatiearresten in acht te nemen en het nodige te doen om een tegen haar uitgesproken annulatiearrest ook daadwerkelijk uit te voeren.

52. Zoals is gebleken sluit de mogelijkheid voor de rechtzoekende om rechtsherstel na te streven door middel van de toepassing van de procedure tot het opleggen van een dwangsom, niet uit dat deze alsnog een beroep doet op de klassieke rechtsmiddelen om tot dit rechtsherstel te komen. Concreet houdt dit in dat hij, wanneer hij het rechtsherstel nastreeft voor de Raad van State, de mogelijkheid behoudt om dit te doen door middel van het annulatieberoep. Hij kan bovendien beide rechtsmiddelen gelijktijdig aanwenden, en de onderscheiden vorderingen zelfs bij eenzelfde verzoekschrift inleiden.

Hoewel alnaargelang het geval deze cumulatie van rechtsmiddelen overbodig zal zijn en het voeren van de ene of de andere procedure voldoende zal zijn om zijn doel te bereiken, zal een gelijktijdig doorlopen van beide procedures niettemin soms toch nuttig blijken. Te denken valt bijvoorbeeld aan de omstandigheid waarbij een overheid ter uitvoering van een handelingsplicht die voortvloeit uit een annulatiearrest, weliswaar is opgetreden, doch daarmee haar verplichting niet ten volle is nagekomen, dermate dat bepaalde van haar uitvoeringshandelingen opnieuw ongedaan moeten worden gemaakt en bovendien bijkomend andere handelingen moeten worden verricht.

53. De mogelijkheid voor de rechtzoekende om via de procedure tot het opleggen van een dwangsom het rechtsherstel na te streven dat hem toekomt ingevolge een annulatiearrest, mag evenwel niet tot gevolg hebben dat onnodig lang onzekerheid blijft bestaan over het rechtsgeldig bestaan van de overheidshandelingen die zouden zijn verricht ter uitvoering van een annulatiearrest. Er moet worden aangenomen dat, minstens wanneer het overheidsoptreden het nemen van individuele rechtsconcretiserende beslissingen inhoudt, de rechtszekerheid en de eis van de stabiliteit van particuliere situaties en rechtsverhoudingen impliceren dat een vordering tot het horen intrekken van deze handelingen op verbeurte van een dwangsom moet worden ingesteld binnen de termijn die openstaat voor het instellen van een annulatieberoep. Buiten deze termijn kan de rechtsgeldigheid van individuele, rechtsconcretiserende handelingen in principe niet meer ter discussie worden gesteld, althans voor de Raad van State, en kunnen deze handelingen in elk geval niet meer worden vernietigd of ingetrokken. Dit is niet anders in die gevallen waarin toepassing zou kunnen worden gemaakt van de procedure tot het opleggen van een dwangsom.

Sabien LUST

Assistent Afdeling Publiek Recht
K.U.-Leuven

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 24 OKTOBER 1994

Voorzitter: de h. Marchal, afdelingsvoorzitter

Rapporteur: de h. Boes

Openbaar ministerie: de h. De Raeve, advocaat-generaal

Advocaten: mrs. Verbist en De Bruyn

Onrechtmatige daad – Aansprakelijkheid – Gebrekkige zaken – Verscheidene bewaarders – Vrijwaringsvordering van bewaarder tegen medebewaarder aan wie het gebrek van de zaak te wijten is – Juridische grondslag

De bewaarder, die samen met anderen een door een gebrek aangetaste zaak onder zijn bewaring heeft en ingeval van schade veroorzaakt door die zaak, samen met die anderen op grond van art. 1384, eerste lid, B.W. door de benadeelde als aansprakelijke in rechte wordt aangesproken, kan de medebewaarder aan wie het gebrek van de zaak te wijten is, in vrijwaring voor zijn aansprakelijkheid oproepen. Hoewel hij die oproeping in vrijwaring kan gronden op de regels inzake de buitencontractuele aansprakelijkheid, is zijn vordering alsdan geen vordering die volgt uit een misdrijf, als bedoeld in art. 26 Voorafgaande Titel Sv.

B.V.B.A. V.B. t/ N.V. N.G. en N.V. GB.

Gelet op het bestreden arrest, op 1 december 1992 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

(...)

Over het middel, gesteld als volgt: «schending van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek en 26 van de Wet van 17 april 1878 houdende de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering, gewijzigd bij artikel 1 van de Wet van 30 mei 1961,

doordat het Hof van Beroep te Brussel vooraf eiseres samen met tweede verweerster *in solidum* veroordeelt op grond van artikel 1384 van het Burgerlijk Wetboek als bewaarders van een gebrekkige zaak tot betaling aan de tot bindend verklaring opgeroepen partij van het bedrag van 559.323 BF vermeerderd met de interesten en vervolgens, uitspraak doende over de vordering in vrijwaring ingesteld door tweede verweerster lastens eiseres op grond van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek, deze vordering in vrijwaring ontvankelijk en gegrond verklaart en dienvolgens eiseres veroordeelt om tweede verweerster te vrijwaren voor alle veroordelingen die tegen haar bij het bestreden arrest worden uitgesproken in hoofdsom, interesten en kosten en tevens eiseres veroordeelt tot de kosten van de tussenvordering van beide instanties op grond van de volgende redengeving: «Overwegende dat (eiseres) door een put te laten openstaan nabij de ingangdeur van een reservelokaal waar op elk moment personen kunnen binnenkomen, en dit zonder deze put af te schermen of minstens de aanwezigheid van de openstaande put te signaliseren, zich niet heeft gedragen zoals een normaal voorzichtige onderhoudsfirma zich in dezelfde omstandigheden zou hebben gedragen; Overwegende dat zij door deze fout het litigieuze gebrek in de zaak heeft veroorzaakt; dat zij er dan ook toe is gehouden (tweede verweerster) te vrijwaren op grond van de artikelen 1382 en 1383 B.W.; Overwegende dat (eiseres) zich niet beroept op de verjaring van art. 26 van de voorafgaande titel met betrekking tot deze tussenvordering; dat er ook geen aanleiding toe bestaat deze verjaring ambtshalve op te werpen; dat (tweede verweerster), die pas werd aangesproken nadat de verjaringstermijn was verstreken, met het oog op haar vrijwaring door de verantwoordelijke voor het gebrek alsnog een vordering volgend uit het misdrijf kan instellen, in de lijn van de rechtspraak 'quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiedum' (vgl. De Page, VII, 1371); (zie bestreden arrest, blz 5)»,

terwijl overeenkomstig artikel 26 van de Wet van 17 april 1878 houdende de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering de burgerlijke rechtsvordering volgend uit een misdrijf verjaart door verloop van vijf jaren te rekenen van de dag waarop het misdrijf is gepleegd; de verjaring van de uit een misdrijf ontstane rechtsvordering de openbare orde raakt en dus ambtshalve moest worden uitgesproken; dat het feit dat hij die een burgerlijke vordering voortspruitend uit een misdrijf instelt zelf pas werd aangesproken nadat deze verjaringstermijn was verstreken er niet aan in de weg staat dat zijn burgerlijke vordering voortspruitend uit het misdrijf toch verjaard is nu die omstandigheid niet vermag de ingetreden verjaring ongedaan te maken en het feit dat hij zelf niet werd aangesproken niet belet dat de verjaring tegen hem loopt vanaf de dag waarop het misdrijf is gepleegd; de appelrechtters derhalve na vastgesteld te hebben dat de vordering in vrijwaring van tweede verweerster lastens eiseres een burgerlijke vordering is voortspruitend uit

een misdrijf en de verjaringstermijn was verstreken, ten onrechte de verjaring van die vordering niet hebben uitgesproken (schending van alle in het middel aangeduide wetsbepalingen):

Over het middel:

Overwegende dat het arrest vaststelt dat door een gebrek in de vloer van een grootwarenhuis van de verweerster N.V. GB. letsels zijn toegebracht aan een werknemster in dienst van een derde in wiens rechten de tot bindendverklaring van het arrest opgeroepen partij, arbeidsongevallenverzekeraar, is gesubrogeerd;

Dat het arrest, uitspraak doende over de vordering van die verzekeraar tegen eiseres en de hiervoren bedoelde verweerster, oordeelt dat laatstgenoemden als gezamenlijke bewaarders van de zaak moeten worden beschouwd en dat zij op grond van artikel 1384, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek *in solidum* aansprakelijk zijn voor de schade die door het gebrek van die zaak werd veroorzaakt; dat het arrest eiseres en die verweerster veroordeelt tot het betalen van het bedrag dat door de verzekeraar aan de getroffene werd uitbetaald;

Overwegende dat het arrest, uitspraak doende over de vordering in vrijwaring die door de verweerster N.V. GB. tegen eiseres was ingesteld, oordeelt dat eiseres die verweerster voor de voormelde veroordeling moet vrijwaren op grond van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek, nu zij door haar fout het gebrek van de zaak heeft veroorzaakt;

Dat het arrest oordeelt dat er geen grond is om de verjaringstermijn, bedoeld in artikel 26 van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering, ambtshalve toe te passen, nu verweerster «die pas werd aangesproken nadat de verjaringstermijn was verstreken, met het oog op haar vrijwaring door de verantwoordelijke van het gebrek alsnog een vordering volgend uit het misdrijf kan instellen»;

Overwegende dat de bewaarder, die samen met anderen een door een gebrek aangetaste zaak onder zijn bewaring heeft en ingeval van schade veroorzaakt door die zaak, samen met die anderen op grond van artikel 1384, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek door de benadeelde als aansprakelijke in rechte wordt aangesproken, de medebewaarder aan wie het gebrek van de zaak te wijten is, in vrijwaring voor zijn aansprakelijkheid kan oproepen;

Dat hoewel hij die oproeping in vrijwaring kan gronden op de regels inzake aansprakelijkheid buiten overeenkomst, zijn vordering alsdan geen vordering is die volgt uit een misdrijf, als bedoeld in artikel 26 van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering;

Overwegende dat de bekritiseerde redenen, ongeacht hun bewoordingen, de wettigheid van de beslissing niet aantasten;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

(...)

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 15 JANUARI 1996

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Verougstraete

Openbaar Ministerie: mevr. De Raeve

Advocaat: mr. Verbist

Arbeidsovereenkomst – Eenzijdige beëindiging – Bewijslast

Krachtens de artt. 1315 B.W. en 870 Ger.W. moet de werknemer die zich als eiser beroept op een ontslag dat hem gegeven is, het bewijs leveren van de omstandigheid dat de werkgever eenzijdig de arbeidsovereenkomst heeft beëindigd.

B.V.B.A. B. t/ H.

Gelet op het bestreden arrest, op 27 februari 1996 door het Arbeidshof te Gent gewezen;

...

Overwegende dat, krachtens de artikelen 1315 van het Burgerlijk Wetboek en 870 van het Gerechtelijk Wetboek, de werknemer die zich als eiser beroept op een ontslag dat hem gegeven is, het bewijs moet leveren van de omstandigheid dat de werkgever eenzijdig de arbeidsovereenkomst heeft beëindigd;

Overwegende dat het arrest niet oordeelt dat verweerder het bewijs heeft geleverd van de feiten die hij aanvoert, maar aan eiseres het bewijs oplegt dat er te dezen geen ontslag was maar een beëindiging van de overeenkomst bij wederzijds akkoord;

Dat het arrest aldus de regelen van de bewijslast en bijgevolg de voormelde wetsbepalingen schendt;

...

HOF VAN BEROEP TE GENT

17e KAMER – 19 APRIL 1994

Voorzitter: de h. Lievens

Advocaten: mrs. Willaert en Quatacker

1. Huwelijk – Bescherming gezinswoning – Aan makelaar gegeven opdracht tot verkopen – 2. Makelaar en commissionair – Vastgoedmakelaar – a) Informatieverplichting tegenover cliënt – Omvang – b) Duur van het contract – c) Juridische kwalificatie – d) Exclusieve opdracht – Rechtstreekse verkoop door eigenaar – Aan makelaar toekomende vergoeding

1. Art. 215, § 1, B.W. is van toepassing op de opdracht die aan een vastgoedmakelaar wordt gegeven om het onroerend goed dat het gezin tot voornaamste woning dient, te verkopen, zodat hiervoor de instemming van de andere echtgenoot vereist is.

2. a) Een vastgoedmakelaar heeft de deontologische en op de goede trouw gebaseerde verplichting om zijn cliënt geregeld

op de hoogte te houden van de ondernomen stappen en van de bereikte resultaten.

b) Het beding in een overeenkomst tussen een vastgoedmakelaar en zijn opdrachtgever, volgens hetwelk de overeenkomst stilzwijgend en automatisch wordt hernieuwd voor eenzelfde periode, bij ontstentenis van een opzegging gedaan op zijn vroegst drie maanden en op zijn laatst één maand vóór het verstrijken van de duurtijd van de overeenkomst, is strijdig met de goede trouw en ontwricht de makelaarsovereenkomst in haar essentie.

c) In het geval dat de opdrachtgever aan de makelaar niet alleen de bevoegdheid geeft om een koper te zoeken voor een bepaald onroerend goed tegen een bepaalde prijs, maar tevens de macht verleent om rechtshandelingen te verrichten, is het makelaarscontract een lastgeving.

d) De exclusiviteit van de aan de vastgoedmakelaar gegeven opdracht kan de eigenaar-opdrachtgever niet verhinderen zijn onroerend goed rechtstreeks, d.i. zonder bemiddeling van enige tussenpersoon in het handelsverkeer, te verkopen aan een aspirant-koper die niet door de makelaar is aangebracht. In dat geval heeft de vastgoedmakelaar recht op vergoeding voor de door hem gepresteerde diensten, op voorwaarde dat hij het bestaan van die diensten bewijst en dat de verbintenis een geoorloofde oorzaak heeft.

V. t/ I.

Alle stukken werden ingezien, inzonderheid het op tegenspraak gewezen vonnis van de zesde kamer, zitting houdend in burgerlijke zaken, van de Rechtbank van eerste aanleg te Brugge, welk vonnis werd uitgesproken op 4 oktober 1988, vonnis waarbij mevrouw Marie-José V. wegens schending van een exclusiviteitsopdracht werd veroordeeld tot betaling van een commissieloon van 117.000 frank, meer de gerechtelijke rente vanaf 7 oktober 1988 (datum van de dagvaarding), meer de kosten van het geding, en waarbij haar tegeneis (hoofdens tergend en roekeloos geding) toelaatbaar werd verklaard, doch ontzegd werd als zijnde ongegrond.

De feitelijke gegevens van de zaak (contract van opdracht tot verkoop, met exclusiviteitsbeding, ondertekend door mevrouw V. te Ettelgem op 18 maart 1985; verkoop buiten bemiddeling van I., door mevrouw V. en haar echtgenoot René V., op 16 april 1986, voor de prijs van 2 miljoen frank, aan de echtgenoten Marnix S. en Linda J.) werden behoorlijk uiteengezet door de eerste rechter, en het Hof verwijst naar dat exposé.

Centrale gegevens van de zaak

a) Het op 18 maart 1985 ondertekende exclusiviteitscontract verleent aan het I. de bevoegdheid «de verkoop te afficheren, liefhebbers op te zoeken, de plaatsen te laten bezoeken, met elke gegadigde te handelen en hen zo deze het nodig acht optierecht te verlenen, iedere onderhandse verkoopakte te ondertekenen, voorschotten op de verkoopprijs te innen en er geldige kwijting over te verlenen».

Uit punt 2 (exclusiviteit) en uit punt 3 (volmacht) blijkt dus duidelijk dat de vastgoedmakelaar, gedurende de periode van de opdracht, contractueel het recht heeft om in naam van de opdrachtgever een onderhandse verkoopverbintenis met de koper te ondertekenen mits de vraagprijs wordt bereikt.

b) De opdracht wordt verleend voor een periode van twaalf maanden, ingaande op de datum van ondertekening van het makelaarscontract, en wordt *stilzwijgend én automatisch hernieuwd voor eenzelfde periode* bij ontstentenis van een aangetekende opzegging op zijn vroegst drie maanden en op zijn laatst één maand voor het verstrijken van de duurtijd van de opdracht (punt 4 van het contract).

c) Punt 5 in fine (commissieloon) bepaalt wat volgt: «*Ook indien de opdrachtgever het onroerend goed zelf of door bemiddeling van een derde zou verkopen, wordt een commissieloon van 5% exclusief BTW aan de opdrachtgever gefactureerd.*»

De in het contract bepaalde vraagprijs bedroeg 2.500.000 frank; in de commissieloonnota van 13 augustus 1986 en in de dagvaarding werd 146.250 frank opgevorderd; aangezien het onroerend goed, verkocht buiten bemiddeling van het makelaarsagentschap, de prijs opleverde van 2 miljoen frank, heeft de oorspronkelijke eiser bij conclusie geveerd op 18 november 1987 zijn vordering gereduceerd tot 5 procent van 2 miljoen, zijnde 100.000 frank + 17 procent BTW = 117.000 frank.

Beoordeling

...
2. De appellante betoogt dat de eerste rechter de zaak verkeerd heeft beoordeeld.

Daartoe herhaalt zij met kracht de voor de eerste rechter ontwikkelde argumenten, summier samengevat als volgt: (...)

2° Het wordt niet betwist dat de woning in kwestie de echtelijke woning was van de appellante en dat haar echtgenoot, de heer V., geweigerd heeft zijn instemming te verlenen (en dus mede te ondertekenen); blijkens de aanhef van het contract wist de makelaar dat het ging om een huwelijksgoed (cf. artikelen 215, § 1, en 1418, punt 1.a, van het Burgerlijk Wetboek);

3° De eerste rechter was van oordeel dat het integrale contract beheerst wordt door de regels van de verhuur van diensten; dit is onjuist daar het «voorgebakken» contract aan de makelaar ook de bevoegdheid geeft om rechtshandelingen te verrichten; dus is het een lastgeving, en kan het commissieloon door de rechter worden gematigd (en in casu blijkt I. weinig of geen publiciteit te hebben verzorgd), afgezien van de beschouwing dat het principe van de stilzwijgende verlenging niets anders is dan een oude byzantijnse truc, die strijdig is met de goede trouw, en dat de koper volledig vreemd was aan het agentschap van de geïntimeerde.

...
4. De tweede grief is zwaarder aangezien deze past in de talrijke betwiste aangelegenheden van het huwelijksvermogensrecht.

Zonder twijfel gaat het om de gezinswoning en tussen de appellante (mevrouw V.) en haar echtgenoot (René V.) bestaat er, blijkens akte verleden (...) een algemene gemeenschap van goederen; de woning in kwestie is dus niet een eigen goed, maar een gemeenschapsgoed.

In artikel 215, § 1, B.W. is sprake van beschikken onder bezwarende titel, en artikel 1418, punt 1.a, B.W. spreekt van vervreemden.

Allereerst moet opgemerkt worden dat het toepassingsgebied van artikel 215 van het Burgerlijk Wetboek breder is dan dat van artikel 1418 van het Burgerlijk Wetboek én dat

de sanctieregeling van art. 224 B.W. meer verregaand is dan die van artikel 1422 B.W. (zie verwijzing naar Parlementaire stukken in de studie van professor Baeteman, «De Bescherming van de gezinswoning», *T.P.R.*, 1985, 335 tot 381, speciaal nrs. 9 en 18).

Gelet op het doel van de wettelijke beschermingsregeling (de bewoning van de voornaamste gezinswoning mag niet in gevaar gebracht worden) is het Hof van oordeel dat artikel 215, § 1, van het Burgerlijk Wetboek toepasselijk is op de opdracht of op het mandaat dat aan de makelaar wordt gegeven om het goed-gezinswoning te verkopen; de instemming van de andere echtgenoot is dus vereist.

Het contract doet er echter van blijken dat de namen van beide echtgenoten in de aanhef zijn vermeld, en dat mevrouw V. eigenhandig «goed voor volmacht» heeft geschreven boven haar handtekening. Dat zulks frauduleus zou zijn gebeurd is in casu niet bewezen – sinds het K.B. van 6 september 1993 tot bescherming van de beroepsethiek en van de uitoefening van het beroep van vastgoedmakelaar (*B.S.*, 13 oktober 1993) is de plichtenleer van de vastgoedmakelaar terecht zeer verstrengd – en in elk geval staat vast dat de heer V. geen actie tot nietigverklaring heeft gevoerd (cf. artikel 224, § 1, punt 1, B.W.) tegen de door zijn echtgenote ondertekende ‘Opdracht tot verkoop’.

Hoewel dus ook de tweede grief ongegrond blijkt te zijn, is het Hof van oordeel dat I. deontologisch weinig correct heeft gehandeld door mevrouw V. het document te laten ondertekenen buiten de aanwezigheid van haar echtgenoot, die achteraf furieus bleek te zijn.

5. Zeer ernstig is echter de derde grief aangezien de eerste rechter vrij ongenueanceerd die problematiek heeft beoordeeld.

5.1. Het is een verplichting voor de vastgoedmakelaar – én deontologisch én op basis van de goede trouw – zijn cliënt *geregeld* op de hoogte te houden én van de gedane stappen én van de bereikte resultaten. Dit blijkt in casu nagenoeg niet te zijn gebeurd, en punt 7 van het contract (waarin wordt gesteld dat het agentschap *achteraf* – na het beëindigen van de opdracht – aan de opdrachtgever de namen bekend maakt van alle kandidaat-kopers waarmee het agentschap heeft gehandeld) is duidelijk strijdig met de goede trouw, die alle contracten beheerst.

5.2. Ook de contractsbepaling in verband met de duur van de makelarij (punt 4) is vrij onzinnig. Immers de duur van een opdracht met exclusiviteit moet steeds schriftelijk worden vastgesteld (doorgaans is dat inderdaad twaalf maanden), maar het gebruik van de techniek van de stilzwijgende én automatische hernieuwing (in afwachting van een aangetekende opzegging) is, gelet op de belangrijkheid en de financiële en de morele impact van het contract, *uitermate dubieus*: op die manier kan, voor de doodgewone simpele burger, het makelaarscontract een jarenlange last betekenen, hetgeen het volks vermoeden voedt dat de makelaar rustig mag wachten tot de eigenaar zelf verkoopt – tegen een lagere prijs – om dan commissieloon op te vorderen van vijf procent op grond van de bewering dat de opdrachtgever, door zelf te verkopen, de opdracht tot verkoop zou hebben belemmerd.

Een dergelijke constructie is strijdig met de goede trouw en ontwricht de makelaarsovereenkomst in haar essentie (het verrichten van gekwalificeerde beroepsactiviteiten bin-

nen een bepaalde, duidelijk termijn, en tegen betaling van een vergoeding).

5.3. In het *gewone* geval waarbij een vastgoedmakelaar enkel tot taak heeft de partijen bij elkaar te brengen (bv. het aanbrengen van een kandidaat-koper) is de vastgoedmakelaar *enkel een bemiddelaar, zonder vertegenwoordigingsrecht* (cf. Cass., 31 oktober 1940, *Pas.*, 1940, I, 274). In dat geval is het makelaarscontract enkel een soort van huur van diensten, dus in wezen een *aannemingscontract*.

In het geval echter (zoals in casu) waarbij de opdrachtgever aan de makelaar niet alleen de bevoegdheid geeft om een koper te zoeken (dát is de eigelijke rol van de makelaar) voor een bepaald onroerend goed tegen een bepaalde vraagprijs, *maar tevens* de volmacht om rechtshandelingen te sluiten (bijv. de redactie van een optie, het ondertekenen van een onderhands compromis, het innen van voorschotten op de verkoopprijs) is *het makelaarscontract een lastgeving*, waaruit voortvloeit:

a) dat de vastgoedmakelaar in dat geval beschouwd moet worden als een lasthebber;

b) dat het gegeven mandaat steeds herroepbaar is (art. 2003 B.W.);

c) dat de lasthebber recht heeft op vergoeding van zijn bewezen prestaties, en dat het loon van de lasthebber door de rechter gematigd kan worden (cf. Louis en Simon Fredericq, *Handboek Belgisch Handelsrecht*, deel I, 1976, 280 en 281; Hof Gent, 4 december 1990, *R.W.*, 1990-1991, 1374).

6. Bovendien – en dit is het hoogtepunt van de zaak – moet beklemtoond worden dat *de exclusiviteit van de opdracht* – die de opdrachtgever enkel bindt in deze zin dat hij, tijdens de normale duur van de opdracht en met betrekking tot hetzelfde voorwerp, geen andere makelaarsovereenkomst mag sluiten – *de eigenaar niet kan verhinderen zijn eigen goed rechtstreeks* (= zonder bemiddeling van enige tussenpersoon in het handelsverkeer) *te verkopen aan een kandidaat-koper die niet door de makelaar – van de opdrachtgever – is aangebracht* (cf. Hof Antwerpen, 19 december 1988, *R.W.*, 1988-89, 1346).

Het bovenstaande verhindert uiteraard niet dat de vastgoedmakelaar recht heeft op loon voor de door hem gepresteerd diensten, op voorwaarde dat de makelaar het bestaan van die diensten (onderzoek van het goed, samenstelling van het dossier, maken van reclame, plaatsen van advertenties, contacten leggen, het goed laten bezichtigen, enz.) bewijst en dat er een geoorloofde oorzaak van verbintenis is.

Ondanks het feit dat het onroerend goed werd verkocht buiten de normale opdrachtduur, buiten bemiddeling van de vastgoedmakelaar en aan een koper die niet werd aangebracht door de vastgoedmakelaar, heeft deze, als lasthebber, recht op vergoeding van de door hem bewezen prestaties, zelfs indien deze niet tot gevolg hadden dat er een koopcompromis kon ontstaan.

7. Daaruit volgt dat de schadevergoedingsregeling niet in casu conventioneel, maar *enkel gemeenrechtelijk* bepaald kan worden. Aangezien de geïntimeerde zich enkel kan beroepen op het plaatsen van enkele advertenties en het in contact treden met enkele gegadigden, rest er geen andere mogelijkheid dan het toekennen van een schadevergoeding *ex aequo et bono*.

Het Hof is van oordeel dat een schadevergoeding, inclusief BTW, van 20.000 frank billijk en rechtmatig is.

NOOT – Zie de bespreking van dit arrest door Merchiers, Y., «Verkoop door de eigenaar zelf bij (exclusieve) opdracht aan een vastgoedmakelaar», *T.B.B.R.*, 1995, 296-303.

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

8e KAMER – 19 OKTOBER 1995

Voorzitter: de h. Londers

Advocaten: mrs. Bijnens loco Nelissen Grade en Sevenants loco Horevoets

1. Burgerlijke rechtspleging – a) Geen inventaris bij de conclusies – b) Kortgeding – Aanvaarding van urgentie – c) Hoger beroep – Devolutieve kracht – 2. Handelsagentuur – Ongeldigheid concurrentiebeding – Art. 20 E.E.G.-Richtlijn van 18 december 1986 – Territoriale beperking

1. a) *Uit het enkele feit dat de geïntimeerde geen inventaris bij zijn appelconclusie heeft gevoegd, kan niet worden afgeleid dat hij in hoger beroep nieuwe stukken aanwendt.*

b) *De eerste rechter, rechtdoend in kort geding, heeft zich ten onrechte bevoegd verklaard als in de dagvaarding geen urgentie is aangevoerd noch omstandigheden worden aangehaald die de urgentie zouden impliceren.*

c) *Wanneer de rechter in hoger beroep de appelrechter is van de bevoegde rechtbank, bestaat er geen grond om de zaak naar een andere appelrechter te verwijzen.*

2. *Het concurrentiebeding is ongeldig en nietig als de territoriale omschrijving in het concurrentiebeding te ruim is opgevat.*

A. t/ B.V.B.A. A.

I. *Nopens het weren van stukken uit de debatten*

Overwegende dat de raadsman van appelland tijdens de pleitzitting van 13 september 1995 vroeg de stukken neergelegd door geïntimeerde uit de debatten te weren omdat zij geen inventaris bij de neergelegde conclusie had gevoegd;

Overwegende dat het nieuwe artikel 743, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek, gewijzigd bij wet van 3 augustus 1992, bepaalt dat de inventaris van de stukken bij de conclusies wordt gevoegd;

dat de wetgever evenwel geen sanctie oplegt indien deze bepaling niet wordt nageleefd, zoals ten deze;

dat geïntimeerde wel een inventaris van haar stukken in haar dossier heeft gevoegd;

dat appelland geen grief uit m.b.t. de niet overlegging van stukken, tenzij dat hij niet kan controleren of er soms geen nieuwe stukken tijdens de appelprocedure door geïntimeerde werden bijgevoegd;

Overwegende dat uit het enkele feit dat geïntimeerde geen inventaris bij haar beroepsconclusie heeft gevoegd, niet kan worden afgeleid dat geïntimeerde in hoger beroep nieuwe stukken aanwendt;

dat appelland trouwens niet eens stelt dat geïntimeerde in hoger beroep nieuwe stukken gebruikt;

Overwegende dat geïntimeerde ter zitting formeel stelde dat de thans door haar neergelegde stukken identiek zijn aan die in eerste aanleg;

dat dit wordt bevestigd aan de hand van de conclusies door geïntimeerde genomen voor de eerste rechter, waarin zij met dezelfde nummering als thans naar haar stukken verwijst;

dat ook de eerste rechter bij het verwijzen naar de stukken van geïntimeerde in de bestreden beschikking dezelfde nummering gebruikt als die thans door geïntimeerde gebezigd;

dat aldus de aanwending van nieuwe stukken in hoger beroep redelijkerwijze wordt uitgesloten;

dat er in deze omstandigheden geen aanleiding bestaat tot het weren van de stukken van geïntimeerde uit de debatten;

II. Nopens de feiten

Overwegende dat geïntimeerde als principaal actief is als tussenpersoon in de verkoop en verhuur van onroerende goederen;

dat geïntimeerde met appelland op 1 februari 1993 een samenwerkingsovereenkomst sloot waarbij zij appelland als zelfstandig tussenpersoon in de verkoop en verhuur van onroerende goederen aanstelde terwijl appelland aanvaardde om op exclusieve basis prospectie uit te voeren ten voordele van geïntimeerde;

dat appelland op die wijze een opleiding in de vastgoedsector wou genieten;

dat hij oorspronkelijk vanuit T. werkte, alwaar geïntimeerde haar maatschappelijk zetel heeft;

dat vanaf 11 juli 1994 appelland zelfstandig een nieuw bijkantoor van geïntimeerde in D. had;

dat appelland vanaf 17 november 1994 in de «P.», d.i. een regionale krant in de streek van T. onder de benaming A. reclame maakte en zich voorstelde als de vertrouwensman inzake verkoop en verhuur van onroerende goederen te T.;

dat geïntimeerde bij aangetekend schrijven van 25 november 1994 appelland in gebreke stelde om de samenwerkingsovereenkomst en in het bijzonder de overeengekomen exclusiviteit na te leven; dat appelland verzocht werd zijn activiteiten in persoonlijke naam in de regio waar geïntimeerde actief is, te weten T., D., A., L., S. en Waals-Brabant, stop te zetten op straffe van schadevergoeding;

dat op het ogenblik dat appelland voor eigen rekening onder de handelsbenaming A. begon te adverteren, namelijk op 17 november 1994, hij de sleutels van het bijkantoor in D. aan geïntimeerde teruggaf;

Overwegende dat de raadsman van appelland bij schrijven van 29 november 1994 tegen de voormelde ingebrekestelling van 25 november 1994 protesteerde;

dat appelland in dezelfde brief aan geïntimeerde verweet de overeenkomst eenzijdig te hebben verbroken door:

- hem van T. naar het nieuwe kantoor in D. eenzijdig te hebben verplaatst;

- de kosten voor de inrichting van het kantoor in D. als ook de publicatie- en verplaatsingskosten niet te vergoeden;

Overwegende dat de raadsman van geïntimeerde bij schrijven van 14 december 1994 op de voormelde brief van 29 november 1994 op omstandige wijze reageerde;

dat de verplaatsing naar D. op verzoek van appelland gebeurde; dat de inrichtings- en drukkosten voor het nieuwe kantoor in D. werden vergoed, terwijl voor de verplaatsingen geen vergoeding werd overeengekomen;

dat geïntimeerde in haar schrijven enkel kon vaststellen dat appelland na een opleiding bij haar in de vastgoedsector

te hebben gekregen voor eigen rekening in de regio van T. begon te werken; dat zij nogmaals appelland in dit verband in gebreke stelde;

dat appelland desalniettemin zijn activiteiten voor eigen rekening in de streek van T. voortzette;

dat in de samenwerkingsovereenkomst van 1 februari 1993 appelland zich ertoe verbond gedurende 2 jaar na de verbreking van de overeenkomst niet op te treden als agent of makelaar in vastgoed in de regio waar geïntimeerde publicitaire campagnes voert;

III. Het voorwerp van de vorderingen en van het hoger beroep

Overwegende dat de oorspronkelijke hoofdvordering van geïntimeerde ertoe strekt te doen zeggen voor recht in kort geding dat appelland zich ervan dient te onthouden rechtstreeks of onrechtstreeks voor eigen rekening of voor rekening van een derde op te treden als handelsagent of als makelaar of een activiteit te voeren die analoog is aan die van geïntimeerde en dit in de regio waar geïntimeerde publiciteit voert, te weten (...) onder verbeurte van een dwangsom van 20.000 fr. per vastgestelde overtreding per dag vanaf de datum van de beschikking;

Overwegende evenwel dat de rechter in kort geding niet vermag recht te spreken zoals gevorderd; dat de vordering van geïntimeerde zo gelezen moet worden dat de rechter in kort geding aan appelland zal bevelen dat hij zich voorlopig in afwachting van een uitspraak ten gronde zal onthouden van de voormelde activiteiten;

...

IV. Nopens de eerste exceptie van onbevoegdheid: het bestaan van een arbeidsovereenkomst

Overwegende dat appelland stelt dat de overeenkomst van 1 februari 1993 een arbeidsovereenkomst uitmaakt, zodat het geschil door de arbeidsrechtbank dient te worden beslecht;

Overwegende dat evenwel in de overeenkomst sub littera B appelland wordt omschreven als een zelfstandig tussenpersoon in de verkoop en verhuur van onroerende goederen;

dat sub littera F appelland verklaart zijn opdracht uit te oefenen buiten elk dienstverband en in volle onafhankelijkheid, zonder toezicht of controle inzake werkregeling en dat hij zijn eigen risico's draagt; dat hij zich nochtans minimaal tweemaal per week op vooraf overeengekomen tijdstippen zal begeven naar het hoofdkantoor van de principaal, ten einde regelmatig verslag uit te brengen over zijn activiteiten; dat hij zich ertoe verbindt dit alles te doen als zelfstandige en zich in regel te stellen met de desbetreffende wetgeving; dat het hem niet toegestaan is voor andere opdrachtgevers op te treden;

dat appelland alzo geacht wordt op zelfstandige basis het bijkantoor in D.; te drijven zonder enig toezicht van geïntimeerde;

dat de verklaring van 20 oktober 1994 door geïntimeerde ondertekend, waarin gesteld wordt dat appelland zijn werkzaamheden in D. dient uit te voeren, daaraan geen afbreuk doet nu uit het sollicitatieschrijven van 6 mei 1991 van appelland blijkt dat hij de zaakvoerder van geïntimeerde toen reeds suggereerde in D. zijn werkzaamheden te kunnen uitvoeren;

dat de verplaatsing van appelland naar D. dan ook niet kan worden toegeschreven aan een zogezegd dictaat van geïntimeerde;

dat het feit dat appelland zich minstens tweemaal per week op het hoofdkantoor van geïntimeerde diende te begeven en dat het bijkantoor in D. zes dagen per week diende open te blijven, geen afbreuk doet aan het zelfstandig karakter van de tussenkomsten van appelland;

dat appelland trouwens bij schrijven van zijn raadsman van 29 november 1994 erkende dat hij een zelfstandig tussenpersoon was;

dat verder appelland geen loon ontving zoals een bediende; dat hij recht had op een commissieloon van 25 % op het commissieloon van de principaal bij aanbreng van een mandaat tot verkoop of verhuring en op een tweede commissieloon van 25 % bij de daadwerkelijke verkoop of verhuring;

dat, zoals blijkt uit de overgelegde stukken, appelland voor elke tussenkomst het bedongen commissieloon factureerde; dat deze facturatie erop wijst dat tijdens de uitvoering van de samenwerkingsovereenkomst appelland inderdaad als een zelfstandig handelsagent optrad;

dat in die omstandigheden het geschil niet als een geschil inzake arbeidsovereenkomsten kan worden aangemerkt;

dat er geen aanleiding is tot verwijzing van de zaak naar de arbeidsrechtbank;

V. Nopens de tweede exceptie van onbevoegdheid: het gebrek aan aanvoering van urgentie

Overwegende dat ingevolge artikel 9 Ger.W. de urgentie een wezenlijk component is van de materiële bevoegdheid van de rechter in kort geding;

dat de volstreckte bevoegdheid bepaald wordt door wat de eiser in de inleidende akte stelt (Cass., 8 september 1978, *R.W.*, 1978-79, 960, met noot van Jean LAENENS);

dat geïntimeerde in de inleidende dagvaarding geen urgentie aanvoert;

dat zij evenmin in de dagvaarding omstandigheden aanhaalt, die urgentie zouden impliceren;

dat zij immers in de dagvaarding enkel vaststelt dat appelland sedert 17 november 1994 voor eigen rekening in regionale kranten reclame maakt en dat hij inmiddels nog meer advertenties plaatst, terwijl de overeenkomst tussen partijen gesloten op 1 februari 1993 dit verbiedt;

dat geïntimeerde daarom in kort geding vraagt dat appelland zich onthoudt van elk optreden als agent of makelaar in onroerende goederen in de sector waar geïntimeerde zelf publiciteit maakt;

dat uit de voormelde omstandigheden niet kan worden afgeleid dat de hoofdvordering een dringend karakter vertoont;

dat geïntimeerde met geen woord rept over haar schade en het verloop ervan, terwijl de spoedvraag juist verband houdt met het nadeel voor de eiser bij het uitblijven van een beslissing in kort geding;

dat bij gebreke van aanvoering van urgentie in de inleidende dagvaarding de rechter in kort geding volstrekt onbevoegd is om kennis te nemen van de hoofdvordering (Cass., 11 mei 1990, *Pas.*, 1990, I, 1045; Pierre MARCHAL, *Les référés*, Brussel, Larcier, 1992, nr. 15.3°; Jean LAENENS, «De bevoegdheid, overzicht van rechtspraak, 1979-1992», *T.P.R.*, 1993, 1496-1497, nr. 23);

dat de eerste rechter zich dan ook ten onrechte volstrekt bevoegd heeft verklaard m.b.t. de hoofdvordering;

VI. De devolutieve kracht van het hoger beroep

Overwegende dat de afwezigheid van volstreckte bevoegdheid bij de eerste rechter m.b.t. de hoofdvordering nog niet betekent dat de opdracht van het hof te dezen beëindigd is;

dat immers de vordering tussen handelaars tot stopzetting van bepaalde activiteiten, zoals gesteld in de dagvaarding, diende te worden ingeleid voor de rechtbank van koophandel te Leuven of eventueel voor de rechtbank van eerste aanleg te Leuven, voor zover appelland de bevoegdheid van deze laatste zou aanvaarden;

dat er geen betwisting bestaat nopens de territoriale bevoegdheid van de rechtbanken in Leuven;

dat zowel t.a.v. de rechtbank van koophandel te Leuven als t.a.v. de rechtbank van eerste aanleg te Leuven het hof van beroep te Brussel als appelrechter optreedt;

dat er te dezen geen grond bestaat om de zaak naar een andere appelrechter te verwijzen overeenkomstig artikel 643 Ger.W., nu het hof volstrekt en territoriaal bevoegd is om het geschil te beslechten;

dat in beginsel ingevolge de devolutieve werking van het hoger beroep het geschil zelf bij de rechter in hoger beroep aanhangig wordt gemaakt overeenkomstig artikel 1068, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek;

dat het hof also kennis dient te nemen van de grond van de zaak;

dat er geen aanleiding bestaat tot heropening der debatten, nu de partijen, zowel in conclusies als in pleidooien, hebben gehandeld alsof het een vordering ten gronde betrof;

VII. Nopens de verbreking van de overeenkomst

Overwegende dat geïntimeerde primair stelt dat de samenwerkingsovereenkomst tussen partijen nog steeds bestaat;

dat zij aandringt op de verdere uitvoering van het contract inzonderheid op de eerbiediging van de exclusiviteit door appelland aanvaard; dat zij op deze grond vraagt appelland het verbod op te leggen nog verder als agent of makelaar in onroerende goederen voor eigen rekening of voor andermans rekening op te treden in de regio waar zijzelf actief is;

Overwegende evenwel dat die hoofdstelling van geïntimeerde niet kan worden ingewilligd nu de samenwerkingsovereenkomst op 17 november 1994 op initiatief van appelland is beëindigd door de afgifte aan geïntimeerde van de sleutels van het bijkantoor in D.;

dat appelland bovendien in een schrijven van 29 november 1994 aan geïntimeerde verweet de overeenkomst eenzijdig te hebben verbroken;

dat de beëindiging van de overeenkomst alsoz vaststaat;

Overwegende dat geïntimeerde subsidiair haar vordering tot stopzetting van bepaalde activiteiten van appelland op het concurrentiebeding baseert;

dat, alvorens de rechtsgeldigheid van dit beding te onderzoeken, het past na te gaan of de dringende redenen door appelland aangevoerd gegrond zouden zijn, in welk geval het concurrentiebeding geen toepassing kan vinden;

Overwegende dat appelland aan geïntimeerde verwijt de overeenkomst te hebben verbroken door hem eenzijdig te hebben verplaatst van T. naar het nieuwe kantoor in D.;

dat appellant hierbij in het bijzonder verwijst naar de verklaring door de zaakvoerder van geïntimeerde ondertekend op 20 oktober 1994, waarin zij bevestigt dat vanaf 11 juli 1994 appellant regionaal directeur is in het nieuwe kantoor te D. en aldaar dient te functioneren van maandag tot en met zaterdag;

Overwegende dat appellant evenwel zich over zijn verplaatsing van T. naar D. niet ernstig kan beklagen nu hij in zijn sollicitatiebrief van drie jaar voordien zelf suggereerde om zijn werkzaamheden in D. uit te oefenen ingevolge zijn «bekendheid en populariteit» en zijn relaties aldaar;

dat de eerste rechter dan ook terecht heeft overwogen dat de verlegging van de activiteiten van appellant naar D. niet toe te schrijven is aan een dictaat van geïntimeerde;

dat appellant aldus het eenzijdig of foutief karakter van de verplaatsing niet aantoont;

Overwegende dat appellant verder in de brief van 25 november 1994 aan geïntimeerde verweet de overeenkomst eenzijdig te hebben verbroken door de kosten voor de inrichting van het kantoor in D. alsook de publicatie- en verplaatsingskosten niet te vergoeden;

Overwegende dat uit de overgelegde stukken evenwel blijkt dat geïntimeerde de inrichtings- en drukkosten voor het nieuwe kantoor in D. vergoedde;

dat appellant niet aantoont dat geïntimeerde zich zou hebben verbonden tot betaling van verplaatsingsvergoedingen;

Overwegende dat in die omstandigheden appellant niet aantoont dat geïntimeerde op ernstige wijze tekort is geschoten in haar verplichtingen als principaal;

dat de toepassing van het concurrentiebeding derhalve niet a priori kan worden uitgesloten;

VIII. Nopens de nietigheid van het concurrentiebeding in het licht van het arbeidsrecht

Overwegende dat appellant de rechtsgeldigheid van het concurrentiebeding betwist, omdat het niet voldoet aan de voorwaarden van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten;

dat echter supra sub IV reeds werd aangetoond dat de tussen partijen gesloten samenwerkingsovereenkomst niet kan worden gekwalificeerd als een arbeidsovereenkomst wegens het ontbreken van gezag, leiding en toezicht;

dat appellant immers als zelfstandige het kantoor van geïntimeerde te D. beheerde;

dat de voormelde wet van 3 juli 1978 dan ook te dezen geen toepassing kan vinden;

dat het voorgedragen middel derhalve ongegrond is;

IX. Nopens de nietigheid van het concurrentiebeding in het licht van het handelsrecht

Overwegende dat, nu het hof de samenwerkingsovereenkomst niet als een arbeidsovereenkomst aanmerkt, beide partijen akkoord gaan om te stellen:

– dat de overeenkomst tussen partijen als een handelsagentuurovereenkomst dient te worden gekwalificeerd;

– het concurrentiebeding dient te beantwoorden aan de criteria vastgelegd in artikel 20 van de E.E.G.-richtlijn van 18 december 1986 betreffende de coördinatie van de wetgevingen van de lidstaten inzake handelsagenten, namelijk een geschrift dat betrekking heeft op het geografisch gebied of op de groep cliënten, die aan de handelsagent waren toe-

vertrouwd alsmede op het soort goederen waarvan hij krachtens de bepalingen van de overeenkomst de vertegenwoordiging had voor een tijdvak van ten hoogste twee jaar na het einde van de overeenkomst (Jules STUYCK in *Handels- en Economisch recht, Ondernemingsrecht*, volume B, nr. 507);

Overwegende dat in het concurrentiebeding opgenomen sub littera L van de overeenkomst appellant er zich toe verbindt gedurende twee jaren na verbreking van de overeenkomst, ongeacht de oorzaak ervan, noch voor zichzelf, noch voor derden rechtstreeks of onrechtstreeks op te treden als commercieel agent, als makelaar of een activiteit te voeren die analoog is aan die van de principaal binnen de sector waarin hij publicitaire campagnes voert;

Overwegende dat voor geïntimeerde het voormelde concurrentiebeding volledig beantwoordt aan de criteria gesteld in artikel 20 van de E.E.G.-richtlijn, terwijl voor appellant het concurrentiebeding niet voldoet aan bepaalde geldigheidsvoorwaarden inzonderheid aan de territoriale beperking;

Overwegende dat de territoriale uitwerking van het concurrentiebeding zoals tussen partijen overeengekomen wordt beperkt tot de sector waarbinnen geïntimeerde haar publicitaire campagnes voert;

dat aan de hand van de overgelegde stukken geïntimeerde aantoont dat zij publiciteit voert in de regio T., D., A., L., S. en Waals-Brabant;

dat geïntimeerde dan ook vraagt dat appellant in deze regio geen activiteiten in onroerende goederen zal uitoefenen gedurende 2 jaar na de verbreking van de overeenkomst;

Overwegende dat appellant evenwel terecht opmerkt dat volgens artikel 20 van de E.E.G.-richtlijn het concurrentiebeding alleen geldig is voor zover het betrekking heeft op het geografisch gebied of op de groep cliënten, die aan de handelsagent waren toevertrouwd;

dat daarentegen het concurrentiebeding onregelmatig is in zoverre het de geografische sector van de principaal in ogenschouw neemt, terwijl volgens de E.E.G.-richtlijn de territoriale beperking gezien dient te worden in functie van de activiteiten van de handelsagent;

dat te dezen appellant als handelsagent werkzaam is geweest eerst in T. en daarna in D.;

dat uit niets blijkt dat appellant activiteiten zou hebben ontwikkeld in A., L., S. of Waals-Brabant;

dat alzo blijkt dat de territoriale omschrijving in het concurrentiebeding te ruim werd opgevat, zodat het ongeldig en nietig is;

dat wegens deze nietigheid de hoofdvordering van geïntimeerde ongegrond is;

...

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

8e KAMER – 22 DECEMBER 1995

Voorzitter-rapporteur: de h. Van Houche

Raadsheren: de hh. Van Craen en Michielsens

Openbaar ministerie: de h. Van den Bon

Burgerlijke partijstelling – Keuze tussen burgerlijke rechter en strafrechter – Afstand van geding

Het optierecht van de benadeelde tussen de strafrechter en de burgerlijke rechter impliceert het verbod om vergoeding van dezelfde schade tegelijkertijd voor beide rechtscolleges te vorderen.

Eenmaal gekozen tussen de strafrechter en de burgerlijke rechter kan de benadeelde deze keuze slechts wijzigen door afstand te doen van een of andere vordering.

T. / M. en N.V. B.J.B.

Overwegende dat de vordering van de burgerlijke partij, in zoverre zij gericht is tegen de burgerrechtelijk aansprakelijke partij niet ontvankelijk is;

dat overeenkomstig artikel 4 van de wet van 17 april 1878 houdende de voorafgaande titel van het wetboek van strafvordering de benadeelde van een misdrijf de keuze heeft om zijn rechtsvordering tot herstel van de door het misdrijf veroorzaakte schade tegelijk met de strafvordering voor de strafrechter, dan wel afzonderlijk voor de burgerlijke rechter in te stellen;

dat dit optierecht van de benadeelde evenwel het verbod impliceert om vergoeding van dezelfde schade *tegelijkertijd* voor de strafrechter en de burgerlijke rechter te vorderen;

dat wanneer eenmaal gekozen is tussen de strafrechter of de burgerlijke rechter de benadeelde deze keuze slechts kan wijzigen wanneer hij afstand doet van zijn aanvankelijke voor de burgerlijke rechter ingestelde vordering of in burgerlijke rechter ingestelde vordering of in voorkomend geval van zijn burgerlijke partijstelling;

dat een afstand van het geding voor de burgerlijke rechter niet met zekerheid kan afgeleid worden uit het enkele feit van een latere burgerlijke partijstelling voor de strafrechter;

...

NOOT – *Het optierecht van de benadeelde op grond van art. 4 V.T.Sv.*

1. De rechtsvordering tot vergoeding van de schade, veroorzaakt door een misdrijf, kan zich op twee manieren materialiseren: ofwel wendt de benadeelde zich tot de strafrechter die over de strafvordering m.b.t. dit misdrijf uitspraak moet doen, ofwel leidt hij een geding bij de burgerlijke rechter in (art. 4 V.T.Sv.).

2. Hoewel de keuze van de benadeelde tussen de burgerlijke rechter of de strafrechter *niet definitief* is (Cass., 27 mei 1943, *Pas.*, 1943, I, 207 en de noot van proc.-gen. Cornil onder dit arrest, waarin uitdrukkelijk wordt gesteld dat het adagium "*electa una via non datur recursus ad alteram*" in het Belgische recht niet van toepassing is), oordeelde het Hof van Cassatie lange tijd dat deze keuze wel *exclusief* was: het keuzerecht van de benadeelde impliceert het verbod om de vergoeding van dezelfde schade *tegelijkertijd* voor de strafrechter en de burgerlijke rechter te vorderen (Cass., 16 januari 1979, *A.C.*, 1978-79, 559; Cass., 24 maart 1987, *A.C.*, 1986-87, nr. 441; Cass., 13 juni 1989, *A.C.*, 1988-89, nr. 596; Cass., 3 november 1992, *A.C.*, 1991-92, nr. 710).

3. In de bestreden beslissingen die het voorwerp waren van deze laatste arresten (die allen tot de vernietiging van de bestreden beslissingen leidden), oordeelden de appelrechters dat de bij hen als strafrechters aanhangig gemaakte burgerlijke vorderingen tot vergoeding van de door het misdrijf ver-

oorzaakte schade, niettegenstaande het bestaan van een geding voor de burgerlijke rechter m.b.t. *dezelfde* schade, ontvankelijk waren. Volgens ons hoogste rechtscollege verwierpen deze appelrechters ten onrechte de "exceptie van aanhangigheid" (cf. art. 29 Ger.W.), hetzij omdat ze als strafrechters weigerden de regels van het Gerechtelijk Wetboek nopens de aanhangigheid toe te passen (cf. b.v. in Cass., 16 januari 1979, *gecit.*), hetzij omdat ze ten onrechte meenden dat er geen aanhangigheid voorhanden was (nu ze niet onderzochten of het voorwerp en de oorzaak van de vordering dezelfde waren, cf. Cass., 24 maart 1987, *gecit.*) of nog omdat ze uit het enkele feit van de burgerlijke-partijstelling ten onrechte afleidden dat er impliciet afstand van het geding voor de burgerlijke rechter was gedaan (Cass., 13 juni 1989 en Cass., 3 november 1992, *gecit.*; zie omgekeerd ook Cass., 20 juni 1986, *A.C.*, 1985-86, nr. 661: uit het enkele "afbreken" van de berechting van de civielrechtelijke vordering die bij de strafrechter aanhangig is en de voortzetting van de berechting van diezelfde vordering voor de burgerlijke rechter kan geen stilzwijgende afstand worden afgeleid).

4. De vaststelling van een (regelmatige) afstand bleek dan ook een noodzakelijke voorwaarde te zijn voor de ontvankelijkheid van de "*recursus ad altera viam*": zonder een afstand van het eerder ingeleide geding voor de burgerlijke rechter (waardoor de "aanhangigheid" ophoudt te bestaan, vgl. Fettweis, A. en de Leval, G., *Eléments de la compétence civile*, 1989, IX-1, nr. 118) kon de benadeelde zijn vordering d.m.v. een burgerlijke partijstelling niet voor de strafrechter aanhangig maken. Hetzelfde gold wanneer men zich na een burgerlijke-partijstelling tot de burgerlijke rechter wilde wenden. In de aangehaalde arresten van 1979, 1987, 1989 en 1992 merkte het Hof van Cassatie dienvolgens op dat noch uit de bestreden beslissing, noch uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan bleek dat de betrokkene afstand van zijn eerder ingeleide geding had gedaan. Ook de appelrechters in de geannoteerde beslissing houden vast aan de strenge cassatie-rechtspraak.

5. Op het vereiste van de voorafgaande afstand werd felle kritiek geuit (cf. de verwijzingen en opmerkingen bij Van Overbeke, S., "*Electa secunda via ...*" (noot onder Antwerpen, 8 januari 1993), *R.W.*, 1399-1400, nrs. 3 en 4; erratum in *R.W.*, 1994-95, 104). Hierbij werd opgemerkt dat de exceptie van gewijsde in burgerrechtelijke aangelegenheden niet van openbare orde is: de rechter mag deze exceptie niet ambtshalve opwerpen (art. 27 in fine Gr.W.). Dit impliceert dat wanneer een aansprakelijke partij nalaat de exceptie van gewijsde in te roepen, het mogelijk is dat de benadeelde tweemaal een vergoeding opstrijkt voor dezelfde schade (Verstraeten, R., *De burgerlijke partij en het gerechtelijk onderzoek. Het slachtoffer in het strafproces*, 1990, 72, nr. 70). Waarom zou er dan – a fortiori – een bezwaar zijn tegen de omstandigheid dat de vordering op twee verschillende plaatsen (slechts) *aanhangig* is (Verstraeten, R., *ibid.*)?

6. Het belangrijkste bezwaar tegen het vereiste van de afstand lijkt evenwel het zonderlinge rechtsgevolg te zijn dat in deze context aan de (exceptie van) aanhangigheid werd gekoppeld. "Aanhangigheid" van dezelfde vordering op twee verschillende plaatsen is in wezen een louter feitelijke toestand die vervelende gevolgen kan impliceren op juridisch vlak en die daarom door de wetgever in bepaalde gevallen wordt geregeld. In het gerechtelijk privaatrecht roept de aan-

hangigheid, wanneer ze door partijen of door de rechter wordt opgemerkt (slechts) een verwijzingsmechanisme in het leven, waarbij – overeenkomstig de in artikel 565 van het Gerechtelijk Wetboek voorgeschreven voorraangsregeling – de verwijzing naar deze of gene rechtbank wordt bevolen. Deze regeling is niet op maat van het strafproces gesneden en is er dan ook niet op van toepassing (cf. infra). Anderzijds kan het verbod om dezelfde schade tegelijkertijd voor de strafrechter en de burgerlijke rechter te vorderen, evenmin op een logisch-deductieve manier uit artikel 4 van de wet van 17 april 1878 houdende de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering worden afgeleid. De door het Hof van Cassatie in de arresten van 1979, 1987, 1989 en 1992 verdedigde leer, blijkt terug te gaan op de reeds aangehaalde noot van voormalig procureur-generaal Cornil onder het arrest van 27 mei 1943 (*Pas.*, 1943, I, 212: "*Seules les dispositions légales relatives à la chose jugée, à la litispendance et, exceptionnellement, celles relatives à la connexité doivent être prises en considération pour l'application de l'article 4 de la loi du 17 avril 1878*").

7. Het Hof van Cassatie blijkt niet doof te zijn gebleven voor de doctrinaire kritiek. Na artikel 4 van de wet van 17 april 1878 te hebben aangehaald overwoog het Hof "*dat dit artikel niet bepaalt dat in het aldaar beschouwde geval de civielrechtelijke vordering slechts voor de strafrechter mag gebracht worden wanneer nopens dezelfde voor de civiele rechtsmacht vervolgde civielrechtelijke vordering afstand van geding is gedaan*" (Cass., 18 mei 1993, *A.C.*, 1993, nr. 241, dat spijtig genoeg geen weergave van het aangevoerde middel bevat). De korte en enigszins laconieke overweging van de (Nederlandstalige) tweede kamer van het Hof, dat enige maanden daarvoor nog een beslissing van het Hof van Beroep te Gent had vernietigd omdat dit hof de exceptie van aanhangigheid, bij afwezigheid van een afstand van het eerder voor de burgerlijke rechter ingeleide geding, ten onrechte had verworpen (Cass., 3 november 1992, gecit.), noopte de auteurs tot voorzichtigheid (cf. de vermelding van het arrest bij Declercq, R., *Beginselen van strafrechtspleging*, 1994, 601, nr. 1631 in fine; Verstraeten, R., *Handboek strafvordering*, 1993 (1ste druk), 1993-94, nrs. 204-205).

8. In een voetnoot onder het arrest van 18 mei 1993 worden evenwel, benevens enkele referenties i.v.m. de "klassieke" stelling van het Hof (met o.m. een verwijzing naar Cass., 16 januari 1979, gecit.), auteurs vermeld die het vereiste van de afstand aan een grondige kritiek hebben onderworpen (cf. voetnoot 1 onder Cass., 18 mei 1993, *A.C.*, 1993, 506, waarin wordt verwezen naar Declercq, R., *Strafvordering*, II, 1987 (8ste druk), 256; Verstraeten, R., *De burgerlijke partij en het gerechtelijk onderzoek. Het slachtoffer in het strafproces*, 1990, 72, nr. 70). Bovendien oordeelde het Hof enige maanden later "*dat artikel 565 van het Gerechtelijk Wetboek geen toepassing vindt voor de strafrechter*" (Cass., 2 november 1993, *A.C.*, 1993, nr. 440, *R.W.*, 1993-94, 1397, met noot). Afgezien van het feit dat de eiser in cassatie in dit laatste arrest slechts de schending van artikel 565, tweede lid, sub 5°, van het Gerechtelijk Wetboek inriep (waarbij evenwel dient te worden opgemerkt dat de vermelding van de geschonden wetsbepalingen bij het aanvoeren van middelen tot staving van een cassatieberoep in strafzaken niet op straffe van nietigheid is voorgeschreven), werd in een voetnoot onder dit arrest o.m. verwezen naar het arrest van 18 mei 1993 (cf. noot 1 onder Cass., 2 november 1993, *A.C.*, 1993, 910).

9. Bijgevolg kan worden gehoopt dat de arresten van 18 mei en 2 november 1993 een definitieve kentering in de rechtspraak dienaangaande inluiden (zie ook Antwerpen 8 januari 1993, *R.W.*, 1398, met noot). Wanneer immers wordt gesteld dat een burgerlijke-partijstelling voor de strafrechter niet vereist dat nopens *dezelfde*, voor de burgerlijke rechter "vervolgde" vordering afstand van geding is gedaan, dan staat onmiddellijk vast dat uit artikel 4 van de wet van 17 april 1878 geen "exceptie van aanhangigheid" meer kan worden afgeleid die tot de onontvankelijkheid van de voor de tweede rechter aanhangig gemaakte burgerlijke vordering kan leiden.

10. De toestand zou thans derhalve als volgt kunnen worden samengevat. Wanneer een burgerlijke vordering zowel voor de strafrechter als voor een burgerlijke rechter aanhangig is, is deze laatste ertoe gehouden de uitspraak omtrent de vordering tot schadevergoeding op te schorten totdat definitief werd geoordeeld over de strafvordering ("*le criminel tient le civil en état*"). Voor het overige zal de rechter die als eerste uitspraak doet over de vordering tot schadevergoeding, deze vordering niet kunnen verwerpen op grond van de overweging dat deze vordering reeds bij een andere rechter aanhangig werd gemaakt en hieromtrent geen afstand van dit "andere" geding werd gedaan. Slechts wanneer de "andere" rechter reeds een definitieve beslissing veldt nopens de vordering tot schadevergoeding, zal de (tweede) rechter die uitspraak moet doen deze vordering kunnen verwerpen op grond van het gezag van gewijsde van de eerdere beslissing – althans in zoverre de aangesprokene de exceptie van gewijsde opwerpt (Declercq, R., *Strafvordering*, II, gecit., 257).

Steven Van Overbeke

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

10e KAMER – 20 FEBRUARI 1996

Voorzitter-rapporteur: de h. Craeybeckx
Raadsheren: de hh. Mennes en Van Leuven
Openbaar ministerie: de h. Govaert
Advocaat: mr. Wouters loco Durnez

Politie – Zoeking – Voertuigen – Vereisten

Een voertuig mag slechts worden doorzocht als er tenminste een aanwijzing bestaat dat het voertuig wordt gebruikt om een van de drie redenen vermeld in artikel 29, eerste lid, van de wet van 5 augustus 1992 op het politieambt.

De C.

Overwegende dat het Hof recht doende over de feiten deze beoordeelt volgens de terecht ambtshalve geherkwalificeerde te last legging ten opzichte van beklaagde zoals deze blijkt uit het zittingsblad als een overtreding van artikel 7 van de wet van 3 januari 1933: te Heist-op-den-Berg op 12 mei 1993, in overtreding met artikel 17 van de wet van 3 januari 1933 een verweerwapen, te weten een matrak, te hebben gedragen zonder wettige reden en zonder vergunning van de

gouverneur van de provincie van zijn woonplaats (artikel 7); dat beklaagde zich op de geherkwalificeerde feiten heeft verdedigd;

Overwegende dat uit het proces-verbaal dat werd opgesteld niets anders blijkt dan dat het voertuig van beklaagde werd doorzocht door de verbaliserende rijkswachter met dienst binnen de gemeente Heist-op-den-Berg, Liersesteenweg ter hoogte van dancing Egypte, en zulks in samenwerking met de leerlingen van de Koninklijke Rijkswachtschool, eventueel in het kader van hun opleiding en zonder dat een reden werd gegeven tot het doorzoeken van het voertuig waarbij de matrak in het voertuig van beklaagde werd aangetroffen;

Overwegende dat het doorzoeken van het voertuig bij afwezigheid van enige redengeving niet in overeenstemming is met de bepalingen van artikel 29, alinea 1, van de wet van 5 augustus 1992 op het politieambt en dat met name uit het opgestelde proces-verbaal niet kan worden nagegaan of het doorzoeken van het voertuig geschiedde volgens de in het betrokken artikel vastgestelde normen; dat de redelijke gronden van de gedragingen van beklaagde en de materiële omstandigheden van tijd en plaats niet worden aangegeven in het proces-verbaal die zouden toestaan te denken dat het voertuig werd gebruikt of zou kunnen worden gebruikt om een van de in het artikel aangegeven feitelijkheden te plegen (sub 1°, 2° en 3°);

dat het enkele feit dat de controle en zoeking plaatsvond in de nabijheid van een dansgelegenheid, zonder verdere aanwijzingen geen redelijke grond uitmaakt;

Overwegende dat een voertuig enkel zal mogen worden doorzocht wanneer er tenminste een aanwijzing bestaat, dat het voertuig zou worden gebruikt om een van de drie redenen in het eerste lid van het artikel opgesomd; dat geen dezer aanwezig blijkt te zijn geweest en niets daarover is aangewezen in het proces-verbaal (Politiestudies – Fynaut & Hutsebaut, blz. 110);

Overwegende dat het doorzoeken van het voertuig een in de aangewezen wet voorwaardelijke controle is en niet vervat is in een bijzondere wet welke eventueel impliciet aanleiding kan geven tot onvoorwaardelijke controles;

Overwegende dat overigens ook aan het vereiste van redelijke grond tot identiteitscontrole niet blijkt te zijn voldaan zoals neergelegd in de bepalingen van artikel 34 van de wet op het politieambt;

Overwegende dat, zo de beoordeling en afweging of de politieambtenaar tot een controle overgaat, eigenmachtig doch niet willekeurig kan zijn, toch nog de reden en bevonden redelijke grond uit het proces-verbaal dat eventueel wordt opgesteld moet blijken;

Overwegende dat nu in casu niet kan worden nagegaan in het proces-verbaal wat de aanleiding was tot het uitgeoefende politionele dwangmiddel bij miskennen van de bepalingen van artikel 29 van de wet op het politieambt, het bewijs van de ten laste gelegde feiten op een onrechtmatige manier is verkregen en nietig is;

Overwegende dat er geen andere regelmatig opgeleverde elementen zijn die een voldoende grond opleveren voor een schuldigverklaring aan de feiten en een veroordeling;

...

NOOT – Over de zoeking in voertuigen

1. In bovenstaand arrest behandelt het Hof van Beroep te Antwerpen de geldigheid van een zoeking in een voertuig.

De aan de grondslag liggende feiten zijn zeer eenvoudig. In de nabijheid van een dancing te Heist-op-den-Berg was een rijkswachter actief, samen met enkele leerlingen van de Rijkswachterschool. Misschien wel om eens te «demonstreren» aan de leerlingen voerde de rijkswachter een identiteitscontrole uit t.a.v. een bepaald persoon en besloot hij tevens een zoeking uit te voeren in diens voertuig. In de koffer van dit voertuig vond hij een matrak.

De beklaagde werd op grond van deze vaststellingen vervolgd wegens het dragen van een verweerwapen zonder wettige reden en zonder vergunning. Deze wierp voor de vonnisgerechten echter op dat de zoeking in zijn voertuig niet geldig was verlopen, nu niet was voldaan aan de voorwaarden gesteld in art. 29 van de Wet op het politieambt van 5 augustus 1992.

2. Deze redenering werd aanvaard zowel door de Correctionele Rechtbank te Mechelen, als door het Hof van beroep te Antwerpen.

Het Hof aanvaardt in bovenstaand arrest terecht dat de zoeking in een voertuig een «voorwaardelijke controle» is. Op grond van art. 29, 1e lid van de Wet op het politieambt van 5 augustus 1992 mogen politieambtenaren slechts tot een zoeking in een voertuig overgaan indien zij op grond van de gedragingen van de bestuurder of de passagiers, van materiële aanwijzingen of van omstandigheden van tijd of plaats redelijke gronden hebben om te denken dat het voertuig of het vervoermiddel werd gebruikt, wordt gebruikt of zou kunnen gebruikt worden:

1. om een misdrijf te plegen;

2. om opgespoorde personen of personen die aan een identiteitscontrole willen ontsnappen een schuilplaats te geven of te vervoeren;

3. om een voor de openbare orde gevaarlijk voorwerp, overtuigingsstukken of bewijsmateriaal in verband met een misdrijf op te slaan of te vervoeren.

3. Er mag dus niet zonder meer worden overgegaan tot een zoeking in een voertuig, dit in tegenstelling tot de toestand, die bestond voor het in werking treden van de Wet op het politieambt. Bij ontstentenis van enige wettelijke bepaling, werd toen algemeen aangenomen dat een zoeking in een voertuig steeds mogelijk was in het kader van een gerechtelijk of bestuurlijk politioneel onderzoek (Cass., 27 april 1953, *Pas.*, 1953, I, 655; Cass., 11 januari 1971, *Arr. Cass.*, 1971, 447; Cass., 27 september 1971, *J.T.*, 1972, 132, noot J.L. Jaspar; cfr. Cass., 21 april 1958, *Pas.*, 1958, I, 913; Corr. Dinant, 29 juni 1990, *R.D.P.*, 1991, 70; Arnou, P., «Het fouilleren van een persoon en het doorzoeken van zijn bagage en/of zijn voertuig», *Panopticon*, 1982, 139; Vandeplas, A., «Het doorzoeken van voertuigen», *Panopticon*, 1980, 81; Vanhoudt, C., «Het zoekingsrecht en de aantastingen van de onschendbaarheid van de woning», *R.W.*, 1959-60, 110; Viaene, L., *Huiszoeking en beslag in strafzaken*, (A.P.R.-reeks), s.l., 1962, nr. 40; zie evenwel reeds Fransen, H., «De huiszoeking», in *Handboek politiediensten*, III, p. III K-3/3-4).

Zo was een zoeking in een voertuig toegelaten, omwille van het loutere feit dat de bestuurder lag te slapen achter zijn stuur (Rb. Brussel, 13 mei 1983, *R.W.*, 1984-85).

4. In de parlementaire voorbereiding van de Wet op het politieambt verklaarde de minister van Justitie dat deze situatie een gevaar inhield voor ongerechtvaardigde en voor de burger onaangename controles. Door de zoeking in een voertuig te koppelen aan inhoudelijke (en andere) voorwaarden werd gestreefd naar een evenwicht tussen de eerbied voor de individuele rechten en de noodzaak een voertuig te kunnen doorzoeken wanneer dat nodig lijkt (*Gedr. St., Senaat*, B.Z. 1991-92, nr. 364-2, p. 76). De wetgever heeft dus in elk geval elke vorm van tergend gebruik maken van deze onderzoeksmaatregel willen vermijden.

5. Opdat een zoeking in een voertuig mag gebeuren is het dus noodzakelijk dat er *redelijke gronden* bestaan, dat het betrokken voertuig werd gebruikt, wordt gebruikt of zou kunnen worden gebruikt voor één van de doeleinden, opgesomd in het eerste lid van art. 29 van de Wet op het politieambt. De vraag is dan wanneer er «redelijke gronden» aanwezig zijn. Deze terminologie is uitermate vaag.

Vooreerst is het duidelijk dat er tenminste *één aanwijzing* dient te bestaan dat het voertuig werd gebruikt, wordt gebruikt of zou kunnen gebruikt worden om één van de drie redenen, in lid 1 van art. 29 van de Wet op het politieambt opgesomd. (Arnou, L., «De zoeking en de inbeslagname: de bestaande en de nieuwe regeling», in *De nieuwe politiewetgeving in België*, (politiestudies 9), Deurne, Kluwer, 1993, p. 210). Dat wordt door het Hof ook uitdrukkelijk aanvaard. Het louter eigen subjectief gevoel (intuïtie) van de politieambtenaar volstaat op zich dus niet om een zoeking in een voertuig te gronden.

6. Door het inlassen van het adjectief «redelijk» heeft de wetgever laten kennen dat niet de lichtste aanwijzing op zich voldoende kan zijn om tot een zoeking in een voertuig over te gaan (Arnou, L., «Zeking in voertuigen», in *Comm. Strafrecht en strafvordering*, p. 5, nr. 9).

Het is dus in elk geval vereist dat er objectieve en feitelijke elementen werden aangetoond om de zoeking te gronden, die daarenboven in zekere ernstige mate van aard zijn om te laten vermoeden dat het voertuig werd gebruikt, wordt gebruikt of zou kunnen gebruikt worden om één van de aangehaalde drie redenen.

7. Terecht heeft het Hof van Beroep te Antwerpen aanvaard in bovenstaand arrest dat het aanwezig zijn in de nabijheid van een dansgelegenheid zonder verdere aanwijzingen geen redelijke grond kan uitmaken om een zoeking in een voertuig uit te voeren.

Dat is natuurlijk juist. Anders zou de brave huisvader, die 's nachts dochter- of zoonlief komt afhalen aan een discotheek zomaar kunnen onderworpen worden aan een zoeking in zijn voertuig (Voor gevallen waarin een dergelijke controle wel mogelijk is: zie Arnou, L., *l.c.*, pp. 5-6, nr. 11).

8. De optredende politieambtenaar beschikt natuurlijk wel over een zekere appreciatiebevoegdheid (*Gedr. St.*, *ibidem*). Het Hof van Beroep te Antwerpen erkent ten volle dit principe, maar verklaart dat de politieambtenaar deze bevoegdheid niet willekeurig kan uitoefenen. Hij zal deze bevoegdheid niet van zijn doel mogen afwenden. Derwijze is het noodzakelijk dat er een *controle* mogelijk is met betrekking tot de gronden, door hem in acht genomen om tot een zoeking in een voertuig over te gaan.

Om die reden is het noodzakelijk dat de politieambtenaar, die tot een zoeking in een voertuig overgaat, de door hem in aanmerking genomen gronden in zijn proces-ver-

baal zal vermelden (Arnou, L., *l.c.*, p. 5, nr. 10; Verstraeten, R., *Handboek strafvordering*, 2e druk, Antwerpen, Maklu, 1994, nr. 328). Dat is immers het enige document in het strafdossier, aan de hand waarvan zowel de verdediging als de strafrechter kan nagaan of de vereiste redelijke gronden aanwezig waren.

Minstens dienen deze gronden te worden vermeld in een verslag aan de hiërarchische oversten van de optredende politieambtenaar (zie Omzendbrief met betrekking tot de wet van 5 augustus 1992 op het politieambt, *B.S.*, 20.03.1993, p. 6120; Bourdoux, G. & De Valkeneer, C., *La loi sur la fonction de police*, Brussel, Larcier, 1993, p. 237). En deze zullen dit dan op hun beurt moeten vermelden in het proces-verbaal dat zal worden opgesteld op grond van het verslag van de politieambtenaar.

9. In het bovenstaande arrest past het Hof van Beroep te Antwerpen deze zienswijze volledig toe. Herhaaldelijk wordt geopperd dat aan de hand van het proces-verbaal niet kan worden nagegaan of het doorzoeken van het voertuig was geschied volgens de in art. 29, 1e lid van de Wet op het politieambt vastgestelde normen, aangezien er in het *proces-verbaal* niets is aangestipt omtrent de redelijke gronden of aanwijzingen om te veronderstellen dat de wagen zou worden gebruikt om één van de drie aangehaalde redenen.

Aangezien de redelijke gronden niet zijn opgesomd in het proces-verbaal, en er bijgevolg niet kan worden nagegaan of is voldaan aan de voorwaarden van art. 29, 1e lid van de Wet op het politieambt, besluit het Hof consequent en correct dat het bewijs van de telaste gelegde feiten op een onrechtmatige wijze is verkregen en nietig is. Dat is de enige mogelijke sanctie, nu niet is aangetoond dat de wettelijke voorwaarden, waaraan de onderzoeksmaatregel moet voldoen, zijn nageleefd (zie Arnou, L., *ibidem*).

10. Hierbij kan worden verwezen naar de regeling betreffende de huiszoeking bij een betrapping op heterdaad, die eveneens een «voorwaardelijke» huiszoeking is. Opdat een huiszoeking op heterdaad geldig zou zijn uitgevoerd is het immers vereist dat het betrokken misdrijf is vastgesteld voordat de huiszoeking is aangevangen. Als aan deze voorwaarde niet is voldaan, is de huiszoeking nietig. Het volstaat dus niet dat men enkel poogt een misdrijf vast te stellen, waartoe men op grond van vermoedens en aanwijzingen denkt dat het zich voordoet of heeft voorgedaan (Cass., 22 september 1981, *R.W.*, 1981-82, 1271, noot A. Vandeplass; *R.D.P.*, 1983, 198, noot G. Suetens-Bourgeois; Cass., 22 oktober 1985, *Arr. Cass.*, 1985-86, nr. 114; Cass., 3 mei 1988, *Arr. Cass.*, 1987-88, 1116; Corr. Gent, 23 mei 1980, *R.W.*, 1980-81, noot A. Vandeplass; Pol. Roeselare, 25 februari 1988, *T. Vred.*, 1988, 147; Steelandt, D., «De huiszoeking bij heterdaad», *De Pol.*, 1989, 95-96; Viaene, L., *o.c.*, nr. 306).

11. Eventueel kan de bedenking worden gemaakt dat, indien het proces-verbaal niet (afdoende) de redelijke gronden specificeert op grond waarvan er tot een zoeking in een voertuig is overgegaan, de strafrechter de verbalisanten zou kunnen oproepen om te vernemen of er misschien wel redelijke gronden waren, die zij niet hebben vermeld in het proces-verbaal.

Als grondslag voor deze stelling kan worden aangevoerd dat de bewijsvoering in strafzaken principieel vrij is, en dat de strafrechter niet gebonden is door hetgeen in een proces-verbaal is opgenomen. Normaliter heeft dit immers slechts de bewijswaarde van een inlichting, en de strafrechter ver-

vult een actieve rol in het bewijsvoeringsproces (Trousse, P.E., «La preuve des infractions», *R.D.P.*, 1958-59, 738).

12. Deze redenering moet echter op verschillende gronden worden afgewezen.

Vooreerst wordt aanvaard dat de strafrechter, ondanks zijn actieve rol, niet zelf getuigen ter zitting kan oproepen (Declercq, R., *La preuve en matière pénale*, Prolegomena, Swinnen, 1988, p. 37). Deze reden van afwijzing is echter onvoldoende. Niets belet de rechter immers zulks te suggereren aan het Openbaar ministerie, die dan een getuigenverhoor van de verbalisanten zou kunnen vorderen. Hierop kan de strafrechter dan ingaan (Verstraeten, R., o.c., nr. 1208).

Tevens wordt verwezen naar art. 154, 1e lid Sv., dat zowel van toepassing is op overtredingen als op wanbedrijven (zie art. 189 Sv.), en volgens hetwelk er enkel door getuigen kan bewezen worden «bij ontstentenis van verslagen en processen-verbaal of tot staving ervan». Nog los van de bedenking dat de getuigenissen van de verbalisanten strekken tot staving van de betrokken processen-verbaal, wordt aangenomen dat dit artikel geen afbreuk doet aan de vrije bewijswaardering door de strafrechter (Traest, P., *Het bewijs in strafzaken*, Gent, Mys & Breesch, 1992, nrs. 484-485).

12. Er zijn echter fundamentelel bezwaren.

Een dergelijke houding zou in strijd zijn met de essentie en de fundamentele finaliteit van een proces-verbaal. Processen-verbaal zijn «officiële akten van wettelijk bevoegde officieren of agenten van gerechtelijke politie, die betreffende het bewijzen en het opsporen van misdrijven en hun daders, een chronologisch, nauwkeurig en objectief relaas bevatten van hun *eigen vaststellingen en opsporingen*, afgelegde verklaringen en verkregen inlichtingen» (Bockstaele, M., *Processen-verbaal*, Antwerpen, Maklu, 1994, nr. 1).

Derwijze dienen zij de partijen en de magistratuur in staat te stellen de wettelijkheid van de tussenkomst van de verbalisanten vast te leggen, zowel naar vorm als naar inhoud (cfr. art. 16 Sv.; Bockstaele, M., o.c., nr. 5; Hoeffler, J., *Traité de l'instruction préparatoire en matière pénale*, Kortrijk, UGA, 1956, nr. 74; Holsters, D., «De bewijswaarde van het proces-verbaal betreffende de vaststellingen van misdrijven», *R.W.*, 1980-81, 1353 e.v., nr. 13; Morin, A., *Dictionnaire du droit criminel*, v° Procès-verbaux, Parijs, Durand, 1842, p. 635; Postal-Memorialis, v° Proces-verbaal, VI, p. 94). Daarenboven bepaalt art. 40 van de Wet op het politieambt uitdrukkelijk dat «de nopens misdrijven verkregen inlichtingen en *gedane vaststellingen* worden opgenomen in een proces-verbaal die aan de bevoegde gerechtelijke overheden worden toegezonden» (cfr. art. 15, 4° van de Wet op het politieambt).

13. Gezien de finaliteit van een proces-verbaal en de wettelijke plicht van de verbalisant om alle gedane vaststellingen in zijn proces-verbaal op te nemen, mag de strafrechter in elk geval uitsluitend steunen op de processen-verbaal om te oordelen of een bepaalde onderzoeksdaad al of niet geldig is gesteld, en bestaat er geen enkele reden om de verbalisanten omtrent dit punt nog verder te verhoren.

Daarenboven zou het oproepen van de verbalisanten als getuigen een groot gevaar inhouden. Het zou voor dezen immers mogelijk worden om a posteriori de door hen gedane vaststellingen aan te vullen of enigszins te wijzigen. Het gevaar zou reëel zijn dat zij dan eventueel verklaringen zouden afleggen, die niet (volledig) stroken met de waarheid, al is het maar opdat de door hen gestelde onderzoeksdaaden niet als nietig zouden worden bestempeld (en zij geen ge-

zichtsverlies zouden lijden bv. t.a.v. hun superieuren). Dergelijke getuigenissen zouden dus een te grote bedreiging inhouden voor de waarheid, wat toch steeds dat is wat de strafrechter moet zoeken.

14. De regel is duidelijk. In de processen-verbaal moeten de uitgevoerde onderzoeksdaaden nauwkeurig worden beschreven. Deze processen-verbaal moeten de rechter derwijze in staat stellen om na te gaan of is voldaan aan de voorwaarden om geldig de betrokken onderzoeksdaad te stellen. Indien de rechter vaststelt dat deze voorwaarden niet vermeld zijn in de processen-verbaal, kan er enkel en alleen besloten worden dat de onderzoeksdaad niet geldig is vericht. Elk restauratiewerk is terzake uit den boze.

Luc Arnou

NOOT – Zoeking in voertuigen en identiteitscontrole

A. Zoeking in voertuigen.

1. In zijn artikelen 26 e.v. normeert de wet van 5 augustus 1992 op het politieambt een aantal politiebelevoegdheden: het zijn vooral regelingen van bevoegdheden die de politieambtenaren tot dan toe weliswaar ook uitoefenden, maar zonder coherente, beginselvaste en klare wettelijke bepalingen, zodat zijzelf geen houvast hadden en ook de rechten en plichten van de individuele burger onvoldoende waren omschreven en gewaarborgd (Hutsebaut, F., «De Wet op het Politieambt: naar een autonoom politierecht?», in Fijnaut, C. en Hutsebaut, F., *De nieuwe politiewetgeving in België*, 110).

Het betreft hier m.n. het zoekingsrecht (artt. 26 en 27), de veiligheids- en de gerechtelijke fouillering (artt. 28 en 36), het doorzoeken van voertuigen (artt. 29 en 36), de bestuurlijke inbeslagneming (art. 30), de bestuurlijke aanhouding (artt. 31-33 en 36), de identiteitscontrole (artt. 34 en 36) en het gebruik van geweld en vuurwapens (artt. 37-38).

2. De rechtspraak van vóór de Wet op het Politieambt liet zoekingen in een voertuig toe in het kader van een opsporingsonderzoek (Cass., 27 april 1953, *Pas.*, 1953, I, 655; Cass., 27 september 1971, *J.T.*, 1972, 132, met noot J.L. Jaspard; Corr. Dinant, 29 juni 1990, *R.D.P.*, 1991, 70). Dit blijft de regel na de Wet op het Politieambt, nu art. 29 van deze wet aan de politieambtenaren de bevoegdheid geeft om over te gaan tot het doorzoeken van een voertuig of enig ander vervoermiddel, zowel in het verkeer als geparkeerd, op de openbare weg of op voor publiek toegankelijke plaatsen.

3. Volgens de nieuwe wet kunnen alle politieambtenaren tot een gerechtelijke zoeking in een voertuig overgaan; het is dus niet vereist dat ze officier van gerechtelijke politie zijn.

Zij kunnen dat echter niet onvoorwaardelijk: een zoeking is slechts mogelijk indien de politieambtenaren, op grond van de gedragingen van de bestuurder of de passagiers, van materiële aanwijzingen of van omstandigheden van tijd of plaats, redelijke gronden hebben om aan te nemen dat het voertuig of het vervoermiddel werd gebruikt, wordt gebruikt of zou kunnen worden gebruikt, 1° om een misdrijf te plegen, 2° om opgespoorde personen of personen die aan een identiteitscontrole willen ontsnappen een schuilplaats te geven of te vervoeren, 3° om een voor de openbare orde gevaarlijk voorwerp, overtuigingsstukken of bewijsmateriaal in verband met een misdrijf op te slaan of te vervoeren (art. 29, eerste lid, Wet Politieambt). Zij kunnen eveneens tot een dergelijke zoeking overgaan indien de bestuurder weigert te

laten controleren of zijn voertuig in overeenstemming met de wet is (art. 29, tweede lid, Wet Politieambt).

4. Een voertuig zal alleen dan mogen worden gecontroleerd wanneer er tenminste één aanwijzing bestaat dat het voertuig zou worden gebruikt om een van de in het eerste lid van art. 29 opgesomde redenen, of wanneer men zich in het geval van art. 29, tweede lid, bevindt.

5. In tegenstelling tot vroeger bestaat dus thans een wettelijke regeling m.b.t. de voorwaarden van een zoeking in voertuigen. Vroeger bestond er onduidelijkheid o.a. over de omstandigheden, waaronder een zoeking in voertuigen geoorloofd was. Zo werd aangenomen dat een stilstaand voertuig doorzocht mocht worden als het er verdacht uitzag Fransen, H., «Bijzondere opsporingen, huiszoekingen en inbeslagnemingen», in *Handboek politiediensten*, III, nr. 405; zie Arnou, L., *l.c.*, 208 en 211; zie ook Baratte, R., «Commentaires de la loi du 5 août 1992», *R.D.P.*, 1994, I, 169). Het vereiste van het verdacht zijn is m.a.w. een louter subjectief vereiste, in tegenstelling tot de nieuwe wet die door het vereisen van een «redelijke grond» een zekere objectiviteit noodzakelijk maakt.

Het was dan ook niet te verwonderen dat een zoeking in een voertuig vóór de Wet op het Politieambt bijna altijd toegelaten was (vgl. *Gedr. St., Senaat*, B.Z., 1991-92, nr. 364/2, 76).

6. De nieuwe wet daarentegen bevat het minstens in beginsel – objectieve vereiste dat er een redelijke grond voorhanden is om te veronderstellen dat een van de drie in art. 29, eerste lid, genoemde gevallen zich voordoet.

Ook de reden van weigering tot het laten controleren of de wagen in overeenstemming met de wet is (art. 29, tweede lid, Wet Politieambt), kan objectief worden vastgesteld.

Niettemin blijft er een appreciatiebevoegdheid van de betrokken politieambtenaar bestaan, zo bv. de beoordeling van een redelijke grond gelet op het gedrag van de bestuurder (*Gedr. St., Senaat*, B.Z., 1991-92, nr. 364/1, 76).

7. Zoals Luc Arnou schrijft, zal de praktijk moeten uitwijzen of de term «redelijke grond» voldoende afgelijnd is om een onderscheid te maken tussen de aanwijzingen die een zoeking rechtvaardigen, en de aanwijzingen die daartoe ontoereikend zijn (Arnou, L., «De zoeking en de inbeslagneming», in Fijnaut, C. en Hutsebaut, F., *l.c.*, 211). Op het huidig ogenblik zijn nog niet voldoende gevallen in de rechtspraak bekend om te beoordelen hoe ruim de Belgische jurisprudentie deze term interpreteert. Het besproken arrest heeft daarover ook geen aanwijzing.

8. Uit het proces-verbaal van de zoeking zal moeten blijken welke redelijke grond aanwezig was om tot de zoeking over te gaan. Wanneer hieruit niet blijkt dat een dergelijke grond aanwezig was, zal de zoeking nietig zijn en kan niet worden gesteund op de daarbij gedane bevindingen.

Aangezien aan één van haar voorwaarden niet is voldaan, is de zoeking onwettig. Inderdaad kan verwezen worden naar de regeling betreffende de huiszoeking bij betrapping op heterdaad (Arnou, L., *l.c.*, 211); indien deze onderzoeksdaad zagezegd is uitgevoerd n.a.v. een betrapping op heterdaad en achteraf blijkt dat het desbetreffende misdrijf niet van tevoren werd vastgesteld, is ze nietig (Cass., 22 september 1981, *R.W.*, 1981-82, 1271, met noot A. Vandeplass; Cass., 22 oktober

1985, *Arr. Cass.*, 1985-86, nr. 114; Declercq, R., *Begin-selen van Strafrechtspleging*, p. 152, nr. 368).

B. Identiteitscontrole.

9. De wet van 5 augustus 1992 poogt ook de verschillende bestaande wettelijke bepalingen i.v.m. de problematiek van een identiteitscontrole te harmoniseren; zij wil ook vermijden dat dit onderzoeksmiddel willekeurig of op een buitensporige wijze wordt aangewend (D'Haese, Chr., «De regeling van de fouillering en de identiteitscontrole», in Fijnaut, C. en Hutsebaut, F., *l.c.*, 164).

10. De politieambtenaren mogen de identiteit controleren van elke persoon, die van zijn vrijheid wordt beroofd of die een misdrijf heeft gepleegd (art. 34, eerste lid, Wet Politieambt). Zij kunnen dit eveneens doen t.a.v. ieder persoon indien zij, op grond van diens gedragingen, materiële aanwijzingen of omstandigheden van tijd of plaats, redelijke gronden hebben om te denken dat hij wordt opgespoord, dat hij heeft gepoogd of zich voorbereidt om een misdrijf te plegen of dat hij de openbare orde zou kunnen verstoren of heeft verstoord (art. 34, § 1, tweede lid, Wet Politieambt). Weerom wordt dus vereist dat de politieambtenaar een *redelijke grond* heeft om te veronderstellen dat de persoon verkeert in de gevallen van laatstgenoemde bepaling.

11. Bij de voorbereiding van de wet werd via een amendement voorgesteld om van elke gewone identiteitscontrole een proces-verbaal op te maken waarin met name de precieze reden van de onderzoeksdaad wordt vermeld (amendement nr. 90, Bertouille: *Parl. St., Kamer*, 1990-91, nr. 1637/8). Dit amendement werd echter verworpen met het argument dat vele identiteitscontroles van bestuurlijke aard zijn, waarvoor bijgevolg geen gerechtelijk proces-verbaal nodig is. De bekommernis voor het behoud van de soepelheid van dit onderzoeksmiddel heeft hierbij ook een rol gespeeld (D'Haese, Chr., *l.c.*, 167).

Niettemin is het voor identiteitscontroles van gerechtelijke aard raadzaam dat dit zou gebeuren, aangezien dan controle mogelijk wordt.

Mike Gelders

ARBEIDSHOF TE GENT

6e KAMER – 27 NOVEMBER 1995

Voorzitter: de h. Decraeye

Raadsheren in sociale zaken: de hh. Reygaert en Vandecasteele

Advocaten: mrs. Heynderickx loco Hoornaert en Goegebuer

1. Grondwet – Reglementair besluit – Beroepsloopbaanonderbreking – Koninklijk besluit – Verbindende kracht – Overlegging in de ministerraad – Bewijs – Ministerraad – Verslag van de vergadering – 2. Arbeidsovereenkomst – Beroepsloopbaanonderbreking – Onderbrekingsuitkeringen – Toekenningsvoorwaarden – Verblijf en woonplaats in België – Geen ongeoorloofde discriminatie

1. Nu het bewijs van de overlegging van het K.B. 2 januari 1991 betreffende de onderbrekingsuitkeringen niet blijkt uit de aanhef van bedoeld koninklijk besluit, maar wel uit het verslag

van de vergadering van de ministerraad, is er geen reden om dit koninklijk besluit verbindende kracht te ontfeggen.

2. De verplichting voor de werknemer tot verblijven het hebben van zijn woonplaats in België is een toekenningsvoorwaarde voor het recht op uitkeringen wegens beroepsloopbaanonderbreking. Die voorwaarde creëert geen onevenredigheid tussen middel en doel.

De K. t/ R.V.A.

Verbindende kracht van het koninklijk besluit van 2 januari 1991 betreffende de toekenning van onderbrekingsvergoeding

Artikel 100 van de Herstellwet houdende sociale bepalingen van 22 januari 1985 (B.S., 24 januari 1985) bepaalt:

«Een uitkering wordt toegekend aan de werknemer die met zijn werkgever overeenkomt de uitvoering van de arbeidsovereenkomst volledig te schorsen, of ingeval hij de toepassing vraagt van een collectieve arbeidsovereenkomst die in een dergelijke schorsing voorziet, en dit voor zover de werknemer vervangen wordt door een vergoede volledige werkloze die uitkeringen geniet voor alle dagen van de week.

De overeenkomst, gesloten in het kader van het eerste lid, moet schriftelijk worden vastgesteld.

De koning bepaalt bij in Ministerraad overlegd besluit het bedrag van de uitkeringen alsmede de andere voorwaarden en regelen tot toekenning van deze uitkeringen.

Hij kan bij in Ministerraad overlegd besluit eveneens sommige categorieën van personen gelijkstellen met een vergoede volledige werkloze die uitkeringen geniet voor alle dagen van de week, als bedoeld in het eerste lid».

Bij koninklijk besluit van 2 januari 1991 betreffende de toekenning van de onderbrekingsuitkeringen (B.S., 12 januari 1991) werd het bedrag van de uitkeringen alsmede de andere voorwaarden en regelen tot toekenning van deze uitkeringen bepaald.

Blijkens de aanhef werd het voornoemd koninklijk besluit genomen «op de voordracht van Onze minister van Tewerkstelling en Arbeid», en is er enkel sprake van het akkoord van de minister van Begroting.

Geïntimeerde legt een stuk over waaruit moet blijken dat het koninklijk besluit in de ministerraad van 21 december 1990 werd besproken onder punt 30 van de dagorde. Het stuk is een fotokopie van een door de eerste minister voorsluitend afschrift getekend verslag van de ministerraad van 21 december 1990, als opgetekend door de secretaris van de Raad.

Appellante betwist de waarachtigheid van voormeld stuk niet, doch stelt dat dit onvoldoende is, omdat uit de aanhef van het koninklijk besluit zelf moet blijken dat het in de ministerraad is overlegd.

Wanneer de aanhef van een koninklijk besluit, dat volgens de wet op grond waarvan het is genomen, in de ministerraad moet worden overlegd, niet laat blijken dat die vorm werd nagekomen, heeft het koninklijk besluit geen bindende kracht, met het gevolg dat de bestreden beslissing, die uitsluitend daarop gebaseerd is, niet wettelijk gerechtvaardigd is (Cass., 23 juni 1970, A.C., 1970, 1007). In zijn conclusie bij voormeld arrest had advocaat-generaal F. Dumon gesteld dat deze onwettigheid van ambtswege dient te worden opgeworpen (A.C., 1970, 1000).

In casu blijkt echter uit de voorgelegde fotokopie dat het koninklijk besluit wel degelijk is overlegd, zodat, hoewel het niet blijkt uit de aanhef van het koninklijk besluit, toch het bewijs voorhanden is dat het normdoel werd bereikt, zodat er geen reden is om het koninklijk besluit zijn verbindende kracht te ontfeggen.

...

Artikel 14 van het koninklijk besluit van 4 augustus 1986 is een identieke bepaling als artikel 17 van het koninklijk besluit van 2 januari 1991.

In beide gevallen luidt de tekst: «De werknemers gerechtigd op onderbrekingsuitkeringen mogen zich naar het buitenland begeven op voorwaarde dat zij hun woonplaats in België behouden. De onderbrekingsuitkeringen worden slechts in België uitbetaald; de artikelen 203 en 204 van het koninklijk besluit (lees: van 20 december 1963 betreffende arbeidsvoorziening en werkloosheid) zijn per analogie van toepassing».

Het is niet zonder belang te verwijzen naar artikel 19 van het koninklijk besluit van 2 januari 1991 en artikel 15 van het koninklijk besluit van 4 augustus 1986, die beide bepalen dat de aanvraag dient te gebeuren bij het gewestelijk werkloosheidsbureau van de R.V.A. in het ambtsgebied waarin de aanvragers verblijven.

Voorwaarden van toekenning van de onderbrekingsuitkeringen.

Zowel uit artikel 14 van het koninklijk besluit van 4 augustus 1986 als uit artikel 19 van het koninklijk besluit van 2 januari 1991 moet worden afgeleid dat het recht op onderbrekingsuitkeringen slechts toegekend kan worden aan de werknemer die ten tijde van zijn aanvraag in België verblijft en er zijn woonplaats heeft en behoudt, ook al is het hem toegestaan zich naar het buitenland te begeven als hij eenmaal gerechtigd is.

Appellante werpt dan ook ten onrechte op dat de voorwaarde inzake verblijf- en woonplaats geen toekenningsvoorwaarde is. Artikel 3 van beide koninklijke besluiten stelt uitdrukkelijk als voorwaarde om gerechtigd te zijn «dat zij een aanvraag van onderbrekingsuitkeringen indienen, volgens de voorwaarden en modaliteiten bepaald in dit besluit».

...

Niet in het minst heeft de bezorgdheid meegespeeld om controle te kunnen uitoefenen op het verrichten van niet toegelaten arbeid. Ten opzichte van een loopbaanonderbreker die geen woon- of verblijfplaats heeft of behoudt in België is nagenoeg geen controle mogelijk.

Het feit dat hij zich wel naar het buitenland mag begeven, doet daaraan geen afbreuk. Immers, hij moet zijn woonplaats in België behouden, en moet er op gezette tijdstippen bereikbaar zijn, aangezien de uitzondering hem niet toestaat zich in het buitenland te vestigen.

...

In de materie die hier aan de orde is, is de woon- en verblijfsvoorwaarde geen maatregel waarbij er een onevenredigheid wordt gecreëerd tussen het aangewende middel en het voormelde beoogde doel.

NOOT – Ter zake van de verbindende kracht van een reglementair besluit dat wettelijk in de ministerraad moet

worden overlegd, zie Cass., 23 juni 1970, *R.W.*, 1970-71, 601; Cass., 30 april 1992, *R.W.*, 1992-93, 268.

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE DENDERMONDE

3e KAMER – 15 FEBRUARI 1996

Voorzitter: de h. De Croock

Advocaten: mrs. Burssens, De Coninck, De Puydt en Van de Vennet loco Soete en Ampe

Vennootschap – Art. 191 Vennootschappenwet – Aanstelling van deskundige – Vennootschap in vereffening – Minderheidsaandeelhouder

Het feit dat een vennootschap in vereffening is, sluit in principe niet uit dat de aanstelling van een deskundige gevorderd wordt overeenkomstig art. 191 Vennootschappenwet.

Ook de handelingen van de vereffenaar kunnen het voorwerp uitmaken van een deskundigenonderzoek overeenkomstig dat artikel.

In het algemeen is art. 191 ook toepasselijk wanneer de vennootschap gerechtelijk in vereffening gesteld is.

Te dezen is het irrelevant te stellen dat, aangezien de twee vennoten elk 50 % van de stemmen bezitten, eiser in wezen geen minderheidsaandeelhouder is: zijn stemmenaantal beantwoordt aan het minimumvereist van 1 % en het is bovendien onvoldoende om binnen de algemene vergadering een beslissing af te dwingen.

B. t/ N.V. Bouwbedrijf E. in vereffening e.a.

A. Feiten – Voorwerp van de betwisting

1. Bij vonnis van 27 juni 1991 van deze rechtbank werd de ontbinding uitgesproken van de N.V. Bouwbedrijf E. en A.B. en werden tweede en derde verweerder als vereffenaar aangesteld.

In de ontbonden vennootschap bezaten de broers Erik en Alfons B. (hier eiser) elk de helft van de aandelen.

De vereffenaars zijn na hun aanstelling overgegaan tot de opsplitsing van de handelszaak in een afdeling schrijnwerkerij en een afdeling algemene aannemingswerken en hebben de aldus afgesplitste handelszaken verkocht aan de nieuwe vennootschappen van de twee aandeelhouders. De afdeling schrijnwerkerij werd verkocht op 2 september 1991 aan de N.V. A. en de afdeling algemene aannemingswerken aan de N.V. E.B. op 6 september 1991.

2. De overdracht van de afdeling algemene aannemingswerken aan de N.V. E.B. is volgens A.B. gebeurd op foutieve wijze, waarbij de belangen van de vennootschap en zijn belangen als aandeelhouder ernstig zouden zijn geschaad.

A.B. stelt dat voor verschillende bouwplaatsen de stand van uitvoering op de datum van overdracht van de bouwplaatsen foutief werd aangegeven en derhalve de N.V. E.B. ten onrechte bedragen heeft ontvangen welke in feite toekwamen aan de vennootschap in vereffening.

A.B. raamt de benadeling van de vennootschap in vereffening op 30 miljoen frank, volgens hem zijn de belangen van

de vennootschap ernstig in het gevaar waardoor zich toepassing opdringt van art. 191 Ven.Wet.

B. Beoordeling

...

2° Alle verweerders betwisten dat art. 191 Ven.Wet toepasselijk is op vennootschappen in vereffening en zeker op gerechtelijk in vereffening gestelde vennootschappen.

3° Overeenkomstig art. 191 Ven.Wet kan de rechtbank van koophandel op verzoek van de vennoten die ten minste één procent bezitten van de stemmen verbonden aan het geheel van de bestaande effecten of die effecten bezitten die een gedeelte van het kapitaal vertegenwoordigen ter waarde van ten minste vijftig miljoen frank, indien er aanwijzingen zijn dat de belangen van de vennootschap op ernstige wijze in gevaar komen of dreigen te komen, één of meer deskundigen aanstellen om de boeken en rekeningen van de vennootschap na te zien en ook de verrichtingen die haar organen hebben begaan.

4° Het feit dat de vennootschap in vereffening is, sluit in principe niet uit dat de aanstelling van een deskundige wordt gevorderd overeenkomstig art. 191 Ven.Wet (Resteau door Benoit-Moury en Grégoire, III, nr. 1428 p. 91).

In principe moet art. 191 Ven.Wet toepassing kunnen vinden ook na invereffeningstelling voor het onderzoek naar handelingen van bestuurders verricht vóór invereffeningstelling.

Centraal staat echter de vraag of de handelingen van de vereffenaars zelf het voorwerp kunnen uitmaken van een onderzoek door een deskundige overeenkomstig art. 191 Ven.Wet.

Bij de beantwoording van deze vraag of de handelingen van de vereffenaars zelf het voorwerp kunnen uitmaken van een onderzoek door een deskundige overeenkomstig art. 191 Ven.Wet.

Bij de beantwoording van deze vraag moet eerst opgemerkt worden dat de tekst van artikel 191 Ven.Wet. zulks niet uitsluit.

Even belangrijk is de overweging dat ook in een vereffening situaties denkbaar zijn dat de meerderheid beslissingen neemt waardoor de minderheid is gebonden. Bescherming van de minderheidsaandeelhouder is vaak even zinvol na invereffeningstelling als ervoor.

Bij vrijwillige vereffening zou het kunnen dat de vereffenaar de steun heeft van de meerderheid en ondanks het feit dat hij de belangen van de vennootschap niet dient, hij toch door de algemene vergadering niet wordt afgezet.

Bij het houden van de vergaderingen overeenkomstig art. 188 Ven.Wet wanneer de decharge van de vereffenaar dient te worden beoordeeld bindt het besluit van de meerderheid de minderheid; ook hier is bescherming van de minderheidsaandeelhouder even zinvol als vóór invereffeningstelling.

De algemene doelstelling van de wetgever is geweest bescherming van de minderheidsaandeelhouder tegen besluitvorming door de meerderheid die de belangen der vennootschap niet dient. Dergelijke besluitvorming is ook mogelijk na invereffeningstelling.

Wetsteleologische interpretatie laat derhalve stellen dat de handelingen van de vereffenaar ook het voorwerp kun-

nen uitmaken van een deskundig onderzoek overeenkomstig art. 191 Ven.Wet.

5° De verweerders argumenteren verder dat in elk geval bij *gerechtelijk* invereffeningstelling art. 191 Ven.Wet niet geldt.

De vennootschap werd gerechtelijk in vereffening gesteld bij vonnis van 27 juni 1991 en in hetzelfde vonnis werden de vereffenaars aangesteld met opdracht «na te zijn overgegaan tot het opstellen van een beschrijvende inventaris der activa en passiva en van het opstellen van een balans van de vennootschap, de bevoegdheden van vereffenaar uit te oefenen conform de bepalingen van art. 181 tot en met 188 Vennootschapswet».

Is wat hierboven is gesteld omtrent de noodzakelijke bescherming van de minderheid in geval van vereffening, ook toepasselijk in geval van gerechtelijke vereffening?

De aanstelling van vereffenaars door de rechtbank was noodzakelijk nu de vennoten – die elk de helft van de stemmen hadden – binnen de algemene vergadering van de vennootschap zelf tot geen overeenstemming konden komen.

Wanneer de rechtbank aldus zeer uitzonderlijk optreedt – en zich mengt in het vennootschapsleven – moet worden aangenomen dat zij zich in de plaats van de algemene vergadering stelt (J.M. Marx, *Manuel du liquidateur de sociétés commerciales*, 1934, p. 36, nr. 19).

Zulks impliceert dat, eenmaal aangesteld, de gerechtelijke vereffenaar geen andere procedure hoeft te volgen dan die van de vrijwillige vereffenaar en zich verder net als de vrijwillige vereffenaar zal dienen te gedragen overeenkomstig de artikelen 181 tot 188 Ven.Wet (dit laatste werd trouwens uitdrukkelijk in het vonnis overgenomen).

Het mandaat van gerechtelijk vereffenaar en vrijwillig vereffenaar verschilt derhalve in wezen niet. De gerechtelijke vereffenaar staat op geen enkele wijze onder de supervisie van de rechtbank, die trouwens in de vereffeningsoverrichtingen normalerwijze op geen enkele wijze meer optreedt.

Zulks houdt ook in dat de soevereiniteit van de algemene vergadering in principe haar volle uitwerking blijft hebben. De algemene vergadering zal zich onder meer over de discharge van de vereffenaar dienen uit te spreken (art. 188 Ven.Wet).

Derhalve is het duidelijk dat, nu bij de beoordeling van het beheer van de vereffenaar de algemene vergadering haar volledige wettelijke bevoegdheden blijft behouden, ook in geval van gerechtelijke vereffening, binnen deze vergaderingssituaties denkbaar zijn waarin de belangen van de vennootschap in gevaar zijn en door onvoldoende stemaantal in de algemene vergadering een aandeelhouder zijn wil niet kan opleggen.

Dientengevolge moet worden besloten dat in het algemeen art. 191 Ven.Wet ook toepasselijk is wanneer de vennootschap gerechtelijk in vereffening is gesteld.

6° Het is niet relevant te stellen dat eiser in wezen geen minderheidsaandeelhouder is omdat beide vennoten elk 50 % van de stemmen bezitten.

De 1 %-drempel in artikel 191 Ven.Wet is een minimum: Artikel 191 Ven.Wet bepaalt geen maximum (voor toepassing art. 191 Ven.Wet inzake een meerderheidsaandeelhouder zie Gent, 23 juni 1992, T.B.H., 1994, 1028).

Het stemmenaantal van eiser beantwoordt aan het minimumvereiste en is bovendien onvoldoende om binnen de algemene vergadering een beslissing af te dwingen.

7° Er dient vervolgens onderzocht te worden of in casu de andere voorwaarden van art. 191 Ven.Wet vervuld zijn en meer bepaald of kan worden gesteld dat de belangen van de vennootschap op ernstige wijze in gevaar komen of dreigen te komen.

Te dezen hebben de grieven van eiser betrekking op een beweerd fout door de vereffenaars begaan bij de overdracht van een deel van de handelszaak.

De betwiste overdracht dateert van september 1991.

Een procedure in kort-geding tot aanstelling van een deskundige-bedrijfsrevisor werd ingeleid op 10 juli 1992, maar deze vordering werd wegens gebrek aan urgentie afgewezen bij beschikking van 1 februari 1995.

Eiser heeft steeds gesteld dat bij de overdracht aan de N.V. E.B. van de handelszaak «algemene aannemingen» de stand van de werken niet precies werd vastgesteld en derhalve de afrekening tussen de N.V. E.B. en de vennootschap in vereffening onjuist is.

Wanneer artikel 191 Ven.Wet het heeft over «aanwijzingen dat de belangen van de vennootschap op ernstige wijze in gevaar komen of dreigen te komen», moet dit alles niet eng en tekstueel worden geïnterpreteerd maar veeleer het doel van de wetgever nagestreefd.

In het oorspronkelijk ontwerp was trouwens een veel ruimere formulering voorzien (een geschil volstond).

De definitieve versie dient echter niet eng geïnterpreteerd te worden; voldoende is dat een begin van bewijs wordt aangebracht dat de belangen van de vennootschap op ernstige wijze in gevaar komen of dreigen te komen (zie J. Lievens, *De Nieuwe Vennootschapswet. Wet van 128 juli 1991*, 162-163).

In het verslag van de vereffenaars genoemd «bepaling van het standpunt van de vereffenaars inzake de overdracht van de bouwwerken door de vereffening aan de N.V. E.B.» kan worden gelezen: «De prijszetting van de bouwplaatsen bij de overname werd bepaald op basis van de door de heer Erik B. bezorgde informatie. Door tijdsgebrek (en het risico van zware boetes) werd geen expertise per bouwplaats uitgevoerd».

Het vonnis van 27 juni 1991, waarbij de vereffenaars werden aangesteld, gelastte hen nochtans een beschrijvende inventaris op te stellen van activa en passiva en een balans van de vennootschap.

Het is dan ook zeer verwonderlijk dat de stand van de werken door de vereffenaars zelf niet werd vastgesteld eventueel met behulp van deskundigen, en zij zich lieten leiden door informatie van de overnemer zelf der bouwplaatsen Erik B. Tussen het vonnis houdende hun aanstelling en de overdracht lag toch twee volle maanden.

Alle onderhavige betwistingen zijn in feite het gevolg van de afwezigheid van een opmetingsstaat van de werken in uitvoering door de vereffenaars opgesteld.

Voor het overige verdedigen zowel eiser als de vereffenaars hun stelling, de ene omtrent de onjuistheid van de afrekening, de andere omtrent de juistheid ervan. Het minste wat kan worden gezegd, is dat alles vrij verward is, precies omdat partijen het oneens zijn omtrent de stand van uitvoering der werken bij de overdracht. Eiser beweert dat voor diverse bouwplaatsen de werken verder gevorderd waren dan in de koopovereenkomst voorzien en de koper hiervan heeft geprofiteerd.

De rechtbank kan zonder hulp van deskundigen zich geen mening vormen; wel blijft in aanmerking te nemen de afwezigheid van een beschrijvende staat der werken uitgevoerd door de vennootschap in vereffening en dit is de oorzaak van alle moeilijkheden.

Eiser heeft het over een ernstige tekortkoming van de vereffenaars wanneer zij de stand van de afwerking van de lopende werken zelf niet hebben doen vaststellen en dit ondanks de opdracht in het vonnis van invereffeningstelling om de activa te beschrijven.

Er zijn aanwijzingen dat de stelling van eiser mogelijk gegrond is.

Komen de belangen van de vennootschap door dit alles ernstig in gevaar?

De belangen van de vennootschap kunnen actueel in gevaar zijn omdat de vennootschap schade heeft geleden door handelingen in het verleden, en niets wordt ondernomen om deze schade te herstellen.

Aldus kan een fout van de vereffenaar begaan in 1991, quod non, tot gevolg hebben dat thans nog steeds kan worden gesteld dat de belangen van de vennootschap in gevaar zijn. De verjaring van artikel 194 Ven. Wet in de relatie vennootschap/vereffenaar zou in elk geval een bedreiging kunnen vormen voor het vennootschapsbelang indien zou blijken dat de vereffenaars een fout hebben begaan.

8° Het feit dat de vennoot over een individuele controlebevoegdheid beschikt overeenkomstig art. 64, § 2, kan niet als verweer tegen de vordering worden gebruikt. Het toezicht overeenkomstig art. 64, § 2, Ven. Wet heeft betrekking op de financiële toestand, toezicht op de jaarrekening en op de regelmatigheid van de verrichtingen weer te geven in de jaarrekening, terwijl onderzoek met toepassing van art. 191 Ven. Wet ruimer is en ook het onderzoek naar het beheer kan omvatten.

9° De vordering tegenover eerste tot en met vierde verweerder met betrekking tot de gevorderde aanstelling van een deskundige komt gegrond voor.

Het komt de rechtbank evenwel nuttig voor een bedrijfsrevisor aan te stellen die voor het bouwtechnische zich zal kunnen laten bijstaan door een architect.

10° Eiser heeft, naast de vennootschap, de vereffenaars en zijn medevenoot en gewezen medebestuurder Erik B. ook de N.V. E.B. gedagvaard.

De N.V. E.B. is een derde, vreemd aan de vennootschap.

De procedure van art. 191 Ven. Wet, die een bijzondere procedure is alleen reeds door het feit dat de behandeling in raadkamer gebeurt, kan niet worden uitgebreid tot derden vreemd aan de vennootschap zoals de N.V. E.B. (Resteau door Benoît-Moury en Grégoire, III, 1438). De procedure van art. 191 Venn. Wet kan dan ook niet worden gevolgd tegenover derden vreemd aan de vennootschap.

Derhalve is de vordering onontvankelijk in zoverre de gemeenverklaring gevorderd wordt tegenover de N.V. E.B. en in zoverre gevorderd wordt dat de N.V. E.B. aan de expertise zou deelnemen of dat de resultaten van het onderzoek tegenwerpbaar zullen zijn.

VREDEGERECHT TE SINT-NIKLAAS

2e KANTON – 3 JANUARI 1996

Rechter: de h. Vaerewyck

Advocaten: mrs. Hermans en Decanniere, loco De Neve

Verbintenissen – Precontractuele aansprakelijkheid – Consumentenkrediet – Kredietbemiddeling – Kredietwaardigheidsbeoordeling

Het feit dat de kredietbemiddelaar onvolledige informatie noemens de financiële situatie van de kredietaanvragers doorspeelt aan de kredietgever, stelt deze laatste niet vrij van zijn verplichting overeenkomstig art. 15 W. Cons. zelf nader onderzoek te verrichten alvorens het krediet toe te staan.

C.V. A. t/ Van K.-T.

...
2. Door bemiddeling van de B.V.B.A. M., kredietmakelaar, stond eiseres bij kredietovereenkomst (contract nr. 92976.2) van 18 mei 1994 aan verweerders een lening op afbetaling toe voor een nominaal bedrag van 301 000 BEF, met een jaarlijks kostenpercentage van 19,50, terugbetaalbaar in 48 maandtermijnen van 8 833 BEF vanaf 17 juni 1994.

Eiseres vordert nu de betaling van het bedrag groot 367 239 BEF, te vermeerderen met de gerechtelijke rente op 365 686 BEF en met de gedingkosten. Bij conclusie heeft eiseres haar vordering uitgebreid met de kosten van bewarend beslag onder derden en op onroerend goed.

Verweerders hebben een tegenvordering ingesteld tot nietigverklaring van de leningovereenkomst en tot betaling van een schadevergoeding gelijk aan het nog niet afbetaalde kapitaal, vermeerderd met 96 708 BEF en een provisie van 75 000 BEF, te vermeerderen met de vergoedende en de gerechtelijke rente en met de gedingkosten. Subsidiair vragen verweerders de vordering slechts gegrond te verklaren tot beloop van 25 000 BEF, en ten hoogste tot het openstaande kapitaal van de lening, met behoud van de afbetalingstermijnen.

Eiseres vraagt nog een bij voorraad uitvoerbaar vonnis met uitsluiting van het kantonnement, terwijl verweerders in voorkomend geval vragen de uitvoerbaarheid te beperken tot de voor beslag vatbare gedeelten van hun inkomen.

...
4. Er bestaat tussen partijen geen betwisting over dat de bewuste kredietovereenkomst onderworpen is aan de Consumentenkredietwet (CKW) van 12 juni 1991.

...
5.2. De nietigheid van de akte (instrumentum) brengt evenwel op zichzelf niet de nietigheid mee van de overeenkomst zelf (negotium).

Het bewijs van de overeenkomst kan ook geleverd worden door een begin van bewijs door geschrift, aangevuld door vermoedens. Die zijn terzake voorhanden: het door de verweerders ondertekende origineel exemplaar maakt ontegensprekelijk een begin van bewijs door geschrift uit, en samen met onder meer de gedeeltelijke uitvoering van de overeenkomst door verweerders, namelijk hun twaalf maandelijkse betalingen van 8 833 BEF, vormt dit het bewijs van het bestaan en van de voorwaarden van de leningsovereenkomst.

De leningovereenkomst is dus bewezen en geldig volgens het gemene recht, alhoewel de leningsakte van 18 mei 1994 nietig is.

De nietigheid van de leningsakte zelf wordt in de Consumentenkredietwet echter niet gesanctioneerd, terwijl die nietigheid ook niet belet dat een geldig kredietaanbod werd gedaan dat beantwoordt aan de voorschriften van artikel 14 CKW. Bijgevolg kan de nietigheid (of de vermindering van de verplichtingen van verweerders) op grond van artikel 86 niet ingeroepen worden.

Verder kan evenmin gesteld worden dat de verweerders het aanbod niet hebben aanvaard, zodat er geen sprake kan zijn van een overtreding van artikel 16 CKW noch van de sancties van de artikelen 88 en 89 CKW.

10. Verweerders beroepen zich op de precontractuele aansprakelijkheid van eiseres als bankier, en met name op de culpa in contrahendo, op grond van de artikelen 1382 en 1383 Burgerlijk Wetboek.

De verwijzing naar de bankiersaansprakelijkheid gaat hier niet op. Ofwel wordt daarmee bedoeld de extra-contractuele aansprakelijkheid van de bankier tegenover derden, wanneer het krediet een schijn van solvabiliteit schept. Ofwel betreft het de contractuele aansprakelijkheid tegenover de kredietnemer, wanneer het krediet te bruusk of te onpas wordt opgezegd waardoor de kredietnemer in liquiditeitsproblemen komt; de bankier zal daarentegen niet aansprakelijk gesteld worden omdat hij te veel krediet heeft gegeven (LETTANY, P., *Het consumentenkrediet. De wet van 12 juni 1991*, pp. 75-76, nr. 92).

Terzake kan geen gemeenrechtelijke burgerlijke of contractuele aansprakelijkheid van eiseres tegenover verweerders ingeroepen worden. Het kan eiseres immers op die gronden niet als fout aangewreven worden dat zij is ingegaan op het verzoek van verweerders om hen krediet toe te staan.

11. Anders ligt het evenwel wanneer de handelswijze van eiseres wordt beoordeeld vanuit de Consumentenkredietwet. Die wet beoogt immers hoofdzakelijk de consument een betere bescherming te verlenen tegenover onder meer de kredietgevers, de kredietbemiddelaars en ook tegenover zichzelf (LETTANY, P., *o.c.*, pp. 1-2, nr. 2), als reactie (van de wetgever) op de overmatige schuldenlast van bepaalde groepen consumenten en uit bezorgdheid om de sociale crisissituaties en de bedreiging van het evenwicht van de betrokken gezinnen (DAMBRE, M., *Consumentenkrediet*, p. 1, nrs. 1-2). Het eenvoudig verstrekken van krediet op vraag van de consument kan, in het licht van de Consumentenkredietwet, bijgevolg wél een fout uitmaken.

De fout die eiseres terzake wordt verweten is dat zij het bewuste krediet heeft aangeboden in strijd met artikel 15 CKW, omdat zij redelijkerwijze niet mocht aannemen dat de verweerders in staat waren de verplichtingen voortvloeiend uit de overeenkomst na te komen.

Voor zover uit de stukken kan worden opgemaakt, is eiseres uitsluitend voortgegaan op de consultatie van de (negatieve) gegevenscentrale van de Nationale Bank van België (NBB) en op het aanvraagformulier dat door bemiddeling van de B.V.B.A. M. werd opgemaakt en aan eiseres bezorgd. Het blijkt niet, en het wordt ook niet beweerd, dat eiseres andere inlichtingen heeft ingewonnen.

11.1. Het stuk 3 van eiseres moet het bewijs leveren van de raadpleging geregeld door artikel 71 CKW. De betekenis

van de gebruikte codes op dit cryptische bericht wordt niet uitgelegd. Voorzover dit kan begrepen worden, kan daaruit alleen afgeleid worden dat op 17 mei 1994 niemand beantwoordde aan de gegevens «van k./e/130248/b/090950» noch aan de gegevens «VAN K./E/130248», m.a.w. dat er geen (achterstallig) krediet bekend was op naam van Van K. E., geboren op 13 februari 1948 én van T. B., geboren op 9 september 1950, noch op naam alleen van Van K., E., geboren op 13 februari 1948.

Nu blijkt de geboortedatum van eerste verweerder 13 februari 1949 (i.p.v. 1948) te zijn, zodat hij uiteraard niet kon teruggevonden worden, evenmin als hij én tweede verweester samen. Op het bewuste bericht komt verder achter de gegevens betreffende «T/B/090950» de vermelding dat niemand aan deze gegevens beantwoordt niet voor. Bovendien blijkt nergens uit dat alle door de twee echtgenoten hoofdelijk afgesloten kredieten ook op naam van de beide echtgenoten afzonderlijk worden geregistreerd. Bijgevolg werd de door artikel 15 CKW voorgeschreven raadpleging door eiseres niet correct uitgevoerd.

De consultatie per modem op 21 november 1995 van de Centrale voor Uitwisseling van Gegevens over het Risico van de leden van de Koninklijke Beroepsvereniging van het Krediet (BVK) bewijst niets m.b.t. de raadpleging op 17 mei 1994 van de centrale gegevensbank van de NBB: het gaat immers over een ander gegevensbestand en de consultatie werd uitgevoerd op een andere datum. Bovendien blijkt niet dat het bericht van die consultatie bij BVK volledig is en dat er bijvoorbeeld geen vroegere registraties op een volgend scherm terug te vinden zijn. Aldus wordt ook niet eens bewezen dat een correcte raadpleging van de gegevenscentrale van de NBB eveneens een negatief resultaat zou hebben opgeleverd.

11.2. Eiseres voert aan dat zij zich gebaseerd heeft op de haar door verweerders verstrekte informatie, en met name op het ingevulde formulier «Aanvraag aanbod voor een krediet». Dit werd haar door de kredietbemiddelaar de B.V.B.A. M., bezorgd.

Waar en wanneer dit formulier werd ingevuld is niet bekend: de rubrieken daaromtrent werden opengelaten. De datum kan niet met zekerheid afgeleid worden uit de stukken die eiseres aan dat formulier gehecht heeft, namelijk de loonafrekening van eerste verweerder over de maand april 1994 en het rekeninguittreksel van 6 mei 1994 met de werkloosheidsvergoeding van tweede verweester. Het is immers niet zeker dat die stukken ook oorspronkelijk aan het formulier waren gehecht, temeer daar de daarop vermelde bedragen (nettoloon van 53 809 BEF voor eerste verweerder en vergoeding van 11 943 BEF voor tweede verweester) niet overeenstemmen met de op het formulier opgegeven bedragen (respectievelijk ± 68 000 en 12 500). Nog aangenomen dat die stukken wel aangehecht waren, dan kan hooguit voor zeker worden aangenomen dat het formulier dateert van na 6 mei 1994; dit kan dan echter evengoed na 18 mei 1994, de (ingangs)datum van het kredietaanbod en van de aanvaarding ervan, gesitueerd worden.

Uit de vergelijking met het handschrift van de verweerders bij de ondertekening van het kredietaanbod is duidelijk dat het aanvraagformulier niet door verweerders zelf werd ingevuld. Voorzover dit kan uitgemaakt worden, gaat het integendeel om het handschrift van de afgevaardigde van de B.V.B.A. M.; dit is ook hetzelfde handschrift als op het

formulier «*Echtheidsverklaring: handtekening en identiteit*» (in het dossier van eiseres geïnventariseerd als «bewijs ontvangst cheque door verweerders»). Het lijkt trouwens de gebruikelijke werkwijze dat het aanvraagformulier door toedoen van de professionele kredietgever of kredietbemiddelaar wordt ingevuld en dan ter ondertekening aan de consument wordt voorgelegd. Aangenomen mag worden dat het er terzake niet anders aan toegegaan is en dat, quod plerumque fit, de verweerders het ingevulde aanvraagformulier niet hebben nagekeken; alleszins hebben zij de tekst boven hun handtekening («*De aanvragers verklaren volledige en juiste informatie te hebben verstrekt. Zij verklaren eveneens juiste en volledige informatie te hebben ontvangen in verband met de beoogde kredietovereenkomst. Opgemaakt te ... op ... Handtekening(en) aanvrager(s)*») niet nagelezen vermits plaats en datum niet werden ingevuld.

Hieruit moet worden afgeleid dat de verweerders zich er toe beperkt hebben te antwoorden op de vragen die hen door de afgevaardigde van de B.V.B.A. M. werden gesteld. Uit niets blijkt dat zij geen of een onjuist antwoord hebben gegeven over hun financiële toestand en hun terugbetalingsmogelijkheden. Dat de bewuste rubrieken niet werden ingevuld is dan aan de afgevaardigde van de B.V.B.A. M. te wijten; in elk geval werd in de rubrieken «*kredieten in omloop*» en «*nog te betalen saldo*» waarvan men ook nog zou kunnen veronderstellen dat zij onder de titel «*Onroerende goederen*» thuishoren, ook niet genoteerd dat er geen waren.

Hiermee hebben de verweerders voldaan aan de op hen rustende (negatieve) informatieverplichting van artikel 10 CKW. De consument is immers slechts verplicht om de juiste en volledige informatie te verstrekken die de kredietgever of de kredietbemiddelaar noodzakelijk achten, en tot niets meer, terwijl aan de kredietgever (en de kredietbemiddelaar) een ondervragingsplicht wordt opgelegd. De medewerkingsplicht van de consument gaat echter niet zover dat hij spontaan ongevraagde informatie over zijn financiële toestand moet medelen (DAMBRE, M., o.c., pp. 23-24, nr. 46).

Hoe dan ook kende terzake de B.V.B.A. M. voldoende de financiële situatie en de terugbetalingsmogelijkheden van de verweerders, aangezien via deze zelfde kredietbemiddelaar enkele maanden voordien twee leningen op afbetaling aan de verweerders waren toegestaan, namelijk op 8 februari 1994 door de N.V. S. voor een nominaal bedrag van 401 000 BEF (af te korten in 60 x 9 617 BEF) en op 19 februari 1994 door de N.V. W. voor een nominaal bedrag van 650 000 BEF (af te korten in 60 x 15 589 BEF). Verweerders mochten er daarom alleszins van uitgaan dat zij deze informatie niet opnieuw moesten medelen, en zij kunnen bijgevolg niet van bedrog of van kwade trouw beschuldigd worden.

Eiseres kan zich er tegenover verweerders niet op beroepen dat de B.V.B.A. M. ingevolge artikel 64, § 2, CKW niet verplicht was haar deze kredieten ter kennis te brengen; dit behoort immers wel tot de mededelingsplicht van de kredietbemiddelaar, op grond van artikel 64, § 1, CKW. Eiseres zal ook hier de gevolgen moeten dragen van haar «*culpa in eligendum*» van de B.V.B.A. M. als haar kredietbemiddelaar (vgl. LETTANY, P., o.c., p. 346, nr. 422). Eiseres moet dan maar tegenover de B.V.B.A. M. de sanctie van artikel 99 CKW inroepen.

11.3. Niettegenstaande de niet correcte raadpleging van de gegevenscentrale van de N.B.B. en de gebrekkige infor-

matie vanwege de kredietbemiddelaar, heeft eiseres geen verder onderzoek uitgevoerd of andere gegevens verzameld om de terugbetalingsmogelijkheden van verweerders adequaat te kunnen beoordelen.

Artikel 15 CKW laat nochtans, door het gebruik van de woorden «*onder meer*», duidelijk uitschijnen dat de raadpleging en de informatie die bedoeld zijn in de artikelen 10 en 71 CKW, niet altijd kunnen volstaan.

Het door de verweerders (of de kredietbemiddelaar?) opgegeven doel van de lening, namelijk het afwerken van hun woning, is zo ruim en vaag dat het bij eiseres argwaan had moeten wekken en minstens tot een summier onderzoek aanleiding had moeten geven. Dan zou vlug de ware toedracht aan het licht zijn gekomen.

Ook de discrepantie tussen de op het aanvraagformulier vermelde inkomsten van $\pm 68\ 000$ BEF en $\pm 12\ 500$ BEF met de werkelijke inkomsten van 53 809 BEF en 11 943 BEF die uit de daarbij gevoegde stukken had voor eiseres een signaal moeten zijn.

12. Uit het vorenstaande volgt dat eiseres, gelet op de gegevens waarover zij beschikte of zou moeten beschikken, niet mocht aannemen dat de verweerders in staat waren de verplichtingen voortvloeiend uit de overeenkomst na te leven, en bijgevolg had zij aan de verweerders geen kredietaanbod mogen voorleggen (artikel 15 CKW).

De miskenning hiervan door de kredietgever kan gesancioneerd worden door de consument te ontslaan van het geheel of van een gedeelte van de nalatigheidsinteressen en door zijn verplichtingen te verminderen tot het ontleende bedrag, terwijl de consument het voordeel van de betaling in termijnen behoudt (artikel 92, lid 1, 2°, en lid 2, CKW).

Wanneer uitsluitend wordt rekening gehouden met de door eiseres gekende werkelijke inkomsten van verweerders bij het aangaan van de lening ($53\ 809\ \text{BEF} + 11\ 943\ \text{BEF} = 65\ 752\ \text{BEF}$) enerzijds, en met de mensualiteiten waarvan eiseres toen kennis had of moest hebben ($15\ 000\ \text{BEF}$ hypothecaire lening, volgens stuk 4 van eiseres + $9\ 617\ \text{BEF}$ Spaarkrediet + $15\ 589\ \text{BEF}$ Westkrediet + $8\ 833\ \text{BEF}$ eiseres = $49\ 039\ \text{BEF}$) anderzijds, diende 75 % van het inkomen van de verweerders gespenseerd te worden aan het afbetalen van leningen en bleef er hen maandelijks slechts een saldo van 16 713 BEF voor alle andere uitgaven.

Gelet op deze manifeste schuldovertaai waartoe eiseres heeft bijgedragen, is het zeker verantwoord, bij toepassing van artikel 92 CKW, de verplichtingen van de verweerders te verminderen tot het ontleende bedrag van 301 000 BEF, uiteraard onder aftrek van de reeds uitgevoerde betalingen van $12 \times 8\ 833\ \text{BEF} = 105\ 996\ \text{BEF}$, zodat er nog hooguit een saldo van 195 004 BEF overblijft, af te korten met maandelijks betalingen van 8 833 BEF.

Er is geen enkele reden om aan te nemen dat de inkomsten van de verweerders intussen zouden zijn vermeerdert; zelfs dan nog bevinden zij zich, gelet op de vermelde enorme schuldenlast, nog steeds in een bijna uitzichtloze en alleszins uiterst precarie financiële toestand. Het kan de verweerders niet verweten worden dat zij, gelet op hun stellingname, het vonnis afwachten vooraleer verdere betalingen te verrichten. Evenmin kan hen ten kwade geduid worden dat zij het verzet tegen de loonoverdracht niet hebben opgegeven; het is aan eiseres om, indien zij dit nodig en mogelijk oordeelt, de bekrachtiging van die overdracht te vorderen. Verweerders moeten dan ook te goeder trouw geacht wor-

den. Daarom moet hen ook nu nog de kans gegeven worden om de maandelijkse afkortingen na dit vonnis te hernemen.

13. Blijft de vraag of, gelet op de formulering van artikel 92 CKW, dat begint met de woorden «onverminderd de andere gemeenrechtelijke sancties», terzake nog verder kan gegaan worden door een bijkomende schadevergoeding toe te kennen, die de consument zou kunnen compenseren met zijn kapitaalschuld. Hier is dan wel het gemene recht van toepassing, waarbij de consument de fout van de kredietgever moet bewijzen, het feit dat hij op basis van de hierboven vermelde sanctie niet volledig schadeloos is gesteld, alsook het oorzakelijk verband (LETTANY, P., *o.c.*, p. 77, nr. 93).

Hierboven (nr. 10) werd echter reeds aangegeven dat het verstrekken van een krediet op verzoek van de consument, voor de kredietgever geen gemeenrechtelijke fout uitmaakt.

De door eiseres gepleegde inbreuk op artikel 15 CKW wordt wel gesanctioneerd door artikel 92 CKW, maar maakt het kredietaanbod op zichzelf niet nietig.

Bijgevolg kan er ook geen sprake zijn van een nietige aanvaarding van het aanbod noch van enige betaling voordien, zodat er geen overtreding is van het verbod van artikel 16 CKW en geen reden bestaat tot toepassing van de sancties van de artikelen 88 en 89 CKW (vgl. hierboven: nr. 5.2 *in fine*).

NOOT – De kredietwaardigheidsbeoordeling door de kredietgever na tussenkomst van een kredietbemiddelaar

1. De feiten

Spaarbank A. staat na bemiddeling van een kredietmakelaar op 18 mei 1994 een lening op afbetaling voor een nominaal bedrag van 301.000 fr. toe aan het echtpaar Van K.-T. Na de stopzetting van de maandelijkse aflossingen vordert de spaarbank de betaling van het verschuldigde saldo, vermeerderd met de gerechtelijke interesten, de beslagkosten en de gedingkosten.

2. Het verweer

Naast een aantal nietigheidsgronden van de litigieuze leningsakte, die in deze annotatie verder buiten beschouwing worden gelaten, werpen de verweerders op dat de kredietgever zelf aansprakelijk is voor de wanbetaling, omdat deze op foutieve wijze het krediet heeft toegestaan. Hun tegen-eis strekt dan ook ertoe de leningsovereenkomst nietig te laten verklaren en eiseres te laten veroordelen tot betaling van een schadevergoeding, bestaande uit de totale openstaande schuldenlast, vermeerderd met de reeds verrichte afbetalingen, een bijkomende som van 75.000 fr., de vergoedende en gerechtelijke interest en de gedingkosten.

3. De beoordeling door de vrederechter

a. *Toepasselijkheid van de W. Cons.* De partijen betwisten niet dat de bewuste kredietovereenkomst, gesloten op 18 mei 1994, onderworpen is aan de Wet op het Consumentenkrediet van 12 juni 1991.

b. *Gemeenrechtelijke beoordeling.* De verweerders beroepen zich in de eerste plaats op de precontractuele aanspra-

kelijkheid van eiseres als bankier. Deze laatste zou immers te veel krediet hebben toegestaan en zich aldus schuldig hebben gemaakt aan een *culpa in contrahendo* (schending van de artt. 1382–1383 B.W.). In de tekst van het vonnis komen de argumenten die de verweerders hebben aangevoerd ter ondersteuning van die stelling jammer genoeg niet ter sprake.

De vrederechter komt tot het besluit dat het *in casu* niet mogelijk is eiseres op gemeenrechtelijke gronden aansprakelijk te stellen. Immers, zo oordeelt hij, ofwel moet het dan gaan om een buitencontractuele aansprakelijkheid jegens derden wegens het foutief scheppen van een schijn van solvabiliteit (voor een recente toepassing, zie Vred. Kortrijk, 7 februari 1995, *R.W.*, 1994-95, 1447, noot De Boeck, A.), ofwel is er contractuele aansprakelijkheid jegens de kredietnemer zelf wegens een bruuske en onverantwoorde opzegging van het krediet, maar «de bankier zal niet aansprakelijk gesteld worden omdat hij te veel krediet heeft gegeven».

In een recente annotatie hebben wij nochtans reeds aangetoond dat de professionele kredietverlener in de precontractuele fase gehouden is de zorgvuldigheidsnorm in acht te nemen: zijn gedrag kan worden getoetst aan dat van de «normaal zorgvuldige en redelijke bankier geplaatst in dezelfde feitelijke omstandigheden» (De Boeck, A., «De aansprakelijkheid van de kredietverlener en de informatieverplichting van de consument» (noot onder Vred. Gent, 18 juli 1995), *R.W.*, 1995-96, 1270-1273). Het valt niet goed in te zien waarom het formuleren van een (krediet)aanbod alsdusdanig, als emanatie van de wilsautonomie en de contractsvrijheid, niet als een precontractuele fout kan worden bestempeld, maar eventueel wel een misbruik van recht kan uitmaken (zie daaromtrent De Bondt, W., «Precontractuele aansprakelijkheid», *T.B.B.R.*, 1993, (93), nrs. 4-13 en Cornelis, L., «La responsabilité précontractuelle, conséquence éventuelle du processus précontractuel», *T.B.B.R.*, 1990, (391), nrs. 6-7). Het mag integendeel niet uitgesloten worden gedacht dat de kredietgever door de toekenning van krediet in bepaalde omstandigheden de precontractuele zorgvuldigheidsnorm schendt.

Door de tegenstanders van de aansprakelijkheid van de kredietgever wordt aangevoerd dat aan het vereiste van causaal verband tussen fout en schade in dergelijk geval niet zal voldaan zijn (b.v. Zenner, A. en Henrion, L.M., «La responsabilité du banquier dispensateur de crédit en droit belge», *J.T.*, 1984, (469), nr. 10). Cornelis heeft erop gewezen dat niet het ontbreken van het oorzakelijk verband tot gevolg heeft dat de aansprakelijkheid van de bankier uiteindelijk niet zal kunnen worden aangenomen, maar wel de toestemming van het «slachtoffer» (de kredietnemer) ertoe kan leiden dat de bankier ontslagen is van de verplichting de berokkende schade te vergoeden (Cornelis, L., «De aansprakelijkheid van de bankier bij kredietverlening», *T.P.R.*, 1986, (349), nr. 16). Met deze redenering kan niet worden ingestemd, in de eerste plaats omdat de toestemming van het slachtoffer geen grond tot bevrijding van aansprakelijkheid vormt (*volenti non fit iniuria*) en in de tweede plaats omdat reeds geruime tijd wordt aangenomen dat een geldig tot stand gekomen overeenkomst niet belet dat een van de contractspartijen tegen de andere een precontractuele aansprakelijkheidsvordering instelt, bv. op grond van incidenteel bedrog (Kruithof, R., «Contractuele aansprakelijkheidsregelingen», *T.P.R.*, 1984, (233), nr. 11; Kruithof, R., Bocken, H., De Ly, F. en De Temmer-

man, B., «Overzicht van rechtspraak 1981-1992), Verbintenissen», *T.P.R.*, 1994, (171), nr. 170).

In elk geval dient een redelijk en zorgvuldig bankier steeds, alvorens hij de kredietverleningsbeslissing neemt, een degelijk onderzoek naar de financiële situatie en de terugbetalingsmogelijkheden van de aspirant-kredietnemer te verrichten, opdat hij zijn raadgevingsplicht terdege zou kunnen vervullen. Door een beroep te doen op de schending van de precontractuele raadgevingsplicht die op de professionele kredietverstrekker rust, kan een kredietverleningsbeslissing in bepaalde omstandigheden een aanspraak op schadevergoeding doen ontstaan. De vrederechter heeft dan ook ten onrechte en op basis van een iets te summier motiveering geoordeeld dat eiseres op gemeenrechtelijke basis niet aansprakelijk kan worden gesteld omdat zij is ingegaan op de vraag van verweerders om hen krediet toe te staan.

Ondanks het feit dat de Wet op het Consumentenkrediet op voorliggende casus integraal van toepassing is, is de vaststelling van de gemeenrechtelijke aansprakelijkheid toch niet irrelevant, aangezien art. 92 W. Cons., naast de aldaar vermelde specifieke sanctie, ook toepassing van de gemeenrechtelijke sancties mogelijk maakt. De verweerders vragen hier inderdaad een bijkomende schadevergoeding die ze dan zouden kunnen compenseren met hun kapitaalschuld, maar de vrederechter wijst er terecht op dat die eis pas kan worden ingewilligd wanneer de gemeenrechtelijke voorwaarden daartoe (gemeenrechtelijke fout, onvolledige schadevergoeding na toepassing van de specifieke sanctie van art. 92 en oorzakelijk verband tussen beide) zijn vervuld, *quod non in casu (supra)*.

c. *De Wet op het Consumentenkrediet en de verplichtingen van de kredietbemiddelaar: algemeenheden.* Vervolgens wordt eiseres een schending van art. 15 W. Cons. verweten, daar zij, in de gegeven omstandigheden, redelijkerwijze niet mocht aannemen dat de verweerders in staat zijn hun terugbetalingsverplichting na te komen. Alvorens op dit punt nader in te gaan, dient enige aandacht te worden besteed aan de rol van de kredietbemiddelaar.

Kredietbemiddelaars treden op als zelfstandige tussenpersonen tussen vraag en aanbod van krediet. Hun reputatie kwam de laatste jaren echter in een steeds slechter daglicht te staan: men wees erop dat de kredietbemiddelaar die aan geen enkel financieel risico werd blootgesteld, er geen belang bij had dat de via zijn tussenkomst aangeane leningen ook daadwerkelijk werden terugbetaald, integendeel, getit op zijn commissievergoeding had hij er enkel alle belang bij zoveel mogelijk krediet te laten toekennen (Dejemeppe, P., «La réglementation de l'activité des intermédiaires de crédit», in *De nieuwe wet op het consumentenkrediet*, Brussel, Créadif, 1992, 179, en de aldaar vermelde verwijzingen). Bovendien bleek uit een onderzoek in Nederland dat de kans op een problematische schuld situatie na kredietverstrekking tot stand gekomen via een tussenpersoon, tweemaal groter is dan wanneer krediet via eender welk ander kanaal is verkregen (Dessart, W.C.A.M., Kuylens, A.A.A en De Vries, T., *Ja, nee, geen lening*, 's Gravenhage, Swoka, 1982, 94). De wetgever heeft dan ook heel wat maatregelen genomen om de kredietbemiddelaars tot een grotere verantwoordelijkheid te bewegen (voor een uitgebreid overzicht, zie Dejemeppe, P., *l.c.*, 179-192). Zo moeten o.a. het verbod een vergoeding van de consument te ontvangen en de regeling

van gespreide commissiebetaling voorzien in art. 65 en nader uitgewerkt in art. 3 K.B. 4 augustus 1992 (*B.S.*, 8 september 1992; zie ook Dambre, M., *Consumentenkrediet. Een commentaar op de nieuwe reglementering*, Gent, Mys & Breesch, 1993, nrs. 198-202) ertoe bijdragen dat de bemiddelaar er wél alle belang bij heeft dat het krediet effectief wordt terugbetaald, en de praktijk van aanvragen op basis van onvolledige of onjuiste gegevens helpen indijken. Wij zullen ons hierna beperken tot die maatregelen die rechtstreeks relevant zijn voor de onderliggende casus.

Art. 62 W. Cons. onderscheidt twee soorten kredietbemiddelaars: enerzijds de kredietagent die een exclusieve band heeft met een kredietgever en in naam en voor diens rekening de kredietovereenkomst sluit (vertegenwoordigingsbevoegdheid), en anderzijds de kredietmakelaar die enkel bemiddelt voor overeenkomsten aangeboden door een of meer kredietgevers, zonder te kunnen beslissen over het toekennen van het krediet. De kredietagent, die rechtshandelingen mag stellen, staat in een verhouding van lastgeving tot de kredietgever; de kredietmakelaar daarentegen, die enkel materiële prestaties verricht, is met de kredietgever verbonden door een contract van aanneming van werk (Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes de droit commercial*, IV, Brussel, Bruylant, 1988, nrs. 156-158; Van Gerven, W., Cousy, H. en Stuyck, J., *Handels- en economisch recht. Ondernemingsrecht*, I, B, in *Beginnelen van Belgisch Privaatrecht*, Dillemans, R. en Van Gerven, W., (ed.), Brussel, Story-Scientia, 1989, nr. 419.). In casu kunnen we, op basis van een aantal feitelijke gegevens, besluiten dat de kredietbemiddelaar, de B.V.B.A. M., een kredietmakelaar is: hij heeft er zich toe beperkt het formulier «Aanvraag aanbod voor een krediet» voor de kredietnemers in te vullen, terwijl het aanbod zelf door de kredietgever aan de kredietnemers is voorgelegd, en bovendien is gebleken dat via dezelfde tussenpersoon aan dezelfde kredietnemers enkele maanden voordien reeds twee andere leningen op afbetaling door andere kredietgevers waren toegekend. Dit laatste wijst erop dat de kredietbemiddelaar, wat de kredietvorm van lening op afbetaling betreft, zeker geen exclusiviteitsverplichting had jegens eiseres, wat vereist is om van een kredietagent te kunnen spreken.

De algemene ondervragings- (art. 10 W. Cons.) en raadgevings- en informatieplicht (art. 11 W. Cons.) gelden op dezelfde wijze voor de kredietbemiddelaar als voor de kredietgever. De taak van de kredietbemiddelaar bestaat er aldus in enerzijds de consument afdoende te ondervragen opdat hij inzicht krijgt in diens wensen, maar ook in diens financiële toestand en terugbetalingsmogelijkheden, en hem anderzijds de volledige en juiste informatie te verschaffen i.v.m. de beoogde kredietovereenkomst. Hij dient voor de individuele consument, gegeven diens specifieke situatie, een zo voordelig mogelijk kredietaanbod te vinden en als adviseur de consument te helpen bij de kredietbeslissing (zie Huls, N.J.H., «Beginnelen van behoorlijk bemiddelen bij kredietverlening aan de consumenten», *Tijdschrift voor Consumentenrecht*, 1991, (5), 9-10). Vervolgens moet de kredietbemiddelaar de «noodzakelijke inlichtingen bedoeld in art. 10», die de kredietgever in staat moeten stellen de financiële toestand en terugbetalingsmogelijkheden van de aanvrager te beoordelen, aan deze laatste doorspelen (art. 64, § 1 W. Cons.). De tweede paragraaf van art. 64 W. Cons. beoogt het opsplitsen van eenzelfde kredietaanvraag, dat zou leiden tot het aangaan van verschillende kredieten die in hun geheel door

geen enkele redelijke kredietgever zouden worden toegestaan, te voorkomen; de kredietbemiddelaar wordt hier m.a.w. rechtstreeks ingeschakeld in de strijd tegen overconsumptie van krediet. Gelet op de *ratio legis*, moet de bepaling die nogal ongelukkig is geformuleerd, ons inziens dan ook zo worden begrepen dat de kredietbemiddelaar (meestal een makelaar die immers met verscheidene kredietgevers kan werken) de kredietgever op de hoogte moet brengen van de andere aanvragen (of aanbiedingen) die hij ten behoeve van diezelfde consument (of dienst echtgeno(o)t(e)) bij andere kredietgevers heeft ingediend, respectievelijk van andere kredietgevers heeft ontvangen, gedurende een periode van 15 dagen voorafgaand aan deze aanvraag. Indien de kredietbemiddelaar de hem krachtens art. 64 W. Cons. opgelegde verplichtingen niet naleeft, is de commissie niet meer verschuldigd wanneer de consument de afbetalingen staakt (art. 99 W. Cons.). Ten slotte zij vermeld dat de artt. 62 t.e.m. 67 W. Cons. de openbare orde raken (Van der Wielen, P. en Wallemacq, A., «La valeur contraignante de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation», *D.A.O.R.*, 1992, (19), 21).

Ingevolge art. 15 W. Cons. mag de kredietgever geen aanbod doen wanneer hij, gelet op de gegevens waarover hij beschikt of zou moeten beschikken, *onder meer* via de raadpleging van de centrale gegevensbank van de Nationale Bank van België (hierna te citeren als NBB; art. 71 W. Cons.) en de informatie hem doorgespeeld via ondervraging van de consument of door de bemiddelaar, redelijkerwijze kan aannemen dat de consument zijn contractuele verplichtingen niet zal kunnen naleven. Deze bepaling legt de kredietgever m.a.w. de verbintenis op, alvorens eventueel krediet te verlenen, een degelijk kredietwaardigheidsonderzoek te verrichten dat hem inzicht moet geven in de (in)solvabiliteit van de consument-aanvrager. Bij insolventie zal uiteraard geen aanbod mogen worden voorgelegd. Het betreft een inspanningsverbintenis: bij betwistingen moet de rechter aan de hand van het criterium van de normaal, voorzichtige en redelijke bankier geplaatst in dezelfde omstandigheden, na gaan of de bankier al dan niet een fout treft. Voor onderhavige casus is cruciaal dat art. 15 een *exclusieve aansprakelijkheid ten laste van de kredietgever* instelt, die deze *onder geen enkel beding mag afwentelen op de kredietbemiddelaar* (Memorie van toelichting, p. 20). Concreet betekent dit dat de bepaling van art. 64 W. Cons., op grond waarvan de kredietbemiddelaar de inlichtingen verkregen van de consument en bedoeld in art. 10 (die het moeten mogelijk maken een beeld te krijgen van diens solvabiliteit) moet doorspeelen aan de kredietgever, deze laatste *niet ontslaat* van de plicht, indien nodig, *bijkomende informatie in te winnen*. Hij zal jegens de consument immers ten volle aansprakelijk blijven voor het formuleren van het aanbod. Het geannoteerde vonnis biedt een treffend voorbeeld van wat deze plicht in de praktijk kan betekenen (zie *infra*, sub d).

d. *Toepassing op de voorliggende casus.* Eiseres wordt verweten dat zij het bewuste krediet heeft aangeboden in strijd met art. 15 W. Cons. De vrederechter stelt vast dat eiseres uitsluitend is voortgegaan op de consultatie van de (negatieve) gegevenscentrale van de N.B.B. enerzijds (1°), en op het aanvraagformulier haar bezorgd door de bemiddelaar anderzijds (2°). Eiseres beweert overigens ook niet dat zij nog andere inlichtingen heeft ingewonnen. Vervolgens on-

derwerpt de vrederechter de kredietwaardigheidsbeoordeling aan een nadere analyse.

(1°) Art. 71 W. Cons. verplicht de kredietgever, alvorens een aanbod te doen, de centrale gegevensbank van de NBB te raadplegen. Deze bepaling moet hem in staat stellen over objectieve gegevens te beschikken om de kredietwaardigheid in te schatten, maar ook om het, wat soort en bedrag betreft, meest passend krediet te kunnen aanbieden (art. 11, 2°, W. Cons.). Vast staat dat eiseres op 17 mei 1994, daags voor het aangaan van de lening, de gegevenscentrale heeft geraadpleegd en dit zowel op naam van beide echtgenoten als op naam van de man alleen. De stukken die als bewijs van de consultatie moeten dienen, zijn niet bepaald duidelijk, maar in elk geval zou niemand aan die gegevens beantwoorden. Nu blijkt echter dat eiseres een verkeerde geboortedatum voor de eerste verweerder heeft ingegeven, wat wellicht de reden is geweest waarom geen resultaten zijn gevonden. Eiseres voert nog aan dat zij tevens de centrale van de Koninklijke Beroepsvereniging van het Krediet (BVK) heeft geraadpleegd, zij het pas op 21 november 1995! Het bericht van die consultatie blijkt echter niet volledig te zijn, en bovendien stelt de vrederechter terecht dat uit deze consultatie zeker niet kan worden afgeleid dat een correcte raadpleging van de N.B.B.-gegevensbank eveneens een negatief resultaat zou hebben opgeleverd.

(2°) Eiseres voert vervolgens aan dat zij gesteund heeft op de haar door verweerders verstrekte informatie middels het ingevulde formulier «Aanvraag aanbod voor een krediet». De vrederechter moet echter vaststellen dat dit document, conform de gebruikelijke werkwijze wellicht door de bemiddelaar ingevuld, heel wat gebreken vertoont: in de eerste plaats zijn noch plaats noch datum van invulling vermeld; ten tweede stroken de op het formulier ingevulde bedragen betreffende de beroepsinkomsten van verweerders niet met deze vermeld op de aangehechte uittreksels van de loonafrekeningen, en ten slotte kan het worden betwijfeld dat de verweerders het ingevulde formulier hebben nagelezen. Alleszins hebben zij de tekst boven hun handtekening, waarin zij bevestigen de juiste informatie te hebben verstrekt en ontvangen, niet nagekeken, omdat daar de vermelding van plaats en datum niet zijn ingevuld. Voorts werden cruciale rubrieken als «kredieten in omloop» en «nog te betalen saldo» blanco gelaten. De vrederechter gaat er terecht van uit dat de verweerders wel hebben voldaan aan hun informatieplicht van art. 10 W. Cons., die immers slechts de plicht inhoudt juiste en volledige antwoorden te geven op de door de kredietgever, in dit geval de kredietbemiddelaar, gestelde vragen (zie over dit punt uitvoeriger: De Boeck, A., «De aansprakelijkheid van de kredietverlener en de informatieverplichting van de consument» noot onder Vred. Gent, 18 juli 1995 *R.W.*, 1995-96, 1270-1273). Daarbij komt dat uit de feiten blijkt dat dezelfde kredietbemiddelaar nauwelijks drie maanden voordien voor verweerders twee leningen op afbetaling van respectievelijk 401.000 fr. en 650.000 fr. van andere kredietgevers had verkregen en aldus wellicht bewust de daarop betrekking hebbende gegevens niet in het formulier heeft opgenomen.

Eiseres werpt ook nog op dat de kredietbemiddelaar op grond van art. 64, § 2, W. Cons. niet verplicht was haar deze twee bestaande leningen ter kennis te brengen. Dit verweer steunt echter op een verkeerd begrip van die bepaling (zie *supra*, sub c, voor de juiste draagwijdte) en de vrederechter

beslist terecht dat de bemiddelaar daartoe wel gehouden was, overeenkomstig art. 64, § 1, W. Cons. Hij besluit met het oordeel dat eiseres de gevolgen moet dragen van haar *culpa in eligendo* van de betrokken kredietmakelaar en suggereert dat zij jegens deze laatste de sanctie van art. 99 W. Cons. kan invoeren (de kredietbemiddelaar die tekort is geschoten aan zijn verplichtingen volgens art. 64 W. Cons., verliest zijn recht op commissie vanwege de kredietgever indien de consument de betalingen staakt). Het teruggrijpen naar de *culpa in eligendo* is hier echter overbodig, aangezien art. 15 W. Cons. een persoonlijke en exclusieve verplichting ten laste van de kredietgever in het leven heeft geroepen, namelijk de kredietwaardigheidsbeoordeling. Dit blijkt overigens uit de daarop volgende overwegingen, waarin duidelijk wordt gezegd dat eiseres, geconfronteerd met onvolledige informatie nopens de bestaande schuldenlast (deels te wijten aan haar eigen niet-correcte raadpleging van de gegevensbank van de N.B.B. en deels het gevolg van de onvolledige aanvraag door de bemiddelaar), zelf de verplichting heeft verder onderzoek in te stellen en gegevens te verzamelen teneinde de terugbetalingsmogelijkheden adequaat te kunnen beoordelen. De discrepantie tussen het bedrag van de beroepsinkomsten vermeld op het aanvraagformulier en dat op de loonuittrekssels en de vage omschrijving van het doel van het krediet, namelijk het afwerken van de woning, en vooral het feit dat de rubrieken aangaande de bestaande schuldenlast gewoon blanco waren gelaten (er stond dus ook niet vermeld dat die er niet zou zijn!), hadden bij haar argwaan moeten wekken en signalen kunnen zijn dat verdere ondervraging van de verweerders aangewezen was. Een eenvoudige vraag naar de bestaande maandelijkse aflossingen, had aan de oppervlakte kunnen brengen dat verweerders, die gezamenlijk een inkomen genoten van 65.752 fr., naast 15.000 fr. hypothecaire schuld per maand, tevens 25.206 fr. voor andere bestaande leningen moeten aflossen. Met de nieuwe leningsaanvraag, die tot mensualiteiten gelijk aan 8.833 fr. aanleiding zou geven, zou de verweerders slechts een beschikbaar saldo van 16.713 fr. per maand resten om alle gezinslasten te dekken. Men kan bezwaarlijk beweren dat het honoreren van een dergelijke aanvraag art. 15 W. Cons. niet schendt. Overeenkomstig art. 92 W. Cons., worden de verplichtingen van de verweerders verminderd tot het ontleende bedrag, onder aftrek van de reeds verrichte betalingen en met behoud van de betaling in termijnen.

Een voorzichtig kredietverlener zij gewaarschuwd dat hij zich in het raam van de Wet op het Consumentenkrediet, jegens de consument niet kan verschuilen achter fouten begaan door de kredietbemiddelaar!

Annick De Boeck
Assistente U.F.S.I.A.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (1e Kamer), 3 maart 1995

Beslag en executie – Beslag onder derden – Derde-beslagene – Bewijslast

«Overwegende dat, krachtens artikel 1451 van het Gerechtelijk Wetboek, de derde-beslagene vanaf de ontvangst van de akte houdende derden-beslag, de sommen of zaken

die het voorwerp zijn van het beslag niet meer uit handen mag geven, op straffe van gewoon schuldenaar te worden verklaard voor de oorzaken van het beslag;

Overwegende dat de derde-beslagene die beweert dat hij niet meer de schuldenaar is van de beslagene, het bewijs daarvan moet leveren; dat hij echter niet verplicht is dit bewijs te leveren door akten met vaste datum in de zin van artikel 1328 van het Burgerlijk Wetboek;

Overwegende dat de appelrechters te dezen aan eiseres die collusie aanvoert het bewijs opleggen dat de stukken die verweerster aanwendde niet met de werkelijkheid overeenstemmen en voor het overige oordelen op grond van de feitelijke omstandigheden die zij aangeven, waaronder de betalingen gedaan door verweerster aan een derde en verklaringen afgelegd door de curator en de architect, dat de betwiste overeenkomst gesloten werd vóór het beslag werd gelegd;

...

(Voorzitter: de h. Verougstraete – Raadsheer-rapporteur: mevr. Bourgeois – Openbaar ministerie: mevr. De Raeve – Advocaat: mrs. Houtekier, Bützler en Geinger. In de zaak: N.V. J. t/ B.)

Arbh. Antwerpen (4e Kamer), 1 december 1995

Geneeskundige verzorging en uitkeringen – Onrechtmatige daad – Ten onrechte betaalde prestaties – Terugvordering – Zorgverstrekkers – Naamlening – Rechtstreekse vordering – Onderneming voor radiografieën – Prestatieboekjes – Instructie tot onjuiste ondertekening – Buitencontractuele fout – Veroordeling in solidum

«Uit artikel 2 van het koninklijk besluit nr. 78 van 10 november 1967 betreffende de uitoefening van de geneeskunde volgt dat het onbetwistbaar is dat dr. G. in de geïndiceerde periode de geneeskunde onwettig uitoefende, nu hij nog geen erkenningsnummer had en zijn opleiding voldeed was zodat de prestaties evenmin in dit kader geschieden. Hij heeft zich derhalve duidelijk niet geschikt naar de wets- en verordeningbepalingen die hij moest naleven. Dr. G. werd echter niet in het geding betrokken.

«Evenzo staat het vast dat de gedaagde zorgverstrekkers door het ondertekenen van de attesten als naamlener zijn opgetreden, als bedoeld in artikel 19 van dit koninklijk besluit. Dit verbod vereist echter een bijzonder opzet, te weten 'het doel hem (de onbevoegde zorgverstrekker) te onttrekken aan de straffen waarmee de onwettige uitoefening van de geneeskunde of de artseneeskunde gestraft worden'.

«Dit opzet komt bewezen voor, nu uit de verklaringen voldeende blijkt dat de gevolge praktijk erop gericht was te verhullen dat de prestaties in feite door dr. G. verstrekt werden.

«In deze context hebben de tweede, derde en vierde geïntimeerde zich dus wel degelijk niet geschikt naar een wetsbepaling die zij moesten naleven.

«Voor de concrete prestaties waarvoor zij als naamlener zijn opgetreden, zijn zij derhalve, op grond van artikel 97, tweede zin, van de Z.I.V.-wet (1963) gehouden tot betaling van de waarde van de aan de rechthebbende ten onrechte uitbetaalde prestaties.»

«Naar genoegen van recht staat vast dat de prestatieboekjes door de C.V. M. aan dr. G. overhandigd werden met instructie deze zelf te ondertekenen. Gelet op de omstandigheid dat dr. G. van vreemde nationaliteit, pas afgestudeerd en zonder erkenningsnummer, toch reeds op een betrekking kon hopen bij de C.V. M., is het duidelijk dat deze instructies een groot gewicht hadden, zodat de C.V. M. medeverantwoordelijk gesteld dient te worden voor de wederrechtelijke toestand.

«Dr. G. werd door de universiteit doorbetaald, zodat niet aangetoond wordt dat hij eigen geldelijk voordeel nastreefde. De instructie van de C.V. M. aan dr. G. was derhalve enkel voor eigen geldelijk profijt, zodat niet alleen persoonlijk onrechtmatig handelen, te weten het uitreiken van onjuiste attesten, wordt aangetoond, doch eveneens het oogmerk aldus gelden voor eigen rekening te ontvangen. Hierbij is het duidelijk dat, zo de patiënten geen getuigschriften voor verstrekte hulp ontvingen, de C.V. M. niet dezelfde winsten zou maken. Dat de C.V. M. opdrachten kreeg voor radiografieën was enkel mogelijk zo gegarandeerd kon worden dat de verplichte verzekering voor deze prestaties zou tegemoetkomen.

«Gelet op het voorgaande, staat voldoende in rechte vast dat de C.V. M., wat betreft alle in casu geïssueerde attesten een persoonlijke fout in de zin van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek beging, appellant schade werd toegebracht en dat hiertussen een oorzakelijk verband bestaat.

2. De veroordeling in solidum

«Appellant wordt niet ernstig tegengesproken in zijn stelling dat inzake aquiliaanse aansprakelijkheid alle aansprakelijken *in solidum* gehouden zijn de gehele schade te vergoeden.

«Tweede, derde en vierde geïntimeerde betwisten de toepassing van het geschetste principe en stellen dat de schade niet ontstaan is door samenlopende 'fouten'. Zij kunnen hierin niet gevolgd worden. De inbreuk was niet gepleegd, zo zij de attesten niet hadden ondertekend, en zou evenmin gepleegd zijn zo de C.V. M. de door hen ondertekende attesten niet had uitgereikt. Beide fouten hebben cumulatief de schade veroorzaakt, zodat er wel degelijk sprake is van samenlopende fouten.

«Zoals de vordering bepaald in artikel 97, eerste zin, Z.I.V.wet, een toepassing is van de 'actio indebiti', is de vordering bepaald in artikel 97, tweede zin, een toepassing van de aquiliaanse vordering. In die zin dient dezelfde rechtspraak toegepast te worden wanneer bij 'samenlopende fouten' de ene fout past binnen de toepassing van artikel 97, tweede zin, en de andere binnen de toepassing van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek.

«Het samenlopende karakter van de fout situeert zich enkel tussen elk der zorgverstrekkers afzonderlijk en de C.V. M.

«In de prestaties, ondertekend door één hunner collega's, heeft elk van de zorgverstrekkers geen aandeel, zoals appellant trouwens nooit anders heeft gesteld, nu hij de vordering tussen de zorgverstrekkers steeds heeft uitgesplitst.»

(Voorzitter: de h. Verschueren – Raadsheren in sociale zaken: de hh. Cosijns en Peeters – Openbaar ministerie: de h. D'Halleweyn – Advocaten: mrs. Devroe, De Bie en Van Goethem – In de zaak: L.C.M. t/ C.V. M., C., De S. en V.)

Rb. Hasselt (1e Kamer), 23 mei 1995

Echtscheiding – Door onderlinge toestemming – Afwijzing verzoekschrift bij gebrek aan melding van wijziging van verblijfplaats van een van de partijen – Artt. 1288, 1°, en 1288bis, derde lid, Ger.W.

De rechtbank wijst het verzoek tot uitspraak van de echtscheiding bij onderlinge toestemming om volgende reden af.

«Gezien het op 20 april 1995 door partijen ter griffie neergelegde verzoekschrift, ertoe strekkende hun echtscheiding door onderlinge toestemming uit te spreken. Partijen werden opgeroepen om te verschijnen voor de voorzitter van de rechtbank op 10 mei 1995. Alstoen is gebleken dat S. was verhuisd, desaangaand werd tussen partijen geen overeenkomst gesloten afwijkend van die vervat in hun regeling bij notariële akte van notaris F. op 7 maart 1995.

«In die omstandigheden is niet voldaan aan de voorschriften van art. 1288, 1°, en 1288bis, derde lid, Ger.W.»

(Voorzitter: de h. Palms – Openbaar ministerie: de h. De Bus – In de zaak: P. t/ P.)

Arbrb. Aalst (3e Kamer), 12 december 1995

Arbeidsongeval – Overheidspersoneel – Vergoedingen – Hoorapparaat – Prothese – Herstellings- en vervangingskosten – Tarief – Nomenclatuur R.I.Z.I.V. – Reiskosten – Vergoeding

Verweerder betoogt ten onrechte dat de nomenclatuur-tarieven van het R.I.Z.I.V. gelden wat betreft de vergoeding van de herstellings- of vervangingskosten voor een hoorapparaat, en niet de reële kosten:

«Ingevolge artikel 3ter van de wet van 3 juli 1967 betreffende de schadevergoeding voor arbeidsongevallen in de overheidssector (ingevoegd bij artikel 5 van de wet van 13 juli 1973) heeft de getroffene recht op de herstellings- en vervangingskosten van de prothese en orthopedische toestellen waaraan het ongeval schade heeft veroorzaakt.

«Artikel 4, 2° en 3°, van het koninklijk besluit van 24 januari 1969 betreffende schadevergoeding ten gunste van personeelsleden van de overheidssector voor arbeidsongevallen en voor ongevallen op de weg naar en van het werk (als vervangen bij artikel 1 van het koninklijk besluit van 13 november 1973) bepaalt dat de getroffene recht heeft op de vergoeding van de kosten voor prothesen, alsmede voor de kosten voor herstelling en vervanging van deze prothesen.

«Deze bepalingen houden niet in dat de vergoeding beperkt is tot de tarieven vastgesteld in de R.I.Z.I.V.-nomenclatuur (zie in dezelfde zin Arbh. Luik, 21 februari, 1991, *J.T.T.*, 1991, 491); in duidelijke tegenstelling tot de geneeskundige en farmaceutische kosten (artikel 4, 1°, van het koninklijk besluit van 24 januari 1969), die slechts vergoedbaar zijn binnen de grenzen van het tarief door de Koning

vastgesteld ter uitvoering van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971.»

(Voorzitter: de h. Eeckhout – Rechters in sociale zaken: de hh. Van Vaerenbergh en Van Canegem – Advocaat: mr. Verhasselt loco Lenssens – In de zaak: R. t/ De Post)

Kh. Mechelen (3e Kamer), 3 november 1995

Verzekering – Diefstal – «Sluikse toegang» – Begrip

Op 29 juni 1992 kwam een onbekende man rond 16 uur binnen in de werkplaats van eiseres, waar nog gewerkt werd. De enige beschrijving die van de man gegeven kan worden, was dat hij een rode polo moet korte mouwen droeg. Hij stapte in een aldaar klaarstaande nieuwe personenwagen, startte de auto (de wagen was niet afgesloten en de contact-sleutels zaten in het slot), reed buiten en werd nooit teruggezien. Eiseres vordert vergoeding van verweerster, haar verzekeraar, met een beroep op de volgende clausule: «diefstal zonder inbraak, beklimming of gebruik van valse sleutels, indien bewezen is dat de dader van de diefstal zich op sluikse wijze toegang verschaft heeft tot de lokalen die de verzekerde voorwerpen inhouden, of er zich verscholen heeft met het oogmerk te stelen». De vordering van eiseres wordt om de volgende redenen verworpen.

«Overwegende dat de bewuste man met rode polo niet werd gehinderd om de werkplaats binnen te gaan; dat hij gewoonweg is kunnen en mogen binnenstappen (eigen woordgebruik van klager V.) en in de open auto is gestapt, niettegenstaande er nog personeel aan het werk was en de betrokkene evenmin enige misleidende vermomming (bv. werkkledij van het bedrijf) droeg;

«dat de aanwezigheid van die persoon in het werkatelier dan ook niet het gevolg was van enig sluiks handelen, doch 'open en bloot' is geschied;

«dat het feit dat hij weliswaar sluikse bedoelingen had, duidelijk moge zijn, doch het contractueel bepaalde «sluikse karakter» niet slaat op de intentie, doch wel op de wijze waarop men is binnengeraakt; dat er in casu geen sluikse toegangsverschaffing geweest is, enkel een toegelaten aanwezigheid met sluikse bedoeling;

«dat immers, indien de kwalificatie «sluikse wijze» enkel zou beogen de intentie van de betrokkene, alsdan uiteraard elke diefstal, op welke wijze dan ook gepleegd, als 'sluiks' moet worden aangemerkt, wat alzo elke zin aan die specifieke polisvoorwaarde zou ontnemen, wat niet kan;

«Overwegende dat al evenmin gesteld kan worden dat de bewuste man zich zou hebben verscholen in de lokalen, nu dit helemaal niet verklaard wordt door de heer V. en het zich voordoen als een mogelijke klant om op die wijze het pand te betreden, geen 'verschuiling' vormt;

«Overwegende dat de feiten zoals zij door aanlegster worden gesteld, dan ook te omschrijven zijn als een ordinaire diefstal welke niet valt onder de contractueel voorziene waarborg, zodat de vordering alle grond mist en afgewezen dient te worden.»

(Voorzitter: de h. Buyle – Advocaten: mrs. Boudewijns en De Maeyer loco Tritsmans – In de zaak: N.V. V. t/ N.V. U.)

BOEKEN

F.R. SALOMONS, *Verzekering ten behoeve van een derde*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1996, 491 pp.

In de Nederlandse «serie verzekeringsrecht» verscheen recent een werk gewijd aan de verzekering ten behoeve van een derde. Deze rechtsfiguur is maatschappelijk van aanzienlijke betekenis. Zij draagt ertoe bij dat allerlei belangen van talloze personen onder de dekking van een verzekering vallen, zonder dat die personen daarvoor zelf een verzekering hebben afgesloten (o.a. arbeidsongevallenverzekeringen, motorrijtuigenverzekeringen, ...). De auteur omschrijft het begrip verzekeringen ten behoeve van een derde in navolging van Scheltema-Mijnssen als «de verzekering waarbij de verzekeraar het belang van derden verzekert of medeverzekert, zonder dat tussen verzekeraar en die derde een overeenkomst wordt gesloten». Essentieel hierbij is dan ook dat in de overeenkomst de mogelijkheid is geregeld dat een derde in geval van schade recht heeft op een vergoeding.

Ondanks het feit dat deze rechtsfiguur eeuwenoud is gaat de auteur de uitdaging aan om een beeld te schetsen van haar ontstaan en van haar huidige toepassingen voor het Nederlandse handels- en verzekeringsrecht. Het resultaat is een omvangrijk boek van ruim vierhonderd bladzijden.

In zijn zoektocht naar de juiste benadering van verzekering ten behoeve van een derde gaat hij dieper in op het bepalen van de aard en de gevolgen van deze rechtsfiguur, enerzijds aan de hand van rechtsgeschiedenis, rechtsvergelijking, rechtsleer en rechtspraak, anderzijds door na te gaan in hoever en op welke wijze haar aard en gevolgen aansluiten bij de algemene beginselen van het Nederlands vermogensrecht. Aangezien er in het Nederlands Burgerlijk Wetboek een nieuwe regeling van het verzekeringsrecht op stapel staat, lijkt het voor de auteur een geschikt moment voor een juridisch portret van de verzekering ten behoeve van derde. Hij onderzoekt allerlei aspecten van verzekering ten behoeve van een derde zonder evenwel in te gaan op alle mogelijke vormen van deze rechtsfiguur. Zo wordt er niet gesproken over sommenverzekeringen ten behoeve van derde, noch over de implicaties van deze rechtsfiguur voor de wettelijke regeling van de motorrijtuigen in de WAM, dit tot onze spijt.

In deel A van het boek komen onderwerpen aan de orde die tezamen een algemeen beeld opleveren van verzekering ten behoeve van een derde zoals deze in Nederland (en elders) is geregeld. De behandelde algemene onderwerpen zijn achtereenvolgens: de huidige wettelijke regeling (hoofdstuk 2), vergelijkbare regelingen of rechtsfiguren in het buitenland (hoofdstuk 3), de vraag naar de juridische kwalificatie van verzekering ten behoeve van derden in termen van het algemene vermogensrecht (hoofdstuk 4) en ten slotte de regeling in titel 7.17 (hoofdstuk 5).

In deel B komen enkele bijzondere verzekeringsrechtelijke onderwerpen aan de orde. De hier besproken onderwerpen hebben betrekking op de rechtsgevolgen van deze rechtsfiguur. De auteur heeft het hier o.a. over de precontractuele mededelingsplicht (hoofdstuk 6), de aanvaarding van de dekking (hoofdstuk 7), de polis en de polisvoorwaarden (hoofdstuk 8), de premiebetaling (hoofdstuk 9), de eigen schuld (hoofdstuk 10) om ten slotte te eindigen met een hoofdstuk over de plichten en rechten in verband met schade (hoofdstuk 11) en de subrogatie (hoofdstuk 12). Bij al deze behandelde materies betreft de auteur zowel het verzekeringsrecht als de bestaande jurisprudentie, waarbij niet nagelaten wordt regelmatig op wettelijke lacunes te wijzen. Evenwel biedt het boek reeds suggesties om deze op een constructieve manier te verhelpen.

Opmerkelijk is de analyse met betrekking tot de uitleg over de vraag hoe de verzekeringsvoorwaarden dienen te worden uitgelegd in de verhouding tussen verzekeraar en derde-verzekerde waarbij de auteur teruggrijpt op de uitleg die aan CAO's wordt gegeven en deze toepast op de verzekering ten behoeve van derden. Bij de uitleg van de polisvoorwaarden komt de auteur tot het besluit dat de positie van de derde niet alleen bepaald wordt door de bedoelingen van verzekeraar en verzekeringnemer bij het aangaan van de overeenkomst, maar eveneens door de letter en het systeem van de verzekeringsvoorwaarden. In het algemeen plaatst de auteur de be-

zorgdheid voor de bescherming van de rechten van de derde centraal in het ruime kader van het verzekeringscontract.

In zijn zoektocht naar de verklaring van de rechtsfiguur besteedt de auteur aandacht aan hoe de verzekering ten behoeve van derde in andere landen, o.a. in België ervaren wordt. Ons huidige verzekeringsrecht voorziet uitdrukkelijk in een drietal wettelijke bepalingen betreffende het beding ten behoeve van derde (artt. 22, 23 en 38 Verz. W.). De artt. 22 en 23 van de Verzekeringwet maken deel uit van de voor alle verzekeringen geldende bepalingen terwijl artikel 38 deel uitmaakt van de bepalingen die gelden voor verzekeringen tot vergoeding van schade. Het Belgische en het Franse verzekeringsrecht wijken niet zoveel af van het Nederlandse recht op het punt van verzekering ten behoeve van derde. Als grootste verschil mag aangestipt worden dat o.a. in België uit een derdenbeding door de derde rechtstreeks rechten worden verkregen terwijl in Nederland een aanvaarding door de derde nodig is. De auteur besteedt dan ook veel aandacht aan deze aanvaardingsregeling en aan de daarmee gepaard gaande juridische problemen. Dit gegeven heeft lang in de weg gestaan om deze rechtsfiguur te kwalificeren als derdenbeding zoals dat in België het geval is.

Na deze beschouwingen rijst dan nog de vraag of een Belgisch jurist de aangewezen persoon is om dit boek te lezen. O.i. kan deze vraag positief beantwoord worden. Het gerecenseerde boek bespreekt onderwerpen als de aanvaarding en de herroeping. In België hebben nogal wat auteurs moeite met de mogelijkheid voor de verzekeringnemer om de dekking van de derde te herroepen, welke voortvloeit uit de toepassing van de regels omtrent het derdenbeding (zie o.a. Wouters, J., «De verzekering voor rekening in het verzekeringsrecht van vandaag en morgen», *Tijdschrift voor Verzekeringen*, 1988, pp. 404-443; Schuermans, L., «De nieuwe wet op de landverzekeringsovereenkomst van 25 juni 1992», *R.W.*, 1992-93, 708). Andere behandelde onderwerpen zoals de precontractuele mededelingsplicht (de mogelijke plicht van de verzekeringnemer om de derde te betrekken bij de mededeling van de voor de verzekeraar relevante gegevens ter beoordeling van het risico), de grove schuld van de derde, het premieverzuim en de gevolgen hiervan voor de derde kunnen de Belgische verzekeringsjurist inspireren gezien hun bijzonder belang voor talrijke verzekeringsstakken.

Patrick Meesen

A. DUELZ, *Le droit du divorce*, (2e ed.), De Boeck Université, 1996, 427 pp.

Zeven jaar na de eerste editie, verscheen onlangs de tweede uitgave van dit werk. Niet alleen ontwikkelingen in de rechtspraak, maar vooral nieuwe wetgeving in de desbetreffende sector hebben de noodzaak doen aanvoelen van een nieuwe uitgave. Het werk heeft dan ook meteen de verdienste als eerste zowel de wet van 30 juni 1994 betreffende het hoorrecht van de minderjarige en de hervorming van de echtscheidingsprocedure als de wet van 13 april 1995 betreffende de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag en het omgangsrecht in één adem te bespreken.

De auteur is in de tweede editie trouw gebleven aan de opzet van de eerste uitgave: een nuttige en praktische handleiding aanbieden voor zowel de rechtspracticus als voor het grotere publiek, waarbij een overzicht wordt geschetst van problemen die zowel rechtstreeks als onrechtstreeks met echtscheiding te maken hebben. Er moeten dan ook geen uitgebreide beschouwingen verwacht worden over de achterliggende beweegredenen van bepaalde jurisprudentiële of wettelijke oplossingen. De talrijke verwijzingen in voetnoot, de bibliografische gegevens die iedere titel voorafgaan, en de (weliswaar beknopte) algemene bibliografie, zijn een duidelijke uiting van het praktijkgericht karakter van het werk. Net zoals de auteur die de eerste editie becommentarieerde (cf. Gerlo, J., *R.W.*, 1989-90, 1205), moeten we echter vaststellen dat de verwijzingen naar de Nederlandstalige rechtspraak en rechtsleer erg beperkt blijven. Deze onvolledigheid heeft tot gevolg dat voor bepaalde problemen een aantal nuanceringen of andersluidende stellingen minder aan bod komen.

De indeling van de eerste uitgave wordt behouden, doch het valt meteen op dat het boek niet langer is ingedeeld in tien, maar in elf titels. De auteur begint zijn boek namelijk met een nieuwe titel die gewijd wordt aan de feitelijke scheiding. De auteur verantwoordt

terecht deze keuze door te wijzen op het feit dat de beëindiging van het huwelijksleven meestal in de eerste fase niet veruitwendigd wordt door het inleiden van een echtscheidingsprocedure, maar door een beslissing om feitelijk en voorlopig het huwelijksleven niet meer voort te zetten. De auteur schetst op een overzichtelijke manier de problemen die aan deze «overgangssituatie» verbonden zijn. Naast die nieuwe titel, zijn de overige tien titels grondig aangepast aan de nieuwe wetgeving, rechtspraak en rechtsleer, met een sterke nadruk op de procedurele aspecten. Lovenswaardig is ook dat de auteur het concept behoudt waarbij niet alleen het echtscheidingsrecht *sensu stricto* wordt besproken, maar ook aandacht wordt besteed aan aanverwante aspecten, zoals het huwelijksvermogensrecht (titel 5), internationaal privaatrecht (titel 9), sociale-zekerheidsrecht (titel 10) en fiscaal recht (titel 11). Het geheel wordt afgesloten met een overzichtelijke inhoudstafel.

Febian Aps

M.F.H.S. HAAN, *Oorzaak: onbekend. Het aantonen van het feitelijk verband bij meervoudig veroorzaakte milieuschade*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1996, 59 pp.

Slachtoffers van milieuschade die hun toestand wensen te remediëren, worden onmiddellijk geconfronteerd met de vraag naar de oorzaak van hun schade. Het antwoord op deze vraag moet hen bij de schadeveroorzaker brengen, die zij dan zullen proberen aan te spreken teneinde herstel van of vergoeding voor het geleden nadeel te verkrijgen. Het vinden van de juiste oorzaak vergt soms heel wat speurwerk en is extra moeilijk ingeval meerdere verontreinigingsbronnen in aanmerking zouden kunnen komen. Het Nederlands werk dat hier kort behandeld wordt, heeft tot doel een aantal instrumenten die het recht aanreikt om bewijsproblemen bij meervoudig veroorzaakte milieuschade te verlichten, te bespreken en op hun werkzaamheid te toetsen. De auteur gaat daarbij uit van een casus (boer B verliest enkele koeien door ziekte, wat zou kunnen worden veroorzaakt vanuit het stroomopwaarts gelegen industriegebied), die doorheen het hele werk zoveel mogelijk aangewend wordt om precies aan te tonen waartoe de verschillende regels en hulpmiddelen in de praktijk leiden. Dat bleek een gelukkige keuze: de causaliteitsproblematiek en -theorieën zijn uit hun aard meestal complex, waardoor het geven van een voorbeeld niet alleen voor afwisseling zorgt tussen de theoretische beschouwingen door, maar ook verhelderend werkt.

Na het voorstellen van de casus en van de opbouw van de studie in hoofdstuk 1, worden in het tweede hoofdstuk de theoretische knelpunten aangestipt die voor het oplossen van meervoudig veroorzaakte milieuschade van belang zijn. In hoofdstuk 3 wordt kort uiteengezet wat men onder milieuschade moet verstaan, een onderwerp dat misschien beter eerst aan bod kwam. Het «echte» werk wordt aangevat in hoofdstuk 4, waar het leerstuk van het causaal verband naar Nederlands recht grondig uitgediept wordt, en dit zowel wat de feitelijke kant van de causaliteitsproblematiek betreft, als wat de normatieve kant ervan aangaat. Zoals de bewijsproblematiek zich in de praktijk voordoet, is hoofdzakelijk de feitelijke kant van het causaal verband van belang. Hoofdstuk 5 behandelt dan ook alleen de hulpmiddelen die zich op die feitelijke kant richten: vermoedens en ficties als mogelijkheden om de bewijslast om te keren, regels die de toegang tot voor het schadegeval relevante informatie moeten bevorderen, en de risicoaansprakelijkheidsregelingen. Daarbij beperkt de auteur zich niet tot het Nederlands recht, ook de (mogelijke) invloed van het Milieuaansprakelijkheidsverdrag van de Raad van Europa komt ter sprake. De conclusies die de auteur uit zijn onderzoek trekt zijn realistisch: de besproken hulpmiddelen voor het bewijzen van het feitelijk oorzakelijk verband zijn zeker nuttig, maar het zijn geen wondermiddelen die van het verhalen van meervoudig veroorzaakte milieuschade in de praktijk een routinezaak maken.

Dit werk werd m.i. terecht bekroond met de (eerste) Scriptieprijs Milieurecht 1995, waarmee het Centrum voor Milieurecht van de Amsterdamse universiteit Nederlandse juristen wil stimuleren hun scriptie-onderwerp op het milieurecht toe te spitsen.

Ann Carette

J.A.C. BARTELS, **Jeugdstrafrecht. Het nieuwe jeugdstrafrecht**, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1995, XI + 161 pp.

Jeugdrecht heet in de eerste plaats *jeugdbeschermingsrecht* (vgl. met de opmerking bij Vansteenkiste, P. en Eliaerts, C., «De wet van 2 februari 1994 betreffende de jeugdbescherming. De moeizame geboorte van een nieuw jeugdrecht», *R.W.*, 1994-95, 209, voetnoot 8). Toch gaat het hier, hoe je het ook wendt of keert, niet louter om de bescherming van de jeugd, maar in een zekere zin ook om bescherming tegen delinquente jongeren: jeugdrecht is voor een stuk ook *jeugdstrafrecht*.

De Nederlandse jurist heeft het op één punt ongetwijfeld gemakkelijker dan zijn Belgische collega: anders dan in België hoeft men zich in Nederland niet eerst door een woud van bevoegdheidsproblemen te worstelen, hoeft men zich niet te buigen over de draagwijdte van de desbetreffende «persoonsgebonden aangelegenheden», noch zich te vermeien in de rechtspraak van het Arbitragehof (cf. Senaev, P., «Stand van zaken betreffende de bevoegdheidsverdeling in het jeugdbeschermingsrecht», in Senaev, P. en Peeters, J. (red.), *De hervorming van het jeugdbeschermingsrecht*, Leuven, Acco, 1994, 17-57) om tot de kern van de zaak te komen.

Zoals de titel van het bovengenoemde boek reeds laat vermoeden, zit (ook) de Nederlandse wetgever evenwel niet stil; het Nederlandse «*nieuwe jeugdstrafrecht*» alludeert op de stand van zaken na de Nederlandse wet van 7 juli 1994 m.b.t. de herziening van het strafrecht voor jeugdigen.

De smaakvolle monografie over het Nederlandse *jeugdstrafrecht*, die als nummer 20 van de *Studiepockets strafrecht* verscheen, is reeds aan zijn tweede uitgave toe. De opmerkingen die D. Merckx maakte n.a.v. het verschijnen van de eerste druk, blijven ook voor de tweede editie gelden (cf. de bespreking in *R.W.*, 1990-91, 999).

De stof is overzichtelijk ingedeeld in drie thema's: achtereenvolgens - na enkele inleidende begrippen (pp. 1-17) - het materiële jeugdstrafrecht (pp. 18-82), het formele jeugdstrafrecht (pp. 83-136) en het penitentiaire jeugdrecht (pp. 137-150).

Het hoofdstuk m.b.t. het *materiële jeugdstrafrecht* bevat een overzicht van het arsenaal van de onderscheiden straffen en maatregelen waarover het Nederlandse recht beschikt om de jeugdige delinquent - overeenkomstig het Nederlandse recht in principe de delinquent tussen de twaalf en de achttien jaar oud - op het rechte pad te brengen. Het kapittel over het *formele jeugdstrafrecht* behandelt de procedurele kant van de zaak, van de opsporings- en vervolgingsfase tot de terechtzitting en besluit met een korte paragraaf over de raadsman in jeugdstrafzaken en over het instellen van de rechtsmiddelen. Het afsluitend hoofdstuk over het *penitentiaire jeugdrecht* omschrijft de onderscheiden soorten rijksinrichtingen en particuliere inrichtingen en de rechten en plichten van de jeugdigen die er (moeten) verblijven.

Waar nodig geeft de auteur achtergrondinformatie en korte beschouwingen over de zin en onzin van één en ander, zonder hierbij in oeverloze en langdradige uitweidingen over de zin en onzin van één en ander, zonder hierbij in oeverloze en langdradige uitweidingen te vervallen. Wel biedt het boek eerder een studieboek en een «bepoold handboek», dan wel een «naslagwerk», zoals op het achterplat wordt vermeld. Verwijzingen naar rechtspraak of rechtsleer werden immers tot een minimum beperkt. Wel werd een beknopte literatuurlijst opgenomen. Tevens bevat het werk een «wetsartikelenregister» en een «trefwoordenregister». Ongetwijfeld een aanrader voor wie kennis wil maken met het Nederlandse jeugdstrafrecht.

Steven Van Overbeke

ERRATUM

Wegverkeer - Plaats op de openbare weg

Het op p. 158 van deze jaargang gepubliceerde cassatiearrest dat de kwestie van de plaats van de bestuurder op de openbare weg behandelt, is niet op 8, maar op 9 november 1995 gewezen.

MEDEDELINGEN

Debat: Recht, gerecht en samenleving

Naar aanleiding van de recente politieke beroering rond het gerecht zal op 30 november 1996 aan de K.U.B. een discussie worden gevoerd rond de volgende thema's:

- de taak van de rechter in een parlementaire democratie
- de scheiding van de machten
- de rol van niet-juridische (ethische, politieke, etc.) overtuigingen in het juridische beslissingsproces
- de interpretatievrijheid van de rechter

In het debat zullen de bovenstaande vragen aan de orde worden gesteld in een brede maatschappelijke context die de traditionele positivistische benadering van het recht overstijgt.

Voor inlichtingen kan men zich wenden tot Prof. dr. M. Van Hoecke, voorzitter van de Belgische (Sectie van de Internationale) Vereniging voor Rechtsfilosofie en decaan van de Rechtsfaculteit van de K.U.Brussel (02/412.43.45) of Prof. dr. L. Wintgens (02/412.42.58, fax 02/412.42.00).

Colloquium: Het proces in meervoud

Op 6 december 1996 organiseert het Interuniversitair Centrum voor Gerechtigheid Recht, onder het voorzitterschap van prof. dr. em. M. Storme, een colloquium met als titel «Het proces in meervoud».

Het colloquium richt zich tot praktijkjuristen.

Inlichtingen en inschrijvingen: Instituut voor Procesrecht, Universiteitsstraat 1 te 9000 Gent, tel. 09/264.69.32 en fax. 09/264.67.03.

Internationale studiedag: Fraude - aansprakelijkheid en remedies in de bankwereld.

Op 6 december 1996 organiseert de Europese Vereniging voor Bank - en Financieel Recht haar jaarlijkse internationale studiedag te Londen rond het onderwerp «Fraude - aansprakelijkheid en remedies in de bankwereld - een rechtsvergelijkende studie tussen de Common Law en het civiel recht».

Voor bijkomende inlichtingen kan U zich richten tot: mr. Christophe Steyaert, A. Reyerslaan, 103/30, te 1030 Brussel, tel. 02/732.16.10 - fax: 02/733.62.13.

Studiedag: Het tweede voorontwerp van de Commissie Strafprocesrecht

Op 13 december 1996 organiseert de Belgisch-Luxemburgse Unie voor Strafrecht een studiedag over het tweede voorontwerp van de Commissie Strafprocesrecht.

Inlichtingen en inschrijvingen: V.U.B., Faculteit Rechtsgeleerdheid, mevr. Rooselaers, tel. 02/629.26.44 en fax 02/629.26.62

Driejaarlijkse Prijs van het Antwerps Notariaat

Het Antwerps Notariaat schrijft voor de twaalfde maal zijn Driejaarlijkse Prijs uit, toe te kennen aan de auteur(s) van een onuitgegeven manuscript of een na 1 januari 1995 gepubliceerde verhandeling. De prijs bedraagt 150.000 BF.

Het werk moet:

- een grondige studie vormen;
- een oorspronkelijk karakter vertonen;
- bijdragen tot de ontwikkeling van de rechtswetenschap;
- van nut zijn voor het Belgisch notariaat;
- in het Nederlands opgesteld zijn.

De keuze van het onderwerp is vrij.

De werken moeten vóór 31 december 1997 in minstens drie exemplaren worden bezorgd aan de Kamer van Notarissen van het Arrondissement Antwerpen, Koningin Elisabethlei 10 te 2018 Antwerpen, waar men ook het volledige reglement kan bekomen.

BASISWETTEKSTEN INZAKE HET RECHT VAN DE INTELLECTUELE EIGENDOM

Hendrik VANHEES

ISBN 90-5095-002-7 – Omvang: 528 pag. – Prijs: 795,-BF

Versijnt einde november 1996

In dit wetboek worden een groot aantal basiswetteksten op het gebied van de intellectuele eigendom samengebracht (auteursrecht, octrooirecht, merkenrecht, tekeningen- en modellenrecht, de bescherming van topografieën van halfgeleiders, kwekersrecht, de bestrijding van namaak). Zowel internationale overeenkomsten (o.a. het TRIPS-akkoord, het Verdrag van Parijs tot bescherming van de industriële eigendom, de conventie van Bern voor de bescherming van letterkundige en kunstwerken) als Europese wetteksten (o.a. de verordening inzake het Gemeenschapsmerk, de richtlijn databanken) en Belgische wetgeving (o.a. de auteurswet, de octrooiwet, de Benelux Merkenwet, de Benelux Tekeningen- en modellenwet) werden opgenomen.

De materie is bijgewerkt tot 30 september 1996.

INTERSENTIA Uitgevers NV
Antwerpen - Groningen

Volhardingstraat 27 – 2020 Antwerpen
☎ 03/248.74.54 – Fax 03/248.83.82

VERSCHENEN

DE HERVORMING VAN HET VOORONDERZOEK IN STRAFZAKEN

**Moet het gerechtelijk onderzoek in zijn huidige vorm
gehandhaafd blijven?**

Bart De Smet

Omvang: ca. 480 pag. – ISBN 90-5095-001-9 – Prijs: 3.450,-BF

De hervorming van het strafrechtelijk vooronderzoek, een thema dat lang in de academische sfeer bleef hangen, is momenteel niet meer uit de actualiteit weg te denken. Steeds meer groeit het besef dat de diverse schakels van de strafvorderlijke keten niet optimaal zijn afgestemd en dat de strafvordering dringend structurele aanpassingen behoeft. Meermaals werd gepoogd de strafvordering te moderniseren, doch telkens ontbrak consensus over de opzet en de omkadering van het proces.

Het struikelblok op weg naar hervormingen blijkt vooral de rol van de onderzoekrechter te zijn. Terwijl sommigen het noodzakelijk achten de onderzoeksrechter als leider van het onderzoek te handhaven, pleiten anderen voor een geheel nieuwe structuur waarin de politie onder de controle staat van een rechter van het onderzoek. Deze magistraat zou dan niet meer gelast zijn met de leiding van een aantal dossiers, maar zou slechts mogen optreden als een partij hem daartoe uitdrukkelijk verzoekt.

In dit boek geeft Dr. Bart De Smet een overzicht van de argumenten pro en contra het gerechtelijk onderzoek en gaat hij na of deze onderzoeksvorm nodig is om een efficiënte en evenwichtige rechtshandhaving tot stand te brengen.

INHOUD

- Hoofdstuk I. Inleidende beschouwingen.
- Hoofdstuk II. Het vooronderzoek in strafzaken vanuit een rechtshistorisch perspectief.
- Hoofdstuk III. Het vooronderzoek in België en de rol van de onderzoeksrechter: de theorie van het wetboek van strafvordering (1808) versus de praktijk van de strafrechtspleging.
- Hoofdstuk IV. Het vooronderzoek in strafzaken vanuit een rechtsvergelijkend perspectief.
- Hoofdstuk V. Voorstellen tot hervorming van het gerechtelijk onderzoek.

INTERSENTIA Uitgevers NV
Antwerpen - Groningen

Volhardingstraat 27 – 2020 Antwerpen
☎ 03/248.74.54 – Fax 03/248.83.82