

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

A. De Wilde, Kroniek van rechtspraak gerechtelijk akkoord en faillissement 585

Rechtspraak

Grondwet – Gelijkheid en niet-discriminatie – **Raad van State** – Memories van verzoekende partij – Termijn – Niet-nakoming – Verlies van belang
Arbitragehof 15 juli 1999 600

Onrechtmatige daad – **Schade en schadeloosstelling** – 1. Inkomstenverlies – Tijdelijke arbeidsongeschiktheid – Bruto-inkomsten verminderd met mutualiteitsuitkeringen – Onwettig – 2. Vaststelling van de schade – Ex aequo et bono – Benadeelde die weigert de gegevens bij te brengen waarover hij beschikt en waardoor de schade kan worden vastgesteld – 3. Economisch waardeverlies van de huisvrouw – Kapitalisatie – Berekening op de waarde van het gekapitaliseerde verlies gedurende één dag – Onwettig
Cass. 9 oktober 1997 602

Hof van assisen – 1. Beraadslaging – 2. Getuige – Burgerlijke partij – Ondervraging onder eed
Cass. 9 februari 1999 (met noot van A. Vandeplas, «Over de beraadslaging van de jury») 604

Milieu – Oppervlaktewateren – Bijdrageplicht – Onmogelijkheid van tijdige aangifte – Retroactieve verordening – Ambtshalve vaststelling van de bijdrage – Onwettig
Cass. 12 februari 1999 (met noot van D. Degreef, «Retroactiviteit van wetbepalingen in conflict met de jurisdictionele waarborgen van de rechtzoekende: een toepassing inzake milieurecht») 605

Huwelijksvermogensrecht – Wijziging van stelsel – Homologatie – Vordering tot nietigverklaring van akten in het raam van een wijziging van het huwelijksvermogensstelsel opgesteld
Hof Antwerpen 20 april 1998 607

1. Pacht – Recht van voorkoop – Overdracht van recht van voorkoop – Overeenkomst tussen pachter en overnemer van recht van voorkoop tot minnelijke beëindiging van de pacht onder opschortende voorwaarde van definitieve toewijzing van het verpachte goed aan de overnemer – Retroactieve werking van vervulling van de voorwaarde – Verlies van recht van voorkoop – Doel van overdracht van recht van voorkoop vreemd aan Pachtwet – Misbruik van recht – **2. Misbruik van recht** – Sanctie – Herstel in natura – Indeplaatsstelling – Belangenafweging – Enkel rechtmatige belangen in rekening te brengen
Hof Brussel 15 juli 1998 608

1. Huiszoeking – Heterdaad – Aanhorigheden – **2. Weerspanningheid** – Onwettige huiszoeking – Klaarblijkelijke onwettigheid
Hof Antwerpen 30 oktober 1998 (met noot van P. Arnou, «Boswachters, zoeking in aanhorigheden en weerspanningheid») 611

1. Bevoegdheid en aanleg – Territoriale bevoegdheid – Internationale rechtsmacht – EEX-verdrag – Kort geding – **2. Internationaal privaatrecht** – Vennootschappen – Buitenlandse vennootschap – Optreden in rechte – Toepasselijke

wet – **3. Borgtocht en garantie** – Bankgarantie op eerste verzoek – Betwisting van de rechtmatigheid van de afroeping – Bevoegdheid van de voorzitter in kort geding
Kh. Hasselt 2 oktober 1998 614

Onrechtmatige overheidsdaad – Wetgevend optreden – Vertrouwens- en zekerheidsbeginsel – Retroactiviteit van de wet – In strijd met het EG-verdrag uitgevaardigde steunmaatregelen
Rb. Brussel 11 mei 1999 (met noot) 616

1. Wegen – Buurtweg – Inschrijving Atlas der Buurtwegen – Rechtsgevolg – Titel voor tien- of twintigjarige verjaring – Eigendomsvermoeden ten voordele van de gemeente – Voorwaarde – Publiek gebruik voor doorgaand verkeer – **2. Mede-eigendom** – Exploitatieweg – Gebruik volgens bestemming, rekening houdende met de normale ontwikkeling en wijziging van de bestemming
Vred. Wervik 5 mei 1998 (met noot) 619

1. Mede-eigendom – Exploitatieweg – Vereiste van mede-eigendom van erf waar exploitatieweg begint – **2. Bevoegdheid en aanleg** – Materiële bevoegdheid – Vrederechter – Bij tegeneis ingestelde eigendomsvordering – **3. Eigendom** – Eigendomsvordering – Vereiste eigenaar te zijn van het goed waarvan men de teruggave vordert
Vred. Wervik 22 september 1998 (met noot) 621

Rechtspraak in kort bestek

Burgerlijke rechtspleging – Afstand van rechtsvordering – Belastingzaken – Uitputting van rechtsmacht
Cass. 23 februari 1998 622

Algemene rechtsbeginselen – Autonomie van de procespartijen – Oorzaak van de vordering – Recht van verdediging
Cass. 19 juni 1998 622

Werkloosheid – Recht op uitkeringen – Afwezigheid van toekenningsvoorwaarden – Ontzegging van uitkeringen – Ingangsdatum – Datum van aanvraag of datum waarop ontstentenis van toekenningsvoorwaarden blijkt
Cass. 7 september 1998 622

Beslag en executie – Uitvoerbare titel – Overdracht van schuldvordering – Nevenrecht
Hof Antwerpen 5 mei 1998 (met noot) 623

Boeken

P.T.C. Van Kampen, Expert evidence compared. Rules and practices in the Dutch and American Criminal Justice system (door B. De Smet) 623

M. Schreuder-Vlasblom, De algemene wet bestuursrecht. Het bestuursprocesrecht (door M. van Damme) 623

J.M. Smits, Dwaling en niet-nakoming bij overeenkomsten: parallellen en verschillen (door S. Denoo) 624

Mededelingen

Doctoraat Rechten - K.U.Leuven 624

Fernand Collin-prijs 2000 624

Drugsbeleid 624

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

Opgericht in 1931.

Hoofdredacteurs: René Victor (1931-1984), Edgar Boonen (1984-1993), Camiel Caenepeel (1993-1998)

VERSCHIJNT IEDERE WEEK VAN SEPTEMBER TOT JUNI

Redactie: A. Van Oevelen (hoofdredacteur),
E. Dirix, J. Laenens, J.R. Rauws,
M. van Damme, A. Vandeplas

Redactiesecretaris: Mevr. C. Meeusen

Redactieadres: V.Z.W. Rechtskundig Weekblad
Mechelsesteenweg 210 bus 6
2018 Antwerpen
(redactiesecretariaat bereikbaar
van 9 tot 12 uur)
Tel. 03/248.49.84
Fax 03/248.08.70

Vaste medewerkers:

A. Alen
F. Aps
R. Boes
Gh. Dhaeyer
J. Erauw
M. Gelders
P. Humblet
W. Lambrechts
R. Leysen
J. Meeusen
H. Nys
I. Opdebeek
W. Pintens
W. Rauws
D. Simoens
G. Suetens-Bourgeois
H. Vanhees
S. Van Overbeke
J. Wouters

Abonnementen, advertenties: N.V. INTERSENTIA, Churchilllaan 108, 2900 Schoten
tel.: 03/680.15.50 - fax: 03/658.71.21
Abonnementsprijs: 4.550 f., voor studenten 2.950 f..

LAFILI, VAN CROMBRUGGHE & PARTNERS

Kardinaal Mercierlei 44

2600 Berchem

tel.: 03/281.11.20 - fax: 03/239.26.40

zoekt met spoed

Advocaat-medewerker/stagair

goed drielig Nederlands - Frans - Engels
goede kennis van arbeidsrecht is een pluspunt
minimum 2 jaar balie

C.V. ter attentie van Jan Swinnen

KRONIEK VAN RECHTSPRAAK

GERECHTELIJK AKKOORD EN FAILLISSEMENT¹

I. INLEIDING

1. Op 1 januari 1998 traden de nieuwe faillissementswet (Faill.W.) en de wet op het gerechtelijk akkoord (W.G.A.) in werking. Binnen deze korte tijdspanne gaven beide wetten reeds aanleiding tot heel wat gepubliceerde rechtspraak. Hierin kwamen diverse knelpunten aan het licht en tekenden zich reeds bepaalde tendensen af. Het is dan ook zinvol om nu reeds van deze ontwikkelingen een overzicht te geven.

Deze kroniek is evenwel niet exhaustief. Niet heel het insolventierecht komt aan bod, maar enkel de vonnissen en arresten die toepassing maken van de nieuwe bepalingen. In dit overzicht worden tevens de diverse uitvoeringsbesluiten die inmiddels het licht zagen, besproken. Voorts wordt melding gemaakt van de parlementaire vragen die nopens de toepassing van de nieuwe wetten werden gesteld. Waar nuttig wordt ook de rechtsleer in het overzicht betrokken.

II. GERECHTELIJK AKKOORD²

A. Gronden voor het toekennen van gerechtelijk akkoord³

2. Heel wat rechtspraak werd reeds gepubliceerd inzake de toelatingsvoorwaarden tot de procedure van het gerechtelijk akkoord.

telijk akkoord. De handelaar die tot de akkoordprocedure wenst te worden toegelaten, moet voldoen aan de voorwaarden vermeld in art. 9 en art. 15, § 1, eerste lid W.G.A.⁴ Rekening houdende met de draagwijdte van de beslissing van de rechtbank, namelijk de voorlopige opschorting voor een periode van maximum negen maanden en een algemeen moratorium, gaat de rechtbank zorgvuldig na of deze cumulatieve voorwaarden zijn vervuld. Dit onderzoek moet volgens de rechtspraak zeer grondig gebeuren en is niet beperkt tot een «prima facie»-beoordeling. De «voorlopige» beoordeling, waarvan sprake is in art. 15, § 1, W.G.A., staat in geen geval voor een oppervlakkige beoordeling.⁵

1° Het gerechtelijk akkoord kan aan de schuldenaar worden toegekend indien hij tijdelijk zijn schulden niet kan voldoen of indien de continuïteit van zijn onderneming wordt bedreigd door moeilijkheden die op min of meer korte termijn kunnen leiden tot het ophouden van betalen (art. 9, § 1, W.G.A.).

3. De Rechtbank van Koophandel te Gent nam bij de beoordeling van deze voorwaarde volgende feiten in overweging: ten gevolge van een aantal financiële tegenslagen veroorzaakt door niet correct handelen van derden, kreeg de schuldenaar af te rekenen met liquiditeitsproblemen; door deze liquiditeitsproblemen konden de R.S.Z. en B.T.W.-administratie niet tijdig en volledig worden betaald, wat leidde tot het aanrekenen van bijdrageopslagen en interesten, waardoor de financiële problemen toenamen. De R.S.Z. is overgegaan tot dagvaarding van de schuldenaar, teneinde het faillissement te horen uitspreken. Uit deze elementen blijkt dat de continuïteit van de onderneming wordt bedreigd door moeilijkheden die op min of meer korte termijn kunnen leiden tot het ophouden van betalen.⁶ Ook de Rechtbank van Koophandel te Turnhout hield rekening met het handelen van derden bij de beoordeling van de liquiditeitsproblemen van de onderneming: een aanzienlijk verlies werd veroorzaakt door de eenzijdige beëindiging van een franchise-overeenkomst. Hierdoor werd de schuldenaar genoodzaakt zwaar te investeren in andere equivalente technieken. Door deze investeringen en de maandelijkse hypotheecaire aflossingen ontstond een betalingsachterstand t.o.v. de R.S.Z. en inzake de bedrijfsvoorheffing. De schuldenaar ging niet over tot gedwongen ontslag, waardoor de sociale lasten hadden kunnen worden verminderd. De verkoop van een onroerend goed van de schuldenaar leverde een heel gunstige prijs op, waardoor de schulden aan de leveranciers konden worden aangezuiverd. N.a.v. de daling van het netto-actief

singsvoorwaarden van het faillissement en het gerechtelijk akkoord», in *Faillissement & Gerechtelijk Akkoord: Het nieuwe recht*, Antwerpen, Kluwer, 1998, 89-93, nrs. 12 - 19; A. ZENNER, *o.c.* 859-879, nrs. 1208 - 1227.

⁴ M. TISON, *l.c.*, R.W. 1997-98, 387, nr. 42.

⁵ Kh. Gent 19 juni 1998, R.W. 1998-99, 505.

⁶ Kh. Gent 7 mei 1998, R.W. 1998-99, 340.

¹ Zie hierover: H. BRAECKMANS, E. DIRIX en E. WYMEERSCH (red.) *Faillissement & Gerechtelijk Akkoord: Het nieuwe recht*, Antwerpen, Kluwer, 1998, 549 p.; Y. BRULARD en P. DEMOLIN, *La restructuration des entreprises en difficulté (au regard des nouvelles lois du 17 juillet et 8 août 1997)*, Diegem, Ced. Samson, 1998, 690 p.; K. BYTTEBIER en R.R. FELTKAMP, *Faillissement en gerechtelijk akkoord*, Antwerpen, Maklu, 1998, 332 p.; H. COUSY en E. DIRIX, «Continuïteit van de onderneming in moeilijkheden», *T.P.R.* 1998, 1199-1252; E. CUSAS en J.-P. RENARD, *Le nouveau droit du concordat et de la faillite*, Diegem, Kluwer, 1997, 198 p.; J. DAUWE, L. DE DECKER, e.a., *Commentaar bij de nieuwe wet op het faillissement van 8 augustus 1997*, Diegem, Ced. Samson, 1998, 368 p.; P. GERARD, J. WINDEY en M. GREGOIRE, *Le concordat judiciaire et la faillite. Lois des 17 juillet et 8 août 1997*, Brussel, Larcier, 1998, 221 p.; E. VAN CAMP, *De nieuwe faillissementswet*, Antwerpen, Kluwer, 1997, 409 p.; I. VEROUGSTRATE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Diegem, Kluwer, 1998, 663 p.; A. ZENNER, *Dépistages, faillites en concordats*, Brussel, Larcier, 1998, 1184 p.; *La faillite et le concordat en droit positif belge après la réforme de 1997*, COMMISSION DES AFFAIRES (Ed.), Ed. Collections Scientifiques de la Faculté de Droit de Liège, Luik, 1998, 811 p.

² E. BALLON, J. DE LEENHEER, M. DENEFF en M.D. DESIMPELAERE, *De nieuwe wet op het gerechtelijk akkoord*, Diegem, Ced. Samson, 1997, 359 p.; Ph. COLLE, «De nieuwe wetgeving betreffende het gerechtelijk akkoord», *T.B.H.* 1998, 71-80; Ph. COLLE, «De nieuwe wetgeving betreffende het gerechtelijk akkoord» in *Faillissement en gerechtelijk akkoord*, Antwerpen, Maklu, 1998, 197-241; K. SWARTELÉ, «Het hervormd gerechtelijk akkoord», *Jura Falc.* 1997-98, 167-207.

³ Zie hierover: M. DENEFF, «Toepassingsvoorwaarden» in *De nieuwe wet op het gerechtelijk akkoord*, E. BALLON, J. DE LEENHEER, M. DENEFF en M.D. DESIMPELAERE, Diegem, Ced. Samson, 1997, 79-96; M. TISON, «Depistage en gerechtelijk akkoord na de wet van 17 juli 1997», *R.W.* 1997-98, 377-395 (eerste deel), nrs. 42 - 51; I. VEROUGSTRATE, *o.c.*, 45-48, nrs. 39 - 45; E. WYMEERSCH, «De toepas-

beneden de helft van het maatschappelijk kapitaal, was er een buitengewone algemene vergadering bijeengeroepen (toepassing van art. 130 Venn.W.), die besliste tot de voortzetting van de onderneming.⁷ Uit deze gegevens leidt de rechtbank af dat de continuïteit van de onderneming in het gevaar dreigt te komen.⁸

De toekenningsvoorwaarde van art. 9, § 1, W.G.A. is niet vervuld wanneer de onderneming reeds kort na haar oprichting beheers- en betalingsmoeilijkheden ondervindt. Dit is evenmin het geval wanneer er sprake is van een verlies dat hoger is dan het geplaatste kapitaal, zodat de onderneming niet langer over eigen middelen beschikt, het financieel plan niet ernstig is opgevat, het personeel sinds één maand niet meer is betaald, niettegenstaande de aanwerving van een nieuwe kracht met een zeer hoog loon, hetgeen volgens de rechtbank wijst op de incoherentie van het beheer.⁹ Andere vonnissen beperken zich tot een summier motivering van de afwezigheid van tijdelijke betalingsmoeilijkheden, door te verwijzen naar de ingediende stukken van de schuldenaar.¹⁰

De rechtspraak houdt sterk de hand aan de voorwaarde dat de betalingsmoeilijkheden enkel *tijdelijk* mogen zijn, zodat de onderneming nog daadwerkelijke overlevingskansen heeft. Wanneer het voorgestelde afbetalingsplan zich uitstrekt over een termijn die langer is dan de termijn waarvoor een gerechtelijk akkoord kan worden toegekend, is de onmogelijkheid tot betaling van de schulden niet meer tijdelijk en kan de vordering niet worden toegelaten.¹¹

2° Het akkoord kan alleen worden toegestaan indien de financiële toestand van de onderneming kan worden gesaneerd en het economisch herstel ervan mogelijk lijkt. De te verwachten rentabiliteit dient de mogelijkheid van een financieel herstel van de onderneming aan te tonen (art. 9, § 2, W.G.A.).

4. De tweede voorwaarde voor de toelating tot de procedure is dat de onderneming nog reële reddingskansen heeft. Met het oog op de beoordeling van deze voorwaarde moet de schuldenaar bij zijn akkoordaanvraag een boekhoudkundige simulatie voor ten minste de zes komende maanden overleggen (art. 11, § 1, 2°, tweede lid, W.G.A.). In een gegeven geval oordeelde de Rechtbank van Koophandel te Turnhout dat de mogelijkheid tot economisch herstel blijkt uit een bijkomend investeringskrediet dat zal worden verleend na het verkrijgen van een regeling met het R.S.Z. en de mogelijkheid om een factoringovereenkomst te sluiten en de aanwezigheid van voldoende middelen om gedurende de komende zes maanden de lopende interesten af te beta-

len.¹² Aan de wettelijke voorwaarde is ook voldaan indien uit de voorgelegde boekhoudkundige simulatie blijkt dat de onderneming nog in staat is haar activiteiten voort te zetten en gedurende de komende zes maanden in te staan voor de financiering van de noodzakelijke exploitatiekosten. De continuïteit kan derhalve tijdens deze periode volledig worden gehandhaafd en de onderneming zal zelfs, weliswaar in geringe mate, een liquiditeitsoverschot kunnen genereren. Bovendien toont een recent V.I.Z.O.-rapport aan dat de onderneming nog toekomstperspectieven biedt, indien ze de bestaande korte termijnschulden wegwerkt en een efficiënt kostenbeheer voert. Met uitzondering van de R.S.Z. heeft de schuldenaar het vertrouwen van alle schuldeisers weten te behouden. Rekening houdende met de te verwachten rentabiliteit en de mogelijke resultaten van een heroriëntering of herstructurering, zijn een sanering van de financiële toestand en een economisch herstel nog mogelijk.¹³ In een ander geval werd geoordeeld dat aan de voorwaarde van art. 9 W.G.A. is voldaan indien het voorstel van de schuldenaar een heroriëntering bevat, waardoor een economisch herstel mogelijk lijkt en geschraagd wordt door een cash-flow-prognose m.b.t. de te verwachten rentabiliteit.¹⁴

De Rechtbank van Koophandel te Antwerpen kende aan een vennootschap de voorlopige opschorting toe onder de voorwaarde dat binnen vier maanden werd overgegaan tot een effectieve en toereikende kapitaalsverhoging wegens de totale aantasting van het eigen vermogen van de verzoeker.¹⁵

De schuldenaar kan niet worden toegelaten tot de akkoordprocedure indien de voorstellen tot herstructurering van de onderneming niet realistisch en ernstig zijn. Dit is het geval wanneer de voorstellen zich beperken tot een vage bespreking van de eventuele verhoging van het kapitaal en een eventueel nieuw bankkrediet.¹⁶

3° Indien voldaan is aan de voorwaarden van art. 9, en er geen sprake is van kennelijke kwade trouw en de rechtbank op grond van een voorlopige beoordeling oordeelt dat de continuïteit van de onderneming geheel of gedeeltelijk kan worden gehandhaafd, kent deze een voorlopige opschorting van betaling toe voor een observatieperiode die niet langer mag zijn dan zes maanden (art. 15, § 1, eerste lid, W.G.A.).

5. Art. 9 W.G.A. houdt inzake de voorwaarden voor de verkrijging van een gerechtelijk akkoord geen verwijzing in naar enig subjectief element t.a.v. de schuldenaar. Art. 15 W.G.A. doet dit wel op onrechtstreekse wijze: de rechter mag de voorlopige opschorting slechts toestaan wanneer er geen sprake is van kennelijke kwade trouw.¹⁷

⁷ Omdat de rechtbank ook andere elementen in overweging neemt bij de beoordeling van de toepassingsvoorwaarden, is er in art. 9, § 1, tweede lid, W.G.A. geen sprake van een onweerlegbaar vermoeden. Er bestaat geen eensgezindheid in de rechtsleer omtrent het antwoord op de vraag of het hier gaat om een weerlegbaar of onweerlegbaar vermoeden: M. TISON, *l.c.*, R.W. 1997-98, 388, nr. 44; E. WUMEERSCH, *l.c.*, in *Faillissement & Gerechtelijk Akkoord: Het nieuwe recht*, Antwerpen, Kluwer, 1998, 89-93, nr. 18.

⁸ Kh. Turnhout 24 november 1998, R.W. 1998-99, 1149.

⁹ Kh. Nijvel 4 februari 1998, J.L.M.B. 1998, 613.

¹⁰ Kh. Nijvel 29 januari 1998, J.L.M.B. 1998, 611.

¹¹ Kh. Hasselt 26 februari 1998, R.W. 1998-99, 1082.

¹² Kh. Turnhout 24 november 1998, R.W. 1998-99, 1149.

¹³ Kh. Gent 7 mei 1998, R.W. 1998-99, 340.

¹⁴ Kh. Gent 19 juni 1998, R.W. 1998-99, 505.

¹⁵ Kh. Antwerpen 6 april 1999, *onuitg.*

¹⁶ Kh. Nijvel 4 februari 1998, J.L.M.B. 1998, 613. Bovendien was er geen enkele mogelijkheid tot financieel herstel. Sinds de oprichting had de onderneming immers gemiddeld één miljoen per maand verlies geleden.

¹⁷ M. TISON, *l.c.*, R.W. 1997-98, 389, nr. 48. De afwezigheid van kennelijke kwade trouw vervangt de voorwaarde van «ongelukkig en te goeder trouw» uit het Regentsbesluit.

Deze voorwaarde raakt de openbare orde. De rechter kan de voorlopige opschorting echter toestaan, niettegenstaande de aanwezigheid van kennelijke kwade trouw van een verantwoordelijke binnen een onderneming, voor zover er voldoende waarborgen zijn dat deze verantwoordelijke uit het bestuur wordt verwijderd (art. 15, § 3, W.G.A.).

6. De gepubliceerde rechtspraak beperkt zich meestal tot de vaststelling dat er geen aanwijzingen zijn van kwade trouw¹⁸ of onderwerpt het verzoekschrift niet uitdrukkelijk aan een onderzoek van de afwezigheid van kennelijke kwade trouw.¹⁹

Via de beoordeling van de moraliteit van de schuldenaar wil de wetgever verhinderen dat manifest kwaadwillige ondernemers de akkoordprocedure misbruiken om aan het verhaal van hun schuldeisers te ontkomen.²⁰ In die zin weigerde de Rechtbank van Koophandel te Hasselt de toelating tot het gerechtelijk akkoord, (o.m.) omdat de akkoordprocedure werd misbruikt om reeds aangevangen gedwongen tenuitvoerleggingen te blokkeren. Het verzoekschrift werd immers ingediend twee dagen voordat een verkoop was gepland op verzoek van twee schuldeisers.²¹

B. Inleiding van de procedure²²

1° Verzoekschrift

7. De schuldenaar die een gerechtelijk akkoord aanvraagt, richt hiertoe een verzoekschrift tot de rechtbank van koophandel. Bij dagvaarding kan de procedure ook worden ingeleid door de procureur des Konings. In dat geval wordt de schuldenaar gehoord door de rechtbank in raadkamer (art. 11 W.G.A.). De wet geeft een opsomming van de stukken die bij het verzoekschrift moeten worden gevoegd (Art. 11, § 1, W.G.A.). Het betreft hier o.a. een boekhoudkundige staat van het vermogen van de schuldenaar en een resultatenrekening, alsmede een simulatie van het boekhoudkundig verloop voor ten minste zes maanden; een lijst van schuldeisers; de voorstellen van de schuldenaar met het oog op de herstructurering van de onderneming of ter voldoening van de schuldeisers. Aan dit verzoekschrift moet tevens de beslissing worden gehecht van het bevoegde orgaan om de vennootschap extern te vertegenwoordigen.²³ De gegevens dienen op straffe van onontvankelijkheid bij het verzoekschrift te worden gevoegd.²⁴ Hoewel de voorstellen van gerechtelijk akkoord pas later in de procedure de basis vormen voor

het opstellen van het herstelplan, worden zij toch reeds gevoegd bij het verzoekschrift. Uit deze voorstellen blijkt immers of de onderneming de nodige middelen heeft om gedurende de observatieperiode de voortzetting van de onderneming te financieren. Bij de beoordeling van de toelating tot de akkoord-procedure houdt de rechtbank, hoewel dit niet uitdrukkelijk in de wet is bepaald, ook rekening met de mogelijkheid om de periode van voorlopige opschorting te financieren.²⁵

2° Rechtspleging voor de rechtbank en de uitspraak

8. Op de vastgestelde rechtsdag hoort de rechtbank de schuldenaar, het openbaar ministerie en, in voorkomend geval, de commissaris-revisor. Tevens wordt elke schuldeiser die hierom verzoekt, gehoord (art. 13, eerste lid, W.G.A.). Aan dit recht van de schuldeisers om te worden gehoord door de rechtbank die zich moet uitspreken over de akkoord-aanvraag van de schuldenaar, is door de wetgever geen enkele beperking verbonden. Het principe van de wapengelijkheid vereist dat de schuldeiser een redelijke mogelijkheid wordt geboden om zijn opmerkingen te formuleren in omstandigheden die hem niet in een duidelijke benadeling t.o.v. de schuldenaar brengen. De mogelijkheid om tegenspraak te voeren betekent echter niet dat de schuldeiser partij wordt in het vonnis dat de voorlopige opschorting toestaat of afwijst. De schuldeiser kan bijgevolg geen conclusies neerleggen. Hij kan echter wel een noot of stukken neerleggen ter ondersteuning van de opmerkingen die hij ter zitting formuleert.²⁶

9. Wanneer de procedure wordt ingeleid door de procureur des Konings, verloopt de rechtspleging in raadkamer (art. 11, § 2, laatste lid, W.G.A.). Indien de schuldenaar het initiatief heeft genomen tot het gerechtelijk akkoord, legt de wet geen behandeling van het verzoekschrift in raadkamer op. In principe zou de behandeling bijgevolg in openbare terechtzitting moeten plaatsvinden. Het gaat hier klaarblijkelijk om een vergetelheid van de wetgever, omdat het de bedoeling was om de beginfase van de procedure met de nodige discretie voor de schuldenaar te omgeven.²⁷ Om die reden werd geoordeeld dat, ongeacht of het initiatief uitgaat van de schuldenaar of van de procureur des Konings, de rechtbank de schuldenaar en het openbaar ministerie in raadkamer hoort, terwijl het vonnis in openbare terechtzitting wordt uitgesproken.²⁸

3° Verbindingen tussen de procedures van het gerechtelijk akkoord en het faillissement.²⁹

10. De W.G.A. bevat verschillende ceasuren waar een overgang van de procedure van faillissement naar gerechtelijk akkoord mogelijk is. Hoewel er conceptueel een duidelijke afbakening is tussen de situaties van faillissement en van gerechtelijk akkoord, is het niet onrealistisch dat een onder-

¹⁸ Kh. Nijvel 29 januari 1998, *J.L.M.B.* 1998, 611; Kh. Gent 7 mei 1998, *R.W.* 1998-99, 340; Kh. Turnhout 24 november 1998, *R.W.* 1998-99, 1149.

¹⁹ Kh. Nijvel 4 februari 1998, *J.L.M.B.* 1998, 613; Kh. Gent 19 juni 1998, *R.W.* 1998-99, 505.

²⁰ Zie onder meer Verslag Vandeuren I, *Parl.St.* Kamer, 1991-92, nr. 631/13, p. 105, 170-171, 204; Verslag Vandeuren II, *Parl.St.* Kamer, 1995-96, nr. 329/17, p. 21; Amendement nr. 10 (De Clerck c.s.), *Parl.St.* Kamer, 1991-92, nr. 1406/3, p. 7; Verslag Hatry, *Parl.St.* Senaat, 1996-97, nr. 1-498/11, p. 61-62.

²¹ Kh. Hasselt 26 februari 1998, *R.W.* 1998-99, 1082.

²² M. TISON, *l.c.*, *R.W.* 1997-98, 390-395, nrs. 52 - 70; I. VEROUGSTRATE, *o.c.*, 67-77, nrs. 85 - 108.

²³ Kh. Hasselt 5 augustus 1998, *T.B.H.* 1999, 200 en de verwijzingen aldaar.

²⁴ Kh. Hasselt 5 augustus 1998, *T.B.H.* 1999, 200.

²⁵ Kh. Hasselt 5 augustus 1998, *T.B.H.* 1999, 200.

²⁶ Kh. Brussel 4 juni 1998, *T.B.H.* 1999, 197.

²⁷ M. TISON, *l.c.*, *R.W.* 1997-98, 395, nr. 68.

²⁸ Kh. Hasselt 5 augustus 1998, *T.B.H.* 1999, 200.

²⁹ I. VEROUGSTRATE, *o.c.*, 215-216, nrs. 316 - 319; A. ZENNER, *o.c.*, 1010-1017, nrs. 1432 - 1437.

neming gedurende het gerechtelijk akkoord alsnog evolueert naar discontinuïteit en belandt in een faillissements situatie. De wetgever is ervan uitgegaan dat de onderneming in deze hypothese zo spoedig mogelijk uit de markt moet worden gehaald en vereffend.³⁰

11. De gepubliceerde rechtspraak behandelt voornamelijk de faillissementsverklaring indien de schuldenaar niet voldoet aan de voorwaarden om te worden toegelaten tot de procedure van het gerechtelijk akkoord.³¹ De rechtbank kan, indien de akkoordaanvraag wordt verworpen, in hetzelfde vonnis het faillissement van de schuldenaar uitspreken na hem in het bijzonder te hebben gehoord over de faillissementsvoorwaarden (art. 15, § 2, W.G.A.). Na het horen van de schuldenaar zal de rechtbank van koophandel vaststellen dat de voorwaarden van het faillissement, m.n. op duurzame wijze zijn betalingen hebben gestaakt en het geschokt krediet (art. 1 Faill. W.), voldaan zijn.³² Een eventuele toepassing van art. 15, § 2, W.G.A. verklaart ook waarom de rechter op een grondige wijze een analyse moet doorvoeren van de ingediende voorstellen en zich niet mag beperken tot een «prima facie»-beoordeling (*supra*, nr. 1).³³

Ook in de fase van de niet-toekenning van de definitieve opschorting kan de rechtbank in hetzelfde vonnis het faillissement van de schuldenaar uitspreken (art. 33 W.G.A.).³⁴

12. Art. 12 W.G.A. verleent aan de procedure van gerechtelijk akkoord voorrang boven parallelle procedures die de vereffening van de onderneming beogen: zolang de rechtbank geen uitspraak heeft gedaan over een ingediende akkoordaanvraag, kan de koopman niet worden failliet verklaard of, indien het een vennootschap betreft, niet worden ontbonden.³⁵ Dit betekent echter niet dat de rechtbank het faillissement op dagvaarding van de schuldeiser slechts kan uitspreken nadat het vonnis dat het verzoek tot gerechtelijk akkoord verwerpt, in kracht van gewijsde is gegaan. Hierdoor zou een eventuele faillissementsverklaring lange tijd worden uitgesteld ten nadele van de schuldeisers. Bovendien zijn alle beslissingen van de rechtbank van koophandel uitvoerbaar bij voorraad (art. 3 W.G.A.).³⁶

C. De voorlopige opschorting

1° Vonnis van voorlopige opschorting

13. Het vonnis van voorlopige opschorting doet de observatieperiode ingaan, die de mogelijkheid moet bieden tot het uitwerken van een herstel- en betalingsplan in overleg met de schuldeisers, met het oog op de goedkeuring ervan. De rechtbank bepaalt de duur van de observatieperiode, die niet

langer mag zijn dan zes maanden (art. 15, § 1, W.G.A.), in het vonnis dat de voorlopige opschorting toestaat.³⁷ Bij de bepaling van de duur van de observatieperiode zal de rechter rekening houden met o.m. de mate waarin het herstelplan nog moet worden verfijnd en met de mogelijkheid om de stemming over het herstelplan, in het belang van de schuldeisers, zo vlug mogelijk te houden.³⁸ Een vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Nijvel bepaalde geen expliciete termijn voor de observatieperiode, maar enkel dat de observatieperiode ten laatste een einde zal nemen op de dag waarop uitspraak wordt gedaan over de definitieve opschorting.³⁹

Deze termijn kan éénmaal worden verlengd met maximum drie maanden, op verzoek van de commissaris inzake opschorting, de schuldenaar, het openbaar ministerie of ambtshalve door de rechtbank (art. 23 W.G.A.).⁴⁰ Deze verlenging wordt gevraagd bij verzoekschrift.⁴¹ Een verlenging is bijvoorbeeld mogelijk, indien - rekening houdende met de complexiteit van het dossier en het bestaan van nog enkele geschilpunten - er nog geen precieze voorstellen tot gerechtelijk akkoord zijn geformuleerd en indien de procedure vertraging heeft opgelopen door de houding van de hypothecaire schuldeiser.⁴² De minister van Justitie antwoordde op een parlementaire vraag terzake dat de verlenging slechts om gewichtige redenen kan worden toegekend en dus eerder uitzonderlijk dient te blijven. Vooral grote bedrijven komen in aanmerking voor een verlenging van de observatieperiode.⁴³

2° Gevolgen voor de persoon van de schuldenaar; bijstand door de commissaris inzake opschorting

a) Handelings(on)bekwaamheid van de schuldenaar

14. In principe behoudt de schuldenaar de volledige handelingsbekwaamheid. Bij wege van uitzondering kan de rechtbank in het vonnis dat de voorlopige opschorting toestaat, bepalen dat de schuldenaar geen daden van bestuur of beschikking mag stellen zonder machtiging van de commissaris inzake opschorting (art. 15, § 1, derde lid W.G.A.). De machtigingsbevoegdheid kan op het geheel van de daden van bestuur of beschikking, dan wel op bepaalde handelingen hiervan slaan.⁴⁴ De miskennis van de machtigingsverplichting tast de rechtsgeldigheid van de handeling *inter partes*

³⁰ M. TISON, «Verloop en afwikkeling van het gerechtelijk akkoord en het faillissement» in *Faillissement & Gerechtelijk Akkoord: Het nieuwe recht*, Antwerpen, Kluwer, 1998, 59, nr. 68.

³¹ Kh. Nijvel 4 februari 1998, *J.L.M.B.* 1998, 613; Kh. Gent 15 april 1998, *R.W.* 1998-99, 236; Kh. Brussel 6 juli 1998, *T.B.H.* 1999, 199.

³² Kh. Hasselt 26 februari 1998, *R.W.* 1998-99, 1082.

³³ Kh. Gent 19 juni 1998, *R.W.* 1998-99, 505.

³⁴ Voor een toepassingsgeval: Kh. Namen 5 november 1998, *J.L.M.B.* 1999, 1000.

³⁵ Cf. M. TISON, *l.c.*, *R.W.* 1997-98, 394, nrs. 64-66.

³⁶ Kh. Brussel 6 juli 1998, *T.B.H.* 1999, 199.

³⁷ Bv.: twee maanden: Kh. Gent 23 oktober 1998, *R.W.* 1998-99, 1286; Kh. Gent 19 juni 1998, *R.W.* 1998-99, 505; Kh. Hoei 24 april 1998, *Bank Fin.* 1998, 512; vier maanden: Kh. Gent 7 mei 1998, *R.W.* 1998-99, 340; Kh. Antwerpen 16 juni 1998, *R.W.* 1998-99, 227, *T.B.H.* 1999, 179; vier en een halve maand: Kh. Luik 29 juni 1998, *J.L.M.B.* 1998, 1479, *T.R.V.* 1998, 452, *Bank Fin.* 1998, 519; zes maanden: Luik 15 september 1998, *Bank Fin.* 1998, 525.

³⁸ Kh. Gent 19 juni 1998, *R.W.* 1998-99, 505.

³⁹ Kh. Nijvel 29 januari 1998, *J.L.M.B.* 1998, 611.

⁴⁰ Bv.: Kh. Nijvel 2 november 1998, *T.B.H.* 1999, 194, met noot: verlenging met ongeveer vijf weken.

⁴¹ Kh. Namen 4 juni 1998, *R.R.D.* 1998, 312.

⁴² Kh. Namen 4 juni 1998, *R.R.D.* 1998, 312.

⁴³ *Vr. en Antw.* Kamer 1998-99, 9 september 1998, 20081 (Vraag nr. 920 VANDEURZEN).

⁴⁴ M. TISON, *l.c.*, *R.W.* 1997-98, 417-418, nr. 76.

niet aan, maar heeft de niet-tegenwerpelijke van de handeling ten opzichte van de schuldeisers tot gevolg (art. 15, § 1, vierde lid, W.G.A.). Het uittreksel van het vonnis van voorlopige opschorting dat wordt gepubliceerd, bevat ook de eventuele daden van bestuur of beschikking waarvoor de schuldenaar machtiging behoeft van de commissaris inzake opschorting (art. 17, § 1, 6° W.G.A.).

In het merendeel van de gepubliceerde rechtspraak behoudt de schuldenaar de volledige handelingsbekwaamheid. Enkele vonnissen beperken zich tot de vermelding dat de commissaris inzake opschorting een algemene controle- en begeleidingstaak heeft en er geen noodzaak bestaat tot het onderwerpen van de schuldenaar aan een machtiging.⁴⁵ Uitzonderlijk werden de bevoegdheden van de organen van een N.V. beperkt tot handelingen van dagelijks bestuur, met uitsluiting van elke betaling, van elke inning van fondsen, van elke financiële verbintenis en van alle beschikkingshandelingen. Deze laatste handelingen konden enkel worden verricht met uitdrukkelijke en voorafgaande machtiging van (één van) de commissaris(sen) inzake opschorting.⁴⁶

b) Commissaris inzake opschorting⁴⁷

(i) Aanduiding en opdrachten van de commissaris inzake opschorting (art. 19 W.G.A.)

15. In het vonnis dat de voorlopige opschorting toestaat, worden één of meer commissarissen inzake opschorting aangewezen. De commissaris inzake opschorting moet waarborgen van onafhankelijkheid en onpartijdigheid bieden. Hij moet vertrouwd zijn met het bestuur van een onderneming en met boekhouden. Bovendien moet de commissaris inzake opschorting gebonden zijn door een deontologische code en zijn professionele aansprakelijkheid moet zijn verzekerd (art. 19, tweede lid, W.G.A.).⁴⁸ De Rechtbank van Koophandel te Nijvel besliste dat een boekhoudkundig expert die sinds de oprichting van de vennootschap verantwoordelijk was voor de boekhouding, niet voldoet aan deze voorwaarden.⁴⁹

16. De commissaris inzake opschorting vervult in de eerste plaats een algemene controle- en begeleidingstaak.⁵⁰ Wanneer de rechtbank zulks bepaalt, heeft hij ook een machtigingsbevoegdheid (cf. *supra* nr. 13). Hij verleent bovendien bijstand bij het opstellen van dit plan. Na goedkeuring van het herstel- en betalingsplan oefent hij toezicht uit op de uitvoering ervan en brengt hij hierover regelmatig verslag uit aan de rechtbank (art. 19, eerste lid, W.G.A.). Een vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Luik kende uitgebreide bevoegdheden toe aan de commissarissen inzake opschorting bij de uitvoering van het plan: in het raam van hun toezichts- en controlefunctie hebben ze de bevoegdheid om, met het oog op de oprichting van een dochtervennootschap, op zoek te gaan naar kandidaat-overnemers en met hen de overnamevoorwaarden te onderhandelen. Bovendien kunnen de commissarissen inzake opschorting van de concordataire vennootschap alle documenten en informatie opvragen m.b.t. het beheer van de kas en het aangaan van kosten.⁵¹ De annotator merkt terecht op dat de controlebevoegdheid toegekend aan de commissaris inzake opschorting echter niet zover mag gaan dat de controlerende partij zelf het heft in handen neemt en de vennootschap bestuurt.⁵²

Heeft de commissaris inzake opschorting de bevoegdheid om op eigen gezag een opzegging van een kredietlijn door de bank, aan te vechten? De voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Luik verleende de commissaris inzake opschorting de bevoegdheid om autonoom deze vordering in te stellen.⁵³ Deze beslissing werd gegrond op art. 24 W.G.A. en niet op art. 19 W.G.A. De eerstgenoemde bepaling geeft aan de commissaris inzake opschorting o.m. de mogelijkheid om, indien de schuldenaar niet meer voldoet aan de voorwaarden voor het verkrijgen van een gerechtelijk akkoord, de beëindiging van de voorlopige opschorting te vorderen, zodat eventueel het faillissement van de schuldenaar kan worden uitgesproken. Deze bevoegdheid werd *in casu* door de voorzitter zo geïnterpreteerd dat de commissaris inzake opschorting telkens mag en zelfs moet optreden, indien de houding van een individuele schuldeiser de gelijkheid tussen de schuldeisers en het moratorium opgelegd aan alle schuldeisers, dreigt te verstoren, en de voortzetting van de onderneming en het opstellen van een herstelplan dreigt te verhinderen. Deze beslissing werd bekritiseerd door M. Tison. Hij beschouwt art. 24 W.G.A. niet als een bevoegdheidsgrond voor de commissaris inzake opschorting om zonder medewerking van de schuldenaar op te treden ter bestendiging van de voorlopige opschorting. Omdat de schuldenaar in principe zelf aan het hoofd van de onderneming blijft, moet hij logischerwijze zelf het initiatief nemen om tegen de beweerdte abusieve opzegging van het krediet op te

⁴⁵ Kh. Nijvel 29 januari 1998, *J.L.M.B.* 1998, 611; Kh. Gent 19 juni 1998, *R.W.* 1998-99, 505; Kh. Turnhout 24 november 1998, *R.W.* 1998-99, 1149.

⁴⁶ Luik 15 september 1998, *Bank Fin.* 1998, 525, met noot M. Tison.

⁴⁷ Zie hierover: H. BRAECKMANS, «De commissaris inzake opschorting in het raam van het gerechtelijk akkoord en de nieuwe taken van de commissaris-revisor en van de bestuurders» in *Faillissement & Gerechtelijk Akkoord: Het nieuwe recht*, Antwerpen, Kluwer, 1998, 269-295; M. DENEFF, «Organen van de procedure» in *De nieuwe wet op het gerechtelijk akkoord*, E. BALLON, J. DE LEENHEER, M. DENEFF en M.D. DESIMPELAERE, Diegem, Ced. Samson, 1997, 97-118 en 257-264; M. TISON, *l.c.* *R.W.* 1997-98, 418-419, nrs. 77 - 81; I. VEROUGSTRAETE, *o.c.*, 57-63, nrs. 70 - 82.

⁴⁸ Y. DUMON en A. ZENNER stellen zich vragen bij de benoeming van een bestuurder van de onderneming tot commissaris inzake opschorting, omdat deze niet gebonden is aan een deontologische code: Y. DUMON en A. ZENNER, «Franki: une première expérience concordataire - Bref commentaire» (noot onder Kh. Luik 29 juni 1998), *J.L.M.B.* 1998, 1489.

⁴⁹ Kh. Nijvel 29 januari 1998, *J.L.M.B.* 1998, 611.

⁵⁰ Kh. Turnhout 24 november 1998, *R.W.* 1998-99, 1149.

⁵¹ Kh. Luik 29 juni 1998, *J.L.M.B.* 1998, 1479, met noot Y. DUMON en A. ZENNER, *T.R.V.* 1998, 452, met noot; *Bank Fin.* 1998, 519, met noot L. DE MUNTER.

⁵² L. DE MUNTER, noot onder Kh. Luik 29 juni 1998, *Bank Fin.* 1998, 523; Zie ook: Y. DUMON en A. ZENNER, «Franki: une première expérience concordataire - Bref commentaire» (noot onder Kh. Luik 29 juni 1998), *J.L.M.B.* 1998, 1490.

⁵³ Kh. Luik (kort geding) 4 mei 1998, *Bank Fin.* 1998, 331, met kritische noot M. Tison.

treden, met bijstand van, of in voorkomend geval, met machtiging van de commissaris inzake opschorting.⁵⁴

(ii) *Statuut van de commissaris inzake opschorting*

17. Het K.B. van 10 augustus 1998 bepaalt de regelen en barema's betreffende de erelonen en de kosten van de commissarissen inzake opschorting.⁵⁵ De commissaris inzake opschorting is verplicht bij het dossier van opschorting een voorstel van ereloon te voegen. Dit ereloon wordt bepaald op basis van het aantal werkuren dat de commissaris inzake opschorting noodzakelijk acht om zijn taak uit te voeren. Dit uurtarief wordt berekend overeenkomstig de tarieven die gebruikelijk zijn voor de beroepscategorie waartoe de commissaris inzake opschorting behoort. Indien dit niet mogelijk is, wordt het uurtarief bij vergelijking met andere beroepen vastgesteld en wordt rekening gehouden met de specialisatiegraad (art.1). Het K.B. behandelt drie soorten kosten afzonderlijk: kosten van de hulp van gespecialiseerde derden; reiskostenvergoeding; telefoonoproepen naar het buitenland (art.2). De commissaris inzake opschorting kan van de schuldenaar een voorschot eisen dat echter geenszins 3/4 van het totale bedrag van het voorstel van ereloon mag overschrijden (art. 3). Deze bepaling is een compromis tussen de belangen van de schuldenaar en die van de commissaris inzake opschorting. Enerzijds zou het onbillijk zijn de commissaris inzake opschorting geen voorschot te geven en hem het geld nodig voor de uitvoering van zijn wettelijke opdracht zelf te laten voorschieten. Anderzijds moet er alles aan worden gedaan om de financiële belasting van de handelaar in moeilijkheden zo laag mogelijk te houden.⁵⁶

Op het einde van de observatieperiode en in voorkomend geval op het einde van de periode van definitieve opschorting zendt de commissaris inzake opschorting aan de rechtbank een eindafrekening van het ereloon en de kosten. Deze afrekening moet een omstandige verantwoording bevatten van de gepresteerde werkuren, van de prestaties waarop ze betrekking hebben, alsmede van de kosten (art. 4). Via deze omstandige verantwoording kan de rechtbank van koophandel controle uitoefenen op het ereloon van de commissaris inzake opschorting. Tegen deze regeling werd aangevoerd dat zij van aard is door de betaling van de commissaris inzake opschorting aan een uurloon en de regeling m.b.t. de kosten, het gerechtelijk akkoord ontoegankelijk te maken voor de kleinere bedrijven.⁵⁷

3° *Gevolgen t.a.v. de goederen van de schuldenaar*

⁵⁴ M. TISON, «De positie van de bankier-krediet in het gerechtelijk akkoord: moratorium of dwangbuis?», *Bank Fin.* 1998, 334. In hoger beroep is de ontvankelijkheid van de vordering van de commissaris inzake opschorting zonder voorwerp geworden doordat de vordering was overgenomen door de schuldenaar. Het hof van beroep herhaalt nog wel kort de bevoegdheid van de commissaris inzake opschorting en kwalificeert deze als «gestion assistée». De commissaris inzake opschorting is m.a.w. geen mandataris van de vennootschap (Luik 15 september 1998, *Bank Fin.* 1998, 525, met noot M. TISON).

⁵⁵ B.S. 19 september 1998; cf. art. 19 W.G.A.

⁵⁶ Verslag aan de Koning, B.S. 19 september 1998, 30477.

⁵⁷ B. WINDEY, «Gerechtelijk akkoord: de vergoeding van de commissaris inzake opschorting», *TvW - Omnil.* 1998/1, I-72- I-74.

a) *Opschorting van middelen van tenuitvoerlegging (art. 21 W.G.A.)*⁵⁸

18. Teneinde de kansen op een financieel herstel van de onderneming te vrijwaren, worden in de eerste plaats alle middelen van tenuitvoerlegging opgeschort. Krachtens art. 21, § 1, eerste lid W.G.A. kan geen enkel middel van tenuitvoerlegging worden voortgezet of aangewend. Deze opschorting treft alle schuldeisers wier vorderingsrecht is ontstaan vóór de akkoordprocedure. Er wordt dus geen uitzondering gemaakt voor de hypothecaire, pandhoudende en bevoorrechte schuldeisers en evenmin voor de verkoper met eigendomsvoorbehoud (art. 21, § 1, tweede lid, W.G.A.). Onder middelen van tenuitvoerlegging wordt verstaan: elke wijze waarop een schuldeiser ter betaling van zijn schuldvordering verhaal neemt op het vermogen van de schuldenaar, zoals uitvoerend beslag, terugnemingsvordering van de verkoper onder eigendomsvoorbehoud, een pandverzilvering, het uitvoeren van een fiduciaire cessie of het instellen van een onvolmaakte rechtstreekse vordering.⁵⁹

Omtrent de mogelijkheid tot het instellen van een rechtstreekse vordering bestaat in de rechtspraak geen eensgezindheid. De Rechtbank van Koophandel te Luik besliste dat een rechtstreekse vordering niet meer kan worden ingesteld tijdens de observatieperiode.⁶⁰ In de motivering van deze beslissing werd aansluiting gezocht bij de principes van de W.G.A. Het gerechtelijk akkoord wordt toegekend aan ondernemingen waarvan continuïteit is bedreigd, maar waarvoor toch nog financieel herstel mogelijk is. Met het oog op het opstellen van een herstelplan geldt er een absoluut moratorium voor alle schuldeisers zonder uitzondering. Tijdens dit moratorium behoudt de onderneming alle middelen, zoals kredieten, contracten, roerende en onroerende goederen. In dit perspectief is het evident dat een rechtstreekse vordering ook onderworpen is aan de schorsing van art. 21, § 1, eerste lid, W.G.A. Door het instellen van een rechtstreekse vordering kan de onderaannemer zich immers een gedeelte van het actief van de concordataire schuldenaar toeëigenen, in strijd met het absolute moratorium. Er is geen enkele reden voorhanden om aan de houder van een rechtstreekse vordering een geprivilegieerde behandeling toe te kennen. Het gerechtelijk akkoord is ingevoerd ter vrijwaring van het algemeen belang en niet in het belang van individuele schuldeisers. Bovendien wordt op deze manier diametraal ingegaan tegen de wil van de wetgever om tijdens het gerechtelijk akkoord de substantie van de onderneming volledig in stand te houden, in de mate dat dit een noodzakelijk element bij het financieel herstel vormt.

In hoger beroep werd dit vonnis hervormd. Het Hof van Beroep te Luik interpreteert art. 21 W.G.A. strikt. Daar volgens het hof enkel maatregelen van gedwongen tenuitvoer-

⁵⁸ M. TISON, *l.c.*, *R.W.* 1997-98, 419-421, nrs. 83-89.

⁵⁹ E. DIRIX, «Schuldeisers en hun zekerheidsrechten» in *Faillissement & Gerechtelijk Akkoord: Het nieuwe recht*, Antwerpen, Kluwer, 1998, 373, nr. 7.

⁶⁰ Kh. Luik 3 april 1998, *J.L.M.B.* 1998, 1092, *T.B.H.* 1999, 188. Zie in dezelfde zin ook: A. CUYPERS, «De rechtstreekse vordering en het voorrecht van de onderaannemer», *R.W.* 1997-98, 805-806; E. DIRIX, «Overzicht van rechtspraak - Voorrechten en hypotheeken 1991-1997», *T.P.R.* 1998, 582, nr. 122.

legging worden bedoeld, behouden de schuldeisers alle andere uitvoeringsmiddelen, waaronder een rechtstreekse vordering. De wetgever beoogde, volgens het hof, via de W.G.A. een evenwicht te creëren tussen de belangen van de onderneming in moeilijkheden en van de schuldeisers. Dit evenwicht vereist volgens de appelrechter echter niet dat de houder van een rechtstreekse vordering wordt onderworpen aan een tijdelijke schorsing.⁶¹ Het hof verliest echter uit het oog dat door de uitoefening van de rechtstreekse vordering het vermogen van de schuldenaar wel degelijk wordt aangetast.⁶²

19. Indien door deze opschorting het onderpand van de bevoorrechte schuldeisers een belangrijke waardevermindering ondergaat of kan ondergaan, kan de rechtbank hen ter compensatie bijkomende zekerheden toestaan, rekening houdende met het bedrag van de schuldvordering (art. 21, § 1, derde lid, W.G.A.). Deze bepaling wordt strikt geïnterpreteerd. Zo besliste de Rechtbank van Koophandel te Hoei dat de schuldeiser met een pand op de handelszaak geen recht had op bijkomende zekerheden ter compensatie van de waardevermindering. De pandhoudende schuldeiser had vóór de voorlopige opschorting beslag gelegd op alle schuldvorderingen. Alvorens een bijkomende zekerheid wordt verleend, is echter de vaststelling van een reële of potentiële aanzienlijke waardevermindering vereist. Dit deed zich hier niet voor, omdat enkel een gedeeltelijke opheffing van het beslag werd gevorderd.⁶³ Ook de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen weigerde bijkomende zekerheden te verlenen aan de pandhoudende schuldeiser. Deze schuldeiser eiste bijkomende zekerheden op grond van de lichte van bewarend derdenbeslag door een andere schuldeiser gelegd ten laste van de concordataire schuldenaar. Een wezenlijke waardevermindering op de kortste termijn werd niet aangetoond. Voorts moet het verzoek tot het stellen van bijkomende zekerheden steeds met de nodige terughoudendheid worden behandeld.⁶⁴

b) Verbod van beslagleggingen (art. 22 W.G.A.)

20. De wet verbiedt het leggen van bewarend of uitvoerend beslag tijdens de observatieperiode. Beslag dat reeds vóór de opschorting is gelegd, behoudt wel zijn bewarende

werking. De rechtbank van koophandel, en dus niet de beslagrechter, kan de opheffing van een reeds gelegd beslag toestaan, na de schuldenaar, de schuldeiser en de commissaris inzake opschorting hierover te hebben gehoord. Een opheffing is mogelijk indien door de handhaving van het beslag het herstel van de onderneming in het gedrang komt.⁶⁵ Zo verleende de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen een opheffing van een bewarend derdenbeslag op een bankrekening, omdat die van essentieel belang was voor de continuïteit van de onderneming, zelfs maar voor beperkte tijd, en voor het opstellen van een herstelplan. Het bedrag van het beslag vertegenwoordigde bovendien ook een belangrijk deel van de vereiste liquiditeiten voor o.m. de uitbetaling van de lonen.⁶⁶ Deze motivering is ook terug te vinden in een vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Hoei, waarin werd beslist tot een gedeeltelijke opheffing van een beslag op een handelszaak, omdat de vrijgekomen schuldvorderingen konden worden gebruikt om de bezoldigingen van de werknemers te betalen, waardoor de (tijdelijke) continuïteit van de onderneming werd gewaarborgd.⁶⁷

c) Situatie van samenloop⁶⁸

21. Het antwoord op de vraag of het gerechtelijk akkoord «nieuwe stijl» samenloop doet ontstaan, heeft reeds veel inkt doen vloeien. Volgens een eerste strekking is er een complete breuk met het systeem van het oude Regentsbesluit en doet het nieuwe gerechtelijk akkoord geen samenloop ontstaan.⁶⁹ Een andere opvatting verdedigt daarentegen dat ook onder de nieuwe wet de akkoordprocedure een situatie van samenloop doet ontstaan, zij het één van bijzondere aard.⁷⁰ Het is, zo schrijft E. Dirix, aan de rechtspraak, om nader te bepalen op welke wijze aan de *paritas*-regel gestalte wordt gegeven, rekening houdende met de doelstelling van de wet.⁷¹ Een genuanceerde opvatting wordt ook verdedigd door O. Poelmans.⁷²

22. De gedachte van de samenloop vindt ook steun in een gedeelte van de rechtspraak. De Rechtbank van Koophandel te Antwerpen leidt uit de economie van de W.G.A. af dat de toestand zoals die bestaat ten tijde van de akkoordaan-

⁶⁵ E. DIRIX, *l.c.*, in *Faillissement & Gerechtelijk Akkoord: Het nieuwe recht*, Antwerpen, Kluwer, 1998, 374, nr. 9.

⁶⁶ Kh. Antwerpen 15 mei 1998, *T.B.H.* 1999, 192.

⁶⁷ Kh. Hoei 24 april 1998, *Bank Fin.* 1998, 512, met noot J.-P. Buy-LE.

⁶⁸ Voor een overzicht van de discussie en het praktische belang, zie: A. CUYPERS, «Kredieten en zekerheden bij faillissement en gerechtelijk akkoord» in *Voorrechten en Hypotheken, Grondige studies*, Antwerpen, Kluwer, 1998, 7-15.

⁶⁹ Chr. VAN BUGGENHOUT, «Gerechtelijk akkoord en samenloop», *T.B.H.* 1999, 157-162; Vgl. Y. DUMON en A.M. STRANART, «Le concordat judiciaire», *J.T.* 1997, 860; I. VEROUSTRATE, *o.c.*, 90, nr. 130, 86, voetnoot 7 en 99, nr. 146.

⁷⁰ H. COUSY en E. DIRIX, *l.c.*, *T.P.R.* 1998, 1221, nr. 15; E. DIRIX, *l.c.*, in *Faillissement & Gerechtelijk Akkoord: Het nieuwe recht*, Antwerpen, Kluwer, 1998, 369-370, nr. 2; K. SWARTELÉ, *l.c.*, *Jura Falc.* 1997-98, 180, nr. 2; M. TISON, *l.c.*, *R.W.* 1997-98, 421-422, nr. 91.

⁷¹ E. DIRIX, *l.c.*, in *Faillissement & Gerechtelijk Akkoord: Het nieuwe recht*, Antwerpen, Kluwer, 1998, 369-370, nr. 2.

⁷² O. POELMANS, «Le concordat et le concours après la loi du 17 juillet 1997», *T.B.H.* 1999, 144-156.

⁶¹ Luik 25 juni 1998, *J.L.M.B.* 1998, 1475, *T.B.H.* 1999, 186, met noot; zie over deze rechtspraak ook: Y. DUMON en A. ZENNER, «Franki: une première expérience concordataire - Bref commentaire» (noot onder Kh. Luik 29 juni 1998), *J.L.M.B.* 1998, 1489.

⁶² Deze problematiek was ook het voorwerp van een parlementaire vraag. Het antwoord is niet van die aard de discussie te doen verstommen. Enerzijds wordt de rechtstreekse vordering aanvaard als een middel van tenuitvoerlegging waarop de voorlopige opschorting van toepassing is. Anderzijds wordt gesteld dat de periode van voorlopige opschorting geen invloed heeft op de instelling en de afloop van de rechtstreekse vordering: *Vr. en Antw.* Kamer 1998-99, 9 september 1998, 20613 (Vraag nr. 921 VANDEURZEN).

⁶³ Kh. Hoei 24 april 1998, *Bank Fin.* 1998, 512, met kritische noot J.-P. Buy-LE. De annotator kwalificeert art. 21 W.G.A. als «une mesure consolatrice de façade».

⁶⁴ Kh. Antwerpen 15 mei 1998, *T.B.H.* 1999, 192 met verwijzing naar E. BALLON, J. DE LEENHEER, M. DENEFF en M. D. DE SIMPELAERE, *De nieuwe wet op het gerechtelijk akkoord*, Ced. Samson, 1997, p. 214, nr. 292.

vraag, tijdens de voorlopige opschorting (het fixatiebeginsel) moet worden behouden en dat de wedloop tussen de schuldeisers moet worden stilgelegd. Er ontstaat bijgevolg een bijzondere vorm van samenloop.⁷³ Bovendien besliste de rechtbank dat deze samenloop ontstaat vanaf de inleiding van de akkoordprocedure. Het verbod tot tegeldemaking van roerende en onroerende goederen door de uitoefening van een middel van tenuitvoerlegging uit art. 13, tweede lid, W.G.A., heeft een algemene draagwijdte. Een strikte interpretatie van het begrip «middel van tenuitvoerlegging» maakt de realisatie van het volledige actief van de schuldenaar nog mogelijk zolang de schuldeisers geen gebruik maken van middelen van tenuitvoerlegging. Ieder gerechtelijk akkoord is aldus gedoemd te mislukken, aangezien het actief van de schuldenaar volledig kan worden uitgehold.⁷⁴

De Rechtbank van Koophandel te Luik meent dat er geen samenloop is, maar een absoluut moratorium opgelegd aan alle schuldeisers, ongeacht de aard van hun schuldvoordere en de zekerheden waarover ze beschikken.⁷⁵ Zowel een absoluut moratorium als de samenloop verbieden echter een schuldeiser om op eigen initiatief iets te ondernemen waardoor aan de onderlinge verhouding tussen de schuldeisers wordt geraakt. De rechtbank gebruikt weliswaar een andere term, maar bedoelt eigenlijk hetzelfde.

Met het oog op het vrijwaren van het voortbestaan van de onderneming, is compensatie met het debet-saldo van een rekening-courant niet meer mogelijk na het neerleggen van het verzoekschrift tot het verkrijgen van een gerechtelijk akkoord.⁷⁶

4° *Gevolgen t.a.v. lopende overeenkomsten (art. 28 W.G.A.)*⁷⁷

23. Het gerechtelijk akkoord heeft tot doel de continuïteit van de onderneming te vrijwaren en het bewerkstelligen van het financiële herstel d.m.v. de naleving van een plan. Het is bijgevolg logisch dat het vonnis van voorlopige opschorting geen einde maakt aan de overeenkomsten gesloten vóór de datum van voorlopige opschorting. Het principiële voortbestaan van de lopende overeenkomsten vindt bevestiging in het tweede lid van art. 28 W.G.A., dat ontbindende voorwaarden en schadebedingen buiten werking stelt. Meer specifiek gaat het hier over een ontbindende voorwaarde die bepaalt dat de ontbinding van de overeenkomst alleen al geschiedt doordat een gerechtelijk akkoord is aangevraagd of verkregen. De rechter zal telkens moeten nagaan of de partij die de overeenkomst heeft ontbonden, dit

niet louter gedaan heeft wegens het aanvragen van of het verkrijgen van een gerechtelijk akkoord. Deze bepaling doet echter geen afbreuk aan de werking van gemeenschappelijke sanctiemechanismen. De overeenkomst kan dus wel worden ontbonden wegens wanprestatie, hetzij gerechtelijk, hetzij op grond van de werking van een uitdrukkelijk beding.⁷⁸ Voor schadebedingen gaat het om bedingen die ertoe strekken op forfaitaire wijze de potentiële schade te dekken geleden door het niet-nakomen van de hoofdverbintenis.⁷⁹

24. De meeste gepubliceerde rechtspraak heeft betrekking op de opzegging van het krediet door de bank.⁸⁰ In kort geding legde de voorzitter de kredietgever een heropening van de kredietlijnen op. De bank had de kredietlijnen met de concordataire schuldenaar opgezegd op grond van het desbetreffende bankreglement. Toch oordeelde de voorzitter dat er sprake was van een schending van art. 28 W.G.A.: een schuldeiser mag de mogelijkheid om tijdens de observatieperiode een einde te maken aan lopende overeenkomsten wegens wanprestatie van de schuldenaar niet misbruiken met het enkele doel zich te onttrekken aan het moratorium, wanneer die beëindiging in werkelijkheid is ingegeven door de enkele omstandigheid dat aan de schuldenaar de voorlopige opschorting is toegekend.⁸¹ M. Tison stelt in zijn commentaar dat de voorzitter ook hier de wet op een creatieve manier toepast. Om de scheidingslijn te trekken tussen een gerechtvaardigde en een abusieve beëindiging van een overeenkomst wegens wanprestatie kunnen de klassieke criteria inzake rechtsmisbruik worden toegepast: kennelijk onredelijke handelwijze van de schuldenaar of een wanverhouding tussen het voordeel voor de schuldeiser en het nadeel toegebracht aan de schuldenaar. De rechter zal bij de kredietverstrekker in het bijzonder een delicate evenwichtsoefening moeten maken. Enerzijds is het financiële herstel van de schuldenaar in belangrijke mate afhankelijk van het behoud en de mogelijkheid tot opname van bestaande kredietlijnen. Anderzijds dreigt de kredietinstelling door de voorlopige opschorting verlamd te worden en zelfs gedwongen te worden om bijkomende middelen te verstrekken, ook wanneer de kredietverstrekker geen geloof hecht aan de overlevingskansen van de concordataire schuldenaar.⁸² In de geannoteerde beschikking gaf de voorzitter de voorkeur aan de belangen van laatstgenoemde.

De appelrechter hervormde deze beschikking.⁸³ In dit arrest wordt de principiële voortzetting van de lopende overeenkomsten bevestigd. De buitenwerkingstelling van de ontbindende voorwaarden uit het tweede lid van art. 28 W.G.A. moet dan ook strikt worden geïnterpreteerd. Een

⁷³ Kh. Antwerpen 16 juni 1998, *R.W.* 1998-99, 227, met noot V. DECKMYN en E. DERNICOURT, *T.B.H.* 1999, 179.

⁷⁴ Kh. Antwerpen 16 juni 1998, *gecit.*

⁷⁵ Kh. Luik 3 april 1998, *J.L.M.B.* 1998, 1092, *T.B.H.* 1999, 188.

⁷⁶ Kh. Antwerpen 16 juni 1998, *R.W.* 1998-99, 227, met noot V. DECKMYN en E. DERNICOURT, *T.B.H.* 1999, 179.

⁷⁷ Zie hiervoor: L. HERVE, «Aperçu général du sort des contrats en cours dans le cadre des nouvelles lois sur les faillites et sur le concordat judiciaire» in *La faillite et le concordat en droit positif belge après la réforme de 1997*, Collections Scientifiques de la Faculté de Droit de Liège, Luik, 1998, 479-518; Ch.-A. LEUNEN, «Lopende overeenkomsten en het vernieuwde recht van de onderneming in moeilijkheden», *T.P.R.* 1998, 475-506; I. VEROUGSTRATE, *o.c.*, 96-100, nrs. 143-146; A. ZENNER, *o.c.*, 962-967, nrs. 1347-1352.

⁷⁸ E. DIRIX, *l.c.*, in *Faillissement & Gerechtelijk Akkoord: Het nieuwe recht*, Antwerpen, Kluwer, 1998, 377-378, nr. 15; Ch.-A. LEUNEN, *l.c.*, *T.P.R.* 1998, 484, 490; M. TISON, *l.c.*, *R.W.*, 1997-98, 422, nr. 93.

⁷⁹ Zie: Ch.-A. LEUNEN, *l.c.*, *T.P.R.* 1998, 484-486.

⁸⁰ Over de problematiek van de doorfinanciering, zie: H. COUSY en E. DIRIX, *l.c.* *T.P.R.* 1998, 1230-1231, nrs. 22-23; A. CUYPERS, *o.c.*, 17-28.

⁸¹ Kh. Luik (kort geding) 4 mei 1998, *Bank Fin.* 1998, 331, met noot M. TISON. Zie ook supra nr. 16.

⁸² M. TISON, «De positie van de bankier-krediet in het gerechtelijk akkoord: moratorium of dwangbuis?», *Bank Fin.* 1998, 334.

⁸³ Luik 15 september 1998, *Bank Fin.* 1998, 525, met noot M. TISON.

clausule tot ontbinding bij niet-uitvoering van de contractuele verbintenissen blijft dus geldig. De gemeenrechtelijke sanctiemechanismen kunnen verder worden toegepast, zodat de bankier met inachtnaam van de contractueel bedongen opzeggingstermijn het krediet kan beëindigen. Dit laatste onder voorbehoud van rechtsmisbruik, indien kan worden aangetoond dat de beëindiging enkel haar oorsprong vindt in de aanvraag of de toekenning van het gerechtelijk akkoord. In tegenstelling tot de voorzitter, gaat het hof van beroep in zijn beoordeling van de aan- of afwezigheid van rechtsmisbruik op zoek naar de feitelijke omstandigheden van de aanvraag van een gerechtelijk akkoord en naar de voorgeschiedenis van de contractuele relatie tussen de kredietinstelling en de schuldenaar. Hieruit blijkt dat de kredietverstrekker reeds twee maanden vóór de toekenning van de voorlopige opschorting zijn bezorgdheid had geuit aan de schuldenaar omtrent de financiële moeilijkheden. In deze brief werd de schuldenaar reeds op de hoogte gebracht van de mogelijkheid om bij verdere achteruitgang van de financiële situatie, zonder opzeggingstermijn de kredietlijnen af te sluiten. De schuldenaar bracht de kredietverstrekker niet op de hoogte van de akkoordaanvraag. Enkel via een raadpleging van het dossier van de onderneming op de griffie vernam de kredietverstrekker de akkoordaanvraag. De schuldenaar weerhield de kredietverstrekker niet alleen van inzage in de ernst van de situatie, maar informeerde de bank bovendien niet over de nieuwe zekerheden die hij had toegestaan. De vertrouwensrelatie was bijgevolg volledig verstoord. Rekening houdende met deze gegevens kwam de appelrechter tot de conclusie dat de opzegging van de kredietopening niet door rechtsmisbruik was ingegeven.

D. Betalings- of herstelplan (art. 29 W.G.A.)

25. In de loop van de observatieperiode stelt de schuldenaar, hierin bijgestaan door de commissaris inzake opschorting, een herstel- en betalingsplan op, dat de basis vormt van het akkoord met de schuldeisers. Na de goedkeuring van dit plan door de schuldeisers en door de rechtbank, wordt het in de fase van de definitieve opschorting uitgevoerd.

1° Inhoud van het plan

26. Het herstelplan bevat een beschrijvend en een bepalend gedeelte (art. 29, § 2 en § 3, W.G.A.). Het beschrijvend gedeelte geeft de staat van de onderneming aan, alsmede de moeilijkheden waarmee ze te kampen heeft. De maatregelen noodzakelijk om de schuldeisers te voldoen, worden opgenomen in het bepalend gedeelte. Bovendien worden hier de kredieten vermeld die onontbeerlijk zijn voor de voortzetting van de activiteiten van de onderneming en de middelen die noodzakelijk zijn voor het herstel van de onderneming. Art. 29 W.G.A. geeft voorts een exemplatieve opsomming van de maatregelen die kunnen worden opgenomen in het bepalend gedeelte van het herstelplan.

In het bekende «Franki»-gerechtelijk akkoord voorzag het herstelplan in de stopzetting van de verlieslatende activiteiten en de oprichting van een dochtervennootschap waarin de goed presterende activiteiten van de onderneming werden ondergebracht. Een dergelijk plan werd aanvaard omdat het door een overgrote meerderheid van de schuldeisers was goedgekeurd, de belangen van alle schuldeisers vrij-

waarde en niet in strijd was met de openbare orde. De noodzakelijke kredieten en middelen voor de dochtervennootschap werden vermeld in het plan. Het kwam ten slotte tegemoet aan het regionaal en het nationaal belang door de handhaving van een hoog werkgelegenheidsniveau en het bood kansen voor de levensvatbaarheid van de goed presterende onderdelen van de onderneming.⁸⁴

2° Goedkeuring van het plan door de schuldeisers

27. De uitvoering van het plan is afhankelijk van de voorafgaande instemming van de schuldeisers met het plan. Het plan vereist een collectieve instemming en, onder bepaalde voorwaarden, een individuele instemming van bepaalde schuldeisers.

a) Collectieve instemming door de schuldeisers

28. Art. 34 W.G.A. bepaalt de meerderheid die vereist is voor de goedkeuring van het herstelplan: meer dan de helft van de schuldeisers die aangifte hebben gedaan van hun schuldvordering, die hebben deelgenomen aan de stemming en die in waarde meer dan de helft van de schuldvorderingen vertegenwoordigen die hiermee instemmen. Uit deze bepaling wordt door de rechtsleer in de eerste plaats een quorumvereiste afgeleid. Meer dan de helft van de schuldeisers die aangifte hebben gedaan, moet deelnemen aan de stemming.⁸⁵

Bovendien is er een dubbele beslissingsmeerderheid noodzakelijk: het akkoord is goedgekeurd wanneer meer dan de helft van de schuldeisers die aan de stemming heeft deelgenomen ermee instemt en wanneer deze schuldeisers in waarde meer dan de helft van de schuldvorderingen vertegenwoordigen.

Bij de beoordeling van de «waarde van schuldvorderingen» wordt rekening gehouden met de aangegeven schuldvorderingen en niet, zoals onder het oude Regentsbesluit, met de schuldeisers die deelnemen aan de stemming (art. 2, § 1, tweede lid, Regentsbesluit).⁸⁶ Aldus besliste de Rechtbank van Koophandel te Gent dat, in tegenstelling tot de opgeheven wetgeving op het gerechtelijk akkoord, die enkel uitging van de bedragen van de schuldvorderingen van de op geldige wijze stemmende schuldeisers, art. 34, eerste lid, W.G.A. in een meerderheid - voortaan van slechts meer dan de helft - in waarde van de *schuldvorderingen* voorziet.⁸⁷ De Rechtbank van Koophandel te Nijvel meent echter dat enkel de schuldeisers die deelnemen aan de stemming bij de berekening van het dubbele meerderheidsvereiste in aan-

⁸⁴ Gerechtelijk akkoord toegekend aan Franki: Kh. Luik 29 juni 1998, *J.L.M.B.* 1998, 1479, met noot Y. DUMON en A. ZENNER, *T.R.V.* 1998, 452, met noot, *Bank Fin.* 1998, 519, met noot L. DE MUNTER.

⁸⁵ M. DENEFF, «De overdracht van de onderneming in de nieuwe wet op het gerechtelijk akkoord: welke lading dekt de vlag?», *De Belg. Acc.* 1998, 15, noot 38; M.D. DESIMPELAERE, «De akkoordprocedure», in *De nieuwe wet op het gerechtelijk akkoord*, 168, nr. 206; N. THIRION, «La nouvelle réglementation du concordat judiciaire», *Act.Dr.* 1997, 408, nr. 66; M. TISON, *l.c. R.W.* 1997-98, 426, nr. 108. Vgl. H. COUSY en E. DIRIX, *l.c. T.P.R.* 1998, 1234-1236, nr. 25.

⁸⁶ M. TISON, *l.c. R.W.* 1997-98, 426, nr. 108. Anders: Ph. COLLE, *l.c. T.B.H.* 1998, 74, nr. 21.

⁸⁷ Kh. Gent 23 oktober 1998, *R.W.* 1998-99, 1286

merking moeten worden genomen, ervan uitgaande dat degenen die niet aan de stemming deelnemen, geen bezwaar hebben tegen het herstelplan.⁸⁸

De minister van Justitie antwoordde op een parlementaire vraag terzake dat art. 34 W.G.A. een quorum bevat: meer dan de helft van de schuldeisers die aangifte van de schuldvordering hebben gedaan, moet aan de stemming deelnemen. Bovendien werd door de Minister de dubbele meerderheidsvoorwaarde bevestigd: meer dan de helft van de schuldeisers die aan de stemming hebben deelgenomen, moet het plan goedkeuren, en deze meerderheid moet bovendien in waarde meer dan de helft van de aangegeven schuldvorderingen vertegenwoordigen.⁸⁹

b) Individuele instemming door de «preferente» schuldeisers (art. 30 W.G.A.)

29. In principe is het herstelplan niet verbindend voor de «preferente» schuldeisers. Bedoeld worden: de hypotheccaire, pandhoudende, bijzonder bevoorrechte schuldeisers en de niet-betaalde verkoper met eigendomsvoorbehoud, alsmede de fiscus. Voor deze schuldeisers is het plan enkel bindend wanneer zij hiermee hebben ingestemd. Werd die instemming niet verleend, dan zijn zij niettemin onderworpen aan de bepalingen van het plan wanneer aan de twee volgende voorwaarden is voldaan: het plan moet in betaling van de interesten voorzien en de betaling van hun schuldvorderingen mag niet voor langer dan achttien maanden worden opgeschort. Zijn deze voorwaarden vervuld, dan kan het plan door de rechter aan deze schuldeisers worden verbindend verklaard.

Wordt een dergelijke schorsing opgelegd, dan kunnen de onbetaalde verkoper en de hypotheccaire, pandhoudende en bevoorrechte schuldeisers aan de rechter ter compensatie bijkomende zekerheden vragen. Deze bijkomende zekerheden kunnen worden toegestaan indien deze schuldeisers kunnen bewijzen dat hun zekerheid een belangrijke waardevermindering ondergaat of kan ondergaan (art. 30, eerste en tweede lid, W.G.A.). In de zaak «Franki» was er geen instemming van de administratie van directe belastingen, noch van de B.T.W. - administratie en evenmin van de bijzonder bevoorrechte schuldeisers. Deze schuldeisers waren dus niet gebonden door het plan. Het herstelplan voorzag niet in een betaling van interesten en de schuldherschikking liep over een periode van achttien maanden. Het plan kon dus ook niet worden opgelegd aan deze schuldeisers. De rechtbank drukte echter wel de hoop uit dat deze schuldeisers, rekening houdende met het algemeen belang en de noodzaak van een collectieve solidariteitsinspanning naar de toekomst toe, hun houding zouden versoepelen.⁹⁰

E. De definitieve opschorting

1° Algemeen

⁸⁸ Kh. Nijvel 2 november 1998, *T.B.H.* 1999, 194, met noot.

⁸⁹ *Vr. en Antw.*, Kamer, 1998-99, 9 september 1998, 20616 (Vraag nr. 922 VANDEURZEN).

⁹⁰ Kh. Luik 29 juni 1998, *J.L.M.B.* 1998, 1479, met noot Y. DUMON en A. ZENNER, *T.R.V.* 1998, 452, met noot, *Bank Fin.* 1998, 519, noot L. DE MUNTER.

30. De definitieve opschorting houdt de opdracht in t.a.v. de schuldenaar om, onder toezicht van de commissaris inzake opschorting, over te gaan tot de uitvoering van het herstel- en betalingsplan. De definitieve opschorting kan worden toegekend voor een termijn van maximum 24 maanden. Deze termijn is eenmaal verlengbaar met maximum twaalf maanden (art. 34, tweede lid, W.G.A.). De goedkeuring door de rechtbank maakt het plan verbindend voor alle betrokken - chirografaire en «preferente» - schuldeisers (art. 35, eerste lid, W.G.A.). De schuldeiser die zijn schuldvordering niet heeft aangegeven binnen de vastgestelde termijn, is gebonden door de definitieve opschorting.

2° Voorwaarden voor het toekennen van de definitieve opschorting

31. Naast het quorum- en meerderheidsvereiste legt de W.G.A. ook inhoudelijke voorwaarden op alvorens de definitieve opschorting kan worden toegekend. Deze toekenning mag niet strijdig zijn met de openbare orde, en de schuldenaar moet voldoende waarborgen bieden voor een eerlijk bestuur (art. 34, eerste lid, W.G.A.). Deze laatste voorwaarde zal worden beoordeeld volgens de manier waarop de schuldenaar zijn onderneming heeft beheerd en zijn handelwijze gedurende de akkoordprocedure.⁹¹

Er is geen sprake van strijdigheid met de openbare orde, indien de gelijkheid onder de schuldeisers niet wordt gerespecteerd. De wet maakt een verschillende behandeling van de schuldeisers immers uitdrukkelijk mogelijk (art. 29, § 3, tweede lid, W.G.A.).

De vaststelling dat bepaalde «preferente» schuldeisers door het herstelplan een schuldvermindering wordt opgelegd, betekent niet dat het plan daardoor strijdig is met de openbare orde. Zo stelde de R.S.Z. derdenverzet in tegen het vonnis dat de definitieve opschorting toekende, omdat hem een vermindering van zijn schuldvordering werd opgelegd met 20 %. De Rechtbank van Koophandel te Verviers oordeelde echter dat dit niet strijdig is met de openbare orde, indien de vermindering van de schuldvordering kadert binnen de toepasselijke wetsbepalingen (artt. 29, 30, 34 en 35 W.G.A.).⁹² Een herstelplan dat geen betaling van interesten aan de fiscus bevat, niet in de terugbetaling van zijn schuldvordering binnen achttien maanden voorziet en op definitieve wijze de betaling van administratieve boeten uitsluit, is, volgens de Rechtbank van Koophandel te Namen, wel strijdig met de openbare orde.⁹³ Art. 30, eerste en derde lid, W.G.A. vereist echter alleen instemming van de «preferente» schuldeisers, waaronder de fiscus, voor een dergelijk herstelplan alvorens het verbindend is voor deze schuldeisers. Indien de fiscus niet instemt met dit plan, is hij er niet door gebonden. Dit betekent echter niet dat het herstelplan strijdig is met de openbare orde.

Een schuldeiser verzette zich tegen de definitieve opschorting omdat het economisch herstel van de onderneming niet mogelijk was (art. 9, § 2, W.G.A.) en bijgevolg strijdig met de openbare orde. Door de tegeldemaking van de activa van de onderneming zou er immers een einde komen aan de on-

⁹¹ Kh. Nijvel 2 november 1998, *T.B.H.* 1999, 194, met noot.

⁹² Kh. Verviers 15 oktober 1998, *J.L.M.B.* 1999, 996.

⁹³ Kh. Namen 5 november 1998, *J.L.M.B.* 1999, 1000.

derneming. Dit protest werd niet aanvaard door de Rechtbank van Koophandel te Nijvel. De schuldeiser had zich niet verzet tegen de toekenning en evenmin tegen de verlenging van de voorlopige opschorting. Bovendien zal de schuldenaar door de tegeldemaking van de activa (het onroerend goed waarin handel werd gedreven), beschikken over de nodige fondsen om opnieuw te investeren en om zijn handelsactiviteit van garagist verder te zetten, weliswaar op een andere plaats.⁹⁴

III. FAILLISSEMENT

A. Preventieve ontzetting en voorlopig beheer (art. 8 Faill.W.)⁹⁵

32. De Faill.W. introduceerde een nieuwe procedure van preventieve ontzetting en voorlopig beheer.⁹⁶ De voorzitter van de rechtbank van koophandel kan de koopman geheel of gedeeltelijk het beheer van het geheel of van een gedeelte van zijn goederen ontnemen en één of meer voorlopige bewindvoerders aanwijzen. Hiervoor moeten twee grondvoorwaarden cumulatief vervuld zijn: de ontneming van het beheer is volstrekt noodzakelijk en er bestaan met elkaar overeenstemmende aanwijzingen dat de voorwaarden van het faillissement vervuld zijn (art. 8, eerste en derde lid, Faill.W.). Doelstelling van deze procedure is niet het redden van de onderneming in moeilijkheden. De procedure kan worden gekwalificeerd als een voorlopige maatregel van louter bewarende aard, die beoogt een verrassingseffect tot stand te brengen, om te verhinderen dat de schuldenaar bij nakend faillissement zijn activa zou laten verdwijnen.⁹⁷

De voorzitter onderzoekt of er precieze, ernstige en overeenstemmende aanwijzingen bestaan dat de schuldenaar zich in staat van faillissement bevindt. Indien b.v. blijkt dat de financiële situatie ernstig verstoord is, de verliezen zich opstapelen, er achterstallige betalingen zijn waardoor de hoofdleverancier niet meer levert, de bankkredieten zijn opgezegd of opgeschort, kan er een gedeeltelijke ontneming van beheer worden opgelegd.⁹⁸ Dat deze maatregel voornamelijk

wordt opgelegd in het belang van de schuldeisers, blijkt uit een beschikking van de voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Gent. De voorzitter stelde vast dat sedert de oprichting van de N.V. geen enkele jaarrekening was neergelegd; het bedrijfskapitaal was in aanzienlijke mate deficitair; er waren meer beslagleggingen dan volgens de neergelegde beslagberichten; er was een patent verminderde bedrijfsactiviteit en de vennootschap was ogenschijnlijk haar onvermogen aan het organiseren. Uit deze vaststellingen bleek volgens de voorzitter dat de belangen van de schuldeisers ernstig in het gevaar zijn en dat, ter beveiliging van de gelijkheid tussen schuldeisers, de aanstelling van een voorlopig bewindvoerder als pre-curator onverwijld nodig was. De schuldenaar hoeft niet te worden gehoord vooraleer hem het beheer wordt ontnomen.⁹⁹ De eventuele aanvraag van een gerechtelijk akkoord belet de aanstelling van een voorlopig bewindvoerder, niet indien de voorzitter tot de bevinding komt dat de voorwaarden voor het faillissement vervuld zijn en dat de eventuele akkoordaanvraag er enkel toe kan strekken voorlopig aan het faillissement te ontsnappen.¹⁰⁰

33. Indien de grondvoorwaarden vervuld zijn, zal de voorzitter één of meer voorlopige bewindvoerders aanwijzen die vertrouwd zijn met het bestuur van een onderneming en met boekhouden. In de beschikking zal ook nauwkeurig de bevoegdheid van de voorlopige bewindvoerder worden bepaald (art. 8, tweede lid, Faill.W.). Zo gaf de Rechtbank van Koophandel te Doornik de voorlopige bewindvoerder de opdracht alle betalingen van vervallen schulden vooraf te controleren en goed te keuren.¹⁰¹ De voorlopige bewindvoerder kan ook de bevoegdheid krijgen zich onmiddellijk in het bezit te stellen van het volledige patrimonium van de vennootschap, dit voorlopig te bewaren en te beheren. Ter vervulling van deze bevoegdheid krijgt hij toegang tot alle gegevens en documenten, boekhoudkundige en administratieve, bij wie of waar zij zich ook mogen bevinden. De voorlopige bewindvoerder is bevoegd om, bij wijze van voorlopige maatregel, alle financiële rekeningen van de N.V. te blokkeren en de derden ervan te verwittigen uitsluitend in zijn handen te betalen.¹⁰² De voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Gent besliste dat, indien de dag van gedwongen verkoop van inbeslaggenomen roerende en onroerende goederen is bepaald binnen acht dagen volgend op de beschikking en door aanplakking is bekendgemaakt, deze verkoop geschiedt voor rekening van de voorlopige bewindvoerder, tenzij deze laatste in het belang van de toekomstige boedel binnen dezelfde termijn van acht dagen om uitstel of afstel van de verkoop verzoekt.¹⁰³

⁹⁴ Kh. Nijvel 2 november 1998, *T.B.H.* 1999, 194, met noot.

⁹⁵ C. VAN SCHOUWBROECK en H. COUSY, «Preventieve ontzetting en voorlopig beheer», in *Faillement & Gerechtelijk Akkoord: Het nieuwe recht*, Antwerpen, Kluwer, 1998, 110-130; B. WINDEY, «Art. 8 Faill.W.» in *Art. Comm. Handels- en Economisch recht*, Antwerpen, Kluwer, 1998, losbladig.

⁹⁶ Art. 8 Faill.W. is geen toepassing van het verzoek tot aanstelling van een gemeenschappelijke voorlopige bewindvoerder: zie J.V., noot onder Kh. Brussel (kort geding) 1 februari 1999, *T.R.V.* 1999, 194-195.

⁹⁷ C. VAN SCHOUWBROECK en H. COUSY, *l.c.*, in *Faillement & Gerechtelijk Akkoord: Het nieuwe recht*, Antwerpen, Kluwer, 1998, 114, nr. 5 en 130, nr. 24; Kh. Doornik (kort geding), 17 juni 1998, *J.L.M.B.* 1998, 1270.

⁹⁸ Kh. Doornik (kort geding), 17 juni 1998, *J.L.M.B.* 1998, 1270: de ontneming was hier beperkt tot beschikkingshandelingen m.b.t. het onroerend goed en de lichamelijke en onlichamelijke bestanddelen van de handelszaak. Zie ook: Kh. Namen (kort geding), 21 januari 1998, *J.T.* 1998, 315; Kh. Verviers (kort geding), 15 januari 1998, *J.T.* 1998, 315, met noot G.-A. D., *J.L.M.B.* 1998, 1252; Kh. Leuven (kort geding) 19 juni 1998, *R.W.* 1998-99, 237; Kh. Hasselt 9 maart 1998, *onuitg.*

⁹⁹ Kh. Gent (kort geding) 26 januari 1998, *T.B.H.* 1998, 122, met noot, *R.W.* 1997-98, 1343.

¹⁰⁰ Kh. Hasselt (kort geding) 1 april 1998, *T.B.H.* 1998, 546, met noot H.R., *R.W.* 1998-99, 236. Bovendien stelde de voorzitter hier vast dat een gerechtelijk akkoord dat er enkel toe strekt de boedel te vereffenen, niet beantwoordt aan de voorwaarden van de W.G.A.

¹⁰¹ Kh. Doornik (kort geding), 17 juni 1998, *J.L.M.B.* 1998, 1270.

¹⁰² Kh. Hasselt (kort geding) 1 april 1998, *T.B.H.* 1998, 546, met noot H.R., *R.W.* 1998-99, 236.

¹⁰³ Kh. Gent (kort geding) 26 januari 1998, *T.B.H.* 1998, 122, met noot, *R.W.* 1997-98, 1343.

B. De vergoeding van de curator ¹⁰⁴

34. Het K.B. van 10 augustus 1998 houdende vaststelling van de regelen en barema's tot bepaling van de kosten en het ereloon van de curator zorgde voor de uitvoering van art. 33, eerste lid, Faill. W. ¹⁰⁵ In principe bestaat het ereloon van de curator uit een proportionele vergoeding per schijf die wordt berekend op grond van de teruggeïnde en gerealiseerde activa (artt. 1 en 2 K.B.). ¹⁰⁶ Indien de curatele van het faillissement bestaat uit een college van curatoren, wordt de vergoeding toegekend aan het college en niet aan de curatoren individueel (art. 1, tweede lid). De rechtbank van koophandel kan in een met redenen omklede beslissing het proportioneel berekende ereloon verminderen of vermeerderen aan de hand van een correctiecoëfficiënt. Factoren die hiervoor in aanmerking kunnen komen, zijn de omvang en de complexiteit van het faillissement, het tewerkgestelde personeel, het aantal schuldvorderingen, de realisatiewaarde van het actief,... (art. 3). Onder de noemer «teruggeïnde of gerealiseerde activa» vallen alle bedragen die naar aanleiding van het faillissement aan de boedel te beurt vallen, daaronder begrepen de bedragen die de curator heeft geïnd en de bedragen die de vereffende activa na het faillissement hebben opgebracht (art. 4, eerste lid). Het ereloon van de curator is de vergoeding voor de prestaties die de curator gewoonlijk verricht in het raam van de normale vereffening van de failliete boedel, zoals de vaststelling van het tijdstip van staking van de betaling, de verificatie van schuldvorderingen, de realisatie en vereffening van activa,... (art. 5). Een buitengewoon ereloon kan worden toegekend voor prestaties van de curator die geen deel uitmaken van de normale vereffening van de failliete boedel, maar die ertoe hebben bijgedragen of er redelijkerwijs toe hadden moeten bijdragen het actief van het faillissement te bewaren of te vergroten of het passief ervan te beperken. Voorbeeld hiervan is de voortzetting van de handelsactiviteit door de curator (art. 7).

Indien de curator op verzoek van de hypothecaire of bevoorrechte schuldeisers de onroerende goederen die hun onderpand uitmaken, tegeldemaakt, wordt de algemene regel niet toegepast. Voor deze prestatie heeft de curator recht op een ereloon dat wordt bepaald door een bijzonder barema. Dit afzonderlijk ereloon komt ten laste van de betrokken schuldeisers in verhouding tot hun rechten (art. 6). ¹⁰⁷

¹⁰⁴ B. WINDEY, «Faillissementswet: de vergoeding van de curator», *TvW - Omnil.* 1998/1, I-68-I-70.

¹⁰⁵ B.S. 8 september 1998, err. B.S. 15 september 1998.

¹⁰⁶ Voor de schijf van 1 tot 800.000 fr.: 20%; 800.001 tot 1.600.000 fr.: 16%; 1.600.001 tot 2.200.000 fr.: 12%; 2.200.001 tot 3.900.000 fr.: 10%; 3.900.001 tot 9.600.000 fr.: 6%; 9.600.001 tot 29.000.000 fr.: 5%; 29.000.001 tot 58.000.000 fr.: 3%; 58.000.001 tot 96.000.000 fr.: 2%; voor het gedeelte boven 96.000.000 fr. wordt het ereloon, dat niet meer dan 1% mag bedragen, bepaald door de rechtbank van koophandel.

¹⁰⁷ Voor de schijf van 1 tot 10.000.000 fr.: 5%; 10.000.001 tot 50.000.000 fr.: 3%; 50.000.001 tot 100.000.000 fr.: 2%; meer dan 100.000.000 fr.: 1%.

C. Verschoonbaarverklaring (artt. 80 - 83 Faill. W.) ¹⁰⁸

35. Een van de belangrijkste vernieuwingen in het insolventierecht is ongetwijfeld de mogelijkheid tot verschoonbaarverklaring van de gefailleerde, waardoor hij met een *schone lei* opnieuw kan deelnemen aan het maatschappelijk en economisch verkeer. ¹⁰⁹ De Faill. W. bewaart echter het stilzwijgen omtrent de toekenningsvoorwaarden van de verschoonbaarheid. Er is enkel een negatief criterium: de gefailleerde kan niet verschoonbaar worden verklaard indien hij veroordeeld is wegens een overtreding van o.m. art. 489ter Sw., diefstal,... (zie art. 81 Faill. W.). De memorie van toelichting en het eerste Kamerverslag geven wel enige aanduiding omtrent het profiel van de verschoonbare gefailleerde: als de gefailleerde het slachtoffer werd van omstandigheden onafhankelijk van zijn wil of waarborgen biedt voor de toekomst, moet hij zijn activiteiten kunnen hervatten. Verschoonbaarheid is dus een gunst die aan een handelaar wordt gegeven, in zoverre hij, volgens redelijke verwachtingen, een betrouwbare tegenpartij zal zijn wiens handels- of industriële activiteit het algemeen belang zal dienen. ¹¹⁰

36. Uit de geanalyseerde rechtspraak blijkt dat dit profiel ook wordt gehanteerd bij de toekenning of weigering van de verschoonbaarheid. De rechtspraak legt er de nadruk op dat de verschoonbaarheid niet de regel is, maar een gunstmaatregel. ¹¹¹ De rechter heeft hierbij een grote feitelijke appreciatievrijheid, waarbij de belangen van de gefailleerde,

¹⁰⁸ S. BRIJS, «Over de verschoonbaarheid van de (overleden) gefailleerde» (noot onder Kh. Hasselt 11 juni 1998), *R. W.* 1998-99, 223-227; G.-A. DAL, «L'excusabilité du failli» in *Le nouveau droit du concordat judiciaire et de la faillite: les lois des 17 juillet et 8 août 1997*, 1997, 163-173; E. VAN CAMP, o.c., 248-253; I. VEROUSTRATE, o.c., 372-373, nr. 639 en 537-539, nrs. 974-979; J. WINDEY, «L'excusabilité du failli», *T.B.H.* 1999, 168-178; A. ZENNER, o.c., 418-422, nrs. 567-572.

¹⁰⁹ Ook de Wet op de Collectieve schuldenregeling bevat een mogelijkheid tot kwijtschelding van schulden. De gefailleerde die niet verschoonbaar is verklaard, komt echter niet meer in aanmerking voor een kwijtschelding van schulden in een collectieve schuldenregeling (art. 1395/13, § 3, Ger. W.). Op deze manier wil de wetgever vermijden dat de gefailleerde tweemaal in aanmerking komt voor de gunst van de verschoonbaarheid. Een uitzondering is echter bepaald voor de gefailleerde die failliet is verklaard onder de oude faillissementswet (art. 1675/13, § 4, Ger. W.). De resterende schulden na de sluiting van faillissement volgens de oude faillissementswet, kunnen worden kwijtescholden indien op het tijdstip van neerlegging van het verzoekschrift de sluiting ten minste tien jaar geleden is. Cf. A. DE WILDE, «Collectieve schuldenregeling voor particulieren», *R. W.* 1998-99, 668, nr. 35; E. DIRIX en A. DE WILDE, «Materieelrechtelijke aspecten van de collectieve schuldenregeling», in *Collectieve schuldenregeling in de praktijk*, E. DIRIX en P. TAELEMAN (red.), Antwerpen, Intersentia, 1999, 65, nr. 85. Deze termijn van tien jaar wordt gerechtvaardigd door de noodzaak om de verzoekschriften voor kwijtschelding van schulden van personen die onder overmatige schuldenlast gebukt gaan en wier faillissement werd gesloten in het raam van de oude wet, in de tijd te spreiden: *Vr. en Ant. Kamer* 1998-99, 19 maart 1999, 23227 (Vraag nr. 416 PIETERS).

¹¹⁰ *Parl. St.* Kamer 1995-96, nr. 631/1, 35-36, nr. 631/13.

¹¹¹ Kh. Namen 10 september 1998, *R.R.D.* 1998, 313; Kh. Charleroi 3 februari 1998, *J.L.M.B.* 1998, 1253; Kh. Luik 13 juli 1998, *J.L.M.B.* 1998, 1256, met noot C. PARMENTIER; Brussel 14 april 1999, *R. W.* 1998-99, 1457.

zijn schuldeisers en het algemeen belang dienen te worden afgewogen.¹¹²

Het gedrag van de schuldenaar vóór het faillissement en eventueel tijdens een voorafgaand gerechtelijk akkoord, zal doorslaggevend zijn bij de beantwoording van de vraag of de gefailleerde voor de toekomst een *fresh start* verdient. Indien de bepalingen van een gerechtelijk akkoord niet werden nageleefd, er geen boekhouding werd bijgehouden en de situatie van onvermogen kunstmatig in stand werd gehouden om de schuldeisers te benadelen, gaat de rechtbank ervan uit dat de schuldenaar niet voldoende waarborgen biedt om op een loyale manier nieuwe handelsactiviteiten op te starten.¹¹³ Indien er elementen aanwezig zijn die wijzen op een oneerlijke manier van handeldrijven of zware tekortkomingen van de gefailleerde, die mede aan de basis liggen van het faillissement, zal aan de gefailleerde niet de bevoorrechte kans op een nieuwe start worden gegeven.¹¹⁴

Het faillissement kan ook het gevolg zijn van externe factoren, volledig buiten de wil van de schuldenaar. Indien de concrete omstandigheden aantonen dat de schuldenaar geen ernstig verwijt kan worden gemaakt nopens zijn commerciële mislukking, kan hij verschoonbaar worden verklaard. Zo wordt door de rechtspraak rekening gehouden met de volgende omstandigheden: de teloorgang van de clientèle ten gevolge van de neergang van de buurt, verkeerd financieel advies en een ongeval waardoor de gefailleerde 66% arbeidsongeschikt was geworden.¹¹⁵ Voorts herhaalt de rechtspraak dat de mogelijkheid via de verschoonbaarheid een nieuwe handelsactiviteit te beginnen het algemeen belang dient.¹¹⁶

De vaststelling dat bepaalde schulden wel of niet zijn betaald, is geen doorslaggevend criterium om de verschoonbaarheid toe te kennen. De niet-betaling van sociale zekerheidsschulden is geen uitsluitingsgrond voor het verlenen van de verschoonbaarverklaring. Het feit dat de niet-betaling van sociale zekerheidsbijdragen strafbaar wordt gesteld, brengt hier geen verandering in. De strafbaarheid van de niet-betaling toont op zichzelf niet de oneerlijkheid van de gefailleerde aan. Bovendien zou de enkele strafbaarheid van het niet-betalen van de schuld de «tweede kans» in vele gevallen dwarsbomen, gezien het aandeel van de sociale zekerheidsschuld in de schuldenlast.¹¹⁷ Art. 81 Faill.W. geeft bovendien een limitatieve opsomming van de strafrechtelijk-

ke veroordelingen waarbij verschoonbaarheid is uitgesloten. Het enkele feit van het begaan van een strafbare *gedraging* is bijgevolg geen uitsluitingsgrond.¹¹⁸ De Rechtbank van Koophandel te Leuven stelde in het gegeven geval echter vast dat er sprake was van een systematische niet-betaling van de R.S.Z.-schuld over een periode van drie jaar. Op die manier had de schuldeiser op kunstmatige wijze zijn zaak in stand gehouden en minder geduldige schuldeisers bevoordeeld. Het is niet de bedoeling van de wetgever personen die op een voortdurende en systematische manier hun fiscale verplichtingen niet nakomen, te belonen met een kwijtschelding van schulden.¹¹⁹

Ook argumenten als de bijzondere aard van de B.T.W.-schuld, de grote omvang van de schuld en het openbare orderkarakter van de fiscale bepalingen, zijn irrelevant bij de beoordeling van de verschoonbaarheid.¹²⁰ De Faill.W. maakt ook geen onderscheid bij de toekenning van de verschoonbaarheid naargelang de bevoorrechte schuldvorderingen al dan niet werden betaald.¹²¹

37. De verschoonbaarheid treft alle onbetaalde schuldvorderingen die bestaan op het moment van verschoonbaarverklaring, ook de fiscale schulden.¹²² Alimentatieschulden van vóór het faillissement vallen dus ook onder de verschoonbaarheid.¹²³

De verschoonbaarheid heeft tot doel de gefailleerde in staat te stellen een nieuwe activiteit te ontplooiën, zonder dat hij hierin wordt afgeremd of gehinderd door gedwongen tenuitvoerleggingen van niet (volledig) betaalde schuldeisers, wier schuldvordering is ontstaan vóór faillietverklaring. Indien de gefailleerde is overleden, is het starten van een nieuwe handelsactiviteit onmogelijk, zodat het doel van de verschoonbaarheid niet voorhanden is. De verschoonbaarheid kan bijgevolg niet meer worden gevraagd na het overlijden van de gefailleerde.¹²⁴ Brijs verdedigt in zijn annotatie dat ook een overleden gefailleerde nog verschoonbaar kan worden verklaard. De Faill.W. bevat een procedure m.b.t. de vertegenwoordiging van de overleden gefailleerde door zijn erfgenamen bij de faillissementsverrichtingen (artt. 44 en 56 Faill.W.). Bovendien kan de (niet)-verschoonbaarheid van de overleden gefailleerde ook praktische gevolgen hebben voor de erfgenamen. Art. 16 Faill.W. sluit immers een aantal goederen van de gefailleerde uit het actief.¹²⁵ Door de dood van de gefailleerde en de sluiting van het faillissement worden deze vermogensbestanddelen opnieuw een onderpand waarop de onbetaalde schuldeisers

¹¹² Kh. Tongeren 23 februari 1999, *R.W.* 1998-99, 1425.

¹¹³ Bergen 25 januari 1999, *J.T.* 1999, 304, *J.L.M.B.* 1999, 982.

¹¹⁴ Bv. het niet-bijhouden van een boekhouding, het lichtzinnig aangaan van commerciële verbintenissen, een te late aangifte van de staking van betaling waardoor de schuldeisers werden benadeeld, niet meewerken met de curator: Kh. Luik 13 juli 1998, *J.L.M.B.* 1998, 1256, met noot C. PARMENTIER; Kh. Leuven 30 juni 1998, *R.W.* 1998-99, 508; Kh. Leuven 6 oktober 1998, *R.W.* 1998-99, 580, met noot.

¹¹⁵ Brussel 14 april 1999, *R.W.* 1998-99, 1457. Zie ook: Kh. Charleroi 3 februari 1998, *J.L.M.B.* 1998, 1253; Kh. Tongeren 23 februari 1999, *R.W.* 1998-99, 1425; Kh. Namen 2 april 1998, *J.L.M.B.* 1998, 1254; Kh. Luik 13 juli 1998, *J.L.M.B.* 1998, 1256, met noot C. PARMENTIER.

¹¹⁶ Kh. Leuven 30 juni 1998, *R.W.* 1998-99, 508; Kh. Charleroi 3 februari 1998, *J.L.M.B.* 1998, 1253; Kh. Namen 2 april 1998, *J.L.M.B.* 1998, 1254; Kh. Leuven 6 oktober 1998, *R.W.* 1998-99, 580, met noot.

¹¹⁷ Kh. Leuven 6 oktober 1998, *R.W.* 1998-99, 580, met noot; Kh. Antwerpen 16 maart 1999, *R.W.* 1998-99, 1463; Kh. Namen 10 sep-

tember 1998, *R.R.D.* 1998, 313; Kh. Leuven 27 oktober 1998, *R.W.* 1998-99, 856.

¹¹⁸ Brussel 14 april 1999, *R.W.* 1998-99, 1457.

¹¹⁹ Kh. Leuven 27 oktober 1998, *R.W.* 1998-99, 856.

¹²⁰ Kh. Leuven 27 oktober 1998, *R.W.* 1998-99, 856.

¹²¹ Gent 19 maart 1999, *R.W.* 1998-99, 1456.

¹²² S. BRÛS, *l.c.*, *R.W.* 1998-99, 226, nr. 5.

¹²³ Kh. Leuven 6 oktober 1998, *R.W.* 1998-99, 580, met noot.

¹²⁴ Kh. Hasselt 11 juni 1998, *R.W.* 1998-99, 223, met noot S. BRIJS.

¹²⁵ De lijst van de krachtens art. 1408 Ger.W. onbeslagbare goederen (met uitzondering van de beroepsgoederen), de ontvangen onbeslagbare inkomsten bedoeld in de artikelen 1409 tot 1412 Ger.W. en de vergoeding voor persoonlijke schade die aan de gefailleerde toekomt.

verder kunnen uitvoeren, tenzij de verschoonbaarheid hen dit verbiedt.¹²⁶

Schuldeisers die niet akkoord gaan met de verschoonbaarverklaring, kunnen derdenverzet aantekenen tegen de betrokken beslissing.¹²⁷ De curator heeft niet het vereiste belang om hoger beroep in te stellen tegen het vonnis dat de gefailleerde verschoonbaar heeft verklaard.¹²⁸

D. Consignatie van later opgedoken activa

38. Het K.B. van 25 mei 1999 regelt het lot van later opgedoken activa, alsmede de bestemming van deze activa bij nieuw opgedoken passiva, zowel bij de summie rechtspleging tot sluiting van het faillissement (art. 73 Faill.W.) als bij de niet-verschoonbaarverklaring (art. 83 Faill.W.).¹²⁹ Het K.B. is bij de summie rechtspleging tot sluiting van het faillissement enkel van toepassing indien de gefailleerde niet-verschoonbaar is verklaard. Indien hij verschoonbaar is verklaard, zullen nieuwe activa hem toekomen. Enkel in geval van niet-verschoonbaarheid zullen de schuldeisers in het vroegere faillissement aanspraak kunnen maken op deze activa.¹³⁰

Het K.B. maakt een onderscheid tussen geldsommen of waardepapieren en activa *in natura*. Het betreft hier enkel activa die opduiken *na* het vonnis dat de sluiting van het faillissement wegens ontoereikend actief uitspreekt t.a.v. de niet-verschoonbaar verklaarde gefailleerde natuurlijke persoon of rechtspersoon, of *na* het vonnis dat de niet-verschoonbaarverklaring uitspreekt. Geldsommen en waardepapieren worden in deposito gegeven bij het bevoegde agentschap van de Deposito- en Consignatiekas. De activa *in natura* die opduiken, kunnen door een curator *ad hoc* worden tegeldegemaakt. De kosten van tegeldemaking en het ereloon van de curator *ad hoc*, worden ingehouden op de opbrengst van de tegeldemaking. Het saldo wordt ook geconsigneerd (art. 1).¹³¹

Wanneer een vordering wordt ingesteld tegen de gefailleerde natuurlijke persoon of tegen de vereffenaars van de gefailleerde rechtspersoon (art. 194 Venn.W.), kan de rechtbank op de activa die op de dag van het te vellen vonnis nog geconsigneerd zouden zijn ten bate van de gefailleerde, een inhouding bevelen ten gunste van de eiser, ten belope van wat hem verschuldigd blijft op de dag van de sluiting van het faillissement, om ze te bestemmen voor de aflossing van het saldo van zijn schuldvordering (art. 2).

¹²⁶ S. BRIJS, «Over de verschoonbaarheid van de (overleden) gefailleerde», (noot onder Kh. Hasselt 11 juni 1998), *R.W.* 1998-99, 226-227, nr. 6.

¹²⁷ Dit derdenverzet moet door de schuldeisers worden ingesteld tegen de gefailleerde en tegen de curator: *Vr. en Ant.* Kamer 1998-99, 8 september 1998, 20612 (Vraag nr. 919 VANDEURZEN).

¹²⁸ Gent 19 maart 1999, *R.W.* 1998-99, 1456.

¹²⁹ K.B. van 25 mei 1999 tot uitvoering van de artikelen 73 en 83 van de faillissementswet van 8 augustus 1997, *B.S.* 2 juli 1999.

¹³⁰ Zie hierover: R. MATTHYS, «De summie rechtspleging tot sluiting van het faillissement», *T.B.H.* 1999, 163-167.

¹³¹ De consignatie gebeurt overeenkomstig de bepalingen van het K.B. van 24 december 1934 betreffende de toepassing der wetten op het onvrijwillig bezitsverlies van toonderpapier: art. 1, derde lid, K.B. van 25 mei 1999.

Jaarlijks zal de Depositie- en Consignatiekas een lijst publiceren van de personen op wier naam er sommen en waarden werden geconsigneerd in het Belgisch Staatsblad. Deze lijst wordt ook bezorgd aan de rechtbanken van koophandel. Eenieder die erom verzoekt, kan kosteloos inzage krijgen van deze lijst op de griffies en kan op eigen kosten een volledig of gedeeltelijk afschrift van deze lijst verkrijgen (art. 3).

E. Verkoop van de onroerende goederen van de gefailleerde (art. 100 Faill.W.)

39. Voor de verkoop van onroerende goederen van de gefailleerde moet een onderscheid worden gemaakt naargelang de vervolging tot uitwinning uitgaat van de eerst ingeschreven hypothecaire of van de andere schuldeisers. De positie van de laatstgenoemde schuldeisers verschilt naargelang de uitwinning al dan niet was aangevat vóór de uitspraak van het vonnis dat het faillissement uitspreekt. Indien er nog geen gedwongen tenuitvoerlegging is aangevat, kan alleen de curator tot verkoop overgaan (art. 100, eerste lid, Faill.W.). Werd daarentegen al wel beslag gelegd en werd dit overgeschreven op het hypotheekkantoor, dan kan de curator op ieder ogenblik de rechtbank verzoeken om zelf de uitwinning voort te zetten (art. 100, vierde lid Faill.W.).¹³²

40. Het vroegere afzonderlijke executierecht van de eerst ingeschreven hypothecaire schuldeiser wordt afgezwakt. De executierechten van deze schuldeiser worden geschorst tot na de sluiting van het proces-verbaal van verificatie van schuldvorderingen (art. 100, tweede lid, Faill.W.). In het belang van de boedel kan de curator een bijkomende schorsing vragen voor een maximumperiode van één jaar, te rekenen vanaf de faillietverklaring, op voorwaarde dat te verwachten valt dat de tegeldemaking door de curator de hypothecaire schuldeisers niet benadeelt (art. 100, tweede lid, Faill.W.). Na verloop van een jaar is er dus geen enkele beperking meer mogelijk van de executierechten van de eerst ingeschreven hypothecaire schuldeiser.¹³³

Minder duidelijkheid bestaat er over de situatie waarin de hypothecaire schuldeiser de gedwongen tenuitvoerlegging reeds heeft aangevat vóór het faillissement. De Rechtbank van Koophandel te Hasselt maakte van deze hypothese een interessante toepassing.¹³⁴ *In casu* was er een eerste ver-

¹³² Voor een toepassingsgeval: Kh. Brussel 14 augustus 1998, *R.W.* 1998-99, 786.

¹³³ I. VEROUGSTRATE, *o.c.*, 492, nr. 893.

¹³⁴ Kh. Hasselt 4 mei 1998, *R.W.* 1998-99, 575, met noot J. BYTTEBIER, *Bank Fin.* 1998, 515, met noot J.-P. BUYLE, *T.B.H.* 1999, 214, met kritische noot C. VAN BUGGENHOUT. Zie en vergelijk: J. BYTTEBIER, «Het nieuwe art. 100 Faill.W. - Welke houding moeten voortaan de hypothecaire schuldeiser, de notaris en de curator aannemen bij een onroerend uitvoerend beslag gevolgd door een faillissement?», *R.W.* 1998-99, 577-580; F. HERINCKX, «Le droit d'initiative d'un créancier hypothécaire ou privilégié inscrit en cas de faillie du débiteur», *Rev.Not.B.* 1998, 590-609; K. TROCH, «De opschorting van de tenuitvoerlegging» in *Gerechtigd Akkoord & Faillissement*, II.E.30, 19, nr. 2.3.1.1.; A. MICHIELSEN, «De verkopeningen na faillissement» in *Zekerheden, beslag- en faillissementsrecht in de notariële praktijk*, Brugge, Die Keure, 1998, 37-40; P. VAN DEN EYNDE en E. BEGUIN, «Le concordat judiciaire et la faillite», *Rev.Not.B.* 1998, 342-347.

koopdag gehouden die een uitstekende prijs had opgeleverd. Vóór het tijdstip van de tweede koopdag wordt de beslagene failliet verklaard. De curator vordert hierop de opschorting van de geplande tweede zitdag tot aan de sluiting van het proces-verbaal van verificatie van schuldvorderingen. Deze vordering wordt ingewilligd. De rechtbank maakt een onderscheid tussen de periode tot aan de sluiting van het proces-verbaal van verificatie van schuldvorderingen en de periode van één jaar op verzoek van de curator. De uitvoering van de eerst ingeschreven hypothecaire schuldeiser wordt *automatisch* geschorst door het vonnis van faillietverklaring tot aan de sluiting van het proces-verbaal van verificatie van schuldvorderingen, en dit zonder de tussenkomst van de rechtbank en zonder dat een afweging dient te gebeuren of dit in het belang is van de boedel en of daardoor de rechten van de hypothecaire schuldeiser worden benadeeld. Het doet niet terzake dat er reeds een koopdag is bepaald of dat de rechten van de borgen of van de eerste hypothecaire schuldeiser hierdoor worden geschaad en de rechten van de boedel niet gebaat. ¹³⁵ Deze rechtspraak past hier dus art. 100, tweede lid, Faill.W. toe: de uitwinning die door de eerst ingeschreven schuldeiser is aangevat, wordt enkel geschorst tot na de sluiting van het proces-verbaal van verificatie van schuldvorderingen (met de mogelijkheid van een bijkomende schorsing voor de duur van maximum één jaar).

F. Eigendomsvoorbehoud (art. 101 Faill.W.) ¹³⁶

41. Sinds de invoering van de nieuwe Faill.W. is een beding van eigendomsvoorbehoud bij faillissement tegenwerpelijk (art. 101, eerste lid, Faill.W.), ¹³⁷ indien aan de volgende voorwaarden is voldaan: 1) het beding tot eigendomsvoorbehoud moet schriftelijk zijn overeengekomen uiterlijk op het ogenblik van de levering van het goed; 2) de roerende goederen moeten zich nog *in natura* bij de schuldenaar bevinden en mogen niet onroerend door incorporatie zijn geworden, noch vermengd met een ander roerend goed; 3) op straffe van verval moet de rechtsvordering tot terugvordering worden ingesteld vóór de sluiting van het proces-ver-

baal van verificatie van schuldvorderingen (art. 101, tweede en derde lid, Faill.W.).

42. De revindicant moet voor iedere koop bewijzen dat er een *voorafgaande* schriftelijke overeenkomst bestond. Een wijziging van de algemene verkoopsvoorwaarden door de invoering van een eigendomsvoorbehoud is mogelijk. De wederpartij moet wel op de hoogte worden gebracht van deze wijziging. Uit het gebrek aan reactie door de gefailleerde op de mededeling van de wijziging van de algemene verkoopsvoorwaarden, mag worden afgeleid dat vanaf de mededeling een eigendomsvoorbehoud was overeengekomen. ¹³⁸

Het eigendomsvoorbehoud moet *schriftelijk* worden vastgelegd. Uit het geschrift moet ondubbelzinnig blijken dat de eigendomsoverdracht wordt uitgesteld tot aan de betaling van de koopprijs. Dit geschrift is niet noodzakelijk voor de rechtsgeldigheid of voor het bewijs van een dergelijk beding. Het strekt niet tot bescherming van de koper. Het is evenmin een constitutief vereiste voor het vestigen van het zekerheidsrecht. Het gaat louter om een vormvoorschrift met het oog op de tegenwerpelijkheid van het eigendomsvoorbehoud *aan derden*. In principe is een raamovereenkomst tussen koper en verkoper die alle toekomstige transacties tussen hen zal beheersen, onvoldoende voor de tegenwerpelijkheid van het eigendomsvoorbehoud aan derden. ¹³⁹ Er is dus per levering een geschrift nodig. De rechtspraak aanvaardt wel dat in de context van een raamovereenkomst wordt verwezen naar de algemene voorwaarden, wanneer die bij iedere levering worden bevestigd. ¹⁴⁰

43. Het is aan de revindicant om te bewijzen dat de door hem onder eigendomsvoorbehoud geleverde goederen nog aanwezig zijn. Hij kan dit doen door o.m. te verwijzen naar het proces-verbaal van beschrijving door de curator opgesteld met toepassing van art. 43 Faill.W. ¹⁴¹

44. Er is discussie gerezen omtrent het antwoord op de vraag of de verkoper een *rechtsvordering* dient in te stellen vóór het proces-verbaal van verificatie van schuldvorderingen, dan wel of een eenvoudig verzoek aan de curator binnen de gestelde termijn volstaat. ¹⁴² Verdedigers van de eerste opvatting menen dat indien de curator weigert dit verzoek in te willigen, diegene die terugvordert de curator zal dienen te dagvaarden of met de curator vrijwillig dienen te verschijnen vóór het proces-verbaal van verificatie van schuldvorderingen. ¹⁴³ De Rechtbank van Koophandel te Dendermonde beantwoordt deze vraag in dezelfde zin, door te verwijzen naar de door de wet gebruikte bewoordingen (rechtsvordering). Bovendien gebruikt de wetgever andere termen voor een louter verzoek (b.v. art. 108 Faill.W.). De *ratio legis* bij het instellen van een vervaltermijn is zo snel mogelijk eventuele geschillen omtrent het eigendomsrecht over de activa op te lossen teneinde tot een vlugge realisatie over te gaan. Dit doel kan niet worden bereikt indien de curator op een louter verzoek bij brief afwijzend, reageert zodat diegene die een revindicatievordering instelt, nog eindeloos de tijd

¹³⁵ In zijn annotatie concludeert J. BYTTEBIER uit dit vonnis dat het voortaan aanbeveling verdient dat de vervolgende schuldeiser bij het verkrijgen van een (goede) prijs, de notaris verzoekt om over te gaan tot de toewijzing van het goed tijdens de eerste zitdag. Vindt de vervolgende schuldeiser het verkregen bod te laag, dan dient de notaris hem te wijzen op het mogelijke risico van faillietverklaring van de beslagene, vooraleer de tweede zitdag plaatsvindt (*R.W.* 1998-99, 579).

¹³⁶ E. DIRIX, «Eigendomsvoorbehoud», *R.W.* 1997-98, 481-496; A. ZENNER, *o.c.*, 440-444, nrs. 596-599.

¹³⁷ Vóór deze wetwijziging kon het beding van eigendomsvoorbehoud niet worden tegengeworpen aan derden in geval van samenloop (Cass. 9 februari 1933, *Pas.* 1933, I, 102). Enkel indien de verkoper zich vóór faillissement op een ondubbelzinnige wijze op de werking ervan had beroepen en de koper hiervan kennis had genomen, was het beding tegenwerpelijk (Cass. 22 september 1994, *R.W.* 1994-95, 1264; Antwerpen 1 maart 1988, *R.W.* 1988-89, 575). Een dergelijk ondubbelzinning beroep op het beding is niet vervuld bij het leggen van een louter bewarend beslag: Kh. Hasselt 5 februari 1998, *R.W.* 1997-98, 1508.

¹³⁸ Kh. Tongeren 6 april 1998, *R.W.* 1998-99, 338.

¹³⁹ E. DIRIX, *l.c.*, *R.W.* 1997-98, 486, nrs. 15-17.

¹⁴⁰ Kh. Tongeren 6 april 1998, *R.W.* 1998-99, 338.

¹⁴¹ Kh. Tongeren 6 april 1998, *R.W.* 1998-99, 338.

¹⁴² J. VERLINDEN, «Overzicht van de nieuwe wetten betreffende het faillissement en gerechtelijk akkoord», *T.R.V.* 1998, 20, nr. 117.

¹⁴³ E. DIRIX, *l.c.*, *R.W.* 1997-98, 491, nr. 33.

heeft om na het proces-verbaal van nazicht van schuldverordeningen, de weigering van de curator om de goederen af te geven, in rechte te betwisten.¹⁴⁴ Intussen werd een wetsvoorstel ingediend om dit vormvoorschrift te versoepelen:

¹⁴⁴ Kh. Dendermonde 5 oktober 1998, *R.W.* 1998-99, 752, *T.B.H.* 1999, 206, met noot R. PARIJS en S. GEERTS.

het *recht van terugvordering* moet worden *uitgeoefend* binnen de vervaltermijn.¹⁴⁵

Rechtspraak bijgehouden t/m augustus 1999.

Annick DE WILDE
Assistent Zekerheden en Executierecht K.U.Leuven

¹⁴⁵ Wetsvoorstel tot wijziging van artikel 101 van de faillissementswet van 8 augustus 1997, *Parl. St. Kamer*, 1998-99, nr. 2153/1.

RECHTSPRAAK

ARBITRAGEHOF

15 JULI 1999

Voorzitter: de h. De Grève

Rapporteurs: de h. Arts en mevr. Delruelle

Advocaten: mrs. D'Hooghe en Brewaeys

Grondwet – Gelijkheid en niet-discriminatie – Raad van State – Memories van verzoekende partij – Termijn – Niet-nakoming – Verlies van belang

Art. 21, tweede lid, R.v.St.-wet schendt niet de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet gelezen in samenhang met de artikelen 144 en 145 van de Grondwet of met de artikelen 6 en 14 E.V.R.M. in zover die bepaling inhoudt dat wanneer de verzoekende partij de termijnen voor het indienen van memories niet naleeft, van rechtswege het verlies van het vereiste belang wordt vastgesteld.

Arrest nr. 94/99

Bij arrest nr. 74.711 van 29 juni 1998 heeft de Raad van State de volgende prejudiciële vragen gesteld:

«Schendt art. 21, tweede lid R.v.St.-wet de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in de mate dat die bepaling gelijkelijk geldt voor het geval waarin de verzoekende partij, in het raam van het objectief contentieux, tegen een administratieve beslissing een annulatieberoep instelt bij de Raad van State en voor het geval dat, in het raam van het subjectief contentieux, de verzoekende partij bij de Raad van State een cassatieberoep instelt tegen een jurisdictionele beslissing uitgaande van een administratief rechtscollege?»

Schendt art. 21, tweede lid, R.v.St.-wet de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang met de artikelen 144 en 145 van de Grondwet en de artikelen 6 en 14 van het E.V.R.M., in de mate dat die bepaling stipuleert dat de verzoekende partij die, in een cassatievoorziening tegen een beslissing van een administratief rechtscollege omtrent politieke subjectieve rechten bij de Raad van State, in geval van het te laat indienen van een memorie van wederantwoord, van rechtswege zijn belang bij de procedure verliest, terwijl luidens art. 1094 Ger.W. de verzoekende partij die, in een cassatievoorziening tegen een beslissing van een administratief rechtscollege omtrent politieke subjectieve rech-

ten bij het Hof van Cassatie, te laat gebruik maakt van de mogelijkheid om een memorie van wederantwoord in te dienen, niet de sanctie krijgt opgelegd van het verval van het cassatieberoep?

Schendt art. 21, tweede lid, R.v.St.-wet de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang met de artikelen 144 en 145 van de Grondwet en 6 en 14 van het E.V.R.M., in de mate dat die bepaling stelt dat de verzoekende partij, in een cassatieberoep tegen een beslissing van een administratief rechtscollege omtrent subjectieve rechten bij de Raad van State, in geval van het te laat indienen van een memorie van wederantwoord, van rechtswege zijn belang bij de procedure verliest, terwijl het te laat indienen van een memorie van antwoord door de verwerende partij niet met een gelijkwaardige sanctie wordt beteugeld?

Schendt art. 21, tweede lid, R.v.St.-wet de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang met de artikelen 144 en 145 van de Grondwet en 6 en 14 van het E.V.R.M., in de mate dat de toegang tot de rechter en het recht van verdediging in het raam van een cassatieberoep tegen een beslissing van een administratief rechtscollege omtrent subjectieve rechten bij de Raad van State, daardoor niet wordt gegarandeerd, terwijl die belemmering inzake het recht van toegang tot een rechter en het recht van verdediging niet geldt in het raam van een administratief cassatieberoep bij het Hof van Cassatie?»

...

In rechte

B.1. Art. 21, eerste en tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals het gelding had ten tijde van het stellen van de prejudiciële vragen bepaalde:

«De termijnen waarbinnen de partijen hun memories, het administratief dossier of de door de afdeling administratie gevraagde stukken of inlichtingen moeten toesturen, worden bij in Ministerraad overlegd koninklijk besluit vastgesteld.

Wanneer de verzoekende partij de termijnen voor het toesturen van de memorie van wederantwoord of van de aanvullende memorie niet eerbiedigt, doet de afdeling, de partijen gehoord, zonder verwijl uitspraak op advies van het voor de betreffende zaak aangestelde lid van het audito-

raat, waarbij het ontbreken van het vereiste belang wordt vastgesteld».

B.2. De Raad van State stelt vier prejudiciële vragen betreffende de bestaanbaarheid van het tweede lid van art. 21 met de art. 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met de art. 144 en 145 van de Grondwet en met de art. 6 en 14 E.V.R.M.

De in het geding zijnde bepaling schrijft voor dat, als de verzoekende partij de termijnen voor het toesturen van de bedoelde memories niet in acht neemt, de afdeling administratie van de Raad van State zonder verwijl op advies van het auditoraat, de partijen gehoord, uitspraak doet, waarbij het ontbreken van het vereiste belang wordt vastgesteld.

B.3.1. De in het geding zijnde bepaling is bij art. 1 van de wet van 17 oktober 1990 ingevoegd in de gecoördineerde wetten op de Raad van State. Zij maakt deel uit van een reeks maatregelen waarmee de wetgever beoogde de duur van de rechtspleging voor de afdeling administratie van de Raad van State te beperken en de ontstane achterstand weg te werken (*Parl.St., Senaat*, 1989-90, nr. 984-1, p. 1, en nr. 984-2, p. 2, en *Hand., Senaat*, 12 juli 1990, p. 2640 e.v.).

De parlementaire voorbereiding omtrent die bepaling preciseerde dat «het [...] de bedoeling [is] te remediëren aan de al dan niet door sommige gedingvoerende partijen gewilde langdurigheid van de procedures die voor de Raad van State worden ingesteld. Het niet respecteren van de termijnen voor het toesturen van de memories zal van rechtswege geacht worden gelijk te staan met het niet meer doen blijken van het in art. 19 vereiste belang» (*Parl.St., Senaat*, 1989-90, nr. 984-1, p. 3).

In het arrest nr. 48.624 van 13 juli 1994 kwam de Raad van State, na een analyse van de parlementaire voorbereiding en inzonderheid de vaststelling dat een amendement dat een meer soepele behandeling voorstelde werd verworpen (*Parl.St., Senaat*, 1989-90, nr. 984-5, en *Hand., Senaat*, 12 juli 1990, p. 2646, 2648, 2650 en 2651), tot de conclusie «dat de wetgever heeft gewild dat onder geen beding een excuus voor het niet of het niet tijdig insturen van een memorie aanvaard zou worden; door de door hem opgelegde sanctie te omschrijven als het «ontbreken van het vereiste belang» heeft hij te kennen gegeven dat hij het indienen van een memorie zag als een formele blijk van gebleven belangstelling. Het geven van die formele blijk van gebleven belangstelling is uiteraard ook dan zinvol wanneer de verzoekende partij niets meent te moeten toevoegen aan haar verzoekschrift, bijvoorbeeld omdat de verwerende partij geen memorie van antwoord en zelfs geen administratief dossier heeft ingediend».

B.3.2. Het indienen van een memorie is aldus door art. 21, tweede lid, R.v.St.-wet tot een verplichting gemaakt voor de verzoekende partij, indien ze wil vermijden dat de afwezigheid van het vereiste belang zou worden vastgesteld.

Nu die verplichting uit de wet voortspuit, dienen de art. 7 en 8 van het Besluit van de Regent van 23 augustus 1948 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling administratie van de Raad van State ook zo te worden gelezen dat de griffier, bij gebrek aan tijdige neerlegging van het administratief dossier of van een memorie van antwoord, is gehouden de verzoekende partij hiervan in kennis te stellen, onder vermelding, conform art. 14bis, § 2, van dat Besluit, van art. 21, tweede lid, R.v.St.-wet.

Uit de parlementaire voorbereiding blijkt bovendien dat de wetgever de bedoeling had strenge gevolgen te verbinden aan het niet respecteren van de termijnen en dat hij ervan uitging dat de Raad van State, bij de kennisgevingen van de griffier, de verzoekende partij zou herinneren aan de wettelijke gevolgen van de afwezigheid van antwoord en van het te laat indienen van een antwoord (*Parl.St., Senaat*, 1989-90, nr. 984-1, p. 4 en 43).

Wat de eerste prejudiciële vraag betreft

B.4.1. De vraag noopt tot een toetsing van art. 21, tweede lid, R.v.St.-wet aan de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in zoverre die bepaling «gelijkelijk geldt voor het geval waarin de verzoekende partij, in het raam van het objectief contentieux, tegen een administratieve beslissing een annulatieberoep instelt bij de Raad van State en voor het geval dat, in het raam van het subjectief contentieux, de verzoekende partij bij de Raad van State een cassatieberoep instelt tegen een jurisdictionele beslissing uitgaande van een administratief rechtscollege».

B.4.2. De wetgever vermocht redelijkerwijze te oordelen dat, zowel ten aanzien van de administratieve cassatieberoepen als wat het zogenaamde objectieve contentieux betreft, de duur van de rechtspleging moest worden ingekort en dat alle verzoekende partijen voor de Raad van State blijk moesten geven van een volgehouden belangstelling door tijdig een memorie in te dienen.

Gewis bestaan er verschillen tussen het «objectief» contentieux van de beroepen wegens machtsoverschrijding en het «subjectief» administratief cassatieberoep, maar die verschillen zijn niet van die aard dat zij de wetgever ertoe noodzaken om dienaangaande ook een onderscheid te maken op het stuk van de duur van de rechtspleging en inzonderheid wat de termijn betreft voor het indienen van een memorie door de verzoekende partij en de sanctie op de niet-inachtneming daarvan.

B.4.3. In het licht van de nagstreefde doelstelling, namelijk het inkorten van de rechtspleging, is de maatregel ook ten aanzien van administratieve cassatieberoepen niet kennelijk onevenredig, rekening houdende zowel met de voorafgaande kennisgeving door de griffie van de gevolgen van de afwezigheid van antwoord of de te late indiening ervan, en met de aard van het vormvoorschrift – waaraan kan worden voldaan met het indienen van een memorie met een loutere bevestiging dat in het beroep wordt volhard – alsook met de mogelijkheid voor de verzoekende partij voor de Raad van State om zich in voorkomend geval op overmacht te beroepen.

B.4.4. Hieruit volgt dat de eerste prejudiciële vraag ontkennend moet worden beantwoord.

Wat de tweede prejudiciële vraag betreft

B.5.1. De vraag noopt tot een toetsing van de in het geding zijnde bepaling aan de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang met de artikelen 144 en 145 van de Grondwet en de artikelen 6 en 14 E.V.R.M. «in de mate dat die bepaling stipuleert dat de verzoekende partij die, in een cassatievoorziening tegen een beslissing van een administratief rechtscollege omtrent politieke subjectieve rechten bij de Raad van State, in geval van het te laat indie-

nen van een memorie van wederantwoord, van rechtswege zijn belang bij de procedure verliest, terwijl luidens art. 1094 Ger.W. de verzoekende partij die, in een cassatievoorziening tegen een beslissing van een administratief rechtscollege omtrent politieke subjectieve rechten bij het Hof van Cassatie, te laat gebruik maakt van de mogelijkheid om een memorie van wederantwoord in te dienen, niet de sanctie krijgt opgelegd van het verval van het cassatieberoep».

B.5.2. Er bestaan vergelijkingspunten tussen de cassatierechtsplegingen voor de Raad van State, enerzijds, en het Hof van Cassatie, anderzijds, zij het dat beide instellingen niet eenzelfde bevoegdheid hebben. Rekening houdende evenwel met de exponentiële toevloed aan zaken waarmee de Raad van State werd geconfronteerd en met de groeiende achterstand in de behandeling van de lopende zaken, was het redelijk verantwoord dat de wetgever specifiek voor dat rechtscollege meer stringente maatregelen nam, met name het voorschrift voor de verzoekende partij om blijk te geven van een volgehouden belangstelling door tijdig een memorie van wederantwoord of een toelichtende memorie in te dienen.

B.5.3. De combinatie van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet met de artikelen 144 en 145 ervan leidt niet tot een andere conclusie. Het grondwettelijke onderscheid tussen burgerlijke en politieke rechten is immers niet relevant ten aanzien van het te dezen aangeklaagde verschil in behandeling op het stuk van de rechtspleging.

B.5.4. Aangenomen dat de artikelen 6 en 14 E.V.R.M. van toepassing zijn op de zaak die voor de Raad van State aanhangig is, dan nog moet worden vastgesteld dat art. 21, tweede lid, R.v.St.-wet geen afbreuk doet aan de waarborgen die deze verdragsbepalingen bieden, temeer daar de griffier van de Raad van State de verzoekende partij uitdrukkelijk wijst op de gevolgen van het niet in acht nemen van die verplichting.

B.5.5. De tweede prejudiciële vraag moet ontkennend worden beantwoord.

Wat de derde prejudiciële vraag betreft

B.6.1. De vraag noopt tot een toetsing van de in het geding zijnde bepaling aan de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang met de artikelen 144 en 145 van de Grondwet en de artikelen 6 en 14 E.V.R.M. «in de mate dat die bepaling stelt dat de verzoekende partij, in een cassatieberoep tegen een beslissing van een administratief rechtscollege omtrent subjectieve rechten bij de Raad van State, in geval van het te laat indienen van een memorie van wederantwoord, van rechtswege zijn belang bij de procedure verliest, terwijl, het te laat indienen van een memorie van antwoord door de verwerende partij niet met een gelijkwaardige sanctie wordt beteugeld».

B.6.2. Het onderscheid tussen de maatregel die geldt ten aanzien van een verzoekende partij die de termijnen voor het indienen van een memorie van wederantwoord niet respecteert en de maatregel die geldt ten aanzien van de verwerende partij die nalaat binnen de gestelde termijn een memorie van antwoord in te dienen, is objectief en redelijk verantwoord, rekening houdende met de verschillende uitgangspunten die aan de onderscheiden maatregelen ten grondslag liggen.

Art. 21, tweede lid, R.v.St.-wet houdt een regel in die de voortzetting van het onderzoek van een beroep afhankelijk stelt van de uiting, door de verzoekende partij, van de voortzetting van haar belang. Die maatregel draagt bij tot de beoogde inperking van de achterstand, doordat hij voorkomt dat verder onderzoek wordt gewijd aan zaken waarin de verzoekende partij geacht wordt geen interesse meer te hebben.

Krachtens art. 21, vijfde lid, wordt een te laat ingediende memorie van de verwerende partij ambtshalve uit de debatten geweerd.

De objectief onderscheiden situaties van de verzoekende partij, die moet doen blijken van een volgehouden belang, en van de verwerende partij, ten aanzien van wie het belangvereiste niet bestaat, verantwoord worden op redelijke wijze dat onderscheiden maatregelen worden genomen bij niet-nakoming van die respectieve verplichtingen.

B.6.3. Om de redenen vermeld in B.5.3. en B.5.4, doet de in het geding zijnde bepaling geen afbreuk aan de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, gelezen in samenhang met de artikelen 144 en 145 ervan, of met de artikelen 6 en 14 E.V.R.M.

B.6.4. De derde prejudiciële vraag moet ontkennend worden beantwoord.

Wat de vierde prejudiciële vraag betreft

B.7.1. De vraag noopt tot een toetsing van de in het geding zijnde bepaling aan de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, gelezen in samenhang met de artikelen 144 en 145 van de Grondwet en de artikelen 6 en 14 E.V.R.M., «in de mate dat de toegang tot de rechter en het recht van verdediging in het raam van een cassatieberoep tegen een beslissing van een administratief rechtscollege omtrent subjectieve rechten bij de Raad van State, daardoor niet wordt gegarandeerd, terwijl die belemmering inzake het recht van toegang tot een rechter en het recht van verdediging niet geldt in het raam van een administratief cassatieberoep bij het Hof van Cassatie».

B.7.2. Om de redenen vermeld in B.5.3 en B.5.4 doet de in het geding zijnde bepaling geen afbreuk aan de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, gelezen in samenhang met de artikelen 144 en 145 ervan of met de artikelen 6 en 14 E.V.R.M.

B.7.3. De vierde prejudiciële vraag moet ontkennend worden beantwoord.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 9 OKTOBER 1997

Voorzitter: de h. Verougstraete

Rapporteur: de h. Boes

Openbaar ministerie: de h. De Riemaeker

Advocaten: mrs. Bützler en Verbist

Onrechtmatige daad – Schade en schadeloosstelling – 1. Inkomstenverlies – Tijdelijke arbeidsongeschiktheid – Bruto-inkomsten verminderd met mutualiteitsuitkeringen – Onwettig – 2. Vaststelling van de schade – Ex aequo et bono – Benadeelde die weigert de gegevens bij te brengen waarover hij beschikt en waardoor de schade kan worden vastgesteld

– 3. Economisch waardeverlies van de huisvrouw – Kapitalisatie – Berekening op de waarde van het gekapitaliseerde verlies gedurende één dag – Onwettig

1. De rechter die bij de berekening van de schade door inkomstenverlies tijdens de periode van tijdelijke arbeidsongeschiktheid de vermindering van de sociale lasten niet op het bruto-inkomen uitvoert, maar slechts op het met de mutualiteitsuitkeringen verminderde bruto-inkomen, kent een vergoeding toe voor een andere dan de werkelijk geleden schade.

2. De rechter dient weliswaar het bedrag van de schade *ex aequo et bono* vast te stellen wanneer geen van de partijen elementen voor een juiste vaststelling ervan verschaft of kan verschaffen, maar hij mag zulks niet doen wanneer de partij die beweert benadeeld te zijn, weigert de gegevens bij te brengen waarover zij beschikt en waardoor, hetzij het bedrag van de schade juist kan worden vastgesteld hetzij het *ex aequo et bono* te ramen bedrag zo nauwkeurig mogelijk kan worden bepaald.

3. De rechter die voor de berekening van het economisch waardeverlies van de huisvrouw de kapitalisatiemethode toepast en dit verlies berekend op de waarde van het gekapitaliseerde verlies gedurende één dag, kent aldus noodzakelijk een vergoeding toe die lager is dan de schade die hij zelf bewezen acht.

N.V. A.G.Y. en N.V. Reizen De W. t/ P.

Gelet op het bestreden arrest, op 10 november 1994 gewezen door het Hof van Beroep te Brussel;

Overwegende dat de zaken ingeschreven op de algemene rol onder de nummers C.95.0158.N en C.95.0287.N voorzieningen zijn tegen hetzelfde arrest; dat zij dienen te worden gevoegd;

I. In zake C.95.0158.N.:

Over het eerste middel, gesteld als volgt:

...

Overwegende dat de appèlrechters aan verweerder, als rechtsverkrijgende van R. E., een vergoeding toekennen voor inkomstenderving van het slachtoffer tijdens de periode van tijdelijke arbeidsongeschiktheid en vaststellen dat het verlies bestaat in de derving van het fictief semi-brutoloon, zijnde het brutoloon verminderd met de sociale lasten, berekend tegen 12,07 percent;

Overwegende dat het arrest, door bij de berekening van de schade de vermindering van de sociale lasten niet op het bruto-inkomen uit te voeren, maar slechts op het met de mutualiteitsuitkeringen verminderde bruto-inkomen, een vergoeding toekent voor een andere schade dan de werkelijk geleden schade en aldus de aangewezen wetsbepalingen (art. 1382 en 1383 B.W.) schendt;

Dat het middel gegrond is;

Over het tweede middel, gesteld als volgt:

...

Overwegende dat de appèlrechters de schadevergoeding wegens inkomstenverlies en economisch waardeverlies van de huisvrouw na overlijden, bij ontstentenis van gegevens omtrent het gezinsinkomen, bepalen met inachtneming van de eigen onderhoudskosten van het slachtoffer, *ex aequo et bono* begroot op 50 percent van het eigen inkomen van het slachtoffer;

Overwegende dat het arrest erop wijst dat Peter P. weigerde, ofschoon hij daartoe herhaaldelijk door de eiseres-

sen werd aangemaand, de nodige stavingsstukken van zijn inkomsten over te leggen, zodat het eigen aandeel persoonlijk onderhoud van het slachtoffer niet op het gezamenlijk gezinsinkomen kan worden berekend;

Overwegende dat de rechter het bedrag van de schade weliswaar *ex aequo et bono* dient vast te stellen wanneer geen van de partijen elementen voor een juiste vaststelling ervan verschaft of kan verschaffen, maar dat hij zulks niet mag doen wanneer de partij die beweert benadeeld te zijn, weigert de gegevens bij te brengen waarover zij beschikt en waardoor, hetzij het bedrag van de schade juist kan worden vastgesteld, hetzij het *ex aequo et bono* te ramen bedrag zo nauwkeurig mogelijk kan worden bepaald;

Overwegende dat de benadeelde partij te dezen, zoals uit de bestreden beslissing blijkt, zodanige houding heeft aangenomen dat een zo nauwkeurig mogelijke raming *ex aequo et bono* is uitgesloten;

Dat het middel gegrond is;

Over het derde middel, gesteld als volgt:

...

II. In zake C.95.0287.N.:

Over het eerste middel, gesteld als volgt:

schending van de artikelen 1382 en 1383 B.W.

doordat de appèlrechters verweerders veroordelen tot betaling van een bedrag van 2.003 frank uit hoofde van economisch waardeverlies van de huisvrouw als schade na de uitspraak op grond van de overweging dat «voor de berekening van het economisch waardeverlies van de huisvrouw ook hier een dagvergoeding van 250 frank per dag dient in aanmerking te worden genomen, te verminderen met 50%, zijnde het eigen aandeel persoonlijk onderhoud van het slachtoffer of 125 frank te vermenigvuldigen met de coëfficiënt 16.022, hetzij 2.003 frank»,

terwijl luidens art. 1382 B.W. hij die schade lijdt ten gevolge van de onrechtmatige daad van een ander recht heeft op integrale schadevergoeding; wanneer de feitenrechter voor de berekening van het economisch waardeverlies van de huisvrouw, zoals te dezen de kapitalisatiemethode toepast, hij dit economisch verlies van de huisvrouw op jaarbasis dient vast te stellen, en vervolgens dient te vermenigvuldigen met de kapitalisatiecoëfficiënt; de appèlrechters voor de berekening van het economisch waardeverlies van de huisvrouw een vergoeding van 250 frank per dag in aanmerking nemen en dit verminderen met 50%, zijnde het eigen aandeel persoonlijk onderhoud van het slachtoffer; zij vervolgens dit bedrag vermenigvuldigen met de kapitalisatiecoëfficiënt en aldus nalaten deze dagvergoeding om te zetten in een vergoeding op jaarbasis; de appèlrechters derhalve door de kapitalisatiecoëfficiënt te vermenigvuldigen met de dagvergoeding een bedrag toekennen dat 365 maal kleiner is dan de werkelijk geleden schade en aldus aan eiser minder toekennen dan een integrale schadevergoeding (schending van de art. 1382 en 1383 B.W.);

Overwegende dat de appèlrechters het economisch waardeverlies van de huisvrouw berekenen op de waarde van het gekapitaliseerde verlies gedurende één dag en aldus noodzakelijk een bedrag toekennen dat kleiner is dan de schade die zij zelf bewezen achten;

Dat het middel gegrond is;

...

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 9 FEBRUARI 1999

Voorzitter: de h. Dhayer

Rapporteur: de h. Londers

Openbaar ministerie: de h. du Jardin

Advocaat: mr. Geinger

Hof van assisen – 1. Beraadslaging – 2. Getuige – Burgerlijke partij – Ondervraging onder eed

1. *Overeenkomstig art. 343, tweede lid, Sv. mag de voorzitter van het hof van assisen tijdens de beraadslaging de kamer van de gezworenen alleen binnentreden wanneer hij wordt geroepen door de hoofdman van de jury en hij vergezeld is door de beschuldigde en zijn verdediger, door de burgerlijke partij en haar raadsman, door het openbaar ministerie en de griffier.*

2. *Voor het hof van assisen kan de burgerlijke partij na haar aanstelling in die hoedanigheid en regelmatig als getuige opgeroepen, niet onder eed worden gehoord.*

De omstandigheid dat de naam van deze burgerlijke partij voorkomt op de betekende lijst van getuigen en dat het openbaar ministerie, de beschuldigde of de overige burgerlijke partijen zich niet tegen het verhoor onder eed hebben verzet, doet hieraan niet af. De voorzitter van het hof van assisen kan evenwel krachtens de hem bij de art. 268 en 269 Sv. toegekende discretionaire macht, de burgerlijke partij horen, zonder de eed af te nemen, louter als inlichting.

S. t/ O.M.

Gelet op het bestreden arrest, op 22 oktober 1998 gewezen door het Hof van Assisen van de provincie Limburg;

...

Over het eerste middel:

Overwegende dat overeenkomstig art. 343, tweede lid, Sv. de voorzitter van het hof van assisen tijdens de beraadslaging de kamer van de gezworenen alleen mag binnentreden wanneer hij wordt geroepen door de hoofdman van de jury en hij vergezeld is door de beschuldigde en zijn verdediger, door de burgerlijke partij en haar raadsman, door het openbaar ministerie en de griffier;

Overwegende, te dezen, dat uit het proces-verbaal van de terechtzitting van 22 oktober 1998 blijkt dat in de loop van de beraadslaging van de gezworenen, de voorzitter van het hof van assisen werd geroepen door de hoofdman van de jury en dat hij zich vergezeld door de beschuldigde, zijn verdediger, de raadsman van de burgerlijke partij, het openbaar ministerie en de griffier, naar de kamer der gezworenen heeft begeven;

Dat uit de vermelding in het vermelde proces-verbaal dat «na deze beraadslaging met de rechtsprekende jury allen deze kamer (verlaten) en de beraadslaging van de rechtsprekende jury (wordt) voortgezet in hun afwezigheid», niet kan worden afgeleid dat de voorzitter van het hof van assisen heeft deelgenomen aan de beraadslaging van de gezworenen omtrent de schuldvraag en hij er zich niet tot beperkt heeft, in uitvoering van de hem overeenkomstig art. 267, eerste lid, Sv. verleende opdracht, de gezworenen bij de uitvoering van hun taak te leiden en de zaak waarover zij moeten beraadslagen, uiteen te zetten;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

Over het tweede middel, gesteld als volgt:

...

Overwegende dat voor het hof van assisen de burgerlijke partij, na haar aanstelling in die hoedanigheid en regelmatig als getuige opgeroepen, niet onder eed kan worden gehoord;

Dat de omstandigheid dat de naam van deze burgerlijke partij voorkomt op de betekende lijst van getuigen en dat het openbaar ministerie, de beschuldigde of de overige burgerlijke partijen zich niet tegen het verhoor onder eed hebben verzet, hieraan niet afdoet;

Dat de voorzitter van het hof van assisen evenwel krachtens de hem bij de art. 268 en 269 Sv. toegekende discretionaire macht, de burgerlijke partij kan horen, zonder de eed af te nemen, louter als inlichting;

Overwegende dat uit het proces-verbaal van de terechtzitting van 21 oktober 1998 blijkt dat de op verzoek van het openbaar ministerie gedagvaarde getuigen..., allen gestelde burgerlijke partijen, «ingevolge de discretionaire macht van de voorzitter enkel (werden) gehoord bij wijze van inlichting» en niet onder eed;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

NOOT – *Over de beraadslaging van de jury*

1. Het onderhavige arrest deed me even denken aan de bekende versregel uit «Awater» van Martinus Nijhoff: lees maar, er staat niet wat er staat. Immers, in het proces-verbaal van de terechtzitting van het Limburgse Hof van Assisen staat wel degelijk vermeld dat de voorzitter, geroepen door de hoofdman van de jury, zich vergezeld van de beschuldigde, zijn verdediger, de raadsman van de burgerlijke partij, het openbaar ministerie en de griffier, naar de beraadslagingskamer van de gezworenen heeft begeven en dat «na deze beraadslaging met de rechtsprekende jury, allen de kamer hebben verlaten, waarna de jury verder heeft beraadslaagd, in hun afwezigheid».

2. Hoewel er duidelijk wordt vermeld dat er beraadslaagd werd met de rechtsprekende jury, is het Hof van Cassatie toch van oordeel dat uit deze vermelding niet kan worden afgeleid dat de voorzitter deelgenomen heeft aan de beraadslaging van de gezworenen omtrent de schuldvraag. Waarover heeft hij dan wel mee beraadslaagd?

Toegegeven dat we de voorzitter van het hof van assisen er niet van verdenken duiding te hebben gegeven bij de beoordeling van de schuld, maar worden de bewoordingen van de griffier hier niet te soepel geïnterpreteerd? Of kan de materiële vergissing van de griffier soms worden afgeleid uit de absurditeit van de vermeldingen van het proces-verbaal?

E falso sequitur quodlibet?

A. Vandeplas

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 12 FEBRUARI 1999

Voorzitter: de h. Verougstraete

Rapporteur: mevr. Bourgeois

Openbaar ministerie: de h. De Swaef

Advocaten: mrs. Verbist en Houtekier

Milieu – Oppervlaktewateren – Bijdrageplicht – Onmogelijkheid van tijdige aangifte – Retroactieve verordening – Ambtshalve vaststelling van de bijdrage – Onwettig

Art. 32undecies van de Oppervlaktewaterenwet bepaalt dat de aangifte die door de bijdrageplichtige moet worden gedaan met het oog op het vaststellen van de hoegrootheid van de wegens waterverontreiniging te betalen bijdrage dient te geschieden vóór 15 maart van het betrokken jaar en dit «overeenkomstig het door de Vlaamse Executieve vastgestelde model», bij gebreke daarvan tot ambtshalve vaststelling van de vervuiling en van de te betalen belasting wordt overgegaan. Dit model werd evenwel slechts vastgesteld bij art. 4 van het Besluit van de Vlaamse Regering van 16 mei 1990, en werd pas op 11 juli 1990 in het Belgisch Staatsblad gepubliceerd, met retroactieve werking vanaf 1 januari 1990.

De appèlrechter die oordeelt dat de bijdrageplichtige, ofschoon hij gelet op het bovenstaande geen tijdige aangifte kon doen, niettemin terecht werd belast op basis van de ambtshalve vaststelling van de bijdrage, schendt art. 32 undecies van de Oppervlaktewateren.

N.V. M. t/ Vlaamse Milieumaatschappij

Gelet op het bestreden arrest, op 23 september 1996 gegeven door het Hof van Beroep te Antwerpen;

Over het eerste middel, gesteld als volgt:

schending van art. 149 van de gecoördineerde Grondwet en van de artikelen 32decies en 32undecies, 1° en 5°, van de wet van 26 maart 1971 op de bescherming van de oppervlaktewateren tegen verontreiniging, als laatst gewijzigd door het decreet van 20 december 1989 houdende bepalingen tot uitvoering van de begroting van de Vlaamse Gemeenschap en van het besluit van de Vlaamse regering van 16 mei 1990 houdende vaststelling van de minima der verontreinigende belasting, van de modaliteiten voor de berekening van de verontreinigende belasting volgens de vereenvoudigde methode, alsmede van het model van aangifte bedoeld in de artikelen 32decies en 32undecies, 4° en 5°, van de wet van 26 maart 1971 op de bescherming van de oppervlaktewateren tegen verontreiniging,

doordat het appèlgerecht het verweermiddel van eiseres dat de door verweerster ambtshalve vaststelling van de verplichte bijdrage in de werkings- en beheerskosten van de Vlaamse Maatschappij voor Waterzuivering voor 1990 diende vernietigd te worden wegens het feit dat verweerster haar niet de mogelijkheid heeft gegeven een voorafgaande aangifte in te dienen alvorens tot de ambtshalve vaststelling van de bijdrage over te gaan, wat een substantieel vormgebrek is, afwijst op grond van de overweging dat eiseres niet in haar rechten geschaad werd, omdat zij geen tijdige, namelijk vóór 15 maart 1990, aangifte heeft ingediend en het feit dat zij op 19 januari 1990 op de hoogte werd gebracht van het voorlopig geraamde bedrag van de bijdrage, haar niet zou ont-

slaan van de verplichting om de rechtens vereiste aangifte tijdig in te dienen, en omdat zij ook klaarblijkelijk afzag van het indienen van een aangifte, omdat beide partijen sedert begin januari 1990 kennis zouden hebben gehad van alle relevante cijfers en het sedert 24 januari 1990 duidelijk was dat er slechts één feitelijke betwisting was, nl. de debietmeting van 5 december 1989, en op die grond eiseres veroordeelt tot betaling,

...

terwijl, (...) tweede onderdeel, eiseres onmogelijk de rechtens vereiste aangifte binnen de door art. 32undecies, 5°, Oppervlaktewaterenwet vermelde termijn kon indienen, omdat voornoemde wetsbepaling uitdrukkelijk bepaalt dat de aangifte diende te geschieden «overeenkomstig het door de Vlaamse Executieve vastgestelde model» en dit model pas werd vastgesteld bij art. 4 van het Besluit van de Vlaamse regering van 16 mei 1990 houdende vaststelling van de minima der verontreinigende belasting, van de modaliteiten van de berekening van de verontreinigende belasting volgens de vereenvoudigde methode, alsmede van het model van aangifte bedoeld in de artikelen 32decies en 32undecies, 4° en 5°, van de wet van 26 maart 1971 op de bescherming van de oppervlaktewateren tegen verontreiniging, en dit model samen met het besluit pas op 11 juli 1990 in het Belgisch Staatsblad werd gepubliceerd, het appèlgerecht derhalve de in het middel aangeduide wetsbepalingen schendt;

...

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat het onderdeel het arrest bekritiseert omdat het eiseres veroordeelt een bedrag te betalen, hoewel zij geen regelmatige aangifte kon doen;

Overwegende dat, krachtens art. 32undecies, 5°, van de wet van 26 maart 1971 op de bescherming van de oppervlakten tegen verontreiniging, verweerster ambtshalve de vervuiling kan bepalen als geen tijdige aangifte wordt gedaan, dit is vóór 15 maart van het betrokken jaar;

Dat een tijdige aangifte slechts kon worden gedaan op de wijze die de Vlaamse Executieve bepaalt; dat de Vlaamse Executieve het model van aangifte slechts heeft bepaald bij besluit van 16 mei 1990, zodat eiseres onmogelijk een tijdige aangifte kon doen en dan ook ten onrechte van ambtswege werd belast;

Overwegende dat het arrest weliswaar aanneemt dat de procedure die door verweerster werd gevolgd, onregelmatig was, maar desondanks toch aanneemt dat een belasting die in die omstandigheden wordt geheven, regelmatig is;

Dat het onderdeel gegrond is.

NOOT – Retroactiviteit van wetsbepalingen in conflict met de jurisdictionele waarborgen van de rechtzoekende: een toepassing inzake milieurecht

De feiten en procedurevoorgaanden die aan de basis liggen van voormelde betwisting, kunnen als volgt worden geschetst.

Begin 1990 ontvangt de N.V. M. een brief inhoudende een verzoek tot betaling van de voorlopig vastgestelde bijdrage in de werkings- en beheerskosten van de waterzuiveringsmaatschappijen voor 1990.

De aanleggende partij, huidige verweerster in cassatie, berekent haar vordering door de in het Besluit van de Vlaamse Executieve van 21 december 1983 vastgelegde bereke-

ningscoëfficiënten te vermenigvuldigen met de door haar ambtenaren gemeten hoeveelheid afvalwater in 1989, omgezet in een gemiddeld I.E. (inwonerequivalent).

Het bedrijf protesteert nagenoeg onmiddellijk, omdat de overheid zich bij het bepalen van de hoegrootheid van de bijdrage ten onrechte mede had gebaseerd op een meting van 5 december 1989 die, althans volgens de bijdrageplichtige, manifest onjuist was. Feit is dat de betwiste meting een abnormaal hoog resultaat had gegeven. Immers, in vergelijking met de totaliteit van de overige metingen gespreid over zeventien dagen, waarbij een debiet werd genoteerd gelegen tussen 221 en 1041 m³, werd op de dag van de betwiste meting een debiet gemeten van meer dan het dubbele van de hoogste waarde over de verschillende dagen.

Het bedrijf ging vervolgens over tot betaling van het niet-betwiste gedeelte van de vordering, maar weigerde pertinent de bij brief van 26 oktober 1990, na een ambtshalve vaststelling, gevorderde definitieve bijdrage te voldoen.

Het inmiddels ingediende bezwaarschrift werd evenwel als ongegrond afgewezen, waarna een dagvaarding volgde voor de Rechtbank van Eerste Aanleg, met het oog op de invordering van het nog verschuldigde saldo.

Oorspronkelijk baseerde de eisende partij, huidige verweerster in cassatie, haar vordering op de wet van 26 maart 1971 op de bescherming van de oppervlaktewateren en op het Besluit van de Vlaamse Regering van 21 december 1983 tot vaststelling van de waarde van de omzettingscoëfficiënten in eenheden verontreinigende belasting voor het afvalwater van de nijverheid of andere ondernemingen, maar in de loop van de procedure wijzigde zij de rechtsgrond van haar vordering, die vanaf dan werd art. 32*undecies* van voornoemde wet van 26 maart 1971.

Laatstgenoemde bepaling werd ingevoegd bij decreet van 20 december 1989 houdende bepalingen tot uitvoering van de Vlaamse Gemeenschap (de Oppervlaktewaterenwet). Deze regeling was slechts één jaar van kracht en werd vervangen door art. 58 van het decreet van de Vlaamse Raad van 21 december 1990 houdende begrotingstechnische bepalingen, alsmede bepalingen tot begeleiding van de begroting 1991 (B.S., 29 december 1990).

Hangende het geding liet het bedrijf gelden dat de ambtshalve vaststelling niet was gebeurd overeenkomstig de wettelijke bepalingen terzake, meer bepaald dat zij niet was voorafgegaan door de formele ingebrekestelling tot het verzenden van de aangifte, die – bij gebreke aan spontane aangifte door het bedrijf zelf – dient te geschieden en de N.V. M. aldus niet de mogelijkheid had gehad vooralsnog een aangifte in te dienen. Het was immers slechts indien het bedrijf geen aangifte had gedaan binnen de daartoe voorgeschreven termijn, dat de overheidsinstelling gerechtigd was tot ambtshalve vaststelling over te gaan.

Het Hof van Beroep te Antwerpen volgde deze redenering tot op bepaalde hoogte, maar oordeelde uiteindelijk dat het bedrijf desondanks tot aangifte gehouden was en dat het door niet tot aangifte over te gaan, ofschoon het sedert januari 1990 kennis had van de gevorderde voorlopige bijdrage, afgezien had van zijn recht tot aangifte. Vervolgens kwam het Hof tot het besluit dat, hoewel de procedurevoorschriften inderdaad niet werden nageleefd, dit niet tot de nietigheid van de ambtshalve aanslag kon leiden, omdat de rechten van de bijdrageplichtige *in casu* niet werden geschaad.

Het Hof ging evenwel voorbij aan de vraagstelling noemenswaardig door deze procedureregels beoogde doel. Welnu, het is duidelijk dat het vereiste van voorafgaande ingebrekestelling is ingegeven door de bekommernis de bijdrageplichtige de nodige justitiële waarborgen te verstrekken voor het doen van de aangifte en het vermijden van de ambtshalve vaststelling van de bijdrage.

Volgens de appèlrechter ontsloeg het feit dat het bedrijf reeds sedert januari 1990 in het bezit was gesteld van de voorlopige raming van de verschuldigde bijdrage haar niet van de bij art. 32*undecies* van de Oppervlaktewaterenwet verplicht gestelde aangifte vóór 15 maart. En het is daar dat het schoentje onder meer knelde! Immers, overeenkomstig datzelfde artikel zijn alleen bijdrageplichtige «ondernemingen, instellingen en inrichtingen die zijn aangesloten op een openbare riool of op een moerriool van de Maatschappij en waarvan het afvalwater een grotere verontreinigende belasting heeft dan de minima door de Vlaamse Executieve vastgesteld voor elke categorie van ondernemingen, instellingen en inrichtingen». De kwetsieuze minima werden evenwel, tezamen met het «door de Vlaamse Executieve voorgeschreven aangiftemodel» slechts bij Besluit van de Vlaamse Regering van 16 mei 1990 vastgesteld en pas op 11 juli 1990 in het *Belgisch Staatsblad* gepubliceerd, met retroactieve werking vanaf 1 januari 1990!

Het was m.a.w. *de facto* onmogelijk de rechtens vereiste aangifte in te dienen binnen de door art. 32*undecies*, 5°, van de Oppervlaktewaterenwet bepaalde termijn, omdat de potentiële bijdrageplichtige noch tijdig kon achterhalen of hij daadwerkelijk tot de categorie van de bijdrageplichtigen behoorde noch tijdig over het wettelijk vereiste model kon beschikken.

Bovendien kon evenmin worden beweerd dat de N.V. M. afstand had gedaan van haar recht aangifte te doen, omdat niet eens kon worden uitgemaakt of het bedrijf bijdrage- en dientengevolge aangifteplichtig was.

Door het retroactieve karakter van dit besluit, dat de praktische uitwerking van de toepasselijke wet concretiseerde, werd aldus manifest afbreuk gedaan aan de rechten van de bijdrageplichtige.

Het cassatieberoep werd dan ook gegrond verklaard op basis van de overweging dat «het arrest weliswaar aanneemt dat de procedure die door verweerster werd gevolgd, onregelmatig was, maar desondanks toch aanneemt dat een belasting die in de omstandigheden wordt geheven regelmatig is (...)».

Dit arrest is interessant vanuit verscheidene oogpunten: niet alleen belicht het, zoals hierboven werd geschetst, de procedurele aspecten van het stelsel van heffingen op de waterverontreiniging, zoals het in de betrokken periode gold, maar tevens is het binnen het domein van het milieurecht een mooie illustratie van de gevolgen voor de rechtzoekende van de retroactiviteit van wetbepalingen of andere voorschriften. Naast het Arbitragehof worden de hoven en rechtbanken in toenemende mate geconfronteerd met laatstgenoemde problematiek, en ook in rechtsleer geniet dit onderwerp steeds meer aandacht.

Dat de regelgever zijn onaantastbaarheid (zie Cass., 27 juni 1845, *Pas.*, 1845, I, 592, met conclusie van procureur-generaal Leclercq) gaandeweg heeft verloren, is niet nieuw en kadert in een algemene responsabiliseringstendens.

Deze ontwikkeling wordt in wezen gedragen door drie bewegingen: enerzijds die van de overheidsaansprakelijkheid, aanvankelijk voor handelingen gesteld door de uitvoerende macht (Van Oevelen, A. en Popelier, P., «De aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen voor ondeugdelijke wetgeving», in *Publiekrecht – De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 114-116), later ook door de rechterlijke macht (cfr. Cass., 19 december 1991, *R.W.*, 1992-93, 396) en recenter nog door de wetgevende macht (zie in dit verband: Van Gerven, W., «De normatieve en rechterlijke aansprakelijkheid naar Europees en Belgisch recht», in *Recht halen uit aansprakelijkheid*, Gent, Mys & Breesch, 1993, 410; Cornelis, L., *Beginnelsen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, I, Antwerpen, Maklu, 1989, 216-218; «La responsabilité des pouvoirs publics en droit interne», in *Recht halen uit aansprakelijkheid*, Gent, Mys & Breesch, 1993, 340 e.v.), op gang gebracht door het Flandria-arrest (Cass., 5 november 1920, *Pas.*, 1920, I, 193, met conclusie van procureur-generaal Leclercq); anderzijds is er de toenemende invloed van het internationaal en het Europees recht en van de communautaire rechtspraak (zie in dat verband o.m. Mahieu, M. en Van Drooghenbroeck, S., «La responsabilité de l'état législateur», *J.T.*, 1998, 825 e.v.; Boogaerts, E., «Het Hof van Justitie en de toetsing van nationale wetgeving aan de communautaire grondrechten», *R.W.*, 1991-92, 1247 e.v.).

De terugwerkende kracht van rechtsnormen, die van aard is dat zij de burger in een toestand van onzekerheid brengt, vindt geen genade, althans voor zover zij niet is ingegeven door bijzondere omstandigheden, inzonderheid de goede werking of de continuïteit van de openbare dienst, en dit geldt des te meer wanneer «de terugwerkende kracht van de wetkrachtige norm tot gevolg heeft dat de afloop van een of meer gerechtelijke procedures in een bepaalde zin wordt beïnvloed of dat de rechtscollages worden verhinderd zich uit te spreken over een bepaalde rechtsvraag» (Arbitragehof, 14 januari 1998, *R.W.*, 1998-99, 147). In dat geval, aldus nog het Arbitragehof, «vergt de aard van het in het geding zijnde beginsel dat uitzonderlijke omstandigheden een verantwoording bieden voor dat optreden van de wetgever, dat ten nadele van een categorie van burgers inbreuk maakt op de jurisdictionele waarborgen die aan allen geboden worden».

Ook in het administratief recht vinden we deze probleemstelling terug. Immers, de terugwerkende kracht van overheidsbeslissingen komt hier in aanvaring met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald met het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel (D'Hooghe, D., «De bestuurlijke vrijheid geklemd tussen de beginselen inzake rechtszekerheid, wettigheid en veranderlijkheid», *R.W.*, 1993-94, 1091 e.v.).

Voor wat geschillen met een communautaire inslag betreft, kan worden verwezen naar een recent vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel, waarin uitdrukkelijk wordt gerefereerd aan voormelde beginselen om de terugvordering van retroactief geregulariseerde bijdragen tot de financiering van het «Fonds voor de gezondheid en de productie van de dieren» af te wijzen (Rb. Brussel, 11 mei 1999, verder in dit nummer opgenomen).

In een ander vonnis, gewezen door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel, worden voormelde principes, onder verwijzing naar rechtspraak en rechtsleer evenzo beklem-

toond: «In het rechtszekerheidsbeginsel zelf zit besloten dat het verlenen van terugwerkende kracht aan voor de rechtszoekende nadelige overheidsbeschikkingen als onrechtmatig moet worden beschouwd» (Rb. Brussel, 17 maart 1997, *R.W.*, 1997-98, 261, met noot P. Popelier).

In haar noot onder laatstvermelde uitspraak wijst P. Popelier erop dat de toenemende belangstelling voor de algemene rechtsbeginselen als toetssteen van de regelgeving niet belet dat dit enkel kan binnen bepaalde grenzen: «Omdat de gewone rechter formele wetgeving niet aan de Grondwet kan toetsen, acht hij zich evenmin bevoegd om haar rechtstreeks aan rechtsbeginselen te toetsen. Onrechtstreeks gebeurt dit wel (...). Voor een toetsing door het Arbitragehof is een omweg langs het gelijkheidsbeginsel vereist. Voor een toetsing aan de rechtszekerheid als beginsel van Europees Gemeenschapsrecht, dient het geschil een communautaire dimensie te bevatten (...)» (Popelier, P., «De aansprakelijkheid van de wetgever wegens schending van het rechtszekerheidsbeginsel» (noot onder Rb. Brussel, 17 maart 1997), *R.W.*, 1997-98, 266).

In casu de zaak die aan het geannoteerde cassatiearrest ten grondslag ligt, had het Hof van Beroep vastgesteld dat enerzijds de door aanlegster gevolgde procedure tot inning van de bijdrage onregelmatig was en dat anderzijds N.V. M. nooit een geldige aangifte had gedaan, meer nog had afgezien aangifte te doen, omdat beide partijen sedert januari 1990 kennis hadden van de relevante cijfers, terwijl een en ander enkel mogelijk was na de totstandkoming van het Besluit van de Vlaamse Regering van 16 mei 1990 dat, ingevolge zijn retroactieve werking, met ingang van 1 januari 1990 van kracht was.

Deze gevolgtrekkingen bleken echter niet gebaseerd te zijn op een gerechtvaardigde grondslag, en door de consequenties verbonden aan de terugwerkende kracht van voornoemd Besluit van de Vlaamse Regering, werden de belangen van het bedrijf geschaad. Aldus werd het cassatiemiddel geput uit de onmogelijkheid een geldige aangifte te doen overeenkomstig art. 32*undecies*, 5°, Oppervlaktewaterwet *juncto* art. 4 van voornoemd besluit gegrond verklaard.

Immers, daar de terugwerkende kracht van aan de burger opgelegde voorschriften deze laatsten in hun belangen schaadt, zonder dat hiervoor uitzonderlijke omstandigheden ter verantwoording kunnen worden ingeroepen, vormen de hierop gebaseerde beslissingen zonder meer een aantasting van de aan de burger geboden jurisdictionele waarborgen.

Het geannoteerde arrest komt dan ook zonder meer tegemoet aan de toenemende behoefte van de burger te kunnen vertrouwen op de standvastigheid van het overheidsoptreden en hem te beschermen tegen elke vorm van overheidswillekeur.

Dominique Degreef

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

1e KAMER – 20 APRIL 1998

Voorzitter: de h. Bijl

Raadsheren: de h. Luyckx en mevr. Bax

Advocaten: mrs. Vaes en Van Doorn

Huwelijksvermogensrecht – Wijziging van stelsel – Homologatie – Vordering tot nietigverklaring van akten in het raam van een wijziging van het huwelijksvermogensstelsel opgesteld

Bij een wijziging van het huwelijksvermogensstelsel verleent de rechtbank geen akte aan de overeenkomsten, maar homologeert ze, waardoor ze gaan deel uitmaken van het homologatievonnis. Een echtgenoot kan derhalve de wijziging, en daarbij ook de betreffende overeenkomsten, enkel aanvechten op grond van eventuele buitengewone rechtsmiddelen die hem ter beschikking zouden staan.

W. t/ S.

Overwegende dat het hoger beroep ertoe strekt, bij hervorming van het bestreden vonnis, de oorspronkelijke vordering van appellant tot nietigverklaring van onder meer de tussen partijen gesloten overeenkomsten in het raam van een wijziging van het huwelijkscontract, namelijk de wijzigingsakte, de voorafgaande inventaris en de regelingsakte van 4 december 1984 alsmede de nadien opgestelde akte van vaststelling van de vereffening, te horen inwilligen;

Overwegende dat geïntimeerde concludeert tot de ongegrondheid van het hoger beroep en de bevestiging van het bestreden vonnis;

Overwegende dat het voorwerp van de betwisting hoofdzakelijk betrekking heeft op de vordering van appellant tot nietigverklaring van de akten die tussen partijen werden opgesteld in het raam van een wijziging van een huwelijksvermogensstelsel; dat appellant van oordeel is dat deze akten behept zijn met een gebrek in zijn toestemming omdat hij op de datum van deze akten in 1984 ingevolge een zwaar verkeersongeval van 18 december 1982 handelingsonbekwaam zou zijn geweest; dat geïntimeerde van deze toestand misbruik zou hebben gemaakt, om welke reden hij subsidiair aanspraak maakt op een schadevergoeding van 1.000.000 fr., meer vergoedende interesten; dat hij, meer subsidiair, aandringt om, alvorens verder recht te doen, een geneesheer-deskundige aan te stellen ten einde na te gaan of appellant sedert 18 december 1982 handelingsonbekwaam was; dat geïntimeerde aanvoert dat appellant niet bewijst dat hij op datum van 4 december 1984 handelingsonbekwaam was; dat bovendien er voor de wijziging van het huwelijkscontract een plausibele uitleg zou zijn (investering van gelden afkomstig van haar familie in een gezamenlijke aankoop door partijen van een bouwgrond); dat de nietigverklaring pas zou zijn gevorderd op een ogenblik dat zij de echtelijke woning heeft verlaten;

Overwegende dat na nieuw onderzoek door het Hof de oorspronkelijke vordering van appellant afgewezen blijft; dat appellant geen nieuw argument aanbrengt dat niet door de eerste rechter werd beantwoord;

Overwegende dat, aangezien appellant de nietigverklaring vordert van akten in het raam van een wijziging van het huwelijkscontract, niet zozeer de vraag rijst of hij alsdan al dan niet handelingsbekwaam was; dat veeleer dient te worden onderzocht of appellant deze akten om welke reden ook nog kan betwisten, gelet op de omstandigheden dat deze akten door de rechter werden gehomologeerd (niet betwist);

Overwegende dat de akten in het raam van een wijziging van het huwelijksvermogensstelsel in de eerste plaats door

de partijautonomie worden beheerst: het verzoek tot wijziging van het huwelijkscontract berust op het akkoord van partijen; dat dus de toestemming van de echtgenoten een essentieel bestanddeel is van de wijziging; dat evenwel de partijautonomie niet uitsluitend geldt: de rechter homologeert deze overeenkomsten en hecht er dus zijn goedkeuring aan; dat derhalve de homologatie een essentiële formaliteit is waarvan de wijziging van het huwelijksvermogensstelsel afhangt (art. 1395 B.W.); dat bij de verschijning in raadkamer van de partijen de rechtbank onderzoek of de echtgenoten werkelijk de wijziging van het huwelijksvermogensstelsel wensen en of ze de gevolgen van hun overeenkomsten beseffen; dat tevens wordt nagegaan of geen afbreuk wordt gedaan aan de belangen van het gezin of van de kinderen dan wel aan de rechten van derden; dat het toezichtsrecht van de rechtbank dus niet beperkt is tot het controleren of partijen de door de wet voorgeschreven formaliteiten hebben vervuld, met name de opstelling van de voorafgaande akten; dat zij niet alleen het bestaan van deze overeenkomsten vaststelt maar ook een inhoudelijke controle doet; dat door de bekrachtiging door de rechtbank de overeenkomsten, waarvan de vernietiging wordt gevraagd, van het homologatievonnis gaan deel uitmaken; dat aan dit vonnis door appellant uitvoering werd gegeven, omdat hij na de homologatie aan de akte van vaststelling van de vereffening heeft meegewerkt;

Overwegende dat samenvattend dient te worden gesteld dat de wijziging van het huwelijksvermogensstelsel een akte van de rechterlijke overheid is: de rechter verleent geen akte aan de overeenkomsten, maar hij homologeert ze; dat derhalve appellant de wijziging enkel kan aanvechten op grond van eventuele buitengewone rechtsmiddelen die hem ter beschikking zouden staan;

Overwegende dat, gelet op het bovenstaande de door appellant subsidiair gevorderde onderzoeksmaatregel als niet dienend moet worden afgewezen;

Overwegende dat, gelet op de rechterlijke controle, appellant bezwaarlijk kan stellen als zou geïntimeerde van zijn geestestoestand misbruik hebben gemaakt;

Overwegende dat, voor zover appellant de nietigverklaring vordert van alle akten gesloten tussen hemzelf en derden, hij deze vordering niet kan instellen tegen geïntimeerde, die geen partij was; dat overigens de derden in de procedure dienden te worden betrokken.

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

8e KAMER – 15 JULI 1998

Voorzitter: de h. Blondeel

Advocaten: mrs. D'Udekem D'Acoz, Van Nevel en Borré

1. Pacht – Recht van voorkoop – Overdracht van recht van voorkoop – Overeenkomst tussen pachter en overnemer van recht van voorkoop tot minnelijke beëindiging van de pacht onder opschortende voorwaarde van definitieve toewijzing van het verpachte goed aan de overnemer – Retroactieve werking van vervulling van de voorwaarde – Verlies van recht van voorkoop – Doel van overdracht van recht van voorkoop vreemd aan Pachtwet – Misbruik van recht – 2. Mis-

bruik van recht – Sanctie – Herstel in natura – Indeplaatsstelling – Belangenafweging – Enkel rechtmatige belangen in rekening te brengen

1. *Indien vóór de overdracht van het recht van voorkoop tussen de pachter en de overnemer reeds een overeenkomst is gesloten tot minnelijke beëindiging van de pacht onder de opschortende voorwaarde van de definitieve toewijzing van het verpachte goed aan de overnemer, heeft de retroactieve werking van de vervulling van de voorwaarde tot gevolg dat de pachter met ingang van die datum, krachtens art. 52, 7° juncto art. 14 Pachtwet, zijn recht van voorkoop verliest, zodat hij het nadien ook niet meer kan overdragen.*

De overdracht van het recht van voorkoop aan een willekeurige derde, als bedoeld in art. 48bis Pachtwet, werd door de wetgever ingevoerd teneinde de pachter de bedrijfszekerheid te bezorgen die hem door een vermogende koper kan worden geboden. In de logica van zo'n overdracht is de pachter verplicht om de exploitatie gedurende negen jaar verder te zetten.

De techniek van de overdracht van het recht van voorkoop werd te dezen enkel aangewend om de kandidaat-koper met het hoogste bod uit te sluiten en de begunstigde van de overdracht van verder opbod te sparen. De overdracht werd hem enkel benut om een doel na te streven dat volledig vreemd is aan het doel waarvoor art. 48bis Pachtwet werd ingesteld en berust zodoende op een zuivere afwending van een doelgebonden recht en houdt dus misbruik van recht in.

2. *De door rechtsmisbruik uitgewonnen koper dient niet perse met de toekenning van schadevergoeding vrede te nemen. Zijn schade kan adequaat worden vergoed door hem bij wege van herstel in natura in de plaats van de koper te stellen.*

Indien te dezen belangen dienen te worden afgewogen, dan kan slechts met rechtmatige belangen rekening worden gehouden.

Van der R. t/ De B. en B.

Gelet op de gedingstukken waaronder een afschrift van de bestreden beschikking die op 5 september 1997 op tegenspraak werd uitgesproken door de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel in kort geding, beslissing waarvan geen akte van betekening wordt overgelegd en waartegen tijdig een regelmatig hoger beroep werd ingesteld, bij verzoekschrift dat op 5 november 1997 werd neergelegd ter griffie van het hof;

...

De belangrijkste feiten en de vordering

Op 24 juni 1996 werd ten verzoeken van het O.C.M.W. Brussel de «...hoeve» met gronden gelegen te Linkebeek en te Ukkel, openbaar verkocht en toegewezen aan appellante tegen betaling van 22.000.000 frank plus kosten; in de toewijzingsakte werd gesteld dat de toewijzing gebeurde onder de opschortende voorwaarde dat de pachter zijn recht van voorkoop niet zou uitoefenen binnen de wettelijke termijn van tien dagen, zulks nadat de notaris op de koopdag had vastgesteld dat de aanwezige pachter zijn antwoord in beraad had gehouden;

Op 4 juli 1996 werd de hoeve evenwel definitief toegewezen aan de geïntimeerden, nadat dezen ten overstaan van no-

taris N. hadden verklaard het voorkooprecht uit te oefenen dat hen diezelfde dag even voordien ten overstaan van voormelde notaris door pachter De D. was overgedragen op grond van art. 48bis van de Pachtwet; diezelfde partijen hadden op 1 juli 1996 al een onderhands geschrift ondertekend, waarin de overdracht van het voorkooprecht werd bedongen met het oog op de uitoefening ervan;

Reeds vóór de voorwaardelijke toewijzing aan geïntimeerden hadden geïntimeerden en de pachter op 21 juni 1996 evenwel overeenkomst onder opschortende voorwaarde ondertekend, waarin werd bedongen dat de pachtovereenkomst werd beëindigd met ingang van de dag waarop de hoeve definitief zou zijn toegewezen aan eerstgenoemden; er werd onder meer bedongen dat De D., die nadrukkelijk verklaarde dat hij de exploitatie niet wenste verder te zetten, een levenslang recht van bewoning kreeg, mits door hem nader te preciseren prestaties in en rond de hoeve, mits een brutoloon van 15.533 frank, dat na vier jaar zou stijgen tot 20.000 frank per maand;

...

In een brief van 2 juli 1996 aan notaris N. stelde de raadsvrouw van appellante dat de pachter op de koopdag had te kennen gegeven dat hij zijn voorkooprecht niet wenste uit te oefenen – er werd verwezen naar getuigen – en dat diens gevolgde diens recht was vervallen, waarna de biedingen werden voortgezet en aan appellante werd toegewezen.

...

Eerder nog, op 19 juni 1996, had pachter De D. in een brief aan een ander gegadigde koper (R.) nadrukkelijk gesteld dat hij in geen enkel geval zijn recht van voorkoop zou uitoefenen; het gegeven dat hij geenszins van plan was om de exploitatie verder te zetten werd door de pachter bevestigd in een brief van 22 mei 1997 aan geïntimeerden, alsook in een brief van 14 oktober 1997 aan de vrederechter te Sint-Genesius-Rode, die werd gediëerd, omdat het O.C.M.W. te Brussel bleef talmen met de nodige en voorheen toegezegde instemming met betrekking tot de overdracht van de pachtrechten op ongeveer 33 hectare grond bij de verkochte hoeve;

Overwegende dat de geïntimeerden plannen koesteren om het omvangrijke woongebouw van de hoeve terdege te renoveren en te herschikken volgens plannen die dateren van 15 oktober 1996; dat de bouwvergunningsaanvraag werd ingediend op 13 januari 1997 en de vergunning hen werd toegekend op 12 juni 1997; dat appellante op 13 augustus 1997 de Raad van State heeft gediëerd met een verzoek tot schorsing en vernietiging van de verleende vergunning, maar hieromtrent nog niet werd beslist;

Overwegende dat appellante inmiddels op 19 november 1996 een geding ten gronde heeft ingesteld, waarbij hij vordert dat voor recht zou worden gezegd dat pachter De D. bij de uitoefening van zijn recht van voorkoop zijn recht om het recht van voorkoop over te dragen heeft afgewend van zijn wettig doel, als bedoeld in de artikelen 48.2 en 48bis van de Pachtwet, door het uitoefenen ervan ten voordele van de echtgenoten De B.-B. (geïntimeerden) en dat die onwettige uitoefening en overdracht zouden worden vernietigd; dat hij diens gevolgde de vernietiging vordert van de definitieve toewijzing op 4 juli 1996 door notaris N. aan de geïntimeerden en van het proces-verbaal dat deze toewijzing vaststelt;

De grond van de vordering

Overwegende dat appellant zijn vordering situeert in de context van een door hem reeds voor de bodemrechter ingesteld geding en hij meer bepaald beoogt dat het *status quo* zou gehandhaafd blijven wat de bouwkundige staat van de (...) -hoeve betreft, in afwachting dat over de geldigheid van de definitieve toewijzing van 4 juli 1996 van het geveild goed zal zijn beslist;

Overwegende dat uit de formulering van de eis voor de bodemrechter blijkt dat, indien de vordering door deze rechter wordt ingewilligd, appellant als begunstigde van de toewijzing van 24 juni 1994 dient te worden beschouwd, nu de opschortende voorwaarde bij hypothese dan zal zijn vervuld: de niet-uitoefening van het recht van voorkoop binnen de wettelijke termijn; dat uit de feiten en middelen die binnen het bestek van onderhavig kort geding worden aangevoerd blijkt dat appellant de hoogste bieder was op een openbare verkoping die op 4 juli 1996 werd gehouden, maar niettemin definitief werd toegewezen aan geïntimeerden tegen de door hem geboden prijs, zodat appellant uitgewonnen kandidaat-koper was en hoedanigheid heeft om onderhavige vordering in te stellen; dat indien de geformuleerde grieven op het eerste gezicht gegrond zouden voorkomen, de gevorderde maatregel adequaat is om het *status quo* te handhaven, zodat het gevorderde in beginsel in aanmerking kan worden genomen;

Overwegende dat geïntimeerden op 21 juni 1996 onder opschortende voorwaarden hebben gecontracteerd met pachter De D. en die overeenkomst werd betiteld als «beëindiging van de pacht onder opschortende voorwaarde» (vertaling door het hof); dat na een uiteenzetting van de motieven die partijen tot het akkoord bewogen, werd gestipuleerd dat de pacht zonder meer werd beëindigd op de dag waarop de verkoop definitief zou worden ten voordele van de heer en mevrouw De B. en dat De D. bijgevolg de verkochte goederen vrij ter beschikking van laatstgenoemden zou stellen op de voormelde dag; dat als opschortende voorwaarde voor het geheel werd gesteld dat het geveilde onroerend goed – hoeve en aanpalende gronden – definitief zou worden toegewezen aan het echtpaar De B. en dat in geval van vervulling van de voorwaarde de overeenkomst zonder meer al haar gevolgen zou sorteren;

Overwegende dat uit de uiteenzetting van de voormelde motieven van die partijen blijkt dat de pachter zijn exploitatie definitief wenste te beëindigen, maar hij ter plaatse wenste te blijven wonen en er een bezigheid in openlucht wenste uit te oefenen;

Overwegende dat de opschortende voorwaarde in de overeenkomst van 21 juni 1996 niet anders lijkt te kunnen worden begrepen dan dat de overeenkomst uitwerking zou krijgen indien het geveilde goed definitief aan geïntimeerden zou worden toegewezen; dat van «rechtstreekse toewijzing», d.w.z. zonder dat de verwerving zou gebeuren op grond van een overdracht van het recht van voorkoop geen sprake was;

Overwegende dat de voormelde partijen aldus sedert 21 juni 1996 geldig waren verbonden, maar de uitvoering van de overeenkomst opgeschort bleef totdat de voorwaarde in vervulling zou gaan; dat het hen vrij stond te bedingen omtrent de retroactieve werking van de vervulling van de voorwaarde en zij desbetreffend hebben gesteld dat de opgeno-

men verbintenissen uitwerking kregen «op de datum van de dag waarop de verkoop definitief zal geworden zijn»;

Overwegende dat de voorwaarde op 4 juli 1996 in vervulling is gegaan, omdat het geveilde goed op die dag aan geïntimeerden werd toegewezen; dat dientengevolge de pacht-overeenkomst die De D. met de verkoper verbond, werd beëindigd met ingang van 4 juli 1996;

Overwegende dat de pachter eerst op 4 juli 1996 zijn recht van voorkoop heeft overgedragen aan geïntimeerden in de vorm voorgeschreven in art. 48.2 Pachtwet;

Overwegende dat ingevolge de vervulling van de opschortende voorwaarde met ingang van die dag de pacht evenwel reeds was beëindigd; dat krachtens art. 52.7°, *juncto* 14 Pachtwet de pachter zijn recht van voorkoop verliest in geval van minnelijke beëindiging van de lopende pacht die is vastgesteld in een authentieke akte, zoals te dezen gebeurde;

Overwegende dat aldus op het eerste gezicht dient te worden besloten dat pachter De D. op 4 juli 1996 zijn recht van voorkoop niet meer kon overdragen, aangezien hij het ingevolge de pachtbeëindiging met ingang van die dag was verloren;

Overwegende dat geïntimeerden aldus door notaris N. op 4 juli 1996 niet op wettige wijze konden worden aangewezen als begunstigten van de definitieve toewijzing van de hoeve op grond van de uitoefening van een recht van voorkoop dat hen schijnbaar niet meer kon worden overgedragen;

Overwegende dat, afgezien van de incidentie van de retroactieve uitwerking van de opschortende voorwaarde een summier onderzoek van de gebeurtenissen die tot de toewijzing van 4 juli 1996 hebben geleid, ook steun lijkt te bieden voor het standpunt van appellant dat de overdracht van het recht van voorkoop – gesteld dat het nog kon worden overgedragen – ook niet is gebeurd in de voorwaarden die door de wet zijn gesteld;

Overwegende dat de overdracht van het recht van voorkoop aan een willekeurige derde, als bedoeld in art. 48bis Pachtwet, door de wetgever op 7 november 1988 is ingesteld teneinde de pachter bedrijfszekerheid te bezorgen die hem door een vermogende koper kan worden geboden (zie E. Stassijns, *Pacht*, in *A.P.R.*, 1997, 523); dat in de logica van zo'n overdracht de pachter de verplichting heeft om de exploitatie gedurende negen jaar verder te zetten;

Overwegende dat te dezen evenwel van meet af aan vaststond dat de vraag naar de bedrijfszekerheid van de pachter niet aan de orde was, omdat hij nadrukkelijk had gesteld, onder meer in de notariële overeenkomst die hem met geïntimeerden verbond, dat hij zijn exploitatie definitief wenste te beëindigen;

Overwegende dat trouwens precies om reden dat de exploitatie zou worden beëindigd, de geïntimeerden op 21 juni 1996 met de pachter hebben gecontracteerd, onder meer over de beëindiging van de pacht;

Overwegende dat geïntimeerden dus wisten of minstens dienden te weten dat de pachter niet aan de wettelijke voorwaarden kon voldoen om hen zijn voorkooprecht over te dragen en dus bij voorbaat vaststond dat de overdracht van dit recht niet anders kon dan met schending van de imperatieve voorschriften van art. 48bis pachtwet.

Overwegende dat de feiten lijken te bevestigen dat de pachter zijn recht van voorkoop helemaal niet wenste uit te oefenen;

fenen – hetgeen hij reeds in een brief van 19 juni 1996 aan R. had geschreven – maar dat hij dit evenmin wenste over te dragen; dat de techniek van de overdracht dus enkel werd aangewend, niet om het doel van de wet na te streven, maar om de kandidaat-koper die het hoogste bod had uitgebracht een pad in de korf te zetten en de begunstigde van de overdracht van verder opbod te sparen;

Overwegende dat appellant aldus niet onterecht lijkt aan te voeren dat de overdracht van het recht van voorkoop uitsluitend werd benut om een doeleinde na te streven dat volledig vreemd is aan het doel waarvoor art. 48bis Pachtwet werd ingesteld, zodoende berust op zuivere afwending van een doelgebonden recht en dus misbruik van recht inhoudt;

Overwegende dat de rechten van de geweerde kandidaat-koper, hoewel niet uitdrukkelijk in de Pachtwet geregeld, adequate bescherming verdienen; Overwegende dat de uitgewonnen koper niet *per se* met de toekenning van schadevergoeding vrede dient te nemen, maar zijn schade adequaat kan worden vergoed door hem bij wege van herstel *in natura* in de plaats te stellen van de koper (vgl. E. Stassijns, *o.c.*, nr. 555 en de daar geciteerde rechtspraak);

Overwegende dat geïntimeerden in dit verband onterecht verwijzen naar het feit dat zij reeds een investering deden van 25 miljoen frank; dat, indien te dezen belangen dienen te worden afgewogen, het nadeel van een dreigende vruchteloze belangrijke investering het gevolg is van een door hen zelf genomen risico – schijnbaar op advies van de optredende notarissen N. en D. – in een beslissingsproces waarvan de onregelmatigheid hen niet kon ontgaan, terwijl het slechts met rechtmatige belangen rekening kan worden gehouden;

Legt geïntimeerden verbod op om betreffende de eigendom, het gebruik of het genot van de voormelde hoeve enig persoonlijk of zakelijk recht toe te staan aan derde personen;

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

10e KAMER – 30 OKTOBER 1998

Voorzitter: de h. Van Craen

Raadsheren: de hh. Lenders en Van Leuven

Openbaar ministerie: de h. Van Der Straten

Advocaat: mr. Beelen

1. Huiszoeking – Heterdaad – Aanhorigheden – 2. Weerspannigheid – Onwettige huiszoeking – Klaarblijkelijke onwettigheid

1. De toestand van vaststelling van een misdrijf bij heterdaad, ontstaan bij de betrapping van een stropers door een boswachter, blijft voortduren wanneer deze boswachter de stropers, die geen identiteitskaart bij zich heeft, meeneemt naar een nabijgelegen rijkswachtbrigade, waar de stropers eerst wordt geïdentificeerd, en de boswachter zich dan, na overleg met de procureur des Konings, samen met een opperwachtmeester van de rijkswacht naar de woning van de stropers begeeft om er een huiszoeking uit te voeren.

De huiszoeking, die wordt uitgevoerd op grond van de bijzondere wettelijke regeling bij heterdaad, kan enkel betrekking hebben op de woning van ouders, mededaders of medeplich-

tigen aan de op heterdaad vastgestelde feiten. Een dergelijke huiszoeking kan dus niet gebeuren in stullen met aanhorigheden bij de woning van een op heterdaad betrapte stropers, die door deze laatste reeds vroeger waren weggeschonken aan zijn zoon, die daar zijn beroepsactiviteiten uitoefent.

2. Weerspannigheid door de bewoner naar aanleiding van het uitoefenen van een onwettige huiszoeking is alleen gerechtvaardigd wanneer het een klaarblijkelijk onwettige huiszoeking betreft.

O.M. t/ S. en S.

...

De onwettige huiszoeking

Overwegende dat uit het proces-verbaal nr. HA blijkt dat de opsteller ervan, de genaamde L. H. wachter van waters en bossen, op 10 oktober 1995 te 10u04' beklaagde J. S. op heterdaad betrapte toen hij een reeds geplaatste strop weer klaarmaakte om er reewild mee te vangen;

Overwegende dat dit feit, dat samen met de feiten van 7 september 1994 het voorwerp uitmaakt van de tenlastelegging E, op een rechtsgeldige wijze werd vastgesteld;

Overwegende dat beklaagde J. S., na op heterdaad te zijn betrapt, vrijwillig de wachter van waters en bossen vergezelde naar de rijkswachtbrigade van O.; dat na aankomst aldaar omstreeks 10u25, beklaagde J. S. – niet in het bezit zijnde van zijn identiteitskaart – zijn volledige identiteit kenbaar maakte en een korte verklaring aflegde waarna de substituit van de procureur des Konings te H. omstreeks 11 u op de hoogte werd gebracht;

Overwegende dat L. H., die als wachter van waters en bossen wel de hoedanigheid heeft van officier van gerechtelijke politie, maar niet van hulpofficier van de procureur des Konings, zich vervolgens liet vergezellen van opperwachtmeester G. G. om op het adres, waar beklaagde J. S. woonde, tot een huiszoeking over te gaan; dat deze huiszoeking een aanvang nam om 12u30, d.w.z. amper vijf minuten na de aankomst aan de woning om 12u25;

Overwegende dat uit deze gegevens blijkt dat de betrokken wachter van waters en bossen en de rijkswachter onmiddellijk zijn opgetreden na de betrapping op heterdaad om 10u04 en dat er, abstractie makend van de tijd die nodig was om zich eerst naar de rijkswachtbrigade en vervolgens naar de woning van beklaagde te begeven, geen onderbreking is geweest in de opsporingen tussen het ogenblik van de betrapping en de aanvang van de huiszoeking om 12u30; dat de toestand van heterdaad, die ontstond om 10u04, derhalve nog steeds voortduurde om 12u30, toen met de huiszoeking werd begonnen; dat het dan ook aan opperwachtmeester G. G., hulpofficier van de procureur des Konings, toegestaan was om in het gezelschap van L. H., wachter van waters en bossen, tot een huiszoeking over te gaan, zonder dat hiervoor een bevel van de onderzoeksrechter vereist was;

Overwegende dat tijdens de huiszoeking in de stallen en de aanhorigheden ervan, twee mistnetten, zeventien lokkooien, één klepkooi en twee vangkooien alsmede beschermde vogels, namelijk twee putters en een kneu, werden aangetroffen; dat deze voorwerpen en dieren uitsluitend betrekking hebben op de feiten A, B en C, ten laste gelegd van be-

klaagde L. S., en niet op het op heterdaad vastgestelde feit E, ten laste gelegd van beklaagde J. S.;

Overwegende dat uit een akte, verleden op 12 maart 1992 voor notaris P. B. te N., blijkt dat beklaagde J. S. op voormelde datum deze stallingen en aanhorigheden schonk aan beklaagde L. S., en dat laatstgenoemde deze schenking aanvaardde; dat beklaagde L. S. bijgevolg sedert 12 maart 1992 eigenaar is van de stallingen, waarin hij zijn beroepsactiviteiten uitoefend, en van de aanhorigheden ervan;

Overwegende dat de huiszoeking, voor zover ze werd uitgevoerd in de stallingen en de aanhorigheden ervan, dan ook onwettig is; dat immers, wanneer, zoals te dezen, een misdrijf op heterdaad werd vastgesteld t.a.v. een bepaalde beklaagde, hierdoor niet het recht ontstaat om ook tot een zoeking over te gaan bij derden die geen mededader of medeplichtige zijn aan de op heterdaad vastgestelde feiten; dat bijgevolg met de bewijzen, vergaard tijdens de onwettige huiszoeking, geen rekening wordt gehouden bij de beoordeling van de schuld van beklaagde L. S. aan de feiten van de tenlasteleggingen A, B en C.

Overwegende dat beklaagde L. S. zich hevig verzette tegen het betreden van zijn stallingen en dat hij pas doorgang verleende aan de onderzoekers nadat ze hem hadden meegedeeld dat hij zou worden gearresteerd indien hij in zijn verzet persisteerde; dat in die omstandigheden het verlenen van doorgang niet kan worden beschouwd als een toestemming die aan de huiszoeking haar onwettig karakter ontnemt;

De schuld van de beklaagden

Overwegende dat eerste beklaagde L. S. vrijgesproken dient te worden voor de feiten van de tenlasteleggingen A, B en C, omdat er met betrekking tot deze feiten geen andere bewijzen voorhanden zijn dan die welke werden vergaard tijdens de onwettige huiszoeking;

Overwegende dat het, rekening houdende met het door beklaagd J. S. opgegeven adres, aannemelijk is dat de onderzoekers in de mening verkeerden dat niet alleen het woonhuis, maar ook de stallingen en de aanhorigheden ervan aan deze beklaagde toebehoorden en dat het hun niet ten kwade kan worden geduid dat zij geen kennis hadden van de notariële akte van 12 maart 1992 waarbij de stallingen en de aanhorigheden aan beklaagde L. S. werden geschonken; dat het dan ook geen klaarblijkelijke onwettige huiszoeking betreft, zodat de feiten van weerspanning, die aan het betreden van de stallingen voorafgingen, niet gerechtvaardigd of verschoond worden; dat de schuld van beklaagde L. S. aan de feiten van de tenlastelegging F derhalve bewezen is gebleven;

Overwegende dat de feiten van de tenlastelegging E, zowel die van 7 september 1994 als die van 10 oktober 1995, op een rechtsgeldige wijze werden vastgesteld en dat de inhoud van de erop betrekking hebbende processen-verbaal niet wordt weerlegd door de volstrekt ongeloofwaardige verklaringen van beklaagde J. S.;

Overwegende dat de feiten van 10 oktober 1995 bovendien reeds waren vastgesteld toen de deels onwettige huiszoeking een aanvang nam;

Overwegende dat de feiten van de tenlastelegging D, na een nieuw onderzoek door het hof, niet meer bewezen zijn gebleven, zodat beklaagde J. S. hiervoor dient te worden vrijgesproken;

...

NOOT — Boswachters, zoeking in aanhorigheden en weerspanning

1. Een stroper wordt door een boswachter op heterdaad betrapt bij het plegen van een jachtmisdrijf. De boswachter begeeft zich met de stroper, die geen identiteitskaart bij zich heeft, naar een nabijgelegen rijkswachtbrigade, waar de stroper eerst wordt geïdentificeerd. Na overleg met de procureur des Konings, begeeft de boswachter zich samen met een opperwachtmeester van de rijkswacht naar de woning van de stroper, om aldaar een huiszoeking uit te voeren.

Deze huiszoeking beperkt zich niet tot de woning zelf, maar behelst ook de bij de woning gelegen stallen met aanhorigheden. Wanneer de boswachter en de opperwachtmeester deze stallen met aanhorigheden willen betreden, stuiten zij op zwaar verzet van de zoon van de op heterdaad betrapte stroper.

Uiteindelijk treden zij toch binnen en treffen daar zowel wederrechtelijk gevangen gehouden beschermde vogels aan als verboden tuigen dienstig voor het vangen van vogels.

2. Nadien blijkt echter dat de op heterdaad betrapte stroper enige jaren voordien zijn stallen met aanhorigheden had weggeschonken aan zijn zoon, die daar nu zijn beroepsbezigheden uitoefent. Het is deze zoon, die zich sterk had verzet tegen het betreden van de stallen met aanhorigheden door de boswachter en de opperwachtmeester, en de daar gevonden beschermde vogels en verboden tuigen horen klaarblijkelijk ook aan deze zoon toe.

3. Vader en zoon worden samen vervolgd: de vader wegens het op heterdaad vastgestelde jachtmisdrijf, en de zoon zowel wegens de in de stallen met aanhorigheden vastgestelde overtredingen op de wetgeving inzake vogelvangst, als wegens weerspanning n.a.v. de huiszoeking.

4. In eerste aanleg worden alle feiten bewezen verklaard. In hoger beroep meent het Hof van Beroep te Antwerpen echter dat de zoeking in de stallen met aanhorigheden nietig was, gelet op het feit dat deze gebouwen eigendom zijn van de zoon, die daar ook zijn beroepsactiviteiten uitoefent. De huiszoeking, uitgevoerd op grond van de bijzondere regelen bij vaststelling op heterdaad van een misdrijf, zou het immers enkel mogelijk maken om de woning van de verdachte zelf te betreden, en zou niet toestaan dat zoekingen plaatshebben in gebouwen van derden die geen mededader of medeplichtige zijn aan de op heterdaad vastgestelde feiten.

5. Hoewel de zoeking in de stallen met aanhorigheden dus als onwettig van de hand wordt gewezen, veroordeelt het hof van beroep dan toch de zoon wegens weerspanning n.a.v. deze onwettige zoeking. Het hof meent dat het aannemelijk is dat de boswachter en de opperwachtmeester geen kennis hadden van het feit dat de stallingen en aanhorigheden aan de zoon toebehoorden en door hem werden uitgebaat in het raam van zijn beroepsactiviteiten. Het zou dan ook niet gaan om een *klaarblijkelijk* onwettige huiszoeking, en in een dergelijk geval zou weerspanning n.a.v. zulke zoeking strafbaar blijven.

6. Wij kunnen het met deze uitspraak niet eens zijn.

Allereerst speelt het inzake huiszoeking totaal geen rol wie nu precies de eigenaar(s) is of zijn van de woning met aanhorigheden, die het voorwerp van de zoeking uitmaakt

(Viaene, L., *Huiszoeking en beslag in strafzaken*, in *A.P.R.*, Brussel, Larcier, 1962, p. 53-54, nr. 37). Bij de huiszoeking gaat het om het wooncomplex, waar de betrokkene gehuisvest is, met inbegrip van de tot dit complex behorende stallen, aanhorigheden, bergingen, erven en tuinen (Verstraeten, R., *Handboek strafvordering*, Antwerpen, Maklu, 1993, p. 124-125, nr. 308). Dit alles vormt één beschermd geheel, ongeacht wie daarvan nu de eigenaar(s) is of zijn.

Het feit dat de verschillende samenstellende delen van dit ene wooncomplex juridisch toebehoren aan verschillende eigenaars, is hier dan ook zonder belang. Wie ingevolge een bevel tot huiszoeking, of op grond van de bijzondere wettelijke regeling bij heterdaad, dit wooncomplex mag doorzoeken, mag dan ook alle verschillende samenstellende delen ervan aan de zoeking onderwerpen en moet zich niets aantrekken van het feit wie nu de eigenaar is van het geheel of van de verschillende samenstellende delen.

7. Is dit anders wanneer de aanhorigheden van een woning in gebruik zijn gegeven aan een derde? Ons inziens hangt alles hier af van het feit of deze aanhorigheden nog deel uitmaken van het in zijn geheel beschermde wooncomplex.

Het feit dat ik mijn buurman toestemming geef om in een leegstaande stal bij mijn woning zijn caravan te plaatsen of om mijn schuur te gebruiken om daarin zijn hobby (bv. edelsmeedwerk) te beoefenen, brengt in de regel niet mee dat deze aanhorigheden daarom geen deel meer uitmaken van het wooncomplex waarin ik gehuisvest ben.

Anders wordt het uiteraard wanneer ingevolge het verkopen van de aanhorigheden of het in gebruik geven ervan aan een derde, deze gebouwen feitelijk worden afgezonderd van het wooncomplex en een eigen entiteit gaan uitmaken die geen deel meer vormt van dit wooncomplex. In een dergelijk geval heeft de toelating tot huiszoeking geen betrekking meer op deze afgezonderde plaatsen, die dan trouwens ook geen "aanhorigheid" meer vormen van het te onderzoeken wooncomplex.

Of aan derden verkochte of in gebruik gegeven delen van een wooncomplex er al dan niet nog een eenheid mee vormen, is een feitenkwestie die op basis van de voorhanden zijnde plaatstoestand zal dienen te worden beoordeeld (bv. aanwezigheid van afsluiting, eigen oprit, eventuele reclameborden, enz.).

Het hof van beroep kon hier dus louter op basis van het toebehoren van de stallen tot aanhorigheden aan de zoon, en van het gebruik door hem niet zomaar besluiten tot de onwettigheid van de erin verrichte zoeking, en zulks zonder vast te stellen dat hierdoor deze gebouwen feitelijk geen deel meer uitmaken van het wooncomplex van de aldaar gehuisveste vader.

8. Maar zelfs wanneer het Hof van Beroep te Antwerpen – na een dergelijk onderzoek – nog de mening zou toegedaan geweest zijn dat de desbetreffende stallen met aanhorigheden inderdaad feitelijk geen deel meer uitmaakten van het wooncomplex van de vader, dan nog was *in casu* de uitgevoerde huiszoeking niet onwettig.

In een dergelijk geval diende er immers dwingend toe te worden besloten dat deze stallen met aanhorigheden geen deel (meer) uitmaakten van een wooncomplex. Welnu, art. 30 van het Vlaams Jachtdecreet van 24 juli 1991 laat alle overheidspersonen opgesomd in art. 24 Jachtwet toe om in de uitoefening van hun opdracht o.a. fabrieken, magazij-

nen, bergplaatsen, bedrijfsgebouwen, stallen en stapelhuisen te betreden. Daar art. 24 van de Jachtwet, zoals het in het Vlaamse Gewest van toepassing is, zowel de ambtenaren en boswachters van het Bosbeheer als de rijkswachters bevoegd maakt om jachtmisdrijven vast te stellen, konden zowel de boswachter als de opperwachtmeester hier dus – zelfs alleen – stallen met aanhorigheden betreden, die geen deel uitmaken van enig wooncomplex, en was de uitgevoerde zoeking dus zeker hierdoor niet onwettig.

9. Men kan zich – maar dan louter ten overvloede – ook afvragen of de regelmatigheid van de zoeking hier niet evenzeer kon worden gebaseerd op het bijzondere volgrecht dat boswachters wordt toegekend in de art. 16 Sv., art. 68 Veldwetboek en art. 122 Boswetboek, waarbij de opperwachtmeester de in art. 68 Veldwetboek bedoelde officier van gerechtelijke politie, hulpofficier van de procureur des Konings was (art. 1, § 2, derde lid, wet van 23 december 1973 betreffende het statuut van het personeel van het operationeel korps van de rijkswacht).

Wij menen dat zulks echter niet het geval is, omdat dit volgrecht dient beperkt te worden tot het volgen van *weggenomen voorwerpen naar de plaatsen waarnaar deze zijn overgebracht* (Clement, E. en Lepinois, F., *Code rural belge*, Brussel, Bruylant, 1888, p. 393-394, nr. 661. Voor een moderne «vertaling» van de mogelijke voorwerpen waaromtrent het hier op heden kan gaan, zie: Van Miegroet, M., *Het nieuw bosdecreet*, Brugge, Die Keure, 1990, p. 180).

Dit volgrecht kan dan ook niet worden uitgeoefend wanneer er geen voorwerpen werden weggenomen, zoals dit *in casu* het geval was. Het loutere zoeken naar sporen van een misdrijf – zelfs al betreft het een veld- of bosmisdrijf – staat dan ook de uitoefening van het volgrecht niet toe (Beltjens, G., *Droit criminel belge, Droit pénal*, p. 948, art. 122, nr. 7; Orban, O., *Code rural belge*, Brussel, Larcier, 1887, p. 330, nr. 669; *Pand. B.*, v° *Bois et forêts*, nr. 1065; *contra*, maar ten onrechte: Braas, A., *Précis de procédure pénale*, I, Brussel, Bruylant, 1950-1951, p. 305, nr. 376, voetnoot 1; Viaene, o.c., p. 191-192, nr. 378).

Bovendien bestaat dit volgrecht ook enkel bij misdrijven inzake land- en boseigendommen, en niet bij inbreuken op de jachtwet (*Pand. B.*, v° *Bois et forêts*, nr. 1065; Pirnay, *Traité du code rural belge*, Brussel-Luik, 1887, p. 141-142, nr. 196; *contra*: Clement en Lepinois, o.c., p. 388, nr. 645; *Pand. B.*, v° *Police rurale*, nr. 44). Daar geldt immers een volledige eigen regeling inzake opsporing en beslag, en het volgrecht vindt dus geen toepassing op bv. wild dat door een stroper is afgeschoten en meegenomen (zie het vroegere art. 11 Jachtwet en het huidige art. 27 Vlaams Jachtdecreet).

Terzake kon dit bijzondere volgrecht echter geen afdoende juridische grondslag bieden om de uitgevoerde zoeking in de stallen met aanhorigheden een wettig karakter te verlenen, zoals hierboven werd aangetoond.

10. Het geannoteerde arrest kan daarentegen wel worden goedgekeurd voor wat betreft de beslissing omtrent de weerspannigheid.

Indien het onwettig uitvoeren van een huiszoeking op zichzelf wel ernstig genoeg is om verzet van de bewoner te rechtvaardigen (Beltjens, o.c., p. 948, art. 122, nr. 7bis; *Pand. B.*, v° *Bois et forêts*, nr. 1060; Peytier, M., noot onder Corr. Tongeren, 4 februari 1970, *R.W.*, 1970-71, 377; Pirnay, o.c., p. 146-147, nr. 205; Verhaegen, J., *La protection pénale contre les excès de pouvoir et la résistance légitime à l'autorité*, Brus-

sel, Bruylant, 1969, 345), zal een dergelijk verzet toch enkel gewettigd zijn wanneer het gaat om een *klaarblijkelijk* onwettige huiszoeking (Cass., 24 mei 1976, *R.D.P.*, 1980, 255; De Valkeneer, C., «Le droit de poursuite sur le territoire d'un autre Etat contractant dans le cadre du traité d'extradition et d'entraide judiciaire Benelux et la résistance individuelle aux actes illégaux de l'autorité», *R.D.P.*, 1994, 115-120; Hutsebaut, F., «Weerspannigheid, smaad en geweld tegen openbare gezagsdragers», in *Bijzonder strafrecht voor rechtspractici*, Leuven, Acco, 1990, p. 112-117, nrs. 66-79; Peytier, o.c., *R.W.*, 1970-71, 377-378; Rigaux, M. en Trousse, P.-E., *Les crimes et les délits du code pénal*, IV, Brussel, Bruylant, 1963, 433-435; Verhaegen, o.c., 301 e.v.).

Of een onwettig huiszoeking al dan niet ook *klaarblijkelijk* onwettig is, betreft een feitenkwestie waarover de feitenrechter op onaantastbare wijze oordeelt.

Patrick Arnou

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE HASSELT

KORT GEDING – 2 OKTOBER 1998

Voorzitter: de h. Vanhelmont

Advocaten: mrs. Deuss, Swinnen en Starmans

1. Bevoegdheid en aanleg – Territoriale bevoegdheid – Internationale rechtsmacht – EEX-verdrag – Kort geding – 2. Internationaal privaatrecht – Vennootschappen – Buitenlandse vennootschap – Optreden in rechte – Toepasselijke wet – 3. Borgtocht en garantie – Bankgarantie op eerste verzoek – Betwisting van de rechtmatigheid van de afroeping – Bevoegdheid van de voorzitter in kort geding

1. Omdat het kort geding een voorlopige maatregel is als bedoeld in art. 24 EEX, heeft de Belgische kortgedingrechter internationale rechtsmacht, zonder dat verder moet worden onderzocht welke bevoegdheidsbepaling van toepassing is.

2. De bevoegdheid van buitenlandse vennootschappen om in België op te treden of gedagvaard te worden, wordt in de regel bepaald door het buitenlands recht dat de rechtspersoon beheerst. Indien een buitenlandse vennootschap voor de rechter van haar vestiging kan worden gedaagd, ook al heeft zij geen rechtspersoonlijkheid, dan kan zij eveneens rechtsgeldig in België worden gedagvaard.

3. Wanneer de opdrachtgever van een onherroepelijke bankgarantie op eerste verzoek van oordeel is dat de garantie op kennelijk onrechtmatige wijze werd afgeroepen, kan hij aan de voorzitter van de rechtbank van koophandel, zitting houdende in kort geding, een bevelschrift vragen waarbij aan de garant een betaalverbod wordt opgelegd. Zo'n vordering is uiteraard spoedeisend.

B.V.B.A. I. t/ N.V. G. en V.O.F. naar Nederlands recht
D.F.C.

Bij inleidend exploit van het ambt van gerechtsdeurwaarder B. Heines te Hasselt van 7 juli 1998 liet eiseres dagvaarding betekenen aan verweerders teneinde te horen zeggen voor recht dat tweede verweerster geen recht heeft zich te

beroepen op de bankgarantie gekend onder verbintenis nr. H02229860 van 4 mei 1998 en die zal vervallen op 15 juli 1998, aan eerste verweerster verbod op te leggen om de bankgarantie hiervoor vermeld uit te keren ten voordele van tweede verweerster, verweerders hoofdelijk, minstens de ene bij gebreke aan de andere te horen veroordelen tot de kosten van het geding.

...

In feite

Eiseres bestelde bij verweerster tweemaal 420 stoelen «type Maastricht» tegen de prijs van HFL 84,- per stuk, te leveren begin april en tweede helft mei 1998. Volgens tweede verweerster gebeurde dit tegen haar algemene voorwaarden, gedeponeerd bij de kamer van koophandel te Breda, aangezien in het verleden verscheidene overeenkomsten tussen partijen werden gesloten, waarbij naar deze voorwaarden werd verwezen. Deze order, noch de bevestiging van 13 maart 1998 door tweede verweerster, verwijzen evenwel naar die voorwaarden. Eiseres diende een bankgarantie af te leveren voor het bedrag van HFL 35.280,- overeenkomend met het eerste deel van de bestelling.

Op 4 mei leverde de eerste verweerster aan tweede verweerster een bankgarantie op eerste verzoek af op basis van de door tweede verweerster afgeleverde *pro forma*-facturen voor een maximumbedrag van HFL 35.280,- HFL. Op straffe van nietigheid moet volgens de garantiebrief elk beroep op de bankgarantie:

- per aangetekende brief gebeuren, via een eersterangsbank in het land van tweede verweerster, die bevestigt dat de handtekeningen op de brief van tweede verweerster haar rechtsgeldig verbinden;
- eerste verweerster bereiken uiterlijk op 15 juli 1998;
- vergezeld zijn van een schriftelijke verklaring van tweede verweerster dat eiseres de factuur/facturen op vervalldag niet betaald heeft;
- vergezeld zijn van een kopie van de verzendingsdocumenten en een kopie van de onbetaalde facturen.

Er is bepaald dat de bankgarantie onderworpen is aan het Belgisch recht en dat alleen de Belgische rechtbanken bevoegd zijn voor alle geschillen met betrekking tot deze garantie.

Op 8 mei 1998 heeft tweede verweerster de ontvangst van de bankgarantie aan eiseres bevestigd, alsmede van een andere bestelling, nl. voor 140 stoelen van het type «Kurhaus Excellent».

Tweede verweerster bevestigt dat bij de levering van de eerste 384 stuks er 24 werden teruggenomen, waarvoor een creditnota ad HFL 2.016,- werd afgeleverd en dat wegens de toestand in Indonesië zij er niet in slaagde aan de tweede levering te voldoen. Volgens eiseres heeft tweede verweerster de eerste levering te laat uitgevoerd en werden er slechts 385 van de 420 bestelde stoelen geleverd. Bovendien zou het geleverde van slechte kwaliteit zijn geweest, waarvoor alvast 24 stoelen onmiddellijk werden teruggenomen, maar zou ook nadien zijn gebleken dat de kunststof groen uitsloeg en de bindingen loskwamen. Eiseres werd toegestaan zich voor de tweede levering bij derden te bevoorraden; zij deed dit in de eerste helft van juni en betaalde een meerprijs van HFL 16,- per stoel. Eiseres brengt voor de niet-conformiteit van de stoelen HFL 17,- per geleverde stoel in rekening. Zij heeft

in dat verband op 29 juni 1998 een aangetekende brief verstuurd aan tweede verweerster waarin zij beweert dat «alle stoelen verkleuren en het uitzicht niets meer te maken heeft met synthetische rotan. Er is maar een oplossing en dat is dat we de stoelen in zijn geheel herspuiten met rotanlak aan een kostprijs van 17 gulden per stoel. deze kosten zullen wij dan ook op U verhalen».

In verband met de gebreken voerde tweede verweerster aan dat de kwaliteit niet superieur is maar voldoende, en dat van soortgelijke leveringen aan anderen zij geen noemenswaardige problemen heeft ondervonden. Toch heeft tweede verweerster HFL 4,- per stoel gecrediteerd.

Op 25 juni 1998 gaf eiseres aan haar bank opdracht om aan tweede verweerster een bedrag van HFL 13.903,- te betalen, waarvan zij beweert dat het is samengesteld als volgt:

– factuur 9 april 1998	HFL 512,0
(heeft niets te maken met de leveringen waarvan tot dusverre hierboven sprake)	
– factuur 14 april 1998 (idem)	HFL 49,5
– factuur 14 mei 1998	HFL 32.256,0
– creditnota 25 mei 1998	–HFL 2.016,0
– niet geleverde stoelen (511 × 17)	–HFL 8.176,0
– 4 stoelen Kurhaus	–HFL 358,0
– kostprijs herspuiten: 492 × HFL 17,-	–HFL 8.364,0
Totaal	HFL 13.903,0

Op 1 juli faxt tweede verweerster aan eiseres dat zij slechts 13.903,- HFL in plaats van 41.450,5 HFL heeft ontvangen en vraagt naar de reden. Zij dreigt zonder tegenbericht het resterende bedrag via de bankgarantie te innen.

Op 2 juli 1998 faxt de raadsman van eiseres de samenstelling van het bedrag van HFL 13.903,-

Op 6 juli 1998 verstuurt tweede verweerster een aangetekende brief naar eerste verweerster, waarbij zij een beroep doet op de bankgarantie voor HFL 28.704,-. Zij brengt inderdaad de twee creditnota's in mindering, maar niet de betaling voor HFL 13.903,-. Op 8 juli 1998 bevestigt ABN-AMRO aan eerste verweerster dat de brief die op 6 juli door tweede verweerster werd verstuurd, rechtsgeldig door de daartoe bevoegde persoon werd ondertekend.

Daarop heeft eiseres huidige dagvaarding uitgebracht.

Tweede verweerster ziet het door eiseres verschuldigde als volgt:

– nota 14 mei (384 × HFL 84)	HFL 32.256,-
– creditnota 24 stuks × HFL 84	–HFL 2.016,-
– te voldoen binnen de acht dagen na levering	HFL 30.240,-
– tegemoetkoming HFL 4 per stoel	HFL 1.536,-
– te voldoen	HFL 28.704,-
– in mindering te brengen betaling 1 juli 1998	–HFL 13.903,-
– rsteert te voldoen	HFL 14.801,-
– te vermeederen met de facturen van 9 en 14 april	HFL 512,-
	HFL 49,5,-
– in meer een nota 4 juni 1998 voor stoelen Kurhaus De Luxe	HFL 12.185,-
– primair verschuldigd	HFL 27.547,5,-
– verschuldigd als kosten volgens algemene voorwaarden 15%	HFL 4.132,13
– verschuldigd als rente ad 6% per maand van 24 mei 1998	HFL 960,-
	HFL 32.639,63

Tweede verweerster heeft twijfels bij onze internationale rechtsmacht, gelet op het bevoegdheidsbeding in haar alge-

mene voorwaarden; zij heeft tevens vragen bij de toelaatbaarheid van de vordering, daar enkel de vennootschap onder firma is gedagvaard en niet de vennoten zelf, terwijl zulks naar Belgisch recht dient te gebeuren voor een vennootschap onder firma.

Volgens eiseres zijn de algemene voorwaarden nooit aan haar medegedeeld en haar totaal onbekend; de eerste order dateert van maart, zodat tweede verweerster zich ten onrechte op deze voorwaarden beroept. Zij wijst erop dat alleen de voorwaarden van de bankgarantie van toepassing zijn en dat rekening houdende met de urgentie, de rechtbank van koophandel te Hasselt bevoegd is. Vervolgens voert eiseres aan dat de Nederlandse wet van toepassing is in verband met de ontvankelijkheid van de vordering, dat de Nederlandse wet aan de V.O.F. weliswaar geen rechtspersoonlijkheid toekent, maar dat de V.O.F. als eisende of verwerende partij kan optreden: zij is «*persona standi in judicio*», zoals blijkt uit het arrest van de Hoge Raad van 5 november 1976 inzake Moet Gudde Brinkman. Tweede verweerster heeft dat laatste niet tegengesproken. Volgens eiseres is het niet de bedoeling het vermogen van de vennoten aan te spreken en is de bankgarantie enkel afgeleverd aan de V.O.F., zodat het niet vereist is de vennoten in persoon mede te dagvaarden.

Eiseres betwijfelt of he beroep op de bankgarantie door tweede verweerster gebeurd is volgens de voorwaarden van de bankgarantie: zij interpreteert de garantie in die in dat zij diende te worden afgeroepen door de bank van tweede verweerster en niet door tweede verweerster zelf. Eerste verweerster, die zich voor het overige naar onze wijsheid gedraagt, is nochtans van oordeel dat de voorwaarden van de garantie niet werden miskend.

Eiseres is van oordeel dat tweede verweerster misbruik maakt van de bankgarantie, daar de leveringstermijn niet werd gerespecteerd, de levering niet conform was, en de waarborg deels wordt ingeroepen voor de factuur van 4 juni 1998, waarvoor de garantie niet werd verleend en ten slotte omdat tweede verweerster tevens ook betaling vraagt van moratoire interesten en het schadebeding volgens nietmedegedeelde verkoopsvoorwaarden.

Tweede verweerster voert aan dat de vordering dient te worden afgewezen, althans grotendeels, omdat het een afroepbare bankgarantie betreft, die dient te worden geastraherd van de onderliggende contractuele verhouding.

Beoordeling

België en Nederland zijn verdragsluitende staten bij het E.E.X. De vraag of de Belgische rechtbanken terzake internationale rechtsmacht hebben, dient te worden onderzocht aan de hand van de E.E.X. Overeenkomstig art. 24 E.E.X. kunnen de in de wetgeving van een verdragsluitende staat bepaalde voorlopige of bewarende maatregelen bij de rechterlijke overheden van de staa worden aangevraagd, zelfs indien een gerecht van een andere verdragsluitende staat krachtens dit verdrag bevoegd is om van het bodemgeschil kennis te nemen. Omdat het kort geding een voorlopige maatregel is als bedoeld in art. 24 E.E.X., heeft de Belgische kortgedingrechter internationale rechtsmacht, zonder dat verder moet worden onderzocht of de bevoegdheidsbepaling in de garantiebrief dan wel die in de algemene voorwaarden, waarvan wordt beweerd dat zij van toepassing is op de hoofdverbintenis, van toepassing is.

Indien een buitenlandse vennootschap voor de rechter van haar vestiging kan worden gedagvaard, ook al heeft zij geen rechtspersoonlijkheid, dan kan zij eveneens rechtsgeldig in België worden gedagvaard. Hoewel de rechtspleging voor de Belgische rechtbanken wordt geregeld door de *lex fori*, wordt de bevoegdheid van buitenlandse vennootschappen om in België op te treden of te worden gedagvaard, in de regel bepaald door het buitenlands recht dat de rechtspersoon beheerst (Cass., 10 januari 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 522; Van Hecke G. en Lenaerts K., *A.P.R.*, Tw. *Internationaal Privaatrecht*, nr. 742). Nu er geen betwisting is dat een Nederlandse V.O.F. in Nederland voor de rechter kan worden gedagvaard, kan de vordering worden toegelaten.

Partijen gaan akkoord dat de door eerste verweerster op 4 mei 1998 ingeroepen bankgarantie een onherroepelijke bankgarantie op eerste verzoek is. Dergelijke garanties zijn niet wettelijk geregeld. Wanneer de opdrachtgever meent dat een autonome garantie op kennelijk onrechtmatige wijze werd afgeroepen, kan hij aan de voorzitter van de rechtbank van koophandel een bevelschrift vragen waarbij aan de garant een betaalverbod wordt opgelegd. Zo een vordering is uiteraard spoedeisend (Lindemans, D., *Kort geding*, Antwerpen, Kluwer, 1985, nr. 511). De taak van de voorzitter is niet eenvoudig: enerzijds moeten de rechtmatige aanspraken van de opdrachtgever worden beschermd, maar anderzijds mag de autonome en onvoorwaardelijke aard van de garantie niet worden miskend (Schrans, G. en Van Houtte, H., *Internationale handels- en financieel recht*, Leuven, Acco, 1991, nr. 588).

Miskening van de voorwaarden is een van de redenen die kunnen worden ingeroepen om een betaalverbod te verkrijgen. De garant is buiten de door hem bedongen voorwaarden niet gehouden tot betaling (Schrans, G. en Van Houtte, H., *o.c.*, nr. 599). Hij is gehouden door de bepalingen van de garantiebrief, tot niet meer en niet minder (*R.P.D.B.*, *Complément VII*, V° *Garanties Bancaires autonomes*, nr. 138). Op het eerste gezicht zou men inderdaad kunnen aanvoeren dat het beroep op de bankgarantie dient te gebeuren door een eersterangsbank namens de beschuldigde («via een eersterangsbank in uw land»). Verder in de brief aan de begunstigde is evenwel sprake van de bevestiging «dat de handtekeningen op uw brief u rechtsgeldig verbinden», zodat kan worden aangenomen dat de afroep door de begunstigde zelf kan gebeuren en dat zijn handtekening slechts dient te worden bevestigd door een bank. Met eerste verweerster kan dus worden akkoord gegaan dat de afroep de voorwaarden van de garantie niet miskent, behoudens in zoverre tweede verweerster de garantie onder meer wil laten gelden voor andere facturen dan waarvoor zij werd afgegeven.

Wij kunnen de afroep niet tegenhouden voor de beweerde laattijdigheid of de niet-conformiteit en niet toestaan dat de garantie deels wordt gecompenseerd met een schadevergoeding wegens het deels niet-nakomen van de overeenkomst. Anderzijds is het duidelijk dat tweede verweerster rechtsmisbruik beging door in haar afroep geen rekening te houden met de inmiddels door haar op 1 juli ontvangen betaling, voor zover deze op de overeenkomst betrekking heeft. Bovendien begaat eiseres rechtsmisbruik door nu te vorderen dat de garantie ook zou worden gebruikt voor haar facturen van 9 en 14 april 1998 en 4 juni 1998, waarop de garantie helemaal geen betrekking heeft.

RECHTBANK VAN EERSTE AANLEG TE BRUSSEL

18de KAMER – 11 MEI 1999

Voorzitter: mevr. De Hemptinne

Rechters: de h. Limpens en mevr. Degreef

Advocaten: mrs. Beele en Vastersavendts

Onrechtmatige overheidsdaad – Wetgevend optreden – Vertrouwens- en zekerheidsbeginsel – Retroactiviteit van de wet – In strijd met het EG-verdrag uitgevaardigde steunmaatregelen

Het feit dat een steunmaatregel niet bij de E.G.-Commissie werd aangemeld, heeft de onrechtmatigheid van het volledige stelsel tot gevolg. Dat de steunmaatregel nadien verenigbaar wordt verklaard met de gemeenschappelijke markt, is terzake niet relevant. A fortiori kan een latere inregelstelling niet zonder meer een oplossing bieden met betrekking tot de op onrechtmatige basis geïnde bijdragen.

De rechter kan een bij wet ingelaste retroactiviteit toetsen aan het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel, wanneer de problematiek een communautaire dimensie heeft. Die beginselen zijn geschonden wanneer de retroactieve aanpassing ver teruggaat in de tijd en de noodzaak ervan niet wordt gemotiveerd, en indien bovendien blijkt dat zij tot gevolg heeft dat, zonder verantwoording door uitzonderlijke omstandigheden, de afloop van een of meer gerechtelijke procedures in een bepaalde zin wordt beïnvloed.

N.V. U.-B. t/ Belgische Staat, minister van Landbouw en Europese Zaken

1. De feiten

Eiseres is een veevoederbedrijf dat zich tevens bezighoudt met het vetmesten van varkens. In het raam van laatstgenoemde activiteit was aanlegster overeenkomstig de Dierengezondheidswet van 24 maart 1987 en het K.B. van 11 december 1987, dat meermaals werd gewijzigd, verplicht een bijdrage te betalen met het oog op de financiering van het bij art. 32, § 2, van voormelde wet ingestelde «Fonds voor de gezondheid en de Productie van de dieren».

Deze bijdrage van 20 frank per varken, die krachtens art. 2 en 3 van het K.B. van 11 december 1987 werd opgelegd aan de slachthuizen en uitvoerders, werd op grond van art. 4 van hetzelfde K.B. doorgerekend aan de leveranciers van de dieren, die de bijdragen op hun beurt doorrekenden aan de verkopers, tot en met de producent. De bijdrage werd verscheidene malen aangepast en uiteindelijk gebracht op 40 frank per varken.

De Dierengezondheidswet van 24 maart 1987 werd vervolgens gewijzigd door de wet van 21 december 1994 houdende sociale en diverse bepalingen. Luidens art. 185 van laatstgenoemde wet wordt het K.B. van 11 december 1987 betreffende de verplichte bijdragen aan het Fonds bekrachtigd voor wat de nationale dieren betreft, terwijl voor wat de ingevoerde dieren betreft een systeem van terugvordering wordt ingevoerd m.b.t. de sedert 1 januari 1988 betaalde bijdragen.

Op 23 maart 1998 heeft de wetgever dan een volledig nieuwe wet uitgevaardigd, die krachtens art. 23 van de wet in werking treedt op de dag van de bekendmaking in het *Belgisch*

Staatsblad, d.w.z. 30 april 1998, met uitzondering van de artikelen met betrekking tot de betaling van de bijdragen voor het stijven van het voormelde «Fonds», die ingaan telkens op de datum waarop zij oorspronkelijk in werking waren getreden.

Eiseres betaalde in de periode van 1988 tot en met 31 december 1996 2.249.151 frank, en vordert thans terugbetaling van deze sommen op grond van de strijdigheid van de voormelde wetgeving met de artikelen 92, 93, 12, 13 en 95 van het E.G.-Verdrag en met het E.V.R.M.

2. Voorwerp van de vordering

In haar oorspronkelijke dagvaarding eist aanlegster terugbetaling van de som van 2.249.151 frank, overeenstemmend met de door haar betaalde bijdragen in de periode van 1 januari 1988 tot en met 1994, som te vermeerderen met de wettelijke interesten en de gedingkosten, dit alles onder voorbehoud van vermeerdering in de loop van het geding.

Aanlegster vraagt tevens dat verweerder verbod zou worden opgelegd om nog bedragen in te vorderen in het raam van het K.B. van 11 december 1987 vanaf de betekening van het tussen te komen vonnis.

...

In haar aanvullende conclusies behoudt aanlegster het oorspronkelijke bedrag van de vordering op 2.249.151 frank, als zijnde overeenstemmend met de door aanlegster betaalde bijdragen over de periode van 1 januari 1988 tot en met 23 maart 1988 betreffende de oprichting van een Begrotingsfonds voor de Gezondheid en de kwaliteit van de dieren en de dierlijke producten, in strijd met art. 10 van de Grondwet in zoverre, door het instellen van een retroactiviteit, het in het voordeel van de Belgische Staat een rechtstoestand wijzigt, waarover menige geschillen bij rechtscollages ahangig zijn?

...

3. In rechte

3.1. De ontvankelijkheid

...

3.2. Ten gronde

3.2.1. De hoofdvordering

3.2.1.1. Wat de strijdigheid met de artikelen 92 en 93 van het E.G.-Verdrag betreft.

Overeenkomstig art. 92 van het E.G.-Verdrag zijn steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatssteun bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt in zoverre deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt. Art. 93, derde lid, van het E.G.-Verdrag voorziet terzake in een aanmeldingsplicht, waarbij uitdrukkelijk is gesteld: «De betrokken lidstaat kan de voorgenomen maatregelen niet tot uitvoering brengen voordat die procedure tot een eindbeslissing heeft geleid.»

Aanlegster stelt eerst, uitgaande van de beschikking nr. 91/538/E.E.G. van de Commissie van 7 mei 1991 en van het arrest van het Hof van Justitie van 16 december 1992 in de zaak C-17/91 gewezen naar aanleiding van een prejudiciële vraag in een analoog geschil dat de heffing van bijdragen teneinde het «Fonds voor de Gezondheid en de Productie van de

dieren» te stijven onrechtmatig is, omdat het een steunmaatregel betreft die onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt.

In de voormelde beschikking wordt in art. 1 immers bepaald: «De door België in de sectoren runderen en varkens verleende steun die uit de verplichte bijdragen als bedoeld in het K.B. van 11 december 1987 betreffende de verplichte bijdrage aan het Fonds (...) wordt gefinancierd, is onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt in de zin van art. 92 van het Verdrag (...)», wat de rechtbank in staat stelt te besluiten dat de litigieuze overheidsregeling inderdaad een steunmaatregel is die niet beantwoordt aan het gestelde in art. 92, eerste lid, van het E.G.-Verdrag. Aldus heeft de rechtbank de onverenigbaarheid niet zelf vastgesteld, maar slaat zij enkel acht op de beslissing van de E.G.-Commissie, die dient te worden nageleefd (arrest van 19 juni 1973, zaak 77/72, Capolongo, *Jur.*, 1973, 611 e.v.).

Bovendien beroept aanlegster zich op het feit dat deze steunmaatregel niet bij de E.G.-Commissie werd aangemeld, wat de onrechtmatigheid van het stelsel in zijn geheel tot gevolg heeft.

Dat deze aanmelding niet is geschied, kan niet ernstig worden betwist. Immers, de beschikking nr. 91/538/E.E.G. van de Commissie van 7 mei 1991 vermeldt dit uitdrukkelijk, na te hebben bevestigd dat de Belgische overheden bij brief van 7 juni 1988 op het van de Commissie uitgaande verzoek tot inlichtingen hadden gereageerd, wat verweerder ten onrechte als een bewijs van aanmelding beschouwt.

Het door aanlegster bijgebrachte arrest van het Hof van Beroep van Antwerpen van 7 november 1995 bevestigt overigens de niet-aanmelding voor wat de wet van 21 december 1994 betreft, alwaar gesteld wordt: «(...) dat het Hof vaststelt dat de wijziging van voormelde steunmaatregel niet werd gemeld aan de E.G.-Commissie en de onrechtmatigheidssanctie ook op de nieuwe regeling van toepassing is; dat ook de nieuwe regeling niet geldig ten uitvoer kan worden gebracht (...)».

Uit de door verweerder bijgebrachte stukken blijkt dat enkel de steunmaatregel N/366/96 m.b.t. de wet van 23 maart 1998 werd aangemeld en goedgekeurd op 30 juli 1996.

De vraag die thans beantwoord dient te worden is die van de sanctieregeling met betrekking tot voormelde inbreuken.

Verweerder voert aan dat de onrechtmatigheid zich beperkt tot de bijdragen die werden gevorderd met betrekking tot de uit andere lidstaten in het slachtstadium ingevoerde dieren.

Dit standpunt kan niet worden onderschreven: de wet van 24 maart 1987 en de hierop betrekking hebbende uitvoeringsbesluiten werden niet aangemeld overeenkomstig art. 93, derde lid, van het E.G.-Verdrag, zodat het volledige stelsel onrechtmatig is (zie in dit verband: «Dat appellant aanvoert dat de bezwaren van de E.G.-Commissie enkel de verplichte bijdragen op de ingevoerde dieren betroffen, waardoor hij te kennen geeft dat de steunregeling zoals thans uitgewerkt, wel verenigbaar is met het Gemeenschapsrecht, dat het art. 93.3 E.G.-Verdrag echter geen goedkeuring na inwerkingstelling kent; dat de geldigheid van uitvoering van een al dan niet verenigbare steunmaatregel in de weg gestaan wordt door de miskenning van de meldingsplicht; (...)», Antwerpen, 7 november 1995, p. 12). Dit houdt in dat, aangezien art. 93, derde lid, van het E.G.-Verdrag directe wer-

king heeft, het de Belgische Staat, thans verweerder, verboden is enige uitwerking te verlenen aan de voorgenomen maatregel, en zo dit niettemin gebeurt, kan de belanghebbende een dergelijke overtreding door tussenkomst van de rechtbank betuigen (cfr. het arrest van het Hof van Justitie van 25 juni 1992, p. 15).

Overigens is het feit dat de steunmaatregel nadien verenigbaar wordt verklaard met de gemeenschappelijke markt, zij het door een aanpassing van de bestaande wetgeving, terzake niet relevant (cfr. Gilliams, H., Van Gerven, Y., Wouters, J. en Wytinck, P., «Kroniek van rechtspraak: Europees ondernemingsrecht (januari 1996 - september 1997)», *T.B.H.*, 1998, 183; zie ook «(...) onwettig moet worden geacht het besluit waarbij met niet-nakoming van de in art. 93, derde lid, E.G.-Verdrag neergelegde verplichtingen uitvoering wordt gegeven aan een stelsel van parafiscale heffingen bestemd voor de financiering, via een «Fonds», van steunmaatregelen voor een bepaalde binnenlandse bedrijfstak; deze onwettigheid moet door de nationale rechter worden vastgesteld en kan zelfs niet door een latere verenigbaarverklaring door de Commissie worden opgeheven», arrest van het Hof van Justitie van 25 juni 1992 in de zaak C-17/91 Lornoy en Zonen e.a./de Belgische staat en de gevoegde zaken C-144/91 en C-145/91 en C-114/91).

A fortiori kan een latere inregelstelling niet zonder meer een oplossing bieden m.b.t. de op onregelmatige basis geïnde bijdragen: mocht dit wel het geval zijn, dan zouden immers, naast de toepasselijke verdragsregel die rechtstreekse werking heeft, de vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginselen, die een steeds belangrijkere plaats innemen in het Europese Gemeenschapsrecht, meer bepaald in art. 1 van het eerste protocol van het E.V.R.M., alsmede tussen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur waarvan het Hof van Justitie de naleving waarborgt, geschonden worden (zie: Boogaerts, E., «Het Hof van Justitie en de toetsing van nationale wetgeving aan de communautaire grondrechten», *R.W.*, 1991-92, 1247 e.v.).

In casu dient bovendien te worden vastgesteld dat ook de wijzigingen van de litigieuze steunmaatregel niet werden aangemeld, althans die wijzigingen die van vóór de wet van 23 maart 1998 dateren, zodat de onrechtmatigheidssanctie derhalve ook op deze nieuwe regelingen – met uitzondering van de voormelde wet – van toepassing is, en bij het al dan niet geoorloofde karakter van de retroactiviteit enkel m.b.t. laatstgenoemde wet moet worden stilgestaan.

Dat de toetsing van de door de wetgever ingelaste retroactiviteit aan voormelde algemene rechtsbeginselen mogelijk is, kan niet ernstig worden betwist, nu onderhavige problematiek ontegenzeggelijk een communautaire dimensie heeft (in die zin: Rb. Brussel, 17 maart 1997, *R.W.*, 1997-98, 257 e.v., met noot Popelier, P., «De aansprakelijkheid van de wetgever wegens schending van het rechtszekerheidsbeginsel»).

Welnu, de retroactieve werking van de bepalingen inzake het stijven van het «Fonds», is, aldus het advies van de Raad van State, afdeling wetgeving, van 12 augustus 1996 m.b.t. het voorontwerp van de nieuwe wet, louter ingegeven door de bekommernis de rechtsgrond van de reeds eerder ten onrechte betaalde bijdragen «*post factum*» te regulariseren. Aldus worden de justitiële waarborgen van de in terugvorderingsprocedures betrokken partijen ernstig verstoord.

De rechtbank is van oordeel dat een dergelijke techniek van regelgeving, gegeven de hangende procedures van te-

rugvordering van de betaalde bijdragen, de rechtszekerheid en het rechtmatig vertrouwen van de burger t.a.v. de bestaande wetgeving in het gedrang brengt, temeer daar de retroactieve aanpassing zomaar even meer dan tien jaar teruggaat in de tijd, en er geen enkele specifieke omstandigheid wordt aangevoerd, noch de noodzaak van deze retroactiviteit wordt aangetoond in het raam van de goede werking en de continuïteit van de openbare dienst (cfr. Mahieu, M. en van Drooghenbroeck, S., «La responsabilité de l'Etat législateur», *J.T.*, 1998, 825 e.v.; zie ook: Meersschaut, F., «De rechtspraak van het Arbitragehof ten behoeve van de private rechtspraak (1992-1997)», *T.P.R.*, 1998, 982: «De terugwerkende kracht van wetsbepalingen, die van die aard is dat zij rechtsonzekerheid in het leven kan roepen, kan enkel worden verantwoord op grond van bijzondere omstandigheden (...). Indien bovendien blijkt dat de terugwerkende kracht van de wetskrachtige norm tot gevolg heeft dat de afloop van een of meer gerechtelijke procedures in een bepaalde zin wordt beïnvloed (...), vergt de aard van het in het geding zijnde beginsel dat uitzonderlijke omstandigheden een verantwoording bieden voor dat optreden van de wetgever (...); en nog: Arbitragehof, 14 januari 1998, *R.W.*, 1998-99, 147 e.v.).

Uit het voorgaande blijkt dat aanlegster gerechtigd is de op grond van – ingevolge de miskennis van de in art. 93, derde lid, van het E.G.-Verdrag bepaalde meldingsplicht enerzijds en de ongeoorloofde invoering van de retroactiviteit anderzijds – onrechtmatige wetten en besluiten betaalde bijdragen van de Staat terug te vorderen. (zie in dit verband het door het Hof van Justitie gewezen arrest «La Poste» van 11 juli 1996, *Jur.*, 1996, I-3547, rechtsoverwegingen 66-71).

...

3.2.1.3. Wat de gevorderde bedragen betreft.

Aanlegster grondt haar eis op art. 1382 B.W. en op de theorie van de onverschuldigde betaling.

Zij vordert zowel de bedragen terug, die rechtstreeks aan het «Fonds» werden betaald, als die welke ingevolge doorrekening betaald zijn aan varkenshandelaars, slachthuizen of vleeshandelaars, die op hun beurt het «Fonds» spijsden.

a) Voor wat de aan het «Fonds» betaalde bedragen betreft.

Aangezien deze sommen inderdaad betaald zijn aan verweerder uit hoofde van een onrechtmatige regeling opgenomen in de wet en in verschillende K.B.'s, zijn zij onverschuldigd en is eiseres gerechtigd terugbetaling te verkrijgen.

b) Wat de overige bedragen betreft.

Aanlegster kan zich m.b.t. de ingevolge doorrekening gedane betalingen niet beroepen op art. 1376 B.W., althans niet t.a.v. verweerder, nu deze laatste de kwestieuze sommen niet heeft ontvangen en de terzake geldende wettelijke voorwaarden derhalve niet zijn vervuld.

Eiseres baseert zich echter eveneens op art. 1382 B.W.

Gelet op het sub 3.2.1.1. gestelde, is de fout van verweerder aangetoond.

Ter staving van de door haar geleden schade ad 2.249.151 frank brengt aanlegster een door een bedrijfsrevisor op haar eenzijdig verzoek opgesteld «Bijzonder verslag betreffende controle van de bijdragen aan het sanitair fonds» bij voor de periode lopende van 1 april 1988 tot en met 31 maart 1994, alsmede een tweede verslag voor wat betreft de periode 1994 tot en met 31 december 1996. Hierin zitten tevens enkele fac-

turen vervat als illustratie van de gevolgde werkwijze. De bedrijfsrevisor attesteert dat hij de juistheid en volledigheid van de geboekte bedragen steekproefsgewijze heeft nagezien, en dit in samenhang met de aan- en verkoopfacturen waarop deze bijdragen werden verrekend.

De gevorderde bedragen worden betwist, maar verweerder geeft geen enkel concreet punt van kritiek aan, noch m.b.t. de geëiste bedragen, noch m.b.t. de door de bedrijfsrevisor gehanteerde methode van controle.

Verweerder beperkt zich ertoe op te merken dat hij deze bedragen niet zelf heeft geïncasseerd en dat aanlegster zich tot de ontvangers van de kwestieuze betalingen dient te wenden.

Dit standpunt kan niet worden onderschreven. Verweerder is aansprakelijk voor de door haar fout veroorzaakte schade, die naar het oordeel van de rechtbank genoegzaam is aangetoond.

De vordering is ook op dit punt gegrond.

...

NOOT – Zie elders in dit nummer Cass., 12 februari 1999, met noot D. Degreef.

VREDEGERECHT TE WERVIK

5 MEI 1998

Rechter: mevr. Hoet

Advocaten: mrs. Van Iseghem en Hanson

1. Wegen – Buurtweg – Inschrijving Atlas der Buurtwegen – Rechtsgevolg – Titel voor tien- of twintigjarige verjaring – Eigendomsvermoeden ten voordele van de gemeente – Voorwaarde – Publiek gebruik voor doorgaand verkeer – 2. Mede-eigendom – Exploitatieweg – Gebruik volgens bestemming, rekening houdende met de normale ontwikkeling en wijziging van de bestemming

1. *Krachtens art. 10, tweede lid, van de wet van 10 april 1841 op de buurtwegen geldt de inschrijving van een weg in de Atlas der Buurtwegen als titel voor de tien- of twintigjarige verjaring van art. 2265 B.W. Die inschrijving zelf vestigt geen recht en heeft enkel een declaratieve werking. Zelfs indien de weg is ingeschreven in de Atlas der Buurtwegen, blijft hij een private weg. De aftakking van de weg die begint op de openbare weg en uitloopt op privé-eigendom en ingeschreven is in de Atlas der Buurtwegen, waardoor een vermoeden van eigendom voor de gemeente ontstaat, is te dezen geen buurtweg, daar het vereiste bezit op basis waarvan via de verjaring de buurtweg kan worden gevestigd en dat moet bestaan uit het publiek gebruik voor doorgaand verkeer, niet voorhanden is.*

2. *De aftakking moet te dezen worden beschouwd als een exploitatieweg, een weg die wordt vermoed gemeenschappelijk te zijn en in mede-eigendom toebehoort aan de aanpalende eigenaars. Deze mag worden gebruikt door de aangelanden, volgens de bestemming van de eigendom, rekening houdende met de normale ontwikkeling en wijziging van de bestemming.*

1. De feiten en retroakten

Loonwerkers van gedaagde zouden in oktober 1996 schade toegebracht hebben aan de voortuin van eiseres n.a.v. de passage van een landbouwvoertuig. De vergoeding van de schade ten bedrage van 14.671 frank wordt gevorderd en een dwangsom van 50.000 frank per nieuwe overtreding.

Verweerder stelt dat de aftakking van de straat, die een smal asfaltbaantje betreft dat overgaat in een aardeweg, een te geringe breedte heeft om met landbouwmateriaal de percelen 355 en 363 te bereiken, en zijn loonwerkers noodzakelijkerwijze door de berm van eisers dienden te rijden. Hij riep eisers in verzoening op 20 april 1996, teneinde een minnelijke oplossing met hen te bereiken, maar dezen verschenen niet op de verzoeningszitting.

Vóór de feiten waarvan sprake in de dagvaarding, stuurde de raadsman van verweerder op 16 oktober 1996 een aangetekende brief met het verzoek de zijberm vrij te maken, en met voorafgaande mededeling dat hij zou moeten gebruik maken van de zijberm bij het oogsten van de maïs. Hierop kwam andermaal geen enkele reactie van de zijde van eisers.

De stelling van verweerder is dat de betreffende straat (aftakking) een openbare weg is, omdat deze als «Sentier n° 25, 1,5 meter breed, opgenomen staat in de Atlas der Buurtwegen. Tevens wordt gesteld dat de betreffende weg door de gemeente, in de jaren '70, over een breedte van drie meter werd geasfalteerd. Deze werd dus ook onderhouden door de gemeente «*animus domini*». Het zou dus over een buurtweg gaan waarop de wet van 10 april 1841 op de buurtwegen van toepassing is.

Eisers zouden dus de openbare weg ingepalmd hebben, die zich krachtens de verkeerswetgeving ook over de zijberm zou uitstrekken. Omdat zij zelf een fout begingen, is hun vordering overeenkomstig het adagium «*memo auditur propriam turpitudinem allegans*» enerzijds, en wegens gebrek aan belang anderzijds, onontvankelijk. Subsidiair menen zij dat door jarenlang gebruik door «het publiek» een publieke erfdienstbaarheid van overgang is ontstaan en de eigenaar van het lijdend erf krachtens art. 701 B.W. niets mag doen om het gebruik van de erfdienstbaarheid te verminderen of ongemakkelijker te maken. Verweerder meent dan ook dat de hoofdeis dient te worden afgewezen.

Bij wijze van tegenvordering eist verweerder op hoofdeis, eiser op tegeneis, dat verweerdens op tegeneis zouden worden veroordeeld tot het wegruimen van de beplantingen op de zijberm, rooien en/of snoeien van de boom die door verweerder werd aangeplant, en waarvan de kruin op de openbare weg hangt. Tevens wordt een schadevergoeding van 50.000 frank gevorderd wegens geleden schade en gederfde winst.

Eisers stellen dat verweerder zich omtrent het statuut van de weg vergist, dat het terzake niet over een buurtweg, maar wel over een exploitatieweg of losweg zou gaan. Dit zou tot gevolg hebben dat de weg onverdeelde mede-eigendom is van de aangelanden. Zij menen dat de tegeneis onontvankelijk is, daar deze niet wordt ingesteld door een mede-eigenaar en tevens ongegrond is, daar vertrokken wordt van een verkeerde premisse en de schade als zodanig niet bewezen is.

Verweerder stelt dat de tegeneis op grond van de door hem aangehaalde rechtsleer en rechtspraak wél ontvanke-

S. en D. t/ D.

lijk is, daar deze vordering door een particulier «*ut singuli*» kan worden ingesteld. Subsidiar vordert verweerder in zijn conclusies een *noodweg*. Uit het proces-verbaal van opneming blijkt immers zeer duidelijk dat de hakselaar langs de woning van eisers onvoldoende ruimte heeft om te passeren zonder op de tuimbalken te rijden en zonder schade aan te brengen aan de beplantingen, al is deze schade vrij beperkt.

Volgens eisers op hoofdeis, verweerders op tegeneis, is deze laatste tegenvordering onontvankelijk, 1) daar deze t.o.v. alle mede-eigenaars van de weg dient te worden ingesteld art. 1371bis Ger.W.); 2) daar krachtens art. 682, § 3, B.W. de eigenaar van het heersend erf inzake dient te worden geroepen; 3) daar geen voorafgaande verzoeningspoging met de toekomstige verweerders is geschied, wat art. 1345, derde lid Ger.W. oplegt (exceptie van ontoelaatbaarheid door verweerder op tegeneis opgeworpen bij conclusies). Voor zover de tegeneis van de uitweg door de rechtbank toch onvankelijk en gegrond zou worden verklaard, vorderen hoofdeisers een schadevergoeding van 25.000 frank als eenmalige vergoeding voor het werk dat moet worden uitgevoerd.

Ten slotte stelt verweerder op hoofdeis, eiser op tegeneis, dat hij geen eis instelt op grond van het recht van uitweg als bepaald bij art. 682 B.W., maar enkel in de taalkundige betekenis van het woord «vrije doorgang» vraagt die niets uitstaande heeft met het art. 682 B.W. Hierop stellen eisers op hoofdeis, verweerders op tegeneis, dat verweerder op hoofdeis, eiser op tegeneis, geen juridische basis heeft om hen te verplichten hun beplantingen weg te halen, aangezien zij, in de optiek van exploitatieweg, mede-eigenaars van de weg zijn.

II. In rechte

Het is duidelijk dat wij, vooraleer te kunnen oordelen over de gegrondheid van de hoofdeis en de onontvankelijkheid en de gegrondheid van de tegeneis, het statuut van voornoemde aftakking dienen te bepalen. M.a.w. gaat het hier om een exploitatieweg, zoals hoofdeisers stellen, dan wel om een buurtweg, zoals door verweerder op hoofdeis, eiser op tegeneis, wordt beweerd.

Voor wat het statuut «buurtweg» betreft, stellen wij vast dat deze een publiek gebruik onderstelt, d.w.z. een aanwenden van de weg door de inwoners van een gemeente of een gedeelte ervan. Gebruik, alleen uitgeoefend door personen die langs de weg wonen (aangelanden), is onvoldoende om een weg als buurtweg te beschouwen. In deze hypothese kan hij wel als exploitatieweg of losweg worden beschouwd (*Onroerend Goed in de Praktijk*, I.M. 8-15, nr. 5.6).

Een exploitatieweg of losweg is een weg die uitmondt op de openbare weg, maar begint op een privaat erf, en geheel of gedeeltelijk gelegen is op de grens van de verschillende erven (*Onroerend Goed in de Praktijk*, I.M. 4-6, nr. 22.3) (cfr. ook I.M. 4-8, nr. 223.6, waar tevens gesteld wordt dat, als er geen doorgaand verkeer is, er geen sprake kan zijn van een buurtweg).

In casu begint de aftakking van de (...)straat op de openbare weg en loopt ze uit op de percelen 355-363, die privé-eigendommen zijn. En uiteraard geen doorgaand verkeer, geen gebruik door het publiek van de gemeente of een deel ervan, maar enkel door de aangelanden.

Wat de inschrijving betreft van de weg als «Sentier n° 25» in de Atlas der Buurtwegen, kan het volgende worden gezegd:

1) deze inschrijving heeft dezelfde waarde als die van de kadastrale gegevens, d.w.z. een eigendomsvermoeden (*Onroerend Goed in de Praktijk*, I.D., 12-11, nr. 4.3.5.4.);

2) als een private weg is aangeduid op de Atlas der Buurtwegen, kan de gemeente zowel een recht van overgang als van eigendom verwerven. Dit recht van overgang of eigendom kan slechts worden verkregen door verjaring, al naargelang van de omvang, draagwijdte en strekking van het bezit door de gemeente;

3) wat het recht van overgang betreft, vereist dit een on dubbelzinnig gebruik gedurende dertig jaar van de gemeenschap, waarbij een louter gedogen niet volstaat, maar een duidelijke bedoeling de strook voor het openbaar verkeer te willen gebruiken absoluut noodzakelijk is. Krachtens art. 10, tweede lid wet van 10 april 1841 geldt de inschrijving in de Atlas der Buurtwegen als titel voor de tien- of twintigjarige verjaring. De inschrijving zelf vestigt geen recht. Zelfs indien hij is ingeschreven in de Atlas der Buurtwegen, blijft hij een private weg (Vred. Oudenaarde, 29 juli 1965, *T. Vred.*, 1965, 339). De vestiging wordt voltrokken door het verlopen van de verjaringstermijnen van art. 2265 B.W. (*Onroerend Goed in de Praktijk*, I.M. 8-12, nr. 5.2);

4) Art. 10, tweede lid, wet van 10 april 1841 op de Buurtwegen bepaalt dat de inschrijving van een private weg in de Atlas als titel geldt voor de tien- en twintigjarige verjaring. De gemeente kan slechts door verjaring verkrijgen wat ze effectief in het bezit heeft gehad, d.w.z. wat effectief door het publiek werd gebruikt. De inschrijving in de Atlas is op zichzelf geen wettige titel in de zin van art. 2265 B.W. en heeft enkel een declaratieve werking. Geen verjaring dus zonder bewijs van bezit en slechts in de mate dat een werkelijke heerschappij werd uitgeoefend. De gemeente zal slechts datgene verkrijgen wat effectief door het publiek werd gebruikt.

Besluit. Omdat het publiek gebruik, de publieke inneming van de weg, de inhoud uitmaakt van het te bewijzen bezit en dit bezit de enige basis kan zijn voor verjaring die, naargelang van de omvang en de draagwijdte, kan leiden tot een recht van overgang of eigendom, is het duidelijk dat we hier terzake, ondanks de inschrijving in de Atlas der Buurtwegen, niet te doen hebben met een buurtweg, daar het vereiste bezit, d.w.z. publieke inname, terzake niet voorhanden is.

De aftakking dient derhalve te worden beschouwd als een exploitatieweg. Deze wegen worden vermoed gemeenschappelijk te zijn en behoren dus toe in mede-eigendom aan de aanpalende eigenaars. Deze mag dan ook worden gebruikt door de aangelanden, volgens de bestemming van de eigendom, rekening houdende met de normale ontwikkeling en wijziging van de bestemming.

Het is duidelijk dat verweerder op hoofdeis, eiser op tegeneis, stelt ingesloten te zijn, daar de doorgang niet breed genoeg is voor de exploitatie van zijn onroerend goed. Hij zegt geen vordering in te stellen op grond van art. 682 B.W. Hij geeft echter niet aan op grond van welke rechtsgrond hij dan wel de bredere doorgang vraagt.

De rechtbank dient derhalve de heropening van de debatten te bevelen teneinde verweerder in staat te stellen, in het licht van het statuut van de weg als exploitatieweg, de rechtsgrond te omschrijven op grond waarvan hij een «uitweg» vraagt – zoals eisers in hun conclusies van 6 april 1998 te

recht opwerpen – en desbetreffende een debat op tegenspraak te voeren.

NOOT – Zie verder in dit nummer het in dezelfde zaak gewezen vonnis van Vred. Wervik, 22 september 1998.

VREDEGERECHT TE WERVIK

22 SEPTEMBER 1998

Rechter: mevr. Hoet

Advocaten: mrs. Van Iseghem en Hanson loco Doutreluigne

1. Mede-eigendom – Exploitatieweg – Vereiste van mede-eigendom van erf waar exploitatieweg begint – 2. Bevoegdheid en aanleg – Materiële bevoegdheid – Vrederechter – Bij tegeneis ingestelde eigendomsvordering – 3. Eigendom – Eigendomsvordering – Vereiste eigenaar te zijn van het goed waarvan men de teruggave vordert

1. *Het erf waar de exploitatieweg begint en dus het verst verwijderd is van de openbare weg, kan te dezen niet het vermoeden van mede-eigendom genieten, omdat dat erf geen deel van zijn terrein in de gemeenschap heeft gebracht.*

2. *Eigendomsvorderingen behoren tot de bevoegdheid van de rechtbank van eerste aanleg, maar krachtens art. 563, 2° Ger.W. is de vrederechter bevoegd om kennis te nemen van tegevorderingen die zijn ontstaan uit een overeenkomst of uit een feit dat ten grondslag ligt aan de oorspronkelijke vordering.*

3. *Krachtens art. 1371 Ger.W. onderstelt de revindicatie dat men eigenaar is van het onroerend goed waarvan men de teruggave vordert. Te dezen is verweerder geen eigenaar van de betrokken aangelande percelen of van de beplantingen, om welke reden hij geen eigendomsvordering kan instellen.*

S. en D. t/ D.

In het tussenvonnis van 5 mei 1998 werd rechtens vastgesteld dat aan de aftakking van de (...)straat het statuut van een exploitatieweg (losweg) dient te worden toegekend.

Verweerder op hoofdeis, eiser op tegeneis, vorderde bij tegeneis: 1) veroordeling van eisers op hoofdeis tot het wegruimen van de beplantingen op de zijberm, rooien en/of snoeien van de boom die door verweerder werd aangeplant; 2) veroordeling van eisers tot betaling van een schadevergoeding van 50.000 frank wegen geleden schade en gederfde winst.

Verweerder baseert zijn eis niet op art. 682 B.W., daar hij in de taalkundige betekenis van het woord enkel een «vrije doorgang» vraagt.

De rechtbank heropende de debatten om verweerder in staat te stellen, in het licht van het vastgestelde statuut van de aftakking als exploitatieweg, de rechtsgrond te omschrijven op grond waarvan hij zijn tegeneis (vrije doorgang en wegruimen van beplanting) instelt, zoals trouwens door eisers terecht werd opgemerkt.

In de conclusies door verweerder na dit tussenvonnis neergelegd wordt de rechtsgrond van zijn tegeneis als volgt omschreven:

1) Het statuut zelf van de exploitatieweg geeft hem het recht de aangelanden te gebruiken volgens de bestemming van hun eigendommen, rekening houdende met de normale ontwikkeling en wijziging van die bestemming. De losweg is immers te beschouwen als een onverdeelde mede-eigendom van de aangelanden, waarvan ook verweerder meent deel uit te maken, zodat hij toepassing meent te kunnen maken van de principes van mede-eigendom.

2) Verweerder baseert zijn vordering eveneens op art. 1371 Ger.W. en stelt een eigendomsvordering in tegen eisers. Hij revindiceert ... en vordert als zodanig de wegruiming van de beplantingen op de zijberm, alsook het snoeien van de boom in de zijberm.

Wat de eerste rechtsgrond betreft, stellen wij dat deze terzake niet toepasselijk is. Immers, het erf waar de losweg begint, dus gelegen aan het begin van de exploitatieweg en het verst verwijderd van de openbare weg kan *het vermoeden van mede-eigendom niet genieten*. Dat erf heeft geen deel van zijn terrein in de gemeenschap gebracht (Lindemans, *Erfdienstbaarheden*, nr. 267; Vred. Elsene, 21 oktober 1930, *J.J.P.*, 1931, 168) (Derine, R. en Hamelink, P., «Overzicht van rechtspraak. Zakenrecht», *T.P.R.*, 1973, 850, nr. 95).

Wat de tweede rechtsgrond betreft, nl. art. 1370 Ger.W., eigendomsvordering, revindicatie, kan het volgende worden gezegd.

Eigendomsvorderingen behoren tot de bevoegdheid van de rechtbank van eerste aanleg, maar krachtens art. 563, 2°, Ger.W. is de vrederechter bevoegd om kennis te nemen van tegevorderingen die ofwel onder zijn volstreekte bevoegdheid vallen (*quod non*) ofwel ontstaan zijn uit een overeenkomst of uit een feit dat ten grondslag ligt aan de oorspronkelijke vordering. Aangezien de tegevordering en de hoofdeis *ex eadem causa* voortvloeien, zijn wij terzake bevoegd om er kennis van te nemen.

Verweerder is, zoals sub 1) aangeduid, geen eigenaar van de aangelanden. Krachtens art. 1371 Ger.W. onderstelt de revindicatie dat men *eigenaar* is van het onroerend goed waarvan men de teruggave vordert. Verweerder is geen eigenaar van de beplantingen enz... Hij kan geen eigendomsvordering laten gelden t.a.v. de aangelanden.

Ook de tweede door verweerder aangevoerde rechtsgrond is niet toepasselijk, zodat zijn tegevordering als zodanig op geen enkele geldige rechtsgrond is gebaseerd. De tegeneis dient derhalve ontvankelijk, maar ongegrond verklaard te worden.

...

NOOT – Zie hiervoor in dit nummer het in dezelfde zaak gewezen tussenvonnis van Vred. Wervik, 5 mei 1998.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (3e Kamer) 23 februari 1998

Burgerlijke rechtspleging – Afstand van rechtsvordering – Belastingzaken – Uitputting van rechtsmacht

Op de volgende gronden vernietigt het Hof een arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 31 januari 1997:

«Overwegende dat het middel het bestreden arrest verwijt dat het uitspraak doet over de regelmatigheid van de afstand van de rechtsvordering van de verweerders, ofschoon het hof van beroep door zijn vorig arrest van 24 juni 1994, dat het in dezelfde zaak tussen dezelfde partijen had gewezen, zijn rechtsmacht volledig had uitgeoefend; dat eiser inzonderheid de schending van art. 19 Ger.W. aanvoert;

«Overwegende dat het hof van beroep bij arrest van 24 juni 1994 vastgesteld heeft dat de verweerders afstand deden van hun rechtsvordering en beslist heeft dat die afstand regelmatig was; dat het bijgevolg akte heeft verleend van de afstand;

«Dat de verweerders vervolgens het hof van beroep in hun conclusie hebben verzocht om die afstand teniet te doen; dat het Hof van Beroep, bij het bestreden arrest, beslist heeft dat 'afstand van rechtsvordering in belastingzaken verboden is', vastgesteld heeft 'dat de bij het arrest van 24 juni 1994 verleende akte van afstand van rechtsvordering nietig is' en de heropening van de debatten heeft bevolen, opdat de partijen hun standpunt 'over de grond van de zaak' nader zouden kunnen omschrijven;

«Overwegende dat het hof van beroep, na akte van afstand van rechtsvordering te hebben verleend, niet langer van de zaak kan kennismaken, ook al zijn de inkomstenbelastingen van openbare orde;

«Dat het hof van beroep, nu het uitspraak doet over de geldigheid van de afstand waarvan het niet meer kon kennismaken, art. 19, eerste lid, Ger.W. schendt».

(Voorzitter: mevr. Charlier – Rapporteur: de h. Parmentier – Openbaar ministerie: de h. Leclercq – Advocaat: mr. De Gryse – In de zaak: Belgische staat t/ C. en S.).

Hof van Cassatie (1e Kamer) 19 juni 1998

Algemene rechtsbeginselen – Autonomie van de procespartijen – Oorzaak van de vordering – Recht van verdediging

Op de volgende gronden vernietigt het Hof een arrest van het Hof van Beroep te Luik van 7 november 1996:

«Overwegende dat de rechter de juridische aard van de door de partijen aangevoerde feiten moet onderzoeken en, ongeacht de omschrijving die zij daarvan hebben gegeven, de voor hem aangevoerde redenen ambtshalve kan aanvullen, op voorwaarde dat hij geen betwisting opwerpt waarvan partijen het bestaan hebben uitgesloten, dat hij zich enkel baseert op feiten die hem regelmatig ter beoordeling zijn overgelegd en dat hij noch het voorwerp noch de zaak van de vordering wijzigt;

«Dat hij daarbij het recht van verdediging moet eerbiedigen;

«Overwegende dat het arrest, nu het vaststelt dat verweerster tot staving van haar vordering een beding ten behoeve van een derde aanvoerde, uit de haar regelmatig ter beoordeling voorgelegde feiten afleidt dat 'de (...) partijen schuldvernieuwing door verandering van schuldenaar ten gunste van (verweerster) overeengekomen zijn', op grond waarvan het die vordering toewijst;

«Overwegende dat uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan blijkt dat, enerzijds, verweerster zich niet heeft beroepen op het bestaan van een schuldvernieuwing, anderzijds, dat het hof van beroep de ambtshalve vastgestelde schuldvernieuwing niet aan de tegenspraak van de partijen heeft onderworpen;

«Dat het arrest derhalve het recht van verdediging van eiser miskent».

(Voorzitter: mevr. Charlier – Rapporteur: de h. Storck – Openbaar ministerie: mevr. Liekendael – Advocaat: mr. Bützler – In de zaak: M. t/ N.V. D.).

Hof van Cassatie (3e Kamer) 7 september 1998

Werkloosheid – Recht op uitkeringen – Afwezigheid van toekenningsvoorwaarden – Ontzegging van uitkeringen – Ingangsdatum – Datum van aanvraag of datum waarop ontstentenis van toekenningsvoorwaarden blijkt

Een arrest van het Arbeidshof te Antwerpen van 21 november 1997 ontzegt een werkloze het recht op uitkeringen, niet op de datum van zijn aanvraag om uitkeringen, maar pas vanaf de datum waarop was gebleken dat hij niet voldeed aan de toekenningsvoorwaarden, ook al bestond die toestand reeds bij de aanvraag. Dit arrest wordt op de volgende gronden vernietigd:

«Overwegende dat voor de bepaling van de ingangsdatum van de ontzegging van het recht op werkloosheidsuitkering omdat niet is voldaan aan de toekenningsvoorwaarden als bepaald in de artt. 44, 45 en 48 van het Werkloosheidsbesluit van 25 november 1991, zoals te dezen van toepassing, behoudens de datum van aanvraag tot uitkering, enkel bepalend is het tijdstip waarop de werkloze niet voldoet aan de voorwaarden voor het recht op uitkeringen, ongeacht wanneer dit tijdstip ingevolge de aanvraag is vastgesteld;

«Overwegende dat het arrest beslist dat verweerder, niet vanaf de datum van de aanvraag tot uitkeringen op 2 november 1993, maar slechts vanaf 27 juli 1994 van de werkloosheidsuitkeringen uitgesloten is, hoewel het, volgens het arrest, vaststaat dat verweerder vóór 27 juli 1994 geen werkloosheidsuitkeringen kon ontvangen, dit op grond dat slechts op 25 juli 1994 is gebleken dat verweerder niet uitkeringsgerechtigd was in de zin van de artt. 44, 45 en 48 van het voormelde Werkloosheidsbesluit; dat het arrest aldus voormelde wettelijke bepalingen schendt.»

(Voorzitter: de h. Marchal – Rapporteur: de h. Boes – Openbaar ministerie: mevr. De Raeve – Advocaat: mr. Simont – In de zaak: R.V.A. t/ K.).

Hof Antwerpen (3e Kamer) 5 mei 1998*Beslag en executie – Uitvoerbare titel – Overdracht van schuldvordering – Nevenrecht*

Op de volgende gronden hervormt het Hof een beschikking van de Beslagrechter te Mechelen van 11 april 1997:

«Overwegende dat appellanten de tenuitvoerlegging vervolgden van de notariële akte van kredietopening verleden voor notaris M. Cuypers te Heist-op-den-Berg op 14 juli 1989, waarvan de grosse regelmatig werd gelicht;

«Dat appellanten regelmatig werden gesubrogeerd in de rechten van bij akte verleden voor notaris D. Luyten te Mechelen op 13 februari 1996, welke regelmatig werd betekend aan geïntimeerden bij akte van gerechtsdeurwaarder Bergé van 13 februari 1996, waardoor aan de voorwaarde van kennisgeving bepaald in art. 1690 B.W. werd voldaan;

«Dat de eerste rechter, zelfs al kon hij ambtshalve de regelmatigheid van de procedure van tenuitvoerlegging nagaan, ten onrechte heeft geoordeeld dat de tenuitvoerlegging werd vervolgd van de notariële akte van subrogatie van 13 februari 1996 waarvoor alsdan een uitvoerbare grosse vereist diende te zijn, terwijl het uiteraard de oorspronkelijke (overgedragen) schuldvorderingen spruitende uit de notariële akte van kredietopening van 14 juli 1989 blijft waarvan de tenuitvoerlegging werd vervolgd; dat bij subrogatie immers de executorialie kracht begrepen is als 'nevenrecht' in de cessie; dat (ook) de vermelding van 'de grosse in uitvoerbare vorm' van de akte van subrogatie in het bevel voorafgaand aan het beslag en het uitvoerend onroerend beslag, deze akten niet nietig maakt».

(Voorzitter: de h. Van Coppenolle – Raadsheren: de h. Snelders en mevr. Vanstraelen – Advocaten: mrs. Raeymaekers en Van Huffelen loco Pauwels – In de zaak: O. e.a. t/ S. en T.)

NOOT – Zie: *A.P.R.*, tw. *Beslag*, 252-253, nr. 456; Gent 14 april 1995, *R.W.*, 1995-96, 326 met noot M.E. Storme; Gent 16 mei 1995, *R.W.*, 1995-96, 582.

BOEKEN

PTC. VAN KAMPEN, *Expert evidence compared. Rules and practices in the Dutch and American Criminal Justice system*, Antwerpen, Intersentia, 1998, 401 p.

Het deskundigenonderzoek vormt steeds meer de hoeksteen van de strafrechtelijke bewijsconstructie. Zelfs in minder complexe zaken moet de rechter vaak een beroep doen op specialisten om zich een helder beeld te vormen van de feiten. De Leidse auteur Van Kampen heeft mooi ingespeeld op deze evolutie door de waarde van het deskundigenonderzoek vanuit rechtsvergelijkende invalshoek te accentueren. De rode draad doorheen zijn baanbrekende studie is de stelling dat deze moderne bewijstechniek sterk gekleurd wordt door de stijl van het proces. In een inquisitoir proces wordt veel belang gehecht aan het verslag van de «officiële» expert, die alle hypotheses moet onderzoeken, terwijl in een accusatoire rechtspleging de partijen «eigen» deskundigen ten tonele kunnen voeren. Op een verfijnde manier belicht de auteur het contrast tussen beide modellen en toont hij aan hoe verschillende werkwijzen vaak tot identieke resultaten leiden. Zijn betoog wint vooral aan kracht omdat het deskundigenonderzoek niet door een zuiver juridische bril wordt bekeken. In een rechtsfilosofisch deel geeft Van Kampen aan dat

de waarde van het deskundigenonderzoek ook afhangt van de manier waarop recht en wetenschap aan elkaar vasthouden. Opvallend is de breuk tussen het empirisme en rationalisme, die zijn stempel drukt op de organisatie van het proces.

Het zwaartepunt van het werk ligt in een «horizontale» analyse van het Nederlandse en Amerikaanse processysteem. Daarbij gaat de auteur nauwgezet in op de ruwbouw van elk systeem en op de uiteenlopende regelen over het deskundigenonderzoek. Wat verwondering wekt, is de vlotte bespreking van de complexe Amerikaanse voorschriften over de inzage van expertises en over de toelaatbaarheid van schriftelijk bewijs (*hearsay evidence*). De kroon op het werk vormt de «verticale» analyse, waarin de auteur aan de hand van concrete punten (vb. het verhoor van de deskundige) de kenmerken van elk processysteem op een rij zet. Deze aanpak leert ons dat een accusatoir proces, dat vaak spontaan wordt geassocieerd met een *fair trial*, niet meer garanties biedt dan zijn inquisitoire tegenpool. Zo bestaan er verschillende raakvlakken tussen art. 6 E.V.R.M. en de praktische uitwerking van de Amerikaanse *Confrontation Clause* (VIth Amendment). In een degelijk onderbouwde conclusie stelt de auteur dat geen van beide systemen waterdichte garanties inhoudt voor een betrouwbaar deskundigenbewijs. De zwakke plek van het inquisitoir systeem is het diepe vertrouwen in de objectiviteit van de «officiële» deskundige, die zijn visie vaak niet op de terechtzitting moet toelichten. Een accusatoir proces raakt ontwricht wanneer de verdachte over onvoldoende middelen beschikt om privé-experten in te schakelen. Ook bij een feitelijke gelijkheid van wapens biedt de rechtsstrijd tussen de partijen niet steed uitkomst. De auteur wijst erop dat zo'n confrontatie vaak uitmondt in een «*battle of experts*», die het oordeel van de jury vertroebelt. In de zoektocht naar een eerlijk proces mogen de schijnwerpers ook op het inquisitoire model worden gericht.

De haarscherpe ontleding van de materie is niet de enige troef. Ook vormelijk is het werk een voltreffer. Vooraf geeft de auteur het parcours van zijn studie aan en bakt hij zorgvuldig het onderzoeksdomein af. Na elk deel volgt een heldere samenvatting, waardoor de pijlers van elk systeem goed in de verf komen. Het geheel wordt afgerond met een indrukwekkende bibliografie en met een vrij gedetailleerde samenvatting in het Nederlands. Het boek is dus zeker een aanwinst voor juristen die hun blik willen verruimen tot het *common law-systeem*. Vaak kan men pas tot de kern van het eigen processysteem doordringen door zich in de Anglo-Amerikaanse rechtstraditie te verdiepen.

Bart De Smet

M. SCHREUDER-VLASBLOM, *De algemene wet bestuursrecht. Het bestuursprocesrecht*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 1999, XVII - 319 p.

Met het gerecenseerde boek ligt reeds de zesde druk voor van de studiepocket over het Nederlandse bestuursprocesrecht waartoe destijds prof. A.Q.C. Tak het initiatief heeft genomen en wiens taak met ingang van 1996 door prof. mr. Schreuder-Vlasblom werd overgenomen en met brio verdergezet (voor een bespreking van de vorige druk door S. Lust, zie *R.W.*, 1996-97, 934-936).

De pocket beschrijft het geldende algemene bestuursprocesrecht volgens de Awb (Algemene wet bestuursrecht) en daarop aansluitende wettelijke procesregelingen. Deze zesde druk actualiseert de vorige uitgave, zonder veel aan de systematiek ervan te wijzigen. De actualisering gebeurt onder druk van bepaalde wetgevende innovaties, zoals die op het stuk van het fiscaal procesrecht, en van rechtsprekende ontwikkelingen.

In haar woord vooraf stelt de auteur dat de «richting van de ontwikkeling van de rechtspraak niet steeds even duidelijk is», en zij illustreert die vaststelling met een verwijzing naar o.m. de draagwijdte van de ambtshalve toetsing door de rechter en de mate van aanvechtbaarheid van hernieuwde of nadere besluiten na een procedure over een eerder besluit in dezelfde zaak. Deze verwijzingen tonen al aan dat het boek op sommige plaatsen een meer diepgaande studie bevat van het Nederlandse bestuursprocesrecht dan de benaming «pocket» laat vermoeden. Het boek blijft echter in essentie een basiswerk dat in de eerste plaats een overzicht en een inleiding beoogt te geven van het bestuursprocesrecht, zonder deze opzet via een te gedetailleerde bespreking in gevaar te brengen.

De auteur is erin geslaagd om, waar nodig, op een genuanceerde wijze niet-eenvormige rechtspraak in haar juiste context te plaat-

sen. Sommige auteurs van Belgische handboeken over administratief recht weten dat zulks een moeilijke opdracht is. Niettemin zal het verschijnsel van de niet-eenvormige rechtspraak ook in België in omvang toenemen, zelfs al gaat de rechtspraak vooral uit van één enkel administratief rechtscollege, zijnde de Raad van State. Het invoeren van de figuur van de alleenzettelende staatsraad zal trouwens die tendens nog in de hand werken.

Het voorgaande sluit niet uit dat de rechtspraak, wat andere aspecten van het Nederlandse bestuursprocesrecht betreft, meer stabiel en eenvormig is. Zo komt b.v. het bestuursrechtelijke bewijsrecht steeds meer uit de verf en krijgt het dienovereenkomstig aandacht in het boek.

Ook de proceseconomie en het afwegen daarvan tegen het beginsel van «fair trial» krijgen een meer uitgesproken aandacht van de auteur. De bladzijden die daaraan zijn gewijd in het boek, zijn ook voor de Belgische lezer relevant. Het ondertussen goed gekende - en door sommigen tot schamele - «hakbijstelsysteem» in de Belgische Raad van State leidt er immers soms toe dat de burger, louter om procedureregelen, niet toekomt aan een uitspraak ten gronde en dat hij in die zin in zijn streven naar een volwaardige rechtsbescherming wordt gefrustreerd.

Voor wie is geïnteresseerd in een zeer degelijk en actueel overzicht van het Nederlandse bestuursprocesrecht, is het gerecenseerde boek een aanrader, temeer daar erin de ontwikkelingen, de totstandkoming en de meest relevante begrippen van de Awb op een duidelijke en goed gestructureerde wijze worden besproken. Het voorbije decennium is er één geweest van een grootschalige, in de tijd gespreide hervorming van het Nederlandse bestuursrecht. Overzichtelijke studiepockets als de voorliggende maken het mogelijk dat ook buitenlandse lezers snel geïnformeerd kunnen raken omtrent de echt wezenlijke aspecten van de hervorming, zonder dat daarbij het totale inzicht bemoeilijkt wordt door een massa minder relevante detailgegevens.

M. van Damme

J.M. SMITS, Dwaling en niet-nakoming bij overeenkomsten: parallellen en verschillen, Studiepockets Privaatrecht nr. 56, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 1999, 122 p.

In dit boek wordt ingegaan op de verhouding tussen de vernietiging van de overeenkomst op grond van dwaling en de mogelijkheid om ontbinding van de overeenkomst en/of schadevergoeding wegens niet-nakoming te verkrijgen. Hoewel beide regelingen eenzelfde doelstelling hebben (nl. het tegemoetkomen aan de teleurgestelde contractant), toont de auteur aan dat er in hun onderlinge verhouding een aantal opmerkelijke parallellen en verschillen bestaan.

In het eerste hoofdstuk worden de strekking en de reikwijdte zowel van de dwalingregeling als van de wanprestatieregeling uiteengezet. Meteen wordt ook al een eerste synthese gemaakt van de verschillen die bestaan tussen beide regelingen zowel op het stuk van de procedure als inzake de rechtsgevolgen.

In het tweede hoofdstuk wordt een indeling gemaakt naargelang de situatie waarin de teleurgestelde contractant geen beroep kan doen op de regelen inzake dwaling, noch op de regelen in verband met niet-nakoming, de situatie waarin beide vorderingen mogelijk zijn of waarin slechts één van beide regelingen van toepassing kan zijn. Aan de hand van deze situaties, geïllustreerd met voorbeelden uit de rechtspraak, wordt nagegaan in hoeverre dezelfde voorwaarden gelden voor een succesvolle actie op grond van dwaling en op grond van wanprestatie. Op die manier wordt duidelijk gemaakt welke materiële normen de beide leerstukken beheersen.

In het derde en tevens laatste hoofdstuk worden dan de rechtsgevolgen van beide acties besproken. Het eerste onderscheid dat wordt behandeld, is het feit dat een beroep op dwaling leidt tot vernietiging van de overeenkomst, terwijl een beroep op niet-nakoming leidt tot ontbinding. Vernietiging heeft tot gevolg dat de overeenkomst wordt geacht nooit te hebben bestaan; ontbinding heeft slechts gevolgen voor de toekomst. De auteur toont echter aan dat het mogelijk is om de rechtsgevolgen van beide acties enigszins op elkaar af te stemmen.

Het tweede onderscheid dat door de auteur wordt besproken, betreft de wijze waarop men tot vernietiging en ontbinding komt. Vernietiging geschiedt hetzij door een buitengerechtelijke ontbinding, hetzij door een rechterlijke uitspraak. Ontbinding vindt plaats door

een schriftelijke verklaring van de daartoe gerechtigde of wordt op diens vordering door de rechter uitgesproken.

Het derde onderscheid dat wordt besproken, betreft de verjaaringstermijn waarbinnen de vordering tot ontbinding of vernietiging moet worden ingesteld.

Als vierde punt wordt nog uiteengezet wanneer men beschikt over de mogelijkheid tot het vorderen van schadevergoeding en welke schade er moet worden vergoed.

Als laatste punt bij de bespreking van de rechtsgevolgen heeft de auteur het over de klachtplicht van de koper. Indien de teleurgestelde contractant niet tijdig protesteert, verliest hij het recht om een vordering wegens niet-conformiteit of dwaling in te stellen.

Uit het voorgaande mag worden afgeleid dat de auteur op een bevattelijke wijze verbanden heeft gelegd tussen twee vorderingen die doorgaans als afzonderlijk beschouwde acties worden besproken. Op die manier heeft dit boek zowel voor de practicus als voor de wetenschapper een grote waarde.

Sandra Denoo

MEDEDELINGEN

Doctoraat Rechten – K.U.Leuven

Op 13 januari 2000 zal mevr. S. Lust haar proefschrift verdedigen met het oog op het behalen van de graad van doctor in de rechten.

De titel van het proefschrift luidt «Rechtsherstel door de Raad van State».

De promotor is prof. dr. P. Van Orshoven.

Fernand Collin-prijs 2000

In 2000 wordt de Fernand Collin-prijs voor de periode 1998-1999 toegekend. Hij bedraagt 300.000 frank.

Komen in aanmerking: auteurs die op 1 januari 2000 de leeftijd van 40 jaar niet hebben bereikt. Kandidaten moeten voorgedragen worden door een hoogleraar behorend tot een Faculteit van Rechtsgeleerdheid van één der Vlaamse Universiteiten.

Het voorgedragen werk moet in het Nederlands zijn gesteld en een belangrijke bijdrage vormen tot de rechtswetenschap in België. Komen enkel in aanmerking: werken die werden uitgegeven of in een definitieve vorm bij de uitgever voorhanden zijn tussen 1 januari 1998 en 31 december 1999. Doctoraatsproefschriften die nog niet werden uitgegeven, komen in aanmerking wanneer zij tijdens de voornoemde periode in het openbaar zijn verdedigd; uitgegeven doctoraatsproefschriften die nog niet in het openbaar werden verdedigd in de voornoemde periode, komen niet in aanmerking.

De kandidaten worden verzocht het werk in drie exemplaren in te dienen vóór 15 januari 2000 op het secretariaat van de Universitaire Stichting, Egmontstraat 11, 1000 Brussel.

Het reglement en de deelnemingsformulieren van de Fernand Collin-prijs kunnen daar ook worden verkregen.

Drugsbeleid

Ingevolge een parlementaire vraag van de heer P. Vanvelthoven heeft de minister van Justitie toegelicht dat het vervolgingsbeleid inzake drugs thans wordt bepaald door de gemeenschappelijke richtlijn over het vervolgingsbeleid inzake bezit en detailhandel van illegale verdovende middelen die op 8 mei 1998 gezamenlijk werd ondertekend door de toenmalige minister van Justitie en door het college van procureurs-generaal.

In de ministeriële omzendbrief wordt gewag gemaakt van het bezit van cannabis «als laagste vervolgingsprioriteit», maar dit begrip wordt zeer vaag gelaten. Iemand die cannabis gebruikt zal worden vervolgd indien hij als «problematisch gebruiker» wordt beschouwd. De criteria waarin de richtlijn voorziet zijn: de frequentie, een gebrekkige sociaal-economische integratie, verslaving, overlast, vervuiling... Criteria die uiteraard vatbaar zijn voor interpretatie.

Het ligt in de bedoeling van de minister van Justitie niet enkel de richtlijn van 1998 te evalueren, maar ook om meer aandacht te besteden aan eventuele wijzigingen aan het opsporings- en vervolgingsbeleid inzake verdovende middelen. De evaluatie van het huidige beleid zou in november 1999 beschikbaar zijn (*Vr. en Antw.*, Kamer, 1999, nr. 1, p. 82).

Handboek fiscale procedure inkomstenbelastingen

I. DE TROYER EN L. VANDENBERGHE

1999: ISBN 90-5095-117-1; 113 blz.; 1.450 BEF (studenten 695 BEF)

Dit boek behandelt de fiscale procedure, en meer bepaald de regels in verband met de vestiging en de (eventuele) betwisting van de aanslagen in de inkomstenbelastingen. Achtereenvolgens komen aan bod: de aangifte, de controle van de belastbare inkomsten, de bewijsmiddelen van de administratie, de vestiging van de aanslag en de betwisting van de aanslag.

Dit werk is in de eerste plaats bedoeld als leerboek voor studenten. Om die reden is de omvang enigszins beperkt. Het is niet de bedoeling van de auteurs om alle aspecten van deze procedure volledig en gedetailleerd te bespreken, maar wel om een duidelijk koverzicht aan te bieden van de essentiële elementen van de fiscale procedure. In die zin is dit boek ook uitermate nuttig voor de fiscalist in de praktijk.

Deze procedure is weliswaar door de wet geregeld, doch de precieze interpretatie en toepassing van deze wettelijke bepalingen is grotendeels door de rechtspraak ontwikkeld. Om die reden hebben de auteurs het nuttig geacht om, ter verantwoording, ook voetnoten te voorzien met verwijzingen naar de (meest) relevante gerechtelijke beslissingen terzake.

De tekst is geïllustreerd aan de hand van talrijke praktische voorbeelden, om deze toch wel gespecialiseerde materie zo toegankelijk mogelijk te maken voor hen die nog niet met de fiscale praktijk vertrouwd zijn.

Daardoor vormt dit boek in zekere mate ook een praktisch bruikbare handleiding voor de belastingplichtige, die best terdege op de hoogte is van zijn rechten en verplichtingen wanneer hij met de fiscus geconfronteerd wordt.

De tekst is bijgewerkt tot september 1999.

Over de auteurs:

Ilse De Troyer is jurist en werkt sedert een tiental jaren als belastingconsulent bij een internationaal advieskantoor.

Luk Vandenberghe is docent fiscaal recht UIA en heeft ervaring als advocaat en praktijklector fiscaal recht KUL.

CORPORATE GOVERNANCE

Het Belgisch perspectief
Tweede herwerkte druk

INSTITUUT VOOR BESTUURDERS

1999; ISBN 90-5095-105-8; 244 blz.; 1.450 BEF

Het nieuwe verschijnsel 'corporate governance' is niet meer weg te denken uit de actualiteit en stelt het bedrijfsleven voor nieuwe uitdagingen.

Corporate governance heeft immers te maken met het besturen van ondernemingen en het afleggen van verantwoording over dit bestuur. Corporate governance vertoont heel wat raakvlakken met diverse domeinen maar centraal staat de verdeling en de uitoefening van macht binnen een onderneming.

Corporate governance - overgewaaid uit de Verenigde Staten - kan de laatste jaren ook in Europa op een groeiende belangstelling rekenen. In België resulteerde het corporate governance debat in drie codes, opgesteld door het Verbond van Belgische Ondernemingen, de Commissie voor het Bank- en Financiewezen en de Beurs van Brussel (alle opgenomen in dit boek). Dit boek beoogt dan ook een inzicht te verschaffen in deze actuele thematiek.

In een eerste hoofdstuk worden de Belgische normen geplaatst in het bredere kader van de internationale aanbevelingen en ervaringen inzake Corporate Governance. Vervolgens worden de Belgische aanbevelingen diepgaand onderzocht, met aandacht voor de betekenis ervan voor de Belgische ondernemingen.

Op basis van een analyse van de jaarverslagen wordt nagegaan in welke mate de ondernemingen zich reeds conformeerden aan deze recent gepubliceerde codes.

Met bijdragen van:

H. De Wulf, A. Levrau, D. Meeus, L. Van den Berghe, C. Van der Elst, L.H. Verbeke en E. Wymeersch.

**inter
sentia**