

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

REDACTIEADRES: ALBERTSTRAAT 25, 2018 ANTWERPEN

DE VLAG EN DE LADING — OVER HOMOLOGATIES —

*Rede uitgesproken door de advocaat-generaal L. de WILDE
op de plechtige openingszitting van het Hof van Beroep te Gent op 3 september 1984 (slot)**

V. De homologatie van beslissingen en overeenkomsten

45. Ik heb U tot nu gewezen op homologaties die alleen maar authenticiteit verlenen aan geschriften of verklaringen of het vormvereiste zijn van een vormelijk contract, of nog, toelatingen zijn om een akte te verlijden.

Men zou deze uitspraken wellicht beter de naam kunnen geven die hen toekomt: het zijn beschikkingen op eenzijdig verzoekschrift.

— Beschikking houdende vaststelling van de totstandkoming van een overeenkomst betreffende de wegens een arbeidsongeval verschuldigde vergoedingen.

— Beschikking houdende vaststelling van de neerlegging van een deskundig verslag over de staat van de onroerende goederen van een afwezige.

— Beschikking houdende vaststelling van de totstandkoming van een akkoord om vroegtijdig een einde te maken aan een handelshuur of aan een pachtovereenkomst.

— Beschikking houdende toelating om een akte-verdeling te verlijden waarin onbekwamen zijn gerechtigd.

— Beschikking houdende toelating om een akte van bekendheid aan te wenden.

Ik wees U ook op homologaties die werkelijk rechterlijke uitspraken zijn, op tegenspraak gewezen of rechterlijke beschikkingen op eenzijdig verzoekschrift verleend: het vonnis van vereffening-verdeling; het vonnis van averijverdeling; de beschikking tot vanwaardeverklaring van een verzet tegen de verhandeling van titels.

Nu wens ik uw aandacht te vestigen op de *homologatie van beslissingen en van overeenkomsten*. In tegenstelling tot wat tot nu toe opgemerkt werd, wanneer de beoogde rechtshandeling pas door de zogenaamde homologatie ontstaat, zijn er nu twee wel te onderscheiden akten onder ogen te zien: de beslissing of de overeenkomst enerzijds, de homologatie anderzijds. De homologatie heeft dan niet meer tot doel een juridisch vacuüm te verhelpen; er ligt nu een akte voor die voldoet aan alle vereisten voor haar bestaan en voor haar geldigheid. De homologatie ervan volgt

op een marginale toetsing van deze voorafbestaande akte, die aan een wettigheidscontrole en aan een rechtmatigheidscontrole wordt onderworpen. Weliswaar kan de akte slechts uitwerking krijgen na de homologatie — sanctie voor de verplichting ze te laten homologeren — maar de homologatie voegt er inhoudelijk niets aan toe, noch beperkt zij de draagwijdte ervan.

46. De marginale toetsing is de controle door de rechter uitgevoerd ten aanzien van het vrije goedvinden waarmee een rechtshandeling mag worden gesteld. Zij strekt ertoe de aanwending van dit vrije goedvinden binnen de perken van de redelijkheid en van de in acht te nemen belangen te houden. Binnen deze perken mag naar goeddunken gehandeld worden en vermag de rechter geen oordeel, naar eigen maatstaven, te geven over de juistheid van het handelen, zoals hij dit wel doet wanneer hij — zoals meestal — tot volledige toetsing mag overgaan.

De marginale toetsing van de rechtshandeling ligt tussen het geheel ontbreken van beoordelingsbevoegdheid en de volle rechtsmacht¹¹⁹ waarbij ook over de opportuniteit van de gestelde rechtshandeling uitspraak mag gedaan worden.

Het vrije goedvinden — het «naar goeddunken» van de echtgenoten, in artikel 1394 van het Burgerlijk Wetboek — mag aangewend worden binnen twee grenzen. De ene grens is die van de wetmatigheid waarbuiten men beslist niet naar goeddunken mag handelen; zij wordt aangewezen door de

* Ten gevolge van een spijtige vergissing is bij het eerste deel van de rede in nr. 14 de datum van 3 september 1983 in plaats van 3 september 1984 vermeld.

¹¹⁹ J. RONSE, «Marginale toetsing in het privaatrecht», *T.P.R.*, 1977, 207-220; P. DEPUYDT, «Marginale toetsing of de rechter als grensrechter», *Jura Falc.*, 1974-75, 435-450; W. VAN GERVEN, «Beginselen van behoorlijk handelen», *R.W.*, 1982-83, 961-978; G. WIARDA, «De rechter tegenover vage rechtsnormen», *R.W.*, 1973-74, 117-190.

formele regels die in acht dienen te worden genomen; de andere grens is die waarbuiten het vrije goedvinden niet meer rechtmatig aangewend wordt. Tussen beide grenzen ligt de vrije zone van de rechtshandeling waar de rechter niet bintreedt: alleen het afbakenen van de vrije zone is het voorwerp van de marginale toetsing. Het resultaat van deze toetsing wordt uitgedrukt in een goedkeuren van de rechtshandeling indien zij binnen de grenzen bleef of het afkeuren indien ze er buiten ligt. Inhoudelijk mag er aan de rechtshandeling niet geraakt worden¹²⁰.

47. Indien veelal aan de rechter een repressieve marginale toetsing gevraagd wordt, wanneer een betrokkene zich door de uitvoering van een beslissing in zijn rechten of belangen bedreigd voelt, komt het ook voor dat de wetgever, preventief vooraleer de rechtshandeling uitwerking krijgt, deze toetsing oplegt: de rechtshandeling die op zichzelf nochtans uitwerking zou kunnen hebben, moet eerst gehomologeerd worden.

Het is opmerkelijk dat de homologatie vereist is in aanlegenheden die de wetgever niet aan de wilsautonomie wil overlaten, maar toch ook niet volstrekt wil verbieden, of die aanvankelijk verboden waren en later toegelaten. Zo de wijziging van het huwelijksvermogensstelsel, de pleegvoogdij, de adoptie, sommige handelingen van minderjarigen, het wijzigen van de contractuele band tussen schuldeiser en schuldenaar door het akkoord na faillissement of door het gerechtelijk akkoord, de minderheidsbeslissing in de V.Z.W. en in de N.V. Alleen binnen de grenzen die de wetgever uitdrukkelijk aanwijst, mag vrij gehandeld worden. Hoe daarbinnen gehandeld wordt, wordt niet getoetst, want dit zou dan een volledige toetsing zijn.

48. De rechtsleer¹²¹ bespreekt de marginale toetsing in verband met machts- of gezagsuitoefening, als de controle van de wijze waarop van een positie van bovengeschildheid¹²² gebruik wordt gemaakt door iemand, die binnen de formele grenzen van zijn recht handelde. Het komt mij voor dat niet alleen dergelijke beleidsbeslissingen aan marginale toetsing onderhevig zijn, hetzij, meestal op vordering in een rechtsstrijd, hetzij bij wege van homologatie op eenzijdig verzoekschrift, zoals de minderheidsbeslissing tot statutenwijziging van een V.Z.W., of sommige beleidsbeslissingen van de familieraad. Ook de overeenkomsten, waarin men trouwens diezelfde positie van bovengeschildheid kan terugvinden, die binnen de formele grenzen van het recht zijn aangegaan, worden marginaal getoetst, wanneer de wetgever de wilsautonomie aan voorwaarden onderwerpt, waarvan de naleving door de rechter moet worden nagegaan vooraleer de overeenkomst de partijen tot wet kan strekken. De overeenkomst, zoals de beslissing, kan dan alleen maar gehomologeerd worden of niet gehomologeerd worden. Inhoudelijk vermag de rechter er niets aan te wijzen.

Deze voorwaarden die de wetgever stelt, zijn altijd toepassingen van een algemeen beginsel van behoorlijk handelen, waardoor op een ieder de verplichting rust om rekening

te houden met alle bij zijn handelen betrokken belangen¹²³ en waar de rechter naar grijpt wanneer hij — buiten homologatieopdracht — geroepen wordt marginaal te toetsen.

49. Wel kan men bemerken dat, door de preventieve marginale toetsing die moet resulteren in een homologatie van een beslissing of van een overeenkomst, de grenzen van de vrije zone scherper zijn afgebakend dan voor de repressieve marginale toetsing. Voor deze moet de rechter uitmaken of, gelet op alle omstandigheden, in redelijkheid en zonder onmiskenbare onrechtmatigheid de getoetste beslissing kon worden genomen. Aan de homologatierechter evenwel wijst de wetgever zelf aan wat hij moet toetsen wanneer hij verduidelijkt aan wiens belangen door de beslissing of de overeenkomst geen afbreuk gedaan mag worden. Hij doet dit weliswaar met een vage rechtsnorm «de belangen», ook eenmaal met een concrete norm zoals «de rechten van derden». Het oordeel zal erin bestaan, zoals Wiarda het uitdrukt, «na te gaan of er een te grote onevenredigheid bestaat tussen het persoonlijk belang dat wordt gediend en andermans belang¹²⁴ dat wordt geschaad, hetzij wanneer men een bevoegdheid gebruikt voor geen ander doel dan om iemand te schaden, hetzij voor een ander doel dan waarvoor deze is verleend, hetzij wanneer men, rekening houdende met de daarbij betrokken belangen, naar redelijkheid niet tot de uitoefening van de bevoegdheid had kunnen komen¹²⁵».

50. Indien onbetwistbaar de repressieve marginale toetsing een rechterlijk handelen is volgens de meest traditionele bepaling van het begrip¹²⁶, dan kan men de preventieve marginale toetsing, die precies dezelfde inhoud en structuur heeft als de eerste, geen gerechtelijke bestuurshandeling noemen.

Repressief, op vordering, oordelen of een beslissing of een overeenkomst, die binnen de formele grenzen van het recht tot stand kwam, al dan niet op onmiskenbare wijze met iemands belangen onrechtmatig heeft omgesprongen, of preventief onderzoeken of dit al dan niet het geval is, in beide gevallen wordt uitspraak gedaan over een geschil. In het eerste geval is het uitgedrukt, in het tweede (nog) niet. In beide gevallen worden burgerlijke rechten en verplichtingen «vastgesteld», om het te zeggen met de woorden van het Verdrag van Rome.

Het lijkt mij dus in zijn algemeenheid niet aan de juridische realiteit te beantwoorden¹²⁷ wanneer men beslist dat de homologatie, willige rechtsmacht zijnde, derhalve een administratieve beslissing in gerechtelijke vorm is en geen rechterlijke beslissing.

¹²³ W. VAN GERVEN, *l.c.*

¹²⁴ G. WIARDA, *o.c.*, 187.

¹²⁵ Art. 8, lid 2, oorspronkelijk ontwerp MEIJERS Ned. Burg. Wetb.

¹²⁶ Zie nr. 11.

¹²⁷ I. BALENSI, «L'homologation judiciaire des actes juridiques», *R. Trim. Dr. civ.*, 1978, 42.

¹²⁰ J. NORMAND, *Le juge et le litige*, 1965, nr. 7.

¹²¹ Zie noot 119.

¹²² W. VAN GERVEN, *o.c.*, 975.

A. Allereerst de beslissingen

51. Beslissingen zijn vaak eenzijdige rechtshandelingen. Er zijn geen voorbeelden van dergelijke eenzijdige beslissingen die aan «homologatie» worden onderworpen. Wel kunnen dergelijke beslissingen aan een marginale toetsing worden onderworpen «op de grens waar doelmatigheids- en rechtmatigheidsoverwegingen elkaar ontmoeten»¹²⁸.

Onder de beslissingen die moeten worden gehomologeerd alvorens uitwerking te krijgen, moeten ook verstaan worden de deliberaties en beraadslagingen in groeperingen, verenigingen of vennootschappen, die ertoe strekken tot een gemeenschappelijk besluit te komen. Dit besluit is juridisch ook een beslissing, hoewel ze het resultaat is van de samenwerking van velen¹²⁹. De beraadslaging strekt ertoe de beslissing op te leggen, ook aan de minderheid. In die zin zijn beslissingen — welke naam er ook aan moge worden gegeven — het resultaat van de beraadslaging van de schuldeisers in de faillissements- en akkoordprocedure, de beraadslagingen van de familieraad¹³⁰, van de organen van V.Z.W. en vennootschappen.

52. Eerst, vraag ik uw aandacht voor een beslissing van de Raad van de Orde van Advocaten bij het Hof van Cassatie.

Artikel 45 van de wet op het taalgebruik in gerechtszaken¹³¹ bevat, met het oog op de samenstelling van het tableau, waarop evenveel Franstalige als Nederlandstalige advocaten ingeschreven moeten zijn, een overgangsbepaling voor het leveren van het bewijs van hun talenkennis ten voordele van de advocaten bij het Hof van Cassatie, die vóór de inwerkingtreding van deze bepaling reeds ter balie bij dit Hof ingeschreven waren. Deze advocaten kunnen van de kennis van de landstalen het bewijs leveren door de gewone praktijk van die taal, bevestigd door de Tuchtraad van hun Orde. Deze verklaring behoeft de *homologatie* van het Hof van Cassatie¹³².

53. De hier bedoelde homologatie is de bekrachtiging van een voorafgaande akte, die een beslissing inhoudt van een andere overheid. Op zichzelf voldoet deze beslissing aan alle voorwaarden voor haar bestaan, voor haar geldigheid en voor haar uitvoerbaarheid. Zij zou de indeling van een advocaat in de ene of de andere taalrol kunnen verwezenlijken. De homologatie voegt er niets aan toe. Alleen ingevolge de wil van de wetgever, wordt nog een controle vereist omdat de materie van openbare orde is, die in een overgangsgebied ligt tussen volstrekt verbod en volledige vrijheid¹³³.

Deze controle is niet beperkt tot de louter formele regelmatigheid van de voorgelegde beslissing, want dan zou er wellicht nooit een reden tot weigering van homologatie zijn. Er moet precies vermeden worden dat wat formeel conform de wet zou zijn, toch in strijd zou komen met het recht. Er wordt van het Hof een toetsing verwacht van de beslissing aan de hand van de gegevens waarop zij is gebaseerd. Het Hof onderzoekt deze gegevens en toetst of de Raad hieruit kan afleiden en beslissen, attesteren, dat de betrokkene voldoende het bewijs van de gewone praktijk van een taal leverde. Zelf mag het Hof deze talenkennis niet onderzoeken, want dit precies is voorbehouden aan de overheid die het attest afleverde en die hiervoor vrije beslissingsbevoegdheid geniet.

54. Wat uiteindelijk door de homologatierechter gedaan wordt, is geen volledige rechterlijke controle maar een marginale toetsing van de beslissing: hij beantwoordt aan de hand van een rechtmatigheidscontrole de vraag of uit de voorgelegde gegevens de Raad van de Orde naar redelijkheid tot zijn vrije beslissing kon komen.

Het besluit van dit onderzoek kan alleen uitgedrukt worden in een homologatie of in een weigering te homologeren.

Deze homologatie heeft gezag van gewijsde en kan niet door een later arrest ongedaan gemaakt worden. Alleen de nietigheid van de aan homologatie voorafbestaande beslissing van de Raad van de Orde zou de gevestigde toestand nog kunnen wijzigen die door de homologatierechter werd onderzocht.

Terecht merkt de procureur-generaal in zijn conclusie op dat de hoofdvraag bij de homologatie ligt in de omvang van de bevoegdheden van de homologatierechter. Zo onderzoekt het Hof in de eerste plaats of de beslissing uitgaat van een bevoegde Raad van de Orde en is een eventuele desbetreffende onregelmatigheid door de homologatie gedekt. Het Hof onderzoekt ook of de beslissing van de Raad niet met wetsontduiking is getroffen, maar het vermag niet te vernemen of de betrokkene zelf, ten overstaan van de Raad, bedrog pleegde. Het onderzoek van het Hof strekt zich niet zover uit. Daarom zou dit specifiek bedrog geen hinder zijn voor de Raad om het gehomologeerd attest in te trekken, waardoor de homologatie zelf zonder draagvlak zou blijven.

55. Hier blijkt dus duidelijk wat karakteristiek is voor de homologatie: het naast elkaar bestaan van twee akten waarop eigen regels blijven gelden, zowel voor hun totstandkoming als voor hun gevolgen. De omvang van de controlebevoegdheid die de wetgever aan de homologatierechter verleende, bepaalt de maat waarmee de geldigheid van de gehomologeerde akte later nog mag worden beoordeeld.

56. Er is een zekere verwantschap op te merken tussen de homologatie van de akte van bekendheid in art. 72 B.W. en de homologatie van het attest van talenkennis afgeleverd door de Raad van de Orde van Advocaten bij het Hof van Cassatie; in beide gevallen lijkt het erop dat een wettig voorgeschreven bewijs beoordeeld wordt. Fundamenteel is evenwel het verschil tussen beide dat hierin bestaat dat er in het eerste geval een toelating tot handelen wordt gegeven op grond van het geleverde bewijs, terwijl in het tweede

¹²⁸ W. VAN GERVEN, «Beginselen van behoorlijk handelen», *R.W.*, 1982-83, 966.

¹²⁹ G. MARTY en P. RAYNAUD, *Droit civil*, I, 1972, blz. 273.

¹³⁰ PLANIOL en RIPERT, *traité*, nr. 457, blz. 527.

¹³¹ Zoals vervangen bij art. 179 van art. 3 vn de wet van 10 oktober 1967.

¹³² Deze wetbepaling is aanleiding geweest tot een arrest van het Hof voorafgegaan door een belangrijke conclusie GANSHOF VAN DER MEERSCH: Cass., 13 juni 1969, *Pas.*, 1969, I, 933.

¹³³ Volstrekt verbod om op een andere wijze dan door middel van een diploma of een examen het bewijs van de taalkennis te leveren en volledige vrijheid van bewijsoverlevering.

geval geen bewijsmiddelen als dusdanig worden beoordeeld, doch wel de redelijkheid van een beslissing die eruit afgeleid wordt. In het eerste geval wordt een toelating verleend, in het tweede een marginale controle.

57. De bekrachtiging door de rechtbank van de *wijziging der statuten of de ontbinding van een V.Z.W.* en de bekrachtiging door het hof van beroep van *minderheidsbeslissingen van de algemene vergadering der aandeelhouders of van de algemene vergadering der obligatiehouders* kunnen hier samen behandeld worden; die van artikel 94 van de Vennootschappenwet heeft model gestaan voor die van artikel 71 en voor die van artikel 8 van de wet van 27 juni 1921 op de verenigingen zonder winstoogmerk¹³⁴. Het gaat telkens om beslissingen van de organen van de rechtspersoon.

58. *De V.Z.W.* — In twee gevallen, statutenwijziging en ontbinding, heeft de wet van 27 juni 1921 bepaald dat, zo na de eerste oproeping, op de algemene vergadering geen twee derden van de leden aanwezig zijn, een tweede vergadering mag beraadslagen en beslissen, wat ook dan het aantal aanwezigen zij. Deze beslissing moet evenwel door de burgerlijke rechtbank *bekrachtigd* worden¹³⁵.

De wet is duidelijk: het is een beslissing die moet bekrachtigd worden, en wel alleen die positieve beslissing die, hoewel geen twee derden van de leden aanwezig was, toch met twee derden van deze aanwezigen of eenparig¹³⁶ de statuten of het doel van de vereniging wijzigt of de ontbinding ervan vaststelt. Een negatieve beslissing hoeft niet bekrachtigd te worden. De bekrachtiging beoogt, naast een controle van de vormen¹³⁷, een bescherming van de afwezigen tegen een minderheidsbeslissing¹³⁸.

59. *De Vennootschappenwet* — In twee gevallen, de wijziging door de algemene vergadering van de rechten verbonden aan de verscheidene soorten van aandelen (art. 71 Ven. wet) en de wijziging door de algemene vergadering der obligatiehouders van de rechten verbonden aan de obligaties (art. 94 Ven. wet), heeft de wet bepaald dat een minderheidsbeslissing door het hof van beroep¹³⁹ moet worden *bekrachtigd*.

¹³⁴ J. GOEDSEELS, «De l'homologation judiciaire de certaines délibérations des assemblées générales d'association sans but lucratif», *R.P.S.*, 1934, 120, met verwijzing naar de parl. doc.; FREDERICQ, *Handboek*, I, blz. 717.

¹³⁵ J. LINDEMANS, *Verenigingen zonder winstoogmerk*, A.P.R., 1958, nrs. 491 e.v.; de auteur gebruikt het woord homologatie waar de Nederlandse tekst van bekrachtiging spreekt, maar de Franse tekst van homologatie (artt. 8 en 20).

¹³⁶ Twee derden der aanwezigen voor een statutenwijziging of een ontbinding; eenparigheid der aanwezigen voor een wijziging van het doel.

¹³⁷ Brussel, 22 januari 1960, *Pas.*, 1969, III, 7.

¹³⁸ E. DE LEMBRE, e.a., *Praktijkids voor de V.Z.W.*, nr. 2106.040-3.

¹³⁹ Door het hof van beroep omdat door de wetgever het advies van het openbaar ministerie gewenst leek; in de rechtbank van koophandel zat destijds geen lid van het openbaar ministerie (*Parl. Doc.*, *Senaat*, 1952-53, nr. 458, verslag LILAR, blz. 3).

Een ander geval waar de homologatie door het hof van beroep geschiedde kwam voor in de wet van 24 juli 1953 (fiscale transactieprocedure).

Ook hier is het duidelijk. De minderheidsbeslissing tot wijziging van de rechten van aandeel- of obligatiehouders is een volwaardige beslissing onder voorbehoud van bekrachtiging, ter bescherming van de afwezige meerderheid.

60. Wat is nu deze homologatie of bekrachtiging? Wanneer men de voorbereidende teksten naslaat, komt zij duidelijk over als de marginale toetsing van de beslissing, die hierna volle uitwerking krijgt en waardoor een tekort aan macht om de afwezige meerderheid te binden wordt aangevuld¹⁴⁰.

Allereerst natuurlijk zal het hof een controle doen van de naleving van de vormvereisten gesteld in de wet om te mogen overgaan tot een minderheidsbeslissing. Vervolgens zal nagegaan worden of er zuiverheid van oogmerk was, geen bedrog, en of het evenwichtsbeginnsel, de afweging van al de in aanmerking te nemen belangen, in acht is genomen, samen met een gelijke behandeling, in de mate van hun gelijkheid, van alle belanghebbenden¹⁴¹.

Er wordt m.a.w. door de rechter onderzocht of er ernstige redenen zijn om de beslissing af te keuren omdat zij niet conform is aan een beslissing die naar redelijke verwachting zou genomen zijn, indien het aanwezigheidsquorum wel was bereikt, dan wel of ze aanvaardbaar is¹⁴² gelet op de gegevens die voorliggen: de verslagen van de raad van bestuur, van de commissarissen, de argumenten van de op de vergadering aanwezige tegenstanders. De beslissing zelf zal de rechter inhoudelijk niet kunnen wijzigen naar eigen inzichten¹⁴³. Het hof «examine simplement s'il n'a

¹⁴⁰ J. GOEDSEELS, l.c., *id.*, *Traité juridique des associations sans but lucratif*, 1935, nrs. 979-986 en 1114-1115; P. DEMEURE, «Sur quoi porte l'homologation des délibérations prises par l'assemblée générale touchant les droits respectifs des catégories d'action», *R.P.S.*, 1966, nr. 5290, blz. 2; G. MARCOTTY, «Loi sur les assemblées obligatoires», *Belg. Jud.*, 1920, 478, nr. 7.

¹⁴¹ Brussel, 30 april 1962, *J.T.*, 1962, 529; Brussel, 8 april 1964, *R.P.S.*, 1964, 151, *Pas.*, 1964, II, 145, met de conclusie van adv. gen. SOTTIAUX; Brussel, 24 juni 1964, *R.P.S.*, 1966, 1, met noot; J. VAN RIJN, Overzicht van rechtspraak, «Les sociétés commerciales», *R.C.J.B.*, 1967, 350; Antwerpen, 20 maart 1979 en 21 mei 1979, *R.P.S.*, 1979, 85 en 193, met noot. Men zou uit de aanstelling van een deskundige kunnen geneigd zijn te besluiten dat de rechter een volledige toetsing verricht i.p.v. een marginale; bij nader toezicht evenwel blijkt zulks niet het geval te zijn. Zodra aannemelijk is gemaakt, of zodra de homologatierechter ernstige vermoedens heeft dat de beslissing kennelijk onredelijk zou kunnen zijn, strekt de aanstelling van een deskundige niet tot advies ter beoordeling van de opportuniteit van de beslissing (volledige toetsing), doch alleen ter beoordeling van de gegevens waarop de beslissing is gebaseerd, ten einde vervolgens in een marginale toetsing te kunnen uitmaken of de beslissing in redelijkheid uit deze gegevens waarop zij steunt, mocht worden afgeleid (zie ook wat betreft de marginale toetsing van de waardebeoordeling van de af te kopen aandelen, de aanstelling van een deskundige wanneer aannemelijk is gemaakt dat actiefposten kennelijk onderschat zijn: Kh. Antwerpen, 2 sept. 1966, *R.W.*, 1966-67, 264; Brussel, 21 juni 1974, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1975, nr. 21.902, blz. 131, en de bespreking van deze beslissing door J. RONSE, «Overzicht van rechtspraak — Vennootschappen», *T.P.R.*, 1978, 889, nrs. 282-283).

¹⁴² *R.P.D.B.*, tw. «Sociétés anonymes», nr. 2185.

¹⁴³ J. GOEDSEELS, *Traité*, nr. 981.

pas eu de fraude dans la convocation de la société, si tout est régulier dans la forme, si les intéressés ne sont pas exposés à une fraude caractérisée»¹⁴⁴.

Kan men klaarder beschrijven hoe de rechter de twee grenzen afbakt, waarbinnen hij niet zal treden? Hij onderzoekt alleen of de wetmatigheidsgrens enerzijds en de rechtmatigheidsgrens anderzijds overschreden werd.

Dit alles toont aan dat deze homologatie — «c'est un entérinement», zei de minister van Justitie Van de Velde — een marginale toetsing is van een voorafbestaande beslissing. Er zijn twee akten: de beslissing en de rechterlijke uitspraak, waarvoor eigen regels blijven gelden. Het is de beslissing die zal worden uitgevoerd, niet de rechterlijke uitspraak. De formele regelmatigheid van de beslissing kan niet meer betwist worden na homologatie, want deze regelmatigheid wordt geacht door de rechter nagegaan te zijn alvorens te homologeren, maar de statutaire aansprakelijkheid t.a.v. de opportuniteit van de beslissing wordt niet gedeckt door de homologatie die niet tot doel heeft deze te beoordelen.

61. Onder de rechterlijke tussenkomsten t.a.v. *de beslissingen van de familieraad* zijn er die na een rechtspleging op tegenspraak de beslissing goedkeuren of afkeuren; andere doen zulks na een rechtspleging zonder tegenspraak. Hoewel de taak van de rechtbank in wezen dezelfde is t.a.v. de aan haar oordeel onderworpen beslissing, kregen alleen de uitspraken in de eenzijdige rechtsplegingen de naam homologatie. Een uitzondering hierop, waar het woord homologeren gebruikt wordt, hoewel de wetgever uitdrukkelijk een rechtsstrijd voorziet: het is de homologatie van een beslissing van de familieraad die een vermindering toestaat van de door de voogd gestelde waarborgen. Deze beslissing, zo zegt art. 60 van de Hypotheekwet, zal ter homologatie worden onderworpen aan de rechtbank, die, na advies en op tegenspraak — contradictoirement — van het openbaar ministerie, uitspraak doet.

De rechtspleging op tegenspraak wordt gevolgd telkens wanneer de controle van de rechtbank repressief gebeurt, terwijl de homologatie een preventieve controle uitmaakt. De repressieve controle leidt tot een nietigverklaring¹⁴⁵ van de beslissing. Aldus het vonnis dat uitspraak doet over de afzetting van een voogd wanneer deze de toeziende voogd dagvaardde om te horen verklaren dat de afzetting ongegrond is¹⁴⁶. Aldus ook de vonnissen die uitspraak doen

over de vorderingen ingesteld door de in minderheid gestelde leden van de raad, of door de procureur des Konings tegen de leden die het eens waren met de beslissing¹⁴⁷; of nog, het vonnis dat uitspraak doet over het verzet tegen de beslissing die de omvang bepaalt van de waarborgen door de voogd te stellen bij de aanvang van de voogdij¹⁴⁸.

De rechtspleging op eenzijdig verzoekschrift, die strekt tot preventieve controle waar deze wettelijk is voorgeschreven, strekt ook tot goedkeuring van de beslissing, maar het alternatief is niet de nietigverklaring, doch het zonder uitwerking blijven van de beslissing¹⁴⁹. Aldus de goedkeuring van de beslissing om een lening te laten aangaan door de minderjarige, of om het hypothekeken en het vervreemden van zijn onroerende goederen toe te staan¹⁵⁰; of tot voortzetting van de handel van de ouders en de intrekking van deze beslissing¹⁵¹; aldus ook de beslissing om de verkoop uit de hand van de onroerende goederen van een minderjarige toe te laten¹⁵².

Ten slotte is er nog de homologatie van de dading, die de voogd in naam van de minderjarige aangaat, na machtiging door de familieraad en op gunstig advies van drie rechtsgeleerden¹⁵³. Dit is geen homologatie van de beslissing van de familieraad, die na het advies van de rechtsgeleerden de dading toeliet, doch een homologatie van de overeenkomst-dading zelf¹⁵⁴.

62. Principieel zijn de beslissingen van de familieraad, die meestal voorkomen als een toelating aan de voogd om, namens de minderjarige, een rechtshandeling te verrichten, uitvoerbaar uit eigen gezag¹⁵⁵. Evenwel, wanneer een vor-

¹⁴⁷ Art. 1232 Ger. W.

¹⁴⁸ Art. 51 Hyp. wet.

¹⁴⁹ De voogd zal handelen op grond van de gehomologeerde beslissing van de familieraad. Deze beslissing houdt een toelating in tot het stellen van een rechtshandeling door de voogd. De homologatie gaat dus de overeenkomst vooraf; dit is evenwel alleen het gevolg van een beslissing van de wetgever over het moment van het rechterlijk toezicht, maar laat niet toe te besluiten dat er een wezenlijk onderscheid is tussen de homologatie van de beraadslaging en de homologatie van een overeenkomst: beide akten worden goedgekeurd en kunnen uitgevoerd worden; alleen de gevolgen van de uitvoeringsmachtiging verschillen: in het eerste geval moet de rechtshandeling nog tot stand komen, in het andere bestaat zij reeds.

¹⁵⁰ Artt. 457-458 B.W.

¹⁵¹ Art. 8 W. Kooph.

¹⁵² Art. 1193bis Ger. W.; R. GOTZEN, «Nieuwe verkoopmogelijkheden voor onroerende goederen van beschermde personen», *R.W.*, 1980-81, 2217; H. CASMAN, «La loi du 18 février 1981 modifiant le Code Judiciaire en matière de certaines ventes d'immeubles», *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1981, 235. Behoudens de onteigening ten algemene nutte, waar, bij definitie, de openbare verkoop uitgesloten is (Luik, 17 febr. 1972, *J.T.*, 1972, 341).

¹⁵³ Art. 467 BW.; *R.P.D.B.*, tw. «Minorité», nrs. 1266-1275.

¹⁵⁴ Rb. Brussel, 9 mei 1969, *J.T.*, 1969, 679, met noot VAN EECKE; Rb. Brussel, 9 sept. 1970, *Pas.*, 1970, III, 98; KLUYSKENS, VII, 750, blz. 672; G. BAERT, o.c., nr. 208; DE GAVRE, *Le contrat de transaction*, I, blz. 158; G. GEYSEN, *Dading*, A.P.R., nrs. 79, 104, 107; E. VIEUJEAN, «Examen de jurisprudence», *R.C.J.B.*, 1971, 331.

¹⁵⁵ DE PAGE, II, nr. 127; G. BAERT, o.c., nr. 437; PLANIOL en RIPERT, *Traité*, nr. 519, blz. 587.

¹⁴⁴ J. GOEDSEELS, «De l'homologation judiciaire de certaines délibérations des assemblées générales d'association sans but lucratif», *Rev. prat. soc.*, 1934, 118.

¹⁴⁵ DE PAGE, II, 125; G. BAERT, *Familieraad*, A.P.R., 1963, 490.

¹⁴⁶ Art. 448, derde lid, B.W. Indien de afgezette voogd zich bij de beslissing niet neerlegt, doch zelf de toeziende voogd niet dagvaardt, dan moet deze de homologatie van de afzettingsbeslissing vorderen op eenzijdig verzoekschrift, anders blijft de afzettingsbeslissing zonder uitwerking (Vred. Luik, 19 jan. 1905, *Rev. prat. not.*, 1905, 394) behoudens het recht van het openbaar ministerie om de homologatie te vorderen (Gent, 30 juni 1960, *R.W.*, 1960-61, 340); PLANIOL en RIPERT, *Traité*, nr. 493, blz. 558, volgens wie dit een contentieuze procedure is op dagvaarding; *R.P.D.B.*, tw. «Minorité», nrs. 833-841.

dering tot nietigverklaring wordt ingesteld, wordt de uitvoering geschorst tot na de uitspraak en wanneer de voorafgaande homologatie door de wet vereist is, blijft de beslissing zonder uitwerking indien de homologatie niet verkregen wordt.

In beide gevallen strekt de rechterlijke tussenkomst tot bescherming van de belangen van de minderjarige¹⁵⁶ door toezicht op de wijze waarop zijn goederen beheerd worden, in het bijzonder of er een «volstreekte noodzakelijkheid of een klaarblijkelijk voordeel voorhanden is» om zijn vermogen te bezwaren of te vervreemden¹⁵⁷.

In beide gevallen vermag de rechtbank niet een andere, eigen beslissing in de plaats te stellen¹⁵⁸, ook niet die voorgestaan door de eisers tot nietigverklaring of door de tussenkomende partijen in de homologatieprocedure. De rechtbank houdt immers ter zake geen zitting in hoger beroep en heeft derhalve geen evocatierecht¹⁵⁹. Evenmin mag zij inhoudelijk de te homologeren dading wijzigen, doch alleen nagaan of deze conform de beslissing van de familieraad is¹⁶⁰. Zij kan alleen goedkeuren of nietig verklaren, homologeren of niet homologeren¹⁶¹. Een homologatie onder voorwaarde staat gelijk met een weigering: het komt de familieraad toe een nieuwe beslissing te nemen.

63. De beslissing zelf, waaraan de rechterlijke goedkeuring niets toevoegt, krijgt uitwerking na de uitspraak. Het is deze beslissing — niet de homologatie — die de beoogde juridische gevolgen teweegbrengt. Zij verdwijnt ex tunc, indien de goedkeuring geweigerd wordt. De familieraad kan steeds een nieuwe beslissing nemen, zelfs indien de vroegere gehomologeerd werd¹⁶², telkens wanneer de wet dit niet verbiedt of de feitelijke toestand zulks niet onmogelijk maakt¹⁶³.

Indien de beslissing blijft bestaan, worden de nietigheden die de beslissing van de familieraad eigen zijn door het homologatievonnis niet gedekt, dat principieel niet tot voorwerp, en vaak niet de mogelijkheid, heeft deze vast te stellen, hoewel de vaststelling ervan tot weigering van de homologatie kan doen beslissen indien dit het belang van de minderjarige dient¹⁶⁴. Zolang de beslissing niet is uitgevoerd, kan ze, hoewel gehomologeerd, wegens nietigheid bestreden worden¹⁶⁵. Dit geldt ook voor de gehomologeerd-

de dading die om een of andere reden nietig zou zijn¹⁶⁶.

64. Deze vaststelling wijst op de eigenheid van de homologatie. Zij heeft betrekking op een voorafbestaande beslissing, of een overeenkomst, die uit zichzelf juridisch volmaakt is, doch alleen door de wil van de wetgever, en in de mate van deze wil, aan rechterlijke controle onderworpen wordt. Eens de goedkeuring verleend, wordt de beslissing of de overeenkomst de zelfstandige oorzaak van de rechtsgevolgen, die op haar eigen waarde dient te worden beoordeeld.

De reden waarom, uitzonderlijk, voor sommige beslissingen de preventieve homologatie als substantieel vormvereiste opgelegd wordt, terwijl voor andere de wetgever aan de leden van de familieraad het initiatief laat om de beslissingen repressief te laten toetsen, is te zoeken in de gewichtigheid en de gevaarlijkheid van de eerst bedoelde beslissingen voor het vermogen van de onbekwame, waarvoor het vermetel zou zijn ze uitsluitend aan de familieraad over te laten of er op te betrouwen dat zij altijd op initiatief van een lid van de rechtbank zullen worden onderworpen.

Dat de niet gehomologeerde beslissing, wanneer de homologatie wettelijk vereist is, niet uitvoerbaar is, houdt geen verband met het inhoudelijk onderzoek van de beslissing, doch is uitsluitend een middel om de verplichting tot homologatie af te dwingen.

65. De beoordeling door de rechtbank van de beslissing van de familieraad, of zij geschiedt op tegenspraak dan wel — en zeker — in de eenzijdige homologatieprocedure, is dus te omschrijven als een marginale toetsing van deze beslissing, zoals de beoordeling van de dading eveneens in een marginale toetsing plaatsvindt.

Aan het orgaan bevoegd om te beslissen worden de opportuniteitsoverwegingen overgelaten. De rechtbank zal alleen nagaan of de beslissing op regelmatige wijze is genomen, of de ingeroepen argumenten kunnen worden verstaan als redenen van absolute noodzakelijkheid of klaarblijkelijk voordeel en of uit de motivering, wanneer deze vereist is¹⁶⁷, afgeleid kan worden, dat de belangen van de minderjarige gediend zijn. Anders uitgedrukt, de rechtbank oordeelt of met het oog op de belangen van de minderjarige de beslissing naar redelijkheid kon worden genomen¹⁶⁸, waarna ze er uitvoerbare kracht aan verleent.

Preventief, als homologatiebeslissing op eenzijdig verzoekschrift, of repressief als nietigheidsverklaring op vordering, beide uitspraken van de rechter zijn dezelfde. Beide zijn rechterlijke beslissingen.

66. Men pleegt het *akkoord na faillissement en het gerechtelijk akkoord* te definiëren als een overeenkomst aan-

¹⁵⁶ Rb. Ieper, 17 nov. 1976, *R.W.*, 1977-78, 583; Rb. Mechelen, 2 jan. 1979, *Rev. Trim. Dr. fam.*, 1981, 222, *Rev. not.*, 1980, 391.

¹⁵⁷ Cass., 3 nov. 1927, *Pas.*, 1927, I, 318; Rb. Kortrijk, 12 febr. 1980, *Rev. Trim. Dr. fam.*, 1980, 338; Rb. Kortrijk, 1 april 1980, *Rev. Trim. Dr. fam.*, 1981, 95; G. VAN DEN BERGHE, «Licitatie van onroerende goederen. Bekrachtiging en beraadslaging van de familieraad», *R.W.*, 1952-53, 1353.

¹⁵⁸ Cass., 7 mei 1954, *R.W.*, 1954-55, 216, *R.C.J.B.*, 1952, 180, noot R. DEKKERS; Rb. Brussel, 8 juli 1950, *J.T.*, 1951, 120; DE PAGE, II, 128; G. BAERT, o.c., nrs. 452 en 491. *Contra*: *R.P.D.B.*, tw. «Minorité», nr. 1228; PLANIOL en RIPERT, *Traité*, nr. 518, blz. 586.

¹⁵⁹ PLANIOL en RIPERT, *Traité*, nr. 517, blz. 585.

¹⁶⁰ KLUYSKENS, VII, 750, blz. 672.

¹⁶¹ DE PAGE, II, 128; G. BAERT, o.c., 452.

¹⁶² G. BAERT, o.c., nr. 438.

¹⁶³ Cass., 19 maart 1874, *Pas.*, 1874, 5, 92.

¹⁶⁴ Brussel, 24 mei 1952, *J.T.*, 1953, 173; DE PAGE, II, nr. 128, noot 3.

¹⁶⁵ DE PAGE, l.c.; G. BAERT, o.c., nr. 453; PLANIOL en RIPERT, *Traité*, nr. 519, blz. 587.

¹⁶⁶ Cass., 3 dec. 1846, *Pas.*, 1848, I, 230; Cass. fr., 13 maart 1922, *S.*, 1923, I, 132.

¹⁶⁷ Artt. 447 en 457 B.W.; artt. 50 en 60 Hyp. wet.

¹⁶⁸ Zie de motieven van Rb. Brussel, 18 dec. 1979, *Rev. not. belge*, 1981, 328; Rb. Ieper, 17 nov. 1976, *R.W.*, 1977-78, 583; Rb. Kortrijk, 27 maart 1979, *Tijdsch. not.*, 1979, 187; Rb. Mechelen, 2 januari 1979, *Rev. Trim. Dr. fam.*, 1981, 222.

¹⁶⁹ L. FREDERICQ, *Traité*, VII, nr. 259; Cass., 5 febr. 1903, *Pas.*, 1903, I, 102.

gegaan door de gefailleerde met zijn schuldeisers, die hun toestemming geven mits hiervoor een gekwalificeerde meerderheid in de algemene vergadering van de schuldeiser gevonden wordt¹⁶⁹. Voor Van Rijn en Heenen¹⁷⁰ is het akkoord geen overeenkomst, doch een specifieke instelling van het faillissementsrecht, omdat er niet vanwege alle schuldeisers toestemming gegeven wordt tot verbintenissen, maar een aan allen opgelegde beslissing ook de tegenstanders verplicht, na homologatie.

Alles wel beschouwd, is het akkoord een beslissing, getroffen na beraadslaging tussen de schuldenaar enerzijds en de gezamenlijke schuldeisers anderzijds. De instemming van de schuldeisers, evenwel, resulteert uit een gekwalificeerde meerderheid, die krachtens de wet ook de minderheid bindt.

De algemene vergadering der schuldeisers heeft tot doel al dan niet te komen tot de beslissing om toe te stemmen in de door de schuldenaar voorgestelde voorwaarden om het faillissement op te heffen of te voorkomen¹⁷¹.

De homologatie van het akkoord — en het is ook zo voor het gerechtelijk akkoord — moet derhalve als de homologatie van een beslissing beschouwd worden.

67. Zoals met betrekking tot de wijziging van het huwelijksvermogensstelsel, wordt ook hier de homologatieopdracht van de rechtbank als een negatieve controle omschreven. Alleen wanneer de voorgeschreven formaliteiten niet in acht zijn genomen of wanneer redenen ontleend aan het openbaar belang of aan het belang van de schuldeisers van die aard blijken te zijn, dat zij het akkoord verhinderen, weigert de rechtbank de homologatie¹⁷².

De rechtbank zal dus onderzoeken of de regels van openbare orde en de formele regels voor de totstandkoming van de beslissing zijn nageleefd, waarvan de miskening deze beslissing tenietdoet. Voor het gerechtelijk akkoord moet de rechtbank bovendien onderzoeken of het de schuldenaar wettelijk toegelaten was zijn voorstellen te doen: hij moet namelijk ongelukkig en te goeder trouw bevonden zijn¹⁷³.

Dit is de ene grens van de marginale toetsing. Anderzijds, indien aan de wettelijke voorwaarde voor homologatie is voldaan, moet de rechtbank het akkoord zelf nog toetsen aan een open rechtsnorm¹⁷⁴, het algemeen belang en het belang van de schuldeisers¹⁷⁵. Er wordt afgewogen

of het akkoord kennelijk¹⁷⁶ onredelijk is, alle belangen wel beschouwd, ook die van de minderheid.

Het is de tweede grens van de marginale toetsing: de rechtmatigheidsgrens. Het is een controle van de wijze waarop de positie van bovengeschiedheid is aangewend, die in de algemene vergadering door de meerderheid over de minderheid is verworven en waarbij dient te worden vermeden dat er misbruik van wordt gemaakt. Dit is een rechterlijke beslissing.

68. De rechtbank kan alleen maar homologeren of weigeren te homologeren. Zij vermag niet inhoudelijk het akkoord te wijzigen of de homologatie afhankelijk maken van een wijziging van het akkoord¹⁷⁷.

Eens gehomologeerd, is het dan ook de concordataire beslissing die de rechten en de plichten van de partijen bepaalt. Het is immers niet de homologatie die het akkoord doet ontstaan, doch wel de overeenstemming nopens de beslissing bereikt in de concordataire vergadering¹⁷⁸, die, zo bepaalt artikel 517 F. Wet, vernietigd wordt indien de homologatie geweigerd wordt. Nadat de homologatie kracht van gewijsde heeft bekomen, kan de beslissing nog steeds bestreden worden. De wet heeft nochtans om opportunitetsredenen, eigen aan deze materie¹⁷⁹, bepaald dat de nietigverklaring van het akkoord alleen nog kan worden gevorderd op grond van een specifiek bedrog, dat erin bestaat het actief te hebben verduisterd of het passief te hebben opgedreven¹⁸⁰. Door dit bedrag immers, wordt de berekening van de vereiste meerderheden in de algemene vergadering der schuldeisers vervalst en derhalve de beslissing ondeugdelijk.

De ontbinding van het akkoord blijft daarentegen mogelijk wanneer de gefailleerde zijn verplichtingen niet nakomt¹⁸¹⁻¹⁸².

B. Nu de overeenkomsten

69. Terwijl de homologatie van een beslissing ook strekt tot aanvulling van een tekort aan gezag om tegenstanders te verplichten, strekt de homologatie van een overeenkomst tot voorkoming van benadeling. Een overeenkomst immers geldt als wet tussen de partijen en heeft uit zichzelf vol-

¹⁷⁰ *Principes*, IV, 2840.

¹⁷¹ MAERTENS, *Commentaire*, 1851, nr. 559. Dat de beraadslaging tot een beslissing leidt, en niet tot een overeenkomst, blijkt zeer duidelijk in het wetsontwerp tot opsporing van ondernemingen in moeilijkheden en tot bijstand in hun herstel (*Doc.Kamer*, 1983-84, nr. 775/1), artikel 2, § 7, en memorie van toelichting, blz. 5: de rechtbank zal aan de schuldenaar een korte termijn verlenen om akkoordvoorstellen te doen aan zijn schuldeisers. Men kan in dit geval bezwaarlijk nog spreken van een aanbod van de schuldenaar dat al dan niet aanvaard wordt door de schuldeisers.

¹⁷² Art. 517 F. wet en 23 W. Ger. akk.; L. FREDERICQ, VII, 279; DE PERRE en VEROUĞSTRAETE, nr. 484; *Novelles*, nr. 1838.

¹⁷³ Luik, 13 nov. 1964, *Jur. Liège*, 1964-65, 82.

¹⁷⁴ «Lorsqu'il s'agit d'apprécier à que semble exiger l'intérêt public ou l'intérêt des créanciers, le projet laisse aux tribunaux la latitude la plus entière» (MARTENS, nr. 578).

¹⁷⁵ Kh. Nijvel, 4 september 1975, *B.R.H.*, 1976, 168.

¹⁷⁶ L. FREDERICQ, VII, 279; *Novelles*, nr. 1839; nr. 619; DE PERRE en VEROUĞSTRAETE, nr. 483; VAN RIJN en HEENEN, IV, 2934; Kh. Brussel, 6 januari 1964, *B.R.H.*, 1964, 308.

¹⁷⁷ L. FREDERICQ, VII, 279, 714; *Novelles*, nr. 1836; VAN RIJN en HEENEN, IV, 2850, 2931; Kh. Brussel, 23 okt. 1958, *B.R.H.*, 1958, 264; *P.B.*, tw. «Homologation», nrs. 32 en 33.

¹⁷⁸ Kh. Leuven, 28 september 1965, *R.W.*, 1966-67, 156.

¹⁷⁹ Aanvankelijk was er zelfs aan gedacht elke nietigheidsvordering te ontzeggen, omdat de totstandkoming van het akkoord beveiligd wordt door zoveel waarborgen (MAERTENS, nrs. 603-604).

¹⁸⁰ Art. 522 F.wet; art. 35 W. Ger. akk.

¹⁸¹ Art. 523 F. wet; art. 36 W. Ger. akk.

¹⁸² Ook de homologatie van de dading op onroerende rechten door de curator aangegaan (artt. 492 en 528 F.wet) is een marginale toetsing. De rechtbank kan inhoudelijk de overeenkomst niet wijzigen (Gent, 4 februari 1904, *Pas.*, 1905, II, 235; Gent, 13 november 1922, *Pas.*, 1923, II, 3). Er wordt enkel een wettigheids- en een rechtmatigheidscontrole uitgeoefend (Cass., 28 januari 1981, *Pas.*, 1981, I, 86, met conclusie van de procureur-generaal).

doende gezag om afgedwongen te worden. Het is evenwel met betrekking tot de uitwerking die de overeenkomst in materies van openbare orde kan hebben op de partijen of op derden, dat het rechterlijk toezicht belangrijk is, ten einde te vermijden dat de machtspositie die door de contractuele vrijheid wordt geboden, willekeurig aangewend wordt.

Het is ook in de homologatie van overeenkomsten dat het duidelijkst naar voren komt dat zij een techniek is die aangewend wordt in domeinen waar de wetgever als het ware twijfelde tussen verbieden en toelaten van een rechtshandeling, maar ten slotte toeliet met rechterlijk toezicht.

70. Partijen die meerderjarig zijn en bekwaam, mogen steeds een dading — een overeenkomst¹⁸³ — aangaan om het geschil te beëindigen dat ze voor de rechter hebben gebracht.

Evenwel, wanneer tijdens de rechtspleging door een van de partijen een *valsheidsincident* wordt opgeworpen, zal de dading over het geschil, de afstand van de rechtsoverdracht of, meestal, de afstand alleen van het valsheidsincident, maar kunnen worden uitgevoerd na *homologatie* door de rechtbank voor wie de valsheidsvordering aanhangig is¹⁸⁴.

Deze homologatie is noodzakelijk ter bescherming van de strafvordering. Vermeden moet worden dat de uitvoering van de dading de verdwijning meebrengt van de van valsheid betichte stukken, al of niet ter griffie neergelegd. De bedoeling van deze homologatie is dus de bewijsoverdracht in strafzaken niet te laten belemmeren door particuliere overeenkomsten 185.

71. De dading is een overeenkomst. De homologatie is een rechterlijke beslissing. Twee akten dus, waarvan de eerste uit zichzelf volle uitwerking tussen partijen heeft en behoudt, krachtens artikel 1134 van het Burgerlijk Wetboek, en waarvan de tweede beperkt is tot een welbepaalde controle over de toelaatbaarheid van de uitvoering van die bedingen uit de eerste akte, die het openbaar belang kunnen raken, namelijk het wegmaken, het teruggeven of afhalen ter griffie van de valse stukken.

De eerste akte, de wederkerige overeenkomst¹⁸⁶, heeft bewijswaarde tussen de partijen, bindt hen en kan bestreden worden zoals elke dading¹⁸⁷. De homologatie heeft hierop geen uitwerking. De uitvoering kan afgedwongen worden of vrijwillig geschieden, zelfs indien de homologatie geweigerd werd, doch dan alleen de uitvoering van die bedingen die de rechterlijke controle niet behoeften. Deze controle strekt zich immers niet uit tot de vrije wilsbeschikking van de partijen, ook niet over de geldigheid van hun toestemming, noch over hun bevoegdheid. Zij beperkt er zich toe te onderzoeken of de dading uitwerking kan krij-

gen met betrekking tot het lot van de van valsheid verdachte stukken. Er wordt hierdoor een geschil beslecht tussen de partijen en het openbaar ministerie. Zelf indien uitzonderlijk het openbaar ministerie geen bezwaren zou doen gelden, dan toch is er uitspraak gedaan over tegenstrijdige belangen. Het is een rechterlijke beslissing.

72. De *pleegvoogdij* «komt tot stand», zo zegt ons de tekst¹⁸⁸, door een overeenkomst tussen de aanstaande pleegvoogd en degenen wier toestemming vereist zou zijn voor een adoptie van het kind. Dit zijn, naar gelang van het geval, de beide ouders¹⁸⁹, de overlevende van de ouders, de natuurlijke vader en/of moeder die het kind hebben erkend of de familieraad¹⁹⁰. Zonder daarom partij te worden in de overeenkomst, tenzij de twee echtgenoten samen de overeenkomst aangaan¹⁹¹, moet de echtgenoot van de pleegvoogd in de akte instemmen met diens voornemen.

De overeenkomst beoogt een contractuele datieve voogdij, geen verminderde vorm van adoptie¹⁹² waarbij onderhoud, opvoeding en professionele vorming van het kind, die plichten zijn voortvloeiende uit het ouderlijk gezag, in bepaalde mate aan de pleegvoogd worden gedelegeerd¹⁹³. Indien de minderjarige reeds onder voogdij stond, wordt deze thans verder overgenomen door de pleegvoogd, op wie de gewone regels van de voogdij toepasselijk worden¹⁹⁴.

Deze overeenkomst is een vormelijk contract: de toestemming van de partijen en de machtiging van de echtgenoot van de pleegvoogd worden vastgesteld in een authentieke akte, opgemaakt door de vrederechter of door een notaris.

Deze authentiek vastgestelde rechtshandeling moet, om uitwerking te kunnen krijgen, «bekrachtigd worden» — *entériné* — door de jeugdrechtbank.

73. Wat voegt deze bekrachtiging aan de overeenkomst toe? Op zichzelf is deze overeenkomst, als vormelijk contract, volmaakt. Ze is aangegaan door bekwame partijen met naleving van de opgelegde vormen. Ze voldoet om alle beoogde rechtsgevolgen teweeg te brengen. Trouwens, onder het vroegere regime van de artikelen 361-370 van het

¹⁸⁸ Art. III-2, wet van 21 maart 1969; hoofdstuk IIbis, titel X, boek I, B.W.; *Rép. Not.*, I, 3, 1971, tw. «l'Adoption», nrs. 109-129.

¹⁸⁹ Ten onrechte wordt de onmogelijkheid bevestigd voor wettige ouders die niet uit de ouderlijke macht zijn ontzet om een overeenkomst van pleegvoogdij voor hun kind aan te gaan (Brussel, 29 april 1982, *R.W.*, 1982-83, 1856, met noot P. SENAËVE).

¹⁹⁰ Art. 348, § 1, B.W.

¹⁹¹ Of twee echtgenoten zich samen tot pleegvoogdij mogen verbinden, is een betwiste vraag: zie in bevestigende zin, Gent, 10 december 1975, *R.W.*, 1977-78, 1259, met noot J. PAUWELS; *Pand. B.*, tw. «Tutelle officieuse», nr. 18.

¹⁹² *Parl. Doc.*, *Senaat*, 1966-67, nr. 358, verslag, blz. 41; *Pas.*, 1969, 221 en 237; ministeriële circulaire, 16 juni 1969, *B.S.*, 4 juli 1969, blz. 6640.

¹⁹³ *Pand. B.*, tw. «Tutelle officieuse», nr. 11. Over de splitsing van de voogdijuitoefening zie R. DEKKERS, «Des attributs de la tutelle», *R.C.J.B.*, 1954, 180; G. BAERT, *Familiaraad*, A.P.R., nr. 141.

¹⁹⁴ Art. 3, vierde lid, Pleegvoogdijwet.

¹⁸³ J. DE GAVRE, *Le contrat de transaction*, 1967, nr. 3; G. GEYSEN, *Dading*, A.P.R.

¹⁸⁴ Artikel 906 Ger. W.

¹⁸⁵ *Pand. B.*, tw. «Faux incident», nrs. 140 e.v.; BELTJENS, *Procédure civile*, artikel 249; VAN REEPINGHEN, *Verslag*, blz. 446.

¹⁸⁶ Cass., 6 april 1977, *Pas.*, 1977, I.

¹⁸⁷ Art. 2044 B.W.; DE PAGE, V., 2e ed., nr. 482, p. 480; raadpl., Bergen, 19 maart 1980, *Rev. prat. not.*, 1980, 257; DE GAVRE, I, nrs. 93 e.v.

Burgerlijk Wetboek volstond zij en was er geen bekrachtiging vereist¹⁹⁵.

Voor de homologatie is de rol van de jeugdrechtbank er geen van alleen maar passieve getuige, die, «sine causae cognitione» een nutteloos bijkomstig vormelijk element aan de overeenkomst toevoegt¹⁹⁶. Haar beslissing reikt ook veel verder dan een loutere wettigheidscontrole. De jeugdrechter heeft van de wetgever met het oog op het onderkennen van 's kinds belang een actieve rol toebedeeld gekregen met ruime onderzoeksbevoegdheden. Al wie moet toestemmen voor het tot stand komen van de overeenkomst, moet door de jeugdrechter gehoord worden, althans opgeroepen, en ook de procureur des Konings moet advies geven. Het pleegkind moet, zonder dat het formeel moet toestemmen, dit in tegenstelling tot de adoptie¹⁹⁷, nochtans gehoord worden indien het reeds vijftien jaar oud is geworden.

74. De opdracht van de jeugdrechter omvat dus enerzijds een grondig onderzoek nopens de toestemming van de partijen, met controle of deze toestemmingen vrij waren van kenbare wilsgebreken, anderzijds een toetsing van de overeenkomst aan het belang van het kind¹⁹⁸. Krachtens de algemene principes van de overeenkomsten is er geen reden tot weigering van de homologatie indien de toestemming, die vrij gegeven is, nadien tussen het verlijden van de akte en de homologatie, wordt ingetrokken. De overeenkomst is immers volmaakt en bindt de partijen; alleen de uitvoering ervan blijft afhankelijk van de homologatie. Maar daartegenover dient te worden opgemerkt dat de intrekking van de toestemming een ernstige aanwijzing kan inhouden dat het belang van het kind niet gediend zou zijn door een homologatie.

75. De half conventionele, half gerechtelijke aard van de pleegvoogdij heeft als gevolgen: 1° dat de overeenkomst pas uitvoering krijgt op de dag van de homologatie; 2° dat de rechten en de plichten van de partijen in de authentieke akte te vinden zijn en niet in de homologatiebeslissing; 3° dat deze akte, als soevereine wilsuitdrukking van de partijen, door de rechter niet mag worden gewijzigd; 4° dat de geldigheid van de authentieke akte slechts kan worden betwist op gronden die niet het voorwerp zijn geweest van de rechterlijke controle. Alles waarop de controle van de rechter slaat, wordt gedekt door de homologatie en kan slechts bestreden worden door het aanwenden van rechtsmiddelen tegen deze beslissing, zolang ze niet in kracht van gewijsde is gegaan. Zo kan bijvoorbeeld de nietigheid van de authentieke akte op grond van het ontbreken van toestemming niet meer gevorderd worden. De rechter stelde met gezag van gewijsde het bestaan van deze toestemming vast. De onderzoeksbevoegdheden die hem en de procureur des

Konings ter zake door de wet zijn verleend, moeten het de jeugdrechtbank mogelijk maken de naleving van de wettelijke pleegvormen en het belang van het kind te beoordelen. Dit alles kan derhalve alleen maar door het tijdig aanwenden van rechtsmiddelen tegen de homologatie bestreden worden.

Daarentegen heeft de rechter niet altijd de mogelijkheid om bedrog te ontdekken, zodat, ondanks de bekrachtiging de overeenkomst zelf, op die grond, altijd zal kunnen worden aangevochten.

76. De beslissing van de jeugdrechter, die alleen maar mag homologeren of weigeren te homologeren, vloeit voort uit een marginale toetsing van de overeenkomst. Er wordt onderzocht of de «positie van bovengeschiktheid¹⁹⁹» t.a.v. het kind niet in diens nadeel wordt misbruikt. Dit is een rechterlijke beslissing: er bestaat een geschil met betrekking tot de belangen van de verzoeker en de belangen van het kind, waarover uitspraak gedaan wordt.

Nogmaals merken we ook op dat het rechterlijk toezicht geschiedt op de grens tussen vrijheid en verbod. Deze rechtshandeling had de wetgever evengoed volstrekt kunnen verbieden²⁰⁰ als volledig vrijlaten, zoals voorheen.

77. Ik zal U niet spreken over de *homologatie van de adoptieakte*. Hoewel uitstekende auteurs²⁰¹ op analogie wijzen van deze homologatie en de homologatie van de wijziging van het huwelijksstelsel omdat er in beide gevallen vooraf door de partijen een overeenkomst wordt aangegaan, die pas door de homologatie definitief en uitvoerbaar wordt, meen ik dat de wijze waarop thans de adoptie is geregeld, niet toelaat de vergelijking door te trekken om inzicht te krijgen in het wezen van de homologatie.

Allereerst zou men het erover eens moeten zijn dat de adoptieakte een overeenkomst inhoudt. Is het niet in wezen een verklaring dat men toetreedt tot een instituut? Deze verklaring is onherroepelijk²⁰² maar volstaat niet. Zij bepaalt de aanvang van de gevolgen van de adoptie²⁰³, louter krachtens uitdrukkelijke wetsbepaling, niet op grond van artikel 1134 van het Burgerlijk Wetboek. De verplichtingen die eruit voortvloeien, wortelen niet in het verbintenissenrecht, maar in de wet die het instituut heeft ingericht, zoals dit ook zo is met het huwelijk.

¹⁹⁹ W. VAN GERVEN, o.c., R.W., 1982-83, 966.

²⁰⁰ J. CANIVET, «Réflexions sur la tutelle officieuse», J.T., 1966, 145.

²⁰¹ G. BAETEMAN en H. CASMAN, «Homologatie van wijzigingen aan het huwelijksstelsel», in *Liber Amicorum F. Dumon*, blz. 33-53; nrs: 11-12.

²⁰² De rechter mag homologeren zelfs indien tijdens de homologatieprocedure de instemming wordt ingetrokken, maar moet dan oordelen of de verklaring van adoptie nog op wettige gronden steunt, met name het belang van het kind dient (Cass., 18 juni 1981, R. Trim. Dr. fam., 1983, 71). De onherroepelijkheid van deze verklaring is geen argument om de adoptie als een overeenkomst te beschouwen. De belangrijkheid van de aangelegenheid rechtvaardigt dat niet lichtvaardig gehandeld wordt en dat gezag aan deze verklaring wordt gegeven.

²⁰³ Artt. 357 en 370 B.W.

¹⁹⁵ G. AUVRAY, *L'adoption et la tutelle officieuse*, 1949, nr. 100, blz. 146; X. CARTON DE WIART, *L'adoption et la tutelle officieuse*, 1940, nr. 57, blz. 104.

¹⁹⁶ J. DALCQ-DEPOORTER, *L'adoption*, blz. 178.

¹⁹⁷ Art. 349 B.W.

¹⁹⁸ Brussel, 14 juni 1979, R.W., 1979-80, 2053 met noot: gebrekkige toestemming wegens psychologische gesteltnis van de moeder.

78. De adoptie komt op twee manieren tot stand: met aller instemming of op vordering tegen de geïnteresseerden die er zich tegen verzetten.

In beide gevallen is de opdracht van de rechter dezelfde: een volledige toetsing²⁰⁴, geen marginale toetsing.

Het «tweeslachtig²⁰⁵» procédé dat erin bestaat de techniek van de te homologeren notariële adoptieakte aan te wenden en, in voorkomend geval, uit te monden in een eigenlijke rechtspraak, is uit te leggen door historische redenen in de lijn van de eerste debatten over de Code civile²⁰⁶, waarbij reeds het probleem aan de orde was hoe men praktisch — legislatief of rechterlijk — de adoptie het best tot stand kon brengen, en door de taaie invloed van de theorie van de willige rechtsmacht. Het oorspronkelijk wetsvoorstel waaruit de huidige Adoptiewet is gegroeid zag af van de contractuele adoptie ten voordele van een vonnis²⁰⁷. Tenzij een fictieve betwisting wordt georganiseerd, zoals voor de echtscheiding door onderlinge toestemming, is er slechts de techniek van de te homologeren adoptieakte als middel om tot het instituut toe te treden²⁰⁸ en de eventuele bezwaren tijdens deze procedure op eenzijdig verzoekschrift te laten beoordelen.

79. Maar de homologatie van de adoptieakte is wezenlijk niet te onderscheiden van het vonnis dat de adoptie uitspreekt. Beide hebben, na een zelfde rechtspleging, gezag van gewijsde. Hoger beroep staat open in beide gevallen. De adoptieakte kan, eens gehomologeerd, niet meer, op welke grond dan ook, bij wege van nietigheid bestreden worden²⁰⁹ precies omdat ten gevolge van de volledige toetsing alle mogelijke ongeldigheden of nietigheidsgronden gedekt zijn²¹⁰. Het is duidelijk dat al evenmin op grond van artikel 1032 Ger. W. de wijziging of de intrekking van de homologatie op grond van veranderde omstandigheden zou kunnen worden nagestreefd.

Dit alles wijst op een wezenlijke afwijking van de homologatietechniek. Deze laat altijd toe de gehomologeerde overeenkomst te bestrijden op gronden die niet door de rechter noodzakelijk en zeker getoetst zijn²¹¹.

De homologatie, hier, slorpt als het ware de adoptieakte op. Zij laat haar geen zelfstandig bestaan. Zij betekent alleen dat de adoptie tot stand is gekomen zonder dat iemand enig bezwaar deed gelden.

Homologatie of vonnis dat de adoptie uitspreekt: beide zijn rechterlijke beslissingen van volle rechtsmacht. Deze homologatie is van geen rechtstreeks nut om inzicht te krijgen in het begrip. Duidelijker hiervoor is de homologatie van de wijziging van het huwelijksstelsel.

²⁰⁴ Jrb. Charleroi, 31 aug. 1972, *J.T.*, 1973, 315; J. DALCQ-DEPOORTER, «L'adoption», *Rev. Not.*, 1969, 157.

²⁰⁵ *Pasinomie*, 1969, verslag HAMBYE, 234.

²⁰⁶ LOCRÉ, III, 197-203.

²⁰⁷ Wetsvoorstel Harmel (*Doc.*, *Kamer*, 1961-62, nr. 436/1, blz. 4 en 10-12).

²⁰⁸ C. VAN MALDEREN, *Adoptie en wettiging door adoptie*, A.P.R., 1970, nr. 7.

²⁰⁹ Art. 356, § 1, B.W.

²¹⁰ *Pasinomie*, 1969, verslag HAMBYE, 234.

²¹¹ Onder het regime van de wet van 1940 was de nietigheid van de akte niet gedekt door de homologatie (DE PAGE I, 1267; compl. I, 1265-1267).

80. De meest recente toepassing in ons recht van de homologatietechniek vond plaats bij de inwerkingtreding van de wet van 14 juli 1976 die in het Burgerlijk Wetboek de artikelen 1387 tot 1581 heeft vervangen en het *wijzigen van het huwelijksvermogensstelsel* toestond.

Artikel 1395, § 1, bepaalt dat de notariële wijzigingsakte, bij verzoekschrift ondertekend door de beide echtgenoten, *ter homologatie* wordt voorgelegd aan de rechtbank van eerste aanleg van hun echtelijke verblijfplaats, en omschrijft de taak van de homologatierechter op negatieve wijze; hij weigert de homologatie indien de wijziging waarvan de homologatie wordt gevraagd, afbreuk doet aan de belangen van het gezin of van de kinderen, dan wel aan de rechten van derden.

Deze homologatie leverde ook het grootst aantal rechterlijke uitspraken en doctrinale studies²¹² op.

81. De wijze waarop de taak van de homologatierechter in artikel 1395 B.W. is omschreven als de negatieve controle, zoals men het heeft genoemd²¹³, van de belangen van het gezin of van de kinderen, dan wel van de rechten van derden, neemt niet weg dat hij alvorens daartoe te komen een vormelijke controle uitoefent, een *wettigheidscontrole*, zoals elke homologatierechter het doet: het toetsen van de overeenkomst zoals ze voorligt, aan de wet.

De homologatie wordt geweigerd wanneer, indien dit vereist is wegens de vereffening van het vorig stelsel of wegens de dadelijke verandering in de samenstelling van de boedels, nagelaten is een boedelbeschrijving te maken en de wederzijdse rechten te regelen²¹⁴, of wanneer het internationaal privaatrecht zich tegen een wijziging verzet²¹⁵. Ook wanneer de wijziging ingaat tegen de openbare orde, door de wettelijke orde van erfopvolging te wijzigen²¹⁶, of door bedingen nopens een nog niet opgevallende nalatenschap²¹⁷; bedingen in de wijzigingsakte die indruisen tegen

²¹² G. BAETEMAN en H. CASMAN, «Homologatie van wijzigingen van het huwelijksstelsel», in *Liber Amicorum F. Dumon*, 1983, I, blz. 33-53; H.A. LEJEUNE, «La mutabilité des régimes matrimoniaux», *Rev. rég. droit*, 1978, 379; H. EECKHAUTE, «La mutabilité contrôlée des conventions matrimoniales et le rôle du tribunal en matière d'homologation», *Rev. Not. b.*, 1980, 226; M. THUYBAERT, «Wijziging van de huwelijksvereenkomst en controle van de rechter», *Tijdschr. Not.*, 1978, 262; B. VANDER LINDEN-POUPART, «La modification des conventions matrimoniales et le pouvoir d'appréciation du juge», *J.T.*, 1978, 625; I. VAN STRAELEN, «De taak van de rechter bij verandering van huwelijksvoorwaarden», *R.W.*, 1978-79, 945; Cl. JONGMANS, noot onder Luik, 22 december 1977, *R.C.J.B.*, 1980, 177.

²¹³ *Parl. Doc.*, *Kamer*, 1975-76, nr. 869/3, blz. 10, verslag BAERT.

²¹⁴ Cass., 24 oktober 1979, *R.W.*, 1978-80, 1859, met noot CASMAN, *Rev. Tr. Dr. F.*, 1980, 156; Cass., 26 juni 1980, *Rev. Tr. Dr. F.*, 1981, 475.

²¹⁵ Zie B. HANOTIAU, «La loi applicable au régime matrimonial légal et à sa mutabilité», *Rev. Tr. Dr. F.*, 1979, 317.

²¹⁶ Art. 1388 B.W.; Gent, 23 maart 1979, met noot CASMAN, *R.W.*, 1979-80, 1930.

²¹⁷ Rb. Dendermonde, 23 mei 1980, *Rev. Tr. Dr. F.*, 1982, 352; Rb. Veurne, 18 december 1980, *Rev. Tr. Dr. F.*, 1982, 365. De homologatie wordt wel toegestaan indien de nalatenschap toevallig nog voor de homologatie: Rb. Brussel, 25 februari 1981, *Rev. Tr. Dr. F.*, 1982, 351; CASMAN en VAN LOOK, *Huwelijksvermogensrecht*, II/1, blz. 9; CASMAN, noot onder Gent, 23 maart 1979, *R.W.*, 1979-80, 1926.

dwingende wetsbepalingen²¹⁸ leiden ook onvermijdelijk tot weigering van homologatie van de gehele akte: het is niet omdat een beding krachtens de wet nooit uitwerking kan krijgen dat de rechter erover mag stappen; ook hier, zoals voor alle homologatieprocedures, vermag de rechter alleen het geheel te homologeren of niet te homologeren: partiële of voorwaardelijke homologatie is niet mogelijk²¹⁹. Dit zou neerkomen op het afhankelijk stellen van de homologatie van door de rechtbank opgelegde wijzigingen, een inhoudelijke inmenging zijn in de vrijheid van contracteren²²⁰.

Het overlijden van een der echtgenoten in de periode tussen de wijzigingsakte en het homologatievonnis moet tot weigering van de homologatie doen beslissen²²¹.

82. Dit brengt ons tot de opdracht van de homologatierechter met betrekking tot de inhoud van de wijzigingsakte en allereerst tot de toestemming van de echtgenoten. Zijn

²¹⁸ Gent, 11 juni 1982, *Tijdschr. Not.*, 1982, 326, *Rec. Gen. Enr.*, 1983, 22841 (strijdigheid met artikel 1399, tweede lid, B.W.). De vraag of tijdens hun *feitelijke scheiding*, en aangenomen dat geen afbreuk wordt gedaan aan het belang van het gezin of van de kinderen, de echtgenoten hun huwelijksstelsel mogen wijzigen, moet naar mijn oordeel bevestigend beantwoord worden, hoewel moet worden vastgesteld dat de rechtspraak eerder negatief is ingesteld (Rb. Kortrijk, 22 januari 1982, *R.W.*, 1982-83, 456), in tegenstelling tot de rechtsleer (P. SENAEVE, *R.W.*, 1982-83, 458; C. DEBUSSCHERE, *R.W.*, 1978-79, 2884; *id.*, *Tijdschr. Not.*, 1982, 364; L. SWENNEN, *R.W.*, 1979-80, 2411, nrs. 20-22). Er is geen wettekst die, op grond alleen van een bestaande feitelijke scheiding, de echtgenoten het recht ontzegt hun huwelijksstelsel te wijzigen. De enige grondslag om hier de homologatie te weigeren is de strijdigheid van de overeenkomst met het belang van het gezin of van de kinderen dan wel met de rechten van derden, een beoordeling die volgens andere maatstaven kan verlopen dan voor niet feitelijk gescheiden echtgenoten.

²¹⁹ Luik, 22 december 1977, *R.C.J.B.*, 1980, 172, *J.T.*, 1978, 194; Bergen, 20 juni 1979, *Rev. Tr. Dr. F.*, 1980, 220, *Rev. Not.*, 1979, 526, met noot; Luik, 18 november 1977, *J.T.*, 1978, 208; Rb. Brugge, 7 februari 1978, *Tijdschr. Not.*, 1978, 310; Rb. Brugge, 7 december 1978, *Rec. Gen. Enr.*, 1979, 22631; CASMAN en VAN LOOK, *Huwelijksvermogensrecht*, 1977, II/5, blz. 7; B. VANDER LINDEN-POUPART, *J.T.*, 1978, 626; *contra*: Rb. Gent, 19 oktober 1981, *Tijdschr. Not.*, 1982, 112, met noot.

²²⁰ *Parl. Doc.*, Senaat, 1974, verslag BAERT, nr. 683/2, blz. 56; G. TRAEST, H. CASMAN en F. BOUCKAERT, «Het nieuw huwelijksvermogensrecht», *T.P.R.*, 1977, 841, nr. 67.

²²¹ Cass., 2 mei 1979, met de conclusie DUMON, *Rev. Trim. Dr. F.*, 1979, 381, *Rev. Not.*, 1979, 589, met noot M. EECKHAUTE, *Tijdschr. Not.*, 1979, 72, *J.T.*, 1979, 750, met noot STERCKX, *R.W.*, 1979-80, 47; BAETEMAN, o.c., nr. 37 en blz. 53. Het huwelijk is immers ontbonden op de datum van het overlijden. Er valt niets meer te wijzigen. Weliswaar bestaat de voorafgaande wijzigingsovereenkomst, doch zij voltooide de wijziging niet. Een tweede stap diende nog te worden gezet waarvoor een gedurende heel de procedure volgehouden toestemming vereist is: het verzoek en het verkrijgen van de homologatie. Het volstaat dus niet dat de rechter vaststelt dat de overleden echtgenoot tot aan zijn dood in de wijziging toestemde; hij moet ook vaststellen dat hij in de homologatieprocedure is blijven toestemmen; de echtgenoten moeten daarom samen en in persoon verschijnen, althans in de mogelijkheid blijven het mandaat van hun raadsman in te trekken (noot A. KOHL onder Rb. Antwerpen, 28 november 1978, *Rev. Trim. Dr. F.*, 1979, 312).

taak beperkt er zich toe vast te stellen dat deze toestemming gegeven is.

Artikel 1395 vereist weliswaar, tijdens het hele verloop van de procedure tot en met de publicatie, dat de beide echtgenoten gezamenlijk optreden ten einde aldus overwegende beïnvloeding²²² van de ene op de andere tegen te werken en de standvastigheid van hun wil te doen blijken. Toch behoort het niet tot de opdracht van de rechter een onderzoek naar wilsgebreken in te stellen²²³. Hiertoe heeft hij trouwens de mogelijkheid niet. Ik bedoel hiermee dat de homologatierechter de eventueel bestaande, doch niet aan het licht gekomen, wilsgebreken niet dekt en de gehomologeerde akte op die grond nog zal kunnen worden aangevochten. Vanzelfsprekend zal de homologatie geweigerd moeten worden, mocht de rechter toch een wilsgebrek vaststellen omdat dan meteen komt vast te staan dat een van de echtgenoten niet toestemde in de wijziging.

83. Naast de wettigheidscontrole, eigen aan elke homologatie, beperkt artikel 1395 B.W. het inhoudelijk onderzoek van de wijzigingsakte tot de vraag of afbreuk gedaan wordt aan de belangen van het gezin²²⁴ of van de kinderen, dan wel aan de rechten van derden.

Het belang van het gezin of van de kinderen, in tegenstelling tot de rechten van derden, is een open begrip, een vage rechtsnorm. De inhoud ervan wordt, onder voorbehoud van misbruik of bedrog, vrij opgevuld door de echtgenoten, die volgens artikel 1394 «naar goedgevoelen» mogen beslissen²²⁵ en «vermoed worden» in dit belang te handelen²²⁶.

Uit de rechtspraak²²⁷ en de rechtsleer²²⁸ blijkt dat de rechterlijke controle van deze vrije beslissingsbevoegdheid er telkens op neerkomt belangen tegen elkaar af te wegen.

Op grond van de concrete gegevens die de echtgenoten verschaffen, wordt, zonder de opportuniteit of de beweegredenen van de wijziging ter discussie te stellen, nagegaan of er geen klaarblijkelijke onredelijke — want schadelijke — wijziging wordt nagestreefd: een wijziging die geen en-

²²² *Parl. Doc.*, Senaat, 1964-65, nr. 138, memorie van toelichting, blz. 9; Brussel, 19 april 1978, *J.T.*, 1978, 417.

²²³ BAETEMAN, o.c., nrs. 29 en 51.

²²⁴ Het «gezin» moet begrepen worden als de echtgenoten alleen, nu de kinderen afzonderlijk zijn genoemd en de andere erfgenamen tijdens de parlementaire debatten werden uitgesloten (*Parl. Doc.*, Senaat, 1975-76, nr. 683/2, blz. 19). Het Nederlandse «gezin» is overigens enger dan «familie» (BAETEMAN, o.c., nr. 28; M. THUYSSBAERT, *Tijdschr. Not.*, 1978, 263).

²²⁵ In Frankrijk moeten de echtgenoten op positieve wijze rechtvaardigen dat de wijziging «dans l'intérêt de la famille» zal zijn (art. 1397 C. civ.) en in Nederland wordt de homologatie — «de goedkeuring» — geweigerd indien een redelijke grond voor het maken of wijzigen van de huwelijksvoorwaarden ontbreekt of indien er gevaar voor benadeling van schuldeisers bestaat (art. 204 B.W.).

²²⁶ *Parl. Doc.*, Kamer, 1975-76, nr. 869/3, verslag BAERT, blz. 10; Brussel, 13 april en 9 oktober 1978, *Rev. Trim. Dr. F.*, 1978, 351 en 354, met noot Cl. JONGMANS.

²²⁷ Cass., 1 juni 1979, *Rev. Trim. Dr. F.*, 1981, 5; Brussel, 13 april en 9 oktober 1978 vermeld; Bergen, 20 juni 1978, *Rev. Trim. Dr. F.*, 1980, 220; Brussel, 13 november 1978, *J.T.*, 1979, 664.

²²⁸ Zie noot 212.

kel redelijk echtgenoot in dezelfde omstandigheden zou aanvaarden, of die waarden miskent die ze geroepen zijn te beveiligen, of nog die welke met het bestaande huwelijksstelsel geen coherent geheel meer uitmaakt zodat er een kiem van nutteloze geschillen geschapen wordt²²⁹.

Het is vooral bij het afwegen van de belangen²³⁰ van de echtgenoten tegen die van de kinderen dat zulks het duidelijkst blijkt, vooral dan wanneer er kinderen zijn uit een vorig huwelijk en dit naar aanleiding van het z.g. verblijvingsbeding ten voordele van de langstlevende echtgenoot of bij overgang naar een stelsel van algehele gemeenschap²³¹. Hier ontwaart men de controle van de positie van bovengeschiktheid.

Met betrekking tot de derden is de marge kleiner omdat niet moet worden geoordeeld over hun belangen maar over hun rechten, waaraan geen afbreuk gedaan mag worden. Dit toezicht slaat op de rechten van de actuele schuldeisers, wier pand, door een wijziging die zou neerkomen op het organiseren van de insolventie²³², niet mag worden verminderd; niet op de toekomstige schuldeiser, want het is niet onrechtmatig om het pand van toekomstige schuldeisers te beperken²²³.

84 Uit dit overzicht van rechtspraak en rechtsleer over de homologatie van de wijziging van het huwelijksvermogensstelsel kan nu een besluit getrokken worden: het toetsen van de wijze waarop het goedgevonden van de echtgenoten het open begrip «belang van het gezin of van de kinderen» heeft opgevuld, en het binnen de, door dwingende wetsbepalingen en door de rechten van de schuldeisers op hun pand, getrokken banen houden van de uitoefening van de wilsautonomie, is duidelijk marginaal toetsen.

²²⁹ BAETEMAN, o.c., nr. 41, blz. 49.

²³⁰ Brussel, 13 april en 9 oktober 1978, vermeld, met de noot van Cl. JONGMANS; *id.*, in R:C.J.B., 1980, 189; BAETEMAN, o.c., nr. 32; CASMAN en VAN LOOK, *Huwelijkvermogensrecht*, II/5, blz. 9. Verg. Cass. fr., 6 januari 1976, D., 1976, Jur., 253. Ten onrechte gewaagt men van een rangorde van belangen (M. THUYBAERT, o.c., blz. 263): alle belangen, die van het gezin of die van de kinderen, zijn gelijkwaardig. Een conflict moet niet opgelost worden volgens een voorrang, maar volgens een afwegen; wat nadelig is voor de ene zonder voordelig of noodzakelijk te zijn voor de andere, moet afgekeurd worden. Er moet ook geen rekening gehouden worden met louter hypothetische gevaren waarvoor geen concrete aanwijzingen voorhanden zijn dat zij zich zullen voordoen, zoals de mogelijkheid, in abstracto, dat de door de wijziging begunstigde langstlevende het vermogen ten nadele van de kinderen zou verkwisten.

²³¹ *Parl. Hand., Senaat*, 28 april 1976, blz. 1966, verklaring van de verslaggever HAMBYE; zie L. SWENNEN, o.c., nrs. 26, e.v.; C. REMION, noot onder Rb. Doornik, 7 mei 1979, *Rev. Not.*, 1980, 250: invloed van artikel 1465 B.W. (inkortingsvordering) bij de beoordeling van een overgang naar algehele gemeenschap; BAETEMAN, o.c., nr. 32.

²³² Bv. bij overgang naar scheiding van goederen met toewijzing aan de echtgenoot-schuldenaar van slechts waardeloze goederen (Cass. fr., 23 februari 1972, D., 1973, Jur. 157); zie verder: BAETEMAN, o.c., nrs. 22-28.

²³³ CASMAN en VAN LOOK, o.c., blz. 7-8; W. ECKHAUTE, o.c., *Rev. Not.*, 1980, 229, nr. 5. Het bedrog zal moeten blijven; het volstaat niet een mogelijk bedrog te vermoeden.

Elke wijziging is toegelaten die de aldus aangegeven marge niet overschrijdt.

Daar de wijzigingsakte slechts marginaal getoetst wordt, moet de overeenkomst, eens gehomologeerd, zelfstandig beoordeeld worden. Haar juridische waarde wordt bepaald door de regels van de overeenkomst in alles wat de rechter, om te homologeren, wettelijk niet tot opdracht kreeg te beoordelen.

85. Aldus is nogmaals opgemerkt wat eigen is aan de homologatie: het naast elkaar bestaan van twee akten, de beslissing of de overeenkomst en de rechterlijke beslissing, waarop eigen regels toegepast worden, zowel voor hun regelmatigheid als voor hun rechtsgevolgen. Het verband tussen beide is de marginale toetsing van de eerste, uitgedrukt in de tweede. Eens met succes deze toetsing ondergaan, is het de gehomologeerde rechtshandeling zelf die de rechten en de plichten van de partijen bepaalt. Voortaan blijft de rechterlijke beslissing op de achtergrond, van waar zij slechts terug te voorschijn zal komen, wanneer tegen de gehomologeerde akte een nietigheidsvordering zou worden ingesteld. Deze akte kan immers maar aangevochten worden op gronden geput uit de wijze waarop de partijen hebben gehandeld binnen de grenzen van hun vrije bevoegdheid, zoals deze door de homologatiebeslissing werden afgebakend aan de hand van de omvang van de opdracht die, in de onderscheiden materies, de wet aan de homologatierechter gaf. Al wat op grond van deze opdracht getoetst werd, verwierf gezag van gewijsde en kan niet meer tegen de gehomologeerde akte ingeroepen worden.

86. Geachte toehoorders, ik besluit. Ik heb U niet over alle homologaties gesproken die men in verspreide wetteksten ontmoet. Er zou ook nog kunnen worden onderzocht in hoever het visum van in het buitenland verleende hypotheek op onroerende goederen in België, de inwilliging van een nationaliteitskeuze, het exequatur van buitenlandse vonnissen en arresten, het exequatur van arbitragebeslissingen, de bekrachtiging door de voorzitter van de overeenkomst van de echtgenoten tot regeling van de voorlopige maatregelen tijdens de echtscheidingsprocedure, homologaties zijn, gerechtelijke bestuursbeslissingen of rechterlijke beslissingen. Ik beperkte er mij toe aan de hand van enkele homologaties bepaalde opvattingen die traditioneel voor waar worden aangezien, te onderzoeken door observatie van de feiten en van de concrete juridische werkelijkheid. Ik heb alleen gepoogd een leidraad te verschaffen in wat een doolhof lijkt.

Het woord homologatie zegt niet voldoende wat de wetgever bedoelt, wanneer hij het gebruikt. Het woord wordt immers in verschillende betekenissen aangewend. De auteur van de *Pandectes belges* kon dan ook terecht schrijven: «On ne peut présenter une étude synthétique des homologations. Tous ce que l'on peut faire c'est de dégager de l'ensemble certaines idées générales»²³⁴.

De opvatting als zou de homologatie nooit een rechterlijke beslissing zijn, werd niet geverifieerd. Er zijn gerechtelijke beslissingen die de naam homologatie kregen en die zui-

²³⁴ Tw. «Homologation», nr. 1.

vere bestuursbeslissingen zijn; men mag betwijfelen of deze naam hen terecht wordt gegeven. Men kan toch bezwaarlijk van een homologatie spreken, van een bekrachtiging, wanneer een rechtshandeling haar bestaan zelf ontleent aan de gerechtelijke beslissing. Er wordt dan niets bekrachtigd²³⁵. Er was niets. Alleen een akte die vooraf bestaat, kan bekrachtigd worden.

87. Het komt mij voor dat de homologatie echt specifiek is en eigen gevolgen inhoudt, alléén wanneer zij betrekking heeft op een voorafbestaande, voltrokken rechtshandeling, een beslissing of een overeenkomst, die op zichzelf zou kunnen volstaan om de beoogde rechtsgevolen teweeg te brengen, maar die, alleen ingevolge de wil van de wetgever, eerst nog aan een controle wordt onderworpen²³⁶. Deze controle herleidt zich tot een marginale toetsing van de akte. Het vrije beslissingsrecht of de wilsautonomie van de partijen blijven geëerbiedigd, maar worden aan de wet en aan het recht getoetst, alvorens volle uitwerking te kunnen krijgen.

De controle — min of meer uitgebreid volgens de materies — strekt ertoe betwistingen en benadeling te voorkomen. Zij werkt preventief ten aanzien van een grote waar-

schijnlijkheid dat uit de uitvoering van de beslissing of van de overeenkomst geschillen kunnen voortkomen die vooralsnog verborgen zijn en die niet meer, of zeer moeilijk nog, zouden kunnen worden verholpen wanneer ze zich zouden openbaren.

Deze marginale toetsing is een rechterlijke beslissing. Na de homologatie is het de gehomologeerde akte die verder de rechten en de plichten van de betrokkenen bepaalt, onder voorbehoud van hetgeen door de homologatierechter noodzakelijk en zeker, ingevolge de omvang van zijn toetsingsopdracht, is gevonnenist.

Thans is homologatie maar een woord. Het is een vlag die de lading niet dekt.

Indien dit woord door de wetgever mocht worden voorbehouden voor de preventieve marginale toetsing van beslissingen en overeenkomsten, dan zou een algemene theorie van de homologatie kunnen worden uitgebouwd en meer inzicht kunnen worden gegeven in de vereisten en de rechtsgevolgen ervan.

Het woord zou dan een juridisch begrip worden.

Evenwel, Mijnheer de Eerste Voorzitter, Mijnheer de Procureur-Generaal, geachte toehoorders, «la pensée vole et les mots vont à pied, voilà tout le drame»²³⁷ of is het Goethe die de weg wijst met deze raad: «Beherrsche die Sache und die Worte werden schon folgen»?

²³⁷ J. GREEN, *Journal*, 4 mei 1943.

²³⁵ I. BALENSI, «L'homologation des actes juridiques», *Rev. Tri. Dr. civ.*, 1978, 42, nr. 6.

²³⁶ I. BALENSI, *o.c.*, *Rev. Trim. Dr. civ.*, 1978, 42, nr. 1.

VERSLAG VAN DE PROCUREUR-GENERAAL VERHEGGE OVER HET RECHTSPREKEN TIJDENS HET KALENDERJAAR 1983 IN HET RESSORT VAN HET HOF VAN BEROEP TE GENT

Zoals gewoonlijk zult U in onderstaand verslag cijfergegevens vinden over de activiteit van Uw hof en van de rechtbanken en van de parketten van het rechtsgebied.

De algemene trend is nog steeds gekenmerkt door een toename van het aantal inkomende en ingeleide zaken, en van het aantal uitgesproken rechterlijke beslissingen, zowel op civiel als op penaal gebied.

Wat Uw kamer van inbeschuldigingstelling betreft is het opvallend dat het aantal arresten door haar uitgesproken in haar hoedanigheid van rechtsmacht van onderzoek, ingegrepen beslissingen over de preventieve hechtenis, gestegen is van 697 voor het kalenderjaar 1980, naar 963 arresten voor het kalenderjaar 1983.

Opvallend is ook de belangrijke toename van het aantal zaken van de bevoegdheid van de politierechtbanken die binnen het parket, buiten de rechter om werden afgedaan door betaling van een geldsom aan de ontvanger der registratie.

Dit is naar ons oordeel een gezonde evolutie: voor strafbare feiten die sociaal minder storend zijn, maar toch een misdrijf uitmaken is een snelle, minder omslachtige betuiging, door het betalen van een geldsom, aanbevolen. Deze wijze van afhandeling ligt trouwens in de lijn van de wil van de wetgever, zoals deze zeer recent geconcretiseerd werd in de wet van 28 juni 1984 «tot uitbreiding van het toepassingsveld van het verval van de strafvordering voor sommige misdrijven, tegen betaling van een geldsom» (*B.S.*, 22 aug. 1984, blz. 11787 e.v.).

Zij laat toe, wanneer de eventueel veroorzaakte schade aan een ander geheel vergoed is, een misdrijf, strafbaar met ten hoogste vijf jaar gevangenisstraf, binnen het parket af te handelen mits betaling van een geldsom, waarvan het bedrag bepaald wordt door het O.M. binnen de wettelijk vastgestelde normen, door de dader aan de Administratie van de Belasting over de toegevoegde waarde in de Registratie en Domeinen.

Deze belangrijke verruiming van de bevoegdheid van het O.M. om mits sanctionering buiten de tussenkomst van de rechter zaken af te doen, zal het noodzakelijk maken dat door de procureurs-generaal bij de hoven van beroep na overleg, eenvormige richtlijnen worden verstrekt die als vuistregels zullen dienen bij het bepalen van de minima- en de maximabedragen voor de misdrijven die het meest in aanmerking komen voor deze wijze van afhandeling.

Een adviescommissie werd reeds door hen samengesteld, die haar werkzaamheden nog deze maand aanvangt. Het dringt immers nog meer, nu dergelijke bevoegdheidsuitbreiding aan het O.M. werd gegeven, dat zou gestreefd worden naar meer reële rechtsgelijkheid in de afhandeling van zaken langs de hoger beoogde procedure om, met inachtneming van het beginsel dat vergelijkbare gevallen op vergelijkbare manier dienen te worden afgedaan, ongelijke gevallen verschillend naar de mate van hun ongelijkheid (zie onze rede van 1 september 1982, «Beschouwingen bij het beleid van het Openbaar Ministerie», *R.W.*, 1982-83, 1347).

De adviezen die op het stuk van de afhandeling van zaken binnen het parket, door de door ons ambt ingestelde ressort adviescommissie werden uitgebracht, zullen ter zake een nuttige, partiële voorbereiding uitmaken. Te Uwer voorlichting delen wij U mede dat deze ressort-commissie samengesteld werd uit een advocaat-generaal en uit ervaren magistraten van de parketten en de arbeidsauditoraten van ons rechtsgebied.

Bij de formulering van deze beleidsadviezen werden aldus alle parketten van het ressort betrokken.

Vooralsnog worden talrijke zaken door de parketten op beleidsgronden geseponeerd. In onze rede van 1 september 1982 verstrekten wij gegevens over de omvang van deze septs voor ieder parket van het ressort, en wezen erop dat veel misdrijven waarvoor voldoende bezwaren waren om ze aan de rechter te onderwerpen, door het O.M. zonder gevolg worden gelaten, ofwel omdat de rechtbanken overbelast zijn en het maximum van hun verwerkingscapaciteit hebben bereikt, en in sommige gevallen overschreden, ofwel omdat het O.M. van oordeel is dat de feiten niet voldoende zwaarwichtig zijn om ze aan de rechter te onderwerpen, of nog omdat het oordeelt dat de uitoefening van de strafvordering door het instellen van strafrechtelijke vervolgingen voor de betrokken verdachten, en of, hun gezin, nadelige gevolgen zouden hebben die buitenmatig zwaar zouden zijn ten aanzien van de verstoring van de sociale orde.

De toepassing van de wet van 28 juni 1984 zal tot gevolg hebben dat heel wat minder zaken door de parketten om de hoger nader bedoelde beleidsredenen zonder gevolg zullen worden gelaten, en deze voortaan zullen gesanctioneerd worden door het opleggen van de betaling van een geldsom.

De handhaving van de rechtsorde, gewild door de wetgever, en de credibiliteit ervan zullen aldus versterkt worden.

Tevens zullen sommige misdrijven die vooralsnog, na strafrechtelijk opsporingsonderzoek, door het O.M. voor de rechter werden gebracht, omdat het oordeelde dat er voldoende bezwaren waren en ze zo maar niet zonder gevolg konden gelaten worden, op een meer passende, efficiëntere en minder tijdrovende, minder traumatiserende wijze kunnen worden betoeteld.

Meteen zal meer tijd kunnen worden geschapen voor de behandeling van ernstige misdrijven voor de rechter, hierin begrepen misdrijven waarvan de eventueel veroorzaakte schade aan een ander niet geheel vergoed is. Het mag immers niet zo zijn «dat de rechtsbescherming ten aanzien van diep ingrijpende beslissingen niet optimaal is, omdat rechters overbelast zijn met minder belangrijke zaken» (J.M. Pollak, «De omvang van de rechtsbescherming», N.J.B., 23 jan. 1982).

Ten aanzien van de activiteitsgegevens vervat in onderhavig verslag, meer in het bijzonder in verband met het aantal en de aard der zaken behandeld door de correctionele kamers van Uw hof, en van de rechtbanken van eerste aanleg van Uw ressort, menen wij dat het passend is dat wij U toelichting verstrekken over een beleidsaspect van het O.M. in Uw rechtsgebied, waarvan terloops sprake is geweest tijdens de bespreking van het ontwerp van wet houdende de begroting van het Ministerie van Justitie voor 1984, in openbare vergadering van de Senaat (zie *Senaat, Parlementaire handelingen*, vergadering van dinsdag 5 juni 1984, p. 2508).

In de beoogde bespreking heeft een achtbaar lid van de Senaat zijn bezorgdheid uitgedrukt over de toepassing van een beleidsnorm van ons ambt die ertoe strekt in verkeerszaken (inbreuken op de artt. 418-420 W.S.R.), bij toepassing van de wet van 4 oktober 1867, artikel 4, op de verzachtende omstandigheden, voor de raadkamer de contraventionalisatie te vorderen zodat deze zaken niet door de rechtbanken van eerste aanleg, maar door de politierechtbanken worden behandeld.

Er werden inderdaad door ons ambt na overleg met de heren procureurs des Konings aan de parketten onderrichtingen gegeven ertoe strekkende dergelijke vorderingen te nemen ten aanzien van verkeersongevallen, die niet worden geseponeerd omdat de schade niet geregeld is, en waarin klaarblijkelijk geen blijvende aantasting van de fysische integriteit van personen is, en die ook niet samenhangend zijn met andere, ernstige overtredingen zoals bv. dronken sturen. Wat ons ambt ertoe aangezet heeft dergelijke onderrichtingen te geven, is de vaststelling dat er in ons ressort wat verkeerszaken betreft een zware overconsumptie is van de verwerkingscapaciteiten van de correctionele kamers van de rechtbanken van eerste aanleg en van ons hof van beroep.

Het aantal verkeerszaken welke in ons ressort door de hogervermelde correctionele kamers worden behandeld, remmen de behandelingsmogelijkheden van deze rechtscollèges af voor andere strafzaken, wat in sommige gevallen vertraging met zich medebrengt en verval van de strafvordering door verjaring vooral dan in ingewikkelde en zwaarwichtige zaken die een lang vooronderzoek vereisen.

De verhoudingen tussen het aantal strafzaken in het algemeen, en het aantal verkeerszaken, die door de correctionele kamers van de andere hoven van beroep van het Rijk — en dus ook door de correctionele rechtbanken van deze ressorten — worden behandeld liggen anders dan in ons ressort. Ter illustratie volgen hier statistische gegevens over het aantal strafzaken die in 1981 door de vijf hoven van beroep werden behandeld.

	Antwerpen	Brussel	Liège	Mons	Gent
Andere strafzaken dan	884	1.123	547	451	993
verkeer					
Verkeerszaken	575 (39 %)	228 (16 %)	341 (38 %)	260 (36 %)	1.062 (51 %)

Uit ingewonnen inlichtingen blijkt dat de weg die door het O.M. in Uw ressort thans ingeslagen wordt, ten aanzien van wat we zouden kunnen noemen niet-zware verkeerszaken met licht-gewonden, en waarvan de schadelijke gevolgen door de verdachten — of hun wetverzekeraars — nog niet geregeld zijn, sedert lang in de andere ressorten van het Rijk, onder de druk van het groot aantal zaken, werd ingeslagen.

Tussen 1 maart 1984 en 31 juli 1984 werden in Uw rechtsgebied 872 «verkeerszaken» (inbreuken op de artt. 418-420 W.S.R.) door de raadkamers van de rechtbanken van eerste aanleg naar de politierechtbanken verwezen.

Vanzelfsprekend moet deze meerdere belasting van de politierechtbanken gepaard gaan met maatregelen die naar gelang de plaatselijke toestanden, vereist zijn: door het systematischer toepassen van afhandeling van zaken binnen het parket door het doen betalen van een geldsom, zal tijd vrijgemaakt worden voor de behandeling van deze bijkomende zaken voor de politierechtbanken.

Wij hebben eraan gehouden bij de aanvang van dit jaar de inhoud van de hier besproken beleidsonderrichtingen aan de parketten, en de gronden waarop ze stoelen, ter kennis te brengen van de heer Eerste-Voorzitter van Uw hof. Het komt ons inderdaad passend voor dat de magistraten van de zetel kennis krijgen van beleidsbeslissingen van het O.M. die rechtsstreeks verband houden met de rechtsbedeling, en van de feiten, vaststellingen die het O.M. ertoe hebben aangezet deze beslissingen te treffen.

Wij menen dat bovenstaande een voldoende rechtzetting uitmaakt en de contraventionalisering die door het O.M. in Uw ressort wordt nagestreefd ten aanzien van de hoger nader bepaalde misdrijven zeker niet het gevolg is van willekeur, en geenszins beoogt op onrechtstreekse wijze de diep ingrijpende regeling in te voeren voorzien door het ontwerp van wet betreffende de uitbreiding van bevoegdheid van de politierechtbank (*Kamer, Parl. Handl.*, Doc. 74. Vergadering 12 juni 1980, p. 1990; Belg. Senaat, 12 juni 1980, 450 (1979-1980), 14.I).

Volledigheidshalve weze eraan herinnerd dat jaarlijks honderden misdrijven waarop het Strafwetboek criminele straffen voorziet en die «normaal» door de hoven van assisen zouden moeten worden berecht, door de onderzoeksge rechten bij toepassing van de wet van 4 oktober 1867 worden gecorrectionaliseerd, en aldus door de correctionele rechtbanken worden gevonnis.

De overbelasting van het gerechtelijk apparaat is steeds een actueel fenomeen dat ook in hoge mate de wetgever en de minister van Justitie bekommert.

Gedeeltelijk, en voornamelijk wat de hoven van beroep betreft zal hierin verholpen worden o.m. door de wet van 28 juni 1984 (*B.S.*, 7 juli 1984, blz. 9911 e.v.) «tot wijziging van de wet van 3 april 1953 betreffende de rechterlijke inrichting». Door deze wet wordt het aantal leden van de zetel van Uw hof met zeven eenheden vermeerderd: hetzij twee kamervoorzitters en vijf raadsheren, en wat het parket bij Uw hof betreft, wordt één plaats van substituut-procureur-generaal toegevoegd. In de griffie van het hof worden 3 griffiers en 1 griffiers-klerk toegevoegd. Zonder vooruit te lopen op beslissingen van de heer Eerste-Voorzitter, en van het noodzakelijk tussen te komen K.B. houdende het nieuw bijzonder Reglement van Uw hof (het huidige bijzonder reglement van het Hof van Beroep te Gent maakt het voorwerp uit van het K.B. van 28 oktober 1970 (*B.S.*, 31 oktober 1980, blz. 11037)), mogen wij veronderstellen dat, wanneer de bezetting van de zetel van Uw hof volledig zal zijn, twee nieuwe burgerlijke kamers zullen ingesteld worden, terwijl te gepasten tijde de huidige tiende kamer haar originele strafrechtelijke bevoegdheid zal herwinnen.

Het hoeft geen betoog dat, waar slechts één nieuwe plaats van parketmagistraat werd opgericht, de belasting van het parket-generaal zal verzwaren. De nieuwe verhouding tussen het aantal kamers van het hof en het aantal magistraten van het parket houdt dan ook het gevaar in

zich dat, niettegenstaande de niet aflatende inspanningen van mijn medewerkers, de adviezen van het O.M. in burgerlijke zaken minder uitvoerig zouden kunnen zijn dan tot hiertoe in de regel het geval is geweest.

De meest dringende en voorrang eisende taken van het Openbaar Ministerie zijn immers gebonden aan de uitoefening van de strafvordering.

Naast de hogervermelde recente wetgeving dient de wet van 17 juli 1984 «houdende bepaalde maatregelen van aard tot vermindering van de gerechtelijke achterstand» (*B.S.*, 21 juli 1984, p. 10455 e.v.) te worden vermeld, waarvan eveneens verwacht wordt dat zij zal bijdragen tot het opdrijven van de productiviteit van onze rechtscollèges.

De bepalingen van deze wet zijn U bekend. Zij houden nieuwe beschikkingen in voornamelijk tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek, betreffende o.m. de inruststelling van magistraten, griffiers, parketsecretarissen, personeelsleden van griffies en parketten, de mogelijkheid voor bepaalde inrust gestelde magistraten om op hun verzoek door hun korpsverste aangewezen te worden om het ambt van plaatsvervangend magistraat uit te oefenen tot zij de leeftijd van 70 jaar hebben bereikt, de mogelijkheid in het hof van beroep, voor de kamervoorzitters om een sinds ten minste vijftien jaar op het Tableau van de Orde ingeschreven advocaat op te roepen om zitting te nemen, om de kamer voltallig te maken; de verdere ambtsuitoefening gedurende ten hoogste één jaar door de magistraten van de zetel na hun inruststelling wegens leeftijd, in de zaken die reeds zijn behandeld vóór de datum van de toelating tot de inruststelling en waarin nog geen beslissing is gevallen, behalve vrijstelling door de eerste-voorzitter of de voorzitter van hun rechtscollège; de mogelijkheid voor de magistraten van de zetel en van het parket die toegelaten werden tot de inruststelling wegens het bereiken van de leeftijdsgrens, om door de Koning gemachtigd te worden voor een termijn van ten hoogste zes maanden hun ambt uit te oefenen tot er voorzien is in de plaats die ingevolge hun inruststelling is opgevallen. Deze twee laatst aangehaalde bepalingen zijn niet van toepassing op de korpsversten.

Zoals de heer minister van Justitie Jean Gol het stelde: «Je ne prétends pas que les projets de loi que vous allez examiner — die o.m. betrekking hadden op de hoger aangehaalde nieuwe wettelijke beschikkingen — vont résoudre l'ensemble du problème de l'arriéré judiciaire: ... ils vont contribuer à alléger la situation dans ce domaine». (*Senaat Parl. Handelingen* 5 juni 1984, p. 2521, 2522.

1. Wat het Hof betreft

1.1. Burgerlijke zaken:

Er werden in 1983 2.735 nieuwe burgerlijke zaken ingeleid voor het hof van beroep. Het waren er 2.699 in 1982 en 2.779 in 1981.

Er werden tijdens het kalenderjaar 1983 1.693 eindarresten (234 meer dan in 1982) en 263 tussenarresten gevelde, terwijl er 96 zaken van de rol werden geschrapt.

Op 31 december 1983 waren er voor het Hof 12.149 «hangende» civiele zaken; op 31 december 1982 waren er dit 11.264.

1.2. Fiscale zaken:

Er werden 126 zaken ingeleid. Er werden 57 zaken definitief afgehandeld; in 1982 40, en in 1981 82.

1.3. Strafzaken:

Het aantal voor de correctionele kamers ingeleide zaken bedroeg 2.371. Er werden door deze kamers van Uw hof 2.556 arresten gevelde (w.o. 2.356 eindarresten — 92 meer dan in 1982 — 47 arresten op verzet en 153 tussenarresten). In 1982 bedroeg het aantal arresten 2.475, in 1981 2.220 en in 1980 2.391.

Door de kamer van inbeschuldigingstelling werden er in haar hoedanigheid van rechtsmacht van onderzoek en inzake preventieve hechtenis 963 arresten gevelde (in 1982: 751, in 1981: 775, in 1980: 697).

Inzake herstel in eer en rechten sprak deze kamer 618 arresten uit (in 1982: 673, in 1981: 787, in 1980: 731).

De Hoven van Assisen van Gent en Brugge spraken samen 8 arresten uit.

Inzake jeugdbescherming sprak Uw hof 95 arresten uit d.i. 30 meer dan in 1982.

2. De rechtbanken van eerste aanleg.

2.1. Aantal ingeleide burgerlijke zaken 31.745 (in 1980: 30.396; in 1981: 29.316; in 1982: 29.923).

Het aantal vonnissen in burgerlijke zaken bedroeg: 22.338 (in 1980: 24.722; in 1981: 23.942; in 1982: 22.939).

Bovendien werden in 1983, 24.309 beschikkingen uitgesproken (o.a. in kort geding, inzake echtscheiding door onderlinge toestemming, en door de beslagrechter) (in 1980: 19.264; in 1981: 21.575; in 1982: 22.669).

In 1983 werden 24.581 vonnissen in correctionele zaken uitgesproken. In 1982: 24.607; in 1981: 23.533; in 1980: 23.868.

2.2. Het aantal notities door de parketten aangelegd bedroeg in 1983: 286.902, d.i. 4.461 notities minder dan in 1982 (1982: 291.363; in 1981: 279.268; in 1980: 275.070).

3. De rechtbanken van koophandel

Er werden in 1983 15.920 vonnissen over de zaak zelf

uitgesproken (in 1982: 14.506; in 1981: 15.367; in 1980: 13.054).

Het aantal tussenvonnissen bedroeg 7.221 in 1983 (in 1982: 6.029; in 1981: 7.405; in 1980: 5.390).

In 898 vonnissen werd het faillissement uitgesproken (827 in 1982; 797 in 1981; 610 in 1980).

Er waren 27 aanvragen voor een gerechtelijk akkoord (23 in 1982, en 34 in 1981).

4. De vredegerichten

Het aantal in 1983 ingeschreven zaken (inbegrepen die op de rol der verzoekschriften) bedroeg 45.399 (in 1982: 45.603; in 1981: 43.812; in 1980: 39.865).

Het aantal processen-verbaal van minnelijke schikking bedroeg in 1983, 15.535 (in 1982: 14.512; in 1981: 14.458; in 1980: 15.230).

Het aantal eindvonnissen bedroeg in 1983: 37.643 (in 1982: 37.291; in 1981: 34.253; in 1980: 29.741).

Het aantal tussenvonnissen in 1983 bedroeg 6.505 (in 1982: 7.321; in 1981: 8.597; in 1980: 10.294).

5. De politierechtbanken

Er werden in 1983, 39.689 nieuwe zaken ingeleid (in 1982 was dit 40.373, in 1981: 40.576 en in 1980: 39.487).

Er werden in 1983 door de politierechtbanken 39.433 eindvonnissen uitgesproken (in 1982: 39.972; in 1981: 40.271; in 1980: 39.110).

Hierna volgen meer gedetailleerde cijfergegevens:

Het hof van beroep

- aantal cassatieberoepen in strafzaken 189 (in 1982: 187; in 1981: 142).

- vernietigingen 13.

- verwerpingen 64

- hangende 112.

Rechtbanken van eerste aanleg

	Gent	Dendermonde	Oudenaarde	Brugge	Kortrijk	Ieper	Veurne
Burgerlijke zaken							
- aantal nieuwe zaken	7.206	7.668	2.186	7.206	4.843	1.198	1.438
- aantal vonnissen (inbegrepen tussenvonnissen)	5.252	4.745	1.761	4.406	3.907	1.008	1.259
- aantal beschikkingen o.a. kort geding, beslagrechter, echtscheiding door onderlinge toestemming enz.	5.634	5.112	2.528	5.126	2.892	1.658	1.359
Correctionele zaken							
- aantal notities parket	77.342	65.746	18.364	55.565	35.186	14.003	20.696
- aantal vonnissen (voor aantal beroepen hiertegen, zie rubriek ingeleide zaken hof van beroep)	4.184	5.207	2.254	4.601	3.718	864	882
- aantal vonnissen (correctionele rechtbank in graad van hoger beroep)	735	427	224	598	663	145	79
Beschikkingen van de raadkamer	1.552	1.439	632	1.582	1.752	205	590
Aantal zaken afgedaan door het parket buiten de rechter (minnelijke schikkingen)	1.367	1.280	233	965	879	151	219

Rechtbanken van koophandel

	Gent	Dendermonde	Oudenaarde	Brugge	Kortrijk	Ieper	Veurne
Vonnissen	4.307	2.824	1.611	3.520	2.799	383	476
Tussenvonnissen	2.867	431	670	1.559	1.189	208	297
Faillissementen	261	160	71	203	122	26	55
Aanvragen gerechtelijk akkoord	18	6	1	2	-	-	-

Vredegerichten

	Gent	Dendermonde	Oudenaarde	Brugge	Kortrijk	Ieper	Veurne
Aantal zaken op de alg. rol	9.875	7.286	2.186	8.371	7.763	1.397	1.209
Aantal zaken op rol der verzoekschriften	1.755	1.933	736	1.206	1.245	227	210
Aantal P.V. minnelijke schikking	4.195	4.931	1.096	1.838	2.738	495	242
Aantal eindvonnissen	9.488	8.017	2.577	7.502	7.605	1.258	1.196
Aantal tussenvonnissen	1.569	1.131	594	2.360	665	65	121
Aantal vergaderingen familieraad	831	815	277	699	610	187	124

Politierechtbanken

	Gent	Dendermonde	Oudenaarde	Brugge	Kortrijk	Ieper	Veurne
Aantal ingeleide zaken	14.705	6.796	2.016	7.070	6.956	1.325	821
aantal eindvonnissen	14.595	6.923	1.994	7.006	6.786	1.303	826
Aantal voorzieningen hoger beroep	1.193	554	283	663	775	159	87
Aantal zaken afgedaan door het parket buiten de rechter (minnelijke schikkingen)*	42.300	49.100	9.559	58.436	19.267	4.065	8.530 *

* samen: 191.257; in 1982: 139.876.

RECHTSPRAAK

BENELUX-GERECHTSHOF

23 OKTOBER 1984

President: de h. Moons

Openbaar ministerie: de h. Roelvink

Advocaten: mrs. Sillevs Smit en Eijkman

Verzekering — Motorrijtuigen — 1. Gedekte aansprakelijkheid — Slechts bij deelneming aan het verkeer — 2. Motorrijtuig dat als werktuig dient — Ongeval bij werkzaamheden — Deelneming aan het verkeer — Begrip — 3. Ongeval nadat het motorrijtuig zich naar de plaats van het werk heeft bewogen.

1. De aansprakelijkheid voor schade, veroorzaakt bij het manoeuvreren van een motorrijtuig, zonder dat er sprake is

van deelneming door dat motorrijtuig aan het verkeer, is niet een aansprakelijkheid welke krachtens art. 3, § 1, van de Gemeenschappelijke Bepalingen moet zijn gedekt.

2. a. De omstandigheid dat schade is veroorzaakt door een motorrijtuig dat niet of niet alleen is ingericht voor het verplaatsen van personen of goederen over wegen of terreinen, maar uitsluitend of mede om te dienen als werktuig voor andere verrichtingen dan het bewerkstelligen van zodanig vervoer, en dat die schade is veroorzaakt terwijl het motorrijtuig aldus als werktuig werd gebruikt, staat er niet aan in de weg, dat het motorrijtuig op dat moment deelnam aan het verkeer. Met name zou, wanneer het motorrijtuig bij het zich verplaatsen op een openbare weg of op terreinen als bedoeld in art. 2, § 1, schade veroorzaakt op een wijze die karakteristiek is voor schadeveroorzaking door een motorrijtuig in het verkeer, het feit dat het motorrijtuig tegelijkertijd als werktuig in de hiervoren bedoelde

zin werd gebezigd, niet eraan in de weg staan dat de schade zou moeten worden aangemerkt als in het verkeer veroorzaakt.

b. De enkele omstandigheid dat tijdens de schadeveroorzaking het motorrijtuig zich bij het verrichten van de desbetreffende werkzaamheden met behulp van zijn wielen verplaatste ten einde de juiste positie in te nemen, brengt nog niet mee dat de schadeveroorzaking in het verkeer plaatsvond. Zulks zal met name niet het geval zijn, als het zich verplaatsen van het motorrijtuig redelijkerwijs slechts gezien kan worden als een onderdeel van de manoeuvre waarbij het motorrijtuig als «werktuig» wordt gebezigd en als de schade niet is veroorzaakt op een wijze die overigens karakteristiek is voor schadeveroorzaking door een motorrijtuig in het verkeer.

3. Het feit dat een motorrijtuig, voordat het als «werktuig» tewerk wordt gesteld en schade veroorzaakt, zich naar de plaats van het werk heeft bewogen en daarbij aan het verkeer heeft deelgenomen, brengt nog niet mee dat de daarna, bij het gebruik van het motorrijtuig als werktuig, veroorzaakte schade moet worden aangemerkt als in het verkeer veroorzaakt.

Visser t/ Centraal Beheer Schadeverzekering

Conclusie van het lid van het Hof mr. H.L.J. Roelvink, als daartoe aangewezen fungerend advocaat-generaal

1. In zijn arrest van 8 april 1983 heeft de Hoge Raad der Nederlanden vastgesteld, dat het in de onderhavige procedure voorgestelde middel van cassatie vragen van uitleg aan de orde stelt van in het bijzonder art. 2, § 1, eerste lid, en art. 3 van de Gemeenschappelijke Bepalingen, behorende bij de Benelux-overeenkomst betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen (Verdrag van 24 mei 1966, *Trb.*, 1966, 178). De inhoud van de desbetreffende bepalingen is opgenomen in de Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen (WAM; artt. 2, lid 1, 3, leden 1, 2 en 4). Ingevolge art. 1, lid 1, van het op 26 september 1968 te Brussel tot stand gekomen Aanvullend Protocol bij genoemde Benelux-overeenkomst gelden deze bepalingen als gemeenschappelijke rechtsregels voor de toepassing van hoofdstuk III van het Verdrag betreffende de instelling en het statuut van een Benelux-Gerechtshof. Dienovereenkomstig heeft de Hoge Raad een aantal vragen van uitleg van de hiervoren vermelde Gemeenschappelijke Bepalingen aan het Benelux-Gerechtshof voorgelegd met het verzoek over die vragen uitspraak te doen.

2. Het is, naar mijn mening, niet nodig nader in te gaan op de vraag naar de bevoegdheid van het Hof tot het doen van uitspraak op de door de Hoge Raad voorgelegde vragen van uitleg van de Gemeenschappelijke Bepalingen als hiervoren aangegeven.

Die bevoegdheid is gegeven, zoals de Hoge Raad heeft vooropgesteld, ingevolge art. 1, lid 1, van voormeld Aanvullend Protocol nu de inhoud van de hier aan de orde zijnde Gemeenschappelijke Bepalingen is opgenomen in de bepalingen van de Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen. Te dezen is volstaan met inhoudelijke overeenstemming, omdat, zoals in de considerans van de Benelux-overeenkomst van 24 mei 1966 is overwogen, «volkomen eenmaking van het recht voor dit onderwerp bezwaren

blijkt op te leveren en dat voorts er mede kan worden volstaan, dat de voornaamste onmisbaar te achten regelen gemeenschappelijk zijn voor de drie landen, met dien verstande dat ieder der landen de vrijheid behoudt voor zijn grondgebied bepalingen af te kondigen, die de waarborgten behoefte van de benadeelden vergroten».

3. Met betrekking tot de omschrijving van de feiten, waarop de door het Benelux-Gerechtshof te geven uitleg moet worden toegepast, heeft de Hoge Raad in zijn arrest het volgende doen dienen.

«Het betreft hier een vordering van de benadeelde tegen de verzekeraar (art. 6, lid 1, eerste zin, Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen, overeenkomende met art. 6, § 1, van de Gemeenschappelijke Bepalingen).

Voor de omschrijving van het feitelijk gebeuren zij in de eerste plaats verwezen naar rechtsoverweging 2 van het arrest van het Gerechtshof te 's Gravenhage. Van de daar vermelde feiten is het Gerechtshof uitgegaan en daarvan dient ook in cassatie te worden uitgegaan.»

Ik voeg hier tussen de hier door de Hoge Raad bedoelde rechtsoverweging 2.

«Visser legt aan haar vordering het volgende feitelijk gebeuren ten grondslag.

«De litigieuze vorkheftruck behoorde in eigendom toe aan Koen Visser Producten B.V. en werd bestuurd door J. Orgers, die bij deze B.V. in dienst was. Orgers had opdracht gekregen om pallets, op ieder waarvan circa 20 balen rijst met elk een gewicht van ongeveer 50 kilogram waren geladen, met de vorkheftruck te verplaatsen van het magazijn naar de grondstoffenopslagplaats in de bedrijfsruimte van het bedrijf van voormelde vennootschap. De afstand waarover de pallets moesten vervoerd was circa 100 meter. De pallets moesten in de opslagplaats vier hoog op elkaar worden gestapeld langs een in de betreffende loods aanwezige wand van gaas, die als afscheiding diende tussen de grondstoffenafdeling en de tevens in die loods aanwezige inpakafdeling.

«Nadat Orgers met de vorkheftruck twee stapels van ieder drie op elkaar geplaatste pallets met rijstbalen naast elkaar tegen of nabij de scheidingswand had opgesteld, kwam hij met een pallet met balen rijst ter plaatse die hij boven op een van de beide stapels als vierde laag wilde neerzetten. Hij hief met de vorkheftruck de pallet omhoog en manoeuvreerde met de truck om de pallet op de beoogde plaats te zetten. Alstoen zijn de balen rijst die op de omhooggeheven pallet stonden en/of door stoten van die pallet tegen de pallet, die reeds als derde laag was geplaatst, de balen van deze pallet, gaan schuiven. Vaststaat, dat vervolgens een aantal balen door de scheidingswand naar beneden is gevallen, welke — onder meer — Visser, die aan de andere zijde van de wand aan een lopende band inpakwerkzaamheden verrichtte, zeer ernstig hebben verwond. Zij heeft dientengevolge aanzienlijke materiële en immateriële schade geleden en/of zal die nog lijden.

«Visser stelt zich op het standpunt, dat Orgers schuld heeft aan het door de scheidingswand naar beneden vallen van de balen rijst en derhalve ook aan de zeer ernstige verwondingen van Visser. Volgens de door Visser als juist aanvaarde verklaring van Orgers rustte de pallet, toen de balen begonnen te schuiven, nog op de lepels van de vorkheftruck. Orgers heeft verklaard dat achteraf is gebleken, dat de pallet, die hij ophief gebroken was. Visser ontkent dit

laatste bij gebrek aan wetenschap en acht dit ook niet waarschijnlijk.»

De Hoge Raad heeft in zijn arrest het feitelijk relaas als volgt aangevuld.

«Voorts dient op grond van rechtsoverweging 5 van het arrest van het Gerechtshof te worden aangenomen, dat de vorkheftruck — die op zichzelf voldeed aan de omschrijving die art. 1 van de Gemeenschappelijke Bepalingen geeft van motorrijtuigen — ter plaatse waar en op het moment waarop het ongeval geschiedde, in het bedrijf van Koen Visser Produkten B.V. aanwezig was als werktuig, bezig met hef- en stapelwerkzaamheden. Uit het verband tussen rechtsoverweging 5, laatste alinea, van 's Hofs arrest en rechtsoverweging 2 (derde alinea, tweede zin: 'Hij hief met de vorkheftruck de pallet omhoog en manoeuvreerde met de truck om de pallet op de beoogde plaats te zetten') moet worden afgeleid dat naar 's Hofs vaststelling de vorkheftruck ter plaatse en ten tijde van het ongeval met behulp van zijn wielen zodanig manoeuvreerde en zich zodanig opstelde dat de omhoog geheven pallet op de juiste plaats, boven op de andere pallet (derde laag) kon worden geplaatst. Dit betekent kennelijk dat de vorkheftruck zich bij het verrichten van de eigenlijke hef- en stapelwerkzaamheden met behulp van zijn wielen verplaatste teneinde de juiste positie in te nemen.

«Het Hof heeft, uitgaande van de stelling van Visser (rechtsoverweging 2, tweede alinea, derde zin) dat de afstand waarover de pallets moesten worden vervoerd circa 100 meter was, kennelijk aangenomen dat de pallets telkens over die afstand door de vorkheftruck werden aangevoerd naar de plaats waar de hef- en stapelwerkzaamheden werden verricht.

«Het Hof heeft 'daargelaten' of de betreffende ruimte als een weg of terrein in de zin van art. 1, laatste lid, van de Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen (voor zover hier van belang overeenkomende met art. 2, § 1, eerste lid, van de Gemeenschappelijke Bepalingen) moet worden beschouwd. In cassatie kan ervan worden uitgegaan dat de ruimte als zodanig valt aan te merken.»

4. Vraag 1.

«Is de burgerrechtelijke aansprakelijkheid die volgens art. 2, § 1, eerste lid, en art. 3 van de Gemeenschappelijke Bepalingen, hierboven vermeld, moet zijn gedekt — voor zover het gaat om een motorrijtuig in beweging — iedere burgerrechtelijke aansprakelijkheid waartoe een bij het manoeuvreren van een motorrijtuig gemaakte fout aanleiding kan geven, ongeacht of bij dat manoeuvreren sprake is van deelneming aan het verkeer?»

Bij de beantwoording van deze vraag wil ik vooropstellen de tekst van de hier aan de orde zijnde wettelijke bepalingen.

Art. 2, § 1, eerste lid, van de Gemeenschappelijke Bepalingen:

«Tot het verkeer van de openbare weg en op terreinen die toegankelijk zijn voor het publiek of slechts voor een beperkt aantal personen, die het recht hebben om er te komen, worden motorrijtuigen slechts toegelaten, indien de burgerrechtelijke aansprakelijkheid, waartoe zij aanleiding kunnen geven, gedekt is door een verzekering, welke aan de bepalingen van deze wet beantwoordt.»

Art. 3 van de Gemeenschappelijke Bepalingen:

«§ 1. De verzekering moet de burgerrechtelijke aanspra-

kelijkheid dekken van de eigenaar, van iedere houder, van iedere bestuurder van het verzekerde motorrijtuig en van iedere vervoerde persoon, zulks met uitzondering enz.

«§ 2. De verzekering moet de schade omvatten, welke aan personen en aan goederen wordt toegebracht door in België, in Luxemburg en in Nederland voorgevallen feiten, enz.

«§ 3. De verzekering moet de burgerrechtelijke aansprakelijkheid voor de door het motorrijtuig veroorzaakte schade dekken zoals die aansprakelijkheid voortvloeit uit de toepasselijke wet.»

Zoals gezegd zijn deze bepalingen inhoudelijk gelijk aan de artt. 2 en 3 WAM.

Niettemin wil ik er nog op wijzen, dat art. 2, eerste lid, WAM luidt als volgt:

«Aan het verkeer mogen motorrijtuigen slechts deelnemen, indien de burgerrechtelijke aansprakelijkheid waartoe zij aanleiding kunnen geven, gedekt is door een verzekering, welke aan de bij en krachtens deze wet gestelde bepalingen beantwoordt.»

In art. 1 WAM wordt aangegeven wat onder «verkeer» moet worden verstaan, nl. «het verkeer op wegen, als bedoeld in artikel 1 onder 1° van de Wegenverkeerswet, en op terreinen die toegankelijk zijn voor het publiek of voor een zeker aantal personen die het recht hebben om er te komen.»

Dit brengt dus niets anders mede dan dat in de WAM de verzekeringsplicht van art. 2 op dezelfde wijze wordt vastgelegd als in art. 2, § 1, eerste lid van de Gemeenschappelijke Bepalingen.

Er is (anders dan art. 1 WAM lijkt in te houden) in de wettelijke bepalingen geen definitie gegeven van «verkeer». Evenwel kan uit die bepalingen reeds wel worden afgeleid, dat de burgerrechtelijke aansprakelijkheid, waartoe het motorrijtuig aanleiding kan geven, is de burgerrechtelijke aansprakelijkheid, waartoe het motorrijtuig *in het verkeer* aanleiding kan geven.

Immers art. 2 van de Gemeenschappelijke Bepalingen bepaalt, dat motorrijtuigen tot het verkeer slechts worden toegelaten, wanneer de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van die motorrijtuigen is gedekt. De verzekeringsplicht en daarmee de dekking zal zich derhalve niet verder uitstrekken dan tot de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van het motorrijtuig in het verkeer. De deelname aan het verkeer is derhalve bepalend voor de dekking door de verzekering.

Dat de verplichte verzekering zich beperkt tot de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van het motorrijtuig in het verkeer volgt zowel uit de parlementaire geschiedenis van de WAM als uit de verslagen van de Commissie uit de Raadgevende Interparlementaire Beneluxraad. Steeds is sprake van het toenemende verkeersrisico, dat het gebruik van motorrijtuigen met zich brengt en van de noodzaak het groeiend aantal verkeersslachtoffers een adequate schade-loosstelling te verzekeren.

Voor het vorenstaande kan ook steun worden gevonden in de considerans van de «Richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen» van 24 april 1972 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten betreffende de verzekering tegen de wettelijke aansprakelijkheid waartoe de deelneming aan het verkeer van motorrijtuigen aanleiding kan geven en de controle op de verzekering tegen deze aansprakelijkheid (Ed. S. & J., nr. 156,

blz. 94):

«Overwegende dat deze garantieovereenkomst gebaseerd is op de veronderstelling dat elk communautair motorrijtuig dat zich op het grondgebied van de Gemeenschap in het verkeer bevindt, verzekerd is; dat de wetgevers van alle Lid-Staten derhalve de verzekering tegen de wettelijke aansprakelijkheid waartoe de deelneming aan het verkeer van deze voertuigen aanleiding kan geven, met een voor het gehele grondgebied van de Gemeenschap geldende dekking, verplicht dienen te stellen, enz.». Op de nog niet in werking getreden Wet tot wijziging van de WAM (nr. 14281) ga ik hieronder in.

Hieraan vermag niet af te doen, dat in de memorie van toelichting op het ontwerp WAM (Bijl. Hand. IIde K. zi. 1960-1961/6342, nr. 3, blz. 9, r.k.) is opgemerkt:

«Naar de woorden van artikel 2 dient verzekerd te worden de aansprakelijkheid waartoe het motorrijtuig aanleiding kan geven. De verzekering kan niet worden beperkt tot de schade welke het motorrijtuig veroorzaakt terwijl het aan het verkeer deelneemt of door zijn gebruik: de verzekering moet zich ook uitstrekken tot de schade die wordt veroorzaakt door een stilstaand motorrijtuig of door een motorrijtuig dat door de bestuurder is verlaten.»

Hier komt, naar mijn mening, tot uitdrukking, dat men zich zowel bij het tot stand brengen van de WAM als van de Gemeenschappelijke Bepalingen niet steeds voor ogen heeft gehouden, dat in de verkeerswetgeving «verkeer» («circulation») een tweevoudige betekenis heeft:

a. het gaan en komen, het zich bewegen van voertuigen en personen langs de wegen, tussen plaatsen en streken onderling of binnen een plaats, kortom het totaal verkeersgebeuren, waaronder ook stilstaande en geparkeerde voertuigen zijn te begrijpen;

b. de voertuigen en personen, die langs de weg gaan en komen: de afzonderlijke verkeersdeelnemers zelf (zie: Van Dale - 1982; Petit Larousse -1980). Men denke hier bijvoorbeeld aan het bord «verboden voor alle verkeer».

Het vorenstaande in aanmerking genomen is het uitgesloten, dat het litigieuze motorrijtuig, dat als zodanig voldeed aan de in art. 1 van de Gemeenschappelijke Bepalingen, en zich over de grond bewoog op een terrein als bedoeld in art. 2, § 1, eerste lid, van die bepalingen, als een niet-verkeersdeelnemer zou kunnen worden aangemerkt, ook al is er op het betreffend terrein overigens geen verkeer als onder a bedoeld. Deze verkeersdeelnemer is, zoals hoger reeds betoogd, bepalend voor de dekking van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van dat motorrijtuig in beweging.

Gezien de wettelijk gegeven uitgebreidheid aan het verkeersterritoir zal het moeilijk zijn situaties te vinden, waarin de WAM toepassing mist met betrekking tot een motorrijtuig in beweging.

Ik moge te dezen verwijzen naar Schuermans c.s., *De wettelijke aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen in de Benelux*, 1979, blz. 77 e.v.

Dit vermag er evenwel niet aan af te doen, dat, naar mijn mening, de eerste vraag aldus moet worden beantwoord:

de burgerrechtelijke aansprakelijkheid, die volgens de aangegeven bepalingen moet zijn gedekt — voor zover het gaat om een motorrijtuig in beweging — is iedere burgerrechtelijke aansprakelijkheid waartoe een bij het manoeuvreren met een motorrijtuig gemaakte fout aanleiding kan geven, doch alleen indien bij dat manoeuvreren sprake is

van deelneming aan het verkeer.

5. Vraag 2.

«a. Staat de omstandigheid dat een motorrijtuig ten tijde van het ongeval als werktuig werd gebruikt, eraan in de weg om aan te nemen dat het alstoen deelnam aan het verkeer?»

b. Brengt de enkele omstandigheid dat het motorrijtuig zich bij het verrichten van de desbetreffende werkzaamheden met behulp van zijn wielen verplaatste teneinde de juiste positie in te nemen, mee dat het deelnam aan het verkeer?»

Deze vraag raakt de kern van het onderhavig geding. Volgens Schuermans c.s. (o.c., blz. 65) is in de vraagstelling sub a het probleem verkeerd gesteld. Het gaat hier om motorvoertuigen, die tevens werktuig zijn, zoals de onderhavige vorkheftruck. Dergelijke werktuigen brengen ingevolge hun verplaatsingsmogelijkheden, aldus de vorenbedoelde schrijvers, zowel verkeersrisico's als bedrijfsrisico's mede. Voor wat de burgerrechtelijke aansprakelijkheid in de zin van de WAM betreft moet hier duidelijk worden onderscheiden. Ik kan mij hierbij aansluiten.

Wanneer een vorkheftruck als de onderhavige (waarvan is vastgesteld, dat het is een motorrijtuig als bedoeld in art. 1 WAM) zich verplaatst van de ene laad- of losplaats naar een andere (al of niet met lading) op een terrein als bedoeld in art. 2, § 1, eerste lid, neemt hij als motorrijtuig deel aan het verkeer, zodat wanneer zich tijdens dat verplaatsen een door die truck (of zijn lading) veroorzaakt ongeval voordoet, sprake is van burgerrechtelijke aansprakelijkheid in de zin van de WAM. Wanneer evenwel die vorkheftruck op een laad- of losplaats uitsluitend wordt gebezigd als werktuig en als zodanig stapelwerkzaamheden verricht, kan, naar mijn mening, niet meer aan de hand van het (zeer ruime plaats-criterium) worden gezegd, dat niettemin de vorkheftruck ter plaatse als verkeersdeelnemer is aan te merken, doch moet worden vastgesteld, dat, indien zich alsdan een ongeval als vorenbedoeld voordoet, een bedrijfsongeval heeft plaatsgevonden, vreemd aan iedere deelneming aan het verkeer. Hieraan kan m.i. niet afdoen, dat een vorkheftruck bij de uitvoering van de werkzaamheden, waarvoor hij als werktuig is geconstrueerd, zich met behulp van zijn wielen moet verplaatsen, omdat deze bewegingsmogelijkheden en bewegingen nu juist een essentieel onderdeel uitmaken van het kunnen bezigen van een vorkheftruck als werktuig.

Weliswaar zal niet altijd een scherpe caesuur kunnen worden gemaakt tussen voertuig en werktuig, maar in geval van een vorkheftruck zal die kunnen worden gevonden in het moment, wanneer het vorkmechanisme in rijstand is gezet (zie de verklaring van de truckbestuurder Orgers).

Ter illustratie kan ik nog verwijzen naar een publikatie van de (Nederlandse) Arbeidsinspectie *Transport en opslag in bedrijven*, waarin gewag wordt gemaakt van bedrijfsverkeersreglementen en transportroutes en waarin o.m. is bepaald:

«3.4.4. Het neerleggen of stapelen van lading moet geschieden op een veilige plaats, die buiten de transportroutes ligt en die voldoende draagkracht heeft.»

6. Hetgeen ik hiervoren naar aanleiding van de tweede vraag heb betoogd is in de Belgische jurisprudentie (mede door het Hof van Cassatie) bereids aanvaard. Ik moge hier volstaan met te verwijzen naar het reeds genoemde werk

van Schuermans c.s. (*t.a.p.*) en Fredericq in het *Tijdschrift voor Privaatrecht*, 1981, blz. 468 e.v.

Dat de Nederlandse wetgever een zelfde opvatting is toegedaan moge blijken uit het hierna volgende citaat uit de memorie van toelichting op het ontwerp van de reeds eerder genoemde Wet tot wijziging van de WAM:

«In het nieuwe eerste lid van artikel 3 is ondergebracht een deel van de omschrijving van de verzekeringsplicht welke thans in het eerste lid van het huidige artikel 2 is te vinden, dat wil zeggen het voorschrift dat de burgerrechtelijke aansprakelijkheid waartoe het motorrijtuig aanleiding geeft, moet zijn gedekt door een verzekering. Voorts is van de gelegenheid gebruik gemaakt een vraag op te lossen, die in dit verband in de praktijk is gerezen, namelijk of de verzekering alleen dekking moet geven voor aansprakelijkheid voor verkeersongevallen, of dat zij ook aansprakelijkheid moet dekken die ontstaat door het aanrichten van schade buiten het verkeer, bij voorbeeld door het gebruik van bepaalde soorten motorrijtuigen als graaf- of hijswerktuig. De strekking der wet is ongetwijfeld beperkt (zie de huidige redactie van de artikelen 2, eerste lid, en 30, eerste lid), maar de omschrijving in artikel 2 van het risico dat moet worden gedekt, is ruim. Aangezien de wet beoogt een bijzondere bescherming voor verkeersslachtoffers te verschaffen, is het gewenst om deze beperkte strekking in de wet te laten uitkomen. De voorgestelde tekst maakt nu duidelijk dat de verplichting tot verzekering slechts bestaat met betrekking tot de aansprakelijkheid voor verkeersongevallen door invoeging van de woorden 'in het verkeer'. Daartoe is te meer reden nu ook de rechtspraak in België bij gelijke tekst voor deze opvatting heeft gekozen (vgl. Hof van Cassatie, 27 februari 1969, *Rechtskundig Weekblad*, 1968-69, 1613, en 22 januari 1970, *Rechtskundig Weekblad*, 1969-70, 1540). De term 'in het verkeer' moet niet zó beperkt worden opgevat, dat daaronder alleen wordt begrepen schade, die door het verzekerd motorrijtuig wordt toegebracht, wanneer het zelf in beweging is: daaronder valt bij voorbeeld ook de schade die ontstaat doordat het — stilstaande — verzekerde motorrijtuig verkeerd staat geparkeerd. Evenzeer valt daaronder verkeersschade die bij voorbeeld wordt toegebracht door over de weg rijdende graaf- en hijswerktuigen, echter niet de schade die door deze werktuigen bij de uitvoering van werkzaamheden wordt veroorzaakt, zoals kabelschade.» (Bijl. Hand. IIde K. zi. 1976-1977/14281).

7. Het antwoord op de vraag 2 sub a zou dan, naar mijn mening, moeten luiden: dit kan het geval zijn.

Het antwoord op vraag sub b moet ontkennend zijn.

Overigens zij hier bij aangetekend, dat de beantwoording van deze vragen geheel zal afhangen van de feitelijke constellatie.

8. Vraag 3.

«a. Dient in een geval waarin sprake is van deelneming aan het verkeer en vervolgens van gebruik van het motorrijtuig als werktuig, een en ander zoals aangegeven in de omschrijving van de feiten, te worden onderzocht of er een zodanig verband is tussen die deelneming aan het verkeer en het gebruik van het motorrijtuig als werktuig dat geoordeeld moet worden dat de deelneming aan het verkeer door dat gebruik geen einde neemt?

b. Zo ja, naar welke maatstaf dient te worden beoordeeld of zodanig verband aanwezig is?»

Ik meen, dat ik, in aanmerking nemend hetgeen ik hiervoor heb betoogd, de vraag sub a (die ik eigenlijk liever in positieve zin dan in negatieve zin geformuleerd had gezien) zonder meer bevestigend kan beantwoorden.

De beantwoording van de vraag sub b zou ik willen zoeken in de dubbelfunctie van het betreffend motorrijtuig-werktuig. Als maatstaf zou dan kunnen gelden, dat zolang het motorrijtuig op voortbeweging en verplaatsing is ingesteld (vorkmechanisme in rijstand, hijskraan neergelaten en geborgd, sleepschop in laadbak idem enz.) is het motorrijtuig (bestemd om over de grond te worden voortbewogen) als verkeersdeelnemer aan te merken.

Wanneer evenwel het motorrijtuig als werktuig (bestemd om te heffen, te hijsen, te graven enz.) op de werkplaats in werking is gesteld, heeft naar mijn mening, de deelneming aan het verkeer door het gebruik als werktuig een einde genomen (ook al zou tijdens de werkzaamheden het werktuig over de grond worden voortbewogen).

Concluderend moge ik Uw Hof voorstellen de door de Hoge Raad gestelde vragen overeenkomstig het vorenstaande te beantwoorden

Arrest

Gezien de brief van de Hoge Raad der Nederlanden van 12 april 1983 met een daarbij gevoegd, voor eensluidend gewaarmerkt, afschrift van het arrest van de Hoge Raad van 8 april 1983 in de zaak nr. 12.072 van Henneke Visser, wonende te Stellendam (gemeente Goedereede), tegen Centraal Beheer Schadeverzekering N.V., gevestigd te Apeldoorn, waarbij overeenkomstig artikel 6 van het Verdrag betreffende de instelling en het statuut van een Benelux-Gerechtshof vragen van uitleg van de Gemeenschappelijke Bepalingen behorende bij de Benelux-Overeenkomst van 24 mei 1966 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen aan het Hof worden gesteld;

Ten aanzien van de feiten

Overwegende dat het in deze gaat om een vordering van een benadeelde tegen een aansprakelijkheidsverzekeraar op grond van artikel 6, lid 1, eerste zin, van de Nederlandse Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen, overeenkomende met artikel 6, § 1, van vorengenoemde Gemeenschappelijke Bepalingen;

dat de feiten waarvan moet worden uitgegaan blijkens rechtsoverweging 3.3 van het arrest van de Hoge Raad, als volgt kunnen worden omschreven:

Door een vorkheftruck, in eigendom toebehorend aan Koen Visser Produkten B.V. en bestuurd door de bij deze B.V. in dienst zijnde Orgers, is lichamelijk letsel veroorzaakt aan Visser. Orgers had opdracht gekregen om pallets, op ieder waarvan circa 20 balen rijst met elk een gewicht van ongeveer 50 kilogram waren geladen, met de vorkheftruck te verplaatsen van het magazijn naar de grondstoffenopslagplaats in de bedrijfsruimte van het bedrijf van voormelde vennootschap. De afstand waarover de pallets moesten worden vervoerd was circa 100 meter. De pallets moesten in de opslagplaats vier hoog op elkaar worden gestapeld langs een in de betreffende loods aanwezige wand van gaas, die als afscheiding diende tussen de grondstoffenafdeling en de tevens in die loods aanwezige inpakafdeling.

Nadat Orgers met de vorkheftruck twee stapels van ieder drie op elkaar geplaatste pallets met rijstbalen naast elkaar tegen of nabij de scheidingswand had opgesteld, kwam hij met een pallet met balen rijst ter plaatse die hij boven op een van de beide stapels als vierde laag wilde neerzetten. Hij hief met de vorkheftruck de pallet omhoog en manoeuvreerde met de truck om de pallet op de beoogde plaats te zetten. Alstoen zijn de balen rijst die op de omhooggeheven pallet stonden en/of door stoten van die pallet tegen de pallet, die reeds als derde laag was geplaatst, de balen van deze pallet, gaan schuiven. Vaststaat dat vervolgens een aantal balen door de scheidingswand naar beneden is gevallen, welke — onder meer — Visser, die aan de andere zijde van de wand aan een lopende band inpakwerkzaamheden verrichtte, zeer ernstig hebben verwond. Zij heeft diensten-gevolge aanzienlijke materiële en immateriële schade geleden en/of zal die nog lijden. De vorkheftruck — die op zichzelf voldeed aan de omschrijving die artikel 1 van de Gemeenschappelijke Bepalingen geeft van motorrijtuigen — was ter plaatse waar en op het moment waarop het ongeval geschiedde, in het bedrijf van Koen Visser Produkten B.V. aanwezig als werktuig, bezig met hef- en stapelwerkzaamheden. Ter plaatse en ten tijde van het ongeval manoeuvreerde de vorkheftruck met behulp van zijn wielen zodanig en stelde zich zodanig op dat de omhooggeheven pallet op de juiste plaats bovenop de andere pallet (derde laag) kon worden geplaatst. Dit betekent dat de vorkheftruck zich bij het verrichten van de eigenlijke hef- en stapelwerkzaamheden met behulp van zijn wielen verplaatste teneinde de juiste positie in te nemen. De pallets werden telkens over een afstand van 100 meter door de vorkheftruck aangevoerd naar de plaats waar de hef- en stapelwerkzaamheden werden verricht. Er moet van worden uitgegaan dat de ruimte waar een en ander gebeurde, een weg of terrein is als bedoeld in artikel 2, § 1, eerste lid, van de Gemeenschappelijke Bepalingen.

Ten aanzien van het verloop van het geding

Overwegende dat de Hoge Raad het Benelux-Gerechts-hof heeft verzocht de volgende vragen te beantwoorden betreffende de uitleg van artikel 2, § 1, eerste lid, en artikel 3, van de Gemeenschappelijke Bepalingen:

Eerste vraag

Is de burgerrechtelijke aansprakelijkheid die volgens artikel 2, § 1, eerste lid, en artikel 3, van de Gemeenschappelijke Bepalingen, hierboven vermeld, moet zijn gedekt — voor zover het gaat om een motorrijtuig in beweging — iedere burgerrechtelijke aansprakelijkheid waartoe een bij het manoeuvreren met een motorrijtuig gemaakte fout aanleiding kan geven, ongeacht of bij dat manoeuvreren sprake is van deelneming aan het verkeer?

Tweede vraag

a. Staat de omstandigheid dat een motorrijtuig ten tijde van het ongeval als werktuig werd gebruikt, eraan in de weg om aan te nemen dat het alstoen deelnam aan het verkeer?

b. Brengt de enkele omstandigheid dat het motorrijtuig zich bij het verrichten van de desbetreffende werkzaamheden met behulp van zijn wielen verplaatste teneinde de juiste positie in te nemen, mee dat het deelnam aan het verkeer?

Derde vraag

a. Dient in een geval waarin sprake is van deelneming aan het verkeer en vervolgens van gebruik van het motorrijtuig als werktuig, een en ander zoals aangegeven in de omschrijving van de feiten, te worden onderzocht of er een zodanig verband is tussen die deelneming aan het verkeer en het gebruik van het motorrijtuig als werktuig dat geoordeeld moet worden dat de deelneming aan het verkeer door dat gebruik als werktuig geen einde neemt?

b. Zo ja, naar welke maatstaf dient te worden beoordeeld of zodanig verband aanwezig is?

(...)

Ten aanzien van het recht

Ten aanzien van de eerste vraag:

Overwegende dat — gelijk mede blijkt uit de Gemeenschappelijke Toelichting waarin menigmaal sprake is van «verkeersslachtoffers» — de strekking van de Benelux-overeenkomst en de daarbij behorende Gemeenschappelijke Bepalingen is, in de drie landen door middel van een verplichte verzekering tegen wettelijke aansprakelijkheid een in hoofdzaken overeenstemmende bescherming te geven aan de slachtoffers van het gemotoriseerde verkeer;

dat een bescherming ter zake van schade die wel is veroorzaakt door een motorrijtuig, maar zonder dat deze schadeveroorzaking verband houdt met de deelneming van het motorrijtuig aan het verkeer als bedoeld in artikel 2, § 1, eerste zin, van de Gemeenschappelijke Bepalingen, buiten eerdergenoemde strekking van deze regeling valt;

dat dan ook de aansprakelijkheid voor schade, veroorzaakt bij het manoeuvreren van een motorrijtuig, zonder dat sprake is van deelneming door dat motorrijtuig aan het verkeer, niet is een aansprakelijkheid welke krachtens artikel 3, § 1, van de Gemeenschappelijke Bepalingen moet zijn gedekt;

dat de eerste vraag dus ontkennend dient te worden beantwoord;

Ten aanzien van de tweede vraag:

Overwegende dat deze vraag het probleem aan de orde stelt dat in verband met het bepaalde in § 3 van artikel 3 rijst als een motorrijtuig niet of niet alleen is ingericht voor het verplaatsen van personen of goederen over wegen of terreinen, maar uitsluitend of mede om te dienen als werktuig voor andere verrichtingen dan het bewerkstelligen van zodanig vervoer;

dat in een zodanig geval immers de vraag rijst of schade, veroorzaakt terwijl het motorrijtuig werd gebruikt als werktuig in de hiervoor bedoelde zin, valt onder de schade waarvoor de burgerrechtelijke aansprakelijkheid ingevolge genoemde bepaling door de verplichte verzekering moet worden gedekt;

dat de Hoge Raad nu onder a wenst te weten of de omstandigheid dat een motorrijtuig als hiervoor bedoeld ten tijde van het ongeval werd gebruikt als een «werktuig» eraan in de weg staat om aan te nemen dat het alstoen deelnam aan het verkeer;

dat die vraag ontkennend moet worden beantwoord;

dat daaraan kan worden toegevoegd dat wanneer het motorrijtuig bij het zich op een openbare weg of op terreinen, als bedoeld in artikel 2, § 1, verplaatsen schade zou

veroorzaken op een wijze die karakteristiek is voor schadeveroorzaking door een motorrijtuig in het verkeer, het feit dat het motorrijtuig tegelijkertijd als werktuig in bovenbedoelde zin werd gebezigd, niet eraan in de weg zou staan dat de schade zou moeten worden aangemerkt als in het verkeer veroorzaakt, zodat de burgerrechtelijke aansprakelijkheid daarvoor krachtens artikel 3, § 1, door de verzekering gedekt moet zijn;

dat hierbij opmerking verdient, dat het voor het antwoord op de vraag of de schade is veroorzaakt op een wijze die karakteristiek is voor schadeveroorzaking door een motorrijtuig in het verkeer, van belang kan zijn of de schade is veroorzaakt op een voor het verkeer bestemde weg, dan wel op een bedrijfsterrein; dat immers in het eerste geval een schadeveroorzaking door het motorrijtuig eerder als karakteristiek voor schadeveroorzaking door motorrijtuigen in het verkeer is te beschouwen dan in het tweede geval;

dat de hoge Raad voorts onder *b* wenst te weten of de enkele omstandigheid dat het motorrijtuig zich bij het verrichten van de desbetreffende werkzaamheden met behulp van zijn wielen verplaatste teneinde de juiste positie in te nemen, nog niet meebrengt dat de schadeveroorzaking in het verkeer plaatsvond; dat zulks met name niet het geval zal zijn, als het zich verplaatsen van het motorrijtuig redelijkerwijs slechts gezien kan worden als een onderdeel van de manoeuvre waarbij het motorrijtuig als «werktuig» wordt gebezigd en als de schade niet is veroorzaakt op een wijze die overigens karakteristiek is voor schadeveroorzaking door een motorrijtuig in het verkeer;

dat mitsdien onderdeel *b* van vraag 2 ontkennend dient te worden beantwoord;

Ten aanzien van de derde vraag:

Overwegende dat het feit dat een motorrijtuig, voordat het als «werktuig» te werk wordt gesteld en schade veroorzaakt, zich naar de plaats van het werk heeft bewogen en daarbij aan het verkeer heeft deelgenomen, niet meebrengt dat de daarna, bij het gebruik van het motorrijtuig als werktuig, veroorzaakte schade moet worden aangemerkt als in het verkeer veroorzaakt.

(...)

Uitspraak doende op de door de Hoge Raad der Nederlanden bij arrest van 8 april 1983 gestelde vragen;

Verklaart voor recht:

1. De aansprakelijkheid voor schade, veroorzaakt bij het manoeuvreren van een motorrijtuig, zonder dat sprake is van deelneming door dat motorrijtuig aan het verkeer, is niet een aansprakelijkheid welke krachtens artikel 3, § 1, van de Gemeenschappelijke Bepalingen moet zijn gedekt.

2.a. De omstandigheid dat schade is veroorzaakt door een motorrijtuig dat niet of niet alleen is ingericht voor het verplaatsen van personen of goederen over wegen of terreinen, maar uitsluitend of mede om te dienen als werktuig voor andere verrichtingen dan het bewerkstelligen van zodanig vervoer, en dat die schade is veroorzaakt terwijl het motorrijtuig aldus als werktuig werd gebruikt, staat er niet aan in de weg, dat het motorrijtuig op dat moment deelnam aan het verkeer. Met name zou, wanneer het motorrijtuig bij het zich verplaatsen op een openbare weg of op

terreinen als bedoeld in artikel 2, § 1, schade veroorzaakt op een wijze die karakteristiek is voor schadeveroorzaking door een motorrijtuig in het verkeer, het feit dat het motorrijtuig tegelijkertijd als werktuig in de hiervoor bedoelde zin werd gebezigd, niet eraan in de weg staan dat de schade zou moeten worden aangemerkt als in het verkeer veroorzaakt;

2.b. De enkele omstandigheid dat tijdens de schadeveroorzaking het motorrijtuig zich bij het verrichten van de desbetreffende werkzaamheden met behulp van zijn wielen verplaatste teneinde de juiste positie in te nemen, brengt nog niet mee dat de schadeveroorzaking in het verkeer plaatsvond; zulks zal met name niet het geval zijn, als het zich verplaatsen van het motorrijtuig redelijkerwijs slechts gezien kan worden als een onderdeel van de manoeuvre waarbij het motorrijtuig als «werktuig» wordt gebezigd en als de schade niet is veroorzaakt op een wijze die overigens karakteristiek is voor schadeveroorzaking door een motorrijtuig in het verkeer;

3. Het feit dat een motorrijtuig, voordat het als «werktuig» tewerk wordt gesteld en schade veroorzaakt, zich naar de plaats van het werk heeft bewogen en daarbij aan het verkeer heeft deelgenomen, brengt nog niet mee dat de daarna, bij het gebruik van het motorrijtuig als werktuig, veroorzaakte schade moet worden aangemerkt als in het verkeer veroorzaakt.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 18 JUNI 1984

Voorzitter-rapporteur: de h. Delva

Advocaat-generaal: de h. Lenaerts

Advocaat: mr. Bützler

Burgerlijke rechtspleging — Berechting van de zaak — Wijziging van het voorwerp van de vordering — Recht op werkloosheidsuitkering.

De rechter bij wie een geschil tussen een werkloze en de R.V.A. betreffende het recht op werkloosheidsuitkering aanhangig is, vermag niet zodanig recht te erkennen wanneer uit de gegevens van het dossier, waarvan de partijen kennis hebben kunnen nemen, blijkt dat de werkloze niet voldoet aan alle wettelijke vereisten om op zulk een uitkering recht te hebben.

De rechter wijzigt het voorwerp van de vordering niet, doet geen uitspraak over een niet gevorderde zaak en miskent het recht van verdediging niet, wanneer hij aan de hand van de door de partijen aangevoerde feitelijke gegevens, waarover zij tegenspraak hebben kunnen voeren, beslist over het hem voorgelegde geschil op aan de wet ontleende gronden, al waren deze niet door de partijen aangevoerd.

De M. t/ R.V.A.

Conclusie van de advocaat-generaal Lenaerts

Het arbeidshof oordeelt dat de gewestelijke werkloosheidsinspecteur eiser ten onrechte op grond van artikel 131

van het Werkloosheidsbesluit van het recht op werkloosheidsuitkering had uitgesloten, maar dat hij hem het recht voor 26 weken had moeten ontzeggen met toepassing van de artikelen 133 en 150.

Eiser voert aan dat het arbeidshof aldus het voorwerp van de vordering wijzigt en aan verweerder meer toekent dan hetgeen gevorderd werd.

Terecht neemt eiser als uitgangspunt van zijn stelling de bepaling van het voorwerp van de vordering, zoals procureur-generaal Krings dit begrip heeft omschreven in zijn conclusie bij het arrest van 24 november 1978: «Het voorwerp of onderwerp van de vordering is de gevorderde zaak, de gevorderde maatregel, de aanspraak die men op een zaak doet gelden, de aanspraak op een recht, zelfs op een voordeel¹».

De onderhavige zaak is het voorwerp van de vordering, volgens eiser, de administratieve beslissing van de gewestelijke werkloosheidsinspecteur; want eiser vorderde de vernietiging van die beslissing en verweerder vroeg de bevestiging ervan.

In werkelijkheid is het voorwerp van de vordering echter: het recht op werkloosheidsuitkering, dat de inspecteur eiser heeft ontzegd, terugbekomen. Op dat recht maakt eiser aanspraak. Doch hij kan dit slechts bekomen door de vernietiging te vragen van de beslissing die hem dat ontnomen heeft. Daarom stelt hij zijn vordering in in de vorm van een vraag tot vernietiging van de beslissing. Maar in werkelijkheid gaat het erom zijn recht op uitkering terug te bekomen.

Bij arrest van 17 maart 1980² heeft het Hof beslist dat, «wanneer een zelfstandige een beroep heeft ingesteld tegen een beslissing van het Rijksinstituut voor de Sociale Verzekeringen der Zelfstandigen, waarbij hem een pensioen wordt geweigerd, zijn eis noodzakelijk strekt tot betaling van een geldsom». In dezelfde gedachtengang kan men zeker stellen dat, wanneer een werkloze beroep instelt tegen een beslissing van de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening, waarbij hem werkloosheidsuitkering wordt ontzegd, zijn vordering strekt tot erkenning van het recht op uitkering. En die erkenning wordt nagestreefd door de vernietiging van de administratieve beslissing die het recht heeft ontnomen.

Nu gaat het in onderhavig geschil niet om het recht op werkloosheidsuitkering in het algemeen, maar is de betwisting over dat recht zeer nauwkeurig omschreven.

Eiser heeft een passende dienstbetrekking geweigerd en naar aanleiding daarvan, volgens het arbeidshof, een verklaring afgelegd, waardoor hij zich onbeschikbaar voor de algemene arbeidsmarkt maakte. Over de werkweigering gaat het hier niet, maar wel over de onbeschikbaarheid voor de algemene arbeidsmarkt. Concrete vraag is welke invloed die verklaring op eisers recht op werkloosheidsuitkering heeft, meer bepaald of hij daardoor dit recht verliest.

Zowel de gewestelijke werkloosheidsinspecteur als het arbeidshof beantwoorden deze vraag bevestigend. Maar de ene meent dat eiser dit recht verliest zonder meer, terwijl volgens de andere het recht gedurende 26 weken verloren gaat, omdat beiden hun beslissing op een andere rechtsregel gronden.

Opgemerkt moge worden dat zowel de inspecteur als het arbeidshof hun beslissing gronden op hetzelfde feit: de weigering een passende dienstbetrekking te aanvaarden en de daarbij afgelegde verklaring ter verantwoording van die weigering. En beiden leggen die verklaring uit als een voorbehoud waardoor eiser onbeschikbaar voor de algemene arbeidsmarkt wordt.

Hieruit volgt dat het arbeidshof niet alleen het voorwerp van de vordering maar ook de oorzaak van de vordering niet gewijzigd heeft. Want de oorzaak is, volgens procureur-generaal Krings, «het rechtsfeit of de rechtshandeling die tot grondslag van de aanspraak dient³». En hij onderstreept daarbij dat het niet gaat om een bloot feit, maar om een rechtsfeit, wat hij noemt «een juridisch draagkrachtig feit»⁴ d.w.z. een feit waaruit rechtsgevolgen kunnen voortvloeien.

Het rechtsfeit is ten deze de verklaring van eiser waardoor hij een zodanig voorbehoud voor de hervatting van de arbeid maakt dat hij onbeschikbaar wordt voor de algemene arbeidsmarkt.

Dit rechtsfeit is weliswaar niet de grondslag van het recht op uitkering, maar de grondslag van het verlies van dit recht. Het blijft niettemin de grondslag van de betwisting over de vraag of er aanspraak bestaat.

Zowel de inspecteur als het arbeidshof zijn van oordeel dat eisers verkering tot verlies van recht leidt, en wel omdat hij zich daardoor onbeschikbaar voor de algemene arbeidsmarkt heeft gemaakt. Alleen de rechtsregel waarop zij hun beslissing gronden, is verschillend.

Maar de toe te passen rechtsnorm bepalen is niet de zaak van partijen, maar van de rechter. «Het is immers de taak van de rechter», aldus procureur-generaal Krings, «de juiste wettelijke grondslag te bepalen en, gelet op de feiten die bij de debatten werden aangevoerd en die bewezen werden verklaard, de vordering aldus wettelijk te verantwoorden⁵».

Het Hof heeft deze stelling van de procureur-generaal samengevat in de volgende bewoordingen: «dat het aan de rechter staat, onder eerbiediging van de rechten van de verdediging, op de regelmatig aan zijn beoordeling voorgedragen feiten, zonder het voorwerp noch de oorzaak van de vordering te wijzigen, de rechtsregels toe te passen op grond waarvan hij op de vordering zal ingaan of ze zal afwijzen⁶».

Ten deze heeft het arbeidshof zich ongetwijfeld stipt aan deze gedragslijn gehouden.

¹ A.C., 1978-79, 343. Zie ook zijn rede uitgesproken op de plechtige openingszitting van het Hof de 1 september 1983: «Het ambt van de rechter bij de leiding van het rechtsgeding», nr. 12.

² A.C., 1979-80, 879.

³ Conclusie bij Cass., 24 nov. 1978 (A.C., 1978-79, 343, eveneens blz. 345); zie ook conclusie bij Cass., 20 maart 1980 (Pas., 1980, I, 887, inzonderheid blz. 890) en «Het ambt van de rechter bij de leiding van het rechtsgeding», nr. 14.

⁴ «Het ambt van de rechter ...», nr. 16.

⁵ Conclusie bij Cass., 24 nov. 1978, A.C., 1978-79, 345.

⁶ A.C., 1978-79, 341.

Nu vertoont deze zaak wel een bijzonder kenmerk, in zoverre de toepassing van een andere rechtsnorm tot gevolg heeft dat ook de periode gedurende welke het recht op uitkering wordt ontzegd, verschilt.

Het arbeidshof heeft de duur van de maatregel op grond van artikel 133 vastgesteld op 26 weken, zoals artikel 150, tweede lid, voorschrijft.

Het Werkloosheidsbesluit bepaalt daarentegen niet hoe lang het ontzeggen van het recht op grond van artikel 131 duurt. Dat is totdat de werkloze aan de door dit artikel gestelde voorwaarde voldoet, d.w.z. totdat hij geldig als werkzoekende is ingeschreven. Dat kan langer duren dan 26 weken, maar het kan ook korter zijn.

Volgens eiser werd aan verweerder alzo meer toegekend dan hetgeen hij gevorderd heeft. Dit is dus niet zeker, maar het is wel mogelijk. In elk geval heeft de beslissing van het arbeidshof wel tot een ander resultaat geleid dan dat wat het gevolg ware geweest van een loutere bevestiging van de administratieve beslissing.

Om zijn stelling meer kracht bij te zetten, noemt eiser de genomen maatregel een sanctie. Het gaat hier echter hoegenaamd niet om een sanctie, maar over het ontzeggen van het recht op uitkering.

In mijn conclusie bij het arrest van 26 september 1977⁷ heb ik de aandacht erop gevestigd dat het Werkloosheidsbesluit een duidelijk onderscheid maakt tussen de «voorwaarden van toekenning» en de administratieve sancties. In die zaak ging het om de maatregelen bedoeld in de artikelen 134 en volgende van het besluit, die eveneens gevallen regelen waarin de werkloze zijn recht op uitkering gedurende een aantal weken verliest. Deze maatregelen werden in de vroegere regeling als sancties aangemerkt⁸, doch werden door het koninklijk besluit van 20 december 1963 in de afdeling «voorwaarden van toekenning» ondergebracht. Waaruit blijkt dat de auteurs van het besluit wel een bewuste keuze hebben gemaakt.

De maatregelen die onder de afdeling «voorwaarden van toekenning» zijn bepaald, zijn geen sancties. En dat geldt ook voor de maatregelen genomen op grond van de artikelen 131 en 133.

Gaat het niet om een sanctie, maar om het recht op uitkering, dan heeft het Hof reeds bij arrest van 26 februari 1975⁹ uitdrukkelijk beslist — en het arbeidshof steunt overigens op dit arrest — dat de echter dit recht «niet vermag te erkennen, wanneer uit de elementen van het dossier, waarvan partijen kennis hebben kunnen nemen, blijkt dat de werkloze niet voldoet aan alle wettelijke vereisten om op zulke uitkering recht te hebben; dat hij niet buiten de perken van het geschil uitspraak doet, wanneer hij de eis afwijst op aan de wet ontleende gronden welke noch door de directeur van het gewestelijk bureau van de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening noch door de in de zaak betrokken partijen werden aangevoerd». Deze rechtspraak werd bevestigd door het arrest van 16 juni 1980¹⁰ wat het recht op rustpensioen voor zelfstandigen betreft.

⁷ *Journal des Tribunaux du travail*, 1978, 192.

⁸ Besluit van de Regent van 26 mei 1945, art. 100, gewijzigd bij koninklijk besluit van 27 december 1961.

⁹ *A.C.*, 1975, 734.

¹⁰ *A.C.*, 1979-80, 1282, nr. 646.

In onderhavige zaak gaat het niet om de toekenning van een sociale uitkering, maar om het ontzeggen van het recht op de uitkering. Ten aanzien van de bevoegdheid van de rechter maakt dit evenwel geen verschil. In beide gevallen dient de rechter te beslissen of er recht op uitkering bestaat. Oordeelt hij dat een bepaalde rechtsregel — al dan niet door partijen aangevoerd — de toekenning in de weg staat, dan moet hij het recht ontzeggen in de voorwaarden en voor de termijn in die rechtsregel bepaald.

In dit verband moge ten slotte de aandacht erop worden gevestigd dat een fundamenteel verschil bestaat tussen een geschil over een wettelijk voordeel met de toekenning waarvan een openbare dienst is belast, en een burgerlijk geding tussen particulieren.

Wanneer een partij in een burgerlijk proces betoogt dat zij het gevorderde voordeel gedurende een bepaalde tijd niet moet toekennen, mag de rechter niet beslissen dat zij dit voordeel niet verschuldigd is gedurende een langere tijd dan zij gevraagd heeft, zelfs niet voor een periode die langer kan zijn dan gevraagd. De particulier beschikt immers vrij over zijn rechten — voor zover de openbare orde er niet mee gemoeid is — en kan niet worden gedwongen deze te doen gelden.

Anders is het met het bestuur, dat niet over zijn eigen rechten beschikt, maar ermee belast is aan de gerechtigden de voordelen toe te kennen die de wet hun verleent. Het kan niet minder toekennen, maar omgekeerd kan het ook geen aanspraken inwilligen buiten de door de wet bepaalde voorwaarden. Het bestuur is integraal door de wet gebonden.

Wanneer dan een betwisting over een wettelijk voordeel tussen het bestuur en een gerechtigde aan de rechter wordt voorgelegd, moet deze erop toezien dat de gerechtigde bekomt wat de wet hem toekent — vanzelfsprekend in zoverre hij het vordert — en dat het bestuur niet tot meer wordt verplicht dan tot datgene waartoe het wettelijk gehouden is. Het staat de rechter de betwiste aanspraak van een particulier tegenover het bestuur in haar geheel op zijn wettigheid te toetsen. Het in gebreke blijven van het bestuur mag niet tot gevolg hebben dat de particulier een voordeel bekomt waarop hij krachtens de wet geen aanspraak heeft.

Hieruit volgt dat de rechter de vordering van de gerechtigde niet mag inwilligen, wanneer deze niet aan alle wettelijke voorwaarden voldoet, ook al doet het bestuur zulks niet gelden. De wettigheidscontrole van de rechter is in deze geschillen dus niet beperkt door het verweer van het bestuur.

Beperkingen vloeien alleen voort, behoudens uit het voorwerp van de vordering, uit de elementen waarover de rechter beschikt om de administratieve beslissing aan de wet te toetsen. Hij moet zich niet in de plaats van het bestuur stellen om de feitelijke gegevens te verzamelen die nodig zijn om de aanspraken van de gerechtigde vast te stellen. Het volstaat dat hij zich houdt aan de gegevens van het hem voorgelegde dossier.

Doch ook in dit opzicht is de sociale rechter niet gebonden door de gegevens die *partijen* hem voorleggen. Krachtens artikel 138, derde lid, van het Gerechtelijk Wetboek kan het arbeidsauditoraat van de bevoegde overheidsinstanties de nodige bestuurlijke inlichtingen inwinnen. Het kan dus het volledige administratief dossier vorderen met

inbegrip van die stukken welke het betrokken bestuur meent voor de berechting van het aanhangige geschil niet te moeten overleggen.

Deze wetsbepaling beoogt ongetwijfeld een doelmatiger rechtsbescherming van de sociaal verzekerde. Maar zij maakt het tevens mogelijk dat de rechter de administratieve beslissing toetst aan de wetsbepalingen die het recht van de verzekerde beperken of uitsluiten en dat hij dit recht ontzegt, omdat niet is voldaan aan voorwaarden waarvan het bestuur geen gewag maakt. Artikel 138, derde lid, zou veel van zijn betekenis verliezen, zo de rechter geen rekening mocht houden met gegevens die hem niet door partijen waren overgelegd.

Gelet op de eigen aard van het administratief geschil in de genoemde zin mocht — en moest zelfs — het arbeidshof het recht op werkloosheidsuitkering dus ontzeggen voor 26 weken, hoewel verweerder door de bevestiging van de administratieve beslissing te vragen, vrede nam met een verlies van het recht gedurende een periode die korter dan 26 weken kon zijn.

Het middel wordt tevergeefs voorgesteld.

Conclusie: verwerping.

Arrest

Gelet op het bestreden arrest, op 16 mei 1983 door het Arbeidshof te Gent gewezen;

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 702, 807 en 1138, 2°, van het Gerechtelijk Wetboek, dit laatste artikel als bevestiging van het algemeen rechtsbeginsel naar luid waarvan de rechter geen uitspraak mag doen over niet gevorderde zaken, en van het recht van verdediging,

doordat het arbeidshof oordeelt: dat eiser een passende dienstbetrekking heeft geweigerd en dat deze weigering te recht een sanctie heeft meegebracht van dertien weken niet-toelaatbaarheid tot de werkloosheidsuitkering; dat ten deze ook dient te worden vastgesteld dat de gewestelijke werkloosheidsinspecteur ten onrechte artikel 131 van het koninklijk besluit van 20 december 1963 heeft toegepast, en artikel 133 van hetzelfde koninklijk besluit had moeten toepassen; dat, hoewel de beide artikelen zodanig verstrengeld zijn dat zij beide de onbeschikbaarheid voor de algemene arbeidsmarkt omvatten, artikel 131 een volwaardige inschrijving als werkzoekende beoogt zonder dat er sprake is van enig werkaanbod, terwijl artikel 133 het voorbehoud beoogt ter gelegenheid van het werkaanbod; dat, volgens de verklaring afgelegd door eiser, hij zich onbeschikbaar heeft gesteld voor de algemene arbeidsmarkt, zij het gedurende enkele dagen, met het gevolg, hoe streng en hoe onbillijk de reglementering ten opzichte van gelijkaardige gevallen ook is, dat tevens toepassing dient te worden gemaakt van artikel 150 van het koninklijk besluit van 20 december 1963, dat een uitsluiting van zesentwintig weken bepaalt; het arrest het hoger beroep ontvangt en gedeeltelijk gegrond verklaart, het beroepen vonnis vernietigt en, opnieuw wijzende, voor recht zegt dat eiser van het recht op werkloosheidsuitkering wordt uitgesloten voor een periode van zesentwintig weken, ingaande op 2 juni 1981, en dat hij de sedert deze datum onrechtmatig genoten uitkeringen dient terug te betalen,

terwijl de gewestelijke werkloosheidsinspecteur in zijn

administratieve beslissing van 19 juni 1981 oordeelde dat eiser zonder geldige reden een passende dienstbetrekking had geweigerd en hem diensgevolge van het recht op werkloosheidsuitkering uitsloot voor een periode van dertien weken, ingaande op 22 juni 1981, en dat hij zich door zijn verklaringen onbeschikbaar had gemaakt voor de algemene arbeidsmarkt en hem diensgevolge vanaf 2 juni 1981 van het recht op werkloosheidsuitkering uitsloot voor de duur van de onbeschikbaarheid; verweerder in zijn verzoekschrift tot hoger beroep vorderde zijn hoger beroep ontvankelijk te verklaren, het beroepen vonnis teniet te doen en de administratieve beslissing van 19 juni 1981 van de gewestelijke werkloosheidsinspecteur te Gent te herstellen en te bevestigen in al haar beschikkingen; eiser in zijn inleidend verzoekschrift van 13 juli 1981, per aangetekend schrijven verzonden aan de griffie van de Arbeidsrechtbank te Gent, vorderde de administratieve beslissing van 19 juni 1981 te vernietigen; als voorwerp of onderwerp van een vordering dient te worden beschouwd: de gevorderde zaak, de gevorderde maatregel, de aanspraak die men op een zaak doet gelden, de aanspraak op een recht of zelfs de aanspraak op een voordeel; ten deze onbetwistbaar als voorwerp van de vordering dient te worden opgevat: de administratieve beslissing van 19 juni 1981 door de gewestelijke inspecteur van verweerder getroffen, waarvan eiser de vernietiging vorderde en verweerder de bevestiging nastreefde; de rechter geen uitspraak mag doen over een niet gevorderde zaak of niet meer kan toekennen dan wat gevorderd wordt; het arbeidshof derhalve, door eiser als sanctie een uitsluiting van het recht op werkloosheidsuitkering op te leggen voor een periode van zesentwintig weken, ingaande op 2 juni 1981, terwijl het voorwerp van de vordering beperkt was tot de bevestiging, respectievelijk de vernietiging van de sanctie van dertien weken uitsluiting van het recht op werkloosheidsuitkering vanaf 22 juni 1981 en/of een uitsluiting van het recht op werkloosheidsuitkering vanaf 2 juni 1981 voor de duur van de onbeschikbaarheid voor de algemene arbeidsmarkt, en door aldus een sanctie op te leggen die niet bepaald werd, noch gevraagd werd door de administratieve beslissing van 19 juni 1981, voorwerp van de vordering, op onwettige wijze het voorwerp van de vordering wijzigt (schending van de artikelen 702 en 807 van het Gerechtelijk Wetboek, alsmede van het recht van verdediging) en aan verweerder meer toekent dan hetgeen gevorderd werd (schending van artikel 1138, 2°, van het Gerechtelijk Wetboek, dat bevestiging inhoudt van het algemeen rechtsbeginsel naar luid waarvan de rechter geen uitspraak mag doen over niet gevorderde zaken):

Overwegende dat uit het arrest blijkt dat, bij beslissing van 19 juni 1981 van de gewestelijke werkloosheidsinspecteur van verweerder, eiser niet tot het recht op werkloosheidsuitkering werd toegelaten gedurende dertien weken vanaf 22 juni 1981 op grond van artikel 134 van het koninklijk besluit van 20 december 1963, omdat hij op 2 juni 1981 een passende dienstbetrekking had geweigerd, hem het recht op werkloosheidsuitkering werd ontzegd vanaf 2 juni 1981 op grond van artikel 131, omdat hij niet geldig als werkzoekende was ingeschreven daar hij onbeschikbaar was voor de algemene arbeidsmarkt, en de sedert 2 juni 1981 onrechtmatig genoten werkloosheidsuitkeringen

werden teruggevorderd op grond van artikel 210 van hetzelfde koninklijk besluit; dat de eerste rechter eisers vordering strekkende tot de vernietiging van die beslissing inwilligde; dat verweerder voor het arbeidshof het herstel van de administratieve beslissing vorderde; dat het arbeidshof oordeelt dat de gewestelijke werkloosheidsinspecteur onrecht artikel 131 heeft toegepast, en beslist, op grond van de artikelen 133, vierde lid, 150, tweede lid, en 210 van voormeld koninklijk besluit, dat eiser niet tot de werkloosheidsuitkering wordt toegelaten gedurende zesentwintig weken vanaf 2 juni 1981, omdat hij voor zijn werkhervatting zulkdanig voorbehoud maakte dat hij onbeschikbaar was voor de algemene arbeidsmarkt, en dat hij de onrechtmatig genoten uitkeringen dient terug te betalen;

Overwegende dat het voorwerp van het geschil is eisers recht op werkloosheidsuitkering, waarop hij, naar het oordeel van verweerder, geen aanspraak kon maken omdat hij sedert 2 juni 1981 de voorwaarden van toekenning niet meer vervulde, nu hij zich onbeschikbaar voor de algemene arbeidsmarkt had gesteld;

Overwegende dat de rechter, bij wie een dergelijk geschil betreffende het recht op werkloosheidsuitkering aanhangig is, zodanig recht niet vermag te erkennen wanneer uit de gegevens van het dossier, waarvan de partijen kennis hebben kunnen nemen, blijkt dat de werkloze niet voldoet aan alle wettelijke vereisten om op zulk een uitkering recht te hebben;

Dat de rechter het voorwerp van de vordering niet wijzigt, noch over een niet gevorderde zaak uitspraak doet, noch het recht van verdediging miskent, wanneer hij, zoals ten deze, aan de hand van de door de partijen aangevoerde feitelijke gegevens, waarover zij tegenspraak hebben kunnen voeren, beslist over het hem voorgelegde geschil op aan de wet ontleende gronden, al waren deze door de partijen niet ingeroepen;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;
(...)

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 22 JUNI 1984

Voorzitter-rapporteur: de h. Janssens

Advocaat-generaal: de h. D'Hoore

Advocaten: mrs. Bützler en De Gryse

Rechten van de mens — Behandeling van zaak binnen redelijke termijn — Tuchtprocedure.

De bestreden beslissing stelt enerzijds voorop dat voor de beoordeling van de «redelijke termijn» van de behandeling van de tuchtzaak, in de zin van artikel 6.1 E.V.R.M. rekening moet worden gehouden met de concrete gegevens van de zaak; anderzijds slaat ze acht op de onzekerheid waarin de betrokkene gedurende de tegen hem gevoerde procedure verkeerde omtrent de weerslag ervan op de verdere uitoefening van zijn beroep van geneesheer.

Bij de beoordeling van de redelijkheid van de termijn, neemt de Raad van Beroep van de Orde der Geneesheren in acht: a) dat, gezien een aan de tuchtprocedure voorafgaande strafrechtelijke veroordeling, de bewijsproblemen, zo

niet geheel dan toch grotendeels, verdwenen waren en b) dat de psychologische en financiële last gedurende de tuchtvervolgving mede aan de strafrechtelijke veroordeling te wijten was, minder zwaar was doordat de betrokkene zijn beroep middelerwijl verder bleef uitoefenen en getemperd werd doordat de raad van beroep bij het bepalen van de tuchtstraf rekening houdt met de «onrust die de lange duur van de rechtspleging kan veroorzaken hebben».

In het licht van die beschouwingen heeft de raad van beroep wettig kunnen beslissen dat de termijn redelijk is in de zin van artikel 6.1 van het Verdrag.

M. t/ Orde van Geneesheren

Gelet op de bestreden beslissing, op 13 juni 1983 door de Raad van Beroep van de Orde der Geneesheren, hebbende het Nederlands als voertaal, gewezen;

Over het middel, afgeleid uit de schending van artikel 6.1 van het bij de wet van 13 mei 1955 goedgekeurde Verdrag van 4 november 1950 tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden,

doordat de aangevochten beslissing oordeelt dat de gevolgde rechtspleging niet onwettig is, omdat zij binnen een «redelijke termijn» in de zin van voormeld artikel 6.1 zou hebben plaats gevonden, op volgende gronden: «Zo op eerste gezicht het tijdsverloop tussen september 1977 en heden eerder lang kan voorkomen, dan wordt deze indruk getemperd wanneer men de volgende vaststellingen maakt: — de feiten die thans aan het oordeel van de Raad van Beroep onderworpen zijn, waren het voorwerp van een gerechtelijk strafonderzoek en van een rechtspleging voor de correctionele rechtbank en het hof van beroep, zodat de tuchtrechtelijke procedure pas nadien met kennis van zaken kon plaatshebben; — deze feiten hadden plaats gedurende een periode van ten minste drie jaren vóór september 1977, toen zij aan het licht kwamen, hetgeen uitlegt dat het strafonderzoek pas nadien kon aanvangen en omvangrijke onderzoeksdaeden vergde; — de raadkamer van de correctionele rechtbank verwees op 4 oktober 1979 de beklaagden naar de correctionele rechtbank, hetgeen erop wijst dat het onderzoek zonder vertraging gevoerd werd in acht nemend de aard en het aantal der telastleggingen; — de Correctionele Rechtbank te Brussel statueerde op 25 maart 1980, hetgeen wijst op de vlugheid van de behandeling, tijdens welke talrijke conclusies werden neergelegd; — het hoger beroep werd ingesteld door een burgerlijke partij, die geen voldoening kreeg wegens de vrijspraak van dr. M. voor de telastlegging valsheid in geschriften in twee onderhandse verkoopovereenkomsten, en werd gevolgd door een andere burgerlijke partij en de procureur des Konings; — het hof van beroep deed uitspraak op 28 januari 1981, dus ongeveer zeven maanden nadat hoger beroep was ingesteld, wat opnieuw laat blijken van een vlugge behandeling; — de Provinciale Raad van Brabant werd over de feiten ingelicht door een brief van de procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Brussel van 12 maart 1981; — deze raad behandelde de zaak al te vlug, zoals blijkt uit de beschouwingen sub 1, a, hiervoor; — dr. M. stelde hoger beroep in, zoals het zijn recht is, wat verhinderde dat de beslissing van de provinciale raad definitief werd, zodat de Raad van Beroep op 21 mei 1981 in het bezit kwam van het dossier van de provinciale raad; — het strafdossier werd aangevraagd bij

de procureur-generaal in september 1982 en de zaak zou behandeld worden zijn op 20 december 1982 ware het niet dat zij een paar maanden moest verschoven worden wegens de gezondheidstoestand van dr. M. en op zijn verzoek; uit dit alles moet besloten worden dat in geen enkel stadium van de behandeling van de zaak vertraging te noteren valt, behoudens sinds de zaak voor deze raad aanhangig is; deze laattijdigheid in het behandelen van de zaak, die te wijten is aan het groot aantal zaken die aanhangig gemaakt worden, heeft niet als gevolg dat de termijn 'onredelijk' lang — met het pejoratieve dat in die uitdrukking besloten ligt — geworden is zodat er een overtreding zou zijn van artikel 6.1 van de Conventie van Rome; zo het waar is dat dr. M. gedurende de procedure in de onzekerheid verkeerd heeft over wat zou worden uitgesproken, dan mag niet uit het oog verloren worden dat zijn eigen strafbare gedragingen de procedure hebben uitgelokt, en dat, zelfs voor de feiten waarvoor hij vrijgesproken werd, zijn handelwijze zó eigenaardig en verdacht voorkomt dat zij een onderzoek wettigde en het hoger beroep van de burgerlijke partij volkomen begrijpelijk maakt; aan de andere kant is het ook waar dat dr. M. gedurende de procedure zijn activiteiten heeft kunnen voortzetten aangezien een tuchtsanctie al die tijd uitgebleven is».

terwijl niet enkel tussen de feiten (september 1977) die eiser werden verweten en het arrest van het hof van beroep (28 januari 1981) drie jaren en vijf maanden verliepen en aldus eisers recht op een behandeling van zijn zaak binnen een redelijke termijn werd miskend, ook wat de voorafgaande strafprocedure betreft, doch er tevens tussen de inlichting, op 12 maart 1981, van de Provinciale Raad van Brabant door de procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Brussel en de aangevochten beslissing van 13 juni 1983, twee jaren en drie maanden verliepen, waaruit volgt dat ook eisers recht op een behandeling van de tegen hem ingestelde tuchtervolgving binnen een redelijke termijn werd miskend, te meer daar, zoals overigens uit de redengeving van de bestreden beslissing blijkt, de zaak, door de gevolgde strafrechtpleging, geen complex karakter meer vertoonde, daarenboven in eerste aanleg de vervulling van een aantal pleegvormen werd overgeslagen en de gezondheidstoestand van eiser slechts een uitstel van een paar maanden veroorzaakte (van 20 december 1982 tot 11 april 1983); noch de overweging dat de toegegeven «laattijdigheid in het behandelen van de zaak» te wijten is aan het groot aantal zaken die aanhangig gemaakt worden, noch de vaststelling dat eiser gedurende de procedure zijn activiteiten heeft kunnen voortzetten aangezien een tuchtsanctie «al die tijd...» uitgebleven is, wettig de beslissing kunnen rechtvaardigen dat de redelijke termijn, in de zin van artikel 6.1 van het Verdrag van 4 november 1950, niet werd overschreden (schending van artikel 6.1 van voormeld Verdrag):

Overwegende dat de bestreden beslissing aan eiser bij tuchtmaatregel een schorsing van zes maanden oplegt en hem aldus tijdelijk het recht ontnemt om het beroep van geneesheer uit te oefenen, welk recht ten deze als burgerlijk dient te worden aangemerkt; dat de ten laste van eiser gevolgde tuchtprocedure ten aanzien van de toepassing van artikel 6.1 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, dientengevolge

moet worden beschouwd als een procedure die betrekking heeft op of aanleiding geeft tot het vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen, in de zin van dat artikel;

Overwegende dat, in zoverre het aanvoert dat ook wat de voorafgegangene strafprocedure betreft eisers recht op een behandeling van de zaak binnen een redelijke termijn werd miskend, het middel geen betrekking heeft op de bestreden beslissing en mitsdien niet ontvankelijk is;

Overwegende dat de beslissing enerzijds vooropstelt dat voor de beoordeling van «de redelijke termijn» rekening moet worden gehouden met de concrete gegevens van de zaak en anderzijds acht slaat op de onzekerheid waarin eiser gedurende de tegen hem gevoerde procedure verkeerde omtrent de weerslag ervan op de verdere uitoefening van zijn beroep van geneesheer;

Overwegende dat uit de bestreden beslissing blijkt, onder meer, a) dat eiser bij arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 28 januari 1981 veroordeeld werd wegens valsheid in geschriften, gebruik van de vervalste stukken en oplichting tot een jaar gevangenisstraf, met uitstel, en een geldboete van duizend frank verhoogd met opdecimen, b) dat eiser «voor een andere telastlegging weliswaar (werd) vrijgesproken, maar dat zijn houding ter zake tegenover een bejaarde patiënte door de correctionele rechtbank (...) betiteld werd als 'op zijn minst onverklaarbaar en deontologisch onaanvaardbaar'», c) dat eiser «gedurende de procedure zijn activiteiten heeft kunnen voortzetten»; d) dat de Raad van Beroep van oordeel is dat, om de maat van de tuchtstraf te bepalen, er «rekening mag worden gehouden met de onrust die de lange duur van de rechtspleging kan veroorzaakt hebben»;

Dat de Raad van Beroep ten minste impliciet doch zeker, bij de beoordeling van de redelijkheid van de termijn van de behandeling, als bedoeld in artikel 6.1 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, in acht neemt: a) dat, gezien de strafrechtelijke veroordeling, de bewijsproblemen, zo niet geheel dan toch grotendeels, verdwenen waren en b) dat psychologische en financiële last gedurende de tuchtervolgving mede aan de strafrechtelijke veroordeling te wijten was, minder zwaar was doordat eiser zijn beroep middelerwijl verder bleef uitoefenen en gemilderd werd doordat de Raad van Beroep bij het bepalen van de tuchtstraf rekening houdt met de «onrust die de lange duur van de rechtspleging kan veroorzaakt hebben»;

Dat, in het licht van die beschouwingen, de Raad van Beroep op grond van de in het middel weergegeven consideransen wettig heeft kunnen beslissen dat de termijn redelijk is in de zin van artikel 6.1 van het Verdrag;

Dat de beslissing gewag maakt van «het groot aantal zaken die aanhangig gemaakt worden voor de Raad van Beroep», niet om de redelijkheid van een termijn te rechtvaardigen, maar om aan te duiden welke de oorzaak is van de duur van een niettemin redelijk geachte termijn;

Dat ter beoordeling van de redelijkheid van de termijn de omstandigheid dat eiser gedurende de procedure zijn beroepsactiviteiten van geneesheer heeft kunnen voortzetten, wel relevant is;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

(...)

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 29 JUNI 1984

Voorzitter-rapporteur : de h. Janssens

Procureur-generaal : de h. Krings

Advocaten : mrs. Bayart en Bützler

Tuchtrecht — Geneeskunde — Apotheker — Rechtsmiddelen — Kennisgeving per aangetekende brief — Termijn — Aanvang.

De kennisgeving bedoeld in art. 25, § 1, van het K.B. nr. 80 van 10 november 1967 geschiedt op het ogenblik waarop de brief aangeboden wordt op het dienende adres. Met uitzondering van de zaterdagen, zon- en feestdagen, wordt een ter post aangetekende zending normaal binnen vierentwintig uren aan de geadresseerde aangeboden. Deze mag evenwel bewijzen dat de zending na het verstrijken van de normale termijn is aangeboden.

Orde van Apothekers t/ D.

Gelet op de bestreden beslissing op 23 november 1982 door de Raad van Beroep van de Orde der Apothekers, met het Nederlands als voertaal, gewezen ;

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 32, 52 van het Gerechtelijk Wetboek, 25, § 1, van het koninklijk besluit nr. 80 van 10 november 1967 betreffende de Orde der Apothekers, en van het algemeen rechtsbeginsel luidens hetwelk, ingeval overmacht belet een rechtsmiddel aan te wenden, de termijn voor het aanwenden van het rechtsmiddel slechts verlengd wordt tot op het ogenblik dat die overmacht ophoudt te bestaan,

doordat de bestreden beslissing — na geconstateerd te hebben dat bij beslissing van 9 maart 1982 de Nederlandstalige Provinciale Raad van Brabant van de Orde der Apothekers aan verweerster als tuchtmaatregel een schorsing oplegde van het recht het beroep van de arts en apotheker te oefenen gedurende een termijn van vijftien dagen, dat bij aangetekend schrijven van 11 maart 1982 die beslissing aan verweerster werd meegedeeld, dat verweerster van 7 maart 1982 tot en met 19 maart 1982 in het buitenland verbleef en derhalve eerst op zaterdag 20 maart 1982 terug thuiskwam, en dat verweerster bij aangetekende zending van 31 maart 1982 hoger beroep had ingesteld — verklaart dat verweerster tijdig en regelmatig naar de vorm hoger beroep had ingesteld en de uitgesproken tuchtmaatregel terugbrengt tot die van de waarschuwing ; en doordat de bestreden beslissing, wat betreft de tijdigheid van het door verweerster ingesteld hoger beroep, op de beschouwing steunt dat eerst op 20 maart 1982 aan verweerster kennis kon worden gegeven van de beslissing van de provinciale raad, en deze datum als vertrekpunt van de beroepstermijn aanvaardt,

terwijl, nu luidens artikel 25, § 1, van het koninklijk besluit nr. 80 van 10 november 1967 betreffende de Orde van Apothekers, de termijn voor het instellen van hoger beroep door de apotheker tegen een tuchtbeslissing door de provinciale raad uitgesproken, vijftien vrije dagen bedraagt vanaf de kennisgeving van de beslissing, nu luidens artikel 32 van het Gerechtelijk Wetboek onder «kennisgeving»

moet worden verstaan het opsturen, eventueel langs de post, van een akte van rechtspleging, nu volgens de constatering van de bestreden beslissing ten deze het opsturen, en dus de kennisgeving, van de beslissing van de provinciale raad op 11 maart 1982 gebeurde, nu luidens artikel 52 van het Gerechtelijk Wetboek de termijn wordt gerekend vanaf de dag na die van de akte of van de gebeurtenis welke hem doet ingaan, nu diensgevolge ten deze voormelde termijn van vijftien vrije dagen diende te worden gerekend vanaf 12 maart 1982 en derhalve op zaterdag 27 maart 1982 of in alle geval op maandag 29 maart 1982 verstreek, en nu uit de constatering van de bestreden beslissing blijkt dat verweerster op zaterdag 20 maart 1982 kennis kon nemen van de beslissing van de provinciale raad, zodat de overmacht, welke haar belette hoger beroep in te stellen, op 20 maart 1982 of in elk geval op maandag 22 maart 1982 had opgehouden te bestaan, hieruit volgt dat de bestreden beslissing, door het door verweerster bij aangetekende zending van 31 maart 1982 ingesteld hoger beroep tijdig te verklaren, de aangewezen wettelijke bepalingen en het vermelde algemeen rechtsbeginsel schendt :

Overwegende dat de bestreden beslissing niet steunt op overmacht ; dat het middel in zoverre het een algemeen rechtsbeginsel inroept, feitelijke grondslag mist ;

Overwegende, voor het overige, dat ingevolge artikel 25, § 1, van het koninklijk besluit nr. 80 van 10 november 1967 betreffende de Orde van Apothekers, het hoger beroep wordt ingesteld door de apotheker binnen vijftien vrije dagen vanaf de kennisgeving van de beroepen beslissing ; dat artikel 32 van het koninklijk besluit van 29 mei 1970 tot regeling van de organisatie en de werking van de Orde van Apothekers bepaalt dat het beroep bij aangetekende brief wordt gestuurd aan de voorzitter van de provinciale raad, die de beslissing heeft gewezen ;

Overwegende dat een eerste vraag is, wanneer de termijn van vijftien dagen een aanvang neemt : bij de afgifte van het aangetekend schrijven op het postkantoor, bij de aanbidding op het dienende adres, of bij de werkelijke kennisneming door de geadresseerde ;

Dat een andere vraag is, op welk ogenblik het hoger beroep wordt ingesteld : op het ogenblik van de afgifte van het aangetekend schrijven op het postkantoor, bij de aanbidding ervan of bij de kennisneming ;

Overwegende dat ten deze enkel de eerste vraag ter sprake is ;

Overwegende dat de kennisgeving bedoeld in artikel 25, § 1, van het koninklijk besluit nr. 80 van 10 november 1967 geschiedt op het ogenblik waarop de brief aangeboden wordt op het dienende adres ; dat, met uitzondering van de zaterdagen, zon- en feestdagen, een ter post aangetekende zending normaal binnen vierentwintig uren aan de geadresseerde wordt aangeboden ; dat de geadresseerde evenwel mag bewijzen dat de zending na het verstrijken van de normale termijn is aangeboden ;

Overwegende dat uit de stukken niet blijkt op welke dag de aangetekende brief op het dienende adres is aangeboden ;

Dat het middel gegrond is ;

(...)

RAAD VAN STATE

7e KAMER — 22 MAART 1984

Voorzitter : de h. Depondt

Staatsraden : de hh. Debaedts en Verschooten

Auditeur-generaal : de h. Van Assche

Advocaten : mrs. Matthijs en Putzeys

Orde van Advocaten — Stafhouder — Tuchtoverheid — Administratieve beslissing — Raad van State niet bevoegd.

Een beslissing genomen door de stafhouder valt niet, ook al is ze van administratieve aard, onder de vernietigingsbevoegdheid van de afdeling administratie van de Raad van State.

A. en M. t/ Stafhouder van de Orde van Advocaten te
Brugge
Arrest nr. 24.163

Gezien het verzoekschrift ingediend op 28 juli 1982 door A., handelaar, en M., advocaat, om de vernietiging te vorderen van de beslissing d.d. 11 juni 1982 van de Stafhouder van de Orde van Advocaten te Brugge, waarbij aan tweede verzoeker de toelating geweigerd wordt om bepaalde brieven gewisseld tussen hem en zijn confrater, de advocaat Van E., aan de Rechtbank van Koophandel te Brugge over te leggen;

(...)

1. Overwegende dat de feiten die voor de beslechting van de zaak dienend zijn, als volgt kunnen worden samengevat :

Krachtens een overeenkomst gesloten op 6 juli 1976 voerde J., electricien, een werk uit in de visrokerij van A., eerste verzoeker in het onderhavig geding. De wijze van uitvoering van het werk gaf aanleiding tot betwisting en op verzoek van A. werd door de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brugge op 17 december 1980 bij verstek een deskundige aangesteld met als opdracht na te gaan, aan de hand van de bestaande overeenkomst «welke electriciteitswerken nog niet werden voltooid en welke slecht werden uitgevoerd».

J. tekende hiertegen verzet aan en betoogde in zijn conclusie dat A. eerst vier jaar na de uitvoering van het werk, de aanstelling van een deskundige vroeg nadat hij bedreigd was met een dagvaarding voor de rechtbank om het saldo van 374.748 fr. te betalen. Het verzet werd als ongegrond afgewezen.

Inmiddels had J. op 12 januari 1981 A. gedagvaard om hem te doen veroordelen tot betaling van voornoemd bedrag «met wettelijke interest sedert 6 okt. 1980, de gerechtelijke interest en de gedingskosten, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding begroot op 6.600 fr.».

De aangewezen deskundige stelde verschillende tekortkomingen in de uitvoering van het werk vast. Hij poogde eveneens partijen tot een minnelijk akkoord te brengen maar stuitte op de moeilijkheid van de verdeling van de gerechtskosten.

In een schrijven van 30 april 1981 deelde mr. Van E., raadsman van J. aan mr. M., raadman van A., mee dat zijn cliënt een minnelijke regeling verkoos boven een proce-

dute van de rechtbank en vroeg hem een afrekening te sturen van zijn gerechtskosten.

Nadien werden brieven tussen beide advocaten gewisseld betreffende het bedrag van de gerechtskosten die J. in de uitvoering van een minnelijke regeling voor zijn rekening zou nemen en betreffende de waarborgen te verstrekken door A. voor de betaling van bedragen die hij aan J. verschuldigd was.

Na deze briefwisseling, waaruit volgens mr. M. bleek dat een akkoord tussen de partijen tot stand kwam, dat evenwel door de andere partij niet werd nageleefd, en waarvan mr. Van E. integendeel beweert dat ze geen resultaat opleverde, werd het geding voor de rechtbank van koophandel voortgezet. Mr. Van E. eiste in zijn conclusie de veroordeling van A. tot betaling van een saldo van 336.252 fr., vermeerderd met de wettelijke interest vanaf 6 oktober 1980, de gerechtelijke interest en de gerechtskosten.

In zijn besluiten riep mr. M. de briefwisseling in die tussen hem en zijn confrater gevoerd was betreffende de minnelijke regeling en meer in het bijzonder de betaling van de proceskosten.

Op 10 mei 1982 schreef mr. Van E. aan de stafhouder dat haar confrater mr. M. «bepaalde brieven van mij die vertrouwelijk waren en die naar hem geschreven werden in het kader van een minnelijke regeling, zonder meer in de procedure brengt en deze aan de rechtbank voorlegt». Zij vroeg aan de stafhouder bij mr. M. te willen optreden en «hem te verbieden de volgende stukken (brieven) ... te gebruiken voor de procedure die hangende is voor de Rechtbank van Koophandel te Brugge».

Verzocht door de stafhouder om de nodige uitleg te verlenen, antwoordde mr. M. dat er tussen partijen een minnelijk akkoord tot stand was gekomen waarbij «de cliënt van mr. Van E. zich niet heeft gehouden aan de uitvoering ervan» en dat derhalve de regels i.v.m. de vertrouwelijkheid van de briefwisseling waren opgeheven, dat het immers niet opging in de briefwisseling tussen advocaten tot een akkoord te komen en nadien, wanneer één partij de overeenkomst niet naleeft, het geheim van deze briefwisseling in te roepen om alle bewijs omtrent deze overeenkomst onmogelijk te maken.

De stafhouder antwoordde op 11 juni 1982 dat de briefwisseling tussen advocaten confidencieel is en pas na toelating van de stafhouder voor de rechtbank kan worden neergelegd, dat te oordelen naar de stukken die hem voorgelegd waren er geen akkoord ter zake was omdat «in de brief van 11 sept. 1981 mr. Van E. haar akkoord gegeven had op voorwaarde dat binnen tien dagen betaald wordt», dat «deze betaling niet werd gedaan, zodat het akkoord verviel», dat «de briefwisseling in kwestie niet mag voorgelegd worden» en ten slotte dat «zo u conclusie genomen hebt inzake, u deze conclusie dus moet intrekken».

2.1. Overwegende dat de verwerende partij opwerpt dat alle handelingen van de tuchtoverheden van de balie, meer in het bijzonder wanneer het over individuele handelingen gaat, buiten de bevoegdheid van de Raad van State vallen;

2.2. Overwegende dat de verzoekende partijen hierop antwoorden dat een akkoord bereikt was over een burgerlijke vordering en dat de verwerende partij (de stafhouder) die ter zake een derde was, verbod oplegt om het bewijs van dit akkoord aan de rechtbank over te leggen, dat A., eerste verzoeker, over geen andere rechtsingang beschikt

dan het annulatieberoep bij de Raad van State en dat, wat betreft mr. M., tweede verzoeker, de bestreden handeling niet van tuchtrechtelijke aard is in de zin van de artikelen 456 en 460 van het Gerechtelijk Wetboek maar wel een beslissing in de zin van de artikelen 193 en 194 van dit wetboek om «te waken over de eer, de rechten, de gemeenschappelijke beroepsbelangen en de regels en gebruiken van het beroep van advocaat», dat de bestreden beslissing derhalve van administratieve aard is waartegen tweede verzoeker geen beroep kan instellen bij de tuchtraad van de orde en ten slotte dat de bestreden beslissing «manifest uitstijgt boven de grenzen van een zuiver individueel toezicht van de tegenpartij op tweede verzoeker»;

2.3. Overwegende dat de bestreden beslissing blijkbaar gebaseerd is op artikel 1 van het Reglement van de Algemene Raad van de Nationale Raad van de Nationale Orde van Advocaten «betreffende het overleggen van correspondentie tussen advocaten»; dat luidens deze bepaling «de correspondentie tussen advocaten vertrouwelijk is» en «zelfs indien de advocaten het eens zijn» deze briefwisseling «enkel mag worden overgelegd met de toestemming van het hoofd van de Orde»; dat echter naar luid van artikel 2 van ditzelfde reglement — op welke bepaling verzoekers zich beroepen — «elke mededeling, zelfs vertrouwelijk gedaan uit naam van een partij, wanneer ze bepaalde voorstellen behelst die onvoorwaardelijk uit naam van de andere partij worden aangenomen», haar «vertrouwelijk karakter verliest zodat ze zonder toelating van de stafhouder mag worden gebruikt»; dat ten slotte volgens artikel 3 de stafhouder in voorkomend geval, «voor de loyale toepassing van artikel 2 zorgt»;

2.4. Overwegende dat, zoals verzoekers terecht laten gelden, de bestreden beslissing niet van disciplinaire aard is maar onder het administratieve toezicht ressorteert waarmede de stafhouder krachtens artikel 3 van voornoemd reglement is belast; dat echter deze beslissing waarbij, naar aanleiding van een onenigheid tussen twee advocaten, verbod wordt opgelegd aan één van hen om een welbepaalde en door hen gekende briefwisseling aan de rechtbank over te leggen, uiteraard van individuele aard is; dat de door verzoekers vermelde artikelen 193 en 194 van het Gerechtelijk Wetboek die de normatieve bevoegdheid van de Algemene Raad van de Nationale Orde van Advocaten bepalen, ter zake niet dienend zijn;

2.5. Overwegende dat, al is de bestreden beslissing van administratieve aard, ze nochtans door een tuchtoverheid t.w. de stafhouder genomen is; dat de stafhouder overeenkomstig artikel 447 van het Gerechtelijk Wetboek het hoofd is van de Raad van de Orde die hoofdzakelijk als opdracht heeft voor de naleving door de advocaten van de plichtenleer en van de tucht te waken, wat niet alleen de beteugeling of bestraffing langs disciplinaire weg inhoudt maar ook beslissingen van administratieve aard omvat die overeenkomstig artikel 456 van het Gerechtelijk Wetboek de beginselen van waardigheid, van eerlijkheid en van kiesheid die het beroep van advocaat ten grondslag liggen, moeten waarborgen;

2.6. Overwegende dat artikel 610 van het Gerechtelijk Wetboek het volgende bepaalt: «Het Hof van Cassatie neemt kennis van vorderingen tot nietigverklaring van de handelingen waardoor rechters en ambtenaren van het openbaar ministerie, alsook tuchtrechtelijke overheden van

ministeriële ambtenaren en van de balie, hun bevoegdheden mochten hebben overschreden»; dat, wat de organen van de balie betreft, de Koninklijke Commissaris voor de gerechtelijke hervorming, voor de Senaatscommissie verklaarde: «De werking van de Orde is, zoals trouwens die van de balies, niet onderworpen aan de rechtspraak van de Raad van State ... het zou ingaan tegen haar grondbeginselen en traditie als ze werd onderworpen aan een bestuurlijke controle. De balies zijn personen van openbaar recht, verbonden aan de rechterlijke macht» (Gedr. Stukken Senaat, 1963-1964, nr. 60, blz. 125);

2.7. Overwegende dat artikel 1088 van het Gerechtelijk Wetboek de procedure bepaalt die bij de toepassing van voornoemd artikel 610 moet worden gevolgd; dat wanneer de «tuchtoverheid ... van de balie» haar bevoegdheid heeft overschreden de procureur-generaal van het Hof van Cassatie, op «voorschrift van de minister van Justitie» de zaak bij het Hof inleidt, «zelfs wanneer de wettelijke termijn voor de voorziening in cassatie verstreken is en geen enkele partij in voorziening is gekomen»; dat, in verband met dit artikel, de Koninklijke Commissaris voor de gerechtelijke hervorming in zijn verslag het volgende schreef: «Artikel 1088 vloeit voort uit de beginselen die zijn vervat in 80 en 88 van de wet van 27 ventôse, jaar VIII, betreffende de voorziening wegens machtsoverschrijding die openstaat voor de procureur-generaal bij het Hof van Cassatie op instructie van de minister van Justitie. Met de 'handelingen van de rechter', die het voorwerp kunnen zijn van een voorziening wegens machtsoverschrijding, werden de handelingen van het openbaar ministerie gelijkgesteld, evenals die van de tuchtoverheden van de ministeriële officieren en van de balie» (Gedr. Stukken Senaat 1963-1964, nr. 60, blz. 255);

2.8. Overwegende dat uit de hierboven vermelde artikelen van het Gerechtelijk Wetboek, zoals ze voor de senaatscommissie werden toegelicht door de Koninklijke Commissaris voor de gerechtelijke hervorming, volgt dat de wetgever kennelijk de bedoeling heeft gehad om de handelingen van de tuchtoverheid van de balie, gelet op haar verbondenheid met de rechterlijke orde en op het streven naar vrijwaring van de onafhankelijkheid der advocaten, te onttrekken «aan de censuur vanwege de administratieve orde» (Gedr. Stukken Senaat, 1964-1965, nr. 170, blz. 82); dat deze handelingen derhalve niet onder de vernietigingsbevoegdheid van de Raad van State vallen;

2.9. Overwegende dat de onbevoegdheid van de Raad van State om van het annulatieberoep kennis te nemen ook geldt voor de eerste verzoeker A.; dat immers de onbevoegdheid van de Raad van State voortvloeit uit de aard van de beslissingen van de tuchtoverheid t.a.v. de advocaten die ter zake als vertegenwoordigers van hun cliënten zijn opgetreden; dat de opgeworpen exceptie van onbevoegdheid gegrond is,

(Verwerping).

NOOT—Vgl. Raad van State, 15 juni 1956, nr. 5204, Chamart-Houssa.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

1e KAMER — 12 JANUARI 1983

Voorzitter : de h. Alsteens

Raadsheren : de hh. De Vocht en Raymaekers

Advocaten : mrs. Boonen en Brems

Huwelijksgoederenstelsels — Verkoop van een gemeenschapsgoed tegen lijfrente — Terugvallingsbeding.

De verkoop van een gemeenschapsgoed door twee echtgenoten tegen lijfrente, met terugvallingsbeding voor de gehele rente ten voordele van de langstlevende, is in de regel ten aanzien van de koper een kanscontract onder bezwarende titel.

Tussen de echtgenoten is het terugvallingsbeding een indirecte schenking, waarvan het voorwerp is het kapitaal dat gestort is voor de vestiging van de rente, te verminderen met het deel dat dienstig is geweest voor de rente die de overledene ontvangen heeft.

De rente wordt na het overlijden een eigen goed van de langstlevende. Er is geen vergoeding verschuldigd, maar bij overschrijding van het beschikbaar gedeelte zijn de regels inzake inkorting van toepassing.

Art. 1401, 4°, B.W. sluit niet uit dat het recht op lijfrente verkregen kan zijn door een aan inkorting onderworpen schenking.

T. t/ C.

Overwegende dat de feitelijke gegevens en de doelstellingen van partijen in het bestreden vonnis juist zijn weergegeven en het hof naar deze uiteenzetting verwijst; dat meer bepaald vaststaat dat de echtgenoten C.-T. op 21 januari 1977 hun gemeenschappelijk huis voor 1.800.000 fr. verkochten, waarbij 1.600.000 fr. bij lijfrente betaalbaar aan beiden gesteld werd, doch met terugvallingsbeding van de gehele lijfrente aan de langstlevende; dat Geeraard C. drie weken nadien, op 14 februari 1977, overleed vooraleer de eerste maandelijkse rente van 14.000 fr. vervallen was, zodat de totale rente, zoals overeengekomen aan Helena T. te beurt valt;

Overwegende dat de verkoop ten aanzien van de koper een kanscontract onder bezwarende titel is, tenzij uit omstandigheden of prijs zou blijken dat het een vermomde of onrechtstreekse schenking ten voordele van de koper zou betreffen, hetgeen ten deze echter niet ter sprake is gekomen;

Overwegende dat het wederzijdse terugvallingsbeding van de rente tussen de twee verkopers wel een wederzijdse begunstiging inhoudt, gepaard met een verarming van het vermogen van de eerststervende en dit zonder tegenvoordeel als vrijgevigheid (animus donandi), wat wel een onrechtstreekse schenking vormt; dat het voorwerp van deze vrijgevigheid gevormd wordt door het kapitaal dat gestort werd voor de vestiging van de rente, bij overleving tijdens de loop van de rente te verminderen met het gedeelte dat dienstig was voor de zelf ontvangen rente; dat ten deze Geeraard C. echter geen rente genoten heeft, zodat de onrechtstreekse schenking de volledige prijs omvat van het deel van het gemeenschappelijk onroerend goed dat ge-

diend heeft om zijn normaal deel van de rente te vestigen, namelijk 800.000 fr.;

Overwegende dat om de redenen van de eerste rechter en de in het vonnis aangehaalde rechtsleer de rente na overlijden van de stipulant als eigen verworven aan de overlevende dient te worden beschouwd, waarvoor geen vergoeding aan de gemeenschap verschuldigd is, maar waarvoor de regels op de inkorting van schenkingen bij overschrijding van het beschikbare gedeelte toepasselijk zijn;

Overwegende dat het eigen recht van één der echtgenoten op een lijfrente overeenkomstig artikel 1401, 4°, B.W. niet betekent dat dit recht niet zou kunnen verworven zijn door een aan inkorting onderworpen schenking; dat de door appellante ingeroepen vergelijking met de recente (14 juli 1976) wetgeving op de levensverzekeringen hiervoor geen argumenten oplevert; dat volgens artikel 43 van de wet op de verzekeringen de inbreng en de inkorting toepasselijk blijven op de stortingen gedaan door een echtgenoot ten behoeve van de andere wanneer ze kennelijk overdreven zijn, gelet op de mogelijkheden van de verzekeringnemer; dat ten deze de verkoop door de zieke en drie weken nadien overleden echtgenoot een belangrijke verarming van het vermogen van de overledene veroorzaakte, zodat de bestemming van het kapitaal een kennelijk overdreven premiestorting vormt, gelet op de mogelijkheden van de eerststervende; dat het verloren kapitaal vergelijkbaar is met een eenmalige premie bij levensverzekering en appellante buiten de inkorting mag genieten van de schenking tot beloop van het beschikbare gedeelte en bovendien haar rechten op de lijfrente blijft behouden;

(...)

NOOT—*Het beding van terugvallende lijfrente en het nieuwe huwelijksvermogensrecht (art. 1401, 4°, B.W.)*

Tot de traditionele technieken die door echtparen worden aangewend om zich — of de langstlevende onder hen — een rustige oude dag te verzekeren, behoort, naast het sluiten van een levensverzekering, het bedingen van een lijfrente.

Precies op deze tweede techniek had, in het geval dat het Hof van Antwerpen op 12 januari 1983 te beoordelen kreeg, een ouder wordend echtpaar een beroep gedaan. Een reeds zieke man van 67 jaar had samen met zijn vrouw van 66 jaar een gemeenschappelijk huis verkocht. De prijs bedroeg 1.800.000 BF waarvan 200.000 BF contant werd betaald en het saldo omgezet in een maandelijkse lijfrente van 14.000 BF gevestigd «op het hoofd van beide echtgenoten en dat van de overlevende van hen beiden».

T.a.v. deze lijfrente werd nog bedongen dat zij «geen enkele vermindering zal ondergaan bij het overlijden van de eerststervende van de verkopers-rentetrekken, doch integendeel vermeerderen ten bate van de overlevende van hen beiden, die alleen recht zal hebben op de rente ten titel van toevallig beding, evenals op de achterstallen die verschuldigd zouden zijn op de dag van het overlijden van de eerststervende der rentetrekken».

Vijfentwintig dagen later (zodat net art. 1975 B.W. niet van toepassing is) overlijdt de man. Naast zijn weduwe komen ook kinderen uit zijn vorig huwelijk tot de nalatenschap. Deze laatsten nemen het niet dat het huis, zonder

enige tegenprestatie ten voordele van de man, uit het gemeenschappelijk vermogen verdween.

Het door de echtgenoten gebruikte procédé is enigszins complex. Er dient een onderscheid gemaakt tussen enerzijds de verhouding echtgenoten/koper en anderzijds de onderlinge verhouding tussen de echtgenoten.

De verkoopovereenkomst op lijfrente tussen de echtgenoten en de koper vormt een geldig kanscontract. De waarde van de bedongen lijfrente wordt niet betwist en kan dus als normaal worden beschouwd, zodat het hof beslist dat het om geen verdoken of onrechtstreekse schenking gaat. In de verhouding echtgenoten/kopers gaat het dus om een handeling onder bezwarende titel, zij het met een aleatoir karakter daar de omvang van de door de koper te leveren tegenprestatie afhangt van een onzeker gebeuren, nl. het overlijden van de laatste van de rentetrekken.

De erfgenenamen van de echtgenoten moeten deze geldig gesloten handeling onder bezwarende titel respecteren.

Als tegenprestatie wordt een lijfrente bedongen. Aan wie die betaald moet worden, wordt door de echtgenoten onderling bepaald. De rente zal zolang beiden leven aan beiden worden betaald, maar bij het overlijden van de eerste van hen toekomen aan de langstlevende in haar totaliteit.

Vrij algemeen wordt aangenomen¹ en dat doet in casu ook het hof — dat tijdens het leven van beide echtgenoten de rente als tegenprestatie voor de vervreemding van een gemeenschapsgoed tot het gemeenschappelijk vermogen behoort, maar dat na het overlijden van een echtgenoot de rente als eigen aan de langstlevende dient te worden beschouwd.

De rente als gemeenschapsgoed in onverdeeldheid toebedelen aan de langstlevende en de erfgenenamen van de eerstgestorvene zou immers niet stroken met de bedoeling van de echtgenoten, een bedoeling hier trouwens zeer goed tot uiting kwam in de bijkomende clause t.a.v. de rente.

De vraag is dan hoe (in de onderlinge verhouding tussen de echtgenoten) die overgang van gemeenschapsgoed naar eigen goed dient te worden gekwalificeerd. Sommigen² ontleden deze clause van terugval als een beding door elk van beide echtgenoten in eigen voordeel gestipuleerd, zo hij zou overleven. De rente wordt eigen omdat dit juist de bedoeling is van elke echtgenoot-beding, daar het hier gaat om een voorzorgsmaatregel met sterk persoonlijk karakter. Ook in de onderlinge verhouding tussen de echtgenoten is het beding aleatoir en dus onder bezwarende titel: elk van hen gaat juist akkoord om het beding eventueel in het voor-

deel van de andere echtgenoot te laten spelen omdat het ook in zijn voordeel kan spelen en beiden evenveel kans maken (in casu spreken de echtgenoten trouwens van een «toevalig» beding). Daarbij wordt gesteld dat echtgenoten gemeenschapsgoederen kunnen gebruiken om eigen goederen te verwerven, zij moeten bij de ontbinding van het stelsel hiervoor dan wel vergoeding betalen.

Aan deze stelling kan nochtans verweten worden dat zodoende inbreuk gepleegd wordt op de principiële onveranderlijkheid van de huwelijkse voorwaarden³. Hierom werd dan wel eens gezegd dat het om een jurisprudentieel uitzondering⁴ gaat op deze regel zoals bv. ook de in eigen voordeel afgesloten levensverzekering of arbeidsongevallenverzekering, de pensioenen enz.⁵. De rente eigen verklaren tegen vergoeding ontnemt nochtans aan het procédé een groot deel van zijn nut, daar deze vergoeding meestal bepaald wordt op het bedrag dat nodig is om deze rente na de dood van de eerstgestorvene te laten verder betalen (prix de la réversibilité)⁶. Daarom werd zelfs beweerd dat geen vergoeding verschuldigd was. Argument is dat de rente alleen (en in de mate dat ze alleen) maar de verzorging van de langstlevende beoogde, een werkelijke last is van het gemeenschappelijk vermogen⁷ of dat juist wegens het aleatoir karakter geen vergoeding verschuldigd is⁸ of dat de echtgenoten elkaar wederkerig vrijgesteld hebben van vergoeding⁹, maar hierin schuilt dan een schenking.

Anderen zijn evenwel van oordeel dat de overgang van een goed van gemeenschappelijk naar eigen vermogen alleen maar kan via een schenking¹⁰. De terugvallingsclause wordt dan door hen anders en altruïstischer geanalyseerd. Het beding wordt nu geacht niet door elk van de echtgenoten in eigen voordeel gestipuleerd te zijn in geval van eigen overleven, waar wel in het voordeel van de andere echtgenoot in geval van eigen vooroverlijden.

Het gaat dan om een beding ten voordele van een derde en dus om een onrechtstreekse schenking door elke echtgenoot ten voordele van de andere bedongen (art. 1973).

Deze tweede stelling wordt in het arrest bijgevallen met alle consequenties van dien.

De clause als schenking kwalificeren biedt het voordeel een juridisch bevredigende verklaring te geven van de overgang van een gemeenschapsgoed naar het eigen vermogen zonder vergoeding. Vergoedingen zijn immers alleen maar verschuldigd bij een vermogensverschuiving zonder oorzaak tussen de verschillende gezinsvermogens en hier is de oorzaak de schenking.

¹ LE HON, «Révision de rente viagère. Réversion d'usufruit et accroissement entre époux. Droit fiscal. Droit civil», *Rev. prat. Not.*, 1958 (309-325), 311; zie ook DUPEYROUX, J.J., *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, Parijs, 1955, nrs. 53 e.v.; DE LA MARNIÈRE, E.S., noot onder Cass., fr., 3 februari 1959, *D.*, 1960, J, (592-597), 595; WALLEMACQ, «Rente viagère — réversibilité — récompense — usufruit successoral — droit d'enregistrement — impôt successoral — impôt sur les revenus», *Ann. Not.*, 1941, (186-197), 187; PLANIOL en RIPERT, VIII, nr. 205.

² QUAGHEBEUR, M., «Rente viagère créée au moyen de valeurs communes. Tête des deux époux réversibilité», *Ann. Not.*, 1939, (196-200), 197. Volgens Le Hon de overheersende opvatting: LE HON, «Rente viagère usufruit — communauté», *Rev. prat. Not.*, 1943, (353-366), 362; WALLEMACQ, o.c., 189.

³ Zie reeds LAURENT, XXI, nr. 319.

⁴ DUPEYROUX, o.c., nr. 56.

⁵ VOIRIN, *J.C.P.*, 1959, II, nr. 11227; vgl. RENAULD, *Droit patrimonial de la famille*, I, *Régimes matrimoniaux*, Brussel, 1971, nrs. 784 e.v.

⁶ QUAGHEBEUR, o.c., 197; Rouen, 10 februari 1909, *D.P.*, 1911.2.1; DE LA MARNIÈRE, o.c., 595; LE HON, o.c., *Rev. prat. Not.*, 1943, 362.

⁷ DE LA MARNIÈRE, o.c., 596.

⁸ LE HON, o.c., *Rev. prat. Not.*, 1943, 363.

⁹ LE HON, o.c., *Rev. prat. Not.*, 1943, 363.

¹⁰ Rb. Gent, 11 november 1896, *Rev. Prat. Not.*, 1897, 396, met beamende noot van SCHICKS. Deze verklaring schijnt ook de voorkeur van LE HON weg te dragen, o.c., *Rev. Prat. Not.*, 1943, 361.

De clause als schenking kwalificeren biedt evenwel het nadeel dat zodoende meteen alle andere specifieke regels inzake schenking van toepassing zijn.

Zo werd in Frankrijk¹¹ de clause ongeldig verklaard omdat ze neerkwam op een wederzijdse schenking tussen echtgenoten in één en dezelfde akte verboden door art. 1097. Bij ons wordt evenwel aanvaard dat dit vormvereiste niet geldt t.a.v. onrechtstreekse schenkingen¹².

Een schenking dient evenwel te worden verrekend op het vlak van de vereffening en verdeling van de nalatenschap, de reservataire erfgenamen kunnen er naar gelang van het geval inbreng of inkorting van vorderen. In deze hypothese wordt ervan uitgegaan dat het niet de bedoeling van de schenker was de schenking aan inbreng te onderwerpen, zodat ze mag worden toegerekend op het beschikbaar deel en zal worden ingekort zo dit wordt overschreden. Zo wordt ook in het arrest beslist. Deze verrekening valt gunstiger uit dan de vergoedingsverplichting omdat de schenking ten belope van het beschikbaar deel onaanvechtbaar is.

Daar toerekening dient te geschieden, dient dus ook te worden uitgemaakt wat het voorwerp van de schenking is. De langstlevende krijgt door een derde de rente uitbetaald, maar opdat deze dit zou doen, heeft de andere echtgenoot een prestatie moeten leveren die zijn vermogen verarmde zonder tegenprestatie... Het hof oordeelt dat het voorwerp van deze vrijgevigheid gevormd wordt door het kapitaal dat gestort werd voor de vestiging van de rente (eventueel — maar niet hier — te verminderen met het gedeelte van het kapitaal dat dienstig was voor de uitkering van de rente nog tijdens het leven van de eerstgestorvene) dit is in casu 800.000 BF¹³.

Het besproken procédé en de gegeven oplossing vertoont heel wat gelijkenis met de levensverzekering. Zo wordt ook het kapitaal of de rente die op grond van een levensverzekeringscontract door een echtgenoot afgesloten, bij diens overlijden aan zijn medeëchtgenoot wordt uitbetaald, als eigen beschouwd, zelfs al werden de premies met gemeenschapsgelden betaald. Ook hier wordt de overgang van gemeenschapsgoed (de premies) naar eigen goed (kapitaal/rente) verklaard via het beding ten behoeve van derden, zijnde een onrechtstreekse schenking met alle problemen van dien¹⁴. Ook daar wordt — maar niet onbetwist¹⁵

¹¹ Cass. fr., 18 juni 1958, S., 1960, 91, D., 1960, 124; art. 1097 C.c. werd in 1963 in Frankrijk opgeheven.

¹² Rb. Gent, 11 november 1896, gecit.

¹³ Vgl. Luik, 7 november 1963, *Rec. Gén. Not. Enr.*, 1968, 441.

¹⁴ Over deze problematiek zie o.a., recent FACQ, J., «Enkele familiaal vermogensrechtelijke aspecten van de levensverzekering tussen echtgenoten», *R.W.*, 1982-83, (1775-1796), 1783.

¹⁵ *Anders*: Luik, 7 november 1963, gecit. Het hof gaat ervan uit dat juist wegens het beding van terugval zo'n groot kapitaal werd afgestaan en niets zegt dat de eerstgestorven echtgenoot, zo hij alleen voor zich bedongen had, niet liever een groter deel in kapitaal zou hebben teruggewild eerder dan een hogere renteuitkering tijdens zijn leven. In casu — en dat verschil is toch belangrijk — was evenwel het beding door de man alleen aangegaan en niet wederkerig door de echtgenoten. Het hof was hier van oordeel dat de nalatenschap diende te worden geacht verarmd te zijn met het

— gezegd dat niet het kapitaal of de rente die uit het vermogen van een derde voortkomen, voorwerp van de schenking kunnen zijn, maar wel de stortingen door de verzekeringnemer gedaan, want daarmee werd zijn vermogen verarmd. In elk geval beperkt art. 43, 1e lid, van de Verzekeringwet van 11 juni 1874 de toerekening uitdrukkelijk tot de gestorte premies (zie ook verder).

Wat daar als een billijkheidsregel bestempeld kan worden, althans wanneer een kapitaal wordt uitgekeerd, wordt een onbillijkheidsregel zo een lijfrente bedongen werd.

Groot verschilpunt is immers dat in het eerste geval het risico gedragen wordt door de derde contractant (de verzekeraar), het door de echtgenoot-begunstigde te verrekenen bedrag zal in vele gevallen kleiner zijn dan het te genieten voordeel (bv. zo slechts enkele premies werden betaald) en de verrekening en dus de eventuele inkorting en terugbetaling zal slechts dienen te geschieden na uitkering van het kapitaal. Bij uitkering van een lijfrente wordt het risico gedragen door de echtgenoot-begunstigde, die onmiddellijk na het overlijden het bedrag van het afgestane kapitaal in rekening zal moeten brengen, terwijl hij zelf nog geen voordeel heeft gehaald uit de clause en ook niet vaststaat of de derde contractant tot beloop van dat bedrag effectief rente zal moeten betalen.

Het gaat hier dan wel om een zeer vergiftigd geschenk!

Daar de eerstgestorven echtgenoot zijn aandeel in een gemeenschappelijk goed zonder tegenprestatie verloor, is trouwens in de eerste plaats te wijten aan het feit dat hij een kanscontract met een derde heeft gesloten, waartegen de reservataire erfgenamen geen verhaal hebben. De bijkomende verarming die door de als schenking gekwalificeerde clause van terugval is veroorzaakt en waartegen de reservataire erfgenamen wel een verhaal hebben, is de prijs die diende te worden betaald opdat die derde er zich toe zou verbinden ook na het overlijden van een van de echtgenoten de lijfrente in haar totaliteit door te betalen aan de langstlevende. Dit vertaalt zich in een lagere mensualiteit. De verarming van de man beperkt zich dus tot de (helft van de) mindere inkomsten die het gemeenschappelijk vermogen tijdens het leven van de eerstgestorvene heeft geïncasseerd. Daar er in casu geen enkele mensualiteit werd betaald is er dus geen verarming¹⁵.

Men kan zich trouwens afvragen of dit procédé noodzakelijkerwijze als schenking dient te worden gekwalificeerd. Het is immers niet zo duidelijk dat deze regeling animo donandi plaatsvond. Was bv. niet eerder de bekommernis om het veilig stellen van de oude dag de oorzaak van de getroffen regeling? Hoewel de animo donandi niet wordt vermoed¹⁶, schijnt het hof in casu het bestaan van een vrijgevigheidsbedoeling van de man te aanvaarden.

bedrag dat op de dag van het overlijden van de eerststervende nodig zou zijn om de uitbetaling van de rente in kwestie te verzekeren.

¹⁶ Brussel, 27 oktober 1964, *Pas.*, 1965, II, 225; Rb. Antwerpen, 26 juni 1969, *R.W.*, 1969-70, 272; Brussel, 5 januari 1965, *Pas.*, 1966, II, 4; Rb. Brussel, 23 maart 1972, *Rev. Not. B.*, 1976, 28.

Dit wordt wel in de hand gewerkt door het feit dat, hoewel beide echtgenoten ongeveer even oud waren, de slechte gezondheidstoestand van de man reeds bij het sluiten van de verkoop weinig twijfel liet bestaan wie van de terugvalingsclausule zou genieten. Het aleatoire in de verhouding tussen de echtgenoten kan hier wel in twijfel getrokken worden.

De strenge houding van het hof is wellicht ook te wijten aan het feit dat er hier kinderen uit een vorig huwelijk waren en echtgenoten inderdaad (vooral onder het weinig gunstige oude erfrecht t.a.v. de stiefouder, dat hier trouwens nog van toepassing was) in een dergelijk geval de nalatenschap via allerlei procédés trachtten uit te hollen ten nadele van deze kinderen. De vraag blijft nochtans of maatregelen, in de mate dat zij de verzorging van de langstlevende beogen, ook al is meteen bekend wie deze langstlevende zal zijn, en zelfs zo dit ten koste gebeurt van de stiefkinderen, noodzakelijkerwijze dienen te worden verrekend.

Tot hertoe is nog geen woord gezegd over de hervorming van het huwelijksvermogensrecht maar gesteund op rechtspraak en rechtsleer die dateert van vóór 1976.

Tijdens deze hervorming kwam uiteraard het probleem ter sprake van het statuut van sterk persoonsgebonden goederen, vooral zo die met gemeenschapsgelden zijn aangekocht. Onder het oude recht had de strikte en normale toepassing van het huwelijksvermogensrecht tot gevolg dat deze goederen gemeenschappelijk werden terwijl het, gezien hun aard, nochtans verantwoord voorkwam ze eigen te laten.

Een genuanceerdere rechtspraak en rechtsleer¹⁷ had in sommige gevallen dan ook besloten tot het eigen karakter, al dan niet met vergoeding. Twistpunt was vooral de situatie waarbij de echtgenoot deze goederen voor zichzelf had verworven; deze jurisprudentiële uitzonderingen op het principe van de onveranderlijkheid van de huwelijkse voorwaarden gezien het persoonlijk karakter, werden niet door iedereen aanvaard. Zo daarentegen een echtgenoot ten voordele van de andere had bedongen, leek de verklaring van de overgang via de onrechtstreekse schenking wel bevredigend.

Tot de goederen die in dit verband ter sprake kwamen, behoorden ook de lijfrente en de levensverzekering.

Er werd besloten een aantal van deze goederen *bij wet* eigen te verklaren ongeacht het tijdstip van verkrijging en de middelen waarmee ze werden aangekocht. Reeds tijdens de discussie in de subcommissie¹⁸ werd besloten deze goederen in twee verschillende artikelen onder te brengen naargelang de goederen eigen werden verklaard onder voorbehoud van vergoeding indien daartoe aanleiding bestaat (wat art. 1400 werd) of eigen werden zonder vergoeding (wat art. 1401 werd). Daar werd bv. gesteld: «Zo moet het kapitaal van een levensverzekering of een lijfrente als eigen goed beschouwd worden zonder recht op vergoeding. Een dergelijk kapitaal of inkomen is bestemd voor het levens-

onderhoud van de langstlevende echtgenoot. Deze zou er geen profijt van trekken, als hij tot vergoeding verplicht was.»

Onder de goederen die eigen zijn zonder vergoeding, werden in de tekst voorgesteld door de subcommissie opgenomen: «het recht op pensioen, lijfrente of soortgelijke uitkering dat een der echtgenoten alleen bezit» en «de rechten verbonden aan een pensioenverzekering waarvan een der echtgenoten houder of begunstigde is».

T.a.v. de levensverzekeringen maakte de senaatscommissie van Justitie nochtans bezwaren¹⁹. Deze categorie werd overgebracht naar art. 1400 en, geïnspireerd door Renault²⁰, werd daar alleen het «betwiste» geval geregeld, nl. de rechten verbonden aan een personenverzekering door de begunstigde *zelf* gesloten en die hij verkrijgt bij het overlijden van zijn echtgenoot of na de ontbinding van het stelsel.

In de andere gevallen werd de bestaande aanvaarde oplossing bevredigend geacht. Onder het oude recht werd immers aanvaard dat het kapitaal uitbetaald tijdens het huwelijk in de gemeenschap viel. Het eigen karakter van de rechten voortvloeiend uit een levensverzekering ten voordele van de medeëchtgenoot gesloten werd ook hier, zoals reeds gezegd, via de schenking verklaard²¹.

De minder gunstige gevolgen voor de echtgenoot-begunstigde van deze overplaatsing van de levensverzekering in eigen voordeel afgesloten, naar art. 1400 (waar eventueel vergoeding is verschuldigd) en van de bevestiging dat de levensverzekering ten voordele van de medeëchtgenoot een schenking uitmaakt (die aan inbreng en inkorting is onderworpen) werden in grote mate weggewerkt door een aanvulling van art. 43 van de Verzekeringwet van 11 juni 1874. Zo wordt in een tweede (toegevoegd) lid van dit artikel bepaald dat inbreng en inkorting van het bedrag der stortingen niet dient te geschieden zo het gaat om een levensverzekering ten behoeve van de medeëchtgenoot afgesloten tenzij de stortingen kennelijk overdreven zijn gelet op de mogelijkheden van de verzekeringnemer. Volgens het derde lid is ook geen vergoeding verschuldigd bij de in eigen voordeel afgesloten verzekering tenzij opnieuw de premies kennelijk overdreven zijn.

Deze correcties brengen mee dat het afsluiten van een levensverzekering ten voordele van de langstlevende echtgenoot geen aanleiding geeft tot enige verrekening in de mate dat hierdoor een redelijke verzorging wordt nagestreefd, welke echtgenoot ook het initiatief nam tot het aangaan ervan, wat m.a.w. neerkwam op wat de subcommissie had bedoeld.

Dat het recht op pensioen, lijfrente of soortgelijke uitkeringen, dat een der echtgenoten alleen bezit, eigen is zonder vergoeding, werd door de senaatscommissie van Justitie wel aanvaard en deze goederen bleven dus ondergebracht onder art. 1401. Er werd alleen gepreciseerd dat slechts het recht bv. op pensioen een eigen goed is, maar dat het pensioen uitgekeerd krachtens dit recht in het gemeenschappelijk vermogen valt. T.a.v. de lijfrente betekent dit dus dat,

¹⁷ RENAULD, o.c., nrs. 785 e.v.; BAETEMAN, DELVA en CASMAN, «Overzicht van rechtspraak (1961-71), Huwelijksvermogensrecht», T.P.R., 1972, (419-577), nr. 44.

¹⁸ Parl. St., Senaat, B.Z. 1974, nr. 683/2, bijlage 85.

¹⁹ Verslag Hambye, Parl. St., Senaat, B.Z. 1974, nr. 683/2, 32.

²⁰ O.c., nr. 784.

²¹ Zie FACQ, J., o.c.

zolang de gemeenschap duurt, de lijfrente in het gemeenschappelijk vermogen valt.

In tegenstelling tot de levensverzekering werd niet gepreciseerd — en de aangelegenheid schijnt tijdens de parlementaire voorbereiding ook niet ter sprake te zijn gekomen — of dit «alleen bezitten» nu het gevolg moet zijn van een beding door de echtgenoot-begunstigde in eigen voordeel gestipuleerd dan wel door de andere echtgenoot in het voordeel van de medeëchtgenoot. Dat leidt tot de conclusie dat, ongeacht de manier waarop een echtgenoot een recht op een lijfrente verworven heeft, dit recht eigen is op basis van art. 1401, 4°. Een dergelijke interpretatie schijnt in het arrest evenwel niet zo maar aanvaard. Het hof oordeelt immers dat het eigen recht van een der echtgenoten op een lijfrente overeenkomstig art. 1401, 4°, B.W. niet betekent dat dit recht niet zou kunnen verworven zijn door een aan inkorting onderworpen schenking. Het is niet direct duidelijk wat het hof daarmee juist bedoelt. Een eerste mogelijkheid zou kunnen zijn dat het hof, voortbouwend op de traditionele denkwijze inzake de overgang van goederen van gemeenschappelijk naar eigen vermogen, hetzelfde onderscheid maakt dat duidelijk t.a.v. de levensverzekering in de wet is ingeschreven. Art. 1401, 4°, zou dan alleen het eigen karakter verklaren van de in eigen hoofde bedongen lijfrente. Hiervoor pleit dat ook dit het onder de oude wet juridisch meest betwiste geval was en dat het inderdaad ook in lid 2 en 3 van art. 1401 gaat om in eigen voordeel verworven rechten. In het andere geval zou het eigen karakter bevredigend — en daarom nog altijd — verklaard worden door de onrechtstreekse schenking.

Dat het in casu de bedoeling was van de zieke man voor zijn vrouw te bedingen schijnt trouwens volgens het hof buiten kijf te staan zodat hier de schenking en niet art. 1401 het eigen karakter zou verklaren. De analogie met de voor de levensverzekering toepasselijke regeling wordt dan verder getrokken wanneer de schenking toch aan inkorting onderworpen wordt omdat de kapitaalsafstand door de man een kennelijk overdreven premiestorting vormt gelet op zijn mogelijkheden en het verloren kapitaal vergelijkbaar is met een eenmalige premie bij levensverzekering.

Ingeval de lijfrente in eigen voordeel bedongen is, in welk geval onder deze optie art. 1401, 4°, wel toepasselijk zou zijn, zou bij overdreven kapitaalsafstand de analogie met (nu) het 3e lid van art. 43 van de Verzekeringswet nochtans niet opgaan, want dit zou tot vergoeding verplichten terwijl de in art. 1401 opgesomde goederen eigen zijn zonder vergoeding.

Dit zou betekenen dat in de mate dat een echtgenoot een lijfrente in eigen voordeel bedingt, hij zich zonder enige verrekening ten koste van het gemeenschappelijk vermogen zou kunnen verrijken!

Dit kan uiteraard niet de bedoeling van de wetgever geweest zijn.

Wanneer we de goederen bekijken, die in art. 1401 zijn opgesomd, stellen we vast²² dat precies die goederen eigen worden verklaard zonder vergoeding, omdat het gaat enerzijds om goederen die tot stand kwamen zonder dat het

gemeenschappelijk vermogen er iets voor heeft moeten uitgeven (als het literaire, artistieke of industriële eigendomsrecht, of het recht op herstel van persoonlijke lichamelijke of morele schade) en anderzijds om goederen waardoor het gemeenschappelijk vermogen wel werd verarmd maar waarbij deze verarming als normaal kan worden beschouwd omdat het nu eenmaal normaal is dat het gemeenschappelijk vermogen, gezien zijn functie, voor deze uitgave instaat. Dit zijn in het bijzonder de (overeenkomstig de levensstandaard aanvaardbare) klederen en persoonlijke voorwerpen en de pensioenen en de lijfrente in de mate evenwel dat de betalingen ervoor redelijk zijn, d.w.z. binnen de perken van hetgeen nodig is voor een normale verzorging, rekening houdend met de levensstandaard van de echtgenoten. Deze restrictieve interpretatie van art. 1401 t.a.v. de lijfrente impliceert dat het dan inderdaad — zoals de wet zelf doet uitkomen — irrelevant wordt door welke oorzaak en op initiatief van welke echtgenoot de lijfrente tot stand kwam. Zij is ook verzoenbaar met de enigszins enigmatische overweging van het hof in zoverre het hof bedoelt dat ondanks art. 1401, 4°, het bedingen van een lijfrente aanleiding kan geven tot verrekening zo haar *niet* deze verzorgingsfunctie kan worden toegemeten (en het hof schijnt in casu te aanvaarden dat ze deze functie niet heeft). Dit zou dan impliceren dat in dat geval niet alleen inkorting zou kunnen optreden zo de (overdreven) lijfrente door de medeëchtgenoot in het voordeel van de andere werd bedongen, maar ook dat vergoeding nog steeds verschuldigd zal zijn indien de (overdreven) lijfrente door een echtgenoot in eigen voordeel werd bedongen.

Zodoende geldt ook de redelijkheidstest die t.a.v. de levensverzekering door art. 43 van de Verzekeringswet uitdrukkelijk wordt opgelegd bij afstand van een gemeenschappelijk kapitaal tegen een eigen bedongen lijfrente. De test lijkt mij hier trouwens strenger. Terwijl bij de levensverzekering wordt nagegaan of de betaalde premies redelijk zijn gelet op de mogelijkheden van de verzekeringnemer (ongeacht of reeds op een andere wijze voor de langstlevende werd gezorgd), dient bij de lijfrente te worden nagegaan of zij nodig is voor de goede verzorging van de langstlevende.

Zo de echtgenoten reeds op een andere wijze afdoend voor elkaar hebben gezorgd (wat bv. gerealiseerd kan zijn via een schenking van het beschikbaar deel, wat in casu gebeurde) en nu (sindsdien) het nieuwe erfrecht ten voordele van de langstlevende zelf reeds in grote mate deze verzorging tracht te bewerkstelligen, zal de rechter hiervan wellicht niet zo gauw overtuigd zijn. Het Hof van Antwerpen was het alvast niet.

M. Puelinckx-Coene
Hoogleraar U.I.A.

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE BRUSSEL

5e KAMER — 6 DECEMBER 1983

Voorzitter: mevr. De Tandt

Openbaar ministerie: de h. Orbie

Advocaten: mrs. Ronse, Deleu loco Van Hoof en Bandts loco Lion

²² RAUCENT, L., *Les régimes matrimoniaux*, Brussel, 1978, nrs. 344-345.

Faillissement — Gehypothekeerd onroerend goed te gelde gemaakt door de curator — Betwisting betreffende zijn salaris — Bevoegde rechtbank — Voorrecht.

Wanneer de curator een gehypothekeerd onroerend goed van de gefailleerde met machtiging van de rechtbank van koophandel uit de hand heeft verkocht, valt een betwisting betreffende zijn salaris onder de bevoegdheid van die rechtbank.

Het salaris van de curator heeft voorrang op de hypothecaire schuldvordering, daar zijn werkzaamheden voor deze schuldvordering voordelig zijn geweest.

Mr. Ronse q.q. t/ Van W. en N.V. R.

De vordering strekt ertoe: a) notaris Van W. te doen veroordelen tot betaling aan eiser q.q. een honorarium groot 326.000 fr. berekend op de verkoop van het onroerend goed van de gefailleerde; b) de N.V. R. te veroordelen tot betaling van een schadevergoeding van 10.000 fr. om zich verzet te hebben tegen deze betaling.

I. Bevoegdheid

De N.V. R. werpt op dat alleen de beslagrechter bevoegd is omdat de verkoop het gevolg is van een onroerend beslag door haar betekend op 16 december 1982.

De verkoop had niet plaats ingevolge beslag, doch wel ten gevolge van het faillissementsvonnis en de beschikking tot machtiging van verkoop en het vonnis dat de verkoop uit de hand toeliet (drie vonnissen van de rechtbank van koophandel).

De rechtbank van koophandel is derhalve bevoegd op grond van art. 574, 2°, Ger. W. (Verougstraete, *Handboek van de Curator*, nrs. 18 en 691).

II. De feiten

Bij akte van 21 december 1973 kent de N.V. R. aan de echtgenoten D. een krediet toe van 3.300.000 fr., gewaarborgd door een hypothecaire inschrijving op het onroerend goed dat in blote eigendom toebehoort aan mevrouw D. Bij akte van 20 december 1977 werd een bijkomend krediet toegestaan van 400.000 fr.

Op 24 november 1982 wordt mevrouw D. failliet verklaard en mr. R. tot curator aangesteld.

Onmiddellijk krijgt de curator een beschikking die hem toestaat het onroerend goed te gelde te maken.

Hij negocieert met de vruchtgebruikster (de moeder van mevr. D.) en met een gegadigde en bekomt een uitstekende offerte van 3.500.000 fr. (waarvan 3.150.000 fr. voor de blote eigendom) en dit ondanks de catastrofale ineenstorting van de vastgoederenmarkt en ondanks de ouderdom van het gebouw dat miljoenen franken onderhouds- en herstellingswerken zou vergen. Daarenboven bekomt de curator 1.000.000 fr. voor overname van de handelszaak.

De curator onderwerpt deze offertes aan de N.V. R. en ook aan de schuldeiser die bevoorrecht is op de handelszaak.

Eerste reactie van de N.V. R.: akkoord op voorwaarde dat de prijs aangeboden voor de handelszaak als bijkomende hypothecaire bevoorrechtiging voor haar zou worden beschouwd (onroerend door bestemming).

Nadat de curator de N.V. R. had kunnen overtuigen dat

deze stelling juridisch onhoudbaar was, stemde deze laatste bij brief van 7 januari 1983 erin toe deze verkoop te aanvaarden op voorwaarde dat zij de aanvragen van wederinkoop van de verzekeringspolissen op het leven ondertekend in handen kreeg.

Dit geschiedde zonder het minste voorbehoud aangaande het honorarium van de curator en de polissen verzekering op het leven werden overhandigd.

Bij vonnis van 1 februari 1983 machtigt de rechtbank de curator over te gaan tot verkoop uit de hand. De N.V. R. en de Handelsdiscontobank, opgeroepen ter zitting, verschenen niet.

De akten werden ondertekend en de sommen uitbetaald.

Toen verzette zich de N.V. R. tegen het quantum van de honoraria, berekend volgens de wettelijke schaal.

III. Bespreking

A. Vordering tegen de notaris

Deze gedraagt zich naar de wijsheid van de rechtbank.

B. De N.V. R.

Op haar vordering van 3.100.00 fr. zal de N.V. R. een netto-bedrag ontvangen van 2.750.000 fr. en haar rechten ten aanzien van de heer D., die niet failliet verklaard werd, blijven onaangetast.

Voor de verkoop werd enkel en alleen gezorgd door de curator; geen enkele gegadigde werd voorgesteld door de N.V. R.

Het is zeker dat de bevoorrechtiging voor gerechtskosten (daarin zijn de honoraria van de curator begrepen) voorrang hebben op de hypothecaire schuldeisers (*Novelles*, IV, nr. 1887).

Het is evenzo zeker dat de tussenkomst van de curator bepalend was voor het bereikte resultaat: de merkwaardige prijs die bereikt werd en de vlugge en vlotte afwerking.

De hypothecaire schuldeiser aanvaardde de prijs en de honoraria werden pas betwist na het verlijden van de verkoopakte;

Voorkeur dient te worden gegeven aan de naartigste onder de schuldeisers (Brussel, 19 juni 1973, *Pas.*, 1974, II, 18, *Belgische Rechtspraak in handelszaken*, 1981, 235).

De N.V. R. was bij machte op grond van haar onroerend beslag de verkoop te vervolgen op eigen initiatief. Zij gaf er de voorkeur aan alles te laten beredderen door de curator.

Besluit

Het honorarium ten bedrage van 326.000 fr. gevorderd door de curator, dat forfaitair wordt berekend volgens de schaal van de rechtbank van koophandel heeft derhalve voorrang op de hypothecaire schuldvordering aangezien de werkzaamheden van de curator voor deze schuldvordering voordelig zijn geweest (Hof Antwerpen, 1 februari 1983, onuitgegeven).

De door de curator, ten laste van de N.V. R. gevorderde schadevergoeding ten bedrage van 10.000 fr. wegens roekeloos verzet, is ongegrond.

Om die redenen,

De rechtbank,

— bepaalt de honoraria op de som van 326.000 fr.;

— zegt dat de notaris gerechtigd is deze uit te betalen aan de curator.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (1e Kamer), 9 maart 1984

Burgerlijke rechtspleging — Bijzondere rechtsplegingen — Pacht — Oproeping ter minnelijke schikking — Exceptie van niet-toelaatbaarheid — Niet meer na verweer ten gronde.

«Overwegende dat artikel 1345 van het Gerechtelijk Wetboek, dat voorschrijft dat onder meer inzake pacht 'geen enkele rechtsvordering wordt toegelaten, indien de eiser niet tevoren aan de rechter een schriftelijk of mondeling verzoek gedaan heeft om de toekomstige verweerder ter minnelijke schikking op te roepen', enkel de bescherming van privé-belangen beoogt en de openbare orde niet raakt ;

«Dat de partij die er belang bij heeft zich op die bepaling te beroepen de exceptie van niet-toelaatbaarheid uit het niet in acht nemen van het voorschrift niet meer kan opwerpen wanneer zij ten gronde verweer heeft gevoerd ;

«Overwegende dat uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan niet blijkt dat de verweerders voor de eerste rechter de niet-toelaatbaarheid van de vordering hebben aangevoerd ; dat zij derhalve in hoger beroep niet meer ontvankelijk waren om die niet-toelaatbaarheid op te werpen.»

(Voorzitter : de h. Janssens — Raadsheer-rapporteur : de h. Soetaert — Advocaat-generaal : de h. Declercq — Advocaat : mr. Bützler — In de zaak : De B. t/ B.).

NOOT—Zie Cass., 16 oktober 1974, *Arr. Cass.*, 1975, 228 en *R.W.*, 1974-75, 1403, noot ; Cass., 20 juni 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 1253, *R.W.*, 1979-80, 1632, noot en *J.T.*, 1981, 255, noot Rouard P., «Le préliminaire obligatoire de conciliation de l'article 1345 du Code Judiciaire».

Hof van Cassatie (1e Kamer), 15 maart 1984

Cheque — Ononderbroken reeks endossementen — Begrip.

Het bestreden arrest (Hof Brussel, 25 juni 1982) wordt om de volgende redenen vernietigd :

«Overwegende dat uit de artikelen 16, tweede lid, 19 en 35 van de eenvormige wet op de cheque volgt dat het endossement kan bestaan uit de enkele handtekening van de endossant op de rugzijde van de cheque of op het verlengstuk, dat hij die een door endossement overdraagbare cheque onder zich heeft, wordt beschouwd als de rechtmatige houder indien hij van zijn recht doet blijken door een ononderbroken reeks van endossementen, dat de betrokkene die een dergelijke cheque betaalt gehouden is de regelmatigheid van de reeks van endossementen maar niet de handtekening der endossanten te onderzoeken en dat de betrokkene, behoudens bedrog of grove schuld, door de betaling van de cheque wettig bevrijd is ;

«Overwegende dat het arrest vaststelt dat op de door verweerster aan order van de notaris R. uitgegeven cheque die bij eiseres werd aangeboden, drie opeenvolgende vermeldingen voorkwamen, namelijk de vermelding door de notaris 'à encaisser par le crédit de mon compte et vos livres', de doorhaling van die vermelding door de notaris en haar vervanging door 'à payer à la société coopérative F.' en ten slotte de vermelding 'payable à l'ordre de M. Bi.', gevolgd door twee handtekeningen waarvan één onleesbaar ;

«Overwegende dat het arrest op grond van die vaststellingen alleen niet wettig heeft kunnen beslissen dat de reeks van endossementen niet ononderbroken was in de zin van de artikelen 19 en 35, eerste lid, van de genoemde wet en dat eiseres, door de cheque te betalen, een professionele fout heeft begaan die een rechtstreeks verband vertoont met de schade, zodat zij die moest vergoeden.»

Voorzitter-rapporteur : de h. Mahillon — Advocaat-generaal : de h. Velu — Advocaat : mr. Simont — In de zaak : N.V. B. (bank) t/ Coöp. V. F.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 15 maart 1984

Geneeskunde — Tucht — Weigering aan verkiezing deel te nemen — Mensenrechten.

De bestreden beslissing (Franstalige Raad van Beroep van de Orde van Geneesheren, 14 juni 1983) legt de eisers een tuchtstraf op wegens niet-deelneming aan de verkiezing van de leden van de provinciale raad van de Orde. Zij stelt vast dat de eisers aanvoeren dat zij door de weigering aan de verkiezing deel te nemen hun verzet tegen de ethische, deontologische en politieke standpunten van de Orde hebben willen uitdrukken, en oordeelt : «dat de Orde een publiekrechtelijke instelling is die het algemeen belang dient door toezicht te houden op de uitoefening van de geneeskunst ; dat het bestaan van de Orde niet belet onder elkaar beroepsverenigingen op te richten en daar eventueel bij aan te sluiten en dat zij in die verenigingen hun oordeel over, of hun eventueel verzet tegen, bepaalde standpunten van de Orde kunnen laten gelden ; dat zij evenwel, nu art. 2 van het K.B. van 1 april 1969 nog steeds van kracht is, verplicht zijn dat artikel na te leven ; dat hun motieven om niet deel te nemen aan de verkiezing derhalve geen verband houden met de hun ten laste gelegde fout».

In het derde onderdeel van het middel dat de eisers daartegen aanvoeren, beweren de eisers dat de bestreden beslissing de artt. 9 en 10 E.V.R.M. en art. 19 K.B. nr. 79 van 10 november 1967 schendt. Het onderdeel kan niet worden aangenomen :

«Overwegende dat de bestreden beslissing, zoals uit het antwoord op het tweede onderdeel blijkt, oordeelt dat de motieven van de eisers om te weigeren aan de verkiezingen deel te nemen geen verband houden met de ten laste gelegde disciplinaire fout ; dat die overweging, gelet op de context, niet betekent dat de grieven van de eisers tegen de Orde der Geneesheren niet wettig zijn, maar dat het niet wettig is ze te laten gelden door de weigering deel te nemen aan de verkiezing van de Orde ;

«Overwegende dat een schending van de artikelen 9 en 10 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden die respectievelijk het recht op vrijheid van gedachte en het recht op vrijheid van meningsuiting waarborgen, niet kan worden afgeleid uit de

enkele omstandigheid dat de raad van beroep, door de in het middel weergegeven motieven, in hoofdzaak heeft geoordeeld dat de uitoefening door de geneesheer van het recht zijn mening te uiten, welke mening hij vrij kon belijden op een andere wijze dan door de weigering deel te nemen aan de verkiezing van de Orde, was beperkt door de vereisten van de goede werking van die publiekrechtelijke instelling die het algemeen belang dient op het gebied van de bescherming van de volkgezondheid, terwijl, gelet op die finaliteit, de geneesheren ingeschreven op de lijst van de Orde en die niet geschorst zijn, wettig verplicht zijn aan de verkiezing deel te nemen;

«Overwegende dat de bestreden beslissing evenmin artikel 19 van het koninklijk besluit nr. 79 van 10 november 1967 schendt; dat immers de motieven waarop zij is gegrond geen verband houden met de voormelde bepaling uitgesloten motieven en niet kunnen worden beschouwd als een van de inmengingen die, ingevolge die bepaling, aan de raden van de Orde zijn verboden.»

(Voorzitter : de h. Mahillon — Raadsheer-rapporteur : de h. Kreit — Advocaat-generaal : de h. Velu — Advocaten : mrs. Draps en De Bruyn — in de zaak : A. en L. t/ Orde van Geneesheren

MEDEDELINGEN

Piraterij van auteursrechtelijk beschermde werken

Op 5 september 1983 werd door de Nederlandse minister van Justitie in overleg met zijn ambtgenoten W.V.C. en van Economische Zaken een Interdepartementale werkgroep piraterij geïnstalleerd.

Deze werkgroep, die onder voorzitterschap staat van mr. E. Lukacs, kreeg als taak :

- een inventarisatie te maken van de wijze waarop en de mate waarin illegale beeld- en geluidsdragers en andere beschermde produkten worden vermenigvuldigd en gedistribueerd en voorts aan te geven welke schade deze praktijken aan de rechthebbenden en andere belanghebbenden berokkenen;
- te inventariseren op welke wijze de overheid en organisaties van belanghebbenden tegen dit verschijnsel optreden;
- knelpunten aan te geven in het optreden van de overheid en belanghebbende organisaties en voorstellen te doen voor verhoging van de effectiviteit van dit optreden.

De werkgroep heeft onlangs haar interim-rapport piraterij van auteursrechtelijk beschermde werken aan de minister van Justitie aangeboden.

Dit interim-rapport heeft betrekking op de piraterij van auteursrechtelijk beschermde werken, zoals beeld- en geluidsdragers. De werkgroep heeft de wijze waarop en de mate waarin illegale beeld- en geluidsdragers en computer-software worden vervaardigd en verhandeld geïnventariseerd. Zij is onder meer tot de conclusie gekomen dat 1/3 van de videomarkt illegaal is, hetgeen overeenkomt met een distributeursomzet van 55 miljoen gulden.

In haar eindrapport zal de werkgroep de problematiek van de piraterij van werken beschermd door industriële eigendomsrechten behandelen.

De werkgroep is er bij de formulering van haar aanbevelingen van uitgegaan dat de eerste verantwoordelijkheid voor de bestrijding van de piraterij ligt bij de meest direct betrokkenen, zoals de auteursrechthebbenden, de producenten en de branche.

De aanbevelingen zijn derhalve in de eerste plaats gericht op het scheppen van voorwaarden, waaronder de betrokkenen zelf in aanvulling op de door deze te treffen technische en organisatorische maatregelen ter voorkoming van de piraterij, zo efficiënt en effectief mogelijk in rechte tegen piraterij kunnen optreden. In deze

opvatting dient piraterij pas in laatste instantie met behulp van het strafrecht te worden bestreden.

De belangrijkste aanbevelingen worden hieronder weergegeven.

I. *Voorkoming van piraterij en de rol van het bedrijfsleven daarbij*

1. Producenten van auteursrechtelijk beschermde werken dienen te blijven streven naar een zo hoog mogelijke graad van technische beveiliging van hun produkt tegen piraterij. Vooral ten aanzien van voorbespeelde videobanden en computer-software zou hierdoor naar verwachting aan de preventie van piraterij een bijdrage kunnen worden geleverd.
2. Distributeurs van voorbespeelde videobanden en videotheekhouders dienen ernaar te streven de bonafide handelskanalen zo veel mogelijk tegen penetratie van illegale produkten te beschermen door hechtere onderlinge organisatie en bijvoorbeeld door algemene leveringsvoorwaarden, de invoering van een keurmerk, centrale distributie en publiciteitscampagnes gericht op het vergroten van de herkenbaarheid van het legale produkt en de legale videotheek.

II. *Wetgeving burgerlijk recht*

1. In de Auteurswet 1912 dient een computerprogramma als een werk van letterkunde, wetenschap of kunst te worden vermeld.
2. Ten behoeve van de auteursrechthebbenden en de licentienemer dient de mogelijkheid tot afgifte van de winst, verkregen door een inbreuk op het auteursrecht, te worden ingevoerd.
3. De in artikel 28 van de Auteurswet 1912 voorziene mogelijkheid tot beslaglegging dient ook de licentienemer te krijgen. Voornoemd beslag dient tevens te worden uitgebreid tot gelden waarvan aannemelijk is dat zij zijn verkregen door handelingen waardoor inbreuk op het auteursrecht wordt gemaakt alsmede tot de productiemiddelen.
4. In de Auteurswet 1912 dient de mogelijkheid te worden opgenomen voor door de minister van Justitie aan te wijzen representatieve rechtspersonen om een zelfstandige verbodsactie bij de rechter in te stellen.
5. In de Auteurswet 1912 dient de bevoegdheid te worden opgenomen dat de minister van Justitie en de minister van Economische Zaken gezamenlijk op verzoek van de branche bepaalde groepen van handelaren en informatiedragers een administratieve verplichting kunnen opleggen.

III. *Het opsporings- en vervolgingsbeleid ten aanzien van overtredingen van de Auteurswet 1912*

De werkgroep doet een aantal voorstellen over de communicatie tussen de opsporingsdiensten onderling, alsmede tussen deze diensten en het openbaar ministerie. Zo wordt voorgesteld in elk arrondissement een officier van justitie aan te wijzen die binnen zijn arrondissement fungeert als aanspreekpunt voor de opsporingsdiensten en de reguliere politie inzake het opsporingsbeleid ten aanzien van overtredingen van de Auteurswet.

IV. *Wetgeving strafrecht*

1. Thans is in de Auteurswet 1912 strafbaar gesteld het verspreiden van een werk waarbij inbreuk wordt gemaakt op eens anders auteursrecht. Hierop is een geldboete van fl. 25.000,- gesteld. De werkgroep stelt voor deze strafbaarstelling uit te breiden zodat ook degenen die zulke werken vervaardigen, voorhanden hebben, invoeren of uit winstbejag bewaren kunnen worden vervolgd. Bovendien hoeft niet meer te worden aangevoerd dat de overtreder daadwerkelijk wist dat inbreuk wordt gemaakt op eens anders auteursrecht. De werkgroep meent dat voldoende zou moeten zijn dat de overtreder redelijkerwijs kon weten dat het om een dergelijk werk gaat.
2. De werkgroep stelt voor een nieuw artikel in de Auteurswet op te nemen op grond waarvan hij die beroeps- of bedrijfsmatig inbreuk maakt op eens anders auteursrecht, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaar of geldboete van de vijfde categorie (fl. 100.000,-).

BERICHTEN

Vennootschapsdag 1985 te Leuven.

Het Instituut voor Vennootschapsrecht van de K.U. Leuven organiseert traditiegetrouw een studiedag over de nieuwe Vennootschappenwet.

Plaats: Universitaire Campus Gasthuisberg, Herestraat 49, 3000 Leuven.

Datum: 25 januari 1985

Programma

- 9.00 u. Ontvangst van deelnemers. Koffie.
- 9.30 u. Inleiding, door Jan Ronse, gewoon hoogleraar K.U.Leuven, voorzitter Afdeling Economisch Recht.
- 9.45 u. Vorming van het kapitaal (inbreng en storting op aandelen), door Ben Van Bruystegem, advocaat, assistent K.U.Leuven, Juridisch adviseur bij de Bijzondere Commissie voor de herziening van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen bij de Kamer van Volksvertegenwoordigers
- 10.15 u. Kapitaalverhoging, door Hilde Laga, advocaat, assistent K.U.Leuven
- 10.45 u. Pauze
- 11.00 u. Kapitaalvermindering en verkrijging door de vennootschap van haar eigen effecten, door Jean-Marie Nelissen Grade, advocaat bij het Hof van Cassatie, buitengewoon docent K.U.Leuven
- 11.30 u. Handhaving van het kapitaal (inz. alarmprocedure bij aanmerkelijke verliezen en vermindering van het nettoactief beneden het bedrag van het minimumkapitaal), door Jozef Lievens, advocaat, vrij assistent K.U.Leuven
- 12.00 u. Lunch in de Faculty Club
- 14.30 u. Winstuitkering, jaarverslag en controleverslag, door Karel Van Hulle, administrateur bij de Commissie van de EG in het Directoraat Generaal (Harmonisatie van Wetgeving), lector K.U.Leuven
- 15.00 u. Verspreide bepalingen (inz. duur, eenhoofdig geworden vennootschap) en overgangsrecht, door Frans Bouckaert, buitengewoon docent K.U.Leuven, en Luc Weyts, buitengewoon hoogleraar K.U.Leuven, voorzitter Notariaat K.U.Leuven, notaris
- 16.00 u. Koffiepauze
- 16.30 u. Vragenuurtje onder het voorzitterschap van prof. Jan Ronse.

De documentatie kan afgehaald worden bij het begin van de studiedag.

Inschrijving gebeurt door storting van 4.000 BF op rekening nr. 431-0370001-13 van de K.U.Leuven, Oude Markt 13, 3000 Leuven met vermelding van: «Vennootschapsrecht 572000/1/E/01».

In het inschrijvingsgeld is begrepen: documentatiemap, lunch in de Faculty Club, verplaatsing per autobus naar en van de Faculty Club en koffie.

Er is ruime parkeergelegenheid op de plaats van de studiedag.

Bijkomende inlichtingen kunnen verkregen worden bij mevrouw Annie Robijns, die het secretariaat waarneemt, op de Rechtsfaculteit K.U.Leuven, Tiensestraat 41, 3000 Leuven. Telefoon 016/23.09.71 (toestel 170).

ERRATA

Gemeentebelasting — Onrechtmatige daad

Het cassatiearrest dat is afgedrukt in kol. 606 van de lopende jaargang, is van 13 mei 1982.

Huur

In het vonnis van het Vred. Borgerhout, 1 maart 1984, *R.W.*, 1983-84, 2557, staat een storende drukfout. In de laatste regel van het vonnis (kol. 2559) wordt verkeerdelijk art. 1193 vermeld. Dit moet zijn: art. 11, § 3.

TIJDSCHRIFTEN

Recueil général de l'enregistrement et du notariat, 1984

X., noot onder Cass. fr., 22 oktober 1980 (huwelijksvermogens-

recht — stelsel van gemeenschap — beheer van het gemeenschappelijk vermogen — schenking door de ene echtgenoot zonder de toestemming van de andere — nietig); A.C., noot onder Cass. fr., 24 maart 1981 (huwelijksvermogensrecht — verkoop door de man alleen van een onroerend goed dat tot het gemeenschappelijk vermogen behoort — passieve aanwezigheid van de echtgenote van de verkoper tijdens de onderhandelingen — geen schijnmandaat vanwege de echtgenote); A.C., noot onder Cass. fr., 11 januari 1983 (huwelijksvermogensrecht — onroerend goed door de man in onverdeeldheid aangekocht met zijn concubine — beding van toewijzing van het goed aan de langstlevende van de verkrijgers — geldig, zelfs in geval van vooroverlijden van de man); X., noot onder het antwoord van de minister van Financiën op een parlementaire vraag van senator Sontag dd. 12 januari 1984 (verminderd registratierecht bij verkoop van bescheiden woningen en kleine landeigendommen — verkrijger geen Belg — statistische gegevens); X., noot onder Rb. Brussel, 18 november 1983 (registratierechten — terug-gave — gerechtelijk vastgestelde nietigheid van de akte).

Revue trimestrielle de droit civil, 1984

nr. 1, januari-maart

Montanier, J.-C., L'autorisation de justice en droit matrimonial (propositions pour une interprétation nouvelle de l'article 127 du code civil); Lange, D., Le conjoint de l'aliéné; X., Bibliographie des ouvrages sur le droit civil et ouvrages auxiliaires; Jurisprudence française en matière de droit civil: personnes et droits de famille (Nerson, R., en Rubelin-Devichi, J.); obligations en général (Chabas, F.); responsabilité civile (Durry, G.); contrats spéciaux (Remy, Ph); propriété et droits réels (Giverdon, Cl.); successions et libéralités (Patarin, J.); Normand, J., en Perrot, R., Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé; Gode, P., Législation française et communautaire en matière de droit privé (1er octobre - 31 décembre 1983); Baudouin, J.-L., Chronique de droit civil québécois.

De Verzekering, 1983

september-december

De Saint Affrique, B., en Marriott, M.T.W., La responsabilité civile du fait des produits et l'assurance de cette responsabilité (Xe Colloque juridique international, Lisbonne, 1983, du Comité européen des Assurances); Rutsaert, J., De la réparation du dommage (de la valeur du remplacement et de la double évaluation du dommage); L.V.G., noot onder Arbrb. Nijvel, 3 november 1982 (begrip arbeidsongeval — geleidelijke vorming van eeltknobbels ten gevolge van het intensieve en langdurige gebruik van een spade en andere graafwerktuigen — geen arbeidsongeval); L.V.G., noot onder Arbh. Brussel, 10 januari 1983 (begrip arbeidsongeval — hartinfarct ten gevolge van een pathologische evolutie — geen arbeidsongeval); L.V.G., noot onder Arbrb. Gent, 24 januari 1983 (arbeidsongeval met blijvende arbeidsongeschiktheid — weigering van het slachtoffer om zich te onderwerpen aan een ongevaarlijke heilkundige ingreep — verlies van aanspraak op vergoeding); V.H., noot onder Arbh. Antwerpen, 28 maart 1983 (arbeidsongeval — basisloon — loon in natura — gratis maaltijden — voorwaarden om in het basisloon te worden berekend); R.V.G., noot onder Rb. Bergen, 29 maart 1983 (omnium-verzekering auto — beding dat de verzekerde waarde een overeengekomen waarde is, berekend op de met de B.T.W. vermeerderde cataloguswaarde — interpretatie).

Tijdschrift voor notarissen, 1984

nr. 4, april

Van Crombrugge, S., De gemeentelijke verhaalbelastingen inzake de wegen.

nr. 5, mei

De Busschere, C., Het taaldecreet van 30 juni 1982 van de Franse Gemeenschap betreffende het gebruik der talen in het bedrijfsleven; X., Lijst van de diplomatieke en consulaire posten waarvan de titularissen de notariële bevoegdheid bezitten, medegedeeld door het Ministerie van Buitenlandse Zaken.