

HET NIEUWE NEDERLANDSE VERMOGENSRECHT (eerste deel)

1. Stand van zaken

In 1947 is aan een van de grootste rechtsgeleerden die Nederland heeft gehad, prof. mr. E.M. Meijers, de opdracht gegeven een volledig nieuw Burgerlijk Wetboek te vervaardigen. Het zou gaan bestaan uit 9 wetboeken en in zijn geheel worden ingevoerd in 1954. Hoe anders is het gegaan! De stand van zaken is de volgende:

- Boek 1 Personen en familierecht, ingevoerd in 1970;
- Boek 2 Rechtspersonenrecht, ingevoerd in 1976;
- Boek 3 Vermogensrecht in het algemeen, ingevoerd in 1992 met uitzondering van titel 6: Bewind;
- Boek 4 Erfrecht, invoeringsdatum onbekend;
- Boek 5 Zakelijke rechten, ingevoerd in 1992;
- Boek 6 Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht, ingevoerd in 1992;
- Boek 7 Bijzondere overeenkomsten, in 1992 zijn slechts ingevoerd: koop en ruil, lastgeving, bewaarneming en borgtocht;
- Boek 7a Bevat de oude benoemde overeenkomsten;
- Boek 8 Verkeersmiddelen en vervoer; gedeeltelijk ingevoerd in 1990;
- Boek 9 Rechten op voortbrengselen van de geest; zal vermoedelijk nooit het licht zien. (Voor)ontwerpen van wet zijn nimmer verschenen.

Het is uiteraard onmogelijk op alle wijzigingen in te gaan. Aan de bijzondere overeenkomsten wordt voorbijgegaan. De wijzigingen van boek 5 BW zijn grosso modo van ondergeschikte betekenis. Het volle accent komt te liggen op de – nogal ingrijpende – wijzigingen die de boeken 3 en 6 introduceren.

Van het nieuwe vermogensrecht kunnen drie karakteristieken worden genoemd:

- de wetgeving is uitgesproken technisch van karakter. Praktijkjuristen beschouwen het nieuwe (vermogens)recht als een gruwel;
- de gelaagde structuur van de wetgeving: de opbouw van een algemene, gevolgd door de bijzondere regeling. Deze structuur uit zich niet slechts in de indeling in wetboeken, maar ook binnen de boeken, titels en afdelingen met uitzondering van boek 8;
- het veelvuldig hanteren van schakelbepalingen. Schakelbepalingen verklaren regelingen van overeenkomstige toepassing op rechtsbetrekkingen waarvoor zij naar de letter niet zijn geschreven, zie bijvoorbeeld de artikelen;

3:15 BW: de artikelen 11-14¹ vinden buiten het vermogensrecht toepassing, voor zover de aard van de rechtsbetrekking zich niet daartegen verzet;

3:59 BW: buiten het vermogensrecht vinden de bepalingen van deze titel² overeenkomstige toepassing, voor zover

de aard van de rechtshandeling of van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet;

3:79 BW; buiten het vermogensrecht vinden de bepalingen van deze titel³ overeenkomstige toepassing, voor zover de aard van de rechtshandeling of van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet.

De in dit opstel met één asterisk aangeduide titels en/of afdelingen zijn nieuw, de met twee asterisken aangeduide zijn zeer ingrijpend gewijzigd.

BOEK 3 BW: VERMOGENSRECHT IN HET ALGEMEEN

2. Vermogensrecht, indeling en terminologie

2.1. Indeling

- Titel 1 Algemene bepalingen (art. 1-31)*
- Titel 2 Rechtshandelingen (art. 32-59)*
- Titel 3 Volmacht (art. 60-79)*
- Titel 4 Verkrijging en verlies van goederen (art. 80-106)**
- Titel 5 Bezit en houderschap (art. 107-125)**
- Titel 6 Bewind (gereserveerd: art. 126-165)*
- Titel 7 Gemeenschap (art. 166-200)*
- Titel 8 Vruchtgebruik (art. 201-226)
- Titel 9 Rechten van pand en hypotheek (art. 227-275)**
- Titel 10 Verhaalsrecht op goederen (art. 276-295)*
- Titel 11 Rechtsvorderingen (art. 296-326)*

2.2. Terminologie, opvallendste wijzigingen

Drie wijzigingen vallen op:

a) het onderscheid dat het oude recht kende tussen roerend en onroerend goed is vervangen door het onderscheid registergoed/niet-registergoed. Een registergoed is een goed voor welker overdracht of vestiging inschrijving in een daartoe bestemd *openbaar*⁴ register noodzakelijk is, art. 3:10 B.W.;

b) de verdeling van wat onder het oude recht het zakenrecht (boek 3 BW oud) werd genoemd over twee verschillende wetboeken, de boeken 3 en 5. Boek 5 bevat uitsluitend absolute rechten die zich slechts laten denken op een zaak, door art. 3:2 BW gedefinieerd als een voor menselijke beheersing vatbaar stoffelijk object, bijv. erfpacht, erfdienstbaarheid, opstal, appartementsrecht, maar ook eigendom. Dit laatste omdat de wetgever eigendom heeft gereserveerd voor het meest volledige recht dat men op een *zaak* heeft. Boek 3 is gereserveerd voor de absolute rechten die zowel op een zaak als op een ander goed dan een zaak kunnen worden gevestigd, bijv. zekerheidsrechten, vruchtgebruik, ge-

¹ Deze bepalingen betreffen de goede trouw, redelijkheid en billijkheid en misbruik van bevoegdheid.

² Sc. Titel 2: Rechtshandelingen.

³ Titel 3: Volmacht.

⁴ Een aandeel in een kapitaalvennootschap is geen registergoed, omdat het aandelenregister geen openbaar register is.

meenschap etc. Voor zover ze op een zaak zijn gevestigd, zijn ze zakelijke rechten en anders goederenrechtelijke rechten. De adjectieven roerend en onroerend kunnen slechts verbonden worden met een zaak, art. 3:3 B.W.;

c) een andere terminologie. Dit komt doordat de wetgever het begrip goed en zaak van plaats heeft doen wisselen⁵. Bepaalde het oude recht, art. 555 BW, dat zaken goederen en rechten zijn, art. 3:1 BW promoveert goed tot alomvattend begrip: goederen zijn zaken en rechten. Daarom wordt in het nieuw BW gesproken van goederenrechtelijke in plaats van zakelijke overeenkomst en goederenrechtelijke in plaats van zakelijke werking.

Andere belangwekkende wijzigingen met betrekking tot boek 3 zijn:

- een aparte titel voor de rechtshandeling (titel 2); het oude wetboek kende geen algemene regeling van de rechtshandeling. Bij de overeenkomst en bij het testament bevatte de wet slechts lapidaire voorschriften;
- een uitgewerkte regeling van de volmacht (titel 3). Deze ontbrak in het oude recht. Men behielp zich met analoge toepassing van regels inzake lastgeving;
- een uitgewerkte regeling voor de gemeenschap, goederen die aan twee of meer personen gezamenlijk toebehoren (titel 7). Het oude recht kende slechts enkele voorschriften bij de ervengemeenschap;
- de mogelijkheid pandrecht te vestigen op een zaak c.q. een vordering zonder dat de zaak uit de macht raakt van de pandgever resp. zonder dat mededeling van de verpanding wordt gedaan aan de schuldenaar (titel 9);
- een uitgewerkte regeling voor het retentierecht (titel 10, afdeling 4);
- het schrappen van nagenoeg alle preferenties;
- nieuw is ook titel 11 die een reeks bepalingen geeft voor de rechtsvorderingen.

Vanzelfsprekend kan slechts een selectie worden geboden van de belangrijkste wijzigingen

3. Titel 2: Rechtshandelingen (art. 3:32-58 BW)

Gehandhaafd is het stelsel van de dubbele grondslag van gebondenheid aan een rechtshandeling: wil en gerechtvaardigd vertrouwen dat is geweld, art. 3:33 en 35 B.W.

Een (een- of meerzijdige) rechtshandeling van een onbekwame is vernietigbaar, tenzij het een eenzijdig ongerichte rechtshandeling is. Deze is nietig, omdat die om zijn werking te hebben de desbetreffende perso(o)n(en) niet hoeft te hebben bereikt, art. 3:32 BW. Voorbeelden: uiterste wilsbeschikking, verwerping nalatenschap, afstand huwelijksgemeenschap.

Nieuw is dat vernietiging thans ook door een buitengerechtelijke verklaring kan worden gedaan, art. 3:49 BW. Betreft het echter een rechtshandeling met betrekking tot een registergoed die heeft geteld tot een inschrijving in de openbare registers of tot een tot levering van een registergoed bestemde akte, dan kan slechts buitengerechtelijk worden vernietigd indien alle partijen in de vernietiging berusten.

Art. 3:50, lid 2 BW. Art. 3:56 geeft aan wie tot partij moet worden gerekend.

De pauliana kent een zeer uitvoerige regeling, art. 3:45-48 BW. De ruime pauliana⁶ is niet erkend. Slechts wanneer er sprake is van benadeling van *verhaals* mogelijkheden kan sprake zijn van een paulianeuze handeling. Art. 3:46 en 47 BW geven voor een reeks van situaties een vermoeden van wetenschap van benadeling.

Nieuw is de conversie van nietige rechtshandelingen, art. 3:42 BW: beantwoordt de strekking van een nietige rechtshandeling in zodanige mate aan die van een andere, als geldig aan te merken rechtshandeling, dat aangenomen moet worden dat die andere rechtshandeling zou zijn verricht, indien van eerstgenoemde rechtshandeling wegens haar ongeldigheid was afgezien, dan komt haar de *werking* van die andere rechtshandeling toe, tenzij dit onredelijk zou zijn jegens een belanghebbende die niet tot de rechtshandeling heeft meegewerkt. De wetgever heeft hierbij met name op het oog gehad degene jegens wie een eenzijdige rechtshandeling wordt gericht (opzegging, ontslag). Het spiegelbeeld van de conversie is de convalescentie, geregeld in art. 3:58 BW: wanneer eerst na het verrichten van een rechtshandeling een voor haar geldigheid gesteld wettelijk vereiste wordt vervuld, maar alle belanghebbenden die zich op dit gebrek kunnen beroepen, in de tussen de handeling en de vervulling van het vereiste liggende tijdsruimte de handeling als geldig hebben aangemerkt, is daarmee de rechtshandeling bekrachtigd. Uitzondering: handelingsonbekwaamheid. Misbruik van omstandigheden is in het nieuwe recht – art. 3:44 lid 3 BW – een wilsgebrek, in het oude een nietigheid wegens ongeoorloofde oorzaak.

Onder het oude recht werden de wilsgebreken geregeld bij de overeenkomst. Dit gebeurt in het nieuwe recht nog uitsluitend met betrekking tot de dwaling, art. 6:228-230 BW. Bedreiging, bedrog en misbruik van omstandigheden worden geregeld in art. 3:44 BW.

De termijn voor vernietiging is in het algemeen drie jaren, art. 3:52 BW.

4. Titel 3: Volmacht (art. 3:60-79 BW)

Volmacht is de bevoegdheid die een volmachtgever verleent aan een ander, de gevolmachtigde om in zijn naam rechtshandelingen te verrichten, art. 3:60 B.W. De wetgever heeft geen stem gegeven aan de gedachte de figuur van de verborgen vertegenwoordiging in ons recht te erkennen.

Is een rechtshandeling verricht in naam van een ander, dan kan de wederpartij⁷, indien zij op grond van een verklaring of gedraging van die ander heeft aangenomen en onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht aannemen dat een toereikende volmacht was verleend, op de onjuistheid van deze veronderstelling geen beroep worden gedaan, art. 3:61 lid 2 BW (schijnvolmacht).

Een andere beschermingsbepaling regelt het spiegelbeeld: er heeft re vera een volmacht bestaan, maar een bepaalde oorzaak heeft haar doen eindigen, art. 3:76 BW. Een

⁵ Fameus is de sneer van Pitlo die opmerkte dat je spreekt van zakenman en goederentrein, hiermee tot uitdrukking brengend de wisseling van plaats van het begrip goed en zaak onzinnig te vinden.

⁶ Benadeling van schuldeisers anders dan door verkorting van verhaalsmogelijkheden, bij voorbeeld doordat niet wordt geleverd.

⁷ Vaste aanduiding voor de derde, dat wil zeggen degene met wie de gevolmachtigde handelt.

oorzaak die de volmacht heeft doen eindigen, kan tegenover een wederpartij die noch van het einde van de volmacht, noch van die oorzaak kennis droeg niet worden tegengeworpen — volgens 4 uitzonderingen.

Art. 3:67 BW regelt het aangaan van een overeenkomst voor nader te noemen meester. Wordt de identiteit van de wederpartij niet onthuld, dan geldt de gevolmachtigde als zodanig.

Een variant hiervan vormt art. 3:68 BW, de *Selbsteintritt*. Deze is toelaatbaar wanneer de inhoud van de te verrichten rechtshandeling zo nauwkeurig vaststaat, dat een conflict van belangen tussen die van de volmachtgever en de gevolmachtigde/wederpartij uitgesloten is.

De gevolmachtigde staat jegens de wederpartij in voor bestaan en omvang van zijn volmacht, art. 3:70 BW. De aansprakelijkheid van de pseudo-gevolmachtigde berust op een stilzwijgend door hem aangegane verbintenis. De benadeelde wederpartij heeft recht op vergoeding van het *positief* belang! Zij dient te worden gebracht in de positie waarin zij zou hebben verkeerd wanneer een toereikende volmacht was verleend.

De wederpartij kan te allen tijde onzekerheid voor zichzelf voorkomen. Zij is bevoegd een verklaring van een gevolmachtigde als *ongeldig* van de hand te wijzen, indien de gevolmachtigde, terstond daarnaar gevraagd, niet het geschrift waaruit de volmacht blijkt of bevestiging van de volmacht door de volmachtgever kan produceren, art. 3:71 BW.

Een volmacht kan ook onherroepelijk worden verleend, namelijk voor zover een volmacht strekt tot het verrichten van een rechtshandeling in het belang van de gevolmachtigde of van een derde, art. 3:74, lid 1 BW. Zo'n volmacht vervalt dan niet door dood of ondercuratelestelling van de volmachtgever. Wel vervalt zij in geval van diens faillissement. Een uitwerking van de consequenties geeft art. 3:77 BW; wordt ondanks de dood van de volmachtgever krachtens de volmacht een geldige rechtshandeling verricht, dan worden de erfgenamen van de volmachtgever en de wederpartij gebonden alsof de handeling bij het leven van de volmachtgever was verricht.

Art. 3:78 BW verklaart een aantal bepalingen van overeenkomstige toepassing op andere vertegenwoordigingsverhoudingen. De vertegenwoordigde is aansprakelijk voor een onrechtmatige daad, gepleegd door de vertegenwoordiger, art. 6:172 BW.

5. Titel 4: Verkrijging en verlies van goederen (art. 3:80-106 BW)

5.1. Algemeen

Boek 3 titel 4 handelt over de verkrijging en het verlies van goederen. Deze titel kent drie afdelingen. De eerste bevat algemene bepalingen, die alle uiting zijn van het gesloten systeem. Rechten kunnen slechts worden verkregen en verloren op de door de wet erkende wijzen.

De belangrijkste afdeling is de tweede: overdracht van goederen en afstand van beperkte rechten. Afdeling 3 gaat over de verkrijgende verjaring.

Wat betreft de verjaring zijn er, vergeleken met het oude recht, twee opvallende wijzigingen:

1) verjaring is nu ook mogelijk ten aanzien van roerende zaken niet registergoederen (art. 3:99 BW);

2) ook een bezit dat *niet* te goeder trouw is, kan leiden tot verkrijgende verjaring, namelijk wanneer de rechtsvoering (van de rechthebbende van het goed) strekkende tot beëindiging van het bezit is verjaard (art. 3:105 BW). Door deze bepaling wordt het juridisch vacuüm dat onder het oude recht bestond, voorkomen.

De belangrijkste wijzigingen zijn te vinden in de tweede afdeling. Art. 84, lid 1 luidt als volgt:

«Voor overdracht van een goed wordt vereist een levering krachtens geldige titel, verricht door hem die bevoegd is over het goed te beschikken.»

Twee preliminaire opmerkingen: overdracht is een *rechtsgevolg* en duidt op de bewerkstelligde rechtsovergang. Belangrijk is voorts de schakelbepaling van art. 3:98 BW: al hetgeen in de tweede afdeling is bepaald omtrent overdracht, vindt overeenkomstige toepassing op de vestiging, de overdracht en de afstand van een beperkt recht. Consequentie: de afstand van een beperkt recht kan onder het nieuw BW niet langer eenzijdig geschieden.

Het nieuw BW stelt aan een geldige overdracht dezelfde eisen als het oude recht. Toch zijn de verschillen zeer ingrijpend. Dit komt doordat de wetgever, zonder overigens deze bedoeling expliciet uit te spreken, zich kennelijk tot taak heeft gesteld een overdracht zoveel mogelijk geldig te laten zijn. Via verschillende mechanismen heeft de wetgever getracht dit doel te verwezenlijken. Ik noem:

- een groot aantal uitzonderingen op de eis van beschikingsbevoegdheid door een enorme uitbreiding van het aantal derdenbeschermende bepalingen; zie 5.2.

- een drastische reductie van het aantal gevallen waarin er sprake is van een titelgebrek terwijl, voorts, een gebrek in de titel niet per definitie fataal is voor de overdracht; zie 5.3.

- goederenrechtelijke werking van *rechtswege* is nagevoegd volledig afgeschaft. Enige uitzondering: het recht van reclame. Wenst men goederenrechtelijke werking dan zal men deze zelf moeten genereren; zie 5.4.

- de vangnetfunctie van art. 3:58 BW: de convalescentie.

5.2. Bescherming tegen beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder

De wetgever heeft bewust gekozen voor het systeem dat de *rechtsopvolger* van een beschermde derde deelt in diens bescherming, ook indien deze ten tijde van zijn verkrijging kennis heeft van het feit dat zijn rechtsvoorganger niet kon worden tegengeworpen. Zou men deze regel niet aanvaarden, dan zou de oorspronkelijk gerechtigde het in zijn macht hebben de door de wet verleende bescherming in belangrijke mate illusoir te maken door bekendmaking van het desbetreffende feit op een wijze die aan derden kan worden tegengeworpen.

5.2.1. Verkrijging van een roerende zaak niet-registergoed van een beschikkingsonbevoegde (art. 3:86 BW)

En cas de meubles possession vaut titre. Op dit stuk is het oude recht (art. 2014 BW) nauwelijks gewijzigd. De materie is thans geregeld in art. 3:86 BW. Twee wijzigingen kunnen

worden gesignaleerd: evenals onder het oude recht bestaat de uitzondering dat wie een van diefstal⁸ afkomstige zaak van een beschikkingsonbevoegde verwerft, gedurende drie jaar te rekenen vanaf de diefstal, ondanks goede trouw, geen rechthebbende wordt. Uitzondering op deze uitzondering – hetgeen betekent terugkeer naar de hoofdregel dat de verkrijger te goeder trouw wel rechthebbende wordt – is – grof samengevat – het geval dat de van diefstal afkomstige zaak door een *consument* is verkregen van een *winkelier* of met deze op een lijn te stellen vervreemder, bijv. een garagist. Koop op de veiling, op de markt, op straat (kermis, braderie) of aan de deur zijn in de ogen van de wetgever suspect. De wettelijke formulering is nogal omslachtig. Art. 86, lid 3 BW luidt;

«Niettemin kan de eigenaar van een roerende zaak⁹ die het bezit daarvan door diefstal heeft verloren, deze gedurende drie jaren¹⁰, te rekenen van de dag van de diefstal af, als zijn eigendom opeisen, tenzij:

a. de zaak door een natuurlijke persoon die niet in de uitoefening van een beroep of bedrijf handelde, is verkregen van een vervreemder die van het verhandelen aan het publiek van soortgelijke zaken anders dan als veilinghouder zijn bedrijf maakt in een daartoe bestemde bedrijfsruimte, zijnde een gebouwde onroerende zaak of gedeelte daarvan met de bij het een en ander behorende grond, en in de normale uitoefening van dat bedrijf handelde; of

b. het geld dan wel toonder- of orderpapier betreft.»

Een tweede verschil is dat de eis van de goede trouw door art. 3:87 BW wordt verscherpt¹¹: een verkrijger die binnen drie jaren na zijn verkrijging gevraagd wordt wie het goed aan hem vervreemde, dient onverwijld de gegevens te verschaffen, die nodig zijn om deze terug te vinden of die hij ten tijde van zijn verkrijging daartoe voldoende mocht achten. Indien hij niet aan deze verplichting voldoet, kan hij de bescherming die art. 86 aan een verkrijger biedt, niet inroepen. Deze verscherpte eis geldt niet voor geld.

5.2.2. Verrijking van een beschikkingsonbevoegde van een goed dat niet valt onder art. 3:86 BW (art. 3:88 BW)

Afgezien van het geval van de contre-lettre (art. 1910 BW oud, later hernummerd tot 1376a BW) bevatte het oude wetboek geen bepalingen die met name in geval van onbevoegde verkrijging van onroerend goed en van vorderingen op naam bescherming boden. Het nieuw BW breidt de werking van het oude art. 2014 BW uit tot alle goederen. De materie is geregeld in art. 3:88 BW. Het grootste deel van de gevallen van beschikkingsonbevoegdheid, gevallen die in de praktijk juist schering en inslag zijn, vallen echter buiten het bereik van deze bepaling. Art. 3:88 BW beschermt slechts tegen een bepaald *type* onbevoegdheid, namelijk de onbevoegdheid die wordt veroorzaakt hetzij door een gebrek in de titel hetzij in de leveringshandeling van een *vroegere* overdracht. Art. 3:88 BW luidt als volgt:

«Ondanks onbevoegdheid van de vervreemder is een overdracht van een registergoed, van een recht op naam, of van een ander goed waarop artikel 86 niet van toepassing is¹², geldig, indien de verkrijger te goeder trouw is en de onbevoegdheid voortvloeit uit de ongeldigheid van een vroegere overdracht, die niet het gevolg was van de onbevoegdheid van de toenmalige vervreemder.»

Speelt art. 3:86 BW reeds in de tweede hand – bijv. verkrijging van een rechthebbende die failliet is –, art. 3:88 BW komt pas aan de orde bij een verkrijging door minimaal de derde hand. Voorwaarde voor toepasselijkheid is immers een ongeldige *vroegere* overdracht, terwijl de bepaling slechts beschermt tegen een bepaald type onbevoegdheid namelijk die onbevoegdheid die te herleiden valt tot hetzij een gebrek in de titel, hetzij een gebrek in de leveringshandeling van een vroegere overdracht. Alle «normale» gevallen van onbevoegdheid vallen buiten het beschermingsbereik van de bepaling, bij voorbeeld onbevoegdheid als gevolg van: faillissement, surséance, bewind, beslag, ontbindende voorwaarde (art. 3:84, lid 4 BW)¹³, een door de rechthebbende reeds gevestigd beperkt recht.

De ratio van deze beperkte bescherming is dat de wetgever bescherming van de verkrijger ten koste van de oorspronkelijke rechthebbende slechts gerechtvaardigd acht, indien de rechthebbende zelf door een ongeldige overdracht de schijn van beschikkingsonbevoegdheid in het leven heeft geroepen.

5.2.3. Bijzondere bepalingen die beschermen tegen beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder van een registergoed (art. 3:24, 25 en 26 BW)

Met name ten aanzien van registergoederen valt een uitbreiding waar te nemen. De materie is geregeld in de tweede afdeling van de eerste titel van boek 3 BW. Deze afdeling heet: Inschrijvingen betreffende registergoederen (art. 3:16 e.v. BW).

In openbare registers kunnen feiten worden ingeschreven die van belang zijn voor de *rechtstoestand* van een registergoed. Art. 3:17 BW geeft een opsomming van feiten die voor inschrijving vatbaar zijn. Welke feiten voor inschrijving vatbaar zijn blijkt helder uit lid 2: huur- en pachtovereenkomsten en andere feiten die alleen persoonlijke rechten geven of opheffen, kunnen slechts worden ingeschreven, indien een bijzondere wetsbepaling dit toestaat¹⁴. Met rechtstoestand wordt bedoeld *goederenrechtelijke* rechtstoestand. Voorbeelden van feiten die blijken art. 3:17, lid 1 BW voor inschrijving vatbaar zijn, zijn:

- rechtshandelingen die een verandering in de rechtstoestand van een registergoed brengen;
- erfopvolging die registergoederen betreft;

¹² Art. 3:86 B is van toepassing op het geval dat de verkrijger het bezit van het desbetreffende goed heeft verworven. Buiten het beschermingsbereik van art. 3:86 BW, maar – mitsdien – binnen het bereik van art. 3:88 BW is het geval dat de verkrijger een roerende zaak niet-registergoed verkrijgt van een onbevoegde *zonder* het bezit van het goed te verwerven. Men denke aan een overdracht door een onbevoegde van een gestolen of verloren zaak.

¹³ Zie hierover nr. 5.4.

¹⁴ Zeer belangrijk geval: art. 6:252 BW (kwalitatieve verplichting), zie hierover nr. 17.3.

⁸ Het nieuwe recht breekt met de regel van het oude recht dat verlies van de zaak op een lijn wordt gesteld met diefstal.

⁹ Niet zijnde een registergoed, zo blijkt uit lid 1.

¹⁰ Deze termijn is een vervalttermijn.

¹¹ De algemene goede-trouw-bepaling is art. 3:11 BW.

- vervulling van een voorwaarde, gesteld in een ingeschreven voorwaardelijke rechtshandeling en de verschijning van een onzeker tijdstip, aangeduid in de aan een ingeschreven rechtshandeling verbonden tijdsbepaling;

- beslagen;
- verjaring die leidt tot een verkrijging van een registergoed of tenietgaan van een beperkt recht op een registergoed;

- bepaald rechterlijke uitspraken die de rechtstoestand van een registergoed of de bevoegdheid daarover te beschikken betreffen.

Het register strekt slechts tot bescherming van *verkrijgers* van een registergoed. Schuldeisers die aan het register het vertrouwen ontleen dat hun schuldenaar rechthebbende is van een registergoed vallen buiten het beschermingsbereik van deze afdeling. Deze beperking volgt helder uit de art. 3:24 t/m 26 BW die alle aanvangen met: «Indien op het tijdstip waarop een rechtshandeling tot *verkrijging* van een recht op ¹⁵ een registergoed onder bijzondere titel in de registers wordt ingeschreven,...» Schuldeisers vinden hun bescherming in de Pauliana en de onrechtmatige daad.

Afdeling 2 kent drie bijzondere bepalingen die verkrijgers van registergoederen beschermen:

a) Bescherming tegen *onvolledigheid* van de registers, art. 3:24 BW:

«1. Indien op het tijdstip waarop een rechtshandeling ter verkrijging van een recht op een registergoed onder bijzondere titel ¹⁶ in de registers wordt ingeschreven, een eveneens voor inschrijving in de registers vatbaar feit met betrekking tot dat registergoed niet was ingeschreven, kan dit feit aan de verkrijger niet worden tegengeworpen, tenzij hij het kende.»

Uitgezonderd van de werking van deze bepaling zijn:

- feiten die naar hun aard vatbaar zijn voor inschrijving in de registers van de burgerlijke stand, huwelijksgoederen- of boedelregister;

- feiten die zijn ingeschreven in curatele-, faillissements- of surseanceregister;

- verjaring ¹⁷;

- enige feiten van erfrechtelijke aard.

b) Bescherming tegen *onjuistheid* van de registers, art. 3:25 en 26 BW. Verschil: de verkrijger die zich op art. 3:25 BW kan beroepen wordt jegens *een ieder* beschermd, wie zich op art. 3:26 BW kan beroepen wordt slechts beschermd tegen hem die redelijkerwijs voor correctie van de registers had kunnen zorg dragen. Art. 3:25 BW:

«Indien op het tijdstip waarop een rechtshandeling ter verkrijging van een recht op een registergoed onder bijzondere titel wordt ingeschreven, een feit met betrekking tot dat registergoed in de registers was ingeschreven, krachtens een authentieke akte waarin het feit door een ambtenaar met kracht van authenticiteit werd vastgesteld, kan de onjuist-

heid van dit feit aan de verkrijger niet worden tegengeworpen, tenzij hij deze onjuistheid kende of door raadpleging van de registers de mogelijkheid daarvan had kunnen kennen.»

Voorbeeld: de notaris verklaart in de akte in strijd met de waarheid dat partijen hem bekend zijn of dat de akte op een bepaald tijdstip is verleden, terwijl dit in werkelijkheid op een ander tijdstip is geschied.

c) Art. 3:26 BW:

«Indien op het tijdstip waarop een rechtshandeling ter verkrijging van een recht op een registergoed onder bijzondere titel wordt ingeschreven, met betrekking tot dat registergoed een onjuist feit in de registers was ingeschreven, kan de onjuistheid van dit feit door hem die redelijkerwijs voor overeenstemming van de registers met de werkelijkheid had kunnen zorg dragen, aan de verkrijger niet worden tegengeworpen, tenzij deze de onjuistheid kende of door raadpleging van de registers de mogelijkheid daarvan had kunnen kennen.»

Voorbeelden:

- de inschrijving van de vervulling van een in werkelijkheid niet vervulde voorwaarde;

- partijen bij de overdracht van een onroerende zaak hebben beiden een onjuiste voorstelling ten aanzien van de grenzen van deze zaak en omschrijven deze zaak in de akte zodanig dat daarin mede een aan een ander toebehorend stuk grond is begrepen;

- een ingeschreven gesimuleerde rechtshandeling.

5.2.4. Bescherming krachtens het algemene art. 3:36 BW

Art. 3:36 BW luidt:

«Tegen hem die als derde op grond van een verklaring of gedraging, overeenkomstig de zin die hij daaraan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht toekennen, het ontstaan, bestaan of tenietgaan van een bepaalde rechtsbetrekking heeft aangenomen en in redelijk vertrouwen op de juistheid van die veronderstelling heeft gehandeld kan door degene om wiens verklaring of gedraging het gaat, met betrekking tot deze handeling op de onjuistheid van die veronderstelling geen beroep worden gedaan.»

Rechtsbetrekking kan zijn een obligatoire, bij voorbeeld C beweert tegen D een vordering te hebben op S. De rechtsbetrekking kan ook een goederenrechtelijke zijn, bij voorbeeld C beweert ten onrechte tegenover B dat een op het goed drukkend *beperkt* recht is tenietgegaan. Verrijking van eigendom van een onbevoegde kan nimmer onder deze bepaling vallen, omdat dan geen sprake is van de daarin bedoelde *rechtsbetrekking*.

Art. 3:36 BW kan soms uitkomst brengen waar andere bepalingen geen soelaas bieden doordat aan een of meer voorwaarden niet is voldaan. Zo biedt art. 3:88 BW geen bescherming tegen onbevoegdheid als gevolg van de vestiging van een beperkt recht, art. 3:36 BW kan dan soms wel uitkomst bieden.

5.3. Nova ten aanzien van de titel van de overdracht (art. 3:84 lid 3 en 6:271 BW)

Art. 3:84 lid 3 BW doet twee titels in de ban: een rechtshandeling die ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid of die de strekking mist het goed na overdracht

¹⁵ Vaste formulering voor een op een goed drukkend recht. Persoonlijke rechten vallen hier dus buiten.

¹⁶ Zo'n rechtshandeling kan ook zijn een cessie van een door hypotheek gedekte vordering, waardoor immers een recht van hypotheek wordt verworven!

¹⁷ Zonder deze uitzondering zou een – niet ingeschreven – verjaring niet kunnen worden tegengeworpen aan de verkrijger te goeder trouw, waardoor in feite een verkrijging door verjaring onmogelijk zou worden.

in het vermogen van de verkrijger te doen vallen is geen geldige titel van overdracht van dat goed.

De eerste uitzondering is logisch. Het beoogt de onder het oude recht ontwikkelde figuur van de fiduciaire overdracht in de ban te doen. Deze figuur dankte zijn ontstaan aan het feit dat de wettelijke bepalingen inzake het pandrecht verlangden dat de macht van de pandgever werd gebroken. Dit gebeurde doordat een fysieke zaak uit zijn macht werd gebracht, terwijl pandrecht op een vordering mededeling verlangde aan de schuldenaar. Nu in het nieuw BW deze beperkingen niet langer worden gesteld aan het pandrecht is het logisch dat de fiduciaire overdracht in de ban wordt gedaan.

Een uitzondering op deze regel vormt het eigendomsvoorbehoud, zie nr. 5.5.3.

In de gevarezone komt men mijns inziens wanneer een overdracht plaatsvindt onder de ontbindende voorwaarde van niet betaling van alle schulden die de verkrijger heeft jegens de vervreemder. Zo'n overdracht geeft het goed te veel het karakter van een zekerheidsrecht.

Lastiger is de tweede uitzondering van art. 3:84 lid 3 BW. Van welke rechtshandeling kan worden gesteld dat zij de strekking mist het goed na overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen? Een aantal gevallen kan worden genoemd: de cessie ter incasso, de overdracht ten titel van beheer — het verplichte wettelijke alternatief is het bewind¹⁸ van boek 3 titel 6 —. Een wettelijk geval levert art. 3:85 BW op: een tijdelijke overdracht wordt van rechtswege omgezet in een recht van vruchtgebruik voor dezelfde duur.

Algemeen werd aangenomen dat de sale en lease back zou sneuvelen onder het verbod van lid 3. De wetgever weersprak echter deze conclusie. Hetzelfde geschiedde met de stichtingsconstructie bij de openbare personenvennootschap. Naar Nederlands recht is de openbare personenvennootschap geen rechtspersoon. Het vennootschapsvermogen behoort aan de vennoten gezamenlijk toe. Dit heeft tot gevolg dat toe- en uitreding van vennoten steeds tot goederenrechtelijke rechtshandelingen dwingt. Om dit te voorkomen wordt het vermogen van de vennootschap bij een stichting geparkeerd en worden bij overeenkomst de gebruiksrechten en de verplichtingen van de vennoten jegens de stichting geregeld. Ook deze constructie werd gesauveerd door het machtswoord van de wetgever.

Een belangrijke categorie titelgebreken onder het oude recht vormde art. 1302 BW (oud): wanprestatie gold als ontbindende voorwaarde, terwijl het in vervulling gaan van een ontbindende voorwaarde terugwerkte tot aan het aangaan van de rechtshandeling. Wanprestatie had dus ongeldigheid van een overdracht tot gevolg, reden waarom de praktijk met name bij transacties met betrekking tot onroerend goed art. 1302 BW uitschakelde. De wetgever heeft zich aan deze praktijk geconformeerd: ontbinding van een wederkerige

¹⁸ Deze titel is buiten de invoering gelaten, omdat hij door zijn ingewikkeldheid nagenoeg onhanteerbaar is — zie hierover mijn beschouwingen in *W.P.N.R.* 5699 en 5700. Dit komt doordat de wetgever heeft getracht de vele, onderling sterk verschillende vormen van bewind in één algemene regeling te vatten. De ironie wil dat in 1990 in boek 1 BW een nieuwe titel is opgenomen — titel 19: Onderbewindstelling ter bescherming van meerderjarigen — waarin sterk wordt geanticipeerd op de regeling van het bewind in boek 3 van het nieuw BW.

overeenkomst heeft niet langer goederenrechtelijke werking, art. 6:269, j° 271 BW: een ontbinding bevrijdt partijen van de daardoor getroffen verbintenissen. Voor zover ze reeds zijn nagekomen, blijft de rechtsgrond voor deze nakoming in stand, maar ontstaat voor partijen een verbintenis tot ongedaanmaking van de reeds door hen ontvangen prestaties. Met name voor verkopers is dit een achteruitgang van hun rechtspositie. De koper aan wie de eigendom is overgedragen blijft eigenaar, ondanks de ontbinding. Er ontstaat voor hem een verbintenis uit de wet tot retro-overdracht. Kan de koper deze verbintenis niet nakomen doordat hij het goed heeft overgedragen aan een derde of doordat hij failliet is, dan schiet hij te kort in de nakoming van deze verbintenis en is hij schadeplichtig, indien deze tekortkoming hem kan worden toegerekend¹⁹. Aan de goederenrechtelijke werking van rechtswege van art. 1302 BW is dus een einde gemaakt.

Het omgekeerde doet de wetgever bij de vernietigbaarheid. Volgens art. 3:53, lid 1 BW werkt een vernietiging terug tot het tijdstip waarop de rechtshandeling is verricht. Dit leidt tot goederenrechtelijke werking van rechtswege, iets wat de wetgever (kennelijk) ongewenst acht. De wetgever kiest in dergelijke gevallen voor de volgende remedie: indien de reeds ingetreden gevolgen van een rechtshandeling bezwaarlijk ongedaan gemaakt kunnen worden, kan de rechter desgevraagd aan een vernietiging geheel of ten dele haar werking ontfangen. Hij kan aan een partij die daardoor onbillijk wordt bevoordeeld, de verplichting opleggen tot een uitkering in geld aan de partij die benadeeld wordt, art. 3:53, lid 2 BW. Op dezelfde leest geschoeid zijn de art. 3:54 BW (misbruik van omstandigheden) en 6:230 (dwaling). Het gevolg is dat de titel — en mitsdien de overdracht — wordt gesauveerd. Het meest krasse geval is art. 6:211 BW (onverschuldigde betaling): ondanks *nietigheid* van de overeenkomst is overdracht toch geldig (!): kan een prestatie die op grond van een nietige overeenkomst is verricht naar haar aard niet ongedaan gemaakt worden en behoort zij in rechte ook niet op geld te worden gewaardeerd, dan is een tot ongedaanmaking van een tegenprestatie of tot vergoeding van de waarde daarvan strekkende vordering, eveneens uitgesloten. Men denke aan overeenkomsten tot het tegen betaling verrichten van onwettige of onzedelijke prestatie.

Ook art. 3:55 BW (bevestiging) werpt een dam op tegen de goederenrechtelijke werking. De belanghebbende kan degene die zich op de vernietigbaarheid kan beroepen uitnodigen zich uit te spreken. Spreekt deze zich niet uit, dan is de rechtshandeling bekrachtigd.

5.4. (Nagenoeg) geen goederenrechtelijke werking van rechtswege

In het vorige nummer zagen we al dat de wetgever wars is van goederenrechtelijke werking van rechtswege. De wetgever is slechts één maal van zijn geloof gevallen, art. 7:39 BW, regelende het recht van reclame. Uitoefening van het recht van reclame heeft tot gevolg dat de verkoper van rechtswege de eigendom herkrijgt. De wetgever heeft dit gedaan, omdat de positie van de verkoper onder het nieuwe recht sterk is verslechterd: hij mist het voordeel van de goe-

¹⁹ Zie over de criteria voor toerekening nr. 17.4.

derenrechtelijke werking van de ontbinding, terwijl ook het verkopersprivilege is afgeschaft.

Wil men zakelijke werking, dan zal men deze zelf moeten genereren. Dit kan door de rechtshandeling onder ontbindende voorwaarde te verrichten. Art. 3:84, lid 4 BW bepaalt immers dat, wanneer ter uitvoering van een voorwaardelijke verbintenis wordt geleverd, slechts een recht wordt verkregen dat aan dezelfde voorwaarde is onderworpen als de verbintenis. Koop onder ontbindende voorwaarde heeft dan tot gevolg dat de koper slechts voorwaardelijk eigenaar is geworden. Zijn beschikkingsbevoegdheid is dan eveneens voorwaardelijk. Het in vervulling gaan van de voorwaarde heeft geen terugwerkende kracht (art. 3:38, lid 2 BW), maar wel goederenrechtelijke werking. Dit laatste blijkt bij voorbeeld heel duidelijk uit art. 3:81, lid 2, sub b BW: als wijze waarop een beperkt recht tenietgaat wordt daar genoemd: het in vervulling gaan van een ontbindende voorwaarde waaronder het beperkte recht is gevestigd. De goederenrechtelijke werking blijkt ook uit art. 3:17, lid 1, sub c: het in vervulling gaan van een voorwaarde is een voor inschrijving vatbaar feit. Zoals gezegd: slechts rechtsfeiten die de goederenrechtelijke rechtstoestand van het registergoed raken, zijn voor inschrijving vatbaar.

5.5. *Nova ten aanzien van de leveringshandeling*

Levering is de goederenrechtelijke rechtshandeling die noodzakelijk is om het rechtsgevolg, de overdracht, te doen intreden. De vraag door welke rechtsregels deze goederenrechtelijke rechtshandeling wordt beheerst, vindt beantwoording in art. 6:216 BW, een van die fameuze schakelbepalingen. Art. 6:216 BW, opgenomen in de eerste afdeling van titel 5 van boek 6, welke titel handelt over de overeenkomst in het algemeen, bepaalt dat de rechtsregels van de eerste drie afdelingen van titel 5 van overeenkomstige toepassing zijn op andere meezijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen, voor zover de strekking van de betrokken bepalingen in verband met de aard van de rechtshandeling zich daartegen niet verzet.

Op het gebied van de levering bevat de wet nogal wat nieuwe bepalingen. Ik memoreer art. 3:98 BW: voor de vestiging, overdracht en afstand van een beperkt recht gelden de rechtsregels voor overdracht van het goed.

Nieuw is ook art. 3:96 BW: de levering van een aandeel in een goed geschiedt op overeenkomstige wijze en met overeenkomstige gevolgen als is bepaald met betrekking tot levering van dat goed. Het oude recht bepaalde hieromtrent niets.

Zeer belangrijk – en ook nieuw – is art. 3:97 BW:

«1. Toekomstige goederen kunnen bij voorbaat worden geleverd, tenzij het verboden is deze tot onderwerp van een overeenkomst te maken of het registergoederen zijn.

2. Een levering bij voorbaat van een toekomstig goed werkt niet tegen iemand die het goed ingevolge een eerdere levering bij voorbaat heeft verkregen. Betreft het een roerende zaak²⁰, dan werkt zij jegens deze vanaf het tijdstip dat de zaak in handen van de verkrijger is gekomen.»

²⁰ In verband met het bepaalde in lid 1 kan deze zaak slechts een niet-registergoed zijn.

Jarenlang is het een punt van discussie geweest of naar Nederlands recht überhaupt goederen bij voorbaat konden worden geleverd. Ten aanzien van registergoederen is dit nimmer aangenomen. Het argument voor dit verbod was de vrees dat anders de overzichtelijkheid van de openbare registers verloren zou gaan. Ten aanzien van vorderingen op naam was er de expliciete uitspraak van de Hoge Raad uit 1933²¹ dat toekomstige vorderingen niet konden worden geleverd. Hieruit is wel afgeleid dat de Hoge Raad ook ten aanzien van roerende zaken niet-registergoederen niet van een levering bij voorbaat heeft willen weten en slechts *obligatoire* gebondenheid aannam. Een levering was nog steeds noodzakelijk zij het dat de leveringswil, behoudens tegenspraak, aanwezig verondersteld werd op het tijdstip dat de vervreemder beschikkingsbevoegd werd over de «bij voorbaat geleverde» goederen. Deze constructie verschilt nauwelijks van een levering bij voorbaat. In het begin van de tachtiger jaren is de Hoge Raad, kennelijk onder invloed van het nieuw BW omgegaan²²: expliciet werd erkend dat toekomstige vorderingen konden worden geleverd.

Lid 2 regelt de rangorde van verschillende leveringen bij voorbaat. Deze bepaling is – in verband met art. 3:98 BW – vooral van belang voor beperkte (zekerheids)rechten: de oudste levering gaat voor. De tweede levering is niet ongeldig, maar heeft geen werking jegens degene die op de oudste levering kan bogen. Op deze regel volgt een uitzondering die karakteristiek is voor het gedachtengoed van het nieuwe recht en waarvan in verschillende andere bepalingen de sporen zijn terug te vinden: wanneer de zaak in *handen* van de verkrijger is gekomen en deze derhalve de fysieke macht heeft verworven gaat de tweede levering boven de eerste²³. De situatie waarin iemand zich kan beroepen op feitelijke macht, krijgt derhalve voorrang boven die waarin feitelijke macht ontbreekt. Zie ook art. 3:90, lid 2 BW (levering van roerende zaken niet-registergoederen), art. 3:238 BW (pandrecht verkregen van een beschikkingsonbevoegde) en 7:42 BW (recht van reclame).

De levering bij voorbaat wordt geconstrueerd als een levering onder opschortende voorwaarde van beschikkingsbevoegdheid. Het rechtsgevolg, de overdracht, treedt automatisch, derhalve van rechtswege, in zodra degene die bij voorbaat heeft geleverd rechthebbende is geworden én beschikkingsbevoegd is ten aanzien van het goed. Dit betekent dat wanneer het goed wordt verkregen op een tijdstip dat de vervreemder bij voorbeeld failliet is, de overdracht niet tot stand komt.

De wet onderscheidt drie categorieën goederen waarvoor de wijze van levering wordt geregeld:

5.5.1. *Levering van registergoederen (art. 3:89 BW)*

Het nieuw BW bevat dezelfde regeling als het oude recht. Deze goederen worden geleverd door een daartoe bestemde, tussen partijen opgemaakte notariële akte, gevolgd door

²¹ HR 29 december 1933, NJ 1934, 343 (huurkoopcessiearrest).

²² HR 24 oktober 1980, NJ 1981, 265.

²³ De wisseling van volgorde wordt niet afhankelijk gesteld van goede trouw. Naar mijn mening terecht, omdat goede trouw slechts geassocieerd kan en mag worden met beschikkings(on)bevoegdheid. In bepaalde gevallen kan het ontbreken van beschikkingsbevoegdheid worden gecompenseerd door goede trouw.

inschrijving daarvan in de daartoe bestemde openbare registers.

5.5.2. Levering van roerende zaken niet-registergoederen die in de macht van de vervreemder zijn (art. 3:90 BW)

Voor de wijze van leveren onderscheidt de wet of de vervreemder de te leveren zaken in zijn macht heeft of niet. Met macht wordt bedoeld feitelijke macht, dat wil zeggen – middellijk of onmiddellijk uitgeoefend – houderschap of bezit. Art. 3:90 BW luidt:

«1. De levering vereist voor de overdracht van roerende zaken, niet-registergoederen, die in de macht van de vervreemder zijn, geschiedt door aan de verkrijger het bezit der zaak te verschaffen.

2. Blijft de zaak na levering in handen van de vervreemder, dan werkt de levering tegenover een derde die een ouder recht op de zaak heeft, eerst vanaf het tijdstip dat de zaak in handen van de verkrijger is gekomen, tenzij de ouder gerechtigde met de vervreemding heeft ingestemd.»

Lid 1 rept van bezit *verschaffen* en niet van bezit overdragen, omdat naar nieuw BW bezit slechts kan worden *overgedragen* door iemand die zelf bezitter is, zie art. 3:114 e.v. BW. Op de titel bezit en houderschap, titel 5 van boek 3, kom ik in nr. 7 terug.

Lid 2 is uiting van de gedachte dat fysieke macht moet prevaleren boven het ontbreken van fysieke macht. Men lette er op dat er sprake is van een *relatieve* ongeldigheid: slechts tegenover de ouder gerechtigde is de levering ongeldig, jegens ieder ander is de levering geldig. Een absolute ongeldigheid zou onverenigbaar zijn met het gegeven dat lid 2 veronderstelt dat de vervreemder *bezitter* is. Zou de vervreemder houder zijn, dan stuitte een bezitsverschaffing af op art. 3:111 BW: een houder kan niet door een levering constituto possessorio bezit verschaffen. Nu de vervreemder van art. 3:90, lid 2 BW bezitter is, moet hij dus ook zijn bezit kunnen overdragen. Slechts jegens de rechthebbende komt aan deze (geldige!) bezitsoverdracht geen werking toe.

Een ouder gerechtigde als bedoeld in lid 2 kunnen zijn: anterieur beperkt gerechtigden, bij voorbeeld een bezitloos pandhouder, de rechthebbende, maar ook geprivilegieerde schuldeisers.

Lid 2 heeft een merkwaardige voorgeschiedenis. Het oud BW kende deze leveringsvorm niet. In 1953 bepaalde de Hoge Raad²⁴ dat een levering c.p. slechts kon worden erkend indien en voor zover belangen van derden hierbij niet rechtstreeks waren betrokken. Op deze wijze werd bereikt dat een tweede fiduciaire overdracht c.p. ongeldig was. In 1970 kwam de Hoge Raad²⁵ expliciet op zijn opvatting van 1953 terug, een zeldzaam verschijnsel. Thans is de in 1970 verworpen gedachte als een Phoenix uit zijn as herrezen en heeft een plaats gekregen in het nieuwe recht.

5.5.3. Levering van roerende zaken niet-registergoederen waarvan de eigendom is voorbehouden door de vervreemder (art. 3:91 en 92 BW)

Zonder de artikelen 91 en 92 zou een levering in geval van een eigendomsvoorbehoud uitgesloten zijn, omdat dan, naar bedoeling van partijen, het bezit juist niet wordt verschafft. In de hier bedoelde gevallen geschiedt de levering door aan de verkrijger de *macht* over de zaak te verschaffen. De *overdracht* vindt dan plaats onder opschortende voorwaarde dat de verkrijger de verschuldigde tegenprestatie levert.

Vanwege de nauwe verwantschap met de fiduciaire eigendom is het eigendomsvoorbehoud slechts in een beperkt aantal gevallen toegelaten. Art. 3:92, lid 2 BW trekt de grenzen:

«Een eigendomsvoorbehoud kan slechts geldig worden bedongen ter zake van vorderingen betreffende de tegenprestatie van door de vervreemder aan de verkrijger krachtens overeenkomst geleverde of te leveren zaken of krachtens zodanige overeenkomst tevens ten behoeve van de verkrijger verrichte of te verrichten werkzaamheden, alsmede ter zake van vorderingen wegens tekortschieten in de nakoming van zodanige overeenkomsten. Voor zover een voorwaarde op deze grond nietig is, wordt zij voor ongeschreven gehouden.»

Een leverancier kan zich derhalve de eigendom voorbehouden ter zake van de tegenprestatie voor de zaak waarvan de eigendom wordt voorbehouden, maar tevens voor hetgeen de leverancier uit hoofde van eerdere of latere *soortgelijke* overeenkomsten van de verkrijger te vorderen heeft of mocht krijgen. Voor andere vorderingen is het eigendomsvoorbehoud uitgesloten. De leverancier zal zich dan moeten behelpen door zich een pandrecht voor te behouden²⁶, dan wel zich een pandrecht (bij voorbaat) laten vestigen.

Uit lid 2 blijkt dat een leverancier van bijv. een keuken zich ook de eigendom kan voorbehouden voor de aanneemsom, door de koper aan hem verschuldigd.

De regeling van het eigendomsvoorbehoud is niet te omzeilen door een eigendomsoverdracht onder ontbindende voorwaarde van niet betalen van al hetgeen de koper uit welken hoofde dan ook aan de vervreemder verschuldigd is of mocht worden. Zo'n beding is in strijd met (de strekking van) art. 3:84, lid 3 BW, hiervóór aan de orde gekomen.

Art. 3:92 BW kan analogisch worden toegepast op andere gevallen. In de praktijk wordt met het eigendomsvoorbehoud slechts geopereerd bij roerende zaken niet-registergoederen, omdat bij registergoederen overdracht plaatsvindt met gelijktijdige vestiging van een recht van hypotheek.

5.5.4. Levering van roerende zaken niet-registergoederen die zich niet in de macht van de vervreemder bevinden (art. 3:95 BW)

Ingevolge art. 3:95 BW vindt levering plaats door een daartoe bestemde akte. In de praktijk zal zo'n akte dikwijls een polis van een schadeverzekering zijn, waarbij de verzekerde onder opschortende voorwaarde van een polisuitkering de eigendom aan de maatschappij overdraagt. In 1979²⁷

²⁴ HR 25 mei 1953, NJ 1954, 189 (Sio).

²⁵ HR 6 maart 1970, NJ, 1970, 433 (Traffic).

²⁶ Zie over het zich voorbehouden van een beperkt recht nr. 6.

²⁷ HR 27 april 1979, NJ, 1981, 139 (gestolen Fiat).

is eigendomsoverdracht zonder bezitsverschaffing erkend door de Hoge Raad, kennelijk hierbij geïnspireerd door art. 3:95 BW. Volgens de Hoge Raad was hiervoor nodig dat de verkrijger in staat werd gesteld zich te legitimeren als recht-hebbende van het desbetreffende goed. Voor het terecht geval van levering van een gestolen auto betekende dit: overhandiging van de autopapieren en de autosleutels. Het college achtte kennelijk geen vrijheid aanwezig om hierbij een vormvoorschrift voor te schrijven.

De leveringsvorm van art. 3:95 BW is een subsidiaire: wie kan leveren door bezit te verschaffen, kan geen gebruik maken van art. 3:95 BW.

5.5.5. *Levering van een order- of toondervordering waarvan het papier in de macht van de vervreemder is (art. 3:93 BW)*

Het nieuwe recht verandert in dit opzicht niets. Levering van het toonderpapier geschiedt op dezelfde wijze als levering van roerende zaken niet-registergoederen. Het orderpapier verlangt tevens endossement.

Is het papier uit de macht van de vervreemder geraakt dan vindt levering plaats op de wijze als hierna in het volgende nummer is aangegeven.

5.5.6. *Levering van een vordering op naam (art. 3:94 BW)*

Het nieuw recht geeft hier een – belangrijke – verandering te zien. Art. 3:94, lid 1 BW bepaalt:

«Buiten de in het vorig artikel²⁸ geregelde gevallen worden tegen een of meer bepaalde personen uit te oefenen rechten geleverd door een daartoe bestemde akte, en mededeling daarvan aan die personen door de vervreemder of de verkrijger.»

De bepaling rept van «tegen een of meer bepaalde personen uit te oefenen rechten» teneinde mee de optie te omvatten.

Nieuw is dat mededeling aan de cessus een constitutief vereiste voor de levering is geworden. Hierdoor vallen het goederenrechtelijk moment (het verwerven van de vordering) en het obligatoire element (de vraag wie schuldeiser is) samen. In het oude recht lagen deze momenten bijna altijd uiteen. Dit had tot gevolg dat de schuldenaar, aan wie de overdracht nog niet was betekend, per definitie aan een ander dan zijn schuldeiser betaalde. Art. 1422 BW²⁹ (oud) trof hiervoor een voorziening.

Anders dan art. 3:89 BW rept art. 3:94 BW niet van een *tussen partijen opgemaakte* akte. De handtekening van de cedent is voldoende.

Mededeling van de akte kan in elke vorm geschieden, art. 3:37 BW. Zij kan geschieden door de cedent resp. door de cessionaris.

De bepaling heeft een subsidiair karakter – «Buiten» –. Levering van een in een papier belichaamde vordering die in de macht van de vervreemder is, kan derhalve niet geschieden op de wijze als bepaald in art. 3:94 BW.

Is de schuldenaar onbekend, dan zou mededeling en dus levering uitgesloten zijn. Lid 2 geeft hiervoor een voorziening. De levering van een tegen een bepaalde, doch op de dag waarop de akte wordt opgemaakt onbekende persoon uit te oefenen recht dat op die dag aan de vervreemder toebehoort, werkt terug tot die dag, indien de mededeling met bekwame spoed wordt gedaan, nadat die persoon is bekend geworden. Men denke aan een aanrijding waarbij de dader ervandoor is gegaan.

Met art. 3:94 BW staat ook vast in welke mate *toekomstige* vorderingen kunnen worden geleverd: is mededeling uitgesloten, dan is een levering en dus ook een levering bij voorbaat uitgesloten. Meestal zal bij toekomstige vorderingen de rechtsverhouding waaruit de vordering nog moet voortvloeien bestaan. Noodzakelijk is dit echter niet. Men denke aan het geval dat onderhandelingen over een contract gaande zijn. Cessie bij voorbaat of *openbaar* pandrecht bij voorbaat is dan al wél, een *stil* pandrecht bij voorbaat daarentegen niet mogelijk, omdat art. 3:239, lid 1 BW eist dat de rechtsverhouding waaruit de toekomstige vordering moet voortvloeien reeds bestaat op het tijdstip van de stille verpanding, terwijl voor openbaar pandrecht voldoende is dat de in art. 3:94 BW bedoelde mededeling kan worden gedaan.

6. Het voorbehouden beperkte recht, een *lex fugitiva* (art. 3:81, lid 1 BW)

Art. 3:81, lid 1 BW bepaalt dat hij aan wie een zelfstandig en overdraagbaar recht toebehoort zijn recht onder voorbehoud van een beperkt recht kan overdragen, mits hij de voorschriften zowel voor overdracht van een zodanig goed, als voor vestiging van een zodanig beperkt recht in acht neemt.

Een voor de praktijk zeer belangrijk voorschrift, omdat het leert dat wanneer bij voorbeeld de leverancier zich een bezitloos pandrecht voorbehoudt, hij zodanig recht niet ontleent aan de verkrijger. Zonder deze bepaling zou eerst het goed moeten worden overgedragen, opdat de verkrijger vervolgens in staat is het bezitloze pandrecht te vestigen. Door art. 3:81 BW is de vervreemder zeker dat hij een eerste pandrecht heeft. Een door de verkrijger op het te leveren goed bij voorbaat gevestigd pandrecht zal derhalve altijd achter staan bij het voorbehouden pandrecht.

Mijns inziens zou de bepaling in de tweede afdeling hebben moeten staan.

7. Titel 5: Bezit en houderschap (art. 3:107-125 BW)

Niet alleen voor allerlei goederenrechtelijke kwesties is het bezit van belang – verkrijgende verjaring, bezitsacties etc. –, het nieuwe recht koppelt aan het bezit ook aansprakelijkheid. Dit gebeurt in de art. 6:173 BW (aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken), 6:174 BW (aansprakelijkheid voor opstal) en art. 6:179 BW (aansprakelijkheid voor dieren).

Ook titel 5 is niet ontkomen aan een face-lift. Het begint al met de begripsomschrijvingen in art. 3:107 BW:

«1. Bezit is het houden van een goed voor zichzelf.»

Men herkent hierin corpus en animus. Houderschap is het houden van een goed voor een ander.

Veel belangrijker is art. 3:108 BW, omdat het laat zien dat de animus sterk wordt geobjectiveerd. Bovendien be-

²⁸ Levering van order- en toondervordering die in de macht van de vervreemder zijn.

²⁹ Betaling te goeder trouw aan de bezitter van de inschuld.

paalt de wetgever zelf voor een aantal situaties of er sprake is van bezit of houderschap, zie de art. 3:110 en 111 BW. Art. 3:108 BW luidt:

«Of iemand een goed houdt en of hij dit voor zichzelf of voor een ander doet, wordt naar verkeersopvatting beoordeeld, met inachtneming van de navolgende regels en overigens op grond van uiterlijke feiten.»

Twee bepalingen verdienen in dit verband nader aandacht: de art. 3:110 en 111 BW. De eerste bevat de vermaarde directe verkrijgingsleer, de tweede bepaalt of een houder c.p. bezit kan verschaffen. Art. 3:110 BW luidt:

«Bestaat tussen twee personen een rechtsverhouding die de strekking heeft dat hetgeen de ene op bepaalde wijze zal verkrijgen, door hem voor de ander zal worden gehouden, dan houdt de ene de uitvoering van die rechtsverhouding door hem verkregen voor de ander.»

Of er van een rechtsverhouding met bedoelde strekking sprake is, wordt mede bepaald door de verkeersopvatting. Van invloed is daarbij hetgeen bij een normale werking der rechtsverhouding de bedoeling der partijen zal zijn. De rechtsverhouding is niet langer beslissend zodra de in art. 3:111 BW genoemde rechtsfeiten intreden.

De verkrijging moet plaatsvinden *ter uitvoering* van de rechtsverhouding. Het verband tussen verkrijging en rechtsverhouding moet vaststaan. Zo zal bij inkoop van een zaak door een commissionair aan de soortgelijkheid van het voorwerp van opdracht en koop een vermoeden kunnen worden ontleend dat de koop ter uitvoering van de opdracht is gesloten. Het bewijs rust evenwel op degene die aanspraak maakt op het bezit.

Is aan de vereisten van het artikel voldaan, dan verwerft de tussenpersoon slechts houderschap. Het bezit komt rechtstreeks toe aan de achterman. Of dit ook leidt tot verkrijging van de eigendom wordt niet door deze bepaling beheerst.

Het artikel heeft een ruim toepassingsgebied: bij voorbeeld de houder van een zaak maakt daaruit in opdracht van de bezitter een nieuwe zaak; verkrijging via een tussenpersoon etc.

Voor de praktijk belangrijk is art. 3:111 BW:

«Wanneer men heeft aangevangen krachtens een rechtsverhouding voor een ander te houden, gaat men daarmee onder dezelfde titel voort, zolang niet blijkt dat hierin verandering is gebracht, hetzij ten gevolge van een handeling van hem voor wie men houdt, tenzij ten gevolge van een tegenpraak van diens recht.»

Uit deze bepaling volgt dat wie houder is voor een ander houder blijft voor diezelfde persoon. Dit betekent (a) dat hij zijn houderschap niet kan veranderen in houderschap voor een andere persoon en (b) evenmin zijn houderschap kan omzetten in een bezit voor zichzelf. Uit deze bepaling volgt mitsdien dat een houder niet c.p. bezit kan verschaffen. Dit is van belang voor de betekenis van art. 3:90 BW³⁰. De bepaling codificeert in dit opzicht de vaste rechtspraak van de Hoge Raad.

Een voor de praktijk wellicht belangrijk novum is dat bezitsacties nu ook mogelijk zijn bij roerende zaken niet-registergoederen, art. 3:125 BW.

Een laatste novum is dat het bezit slechts verloren gaat, wanneer het bezit wordt prijs gegeven, of wanneer een ander het bezit van het goed verkrijgt, art. 3:117 BW. Het enkele verlies van een zaak leidt dus niet meer tot verlies van bezit. Men blijft derhalve aansprakelijk voor de gedragingen van een weggelopen dier (art. 6:179 BW), terwijl het bezit van de diamant die uit de hand glijdt naar de oceaانبodem niet reeds hierdoor verloren gaat.

8. Titel 7: Gemeenschap (art. 3:166-200 BW)

Het oude recht kende slechts bij de ervengemeenschap een beperkt aantal voorschriften inzake de gemeenschap. Het nieuwe recht bevat nu een algemene regeling.

Het meest opvallend is het onderscheid tussen de eerste en de tweede afdeling: de eenvoudige gemeenschap versus de bijzondere gemeenschap. De bijzondere gemeenschappen, opgesomd in art. 3:189 BW³¹ vormen in tegenstelling tot de eenvoudige gemeenschap een afgescheiden vermogen. Dit volgt in het bijzonder uit de artikelen 3:192 en 193 BW. Art. 3:192 BW: tot de bijzondere gemeenschap behorende schulden kunnen op de goederen van de gemeenschap worden verhaald. De eenvoudige gemeenschap daarentegen kent geen schulden die tot de gemeenschap behoren. Art. 3:193 BW: alleen schuldeisers wier vordering op de gemeenschap kan worden verhaald, kunnen zich verzetten tegen scheiding en deling. Dat de eenvoudige gemeenschap een afgescheiden vermogen mist, brengt de wetgever ook³² nog eens tot uitdrukking in art. 3:175, lid 3 BW:

«De schuldeisers van een deelgenoot kunnen³³ zijn aandeel in een gemeenschappelijk goed uitwinnen. Na de uitwinning van een aandeel kunnen beperkingen van de bevoegdheid om over de aandelen te beschikken niet worden ingeroepen tussen de verkrijger van dat aandeel en de overige deelgenoten.»

Een tweede belangrijke wijziging is dat thans verdeling ook kan worden gevorderd door een schuldeiser, mits diens vordering op een deelgenoot opeisbaar is, art. 3:180, Lid 1 BW. De verdeling behoeft de *medewerking* van de schuldeiser die een bevel tot verdeling van de gemeenschap heeft gekregen, art. 3:180, Lid 2 BW. Zonder diens medewerking is de verdeling nietig, art. 3:195 BW. De schuldeiser heeft derhalve een ijzersterke positie verworven.

Een derde belangrijke wijziging is het begrip verdeling, art. 3:182 BW:

«Als een verdeling wordt aangemerkt iedere rechtshandeling waartoe alle deelgenoten, hetzij in persoon, hetzij vertegenwoordigd, medewerken en krachtens welke een of meer van hen een of meer goederen der gemeenschap met uitsluiting van de overige deelgenoten verkrijgen. De handeling is niet een verdeling, indien zij strekt tot nakoming van een voor rekening van de gemeenschap komende schuld

³¹ De ontbonden huwelijksgemeenschap, de ontbonden maatschap, de ontbonden vennootschap of rederij en de gemeenschap van een in appartementsrechten gesplitst gebouw, waarvan de split is opgeheven.

³² De eenvoudige gemeenschap wordt niet genoemd in de opsomming van art. 3:189 BW.

³³ Om te benadrukken dat het hier om een extern werkende bevoegdheid gaat wordt gerept van *kunnen* en niet van *mogen*.

³⁰ Zie hiervóór nr. 3.5.2.

aan een of meer deelgenoten, die niet voortspuit uit een rechtshandeling als bedoeld in de vorige zin.»

Uit de tweede zin volgt dat een toedeling van een gemeenschapsgoed uit hoofde van overbedeling een verdelingshandeling is. Idem: een overdracht door een deelgenoot van zijn aandeel aan de overige deelgenoten of de overneming ex art. 3:174 BW³⁴ van een gemeenschapsgoed door een deelgenoot.

De vraag of een rechtshandeling een verdeling is, is onder andere van belang voor art. 3:183 BW (vormvoorschrift), art. 3:186 BW (wijze van verkrijging), art. 3:195 e.v. BW (nietige en vernietigbare verdeling).

Last but not least, art. 3:186 BW:

«1. Voor overgang van het aan ieder der deelgenoten toegedeelde is een levering vereist op dezelfde wijze als voor een overdracht voorgeschreven.

2. Hetgeen een deelgenoot verkrijgt, houdt hij onder dezelfde titel als waaronder de deelgenoten dit te zamen vóór de verdeling hielden.»

Onder het oude recht – art. 1129 BW – gold de declaratieve werking van de boedelscheiding: de boedelscheiding was slechts eigendomsaanzijnd en werkte terug tot aan het tijdstip waarop de gemeenschap vatbaar werd voor verdeling. Een bij voorbaat geregelde boedelscheiding was van rechtswege een feit met het in vervulling gaan van de opschortende voorwaarde c.q. de opschortende tijdsbepaling. Enige leveringshandeling was niet nodig. Het voordeel hiervan was dat met name nog niet verworven vorderingen en registergoederen reeds bij voorbaat konden worden gescheiden en gedeeld. Naar nieuw recht is dit niet meer mogelijk. Dit komt doordat het nieuwe recht een translatief element introduceert doordat voor overgang van het toegedeelde in ieder geval een leveringshandeling vereist is als voor een overdracht. De boedelscheiding is dus technisch geen overdracht. Met name voor het faillissement is art. 3:186 BW van belang, omdat een leveringshandeling door de failliet niet meer geldig kan geschieden, art. 35 Fw. Kan een boedelscheiding niet bij voorbaat worden voorgekookt, doordat de leveringshandeling niet bij voorbaat kan worden verricht – bij voorbeeld in geval van volstrekt ongeboren vorderingen of nog niet verkregen registergoederen; art. 3:97 BW vormt hier de belemmering, zie hiervóór – dan kunnen de deelgenoten die zekerheid wensen dat de boedelscheiding op een bepaalde wijze zal worden voltrokken, slechts hun toevlucht nemen tot de onherroepelijke volmacht, art. 3:74 BW.

Een declaratief aspect is gelegen in lid 2. Hadden de deelgenoten krachtens koop het goed verworven, dan verkrijgt in geval van boedelscheiding de deelgenoot aan wie het desbetreffende goed wordt toegedeeld ook krachtens koop. Ontstond de gemeenschap als gevolg van erfrecht, dan verkrijgt de desbetreffende deelgenoot onder algemene titel.

9. Titel 9: pand en hypotheek (art. 3:227-275 BW)

Zeer ingrijpend zijn de wijzigingen in het zekerheidsrecht. Wat betreft het pandrecht houdt dit verband met de eliminatie van de fiduciaire eigendomsoverdracht en de introductie

van het stil (vorderingen op naam) c.q. bezitloos pandrecht (roerende zaken niet-registergoederen). De wijzigingen in het hypotheekrecht betreffen vooral het executierecht.

Titel 9 bestaat uit vier afdelingen:

afdeling 1: Algemene bepalingen (art. 227-235).

afdeling 2: Pandrecht (art. 236-258).

afdeling 3: Pandrecht van certificaaathouders (art. 259).

afdeling 4: Recht van hypotheek (art. 260-275).

Hypotheek kan slechts worden gevestigd op registergoederen, pandrecht op andere goederen dan registergoederen, art. 3:227, lid 1 B.W.

Wat betreft afdeling 1 is art. 3:229 BW een novum:

«1. Het recht van pand of hypotheek brengt van rechtswege mee een recht van pand op alle vorderingen tot vergoeding die in de plaats van het verbonden goed treden, waaronder begrepen vorderingen ter zake van waardevermindering van het goed.

2. Dit pandrecht gaat boven ieder op de vordering gevestigd ander pandrecht.»

Deze bepaling beschermt de pand-/hypotheekhouder tegen aantasting van (de waarde van) het goed waarop hij een zekerheidsrecht heeft. Raakt bij voorbeeld het goed beschadigd en heeft de zekerheidsgever uit dien hoofde een vordering op een assuradeur of uit hoofde van een onrechtmatige daad of wanprestatie – bijv. een huurder die het niet zo nauw neemt met zijn zorgplicht ten aanzien van het verhuurde – , dan verwerft de rechthebbende van het zekerheidsrecht van rechtswege een – stil! – pandrecht op de desbetreffende vordering. Dit pandrecht gaat boven ieder op de vordering gevestigd ander pandrecht.

De bepaling is uiting van de gedachte van de zaaksverving. In de letterlijke betekenis van het woord is hiervan geen sprake wanneer het goed waarop het zekerheidsrecht rust niet is tenietgegaan. De zekerheidsgerechtigde behoudt dan zijn oorspronkelijk zekerheidsrecht en krijgt hierbovenop een stil pandrecht op de vordering.

Een vordering tot vergoeding als bedoeld in lid 1 is niet de koopprijs. De hier bestreden gedachte zou ook indruisen tegen het rechtssysteem: bij vervreemding door de zekerheidsgever vindt de zekerheidsgerechtigde bescherming in zijn droit de suite.

9.1. Pandrecht (art. 236-258 BW)

Geen wijziging is er ten aanzien van vuistpand. Dit ontstaat doordat de pandgever de zaak uit zijn macht brengt, art. 3:236, lid 1 BW. Voor openbaar pandrecht geldt hetzelfde. Dit pandrecht ontstaat doordat de verpanding van de vordering aan de cessus wordt meegedeeld, art. 3:236, lid 2 j° 3:98, j° 3:94 BW.

Nieuw zijn het bezitloos (art. 3:237 BW) resp. het stil pandrecht (art. 3:239 BW). Art. 3:237 BW:

«1. Pandrecht op een roerende zaak, op een recht aan toonder, of op het vruchtgebruik van een zodanige zaak of recht, kan ook³⁵ worden gevestigd bij authentieke of geregistreerde onderhandse akte, zonder dat de zaak of het toonderpapier wordt gebracht in de macht van de pandhouder of van een derde.»

³⁴ In geval van een rechterlijk bevel tot tegeldemaking van een gemeenschapsgoed kan een deelgenoot het goed overnemen.

³⁵ Cursief van mij, J.

Art. 3:239 BW luidt:

«1. Pandrecht op een tegen een of meer bepaalde personen uit te oefenen recht dat niet aan order of toonder luidt, of op het vruchtgebruik van een zodanig recht kan ook³⁶ worden gevestigd bij authentieke of geregistreerde onderhandse akte, zonder mededeling daarvan aan die personen, mits dit recht op het tijdstip van de vestiging van het pandrecht reeds bestaat of rechtstreeks zal worden verkregen uit een dan reeds bestaande rechtsverhouding.

Ten aanzien van de mate waarin er bezitloos c.q. stil pandrecht kan worden gevestigd is er geen verschil met het oude recht. Het verschil met de fiduciaire overdracht is, dat de art. 3:237 en 239 BW thans een vormvoorschrift stellen: zonder authentieke of geregistreerde onderhandse akte is er geen pandrecht. Beide akten hebben als kenmerk dat de dagtekening ten opzichte van een ieder vaststaat. Meijers heeft door het stellen van deze eis een einde willen maken aan het geknoei waardoor de crisisjaren – dertiger jaren van deze eeuw – werden gekenmerkt.

Men lette erop dat art. 3:239, Lid 1 BW tevens het stille pandrecht op toekomstige vorderingen regelt. De beperking die dit artikel kent – «mits» etc. – hangt samen met de identieke beperking die het derdenbeslag kent, art. 475 Rv.

Een merkwaardig verschil bestaat er met het openbare pandrecht op een toekomstige vordering. Zoals we in nr. 5.5.6 hebben gezien kan dit – bij akte *zonder* vaste dagtekening! – ook al worden gevestigd als de rechtsverhouding waaruit de vordering moet voortvloeien nog niet bestaat, maar de persoon van de toekomstige debiteur wél bekend is.

Art. 3:239 BW leidt tot een continuering van de bestaande praktijk van (pand)cessielijsten: volstrekt ongeboren vorderingen – vorderingen voortvloeiende uit een nog niet bestaande rechtsverhouding – kunnen nog niet worden verpand. In de praktijk wordt de schuldenaar obligatoir verplicht op geregelde tijdstippen de desbetreffende vorderingen stil te verpanden, zodra de rechtsverhouding waaruit zij voortvloeien is ontstaan.

De leden 3 van de art. 237 en 239 BW geven aan wanneer het bezitloos c.q. stil pandrecht mag worden omgezet in een vuistpand resp. openbaar pandrecht. Er ontstaat dan niet een *nieuw* pandrecht. Het pandrecht wordt door andere regels beheerst.

De bezitloze pandhouder vindt geen bescherming tegen onbevoegdheid van de pandgever. De pandhouder wordt pas beschermd, indien hij «te goeder trouw is op het tijdstip waarop de zaak of het toonder- of geëndosseerde orderpapier in zijn macht of in die van een derde is gebracht», art. 3:238, lid 1 BW. Ook deze bepaling is uiting van de hiervoor weergegeven gedachte dat het primaat toekomt aan wie fysieke macht heeft.

Voor de stille pandhouder geldt m.m. hetzelfde: art. 3:239, lid 4 BW bepaalt:

«Artikel 88 geldt slechts voor de pandhouder wiens recht overeenkomstig lid 1 is gevestigd, indien hij te goeder trouw is op het tijdstip van de in lid 3 bedoelde mededeling.»

Dat de bescherming van art. 3:88 BW weinig voorstelt, is hiervóór – nr. 5.2.2. – al in het licht gesteld.

Art. 3:246 BW regelt de bevoegdheden ten aanzien van de verpande vordering. Grosso modo komt de regeling erop neer dat bij stille verpanding de bevoegdheden – tot inning, opzegging etc. – verblijven bij de pandgever, bij openbare verpanding komen ze toe aan de pandhouder. In het laatste geval vindt er zaaksvervanging plaats: het pandrecht komt te rusten op het geïnde, art. 3:246, lid 5 BW

9.2. Het recht van hypotheek (art. 3:260-275 BW)

Het oude recht kende een weinig praktische regeling. Iedere hypotheekakte bevatte standaard vier bedingen:

1) het beding van parate executie. Dit kon alleen door de eerste hypotheekhouder gemaakt worden en maakte mogelijk dat de hypotheekhouder zonder rechterlijk vonnis tot executie kon overgaan;

2) het beding van niet zuivering. Dit had ten doel zuivering bij een willige verkoop te voorkomen;

3) het huurbeding. Door dit beding kon de hypotheekhouder zich ook jegens de huurder beroepen op de ongeldigheid van een na de hypotheekvestiging gesloten huur-overeenkomst.

4) het assurantiebeding. De hypotheekgever verpandde c.q. cedeerde tot zekerheid zijn vordering op de assuradeur die de opstal had verzekerd tegen bepaalde risico's.

Het nieuwe recht heeft de situatie sterk vereenvoudigd:

1) iedere hypotheekhouder heeft van rechtswege het recht van parate executie, art. 3:268 BW;

2) de zuivering is veel praktischer geregeld. Een beding is niet langer nodig. Art. 3:273 BW luidt:

«Door de levering ingevolge een executoriale verkoop en de voldoening van de koopprijs gaan alle op het goed rustende hypotheeken teniet en vervallen de ingeschreven beslagen, alsook de beperkte rechten die niet tegen de verkoper³⁷ ingeroepen kunnen worden.»

De koopprijs kan slechts worden voldaan aan de met de executie belaste notaris, art. 3:270, lid 1 BW. Komt de opbrengst niet in handen van de notaris dan is zuivering uitgesloten. De schuldeisers die zich op het goed kunnen verhalen vinden bescherming in art. 3:270, lid 6: de Staat is aansprakelijk voor de notaris die zijn wettelijke verplichtingen verzaakt.

3) Een huurbeding moet nog wel worden overeengekomen, maar heeft in het nieuwe recht een veel grotere reikwijdte zowel wat betreft de materie die onder het bereik van het beding valt als de mate waarin het beding externe werking heeft. Het beding kent een zeer uitvoerige regeling, art. 3:264, lid 1:

«1. Indien de hypotheekakte een uitdrukkelijk beding bevat waarbij de hypotheekgever in zijn bevoegdheid is beperkt, hetzij om het bezwaarde goed buiten toestemming van de hypotheekhouder te verhuren of te verpachten, hetzij ten aanzien van de wijze waarop of van de tijd gedurende welke het goed zal kunnen worden verhuurd of verpacht, hetzij ten aanzien van de vooruitbetaling van huur- of pacht-penningen, hetzij om het recht op de huur- of pacht-penningen te vervreemden of te verpanden, kan dit beding niet alleen tegen latere verkrijgers van het bezwaarde goed, maar ook tegen de huurder of pachter en tegen degene aan wie

³⁶ Cursief van mij, J.

³⁷ Zo wordt de executerende hypotheekhouder genoemd.

het recht op de huur- of pachtpenningen werd vervreemd of verpand worden ingeroepen, zulks zowel door de hypotheekhouder, als na de uitwinning van het bezwaarde goed door de koper, dit laatste echter alleen voor zover deze bevoegdheid op het tijdstip van de verkoop nog aan de hypotheekhouder toekwam en deze de uitoefening daarvan blijkens de verkoopvoorwaarden aan de koper overlaat.»

Ten aanzien van de verhouding huurder/hypotheekhouder kent het nieuw BW een grotere bescherming van de huurder:

a) bestaat er een aan de hypotheekvestiging anterieure huur, dan kan het beding dat de verhuur van woonruimte of bedrijfsruimte uitsluit, niet tegen de huurder worden ingeroepen, voor zover de nieuwe verhuring niet op ongewone, voor de hypotheekhouder meer bezwarende voorwaarden heeft plaatsgevonden, art. 3:264, lid 4 BW;

b) een huurovereenkomst ter zake van zelfstandige *woonruimte*, in strijd met het huurbeding gesloten, leidt niet automatisch tot ontruiming van de huurder. Voor de ontruiming heeft de hypotheekhouder toestemming nodig van de president van de Rechtbank, art. 3:264, lid 6 BW. De president verleent het verlof, tenzij ook met instandhouding van de huurovereenkomst kennelijk een voldoende opbrengst zal worden verkregen om alle hypotheekhouders die zich jegens de huurder op het beding kunnen beroepen, te voldoen;

c) een laatste bescherming ontleent de huurder aan lid 7 van art. 3:264 BW: indien het recht van de huurder of pachter door vernietiging krachtens lid 2 verloren gaat, wordt aan hem uit de bij de executie verkregen netto-opbrengst van het goed met voorrang onmiddellijk na hen tegen wie hij zijn recht niet kon inroepen, een vergoeding uitgekeerd ten bedrage van de schade die hij als gevolg van de vernietiging lijdt. Dit geval zal zich met name voordoen als een huurovereenkomst tot stand komt tussen twee hypotheekvestigingen in. De eerste hypotheekhouder kan zich op de ongeldigheid van de huur beroepen, de tweede niet. De huurder gaat dan bij de verdeling van de executie-opbrengst voor boven de tweede hypotheekhouder.

4) Het assurantiebeding is door art. 3:229 BW niet langer nodig.

Het nieuwe recht introduceert een aantal nieuwe, extern werkende bedingen, mits uitdrukkelijk overeengekomen:

- het beheersbeding, art. 3:267 BW op grond waarvan de hypotheekhouder bevoegd is het verhypothekerde goed in beheer te nemen, indien de hypotheekgever in zijn verplichtingen jegens hem in ernstige mate te kort schiet;

- het onruimingsbeding, art. 3:267 BW op grond waarvan de hypotheekhouder bevoegd is de verhypothekerde zaak onder zich te nemen, indien zulks vereist is met het oog op de executie;

- het beding van niet verandering van de inrichting of het gedaante van het bezwaarde goed, art. 3:265 BW.

- art. 3:254 BW:

«1. Wanneer op roerende zaken die volgens verkeersopvatting bestemd zijn om een bepaalde onroerende zaak duurzaam te dienen en door hun vorm als zodanig zijn te herkennen, of op machinerieën of werktuigen die bestemd zijn om daarmee een bedrijf in een bepaalde hiertoe ingerichte fabriek of werkplaats uit te oefenen, overeenkom-

stig artikel 237 een pandrecht is gevestigd³⁸ voor een vordering waarvoor ook hypotheek gevestigd is op die onroerende zaak, fabriek of werkplaats of op een daarop rustend beperkt recht, kan worden bedongen dat de schuldeiser bevoegd is de verpande en verhypothekerde goederen te zamen volgens de voor hypotheek geldende regels te executeren.»

Dit beding kan worden ingeschreven in de openbare registers, lid 3. De positie van verkrijgers te goeder trouw van de hier bedoelde roerende zaken wordt niet beheerst door art. 3:24 BW (registergoederen), maar door de art. 3:86 en 238 BW. Evenwel kan het feit dat het beding is ingeschreven in de openbare registers in de weg staan aan goede trouw van de verkrijger, met name wanneer aan het uiterlijk van de zaak is te zien dat zij voor pandrecht met het hier bedoelde beding vatbaar is.

10. Titel II: Rechtsvorderingen (art. 3:296-326 BW)

De meeste bepalingen betreffen de materie van de extinctieve verjaring. De verjaringstermijnen belopen doorgaans vijf jaren.

De dwangsom is geregeld in art. 611a-611i Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

Reële executie is in veel ruimere mate mogelijk dan onder het oude recht. Belangrijkste wijziging is art. 3:300 BW: is iemand jegens een ander gehouden een rechtshandeling te verrichten, dan kan, tenzij de aard van de rechtshandeling zich hiertegen verzet, de rechter op vordering van de gerechtigde bepalen dat zijn uitspraak dezelfde kracht heeft als een in wettige vorm opgemaakte akte van degene die tot de rechtshandeling gehouden is, of dat een door hem aan te wijzen vertegenwoordiger de handeling zal verrichten.

Belangrijk voor de praktijk is art. 3:298 BW: vervolgen twee of meer schuldeisers ten aanzien van één goed met elkaar botsende rechten op levering, dan gaat in hun onderlinge verhouding in beginsel het oudste recht op levering voor. Het is de bedoeling dat te zijner tijd de Vormerkung als inschrijfbaar feit wordt opgenomen in de lijst van art. 3:17 BW, waardoor art. 3:298 BW veel van zijn betekenis zal verliezen.

Van belang is ook art. 3:304 BW: een rechtsvordering kan niet van het recht tot welks bescherming zij dient, worden gescheiden. Mitsdien is een overdracht van de revindicatie zonder overdracht van het desbetreffende goed niet mogelijk. De in de art. 3:296-304 BW aan de rechter toegekende bevoegdheden komen ook aan scheidsmannen toe, tenzij door partijen anders is overeengekomen, art. 3:305 BW.

(slot in volgend nummer)

J.F.M. JANSSEN

³⁸ Dat wil zeggen een *bezitloos* pandrecht.

RECHTSPRAAK

BENELUX-GERECHTSHOF

17 DECEMBER 1992

Voorzitter: de h. Hess

Openbaar ministerie: de h. Janssens de Bisthoven

Dwangsom – Hoger dan door de eiser aangegeven

Op grond van art. 1, eerste lid, van de eenvormige wet betreffende de dwangsom kan een veroordeling tot een hogere dwangsom dan die door de eiser aangegeven worden uitgesproken.

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

Conclusie van advocaat-generaal B. Janssens de Bisthoven

1. De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid A., eiseres tot cassatie, werd bij vonnis van 23 juni 1989 van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel in hoger beroep ertoe veroordeeld om uiterlijk de achtste kalenderdag na de berekening van het vonnis het geluid van een verluchtingssysteem uit te schakelen op straffe van een dwangsom van 20.000 frank per kalenderdag vertraging.

In het beroepen vonnis was het bedrag van de dwangsom op 10.000 frank per achterstallige kalenderdag vastgesteld. Voor de appelrechter had verweerster in cassatie, oorspronkelijke eiseres, verklaard het bedrag van de dwangsom te willen beperken tot de som van 2.100 frank welke overeenstemde met de kosten van twee bezoeken van de gerechtsdeurwaarder die de niet-naleving van de beroepen beslissing diende te constateren.

2. Ter staving van de voorziening in cassatie wordt door de eisende vennootschap een middel ingeroepen, dat steunt op de schending van met name artikel 1385bis van het Gerechtelijk Wetboek. Genoemde vennootschap voert aan dat, nu de dwangsom een veroordeling is die op vordering van één der partijen wordt uitgesproken, de rechter deze niet op een hoger bedrag mag vaststellen dan het door die partij gevraagde.

3. De rechtsregel die zowel in artikel 1385bis, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek als in artikel 1, eerste lid, van de eenvormige wet betreffende de dwangsom ligt besloten, is een rechtsregel die gemeen is aan België, Luxemburg en Nederland in de zin van artikel 1 van het Verdrag betreffende de instelling en het statuut van het Benelux-Gerechts-hof.

Het Hof van Cassatie heeft derhalve de uitspraak opgeschort tot het Benelux-Gerechtshof uitspraak zal hebben gedaan over de volgende vraag: kan op grond van artikel 1, eerste lid, van de eenvormige wet betreffende de dwangsom een veroordeling tot een hogere dwangsom dan de door de eisende partij vastgestelde, worden uitgesproken?

4. In de algemene opmerkingen van de gemeenschappelijke memorie van toelichting bij de eenvormige wet betref-

fende de dwangsom is nader aangegeven, dat de dwangsom wordt beschouwd als een dwangmiddel van geheel eigen aard, dat wezenlijk zowel van een straf als van schadevergoeding verschilt¹.

5. In de toelichting op artikel 1 van de eenvormige wet staat het volgende:

«a) De dwangsom is niet een straf, d.w.z. een strafrechtelijke boete als sanctie op een inbreuk op de openbare orde. Zij ligt geheel op het gebied van het burgerlijk recht.

b) De dwangsom dient echter ook niet verward te worden met schadevergoeding, ook niet met vergoeding van schade welke de schuldeiser in de toekomst zou lijden. In de opzet van het onderhavig ontwerp bestaat er immers geen enkel verband tussen doel en omvang van de dwangsom enerzijds en van de schadevergoeding anderzijds; integendeel, de hoogte van de dwangsom moet worden vastgesteld al naar de aard en omstandigheden van het geval, in het bijzonder ook de financiële toestand en het gedrag van de schuldenaar en eventueel het bestaan van een boetebeding.

c) De dwangsom moet, ook al onderscheidt zij zich van de gangbare executiemiddelen, beschouwd worden als een dwangmiddel om de uitvoering van een rechterlijke uitspraak te verkrijgen. Zij komt in wezen overeen met de gijzeling in het burgerlijk en handelsrecht»².

6. Twee doorslaggevende redenen hebben voor invoering van de dwangsom gepleit: ten eerste het belang van de schuldeiser bij werkelijke nakoming door de schuldenaar van zijn verbintenis, en voorts het belang van de maatschappij bij naleving van een door de rechter gegeven gebod of verbod³.

7. Op grond van artikel 1 van de eenvormige wet kan de rechter de dwangsom slechts op vordering van een der partijen opleggen. Hij kan haar niet ambtshalve uitspreken.

8. In zijn arrest van 2 april 1984 heeft uw Hof voor recht verklaart: «De woorden 'op vordering van een der partijen' (...) brengen niet mee dat bedoelde partij verplicht is het bedrag en de modaliteiten van de dwangsom aan te geven, maar laten toe dat een partij een dwangsom vordert zonder dat zij daarbij bedrag en modaliteiten, die aan het gezag van de rechter worden overgelaten, aangeeft».

9. De motivering van dat arrest is belangrijk en luidt als volgt: «Die bepaling (artikel 1 van de eenvormige wet), die geen precieze aanwijzing bevat ten aanzien van de maatregelen die door de rechter kunnen worden genomen ten einde de wederpartij ertoe aan te sporen zijn beslissing uit te voeren, (heeft) blijkens de gemeenschappelijke memorie van toelichting de strekking (...) te voorkomen dat de rechter een dwangsom als een 'clause de style' in zijn uitspraak opneemt; derhalve moet worden aangenomen dat aan de

¹ Basisteksten, Deel 4-II, Gemeenschappelijke memorie van toelichting van de Benelux-Overeenkomst houdende eenvormige wet betreffende de dwangsom, Algemene opmerkingen, p. 27.

² Basisteksten, Deel 4-II, Gemeenschappelijke memorie van toelichting, Toelichting op de artikelen, p. 28.

³ Basisteksten, Deel 4-II, Gemeenschappelijke memorie van toelichting, Algemene opmerkingen, p. 27.

woorden 'op vordering van een der partijen' geen verdere betekenis toekomt dan dat de rechter van de hem in genoemde bepaling gegeven bevoegdheid geen gebruik mag maken als dat niet door een partij is gevorderd, en dat die bepaling de partij die de dwangsom vordert niet verplicht het bedrag of de modaliteiten in haar vordering op te nemen; het (strookt) integendeel, mede gelet op de in artikel 2 van de eenvormige wet aan de rechter toegekende vrijheid met betrekking tot de vaststelling van de dwangsom, niet met genoemde bepalingen van die wet (...) een zodanige verplichting aan te nemen»⁴.

10. In zijn conclusie welke aan dat arrest voorafging, zette advocaat-generaal E. Krings het volgende uiteen:

«Overeenkomstig artikel 1385bis van het Ger.W. verzoekt de partij de rechter om aan zijn beslissing een dwangsom te verbinden, d.i. een maatregel die de wederpartij ertoe moet aansporen de beslissing uit te voeren.

Waarom zou zij daaromtrent meer bijzonderheden moeten geven? De wet bevat evenmin een nauwkeurige aanwijzing over de maatregelen die daartoe kunnen worden genomen. In dat verband laat zij de rechter de vrije hand. Om welke reden zou de partij bijgevolg verplicht zijn het bedrag en de voorwaarden van de dwangsom vast te stellen? Te meer daar het zo schijnt te zijn dat indien zij haar eis preciseert, de rechter niet gehouden is zich naar die precisering te voegen.

In casu werpt partij Valois tegen dat de wijze van aanpak van partij Edel Bureau Elit ten gevolge heeft dat de rechten van de verdediging niet worden geëerbiedigd, aangezien de partij tegen wie de vordering is gericht niet in staat is de gevorderde maatregel aan te vechten.

Als dat zo was, zou daaruit moeten worden geconcludeerd dat ook de rechter, alvorens een andere dwangsom op te leggen dan door partij is voorgesteld, eerst de debatten moet heropenen om partijen in de gelegenheid te stellen hun middelen ter zake te doen gelden.

Zulk een oplossing is in strijd met de geest van de wet. De partij waartegen de dwangsom wordt gevorderd, kan daartegen principieel verweer voeren, doch wanneer de oplegging van de dwangsom eenmaal aangenomen of beslist is, doen de voorwaarden van die maatregel er weinig toe, nu het een voorwaardelijke veroordeling betreft. Indien de partij het vonnis ten principale uitvoert, zal die veroordeling aan haar niet worden voltrokken. De ernst van de maatregel blijft zonder gevolg, in zoverre het vonnis wordt uitgevoerd. De maatregel sorteert trouwens slechts effect voor zover hij de partij ertoe brengt ervan af te zien de hoofdveroordeling niet na te komen.

Bijgevolg is het begrijpelijk dat de wet de rechter volledig de vrije hand laat bij de beoordeling van de maatregel die hij aan de veroordeling verbindt.

De partij die ermee volstaat de veroordeling van de wederpartij tot betaling van een dwangsom te vorderen, hoeft derhalve geen nadere bijzonderheden dienaangaande te verstrekken. Haar kan niet ten laste worden gelegd, dat haar aldus geformuleerde eis onnauwkeurig zou zijn (*exceptio obscuri libelli*).

Om diezelfde reden zijn wij ook van mening, dat de rechter een zwaardere dan de door partij voorgestelde maatregel zou kunnen bevelen, wanneer die partij de voorwaarden van de gevorderde dwangsom nader heeft bepaald. Het gaat hier immers enkel om een aanwijzing, een voorstel, een suggestie harerzijds, waardoor het werk van de rechter wordt vergemakkelijkt, doch waaraan deze niet gebonden is. Het is niet omdat de rechter een stringenter maatregel beveelt, dat hij 'ultra petita' uitspraak doet. Hij overschrijdt zijn bevoegdheid niet, aangezien hij binnen de grenzen van de vordering blijft»⁵.

11. Die laatste beschouwingen vormen weliswaar een – ongetwijfeld gezaghebbende – aanzet voor de beantwoording van de vraag die momenteel aan uw Hof is voorgelegd. De vraag werd destijds evenwel niet gesteld. Uw Hof diende deze niet aan de orde te stellen en heeft zulks niet gedaan.

12. De door de auteurs nagestreefde doeleinden, de aard van de dwangsom zoals deze door hen is omschreven, de bevoegdheden die zijn toegekend aan de rechter die deze dient op te leggen, kortom de opzet van de Overeenkomst en van de eenvormige wet leiden tot de interpretatie die door de heer Krings aan het einde van zijn conclusie is gegeven.

13. Bij het beschouwen van de hierboven gememoreerde twee voornaamste doeleinden van de Overeenkomst blijkt duidelijk, dat het belangrijkste oogmerk het algemeen belang is, t.w. het verzekeren van de naleving en de doelmatigheid van de beslissing van de rechter. Bij samenloop van het algemeen belang met het particuliere belang, primeert het algemeen belang steeds⁶. Ter zake valt het belang van de schuldeiser samen met het algemeen belang. Wanneer de rechter een dwangsom oplegt, betreft hij zowel het algemeen belang als het particuliere belang van de schuldeiser in de overwegingen.

14. Daaruit volgt dat de modaliteiten van de door de rechter bevolen maatregel niet enkel ter beoordeling aan de schuldeiser kunnen worden overgelaten, met name wat het maximum-bedrag van de dwangsom betreft, omdat de rechter dan geen rekening met het algemeen belang kan houden doordat hij wordt verplicht een dwangsom op te leggen, waarvan het bedrag naar zijn mening te gering is om effect te sorteren.

15. Met het omschrijven van de aard van de dwangsom als een dwangmiddel om de nakoming van een rechterlijke beslissing te verkrijgen, dat geen verband houdt met het denkbeeld van straf (sancie op een inbreuk op de openbare orde) en dat van schadevergoeding, hebben de auteurs van de Overeenkomst de bijzondere aard van het instituut willen onderstrepen.

⁵ *Ibid.*, pp. 54 en 55.

⁶ Daaruit wordt het karakter van openbare orde van de dwangsom afgeleid: zie in dit verband I. MOREAU-MARGRÈVE in *Tien jaar toepassing van de dwangsom*, Akten van het colloquium georganiseerd op 26 oktober 1990 door V.Z.W. Interdisciplinair Trefpunt Ondernemingen Administraties Universiteiten (I.T.O.A.U.), «Principes généraux», p. 18. Zie tevens in hetzelfde werk M. STORME, «De dwangsom in Europese perspectief», p. 143. Storme schrijft met name dat de Belgische wetgever met de invoering van de bepalingen m.b.t. de dwangsom in het Gerechtelijk Wetboek heeft willen beklemtonen, dat dit instituut voor alles een rechtsfiguur is, die moet dienen om het gezag van de rechter te doen eerbiedigen.

⁴ Arrest van 2 april 1984, A 83/3, *Jurisprudentie*, deel 5, pp. 51 en 52.

16. De partij die de rechter vraagt een dwangsom op te leggen vordert niet de vergoeding van schade die zij zou kunnen lijden bij niet-nakoming van de hoofdveroordeling.

Vordert zij een bepaalde – zelfs private – sanctie? Als ervan wordt uitgegaan dat zij op grond van de wet een sanctie mag vorderen, op welke gronden zou zij de bevoegdheid hebben de modaliteiten ervan vast te stellen? De rechtsorde van de Beneluxlanden kent niet, is niet verenigbaar met het bestaan van een privaatrechtelijke sanctie waarvan de door een enkele partij vastgestelde modaliteiten op de een of andere manier buiten de beoordelingsbevoegdheid van de rechter zouden vallen.

De vordering tot een dwangsom is in feite een aan de rechter gedaan voorstel om aan zijn beslissing een maatregel te verbinden, die de nakoming van die beslissing met meer zekerheid, met meer doeltreffendheid moet waarborgen.

17. Een aantal auteurs verleent aan de dwangsom het karakter van een private straf. In dit verband baseren zij zich op de overweging dat het bedrag van de dwangsom de begunstigde partij verrijkt⁷.

In de memorie van toelichting van de eenvormige wet, met name van artikel 3, is gepreciseerd dat de Staat niet als begunstigde van de dwangsom is aangewezen om twijfel te vermijden omtrent de aard en betekenis van de dwangsom, zodat de mening niet zou kunnen postvatten dat de dwangsom in wezen een straf zou zijn.

18. Zonder dat naar het begrip straf wordt verwezen, wordt in de memorie van toelichting de keuze van de begunstigde in de persoon van de schuldeiser gerechtvaardigd door de overwegingen dat de dwangsom op het terrein van het burgerlijk recht ligt, de betrekkingen tussen partijen beoogt te regelen en de aard ervan aldus meebrengt, dat ze aan een van beide partijen ten goede komt⁸.

19. Indien, zoals sommigen aanvoeren, de rechter die tot een dwangsom veroordeelt een private straf uitspreekt, is het ondenkbaar dat zijn beoordelingsbevoegdheid op welke manier dan ook zou worden beknot door de vordering die hem wordt voorgelegd.

Indien de dwangsom moet worden beschouwd, niet als een bij wijze van bestraffing opgelegde straf als zodanig, maar wel als een dwangmiddel – hetgeen de mening van de auteurs van de eenvormige wet schijnt te zijn – is het evenmin aannemelijk dat de eisende partij de rechter de modaliteiten zou kunnen voorschrijven van een maatregel die de nakoming van zijn beslissing moet verzekeren.

20. Het enige verbod dat de rechter door de wet wordt opgelegd, is het ambtshalve uitspreken van een dwangsom. Door het «imperium» van de rechter op die manier te beperken, streefden de auteurs van de eenvormige wet ernaar willekeur en automatisme te voorkomen.

Met dat voorbehoud kent de wet de rechter, van het ogenblik dat bij hem een vordering aanhangig wordt gemaakt, zeer ruime bevoegdheden toe, welke in de lijn liggen van de

doelstellingen van de wet en het logische gevolg van de bijzondere aard van het instituut zijn.

21. In eerste instantie gaat de rechter de wenselijkheid van de maatregel na. Hij is geenszins verplicht die maatregel uit te spreken.

Indien hij beslist aan de hoofdveroordeling een dwangsom te verbinden, voor het geval daaraan niet zou worden voldaan, stelt hij de modaliteiten daarvan vast zonder zich te hoeven houden aan die welke hem door de vorderende partij worden voorgesteld. Hij kan daarenboven een bedrag bepalen waarboven geen dwangsom meer verbeurd wordt (art. 2 van de eenvormige wet).

Unaniem is aangenomen – in de motivering van uw voormeld arrest van 2 april 1984 is zulks uitdrukkelijk gesteld – dat de eisende partij op grond van artikel 1, lid 1, van de eenvormige wet niet verplicht is bedrag of modaliteiten van haar vordering aan te geven.

Bij zijn beoordeling van de wenselijkheid, het bedrag en de modaliteiten van de dwangsom zal de rechter onder meer rekening moeten houden met de situatie van de schuldenaar, zoals deze blijkt uit de gegevens van het geval (in het bijzonder zijn financiële toestand en zijn gedrag) alsmede uit de omstandigheden die hem door partijen zullen worden uiteengezet⁹.

22. Een ander aspect van de bevoegdheden van de rechter is de in artikel 4 van de eenvormige wet vervatte mogelijkheid de dwangsom op te heffen, op te schorten of te verminderen in geval van blijvende of tijdelijke, gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid om aan de veroordeling te voldoen.

23. Op grond van het feit dat de eisende partij niet verplicht is bedrag c.q. modaliteiten van de dwangsom vast te stellen, waarvan zij de oplegging vordert en gelet op de omvang van de uit de wet voortvloeiende beoordelingsbevoegdheid van de rechter en het specifieke karakter van het instituut, mag samen met de heer Krings worden aangenomen dat de rechter een zwaardere maatregel kan bevelen dan die welke door de eisende partij zou worden voorgesteld.

Zowel de doelstellingen van de Overeenkomst als de aard van de dwangsom, zoals deze hierboven zijn verduidelijkt, pleiten voor die visie.

De doctrine, waarin overigens aan voormeld arrest van uw Hof en aan de conclusie van de heer Krings wordt gerefereerd, sluit zich voor het merendeel bij die zienswijze aan¹⁰.

⁹ Basisteksten, deel 4-II, Memorie van toelichting, p. 28.

¹⁰ M. STORME, *op.cit.*, in noot 7, p. 236, nr. 26, c, en p. 237; I. MOREAU-MARGRÈVE, *op.cit.*, «L'astreinte», p. 63, en «Principes généraux», in *Tien jaar toepassing van de dwangsom*, p. 35; A. FETTWIS, *op.cit.*, p. 59, nr. 54 en noot 2, p. 599, nr. 950, en p. 600, noot 3; G. DE LEVAL, «De l'astreinte», in *Jurisprudence du Code judiciaire*, art. 1385bis, 6; D. LINDEMANS, «Het bekomen van de dwangsom» in *Tien jaar toepassing van de dwangsom*, *op.cit.*, p. 66, nr. 25; *contra*: G.L. BALLON, *Dwangsom*, APR, p. 26, nr. 62.

Het is niet zonder belang erop te wijzen, dat het aan het Hof van Cassatie voorgelegde geval de illustratie is van de gevolgen waartoe de omgekeerde oplossing zou leiden. De schuldeiser die weliswaar de rechter vroeg de dwangsom uit te spreken, wilde het bedrag daarvan beperken tot de terugbetaling van de door hem gemaakte kosten om de niet-nakoming van het beroepen vonnis te doen constateren. In feite vorderde hij de vergoeding van schade die voortvloeide uit de niet-nakoming van de beslissing van de eerste rechter. De

⁷ I. MOREAU-MARGRÈVE, «L'astreinte», *Annales de la Faculté de droit de Liège*, 1982, 54, en *op.cit.*, «Principes généraux», in *Tien jaar toepassing van de dwangsom*, p. 27; M. STORME, «Een revolutionaire hervorming: de dwangsom», *T.P.R.*, 1980, 237, nr. 26, c; A. FETTWIS, *Manuel de procédure civile*, 2e édition, 1987, p. 600, nr. 950; G.L. BALLON, *Dwangsom*, A.P.R., p. 24, nr. 60.

⁸ Basisteksten, deel 4-II, Memorie van toelichting, p. 32.

24. De Nederlandse wet van 29 december 1929 die door de auteurs van de eenvormige wet in ruime mate tot richtsnoer is genomen, schijnt volgens Van Opstall aldus te moeten worden geïnterpreteerd, dat op grond daarvan de rechter geen zwaardere dan de door partij gevorderde dwangsom mag opleggen ¹¹.

Deze auteur baseert zich in dit verband op de algemene regel van het burgerlijk procesrecht dat de rechter niets mag toekennen wat hem niet wordt gevraagd.

25. Gemeend mag worden dat de auteurs van de eenvormige wet, indien zij dat standpunt hadden gedeeld, zulks beslist zouden hebben benadrukt en in ieder geval de rechter niet zouden hebben toegestaan het bedrag en de modaliteiten van de dwangsom vast te stellen, wanneer de vorderende partij dat niet had gedaan.

26. Gelet op de rechtspraak van uw Hof, met name arrest A 83/3 van 2 april 1984, alsmede de hierboven uiteengezette beschouwingen betreffende de opzet van de wet komt het mij voor, dat de vraag bevestigend dient te worden beantwoord.

Arrest

1. Gezien het op 23 mei 1991 door het Hof van Cassatie van België gewezen arrest in de zaak van de B.V.B.A. A., gevestigd te Sint-Gillis, tegen Danièle B., woonachtig te Sint-Gillis, waarbij overeenkomstig artikel 6 van het Verdrag betreffende de instelling en het statuut van een Benelux-Gerechtshof aan dit Hof een vraag van uitleg van artikel 1, eerste lid, van de eenvormige Beneluxwet betreffende de dwangsom wordt gesteld;

Ten aanzien van de feiten

2. Overwegende dat de procedure welke tot voormeld arrest heeft geleid, kan worden samengevat als volgt:

De eerste rechter had de B.V.B.A. A., op vordering van Danièle B., ertoe veroordeeld om uiterlijk de achtste kalenderdag na de betekening van het vonnis het geluid van een luchtverversingssysteem te doen ophouden op verbeurte van een dwangsom van 10.000 frank per dag vertraging. Voor de appelrechter had eiseres, Danièle B., verklaard het bedrag van de dwangsom te willen beperken tot de som van 2.100 frank, welke overeenstemde met de kosten van twee bezoeken van de gerechtsdeurwaarder die de niet-naleving van de beroepen beslissing diende te constateren.

De appelrechter, zijnde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel, heeft, bij vonnis van 23 juni 1989, de beslissing van de eerste rechter bevestigd, doch het bedrag van de dwangsom op 20.000 frank per dag vertraging vastgesteld.

Door de B.V.B.A. A. werd cassatieberoep tegen het vonnis van 23 juni 1989 ingesteld. Ter staving van dat beroep werd door haar een middel voorgesteld, dat steunde op de

schending van artikel 1385bis van het Gerechtelijk Wetboek, waarin artikel 1 van de eenvormige Beneluxwet betreffende de dwangsom is opgenomen, en waarbij werd geklaagd over de omstandigheid dat de dwangsom in het vonnis op een hoger bedrag dan het gevraagde werd vastgesteld.

Ten aanzien van het verloop van het geding

3. Overwegende dat, nadat het Hof van Cassatie had geconstateerd dat het middel aanleiding gaf tot een vraag van uitleg van een gemeenschappelijke rechtsregel in de zin van artikel 1 van het Verdrag betreffende de instelling en het statuut van een Benelux-Gerechtshof, het bij arrest aan het Benelux-Gerechtshof heeft verzocht uitspraak te doen over de volgende vraag: «Kan op grond van artikel 1, eerste lid, van de eenvormige wet betreffende de dwangsom, een veroordeling tot een hogere dwangsom dan de door de eisende partij vastgestelde worden uitgesproken?»

...

Ten aanzien van het recht

7. Overwegende dat het Hof in zijn arrest A 83/3 van 2 april 1984 (*Jurisprudentie*, Deel 5, blz. 47) voor recht heeft verklaard dat de woorden «op vordering van een der partijen» in artikel 1, lid 1, van de Eenvormige Beneluxwet betreffende de dwangsom, niet meebrengen dat bedoelde partij verplicht is het bedrag en de modaliteiten van de dwangsom aan te geven, maar haar daarentegen toelaten een dwangsom te vorderen zonder daarbij bedrag en modaliteiten, die aan het gezag van de rechter worden overgelaten, aan te geven;

8. Overwegende dat het Hof in dat arrest van oordeel was dat een zodanige verplichting, mede gelet op de in artikel 2 van de eenvormige wet aan de rechter toegekende vrijheid met betrekking tot de vaststelling van de dwangsom, niet met het bepaalde in de artikelen 1 en 2 van die wet strookt;

9. Overwegende dat toch uit de opzet van de eenvormige wet, meer bepaald de artikelen 1, eerste lid, en 2, voortvloeit, dat de vaststelling van de hoogte van de dwangsom, d.i. een dwangmiddel om de uitvoering van een rechterlijke uitspraak te verkrijgen, niet aan de beoordeling van de eiser wordt overgelaten, doch uitsluitend onder de bevoegdheid van de rechter ressorteert;

10. Overwegende dat daaruit volgt dat de rechter niet door de aanwijzingen van de eiser met betrekking tot de hoogte van de dwangsom gebonden is;

11. Overwegende dat de vraag mitsdien bevestigend dient te worden beantwoord;

...

Verklaart voor recht:

16. Op grond van artikel 1, eerste lid, van de eenvormige wet betreffende de dwangsom kan een veroordeling tot een hogere dwangsom dan de door de eiser aangegeven worden uitgesproken.

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 15 SEPTEMBER 1992

Voorzitter-rapporteur: de h. D'Haenens

Openbaar ministerie: de h. du Jardin

Advocaat: mr. Bützler

beknotting van de beoordelingsbevoegdheid van de rechter door het hem opgelegde verbod om het gevorderde bedrag dat overeenstemt met de terugbetaling van de door de schuldeiser gemaakte kosten, te boven te gaan, zou kunnen worden aangemerkt als een miskenning van het begrip dwangsom en van de doelstellingen van de rechtsfiguur.

¹¹ VAN OPSTALL, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, *De dwangsom in het Nederlands recht*, Preadvies, 1961-1962, p. 135, nr. 2.2.5.

**1. Misdrijf – Eenheid van opzet – Vroegere vrijspraak
– 2. Spelen en weddenschappen – Loterij – Inzet**

1. De strafrechter hoeft niet te onderzoeken of vroegere feiten waarvan de beklaagde definitief is vrijgesproken, en de feiten wegens welke hij thans vervolgd wordt, door eenheid van opzet verbonden zijn.

2. In art. 301 Sw. dient onder «verrichtingen die bestemd zijn om winst te verschaffen door het lot» te worden verstaan iedere verrichting die de hoop wekt op een mogelijke winst door middel van het lot. Niet vereist is dat door de deelnemer aan de loterij een inzet is gedaan of dat er voor hem enig risico van verlies bestaat.

Van de V.

Gelet op het bestreden arrest, op 12 april 1991 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen;

Over het eerste middel: schending van de artikelen 97 van de Grondwet en 65 van het Strafwetboek en van het algemeen rechtsbeginsel betreffende het gezag van het rechterlijk gewijsde op de strafvordering,

doordat het hof van beroep, door overneming van de motieven van het beroepen vonnis, oordeelt: «Ten onrechte beroept (eiser) zich op het gezag van gewijsde van het arrest van 23 september 1987 van de 7e kamer van het Hof van Beroep te Antwerpen. Het hof heeft zich uiteraard alleen uitgesproken over de feiten die in het kader van dat rechtsgeeding ten laste van beklaagde werden gelegd, deze feiten liggend tussen 1 januari 1980 en 27 februari 1982. Aan die uitspraak een algemene draagwijdte toekennen zoals beklaagde doet, houdt juist een schending in van de principes van het gezag van gewijsde», en vaststelt dat de feiten «zich hebben voortgezet met hetzelfde opzet van 24 september 1987 tot laatst op 14 september 1988»,

terwijl, ondanks het feit dat, luidens de bewoordingen van de telastlegging, eiser slechts werd vervolgd wegens het plegen van strafbare feiten tussen 24 september 1987 en 14 september 1988, uit de gegevens van het strafdossier blijkt dat aan de oorsprong van de vervolging van eiser een klacht ligt van 9 april 1987 van V. die de «Diamantmailing» van het postorderbedrijf waarvan eiser directeur is, had ontvangen; het hof van beroep, aangezien door eiser bij conclusie werd aangevoerd en in het arrest geenszins werd tegengesproken dat de nieuwe feiten identiek zijn met de feiten waarvan eiser door het in kracht van gewijsde gegaan arrest van 24 september 1987 van de zevende kamer van het Hof van Beroep te Antwerpen was vrijgesproken, diende na te gaan, niet alleen of de tussen 24 september 1987 en 14 september 1988 gepleegde feiten, maar ook of de vóór 24 september 1987 gepleegde feiten onder meer die vervat in de klacht van 9 april 1987, onderling en in samenhang met laatstbedoelde na die datum gepleegde feiten, verbonden zijn door een zelfde opzet en derhalve strafrechtelijk een enkel misdrijf of een enkele reeks van misdrijven opleveren; in deze laatste veronderstelling het hof van beroep, ten gevolge van het gezag van het gewijsde dat aan het vrijsprekend arrest van 24 september 1987 toekomt en dat de strafvordering heeft doen vervallen, niet bevoegd was te beslissen of eiser zich al dan niet schuldig heeft gemaakt aan de hem thans ten laste gelegde feiten, zodat het hof van beroep, door voormelde overwegingen, het door het Hof uit te oefenen wettigheidstoelichting op de getroffen beslissing onmogelijk maakt (schending van artikel 97 van de Grondwet), althans die beslissing niet naar recht verantwoordt (schending van artikel 65 van het Strafwetboek en miskenning van het hierboven vermeld algemeen rechtsbeginsel);

Overwegende dat het beginsel van het gewijsde verhindert dat, na een vroegere veroordeling wegens bepaalde feiten, een nieuwe veroordeling wordt uitgesproken ter zake van andere feiten waarvan de rechter vaststelt dat ze door eenheid van opzet verbonden zijn met de reeds vroeger bestrafte feiten en derhalve een collectief misdrijf opleveren; dat echter omgekeerd een vroegere vrijspraak wegens een bepaald feit niet tot gevolg heeft dat later voor andere feiten geen veroordeling kan worden uitgesproken, nu in zodanig geval geen sprake kan zijn van een collectief misdrijf;

Overwegende dat daaruit volgt dat de omstandigheid dat eiser bij arrest van 23 september 1987 was vrijgesproken wegens bepaalde feiten van inrichten van niet wettelijk toegelaten loterijen – welke beslissing inhoudt dat hij zich niet schuldig had gemaakt aan de hem ten laste gelegde misdrijven – niet tot gevolg heeft dat de strafvordering wegens andere identieke feiten wegens welke hij thans vervolgd is zou zijn vervallen;

Overwegende dat de appelrechters derhalve niet hoefden te onderzoeken of de vroegere feiten waarvan eiser definitief was vrijgesproken en de feiten wegens welke hij thans is vervolgd door eenheid van opzet verbonden zijn;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

Over het tweede middel: schending van de artikelen 301, 302 van het Strafwetboek en 1 van de wet van 31 december 1851 op de loterijen,

doordat het hof van beroep de schuldigverklaring van eiser doet steunen op de gronden: «dat het gegeven dat bij '(pre-drawn) Sweepstake' – eventueel niet strijdig met de eerlijke handelspraktijken – zoals in de onderhavige zaak geen toezending van loten gebeurt met betrekking tot een toekomstige trekking maar slechts zogenaamde certificaten met betrekking tot een trekking die reeds plaatsvond worden toegezonden, geen afbreuk doet aan het gegeven dat de betrokken praktijk, zoals ook uiteengezet door (eiser) in zijn conclusie, aan de constitutieve elementen van artikel 301 van het Strafwetboek voldoet en een niet toegelaten loterij uitmaakt inspelende op de goklust van het publiek en van de zij het door het lot vooraf aangewezen winnende deelnemer die hoopt een voordeel (welk dan ook) te bekomen; (...) dat de deelname van de bestemming bestaat van zodra deze zijn deelnamebewijs terugzendt weze het om te informeren of hij gewonnen heeft» (...)

terwijl naar luid van artikel 301 van het Strafwetboek als loterijen worden beschouwd alle verrichtingen die het publiek aangeboden worden en die bestemd zijn om winst te verschaffen door het lot: een wettelijke term waarvan in de weg geen omschrijving werd gegeven, in beginsel dient te worden uitgelegd en begrepen volgens de gebruikelijke betekenis ervan en de term «winst» aldus noodzakelijk een inzet onder bezwarende titel veronderstelt, bij ontstentenis waarvan er geen sprake kan zijn van «gokken» of het opwekken van enige «goklust» en derhalve evenmin van een verarming van de deelnemer aan de sweepstake, die de wetge-

ver, bij de invoering van het verbod van voormelde loterijen, precies heeft willen bestrijden; het hof van beroep derhalve, door eisers veroordeling o.m. hierop te baseren dat, volgens de «juridisch-technische betekenis» die de wetgever aan de in artikel 301 van het Strafwetboek gebruikte termen heeft verleend, de formulering «en die bestemd zijn om winst te verschaffen» alleen duidt op «verkregen voordeel», in tegenstelling tot de gebruikelijke betekenis van de boekhoudkundige term «winst», en de sweepstake aldus eveneens de goklust opwekt, nu een beroep wordt gedaan op het spelinstinct door het opwekken van de hoop op een winst verschaft door middel van het lot, het arrest niet naar recht verantwoordt (schending van de in het middel aangeduide wetsbepalingen):

Overwegende dat door «verrichtingen die bestemd zijn om winst te verschaffen door het lot» dient te worden begrepen iedere verrichting die de hoop wekt op een mogelijke winst door middel van het lot; dat niet is vereist dat door de deelnemer aan de loterij een inzet zou zijn gedaan of dat er voor hem enig risico van verlies zou bestaan;

Dat het middel faalt naar recht;

...

NOOT – Niet het risico van verlies wordt bestreden, maar de passie van het spel (J. Nypels en J. Servais, *Le code pénal belge interprété*, II, p. 291, nr. 6). Zie ook Cass., 24 september 1987, *R.W.*, 1987-88, 849, met noot van A. Vandeplas.

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 29 SEPTEMBER 1992

Voorzitter: de h. D'Haenens

Rapporteur: de h. Waûters

Openbaar ministerie: de h. De Swaef

Onderzoeksgerechten – Raadkamer – Verwijzing

De raadkamer van de rechtbank van eerste aanleg kan niet een van een zelfde feit verdachte terzelfder tijd verwijzen naar het vonnisgerecht en buiten vervolging te stellen.

Procureur des Konings te Dendermonde t/ M.

Gelet op het verzoekschrift tot regeling van rechtsgebied op 2 juni 1992 ingediend door de procureur des Konings bij de Rechtbank van Eerste Aanleg te Dendermonde;

Overwegende dat de raadkamer van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Dendermonde, bij beschikking van 16 juli 1991, Tom M., elektricien, naar de politierechtbank heeft verwezen wegens de telastlegging C een overtreding te hebben begaan van artikel 11.1 van het Wegverkeersreglement en verklaard heeft dat er geen reden is tot vervolging wat betreft de telastlegging A onopzettelijk de dood te hebben veroorzaakt van Lisette Van D. en Gustaaf E. en de telastlegging B onopzettelijk slagen of verwondingen te hebben toegebracht aan Etienne De P., Peggy V., Debby V. en Tony De K., telkens te Lokeren op 3 mei 1991;

Overwegende dat de Politierechtbank te Sint-Niklaas zich bij vonnis van 11 maart 1992 onbevoegd heeft verklaard om

van de telastlegging waarvoor de beklaagde naar de politierechtbank werd verwezen, kennis te nemen, op grond dat, ongeacht de snelheid van het voertuig van de beklaagde van ongeveer 110 km per uur, de botsing toch onvermijdbaar was, dat zonder die snelheid, hetzelfde ongeval zich niet met dezelfde gevolgen zou hebben voorgedaan, dat er een causaal verband is tussen de snelheid van het voertuig van de beklaagde en de aanrijding met de schadelijke gevolgen eraan verbonden en dat deze laatste niet alleen het Wegverkeersreglement heeft overtreden maar ook artikel 419 van het Strafwetboek;

Overwegende dat de beschikking van buitenvervolginstelling van de raadkamer en het vonnis van de Politierechtbank te Sint-Niklaas van 11 maart 1992 in kracht van gewijsde zijn gegaan; dat uit hun onderlinge tegenstrijdigheid een geschil over rechtsmacht is ontstaan dat de loop van het gerecht belemmert; dat er derhalve grond bestaat tot regeling van rechtsgebied;

Overwegende dat uit de procedurestukken blijkt dat het aan Tom M. ten laste gelegde feit niet alleen een overtreding van artikel 11.1 van het Wegverkeersreglement, maar ook het misdrijf schijnt op te leveren van onopzettelijke doding en dit van onopzettelijke slagen of verwondingen, die omschreven zijn door de artikelen 418, 419 en 420 van het Strafwetboek en dat de feiten A, B en C een zelfde feit schijnen uit te maken;

Dat de raadkamer van de rechtbank van eerste aanleg niet vermag een verdachte van een zelfde feit terzelfder tijd te verwijzen naar het vonnisgerecht en buiten vervolging te stellen;

...

NOOT – In dezelfde zin: Parijs, 8 december 1910, *Journ. parq.*, 1911, 2, 17 met noot; Hof Antwerpen, 10 januari 1978, *R.W.*, 1978-79, 1785. De vonnisrechter behoudt in elk geval het recht de door de raadkamer aangehangen kwalificatie te verwerpen en zelf een andere omschrijving aan de feiten te geven, zelfs al is de verdachte onder deze kwalificatie – ten onrechte – door het onderzoeksgerecht buiten vervolging gesteld (Cass.fr., 6 februari 1885, *D.*, 1886, 1, 41; Cass.fr., 24 maart 1893, *D.*, 1895, 1, 297). De vrijheid van kwalificatie van het vonnisgerecht is onbegrensd, zelfs al brengt de nieuwe wetsomschrijving de onbevoegdheid van de strafrechter mee.

A. Vandeplas

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 30 NOVEMBER 1992

Voorzitter: de h. Marchal

Openbaar ministerie: de h. Lenaerts, procureur-generaal
Advocaten: mrs. Houtekier en Geinger

Arbeidsovereenkomst – Huisarbeider – Arbeidsovereenkomstenwet – Toepassingsfeer

De arbeidsovereenkomst die een huisarbeider en zijn werkgever verbindt, wordt niet geregeld door de Arbeidsovereenkomstenwet 1978.

H. t/ P.

Gelet op het bestreden arrest, op 17 juni 1991 door het Arbeidshof te Gent gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 1, 2, 39, § 1, 47 en 59, van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, gewijzigd bij de wet van 17 juli 1985,

doordat het arrest de vordering van eiseres tegen verweerster tot het verkrijgen van de forfaitaire schadevergoeding van 39.053 fr., gebaseerd op de wet van 3 juli 1978, niet gegrond verklaart en de eis tot veroordeling van verweerster tot regularisatie van de bijdragen aan de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid voor de gehele periode der prestaties niet toelaatbaar verklaart op de volgende gronden: (...)

De wet van 3 juli 1978 is grotendeels een coördinatie van de vroeger bestaande wetten betreffende de arbeidsovereenkomsten... Daarbuiten bleven een aantal arbeidsverhoudingen geregeld door afzonderlijke wetten: ... huisarbeid: geregeld door de algemene beginselen van het Burgerlijk Wetboek. Daarbuiten bestaat thans geen specifieke wetgeving die het statuut van de huisarbeider regelt. Zij vielen onder de toepassing van het Koninklijk Besluit van 5 april 1952 tot ordening van de wetten houdende regeling van de huisarbeid op gebied van lonen en hygiëne. Deze specifieke regeling werd echter opgeheven door de wet 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités in zijn artikel 68.3°. Uit de voorbereidende werken van deze wet blijkt dat het de bedoeling was een afzonderlijk nationaal paritair comité voor de huisarbeid op te richten, wat nooit gebeurd is. Bij het tot stand komen van de wet van 3 juli 1978 is daarin geen verandering gekomen (...)

Terwijl de arbeidsovereenkomsten voor werklieden geregeld worden door de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten; dat het arrest beslist dat eiseres geacht moet worden tewerkgesteld te zijn geweest onder het gezag van verweerster als huisarbeidster; dat eiseres derhalve gebonden was door een arbeidsovereenkomst voor huisarbeiders (...)

Overwegende dat, hoewel een huisarbeider, die tegen loon onder het gezag van de werkgever arbeid verricht, door een arbeidsovereenkomst gebonden is, zoals te dezen door de appelrechters aanvaard, die arbeidsovereenkomst niet geregeld is door de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten;

Overwegende dat de appelrechters, door te oordelen dat «(eiseres) geen aanspraak kan maken op een opzeggingsvergoeding voorzien in de wet (van 3 juli 1978)» omdat «deze wet niet toepasselijk is op de huisarbeiders», hun beslissing naar recht verantwoorden;

Dat het middel faalt naar recht;

...

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

5e KAMER — 20 MEI 1992

Voorzitter: mevr. Pauwels

Raadsheren: mevr. Van Cauwelaert en de h. Vermeylen

Advocaten: mrs. Herbots, Philippe en D'Halluin

Europese Gemeenschappen — Richtlijn — Nationale wet — Handelsagentuur

De nationale rechter is verplicht om het nationaal recht, wanneer zulks mogelijk is, conform een bestaande richtlijn te interpreteren.

De E.E.G.-richtlijn van 18 december 1986 betreffende de coördinatie van de wetgeving van de Lid-Staten inzake zelfstandige handelsagenten moet, bij ontstentenis van tijdige omzetting, aangewend worden ter interpretatie van het geldend nationaal recht inzake beëindiging van een agentuurovereenkomst.

B.V.B.A. M. t/ N.V. B.

Overwegende dat de oorspronkelijke vordering van appellante, zoals beperkt in haar conclusie voor de eerste rechter, primair betaling nastreeft van 20.736.000 fr., als opzeggingsvergoeding die verminderd wordt met 40% herleidbare kosten, 39.000.000 fr. als cliënteelvergoeding en 6.500.000 fr. wegens misbruik van recht;

dat appellante subsidiair, voor zover de rechtbank van oordeel zou zijn dat het gaat om een agentuurovereenkomst en niet om een concessie, aanspraak maakt op 17.280.000 fr. als aanvullende opzeggingsvergoeding van 16 maanden à 1,08 miljoen fr. per maand, 13.000.000 fr. als cliënteelvergoeding berekend op basis van een jaar brutowinst en 6.500.000 fr. wegens rechtsmisbruik;

alle bedragen te vermeerderen met vergoedende interesten sedert 31 mei 1988 en gerechtelijke interesten;

dat deze vordering betrekking heeft op vergoedingen en bedragen waarop appellante recht meent te hebben wegens de beëindiging bij schrijven van 31 mei 1988 van de tussen partijen sedert 1962, aanvankelijk met Armand R. en vanaf 1964 met de familievennootschap en met een onderbreking in 1973 — einde 1975, bestaande commerciële samenwerking met als voorwerp de verkoop in Frankrijk door appellante van meubelen die door geïntimeerde gefabriceerd worden, en waarbij een opzeggingstermijn van 10 maanden werd gegeven;

Overwegende dat de eerste rechter deze samenwerking niet kwalificeert als een concessie maar als een agentuurovereenkomst; dat hij van oordeel is dat de E.E.G.-richtlijn m.b.t. de zelfstandige agenten in België niet van toepassing is; dat hij in casu een opzeggingstermijn van tien maanden als voldoende beschouwt; dat hij beslist dat appellante geen recht heeft op cliënteelvergoeding en dat zij niet bewijst dat geïntimeerde misbruik heeft gemaakt van haar recht tot opzegging;

dat hij de vordering derhalve als ongegrond afwijst;

Overwegende dat appellante de kwalificatie van het samenwerkingsverband tussen partijen als handelsagentuur thans aanvaardt, er wel op wijzend dat in casu de grens met de alleenconcessieovereenkomst zeer vaag is;

dat zij niet betwist dat de principaal eenzijdig een einde kan maken aan een handelsagentuur, doch dat zij stelt dat dit noch op achterbakse, noch op krenterige wijze mag gebeuren;

dat zij de eerste rechter precies verwijt geen rekening te hebben gehouden met het achterbaks, nl. indruisend tegen de goede trouw die heersen moet tussen contractspartijen, en met het krenterige karakter van de opzegging;

dat zij meer bepaald stelt dat de eerste rechter de regel, volgens welke het interne recht in het licht van een Europese richtlijn geïnterpreteerd moet worden, miskent en aldus een in ons land toepasselijke grondregel van het Europees recht schendt;

dat zij dientengevolge vraagt het bestreden vonnis teniet te doen, haar vordering gegrond te verklaren en geïntimeerde te veroordelen tot betaling van 10.368.000 fr. als bijkomende opzeggingsvergoeding, 13.000.000 fr. als cliënteelvergoeding en 6.500.000 fr. als vergoeding wegens fouten en kwade trouw bij de uitvoering van het contract, bedragen te vermeerderen met vergoedende interesten sedert 31 mei 1988, gerechtelijke interesten en de kosten van beide instanties;

Ten aanzien van het toepasselijke recht:

Overwegende dat in casu geen schriftelijke overeenkomst tussen partijen betreffende de samenwerking en de beëindiging ervan is opgesteld;

dat, in tegenstelling tot de beëindiging van een alleenconcessieovereenkomst, de vergoedingen bij beëindiging van een handelsagentschap niet uitdrukkelijk geregeld worden door de wet;

dat hieruit niet besloten moet worden dat er geen vergoedingen verschuldigd zijn, doch dat de algemene beginselen inzake contractenrecht en contractuele aansprakelijkheid van toepassing zijn;

dat aldus de rechtspraak bij eenzijdige beëindiging van een agentschapsovereenkomst aanvaardt dat een contractuele schadevergoeding verschuldigd is wanneer deze brutaal, onrechtvaardig, ongerechtvaardigd of berovend is (Kh. Brussel, 3 september 1981, *B.R.H.*, 1982, 630);

dat er echter geen eensgezindheid bestaat betreffende de grootte en de samenstelling van de aldus verschuldigde vergoedingen;

Overwegende dat appellante verwijst naar de Europese richtlijn van 18 december 1986 betreffende de coördinatie van de wetgevingen van de Lid-Staten inzake handelsagenten, als bron van interpretatie in casu;

dat, wat de eenzijdige beëindiging betreft, in art. 15 van deze richtlijn inderdaad een opzeggingsvergoeding wordt bepaald en dat art. 17 een vergoeding voor het aanbrengen van cliënteel en een uitwinningsvergoeding regelt;

dat deze richtlijn echter in het Belgische recht opgenomen diende te zijn vanaf 1 januari 1990, doch dat dit niet gebeurde;

dat deze richtlijn derhalve niet kan worden ingeroepen voor de Belgische rechter;

dat het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, in overweging nr. 8 van het *Marleasing*-arrest van 13 november 1990, zaak C-106/89, duidelijk heeft gesteld dat de hoven en rechtbanken het nationaal recht in het licht van de richtlijn moeten uitleggen, zelfs indien de wettelijke bepalingen aan de richtlijn voorafgaan;

dat ook Van Gerven wijst op de verplichting van de rechtbanken om het nationale recht, wanneer zulks mogelijk is, conform de richtlijn te interpreteren (Beginsels, XIII, *Ondernemingsrecht / Handelstussenpersonen*, p. 475);

Overwegende dat geïntimeerde tevergeefs aanvoert dat het feit dat de richtlijn een interpretatiebron van het Belgisch recht zou vormen tegen de rechtszekerheid indruist;

dat immers een eerste voorstel van de commissie reeds in januari 1977 gepubliceerd werd en dat de richtlijn dateert van 1986;

dat m.a.w. partijen op de hoogte konden zijn van de op handen zijnde wijzigingen inzake handelsagentschap zodat er van rechtsonzekerheid geen sprake is;

Overwegende dat er derhalve aanleiding toe bestaat, zoveel mogelijk, genoemde Europese richtlijn aan te wenden ter interpretatie van het recht geldend inzake beëindiging van een handelsagentschap;

dat het hoger beroep op dit punt gegrond voorkomt;

Ten aanzien van de opzeggingstermijn van tien maanden

Overwegende dat de eerste rechter oordeelkundig stelt dat een dergelijke opzegging bij de beëindiging van een langdurige samenwerking, gelet ook op de Belgische rechtspraak en rechtsleer in dezen, toereikend is om appellante in staat te stellen haar bedrijvigheid aan te passen aan de gewijzigde toestand;

dat immers in beginsel ieder handelsagentschap die voor onbepaalde duur is afgesloten, zoals in casu, eenzijdig kan worden opgezegd;

dat art. 15 van de genoemde Europese richtlijn uitgaat van hetzelfde principe en eraan toevoegt dat dit moet gebeuren met het doen van een opzegging; dat vervolgens een minimum van drie maanden opzegging wordt voorgeschreven, wat door de Lid-Staten mag worden gebracht op zes maanden;

dat derhalve ook in het licht van deze richtlijn de gegeven opzegging ruimschoots afdoend is;

dat dit in casu zeker het geval is nu appellante tijdens de duur van de opzegging is blijven verder werken en de gebruikelijke hoge brutocommissies ontving, niettegenstaande dat zij de onderhandelingen betreffende een verdere samenwerking afwees indien een lager commissieloon zou worden opgelegd, zoals voorgesteld door geïntimeerde in het kader van een algemene reorganisatie van het distributiesysteem van haar meubelen in Frankrijk;

dat ook niet bewezen wordt dat het voortduren van de onderhandelingen betreffende een mogelijke verdere samenwerking tijdens de opzeggingsperiode op foutieve of voor appellante nadelige wijze gebeurde;

dat trouwens de agentschap van geïntimeerde slechts de helft van de totale bedrijvigheid van appellante betrof;

dat bovendien niet bewezen is dat zij administratief personeel diende af te danken ten gevolge van de opzegging; dat één van de medewerkers en vennoten van appellante al zijn aandelen heeft verkocht aan de andere vennoten, en vrijwillig en zonder vergoeding zijn bedrijvigheid als actief vennoot heeft stopgezet teneinde als zelfstandig agent samen te werken met geïntimeerde vanaf april 1989;

Ten aanzien van een uitwinningsvergoeding

Overwegende dat een dergelijke vergoeding voor een zelfstandig agent nagenoeg unaniem in de Belgische rechtspraak en rechtsleer wordt afgewezen;

dat de genoemde Europese richtlijn in een dergelijke vergoeding voorziet ingeval en in de mate waarin:

— de agent nieuwe klanten heeft aangebracht en de principaal substantiële voordelen blijft halen uit de transacties met deze cliënteel;

— de vergoeding billijk is rekening houdend met de omstandigheden, nl. het verlies van provisies op de genoemde transacties;

dat bovendien rekening mag worden gehouden met de omstandigheid dat al of niet een concurrentieverbod is opgelegd;

Overwegende dat in casu niet kan worden ontkend dat appellante de verkoop van de meubelen van geïntimeerde heeft uitgebouwd voor de regio Noord-Frankrijk en dat zij dus deze cliënteel heeft aangebracht;

dat appellante voor het gepresteerde ruim vergoed werd op basis van brutocommissies;

dat deze bedrijvigheid zich echter afspeelt op een open markt met vervangbare produkten en sterk afhankelijk is van de inzet van de agent;

dat zowel vóór als tijdens als na de opzegging appellante vrij andere meubelen dan die van geïntimeerde kon verkopen aan die cliënteel en dat haar op geen enkel ogenblik verbod werd opgelegd een concurrerende activiteit uit te oefenen;

dat zich in casu derhalve de in de richtlijn genoemde voorwaarde niet voordoet; dat geïntimeerde immers geen voordelen blijft halen uit de bedrijvigheden van de appellante ten nadele van laatstgenoemde;

dat dan ook terecht door de eerste rechter wordt beslist dat geen cliënteelvergoeding verschuldigd is;

Ten aanzien van een vergoeding wegens fouten en gebrek aan goede trouw in hoofde van geïntimeerde bij de uitvoering van het contract

Overwegende dat een dergelijke vergoeding zowel overeenkomstig de principes van het algemeen beginselenrecht in België als krachtens de genoemde Europese richtlijn verschuldigd is indien kwade trouw of een contractuele fout van de principaal in oorzakelijk verband met de beweerdte schade wordt bewezen;

Overwegende dat appellante ten onrechte stelt dat geïntimeerde sinds 1987 een succesvolle doorbraak op de Franse markt door appellante in de weg stond door vertraging bij de levering, de prijzenpolitiek en de niet doordachte organisatie van het vervoer;

dat, zoals de eerste rechter reeds terecht opmerkt, appellante op geen enkel ogenblik tijdens de langdurige samenwerking enige ingebrekestelling of schadeis dienaangaande richtte aan geïntimeerde, dan na de beëindiging en tijdens de onderhavige procedure;

dat de aangehaalde klachten niet ernstig zijn;

dat niet bewezen wordt dat tijdens de opzeggingsperiode de prijzenpolitiek, de leveringstermijnen en de organisatie van het vervoer een wijziging ondergingen en door de principaal gebeurden met directe benadeling voor de agent;

dat niet aangetoond wordt dat het annuleren van orders en een vertraagde levering meer frekwent en enkel gebeurde met de bedoeling de agentuuraactiviteit te ondermijnen; dat dit voordien ook voorviel en nooit aanleiding gaf tot afrekening of schadevergoeding;

dat er steeds prijsverschillen bestonden tussen België en Frankrijk, die door appellante gekend waren en aanvaard gedurende de hele tijd van de samenwerking;

dat eveneens tevergeefs wordt verwezen naar een beweerdte weigering van bestelling van 800 eetkamers in promotie; dat dienaangaande geen bestelbon wordt overgelegd; dat de

principaal steeds vrij projecten of voorstellen kan weigeren, afhankelijk van de productiecapaciteit en leveringsmogelijkheid, vooral waar hij, zoals in casu reeds zelf onderhandelde met dezelfde klant;

dat trouwens de telex van 7 juni 1988 daarover van geïntimeerde nooit werd beantwoord door appellante en ook niet gevolgd werd door een schadeis;

dat de principaal vrij is zijn administratieve structuren en prijzenpolitiek aan te passen volgens de commerciële behoeften van de markt en de concurrentie;

dat aan appellante de mogelijkheid werd geboden onder nieuwe voorwaarden in het kader van deze wijzigingen verder samen te werken;

dat appellante dit heeft geweigerd;

dat uit de door geïntimeerde overgelegde stukken blijkt dat de gewijzigde organisatie en prijzenpolitiek verantwoord was, gelet op de resultaten in 1990 en 1991;

dat derhalve geen kwade trouw en geen contractuele fout van geïntimeerde wordt bewezen;

Overwegende dat de vordering terecht ongegrond wordt verklaard door de eerste rechter;

...

NOOT – Richtlijnconforme interpretatie van het nationaal recht inzake handelsagentuur

1. Het bovenstaand arrest bevat een treffende illustratie van de bijdrage die de nationale rechter kan, of beter moet leveren om de doorwerking van een niet-tijdig omgezette richtlijn in de nationale rechtsorde te bevorderen. Op grond van art. 22 van de E.E.G.-richtlijn van 18 december 1986 inzake de coördinatie van de wetgeving van de Lid-Staten inzake zelfstandige handelsagenten rustte op de Belgische Staat de verplichting de nodige uitvoeringsmaatregelen te treffen om vóór 1 januari 1990 aan deze richtlijn te voldoen. Of dit gebrek aan tijdige omzetting impliceert dat de contractspartijen bij een agentuurovereenkomst rechtstreeks aan de richtlijn rechten kunnen ontleen, wordt hierna kort onderzocht.

2. Naar luid van art. 189 E.E.G.-Verdrag zijn richtlijnen verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke Lid-Staat waarvoor ze bestemd zijn. De nationale overheden blijven echter bevoegd om vorm en middelen te kiezen om dit resultaat te verwezenlijken.

Uit het feit dat art. 189 E.E.G.-Verdrag alleen met betrekking tot verordeningen spreekt van rechtstreekse toepasselijkheid mag evenwel niet afgeleid worden dat bepalingen van een richtlijn nooit rechtstreekse werking kunnen verkrijgen. Overeenkomstig de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie kan een Lid-Staat die heeft nagelaten om de door de richtlijn voorgeschreven uitvoeringsmaatregelen tijdig te treffen, dit verzuim niet tegenwerpen aan een particulier, wanneer deze een in de richtlijn vervatte onvoorwaardelijke en voldoende nauwkeurige verplichting wil afdwingen (H.v.J., 5 april 1979, Ratti, 148/78, *Jur.*, 1979, 1629).

De zgn. verticale directe werking van richtlijnen vindt haar theoretische grondslag in het «Nemo auditur»-beginsel: een Lid-Staat die de door de richtlijn voorgeschreven maatregelen niet tijdig heeft getroffen, kan het niet-nakomen van de uit de richtlijn voortvloeiende verplichtingen niet aan particulieren tegenwerpen (*Ibid.*, 1642, r.o. 22; Manin, Ph., «L'invocabilité des directives. Quelques interrogations», *Rev. Trim.Dr.Eur.*, 1990, (669), 690; Van Gerven, W.,

«Aansprakelijkheid en Europees recht», nr. 3, te verschijnen in *Recht halen uit aansprakelijkheid*, XIX Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1992-93).

Particulieren kunnen zich dan ook bij niet-tijdige omzetting van een E.E.G.-richtlijn op de betrokken richtlijn beroepen tegenover elk nationaal voorschrift dat niet conform de richtlijn is (Bv. H.v.J., 4 december 1974, Van Duyn, 41/74, *Jur.*, 1974, 438; Kapteyn, P.J.G. en Verloren van Themaat, P., *Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen*, 1987, 235-237; Van Heuven, D., «Omtrent Richtlijnen», *R.W.*, 1989-90, (1207), 1216). Hetzelfde geldt uiteraard wanneer de bepalingen van de richtlijn subjectieve rechten vastleggen die de particulieren tegenover de Staat kunnen doen gelden. De justitiabele kan in dit geval tegenover de Lid-Staat de toepassing van de richtlijn in plaats van de nationale norm vorderen (H.v.J., 19 januari 1982, Becker, 8/81, *Jur.*, 1982, 53; H.v.J., 10 juni 1982, Grundel, 255/81, *Jur.*, 1982, 2301, *R.W.*, 1982-83, 1602; Kapteyn, P.J.G. en Verloren van Themaat, P., *o.c.*, 236; Van Heuven, D., *l.c.*, 236).

3. De rechtspraak van het Hof van Justitie laat evenwel niet toe dat een niet-tijdig omgezette richtlijn uit zichzelf verplichtingen aan particulieren zou opleggen (H.v.J., 26 februari 1986, Marshall, 152/84, *Jur.*, 1986, 723). Richtlijnen kunnen dan ook niet tegen een particulier worden opgeworpen. Horizontale directe werking wordt traditioneel aan richtlijnen ontzegd (zie Gilliams, H., «Het Hof van Justitie en de gelijke behandeling van man en vrouw 1988-1989», *R.W.*, 1990-91, 1355, en «Het Europa van de burger: ... en de rechter?», *Soc.Kron.*, 1992, (265), 267; Prechal, S., «Remedies after Marshall», *Common Market Law Review*, 1990, 451).

Toegepast op de situatie van de handelsagent betekent dit dat hij rechtstreeks aan de richtlijn rechten kan ontleen, indien zijn tegenpartij als «overheid» beschouwd kan worden (Stuyck, J., «Handelstussenpersonen», in Van Gerven, W. e.a., *Handels- en Economisch Recht*, IB, Brussel, 1989, 474-475). Ook al hanteert het Hof van Justitie een ruime definitie van het begrip overheid, toch zal dit geval slechts hoogst uitzonderlijk voorkomen. Particulieren kunnen zich evenwel niet tegen andere particulieren op de bepalingen van de richtlijn beroepen.

4. Zoals het bovenstaand arrest terdege illustreert, is de directe werking niet de enige wijze waarop richtlijnen kunnen doordringen in het nationaal recht. Ze kunnen ook doorwerken op grond van de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie. Voor een goed begrip van de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie moet verwezen worden naar het Marleasing-arrest (H.v.J., 13 november 1990, Marleasing, 106/89, *Jur.*, 1990, 4135, met concl. adv.-gen. Van Gerven, W., *T.R.V.*, 1991, 36, met noot Bouckaert, F. en Bouckaert, J.; Betlem, G., «Een vierde type van rechtsvinding», *N.J.B.*, 1991, 1363 e.v.; Gilliams, H., *o.c.*, *R.W.*, 1990-91, 1359; Prechal, S., «Richtlijnconforme uitleg: Alice in Wonderland», *Weekblad voor fiscaal recht*, 1991, 1596 e.v.). Hierin beslist het Hof van Justitie dat de verplichting om het nationale recht te interpreteren en toe te passen in overeenstemming met de eis van het gemeenschapsrecht vervat ligt in art. 5 E.E.G.-Verdrag, dat de Lid-Staat gebiedt alle algemene en bijzondere maatregelen te treffen die geschikt zijn om de naleving te verzekeren van verplichtingen die voortvloeien uit het verdrag of uit de handelingen van de instellingen. De nationale rechter deelt daarenboven, net als

de andere autoriteiten van een Lid-Staat, in de uitvoering van de verplichting om het door de richtlijn beoogde resultaat te bereiken.

De nationale rechter is dan ook bij toepassing van het nationaal recht gehouden dit zoveel mogelijk te interpreteren in het licht van de tekst en de bedoeling van de richtlijn. Belangrijk is de vaststelling dat het in dezen irrelevant is of de (te interpreteren) bepalingen van nationaal recht dateren van voor of van na de inwerkingtreding van de richtlijn.

In horizontale verhoudingen, waarin de richtlijn niet rechtstreeks kan werken, moet het nationale recht thans dan ook worden geïnterpreteerd om het door de richtlijn opgelegde resultaat te bereiken. Door de richtlijnconforme uitleg verkrijgt de richtlijn een normatieve grondslag in de nationale rechtsorde, zodat de subjectieve rechten en plichten die haar bepalingen inhouden, afdwingbaar worden in een particuliere rechtsverhouding. Dat richtlijnen uit zichzelf geen verplichtingen kunnen opleggen blijft onverkort gelden. De nationale bepaling die richtlijnconform geïnterpreteerd wordt, kan dit daarentegen wel (Betlem, G., *o.c.*, *N.J.B.*, 1991, 1367; Prechal, S., *o.c.*, *Weekblad voor fiscaal recht*, 1991, 1600).

5. In het arrest Van Colson en Kamann kan men lezen dat de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie begrensd wordt door de nationale rechtsvindingsmethoden, alsmede door de algemene rechtsbeginselen die deel uitmaken van het gemeenschapsrecht, met name het rechtszekerheidsbeginsel en het retroactiviteitsverbod (H.v.J., 10 april 1984, Van Colson en Kamann, 14/83, *Jur.*, 1984, 1891). Het Marleasing-arrest maakt daarentegen duidelijk dat de limiet van de richtlijnconforme uitlegplicht niet langer besloten ligt in het nationaal recht. Thans heet het dat de nationale rechter gehouden is het nationaal recht zoveel mogelijk uit te leggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn, teneinde het in art. 189, derde lid E.E.G.-Verdrag beoogde resultaat te bereiken (H.v.J., 13 november 1990, Marleasing, 106/89, *Jur.*, 1990, 4159, r.o. 8). Enige referentie aan de ruimte die het nationaal recht aan de rechter biedt, is verdwenen. Volgens Prechal vraagt het Hof van Justitie de nationale rechter om desnoods de nationale rechtsvindingsmethoden overboord te zetten en conform te interpreteren zolang hij dit als rechter kan doen (Prechal, S., *o.c.*, *Weekblad voor fiscaal recht*, 1991, 1597). De limiet van de richtlijnconforme interpretatie ligt dan ook niet langer besloten in het nationaal recht maar wel in de functie van de rechter: het gemeenschapsrecht kan de nationale rechter niet dwingen om als regelgever op te treden (Gilliams, H., *o.c.*, *R.W.*, 1990-91, 1359; Prechal, S., *o.c.*, *Weekblad voor fiscaal recht*, 1991, 1597). Bij dit alles dient men er zich rekenschap van te geven dat de rechter hier niet langer optreedt in zijn puur nationale hoedanigheid, maar dat hij als overheidsorgaan van een Lid-Staat, de nakoming door die Lid-Staat van een communautaire verplichting dient te verzekeren. De verplichting tot richtlijnconforme interpretatie wordt dan ook uitsluitend begrensd door het communautaire recht en houdt op daar waar de algemene communautaire rechtsbeginselen zoals het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht in het gedrang komen (Prechal, S., *o.c.*, *Weekblad voor fiscaal recht*, 1991, 1597-1598).

6. Gelet op het vorenstaande, oordeelt het Hof van Beroep te Brussel dan ook terecht dat de vermelde Europese

richtlijn als interpretatiebron aangewend diende te worden bij de oplossing van het onderhavige geschil omtrent de beëindiging van een agentuurovereenkomst van onbepaalde duur. Aangezien de agentuurovereenkomst een onbenoemd contract is en partijen hadden nagelaten een schriftelijke overeenkomst op te stellen, werd hun contractuele verhouding beheerst door de aanvullende regels van het verbintenissenrecht, die in casu voldoende ruimte voor richtlijnconforme interpretatie boden. De richtlijnconforme interpretatie leidde ertoe dat de materiële regels van de richtlijn door middel van het nationaal recht toegepast werden op de rechtsverhouding tussen principaal en handelsagent.

Net als het (vroegere) Belgische recht bepaalt art. 15, eerste lid, van de richtlijn dat een agentuurovereenkomst voor onbepaalde duur door elk der partijen met inachtneming van een opzeggingstermijn beëindigd kan worden. De richtlijn legt evenwel op dwingende wijze minimumopzegtermijnen vast (art. 15, tweede lid). De richtlijn verplicht de Lid-Staten daarenboven tevens een regeling in te voeren om te bewerkstelligen dat de handelsagent, bij beëindiging, hetzij een cliënteelvergoeding, hetzij een recht tot herstel van het geleden nadeel krijgt (art. 17). In het verleden was bij eenzijdige beëindiging door de principaal van een agentuurovereenkomst van onbepaalde duur slechts een redelijke opzegtermijn vereist (Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes de droit commercial*, Brussel, IV, 1988, 130 e.v.). De handelsagent kon bij rechtmatige beëindiging geen cliënteelvergoeding, noch een herstel van de door de eenzijdige beëindiging veroorzaakte schade claimen.

Geert Van Haegenborgh
Assistent K.U. Leuven

ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN

2e KAMER – 16 JANUARI 1992

Voorzitter: de h. Romain

Raadsheren in sociale zaken: de hh. Van Houtven en Cornet

Advocaten: mrs. De Wachter en Lenaerts loco Deprez

Bescherming van het loon – Onderwijs – Gesubsidieerde onderwijsinstelling – Leraar – Loon – Staat – Onwettige betaling – Inhouding – Verjaring – Exceptie

De omstandigheid dat zijn vordering tot inhouding van het onwettig betaald loon verjaard is, verhindert niet dat de Staat de wettigheid van de door hem verrichte inhouding op het loon van een leraar van een gesubsidieerde onderwijsinstelling als exceptie vermag in te roepen tegen de vordering van die leraar tot uitbetaling van hetgeen is ingehouden.

Belgische Staat t/ V.

Het vonnis *a quo* veroordeelt de Belgische Staat, vertegenwoordigd door de minister van Onderwijs, om aan V. de som van 415.157 fr. te betalen, vermeerderd met de wettelijke en gerechtelijke interest.

De Belgische Staat, vertegenwoordigd door de vice-eerste minister, belast met de herstructurering van het onderwijs, komt van dit vonnis in hoger beroep.

Appellant, die aan geïntimeerde een onverschuldigd loon had uitbetaald, heeft dit, binnen de verjaringstermijn – en daarbij rekening houdend met de quota – op later loon ingehouden; het betreft hier een nettobedrag van 388.175 fr. overeenstemmend met het brutobedrag van 415.157 fr.

Geïntimeerde betoogt dat appellant deze inhouding niet mocht verrichten zonder een titel te hebben verkregen, en dat hij deze nu niet meer kan verkrijgen omdat de vordering van het bestuur inmiddels vervallen is. Derhalve eist geïntimeerde dat de som in kwestie hem wordt toegekend; hij verwijst naar artikel 23 van de Loonbeschermingswet en artikel 7 van de wet van 6 februari 1970 betreffende de verjaring van schuldvorderingen ten laste of ten voordele van de Staat en de provincies.

Het Hof bevindt dat appellant zich op de regel «*Quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*», vermag te beroepen.

Aangezien het voorwerp van het geding in de Schatkist thuishoort, stemt de door de inhouding ervan geschapen toestand overeen met de rechtmatigheid. Dat deze toestand niet meer zou kunnen gerealiseerd worden via een vordering, neemt niet weg dat hij behouden kan blijven via een verweer. De regel «*Quae temporalia etc.*» is het gevolg van het onderscheid tussen vordering en recht; het wegvallen van de vordering tast het bestaan van het recht niet aan. De wet van 6 februari 1970 regelt de verjaring van schuldvorderingen; het gaat hier niet om een verval van recht doch een verval van vordering. En geïntimeerde kan niet ernstig betwisten dat de inhouding onwettig uitbetaalde weddetoelagen tot voorwerp had.

NOOT – Zie ook Arbh. Antwerpen, 5 november 1990, *R.W.*, 1990-91, 1209, voor wat aangaat de toepasselijkheid van de Loonbeschermingswet op de overheid die het loon van de leraars van gesubsidieerde onderwijsinstellingen uitbetaalt.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE BRUGGE

1e KAMER – 17 SEPTEMBER 1990

Rechter: de h. Vandorpe

Advocaten: mrs. T'Jonck, Labens, Quatacker, Petitat en Brondel

Huur – Aansprakelijkheid van de huurder voor beschadigingen en verliezen ontstaan door toedoen van huisgenoten – Begrip huisgenoot

Het begrip huisgenoot in artikel 1735 B.W. moet ruim worden geïnterpreteerd en omvat niet alleen de familieleden van de huurder, maar ook dienstboden, genodigden, kostgangers en de bijzit.

C.V. De F. en C. t/ P. e.a.

A. Vordering en verweer

Eiseres vordert de solidaire veroordeling van verweerders tot betaling van 683.899 frank, te vermeerderen met de vergoedende rente vanaf 24 juni 1987.

Eiser vordert de solidaire veroordeling van verweerders tot betaling van 121.632 frank, te vermeerderen met de vergoedende rente vanaf 24 juni 1987.

Voormelde bedragen vertegenwoordigen de vergoeding voor de schade die eisers hebben geleden, respectievelijk als brandverzekeraar en eigenaar door een brand op 24 juni 1987 in het pand van laatstgenoemde (...).

Eisers baseren hun vordering tegen eerste verweerder op de artikelen 1734 B.W. en 1382 B.W. en tegen tweede verweerder op de artikelen 1734 en 1735 B.W. Eisers baseren hun vordering tegen derde en vierde verweerder, brandverzekeraars van respectievelijk eerste en tweede verweerder, op artikel 38 van de Verzekeringwet;

...

B. Beoordeling

De feiten

1. Uit het door partijen overgelegd strafdossier blijkt dat Franz P. op 24 juni 1987 in dronken toestand brand heeft gesticht op de benedenverdieping van de woning aan (...)

Franz P. en Erna V. vormden een feitelijk gezin. Laatstgenoemde huurde de benedenverdieping en de bovenverdieping. Franz P. huurde de kelderderdieping, maar in feite werd die ruimte betrokken door de moeder van Erna V. Aldaar was na de brand geen schade vast te stellen.

2. De schade aan het gebouw werd op tegenspraak vastgesteld op 683.899 frank voor de C.V. De F. en op 121.632 frank voor de eigenaars Gerard C.

Het recht

1. Eerste verweerder is aansprakelijk zowel op grond van artikel 1734 B.W. als op grond van artikel 1.382 B.W.

Hij betwist overigens zijn aansprakelijkheid niet.

Daar eerste verweerder in casu zich niet op enige goede trouw kan beroepen, kan hij geen aanspraak maken op enig respijt of op termijnen om zijn schuld te voldoen.

2. Derde verweerder, brandverzekeraar van eerste verweerder, beroept zich terecht op artikel 16 van de Verzekeringwet, aangezien vaststaat dat haar verzekerde opzettelijk de brand heeft gesticht.

Ten onrechte verwijzen eisers naar de W.A.M.-verzekering.

De hierin vervatte bepalingen zijn niet bij analogie van toepassing op andere verzekeringstakken. Daarenboven kan een opzettelijke brandstichting niet worden beschouwd als een exceptie die na het schadegeval zou zijn ontstaan.

De vordering van eisers tegen derde verweerder moet derhalve als ongegrond worden afgewezen.

3. Tweede verweerder is aansprakelijk zowel op grond van artikel 1734 B.W. als op grond van artikel 1735 B.W.

Laatstgenoemd artikel bepaalt dat de huurder aansprakelijk is voor de beschadigingen en verliezen die ontstaan door toedoen van huisgenoten. Rechtsleer en rechtspraak zijn het erover eens dat het begrip huisgenoot ruim moet worden geïnterpreteerd. Het omvat niet alleen de familieleden van de huurder maar ook dienstboden, genodigden, kostgangers,

de bijzit... (T.P.R., 1989, Overzicht van rechtspraak, blz. 1.162, nrs. 143 e.v.).

Zowel verweester als haar brandverzekeraar houden thans met nadruk staande dat eerste verweerder niet als «huisgenoot» kan worden beschouwd daar hij een afzonderlijke huurovereenkomst had gesloten, er op afzonderlijke adressen werd verbleven en er twee afzonderlijke polissen bestonden.

Deze argumentatie snijdt geen hout.

Verweester kan er immers niet omheen dat zij tijdens het strafonderzoek op 24 juni 1987 woordelijk verklaarde: «Tevens woont sinds 1979 mijn bijzit P. Franz bij ons in. Wij leven allen samen in dezelfde woonvertrekken. In de sous-sol, een afzonderlijk woonvertrek, verblijft nog mijn moeder.»

Eerste verweerder zelf verklaarde dat hij reeds gedurende een achttal jaren een verhouding had met V. Erna en dat zij steeds hadden samengewoond in D.

De vordering tot vrijwaring van verweester tegen verweerder gebaseerd op artikel 1382 B.W. moet worden toegekend.

4. Vierde verweerder, brandverzekeraar van tweede verweerder, is gehouden tot schadevergoeding van eisers ingevolge de rechtstreekse vordering waarover laatstgenoemden beschikken krachtens artikel 38 van de Verzekeringwet.

Haar verweer i.v.m. de omvang van de vergoeding voor de inboedel, volgens de polis beperkt tot 750.000 frank, is niet dienend.

De vordering van eisers slaat immers op de vergoeding voor het gebouw (volgens de polis 1.750.000 frank).

Over het bedrag van die schadevergoeding dat in overleg met een inspecteur van vierde verweerder werd bepaald, bestaat verder geen betwisting.

De vordering tot vrijwaring van verweester tegen verweerder als gesubrogeerde van haar verzekerde moet worden toegekend.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (3e Kamer), 19 oktober 1992

Ziekte- en invaliditeitsverzekering – Administratieve sanctie – Arbeidsongeschiktheid – Spontane werkhervatting – Andere arbeid dan bij werkgever – Aangifteverplichting

Het bestreden arrest (Arbh. Gent, afd. Brugge, 28 juni 1991) besliste dat krachtens art. 2, 6°, K.B. 10 januari 1969, geen administratieve sanctie kon worden opgelegd aan de gerechtigde op arbeidsongeschiktheidsuitkeringen die na een spontane hervatting van het werk zijn verzekeringsinstelling daarvan niet in kennis heeft gesteld, op grond dat de krachtens art. 15bis, K.B. 31 december 1963 opgelegde aangifteverplichting op geen andere arbeidshervatting betrekking kan hebben dan op die bij een werkgever, en dat, daar te dezen geen arbeid bij een werkgever werd hervat, daarvan geen aangifte hoefde te worden gedaan.

Het arrest wordt op de volgende gronden vernietigd:

«Overwegende dat, naar luid van artikel 2, 6°, van het koninklijk besluit van 10 januari 1969, de gerechtigde die na

een spontane hervatting van het werk of de werkloosheid zijn verzekeringsinstelling daarvan niet in kennis heeft gesteld en verder uitkeringen wegens arbeidsongeschiktheid heeft ontvangen, van het recht op uitkeringen wegens arbeidsongeschiktheid wordt uitgesloten;

«Overwegende dat deze bepaling zelf, ongeacht eventuele andere bepalingen, de gerechtigde de verplichting tot mededeling van zijn spontane werkhervatting aan zijn verzekeringsinstelling oplegt;

«Dat deze bepaling niet uitsluitend toepassing vindt, wanneer van de arbeidshervatting aangifte dient te worden gedaan overeenkomstig het bepaalde in artikel 15bis van het koninklijk besluit van 31 december 1963; dat zij ook toepasselijk is, wanneer de gerechtigde arbeid heeft hervat die niet in dienst van een werkgever wordt verricht.»

(Voorzitter: de h. Marchal – Rapporteur: de h. Boes – Openbaar ministerie: de h. Lenaerts, procureur-generaal – Advocaten: mrs. Houtekier en Bützler – In de zaak: R.I.-Z.I.V. t/ J.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 23 oktober 1992

Afpaling – Art. 646 B.W. – Afpaling op gemene kosten – Betreft niet de kosten van het deskundigenonderzoek naar de grensafscheiding

«Overwegende dat het onderdeel aanvoert dat het bestreden vonnis (Rb. Kortrijk, 7 februari 1991) artikel 646, laatste zin, van het Burgerlijk Wetboek schendt door de kosten van de twee deskundigenonderzoeken die te dezen noodzakelijk waren voor het bepalen van de grensscheiding, integraal ten laste van eiseres te leggen;

«Dat de bepaling van artikel 646, laatste zin, van het Burgerlijk Wetboek dat de afpaling geschiedt op gemene kosten, evenwel enkel betrekking heeft op de kosten verbonden aan de afscheiding of eigenlijke afpaling en niet op de kosten van onderzoek naar de grensscheiding, zoals de deskundigenonderzoeken;

«Dat het onderdeel niet kan worden aangenomen.»

(Voorzitter: mevr. Baeté-Swinnen – Rapporteur: de h. WaÛters – Openbaar ministerie: de h. De Swaef – Advocaten: mrs. De Gryse en Bützler – In de zaak: L. t/ Va, N. e.a.)

Hof van Cassatie (2e Kamer), 27 oktober 1992

Wegverkeer – Uit manege ontsnapt paard – Zonder bestuurder op de openbare weg – Toepassing van art. 8.1 Wegverkeersreglement

Het bestreden vonnis (Corr. Brussel, 8 maart 1991) veroordeelt eiser wegens overtreding van art. 8.1 Wegverkeersreglement op grond dat hij een paard liet rondlopen op de binnenplaats van een manege, dat het dier losgekomen en ontsnapt is, en dat hij alle voorzorgen moest treffen om te voorkomen dat het dier kon loskomen en op de openbare weg komen zonder bestuurder. Eisers middel wordt als volgt verworpen:

«Overwegende dat krachtens artikel 8.1, juncto artikel 1 van het koninklijk besluit van 1 december 1975 houdende algemeen reglement op de politie van het wegverkeer, elk voertuig of elke sleep in beweging op de openbare weg een bestuurder moet hebben, welke regel die ook geldt voor trek-, last- of rijdieren en het vee, afzonderlijk of in kudde;

«Overwegende dat degene aan wie te wijten is dat voornoemd voertuig, sleep of dier zich in de hiervoren beschreven situatie zonder bestuurder bevindt de voor het misdrijf strafrechtelijk aansprakelijke persoon is;

«Overwegende dat de appelrechters oordelen dat eiser naliet alle voorzorgen te treffen om te voorkomen dat het paard op de openbare weg zou komen zonder dat het een bestuurder had; dat zij verder oordelen dat er geen elementen zijn waaruit zou blijken dat eiser zich in een toestand van overmacht bevond;

«Overwegende dat de appelrechters zodoende hun beslissing naar recht verantwoorden.»

(Voorzitter: de h. D'Haenens – Rapporteur: de h. De Peuter – Openbaar ministerie: de h. D'Hoore – Advocaat: mr. Brocorens – In de zaak: W. t/ N.V. H. en P.)

WETGEVING IN KORT BESTEK

Onder de zorg van het Departement Rechten van de U.I.A.

Aan het nazien van het Belgisch Staatsblad van augustus 1992 verleenden hun medewerking: William Lambrechts, Jean Laenens en Ilse Weynants.

Leerlingwezen bij werknemers

De wet van 19 juli 1983 op het leerlingwezen voor beroepen uitgeoefend door werknemers in loondienst is gewijzigd door de wet van 20 juli 1992 (B.S., 7 augustus 1992) om de volgende redenen.

1. De wet biedt de mogelijkheid om, op eenparig advies van de Nationale Arbeidsraad, opleidingen te organiseren in ondernemingen met minder dan vijftig werknemers voor bepaalde beroepen waarvoor eveneens een opleiding bestaat in het leerlingwezen van de Middenstand.

2. De mogelijkheid bestaat nu om met een jaarlijkse verlenging de leerovereenkomst na de leeftijd van achttien jaar af te sluiten ongeacht of het gaat om ondernemingen met meer of minder dan vijftig werknemers.

3. Aan de leerlingen wordt de mogelijkheid geboden om te herkansen, zoals in de voltijdse opleidingen.

4. De wetgeving op het leerlingwezen moet in overeenstemming worden gebracht met de huidige bevoegdheidsverdeling tussen de nationale overheid en de Gemeenschappen.

5. De bepalingen van de vroegere wet worden aangepast aan de burgerlijke meerderjarigheid die op achttien jaar is gebracht.

Er zijn ook enkele technische wijzigingen.

De wet is in werking getreden op 1 september 1992.

W.L.

Hypothecair krediet

De verouderde regeling betreffende de hypothecaire leningen, bepaald bij K.B. nr. 225 van 7 januari 1936, is vervangen door de wet van 4 augustus 1992 (*B.S.*, 19 augustus 1992). De nieuwe wet regelt het geheel van hypothecaire kredieten ondertekend door een persoon op het privé-vlak.

Titel I regelt het burgerlijk statuut van het hypothecair krediet.

De bescherming van de kredietnemer wordt verbeterd. Die titel bevat ook een fundamentele vernieuwing: indien gewenst zal de consument een keuze kunnen maken tussen een vaste rentevoet, zonder een vijfjaarlijkse of driejaarlijkse herziening, en een variabele rentevoet.

Titel II belast de minister van Economische Zaken en in het bijzonder de dienst voor de verzekeringscontrole met het toezicht op hypothecaire ondernemingen.

Titel III introduceert een vereenvoudigde procedure voor de overdracht van hypothecaire schuldvorderingen door de leners en handhaaft alle noodzakelijke waarborgen voor de kredietnemer.

Artikel 58 van de wet brengt de geldigheidsduur van de hypothecaire inschrijving van vijftien op dertig jaar. Aldus wordt art. 2154 B.W. aangepast. Daar vele hypothecaire inschrijvingen een looptijd van meer dan vijftien jaar hebben, wordt door deze maatregel de moeilijkheid van de hernieuwing van de hypothecaire inschrijving vermeden.

De wet treedt in werking op 1 januari 1993. Artikel 57, § 1, is krachtens het K.B. van 18 september 1992 (*B.S.*, 30 september 1992) op deze laatste datum in werking getreden.

W.L.

Landverzekeringsovereenkomst

De wet van 11 juni 1874 op de verzekeringsovereenkomsten wordt, wat de landverzekeringsovereenkomst betreft — dus bv. niet voor de zeeverzekeringen — opgeheven en vervangen door de wet van 25 juni 1992 betreffende de landverzekeringsovereenkomst (*B.S.*, 20 augustus 1992). De wet is niet van toepassing op de herverzekering, noch op de verzekeringen van het goederenvervoer dat niet hoofdzakelijk over land geschiedt.

De bepalingen van de wet zijn in beginsel dwingend.

De belangrijkste vernieuwing heeft betrekking op de looptijd van de contracten, die maximaal één jaar bedraagt.

Het contract zal stilzwijgend worden verlengd bij het einde van elk jaar maar de partijen kunnen zich verzetten tegen de vernieuwing door dit minstens drie maanden vóór de eventuele verlenging te melden. Deze beperking van de duur is evenwel niet van toepassing op levens- en ziekteverzekeringen, waarbij elke gewenste looptijd kan worden overeengekomen.

Inzake het begrip «grove schuld» moet de verzekeraar verplicht de gevallen van grove schuld uitdrukkelijk en volledig in de overeenkomst opsommen.

De nieuwe wet erkent voor alle verzekeringen burgerlijke aansprakelijkheid een specifiek recht voor de slachtoffers. Dat betekent dat zij rechtstreeks tegen de verzekeraar van de aansprakelijke partij kunnen handelen zonder zich tot de verzekerde te richten die men aansprakelijk poogt te stellen. Bovendien is de verzekeraar verplicht het slachtoffer recht-

streeks te vergoeden, wat het slachtoffer beschermt tegen andere schuldeisers van de verzekerde.

Door het K.B. van 24 augustus 1992 (*B.S.*, 11 september 1992) wordt de wet volledig operationeel op 1 januari 1993. Het K.B. van 25 augustus 1992 (*B.S.*, 11 september 1992) bevat de voorschriften over de aanpassing van de verzekeringsovereenkomsten en verzekeringsdocumenten aan de wet van 25 juni 1992.

De oude wet van 11 artikelen is een mammoetwet van 149 artikelen geworden. Voor een commentaar zie Straetmans, G., «De nieuwe wet op de landverzekeringsovereenkomst en de bescherming van de consument», *D.C.C.R.*, 1992-93, 6-29, alsmede de uitvoerige bespreking van de wet door prof. Luc Schuermans in het *R.W.* 1992-93, p. 689 e.v. en p. 729 e.v.

W.L.

Goederen en technologie

De wet van 11 september 1962 betreffende de in-, uit- en doorvoer van goederen is gewijzigd door de wet van 3 augustus 1992 (*B.S.*, 26 augustus 1992) om strenger te kunnen optreden ten aanzien van de beweging van goederen waaraan technologie is verbonden omdat hiervan misbruik kan worden gemaakt. Onder technologie verstaat de wet alle specifieke informatie noodzakelijk voor de ontwikkeling, de produktie of het gebruik van goederen, met inbegrip van die welke een handeling van dienstverlening uitmaakt.

De wet van 3 augustus 1992 moet wel worden onderscheiden van de wet van 5 augustus 1991 betreffende de in-, uit- en doorvoer van wapens, munitie en speciaal voor militair gebruik dienstig materieel en daaraan verbonden technologie (*B.S.*, 10 september 1991), de zogenaamde wapenwet.

W.L.

Kinderarbeid

De Belgische wetgever heeft reeds in de vorige eeuw aandacht gehad voor de problematiek van de kinderarbeid m.n. in de wet van 13 december 1889 houdende reglementering van de arbeid van vrouwen en kinderen. De artikelen 6 en 7 van de Arbeidswet van 16 maart 1971 regelden nadien de kinderarbeid.

Op het internationaal vlak bestaat het verdrag nr. 138 van de internationale arbeidsorganisatie betreffende de minimumtoelatingsleeftijd tot de arbeid, in België omgezet in de wet van 20 november 1987.

Naast het Europees Sociaal Handvest bestaat ook het VN-Verdrag inzake de rechten van het kind, aangenomen te New York op 20 november 1989 en goedgekeurd door de wet van 25 november 1991 (*B.S.*, 17 januari 1992).

In het kader van die internationale verdragteksten werd het noodzakelijk geacht een nieuwe aangepaste wet betreffende de kinderarbeid uit te werken. Dat is geschied bij de wet van 5 augustus 1992 (*B.S.*, 28 augustus 1992).

Onder kinderen wordt verstaan: minderjarigen beneden vijftien jaar of die onderworpen zijn aan voltijdse leerplicht. De wet gaat uit van twee beginselen:

- kinderarbeid is verboden;
- in afwijking van dit verbod zijn de werkzaamheden verricht door kinderen slechts toegelaten in welbepaalde door de wet omschreven situaties waarvoor vooraf een individuele afwijking moet worden verkregen van de bevoegde

ambtenaren; maar de werkzaamheden in het kader van de opvoeding of de vorming van de kinderen behoeven geen voorafgaande afwijking.

Er wordt een onderscheid gemaakt tussen drie leeftijds-categorieën: van 0 tot en met 6 jaar, van 7 tot en met 11 jaar en van 12 tot 15 jaar. Er wordt een adviesraad kinderarbeid opgericht.

De wet bepaalt hoe het geld waarop het kind recht heeft, moet worden gestort.

De bestaande strafsancities worden aanzienlijk verzwakt.

De wet treedt in werking op 1 februari 1993. Voor diverse commentaren zie X., «Kinderarbeid: toestaan zonder toe te geven», *Arbeidsblad*, 1992, 5-44.

W.L.

Wet Gerechtelijk Wetboek vernieuwd

Talrijke bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek zijn aanzienlijk gewijzigd door de wet 3 augustus 1992 (B.S., 31 augustus 1992), die op 1 januari 1993 in werking treedt.

De bestrijding van de gerechtelijke achterstand, inzonderheid bij de appelgerichten, was ongetwijfeld één van de basissetrachten van de wetgever.

De belangrijkste wetswijzigingen kunnen als volgt samengevat worden:

1. Inzake rechterlijke organisatie wordt de regeling m.b.t. het verzoek om toewijzing van een zaak aan een kamer met drie rechters en/of raadsheren verbeterd. Het hoger beroep tegen vonnissen gewezen door de vrederechter wordt toegewezen aan een kamer met drie rechters.

2. De adviestaak van het openbaar ministerie in civiele zaken wordt ingeperkt. Duidelijk wordt gesteld dat het verplicht advies van het openbaar ministerie niet geldt voor de rechter in kort geding en voor de beslagrechter.

3. De vrederechter wordt bevoegd om kennis te nemen van alle vorderingen waarvan het bedrag 75.000 fr. niet te boven gaat.

4. De vonnissen van de rechtbank van eerste aanleg en van de rechtbank van koophandel, waarbij uitspraak wordt gedaan over een vordering, waarvan het bedrag van 75.000 fr. niet wordt overschreden, worden gewezen in laatste aanleg. Hetzelfde geldt voor de vonnissen van de vrederechter waarbij uitspraak wordt gedaan over een vordering waarvan het bedrag van 50.000 fr. niet wordt overschreden.

5. Tegen een beslissing inzake bevoegdheid kan slechts hoger beroep worden ingesteld samen met het hoger beroep tegen het eindvonnis. De zaak moet niet meer naar de rechter in eerste aanleg verwezen worden, wanneer het appelgerecht het vonnis waarin deze zich onbevoegd heeft verklaard, bevestigt. Indien daartoe grond bestaat, moet de appelrechter de zaak verwijzen naar de bevoegde rechter in hoger beroep.

6. De vrijwillige-verschijningsprocedure wordt aangehouden. Een nieuw hoofdstuk werd ingevoegd ter regeling van het verzoekschrift op tegenspraak. Ook de schriftelijke behandeling wordt verijnd.

7. Het hoofdstuk m.b.t. de behandeling en de berechting op tegenspraak is volledig herschreven. Fundamentele wijzigingen zijn aangebracht in de bepalingen m.b.t. de behandeling ter inleidende zitting, de «mededeling» van de stukken, de conclusies, de bepaling van de rechtsdag en de verdaging. De ambtshalve doorhaling van een zaak wordt in-

gevoerd. Volkomen nieuw is eveneens het feit dat de rechtspleging op tegenspraak blijft ten aanzien van de partij die ter inleiding verschenen is en conclusies heeft neergelegd, al verschijnt ze niet op de zitting waarop de zaak is bepaald of waartoe ze is verdaagd.

8. Indien de rechter het beraad langer dan drie maanden aanhoudt, dient hij de eerste voorzitter van het hof van beroep of van het arbeidshof op de hoogte te brengen.

9. Het aantal nietigheden die ambtshalve kunnen worden uitgesproken, is drastisch verminderd. Bovendien kan het verzuim of de onregelmatigheid van de vorm van een proceshandeling of van de vermelding van een vorm niet meer tot nietigheid leiden, wanneer uit de gedingstukken blijkt ofwel dat de handeling het doel heeft bereikt dat de wet ermee beoogt, ofwel dat die niet vermelde vorm werkelijk in acht is genomen.

10. De rechtspleging in hoger beroep is aangepast. Alle zaken worden op een vaste datum ingeleid. Elk hoger beroep dient gemotiveerd te worden. Een burgerlijke boete kan bovendien worden uitgesproken wegens tergend of roekeloos hoofdberoep.

J.L.

Brussel-milieueffectrapportage

Bij ordonnantie van 23 juli 1992 (B.S., 1 augustus 1992) is voor het Brusselse hoofdstedelijk gewest een regeling uitgewerkt voor de milieueffectrapportage van bepaalde projecten. Milieu-effectbeoordeling moet plaatsvinden voor: aanvragen van stedenbouwkundige attesten; stedenbouwkundige en verkavelingsvergunningen; aanvragen van milieuattesten en milieuvergunningen; ontwerpen van bijzondere bestemmingsplannen.

De ordonnantie behoeft nog uitvoeringsbesluiten en moet in werking treden uiterlijk op 1 juli 1993. De procedure is gekoppeld aan de stedenbouwordonnantie van 29 augustus 1991 en aan de ordonnantie van 30 juli 1992 betreffende de milieuvergunning. Om die reden wordt de stedenbouwordonnantie van 29 augustus 1992 aangepast bij ordonnantie van 30 juli 1992, (B.S., 19 augustus 1992).

W.L.

Milieuvergunning te Brussel

Naar het voorbeeld van het Vlaamse milieuvergunningdecreet en Vlarem I en Vlarem II heeft het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest nu ook een nieuwe norm op de milieuvergunning die de exploitatievergunning en de lozingsvergunning zal vervangen. Het gaat om de ordonnantie van 30 juli 1992 betreffende de milieuvergunning (B.S., 29 augustus 1992). De ordonnantie wil de vergunningprocedures samenbinden en rationaliseren.

De hinderlijke inrichtingen worden nu ook ingedeeld in drie klassen, niet helemaal vergelijkbaar met Vlaanderen: klasse I A bevat de M.E.R.-plichtige inrichtingen, klasse I B de andere hinderlijke bedrijven met een bepaalde omvang; klasse II-inrichtingen zijn de hinderlijke inrichtingen van klasse II van het Arab en van het K.B. van 23 september 1958 i.v.m. de springstoffen.

Inrichtingen van klasse I A moeten een milieuattest aanvragen. Het bepaalt in hoever en onder welke voorwaarden een milieuvergunning mag worden afgegeven. Dit attest

blijft in beginsel twee jaar geldig. Voor klasse I-inrichtingen wordt de milieuvergunning afgeleverd door het Brussels Instituut voor milieubeheer (B.I.M.).

Inrichtingen van klasse II worden vergund door het college van burgemeester en schepenen. Vanzelfsprekend bestaan beroepsmogelijkheden.

Een milieuvergunning is maximaal tien jaar geldig, tweemaal verlengbaar.

Deze ordonnantie heeft nog uitvoeringsbesluiten en moet uiterlijk op 1 juli 1993 in werking treden.

I.W.

BOEKEN

P.A. WACKIE EYSTEN e.a., **Pioniers in toga**, Zwolle, 1992, 135 pp.

Uiteraard is de rechtspraak een bron van recht. Welke aanzienlijke rol echter hierbij de advocaat speelt, wordt in dit fraai uitgegeven boek, een uitgave van de Nederlandse Orde van Advocaten, onderstreept. Zonder advocaten die risico's nemen, en die de nodige middelen voordragen, zou er van rechtsvinding en rechtsvorming door de rechter, die daarin nu al zover pleegt te gaan dat hij door sommigen die het weten kunnen als pseudo-wetgever wordt aangeduid, een heleboel minder terecht komen. Het recht moet gelijke tred houden met het constante ontwikkelingsproces van onze samenleving. Het leven van alle dag blijkt bepalend voor de ontwikkeling van het recht in privaatrechtelijke verhoudingen. Dat zijn alle situaties waarin particulieren, bedrijven en ook de overheid relaties met elkaar aangaan, elkaar schade toebrengen of met elkaar zaken doen. Huis, tuin-, en keukenongelukjes leiden regelmatig tot rechterlijke uitspraken van verstrekkende betekenis. De voorbeelden liggen in dit boek voor het rapen. Op de drempel van het oude naar het nieuwe Nederlandse B.W. leek het een goede gedachte aandacht te besteden aan de hedendaagse advocaat en daarbij juist diens pioniersrol apart te belichten.

De zaken die in dit boek worden beschreven, betekenden telkens een kleinere of grotere stap in de rechtsontwikkeling. Het recht is dynamisch, niet statisch. Telkens was er sprake van een verdergaan van verheldering van de stand van het recht, een uitdieping van bestaande regels, soms zelfs van een radicaal gewijzigd inzicht, waarmee anderen weer hun voordeel konden doen. Telkens weer zijn er advocaten en cliënten die hardnekkig, tegen de gevestigde opinies in, een aspect in een zaak zien dat het weer anders maakt, dat het de moeite waard maakt om te onderzoeken of de rechter niet bereid zou zijn mee te gaan. Met de invoering van het Nederlandse B.W. op 1 januari van dit jaar is er ook geen eindpunt bereikt, maar wordt alleen een bijgewerkte landkaart gepresenteerd die nieuwe onderzoekstochten mogelijk maakt.

In het begin van het boek wordt de geschiedenis van de advocatuur en de Orde van de Advocaten geschetst. De geschiedenis van het werk aan het nieuwe B.W., waarvan de eerste ontwerpen in de vorm van Meijers' *groene boeken* begin vijftiger jaren verschenen, valt ongeveer samen met die van de Nederlandse Orde van Advocaten, die van 1 oktober 1952 dateert. Dat is louter toeval. Of misschien ook niet. Misschien komen beide voort uit de na-oorlogse zucht naar ordening, uit een opnieuw willen beginnen. Men vindt in het boek onder andere foto's van het oude kantoor Stibbe, Blaisse en De Jong aan het Rokin in Amsterdam en een foto van de nieuwbouw Stibbe en Simont in Amsterdam. Het statige kabinet werd ginds vervangen door toegankelijke kantooruimte. In haar 40-jarig bestaan heeft de orde een geweldige ontwikkeling doorgemaakt. In 1952 was er nog sprake van een gesloten beroepsgroep die gedijde bij de gratie van zijn procespraktijk. Deze procespraktijk is gebleven. Steeds meer is daarnaast het accent gelegd op de adviespraktijk: voorkomen is nu eenmaal beter (en goedkoper) dan genezen.

Een van de auteurs van het boek vertelt dat hij toen hij een dag of drie advocaat was, de bibliotheek van zijn kantoor werd ingejaagd om een brandend probleem op te lossen. Wat dat probleem inhield

weet hij niet precies meer, maar wel dat een rijpe collega, met minstens twee jaar ervaring, in diezelfde bibliotheek met iets anders aan het worstelen was, en, op zoek naar afleiding, vroeg waar onze schacht mee tobde. Omstandig zette deze zijn geval uiteen, in de verwachting dat hem een hoop zoekwerk in jurisprudentie en handboeken bespaard zou blijven. Aan het eind van zijn verhaal legt hij de vraag voor: «Is Janssen nu eigenaar van de auto geworden?» Zijn kantoorgenoot keek hem wazig aan en vroeg toen: «Voor wie komen wij op?» Het was een reactie die de beginnening met verontwaardiging vervulde. Hij zocht naar het *recht*, en hij had gesproken met iemand die kennelijk alleen maar een zaakje wou winnen. Langzamerhand kwam hij er evenwel achter dat die andere aanpak zo gek nog niet was. Het advocatenwerk in procedures bestaat in het analyseren van een probleem, het selecteren en rangschikken van feitelijke gegevens, en daarna het verzinnen en presenteren van alle argumenten die de zaak in een gunstig daglicht kunnen stellen. Wie dat afdoet met «recht praten wat krom is» verliest uit het oog dat aan de andere kant ook een advocaat staat, die hetzelfde doet, en dat het daarna aan de rechter is om uit die per definitie tegenstrijdige visies de juiste te kiezen. Een rechter die zijn vak verstaat, heeft behoefte aan die eenzijdige voorlichting van twee kanten, omdat zijn inzicht in de zaak wordt verdiept en zijn keuze wordt vergemakkelijkt.

Om de lezer smaak te geven in het ter hand nemen van dit leuke boekje, zij de aanloop vermeld van een kapittel getiteld «Een moordvent»: «Lelijke vrouwen hebben het niet eenvoudig in het leven. Oude nog minder, en combinaties van die twee kunnen het wel vergeten. Tenzij ze geld hebben, want dan zijn ze de ideale partner. Of je mevrouw Van Wylick een schoonheid mocht noemen, weet ik niet. Wél dat ze de zeventig gepasseerd was, en aan de drank. En rijk, niet te vergeten. Dat maakte haar onweerstaanbaar aantrekkelijk voor een negenendertigjarige Amsterdammer, die te wille van de privacy X zullen noemen. Oprecht homoseksueel en in het bezit van een vaste vriend, met wie hij al jaren samenwoonde en die hij geenszins van plan was te verlaten. Hij rook zijn kans en nam, begin 1983, de verzorging op zich van mevrouw Van Wylick en haar levensgezel. De gezondheidstoestand van die laatste was zo slecht, dat hij na korte tijd in een verzorgingstehuis moest worden opgenomen. Restte mevrouw Van Wylick, en nadat X haar een paar maanden lang vrijwel dagelijks was komen verzorgen, wist hij haar te bewegen tot een huwelijk dat in alle stilte in Vinkeveen werd gesloten. In gemeenschap van goederen, uiteraard. Zelfs de kinderen van mevrouw Van Wylick wisten van niets. Het huwelijk hield 37 dagen stand, 4 dagen langer dan het pausdom van de aardige Johannes Paulus I, van wiens verrassende dood wij nog steeds niet het fijne weten. Doodsoorzaak bij mevrouw Van Wylick: haar laatste avondmaal, bestaande uit soep, aangemaakt met Surinaamse rum, dat een alcohol percentage van 90% bevat, na een voorafje van medicijnen in verband met een hartkwaal, en gelardeerd met een mengsel van wijn, rum en gin. In juridisch Nederlands: moord, waarvoor X in 1985 tot 12 jaar gevangenisstraf werd veroordeeld. De brutalen hebben de halve wereld en vanuit zijn cel informeerde X beleefd bij de kinderen van mevr. Van Wylick naar de helft van de huwelijksgoederengemeenschap en zijn aandeel in de erfenis.» Tot hier de aanhef van het verhaal. Hoe zou U, lezer, de rechtsvraag oplossen? Heeft wie trouwt in gemeenschap van goederen bij het einde van het huwelijk geen recht op de helft? Of niet?

Echt een leuk werkje, geschikt voor een eindejaarsgeschenk aan een vriend(in) jurist(e), al dan niet pionier in toga.

J.H. Herbots

H. TROOSTWIJK, **Ruimtelijke ordeningsrecht**, Studiepockets staats- en bestuursrecht, nr. 6, derde druk, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, XIV + 206 pp.

Derde druk van dit boek, waarvan de tweede druk in R.W., 1989-90, 1070, is besproken door M. Faure. De ingrijpende wijzigingen in de Woningwet en de ontwikkelingen in de rechtspraak rechtvaardigen de nieuwe druk.

Het boek bereikt het vooropgestelde doel: op eenvoudige wijze kennis en inzicht in het ruimtelijke ordeningsrecht verschaffen.

L.P.S.

G.J.M. VAN WISSEN, **Grondrechten**, Studiepockets staats- en bestuursrecht, nr. 12, tweede druk, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, XIV + 167 pp.

Tweede bijgewerkte druk van dit boek, waarvan de eerste druk is voorgesteld in *R.W.*, 1989-90, 1205.

Ook t.a.v. deze tweede druk kan worden gesteld: «Het is een bijzonder bruikbaar werkinstrument en biedt een degelijke inleiding op de grondrechten in Nederlands verband».

L.P.S.

H.J. SNIJDERS en R. WENDELS, m.m.v. A.M.C.D. DE MARE-FROBERG, **Civiel appel**, Serie Civiele procespraktijk, Zwolle, Tjeenk Willink, 1992, 161 pp.

In dit boek hebben de auteurs de syllabus voor de SSR-cursus Hoger Beroep in civiele zaken, die sedert 1986 wordt gegeven, tot een monografie over het civiel appel omgewerkt. De auteurs wensten de opzet van de syllabus te handhaven. Deze monografie bevat een systematische behandeling van de hoofdlijnen van het civiel appel naar Nederlands recht, in de eerste plaats bestemd voor rechtspractici. Diepgaande historische, theoretische en rechtspolitieke beschouwingen over het civiel appel zijn er niet in terug te vinden. In kleine druk worden interessante recente toepassingen van het wettelijk appelsysteem in de rechtspraak alsmede de geraadpleegde literatuur vermeld.

Het inleidende hoofdstuk bevat enkele algemene beschouwingen over de functie en de techniek van het civiel appel. Volgens de auteurs vervult het hoger beroep niet alleen een fundamentele functie van controle (zowel van de rechters in eerste aanleg als zelf-controle door partijen), maar functioneert zij tevens als de voorsluit voor cassatie. Dit heeft tot gevolg dat het hoger beroep, zij het afgeleid, ook de functies van het cassatie-instituut vervult, die men kan aanduiden als bewaking van rechtseenheid, rechtsontwikkeling en rechtsbescherming (blz. 4).

Na de inleiding volgt een afzonderlijke behandeling van de twee mogelijke beroepsprocedures, de dagvaardingsprocedure enerzijds en de rekestprocedure anderzijds. Als vuistregel geldt dat men tegen een vonnis appel instelt bij dagvaarding en tegen een beschikking bij verzoekschrift. Achtereenvolgens wordt stilgestaan bij de diverse aspecten van de bevoegdheid van de appelrechter en de ontvankelijkheid van het hoger beroep, de dagvaardings- of rekestprocedures, het incidenteel appel, de beroepsprocedure, de uitspraak en het hoger beroep in kort-gedingprocedures.

De lectuur van deze monografie stelt de lezer in staat in korte tijd een goed inzicht te verwerven in het huidige Nederlandse appelstelsel. De analyse van de recente rechtspraak biedt vooral een niet Nederlands jurist gelegenheid de beleidslijn van de Nederlandse jurisprudentie inzake het civiel appel te evalueren.

Karen Broeckx
Assistente Universiteit Antwerpen

E. DIRIX en G. VAN HAEGENBORGH, **Zekerheden en executierecht in 115 uitspraken**, Antwerpen, Maklu, 1992, 280 pp.

Met deze jurisprudentiebundel willen de samenstellers een overzicht bieden van de belangrijkste vonnissen en arresten — de basisrechtspraak — op het vlak van het zekerheden- en executierecht. Daartoe wordt hoofdzakelijk geput uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie. Het domein van de zekerheden wordt in deze opzet ruim opgevat en beslaat niet alleen de klassieke zakelijke en persoonlijke zekerheidsrechten (voorrechten, hypotheek, pand, borgtocht e.a.), maar ook de nieuwe, contractuele zekerheidsmechanismen (leasing, garantie op eerste verzoek, patronaatsverklaring, etc.). Onder de noemer «executierecht» komt vooral het beslagrecht aan de orde.

115 uitspraken impliceert noodzakelijkerwijze dat een zekere selectie of rangorde onder de talloze vonnissen en arresten bepaald diende te worden. Met het predikaat «basisrechtspraak» voor ogen mag worden gesteld dat deze selectie of keuze op verantwoorde wijze geschied is. Aldus zijn niet alleen arresten opgenomen die de al-

gemene beginselen van de zekerheden en het executierecht vastleggen of bevestigen, maar ook uitspraken die een stelling innemen omtrent bijzondere aangelegenheden uit deze rechtsmaterie.

Van ieder arrest worden alle vindplaatsen vermeld. Daardoor wordt het opzoeken van eventuele annotaties, alsook de volledige citering van de uitspraken mogelijk. Bij sommige arresten wordt bovendien in voetnoot verwezen naar andere, doorgaans recente, rechtspraak en rechtsleer teneinde een bepaalde stellingname van een arrest te verduidelijken of de juridische discussie te vervolledigen.

Waar mogelijk werd geopteerd voor de meest recente rechtspraak, bij voorkeur in een Nederlandstalige weergave. De toegankelijkheid en hanteerbaarheid van deze bundel wordt in belangrijke mate vergroot door een zaakregister waarin op basis van juridisch relevante trefwoorden naar de onderscheiden uitspraken wordt doorverwezen.

Ofschoon in oorsprong bedoeld als studiemateriaal bij de colleges en practica «Zekerheden en executierecht» zoals gedoceerd aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de K.U.Leuven, kan de jurisprudentiebundel tevens zeer nuttig aangewend worden door de praktijkjurist. De belangrijkste rechtspraak inzake zekerheden en executierecht, thans verspreid in een waaier van juridische tijdschriften, wordt met dit initiatief op overzichtelijke en verzorgde wijze in één werk samengebracht. Een handige en eenvoudige manier om zich in één aankoop een eerste basisdocumentatie m.b.t. het zekerheden- en executierecht aan te schaffen.

P. Vits

AANGEKONDIGD

T. BLOKLAND en M. VAN OLFFEN, *Uitgifte, verkoop en levering van (bepaalde rechten op) aandelen op naam*, Deventer, Law & Practice Publishers, 154 p., 59 fl.

K. BEYENS, S. SNACKEN en Ch. ELIAERTS, *Privatisering van gevangenissen*, Brussel, Vubpress, 168 p.

J. GERLO, *Handboek huwelijksvermogensrecht*, Brugge, Die Keure, 302 p., 595 fr.

K. DEKETELAERE (red.), P. VAN ORSHOVEN, J. HEYMAN, G. HAEMELS en S. DE BECKER, *Recente ontwikkelingen inzake milieueffingen* (Serie milieurechtstandpunten nr. 1), Brugge, Die Keure, 134 p., 1.450 fl.

Les entreprises publiques autonomes. La nouvelle loi du 21 mars 1991, Brussel, Bruylant, 220 p., 1.868 fr.

W. DEBEUCKELAERE e.a., *Recht: Schijn en werkelijkheid* (Tegenspraak cahier 13), Gent, Mys & Breesch, 134 p., 675 fr.

B. WESSELS, R.H.C. JONGENEEL, *Algemene voorwaarden* (Studiepockets privaatrecht nr. 48), Zwolle, Tjeenk Willink, 248 p., 47 fl.

J. REMMELINK, *Hoofdwegen door het verkeersrecht* (Studiepockets strafrecht nr. 4, vierde druk), Zwolle, Tjeenk Willink, 198 p., 52,50 fl.

C.M. HILVERDA, *Faillissementsfraude*, Zwolle, Tjeenk Willink, 510 p., 90 fl.

A.J. VAN DEN BERG, R. VAN DELDEN, H.J. SNIJDERS, *Arbitragerecht* (tweede druk), Zwolle, Tjeenk Willink, 328 p., 89 fl.

J. KIRKPATRICK, *Le régime fiscal des sociétés en Belgique*, Brussel, Bruylant, 324 p., 3.410 fr.

L. SCHILTZ, Chr. HENNAU-HUBLET, G. NEU, G. MEISCH, *La responsabilité médicale en droit Luxembourgeois*, Brussel, Bruylant, 74 p., 890 fr.

J. FIERENS, *Droit et pauvreté. Droits de l'homme, sécurité sociale, aide sociale*, Brussel, Bruylant, 472 p., 2.950 fr.

W. FABER, *90 jaren in beroep. Geschiedenis van de raden van beroep en de ambtenarengerechten*, Zwolle, Tjeenk Willink, 222 p., 57,50 fl.

F. RIGAUX, Y. POULLET, X. THUNIS, Th. LEONARD, *La vie privée une liberté parmi les autres ?*, Brussel, Larcier, 328 p., 2.240 fr.

Th. VAN SINAY, J. VERSTAPPEN, *Boedelbeschrijvingen inzake familiaal vermogensrecht en faillissementen*, Gent, Mys & Breesch, 218 p., 5.580 fr. (4.500 fr. tot 1 februari 1993).

Formulaire de procédure (derde druk), Editions du Jeune Barreau de Liège, 426 p., 1.240 fr.

C. KELK, *Kort begrip van het detentierecht* (derde druk), Nijmegen, Ars Aequi Libri, 322 p., 49 fl.

H. SIMON, *Publiekrecht of privaatrecht?*, Zwolle, Tjeenk Willink, 484 p., 85 fl.

A. DE THEUX, *Le statut européen de l'agent commercial*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 506 p., 1.600 fr.

MEDEDELINGEN

Jaarlijkse studiedag van het Interuniversitair Centrum voor Gerechtelijk Recht

Op 18 december 1992 hield het Interuniversitair Centrum voor Gerechtelijk Recht in de Universitaire Instelling te Antwerpen zijn jaarlijkse bijeenkomst onder het thema «De tanden van het recht». Achter dit thema schuilde de bedoeling om gedurende een dag de sanctieregeling in het gerechtelijk recht kritisch te analyseren. Alle processuele specialisten in dit complexe domein namen het woord om de diverse sancties in het gerechtelijk recht — nietigheid, verval, toelaatbaarheid — terminologisch af te bakenen en inhoudelijk nader toe te lichten.

In zijn welkomstwoord waarschuwde professor J. Laenens (U.I. Antwerpen) terecht voor de begripsverwarring die heerst in de problematiek van de gerechtelijke sanctieregeling. Dhr. J. Van Goethem, rechter in de Rechtbank van Eerste Aanleg te Dendermonde en erkend medewerker aan de U.I.A., bracht een boeiende historische uiteenzetting over de zin en de grondslag van de processuele sancties en stelde een indeling van deze sancties voor in drie categorieën: excepties, middelen van onontvankelijkheid en verweermiddelen ten gronde.

Nadien belichtte prof. J. Linsmeau (U.L. Bruxelles) de semantische aspecten van de gerechtelijke sanctieregeling en de problematiek van het terminologisch onderscheid tussen de gehanteerde begrippen.

Mevr. A.S. Maertens (K.U. Leuven), behandelde vervolgens enkele «hete hangijzers» inzake toelaatbaarheid. De actuele twistpunten in dit domein en de stand van de cassatierechtspraak daarover werden nader toegelicht. Aandacht werd besteed aan het recht op hoger beroep van de veroordeelde feitelijke vereniging zonder rechtspersoonlijkheid, aan de procesbekwaamheid van de niet-ontvoogde minderjarige, aan de rechtsopvolging van de Belgische staat door de gemeenschappen en de gewesten en ten slotte aan het vorderingsrecht van milieuverenigingen.

Dhr. J. Englebert, assistent aan de U.L.B., wijdde een grondig onderzoek aan de wijze waarop de termijnen in het gerechtelijk recht worden gesanctioneerd. Englebert pleit voor een duidelijker onderscheid tussen de wachtermijnen, die op straffe van nietigheid zijn voorgeschreven, en de versnellingstermijnen, die op straffe van verval zijn voorgeschreven. Hij betreurt dat de nietigheden en de vervaltermijnen in het Gerechtelijk Wetboek in dezelfde titel worden behandeld. Tot slot wordt aandacht besteed aan de recente cassatierechtspraak inzake «sanctieloze» termijnen. Volgens Englebert sanctioneert art. 51 Ger.W. alle sanctieloze vervaltermijnen. Daarbij rijst de vraag of deze interpretatie niet strijdig is met het principe van art. 860, tweede lid, dat het verval uitdrukkelijk door de wet bepaald moet zijn. Englebert verdedigt de stelling dat ook niet uitdrukkelijk door de wet gesanctioneerde termijnen op straffe van verval voorgeschreven zijn. Hij stelt een nieuw onderscheid voor tussen termijnen die op straffe van absoluut verval zijn voorgeschreven, en die welke slechts op straffe van relatief verval zijn voorgeschreven. Uitdrukkelijk op straffe van verval voorgeschreven termijnen zijn van openbare orde, de partijen kunnen er niet van afwijken — zelfs niet in gemeen overleg — en het verval moet ambtshalve door de rechter worden opgeworpen. Relatieve vervaltermijnen daarentegen sluiten in se de sanctie van het verval in zich, daar anders het bestaan van deze termijn geen zin heeft. Het verval is immers een natuurlijke sanctie van alle versnellingstermijnen. De relatieve vervaltermijnen kunnen gesanctioneerd worden door middel van art. 51 Ger.W. Tot slot betreurt Englebert dat de wet van 3 augustus

1992 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek niet meer duidelijkheid heeft gebracht in de sanctieregeling. Hij betreurt de afschaffing van art. 863 Ger.W. De opheffing van art. 863 Ger.W. doet volgens de auteur geen afbreuk aan de theorie van het verval op grond van art. 51 Ger.W., zoals ze thans door de rechtspraak is uitgewerkt.

In de namiddag besprak dhr. Guy Block, assistent aan de U.L., het toepassingsgebied van de nietigheidsregeling, de voorwaarden voor de uitspraak of de dekking van een eventuele nietigheid, en de gevolgen ervan in het licht van de hervormingen van de wet van 3 augustus 1992. De hervorming van de nietigheidsregeling doet duidelijker blijken dat zij uitsluitend toepasselijk is op proceshandelingen en niet op onregelmatigheden met betrekking tot jurisdictionele handelingen, regels van rechterlijke organisatie of regels ten gronde. De nieuwe wet van 3 augustus 1992 doet volgens Block geen afbreuk aan de basisbeginselen van de artt. 860 en 861 Ger.W. Er worden integendeel zelfs drie nieuwe gevallen van nietigheid ingevoegd: de eed van de deskundigen wordt voortaan uitdrukkelijk in art. 979 Ger.W. met nietigheid voorgeschreven; de vermelding van de plaats, de dag en het uur van de verschijning en de opgave van de grieven in de akte van lager beroep, op straffe van nietigheid voorgeschreven, is als algemene regel vooropgesteld; de vermeldingen van het contradictoair verzoekschrift en het attest van woonplaats moeten op straffe van nietigheid worden neergelegd.

De nietigheden kunnen in beginsel slechts uitgesproken worden na bewijs van geschade procesrechtelijke belangen, met name schending van het recht van verdediging, en niet zozeer van de materieelrechtelijke belangen ten gronde. Al wordt door de wet van 3 augustus 1992 het aantal gevallen van absolute nietigheid, opgesomd in art. 862 Ger.W., verminderd, het betreft slechts het toelieten van de tekst van het artikel, dat een aantal onnauwkeurigheden bevatte en thans nog uitsluitend betrekking heeft op de nietigheid van proceshandelingen. Een belangrijke vernieuwing is ten slotte aangebracht in art. 867 Gerechtelijk Wetboek dat de toepassing van de nietigheidssanctie uitsluit indien de proceshandeling het beoogde normdoel heeft bereikt.

Mevr. Deconinck, rechter in de Rechtbank van Eerste Aanleg te Veurne, hield een pleidooi voor de afbakening van de diverse procesrechtelijke sanctiestelsels op de onderscheiden processuele niveaus. Teneinde de verwarring tussen het sanctiesysteem met betrekking tot de voorschriften van rechterlijke organisatie en dat inzake de nietigheden te vermijden, stelt mevr. Deconinck de introductie voor van een nieuw onderscheid: de nietigheidsregeling betreffende de gerechtelijke organisatie kan bestempeld worden als «organieke» of gerechtelijke nietigheden, terwijl de artt. 860 tot 867 van het Gerechtelijk Wetboek slechts toepasselijk zijn op de procedurele nietigheden. Zij betreurt dat de wetgever van 3 augustus 1992 geen afzonderlijk nietigheidssysteem inzake de rechterlijke organisatie heeft afgebakend. Voorts stelt zij de noodzaak ter discussie om er een volledig afzonderlijk nietigheidssysteem op na te houden met betrekking tot rechterlijke uitspraken. Naast de voorschriften van rechterlijke organisatie onderscheidt zij voorschriften met betrekking tot de plaats waar bepaalde proceshandelingen moeten worden verricht of hun volgorde, die gesanctioneerd wordt door een specifieke niet-toelaatbaarheid die niet van openbare orde is en waarvan de miskenning geregulariseerd kan worden. Ten slotte verdedigt zij de stelling dat de beginselen van de artt. 860 en 861 van het Gerechtelijk Wetboek niet alleen als basisbeginselen van de procedurele nietigheidsregeling moeten worden beschouwd, maar eerder als algemene procesrechtelijke beginselen. Het beginsel van art. 861 van het Gerechtelijk Wetboek levert hierbij het basisprincipe van behoorlijke procesvoering omdat dit het meest doelmatige criterium is voor de sancties van elke onregelmatigheid, met uitzondering van de materies die de openbare orde raken.

Dhr. G.L. Rutgers (R.U. Groningen) gaf aan de studiedag een interessant rechtsvergelijkend perspectief. Hij lichtte de nietigheidsregeling toe in het Nederlands procesrecht, zoals die ingrijpend is gewijzigd in 1985.

Tussen de diverse uiteenzettingen werd gelegenheid geboden tot discussie en debat. Daarbij bleek duidelijk dat de begripsverwarring inzake de nietigheidsregeling niet kan worden opgelost door het creëren van nieuwe onderscheiden of begrippen, die de wet niet kent, en die de netelige sanctieproblematiek alleen maar complexer kunnen maken.

Prof. Storme (R.U. Gent) hield een pleidooi om de sanctieregeling te reoriënteren naar de aard van de domeinen waarop zij toe-

passing moet vinden. Hij stelde dat de toegang tot de rechter door zo weinig mogelijk sancties mag worden belet, terwijl er anderzijds meer sancties moeten zijn voor de versnelling van de rechtspleging met eerbiediging van het recht van verdediging.

Ten slotte overhandigde de voorzitter van het Interuniversitair Centrum de prijs Fettweis voor de beste landelijke scriptie op het gebied van het procesrecht aan dhr. Partsch, student aan de Universiteit de Liège, die met deze prijs werd beloond voor zijn studie inzake «L'arbitrabilité des litiges».

Karen Broeckx
Assistente Universiteit Antwerpen

K.U.Leuven – Vacatures

Aan de Faculteit Rechtsgeleerdheid van de K.U. Leuven zijn met ingang van het academiejaar 1993-94 een aantal leeropdrachten voor zelfstandig academisch personeel te begeben. Het betreft o.m. sociaal procesrecht, vergelijkend administratief recht, vraagstukken van strafprocesrecht, strafrecht in bijzondere wetgevingen. The Court of Justice and the emerging common Law of Europe, Selected problems of mergers and acquisitions, Opstellen van akten en notariële praktijk b/ familie- en familiaal vermogensrecht, notarieel procesrecht en zekerheden en executierecht, notarieel contracten en zakenrecht, notariële studiestage.

Aan de Faculteit Toegepaste Wetenschappen: nijverheidsrecht, bouwwetgeving, juridische aspecten van de ruimtelijke ordening.

Nadere informatie: 016/28.51.01, secretariaat decanaat Fac. Rechtsgeleerdheid. Formulieren en kandidaatstelling: Academisch Dossier, Naamse straat 22, 3000 Leuven: 016/28.40.55. Uiterste datum: 5 maart 1993.

Studienamiddag «Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht»

Het Instituut voor Familierecht van de K.U.Leuven organiseert een studienamiddag over «Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht» op 19 maart 1993, in het College De Valk, Tiensestraat 41 te Leuven.

Programma:

- 13u30 Onthaal en verwelkoming door prof. R. Verstegen, decaan van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid
- 14u10 Materieelrechtelijke problemen van het afstammingsrecht door prof. P. Senaev
- 14u50 Procesrechtelijke problemen van het afstammingsrecht door de heer J. Mellaerts
- 16u00 Internationaal privaatrechtelijke aspecten van het afstammingsrecht door prof. H. Van Houtte
- 16u45 De onderhoudsvordering tegen de verwekker door mr. K. Tobback
- 17u15 Naar een partiële hervorming van het nieuwe afstammingsrecht door prof. P. Senaev

Inlichtingen: mevr. L. Peumans, Instituut voor Familierecht, Tiensestraat 41, 3000 Leuven (tel. 016/28.52.05 tussen 9u00 en 14u00).

Colloquium «De wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging»

De Belgische Vereniging voor Europees Recht en de Vereniging voor de Studie van het Mededingingsrecht organiseren dit colloquium op donderdag 25 maart 1993 in het Auditorium van de B.B.L., Sint Michielswarande 60, 1060 Brussel.

Programma:

Voormiddag – voorzitter prof. P. De Vroede

- 9u00 Algemene inleiding door de heer B. van de Walle de Ghelcke, voorzitter Belgische Vereniging voor Europees Recht
- 9u50 Institutionele aspecten door de heer I. Verougstraete, raadsheer in het Hof van Cassatie
- 10u50 Verboden mededingingspraktijken door prof. em. P. Eeckman
- 11u15 Misbruik van machtspositie door mr. J. Bourgeois
- 11u35 Concentraties door prof. J. Stuyck

Namiddag – voorzitter mr. A. Braun
14u00 Aanmeldingen en vrijstellingen door mr. G. Vandersanden

14u50 Administratief onderzoek door mr. A.C. Delcorde en mr. X. Leurquin

15u15 Toepassing door de gewone rechtsmachten door mr. B. Francq en mr. D. Dessard

15u35 Panelgesprek

17u00 Besluit door prof. M. Flamée, voorzitter Vereniging voor de Studie van het Mededingingsrecht

Inlichtingen: Vereniging voor de Studie van het Mededingingsrecht, Woluwedal 46 bus 9, 1200 Brussel (tel. 02/771.00.80; fax: 02/771.16.55).

Studiedag «Vereffening-verdeling van de nalatenschap»

Het Instituut voor Familiaal Vermogensrecht van de K.U.Leuven organiseert op woensdag 5 mei 1993 een studiedag over de «Vereffening-verdeling van de nalatenschap».

Centrale thema's zijn de inbreng en de inkorting met bijzondere aandacht voor de positie van de langstlevende echtgenoot en de waardeschommelingen van de goederen, de omzetting van het vruchtgebruik en de onderhoudsvorderingen ten laste van de nalatenschap.

Spreekers zijn de professoren M. Coene, W. Pintens, P. Senaev, Ch. Sluys en A. Vastersavendts.

Inlichtingen: mevr. M. Van Ingh, Instituut voor Familiaal Vermogensrecht, Tiensestraat 41, 3000 Leuven (tel. 016/28.52.04).

De wet van 25 juni 1992 op de landsverzekeringsovereenkomst

De Belgische Vereniging voor Verzekeringsrecht (B.V.V.R.), organiseert een voordracht op 3 maart 1993 te 17u00 in het Huis der Verzekering, De Meeûsplantsoen 29 te 1040 Brussel.

Spreeker is de heer F. Grifnée, attaché bij het kabinet van de minister van Justitie, over «De wet van 25 juni 1992 op de landsverzekeringsovereenkomst. Interferenties met de andere recente wetgevingen (handelspraktijken, verbruikerskrediet, hypothecair krediet)».

De voordracht wordt besloten met een uiteenzetting door prof. H. Cousy, voorzitter van de Commissie voor verzekeringen, en prof. T. Bourgoignie, directeur van het Centre de Droit de la Consommation van de U.C.L.

Inlichtingen: Huis der Verzekering, de Meeûsplantsoen 29, 1040 Brussel (tel. 02/513.68.45; fax: 02/514.24.69).

Studienamiddag «Arbitrage afgewogen»

Jura Falconis organiseert op vrijdag 5 maart 1993 in de Rechtsfaculteit van de K.U.Leuven, Tiensestraat 41, een studienamiddag over de arbitrageprocedure.

Op het programma staat o.m.:

- Het groot bedrijf en arbitrage
- Arbitrage in de K.M.O.
- Een arbiter aan het woord
- Het oordeel van een magistraat
- Toelichting rond arbitrage-enquête

Inlichtingen: Jura Falconis, Tiensestraat 41, 3000 Leuven (tel. 016/28.52.82; fax: 016/28.52.75).

Rechtscongres «Recht op behoorlijke rechtsbedeling»

Het Vlaams Rechtsgenootschap organiseert op 11 maart 1993 in de Rechtsfaculteit van de K.U.Leuven, Tiensestraat 41, een rechtscongres omtrent het recht op een behoorlijke rechtsbedeling (vnl. art. 6 E.V.R.M.).

Op dit rechtscongres zullen de onderzoeksresultaten van een aantal Vlaamse rechtss Studenten (K.U.Leuven, U.Gent en U.I.A.), voorgesteld worden en getoetst aan de ervaringen van de rechtspracticus.

In de namiddag wordt door een aantal prominente juristen een lezing gehouden over de impact van art. 6 E.V.R.M. op de verschillende procederetakken.

Inlichtingen: Vlaams Rechtsgenootschap, Tiensestraat 53, 3000 Leuven (tel. 016/22.75.97; fax: 016/22.38.97).