

RECHTSOPVOLGING ONDER BIJZONDERE TITEL TIJDENS HET BURGERLIJK GEDING IN BELGIE EN NEDERLAND

I. Overzicht van de verschillende vragen *

1. Vijf vragen

Deze bijdrage behandelt enkele aspecten van de rechtsopvolging tijdens het burgerlijk geding. Daarbij wil ik eerst de verschillende vragen onderscheiden die daarbij kunnen rijzen.

De eerste drie vragen betreffen de drie niveaus waarop men iemands partij-zijn kan bekijken: namelijk de grond van de zaak (het al dan niet recht hebben op het gepretendeerde), de vorderingsbevoegdheid en andere elementen van «toelaatbaarheid» (d.i. «ontvankelijkheid») ¹ van de eis (ius agendi, legitima persona standi in iudicio) en het feitelijk procederen (de eis) ².

De eerste vraag is een zuiver materieelrechtelijke vraag: is rechtsopvolging in een bepaald recht – meer bepaald een schuldvordering – mogelijk, hoe gebeurt dat, en wat zijn de materieelrechtelijke gevolgen daarvan (II, nrs. 2 e.v.).

Een tweede vraag is evenzeer materieelrechtelijk bepaald: het is de vraag wie de bevoegdheid of macht heeft om iemands belangen als (formele) gedingpartij in rechte te vertegenwoordigen, de vraag van de vorderingsbevoegdheid. Hoewel de afwezigheid daarvan gesanctioneerd wordt met de procesrechtelijke ontoelaatbaarheidssanctie, is de maatstaf toch materieelrechtelijk (III, nrs. 6 e.v.).

Een derde vraag is een zuiver procesrechtelijke vraag: kan de processuele positie van een gedingpartij overgaan op een andere partij, zowel wat de materiële als wat de formele partij betreft, hoe gebeurt dat, en wat zijn de procesrechtelijke gevolgen (IV, nrs. 12 e.v.).

* Enkele van deze beschouwingen, voor zover ze Belgisch recht betreffen, komen ook ter sprake in mijn bijdrage in de bundel *Recht halen uit aansprakelijkheid*, postuniversitaire cyclus Willy Delva 1992-1993, Gent, Mys & Breesch 1993, waar een meeromvattende systematische uitleg gegeven wordt (naar Belgisch recht) van begrippen als belang en hoedanigheid, partij- en procesbekwaamheid, e.d.m.

¹ Ik gebruik de term «toelaatbaarheid» en niet «ontvankelijkheid» om goed het onderscheid te maken met de afdwingbaarheid van het «materiële» subjectieve recht, die een materieelrechtelijke opeisbaarheid veronderstelt die jammer genoeg ook soms «ontvankelijkheid» wordt genoemd. Het is precies om het onderscheid met de materieel- en bewijsrechtelijke «onontvankelijkheid», d.i. niet-opeisbaarheid, te benadrukken, dat in het Gerechtelijk Wetboek uitsluitend van ontoelaatbaarheid wordt gesproken (zie het Verslag-HERMANS, *Pasin.*, 1967, 977). De term toelaatbaarheid sluit verder ook aan bij het Duitse taalgebruik (Zulässigkeit der Klage = toelaatbaarheid van de eis).

² Vgl. BAERT, K. en DECONINCK, B., «Rechtsopvolging in het nieuwe België. Spookrijders in het procesrecht», in *Procederen in nieuw België en komend Europa*, Antwerpen, Kluwer, 1991, (379) 383-385.

De vierde en de vijfde vraag betreffen de wederzijdse gevolgen van procesrecht en materieel recht.

De vierde vraag is immers wat de procesrechtelijke gevolgen zijn van een rechtsopvolging in het materiële subjectieve recht (meer bepaald de schuldvordering) of in de materieelrechtelijk bepaalde vertegenwoordigingsbevoegdheid in rechte (vorderingsbevoegdheid), de gevolgen op de processuele positie en op de toelaatbaarheid (hoedanigheid) (V, nrs. 17 e.v.).

De vijfde vraag is wat de materieelrechtelijke gevolgen zijn van het al dan niet wijzigen van de gedingpartijen of van de hoedanigheid waarin zij optreden (VI, nrs. 24 e.v.).

II. Materieelrechtelijke voorwaarden en gevolgen van rechtsopvolging in het materiële recht

2. Besproken vormen van rechtsopvolging

In deze bijdrage komt enkel de rechtsopvolging, en meer bepaald de overgang van schuldvorderingen, onder bijzondere titel ter sprake. Een overgang van schuldvorderingen onder bijzondere titel kan naar Belgisch zowel als Nederlands recht voornamelijk op drie wijzen gebeuren: door cessie of *overdracht* van schuldvordering krachtens een geldige titel, door *subrogatie* krachtens betaling of door natrekking of overgang als *accessorium* van een ander goed. Daarnaast kan men ook nog de overgang door *verdeling* vermelden, die immers niet geheel met een overdracht of cessie kan worden gelijkgesteld ³. Een hybride vorm vinden we in art. 75 van de nieuwe Belgische wet op de landverzekeringsovereenkomst (W. 25 juni 1992), volgens welke bepaling bij kredietverzekering de vordering die slechts gedeeltelijk wordt vergoed, toch in haar geheel overgaat op de kredietverzekeraar (een bepaling die m.i. berust op een misverstand betreffende de vereiste hoedanigheid van de kredietverzekeraar om de vordering in rechte op te eisen, dat ik onder nr. 7 bestrijd). Het probleem van de rechtsopvolging van de Belgische Staat door de Gemeenschappen (Vlaamse, Franse, Duitse) of Gewesten (Vlaams, Waals, Brussels hoofdstedelijk) inzake rechten en verplichtingen die ontstaan zijn vóór de bevoegdheidsoverdracht (van 1980 c.q. 1988 en binnenkort wellicht opnieuw), dat m.i. een verbintenisrechtelijk probleem is (het

³ Zie voor Nederland art. 3:186 lid 2 NBW, dat bepaalt dat «hetgeen een deelgenoot verkrijgt, houdt hij onder dezelfde titel als waaronder de deelgenoten dit tezamen voor de verdeling hielden», waaruit volgt dat het niet om een overdracht gaat, al is deze overgang grotendeels aan dezelfde regels onderworpen (vgl. M.J.A. van MOURIK, «Boedelscheiding zonder levering, in het bijzonder bij onroerend goed», *WPNR*, (1991), nr. 6030, (890) 892); voor België mijn bijdrage «Overdracht van roerende goederen, vestiging van pandrecht, eigendomsvoorbehoud», in *Het zakenrecht, absoluut niet een rustig bezit*, (403) 408 en 420 e.v.

gaat noch om een zuivere rechtsopvolging onder algemene titel, noch over een zuivere onder bijzondere titel) en geen procesrechtelijk probleem, behandel ik niet als dusdanig, al komt het terloops ter sprake ⁴. Ook andere, minder belangrijke vormen, komen hier verder niet ter sprake. Géén overgang vindt bv. plaats i.g.v. regres of i.g.v. delegatie: daar ontstaat immers een nieuwe schuldvordering, al dan niet in plaats van de oude. Overgang, meer bepaald door subrogatie, vindt evenmin reeds krachtens de wet plaats wanneer de schuldeiser de schade reeds provisioneel vergoed krijgt van zijn verzekeraar: zoals het Hof van Cassatie in het arrest van 11 oktober 1984 besliste, blijft het slachtoffer in dat geval gewoon de schuldeiser ⁵.

3. Gedeeltelijke rechtsopvolging door verkrijging van een beperkt zakelijk recht

Behalve overgang kan er ook sprake zijn van vestiging van beperkte zakelijke rechten op de vordering, meer bepaald pand of vruchtgebruik. Een bijzonder geval is ook het faillissementsbeslag: daardoor immers verkrijgen de gezamenlijke concurrente schuldeisers een eigen – beperkt «zakelijk» – recht op de in beslag genomen en onder bewind gestelde goederen en vorderingen van de gefailleerde schuldenaar, een recht dat als een soort collectief pandrecht kan worden beschouwd ⁶, zij het dat zij in de uitoefening van dat recht gedwongen door de curator worden vertegenwoordigd ⁷, en zij dus enkel nog vertegenwoordigd door de cu-

rator, als onderdeel van de boedel, in rechte kunnen optreden (met voorbehoud voor de mogelijkheid van tussenkomst in het geding). De positie van de curator bij faillissement hangende het geding zou dus min of meer dezelfde moeten zijn als die van de verkrijger van een pandrecht hangende het geding, ware het niet dat de beschikkingsonbevoegdheid van de gefailleerde over de onder bewind gestelde goederen, anders dan van de pandgever, nagenoeg totaal is, zodat hij niet meer de hoedanigheid bezit om daarover in rechte op te treden, en beslissingen verkregen door of tegen de gefailleerde de schuldeisers dan ook niet kunnen binden (zie bv. art. 25, lid 2, Nederlandse Faill.W. en 444, tweede lid, en 452, eerste lid, Belgische Faill.W.). De regels hiervoor kunnen dan ook vrij verschillend zijn van de regels die in deze bijdrage ter sprake komen voor de gevallen van rechtsopvolging.

4. Verbintenisrechtelijke en zakenrechtelijke vragen

Materieelrechtelijk geldt dat, zo de rechtsopvolging door middel van een cessie of overdracht van schuldvordering (d.i. krachtens een daartoe strekkende verbintenis, bv. uit koop, schenking, enz.) geschiedt, ze in beginsel slechts door een bepaalde vorm van kennisneming door de schuldenaar kan worden tegengeworpen aan de schuldenaar en aan derden, naar Nederlands recht door mededeling aan de cessus (welke mededeling constitutief is voor de overgang van het recht, ook tussen cedent en cessionaris), naar Belgisch recht door de formele kennisneming door de cessus ingevolge betekening in de vormen van art. 1690 B.W. of andere wettelijke vormen (bv. art. 16, W. 25 oktober 1919) of aanvaarding door de cessus in een akte met vaste datum (kennisneming die niet vereist is voor de overgang van het recht inter partes, d.i. tussen cedent en cessionaris). Zolang deze vormen niet zijn vervuld, treedt de cessionaris t.a.v. de schuldenaar en derden slechts op als lasthebber ter incasso.

Dergelijke vormen zijn niet vereist voor overgang door subrogatie of als accessorium van een ander goed («kwalitatieve rechten») ⁸.

Ook al gelden deze materieelrechtelijke regels grotendeels zowel in de verhouding tussen schuldeiser en schuldenaar als in de verhouding tussen cessionaris en andere mogelijke gerechtigden tot de vordering, toch moet bij overgang onder bijzondere titel van schuldvorderingen natuurlijk een principieel onderscheid worden gemaakt tussen zakenrechtelijke en verbintenisrechtelijke vragen: de zakenrechtelijke vraag wanneer de schuldvordering overgaat van het vermogen van de oude schuldeiser naar dat van de nieuwe schuldeiser (althans wanneer deze overgang kan worden tegengeworpen aan derden); de verbintenisrechtelijke vraag wat de gevolgen zijn van de overgang op de interne rechtsverhouding tussen schuldeiser en schuldenaar. Het ant-

op als bewindvoerder van het ter vereffening onder bewind gestelde vermogen. Doch m.i. treedt de curator wél op als (dwang) vertegenwoordiger van de schuldeisers, die immers door de faillietverklaring en onderbewindstelling een collectief zakelijk recht verkrijgen op dat vermogen.

⁸ Zie art. 6:251 NBW en voor een Belgisch overzicht HERBOTS, J., «L'affinage du principe de la transmission automatique des droits 'propter rem' du maître de l'ouvrage à l'acquéreur de l'immeuble», *R.C.J.B.*, 1992, 512 e.v.

⁴ Zie voor dat vraagstuk onder meer BAERT, K. en DECONINCK, B., «Rechtsopvolging in het nieuwe België. Spookrijders in het procesrecht», in *Procederen in nieuw België en komend Europa*, 379 e.v.; TOMBEUR, H., «De procesrechtelijke rechtsopvolging als bepaald in art. 61, § 1, van de bijzondere wet van 16 januari 1989 betreffende de financiering van de Gemeenschappen en Gewesten», *R.W.*, 1990-91, 1105 (waarin het standpunt van de Gemeenschappen en Gewesten wordt verdedigd); STRYCKERS, H., «De procesrechtelijke rechtsopvolging van de Staat door de Gemeenschappen en de Gewesten: de rechtzoekende van de regen in de drop?», *R.W.*, 1991-92, 449 (waarin veeleer het standpunt van de Staat wordt verdedigd) en voor de leer van het Hof van Cassatie de arresten van 31 oktober 1986, *Arr.*, nr. 137, en 14 juni 1991, *Arr.*, nrs. 529-531, *R.W.*, 1991-92, 226, 237 en 238.

⁵ Cass., 11 oktober 1984, *R.W.*, 1985-86, 440.

⁶ In die zin mijn «Overdracht van roerende goederen, vestiging van pandrecht, eigendomsvoorbehoud», in *Het zakenrecht, absoluut niet een rustig bezit*, (403) 409-410, en DIRIX, E., en BROECKX, K., *Beslag*, in A.P.R., Brussel, Story, 1992. Deze verklaring is m.i. juist dan die d.m.v. een «subrogatie» (zoals bv. bij CLOQUET, A., «Les concordats et la faillite», in *Les Nouvelles*, V, 1985, nr. 1320). Onjuist is het m.i. ook te zeggen dat de curator houder is van de «iura agendi» van de schuldeisers (zoals BAERT, K. en DECONINCK, B., in *Procederen in nieuw België en komend Europa*, (377) 394); hij oefent gewoon de éigen – doch gecollectiviseerde – rechten van de schuldeisers uit als wettelijk (middelijk) vertegenwoordiger van die schuldeisers, en niet een persoonlijk eigen recht (van de curator zelf).

⁷ Sommige auteurs stellen dat hier geen sprake is van vertegenwoordiging, omdat de curator gewoon een wettelijke opdracht uitvoert (bv. GEINGER, H., COLLE, Ph. en VAN BUGGENHOUT, C., «Overzicht van rechtspraak 1975-1989. Het faillissement en het gerechtelijk akkoord», *T.P.R.*, 1991, (407) 501, nr. 117). Deze redenering is m.i. juist wat de verhouding curator/gefailleerde betreft: de curator vertegenwoordigt de gefailleerde inderdaad niet, maar treedt

woord op beide vragen gaat uit van de algemene gedachte *Nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*, doch de uitwerking van deze gedachte geschiedt op een vrij verschillende manier, zodat we beide vragen goed uit elkaar dienen te houden.

Deze zakenrechtelijke vraag rijst hoofdzakelijk bij cessie, en in beginsel niet bij subrogatie. Bij cessie gaat het om het conflict tussen een derde-verkrijger en een oudere zakelijk gerechtigde (a) of het – naar Belgisch recht, anders dan naar Nederlands recht, in beginsel zeer gelijkaardig geregeld – conflict tussen de in samenloop komende schuldeisers en een oudere zakelijk gerechtigde (b).

a) Hoewel in beginsel de verkrijger de goederen moet nemen in de zakenrechtelijke staat waarin ze zich bevinden, wordt hij onder bepaalde voorwaarden beschermd indien hij te goeder trouw is. De voorwaarden daartoe verschillen vrij grondig naar Belgisch en Nederlands recht, zeker wat schuldvorderingen op naam betreft. Wordt de cessionaris te goeder trouw die de overdracht in de vereiste vormen heeft meegedeeld naar Belgisch recht immers steeds beschermd (zoals bij roerende zaken)⁹, naar Nederlands recht wordt hij slechts beschermd in de beperkende voorwaarden van art. 3:88 NBW (zoals bij onroerende goederen).

b) Anderzijds beschermt het Belgische recht de concurrente schuldeisers die beslag leggen of anderszins in samenloop komen, in beginsel evenzeer tegen oudere beschikkingen van hun schuldenaar als de verkrijger te goeder trouw tegen oudere zakelijk gerechtigden, al komt dit verschil met het Nederlandse recht vooral tot uiting in het verhaalsrecht op roerende zaken¹⁰, en minder bij schuldvorderingen, waarvoor het Nederlandse recht immers ook geen stille overdracht kent, doch enkel een stille verpanding. Doch ook bij schuldvorderingen is er *de lege lata* nog een merklijk verschil, precies omdat het NBW stille pandrechten erkent en dus de concurrente schuldeisers in beginsel niet beschermt tegen eerder toegestane stille pandrechten, terwijl het Belgisch recht hen wél beschermt tegen stille cessie of verpanding, behalve indien het stil pandrecht (of de fiduciaire cessies) aan een bank is toegestaan op een vordering waarover een factuur wordt opgemaakt (waarbij namelijk alleen een endossement van de factuur is vereist voor tegenwerpbaarheid aan de concurrente schuldeisers, genoemd art. 16 van

W. 25 oktober 1919). Doch wat het verhaalsrecht op schuldvorderingen betreft, wordt dit principe verlaten in het ontwerp van wet over de cessie en inpandgeving van schuldvorderingen¹¹.

Verbintenisrechtelijk gaat het om het conflict tussen de schuldenaar en de nieuwe schuldeiser, aan wie de schuldenaar de verweermiddelen uit de oorspronkelijke verhouding wil tegenwerpen. Hoewel de cessionaris c.q. gesubrogeerde c.q. nieuwe eigenaar van de hoofdzaak de schuldvordering in beginsel ook verbintenisrechtelijk moet nemen in de staat waarin ze zich bevindt, en zich dus alle reeds ontstane excepties moet laten tegenwerpen, wordt ook hij in bepaalde omstandigheden beschermd indien hij te goeder trouw is¹²⁻¹³.

De vraag vanaf wanneer de overgang aan de schuldenaar kan worden tegengeworpen, is weliswaar een verbintenisrechtelijke vraag, maar de maatstaf daarvoor is traditioneel dezelfde als die voor de overgang erga omnes (de zakenrechtelijke vraag).

De voorwaarden waaronder een dergelijke overgang materieelrechtelijk plaatsvindt, werk ik hier niet verder uit.

5. Weerslag van het geding

Het feit dat over de desbetreffende schuldvordering reeds een geding wordt gevoerd, beroert genoemde regels in beginsel niet.

Zo betreft de verbintenisrechtelijke regel van de tegenwerpbaarheid van de vóór de overgang ontstane excepties ook de gevolgen die het geding – juister nog, sommige proceshandelingen – eventueel heeft op de gelding en opeisbaarheid van de litigieuze vordering. Is bv. de verjaring – die ik als een materieelrechtelijke vraag beschouw – gestuit door een dagvaarding, dan blijft die stuiting vanzelfsprekend verworven voor de nieuwe schuldeiser¹⁴. Geschiedt de overgang maar gedeeltelijk, bv. bij gedeeltelijke subrogatie, dan ontstaan er materieelrechtelijk twee vorderingen, die elk afzonderlijk dienen te worden beoordeeld wat bv. de verjaring betreft, zoals het Hof van Cassatie besliste¹⁵.

¹¹ *Stukken, Kamer*, 1990-91, nr. 1492. Zie de bespreking door DIRIX, E., *R.W.*, 1990-91, 1247, wiens kritiek ik overigens niet deel.

¹² Zie art. 3:36 NBW en voor België mijn *De invloed van de goede trouw op kontraktuele schuldvorderingen*, Story, Brussel, 1990, nr. 240 en 382-383. Het duidelijkste geval is de simulatie, waarover het cassatiearrest van 11 december 1987 handelde (*R.W.*, 1987-88, 1092, 1092, noot DIRIX, E., «Cessie en simulatie», *R.C.J.B.*, 1993, 53, noot PHILIPPE, D., «La simulation et la protection des tiers»).

¹³ Een bijzonder geval van niet-tegenwerpbaarheid dat afwijkt van het gemene recht, vinden we in de niet-tegenwerpbaarheid aan het ziekenfonds van niet door hem goedgekeurde overeenkomsten tussen slachtoffer en aansprakelijke. Deze geldt zelfs indien de overeenkomst door de rechtbank werd gehomologeerd (i.g.v. arbeidsongeval), zoals het Hof van Cassatie in zijn arrest van 12 juni 1986 besliste (*R.W.*, 1986-87, 1480).

¹⁴ Zie bv. Cass., 12 juni 1986, *R.W.*, 1986-87, 1480. In Nederland vloeit dit voort uit art. 3:304 NBW.

¹⁵ Cass., 6 mei 1991, *R.W.*, 1991-92, 572 met concl. proc.gen. LE-NAERTS: stuiting van de verjaring van de vordering van de gesubrogeerde (een verzekeringsinstelling) tegen de aansprakelijke (of in casu de arbeidsongevallenverzekeraar) stuit niet de verjaring van de resterende vordering van de subrogant (verzekerde). Vergelijkbaar

⁹ Zie mijn bijdrage in *Het zakenrecht, absoluut niet een rustig bezit*, (403) 487, nr. 67; TOP, F., «Eigendomsovergang bij cessie naar Nederlands en Belgisch recht», *T.P.R.*, 1966 (25) 38.

¹⁰ Zie nogmaals mijn bijdrage in *Het zakenrecht, absoluut niet een rustig bezit*, (403) 450 e.v., m.b. 482 e.v., c.q. 490 e.v., m.b. 494 e.v. Voor Nederland kan i.a. worden verwezen naar het preadvies van PITLO, A., «Welk bewijs dient de eigenaar van een goed niet op naam te leveren in geval van beslag door een crediteur van de debitor», *Jaarboek Vereniging vergelijkende studie van het recht in België en Nederland*, 1958-59, 178 e.v. Het principiële onderscheid tussen beide rechtsstelsels valt op bij een vergelijking tussen de principiële arresten van enerzijds de Hoge Raad van 25 januari 1929, *N.J.*, 616, en 21 juni 1929, *N.J.*, 1096 (aanvaarding van de fiduciaire eigendomsoverdracht tot zekerheid (vgl. ook H.R., 18 maart 1959, *N.J.*, 579, dat stelde dat zolang de levering geen feitelijk bezit van de verkrijger meebrengt, derden daartegen worden beschermd, maar dat daaronder niet dienen te worden verstaan concurrente schuldeisers) en anderzijds Cass., 9 februari 1933, *Pas.*, I, 103 (niet-tegenwerpbaarheid eigendomsvoorbehoud aan concurrente schuldeisers).

Zo ook is het duidelijk dat ook bij overgang tijdens een geding de gegrondheid van de aanspraken van de oude dan wel de nieuwe schuldeiser tegenover de schuldenaar in beginsel daarvan afhangt, of de materieelrechtelijke voorwaarden zijn vervuld om hem die overgang tegenwerpbaar te maken (bv. de vereiste mededeling inzake cessie).

Dit is allemaal niets bijzonders, en wat ik hier veeleer wil onderzoeken, zijn dan ook de vier volgende van de vijf genoemde vragen: kan iemand anders dan de rechthebbende de bevoegdheid of macht hebben om iemands belangen als (formele) gedingpartij in rechte te vertegenwoordigen; kan de processuele positie van gedingpartij overgaan; wat zijn de procesrechtelijke gevolgen van een overgang van het recht waarover geprocedeerd wordt; en wat zijn omgekeerd de materieelrechtelijke gevolgen van de procesrechtelijke regels inzake rechtsopvolging. Eerst bij de bespreking van de laatste twee vragen zal blijken of het geding een weerslag heeft op de materiële rechtsverhouding.

III. De mogelijkheid en bevoegdheid om andermans belangen in rechte in eigen naam te verdedigen

6. Middellijke vertegenwoordiging in het procesrecht

De tweede vraag is dus de vraag naar de bevoegdheid of macht om iemands belangen als (formele) gedingpartij in rechte te vertegenwoordigen, de vraag van de vorderingsbevoegdheid. Deze vraag rijst natuurlijk niet alleen bij gevallen van rechtsopvolging, maar telkens wanneer een partij in eigen naam of naamloos (qualitate qua) optreedt voor vreemde of gemene rekening (*procurator ad litem*), telkens wanneer er een onderscheid is tussen de formele gedingpartij – zij die optreedt – en de materiële gedingpartij(en) – de partijen voor wier rekening wordt opgetreden (het gaat hier natuurlijk niet om de vraag van de procesvertegenwoordiging, d.i. het optreden van een advocaat of andere gevolmachtigde).

Het optreden in eigen naam voor andermans rekening kennen we allemaal uit het materieel recht en heet in het Nederlands «middellijke vertegenwoordiging»¹⁶ (ik wil hier

niet ingaan op de vraag of de term vertegenwoordiging hier al dan niet geschikt is). Deze middellijke vertegenwoordiging kan openlijk of verborgen zijn¹⁷. Ook indien de wederpartij de naam kent van de partij voor wiens rekening gehandeld wordt of de vertegenwoordiger openlijk voor rekening van een met name genoemde derde handelt, kan er nog steeds sprake zijn van middellijke vertegenwoordiging¹⁸. In het materieel recht is het typisch voorbeeld van de middellijke vertegenwoordiger de commissionair: al gaat de eigendom rechtstreeks over tussen principaal en medecontractant, de rechten en plichten uit zijn optreden ontstaan in beginsel slechts in de persoon van die middellijke vertegenwoordiger (zelfs indien de commissionair openlijk voor rekening van een met name genoemde derde handelt)¹⁹.

Iets vergelijkbaars bestaat ook in het procesrecht²⁰. Wanneer iemand voor andermans rekening in rechte optreedt, ontstaat het materieelrechtelijk voor- of nadeel van de uitspraak rechtstreeks in de persoon van de vertegenwoordigde, ook al is het mogelijk dat de processuele rechten en plichten slechts in de persoon van de formele gedingpartij ontstaan²¹. Het gaat hier niet over die gevallen waarin er materieelrechtelijk een middellijke vertegenwoordiging geweest is, want dan handelt die persoon krachtens eigen recht en dus ten processe voor eigen rekening²². Het gaat om die

241-242: «Het bewind is een verband dat op de goederen ligt, onafhankelijk van de persoon die als bewindvoerder optreedt», zoals bv. bij het vereffeningsbewind van o.m. de faillissementscurator, of het fideicommissair begunstigingsbewind of de beperkte vormen van testamentaire executele die we in ons recht kennen (zie mijn bijdrage in *Het zakenrecht, absoluut niet een rustig bezit*, (403) 455). Buiten die gevallen gaat het m.i. gewoon om middellijke vertegenwoordiging. Weliswaar omvatten sommige gevallen van middellijke vertegenwoordiging tevens bewindvoering s.s., maar dit is zeker niet altijd het geval.

Franstalige auteurs spreken soms van «mandat sans représentation», bv. FORIERS, P.A., «La fiducie en droit belge», in *Les opérations fiduciaires*, Parijs, Feduci / L.G.D.J., 1985, 263 e.v.

¹⁷ Dit onderscheid werd o.m. door W. VAN GERVEN uitgewerkt, die daarbij het openlijk optreden voor vreemde rekening in navolging van DÖLLE «neutraal» of «naamloos» handelen noemt (*Bewindsbevoegdheid*, nrs. 116 e.v., *Algemeen deel*, nr. 149). Zie ook CAHEN, J.L.P., «Het omslagpunt bij de middellijke vertegenwoordiging», *Op de grenzen van komend recht. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H. Beekhuis*, Deventer/Zwolle, 1969, 67 e.v.; GROEFSEMA, L., *Bevoegd beschikken over andermans recht*, Deventer, Kluwer, 1993, 44 e.v.

¹⁸ VAN GERVEN, W., *Algemeen deel*, nr. 148, pp. 481-482.

¹⁹ Zie voor België eveneens VAN GERVEN, W., *Algemeen deel*, nr. 150, pp. 488-489, al is deze het met de heersende mening op het laatste punt niet eens: voor Nederland o.m. CAHEN, J.L.P., in *Op de grenzen van komend recht*, 67 e.v.; SCHOORDIJK, H.C.F., *Vermogensrecht in het algemeen naar boek 3 van het nieuwe B.W.*, Deventer, Kluwer, 1986, 200 e.v.

²⁰ De parallel wordt goed begrepen in het Duitse recht. Zie m.b. HENCKEL, *Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß*, 1961, m.b. p. 107.

²¹ Vgl. VAN GERVEN, W., *Bewindsbevoegdheid*, nr. 208 en vooral 209. Zie ook het vonnis van Kh. Antwerpen, 27 juni 1984, *R.H.A.*, 1986, 156; ROLAND, S., «Subrogatie van verzekeraars en tenaamstelling van proceduredocumenten», in *Liber amicorum Lionel Tricot*, Antwerpen, Kluwer, (457) 466.

²² Zie het Kribbebijter-arrest, H.R., 11 maart 1977, *N.J.*, nr. 521, noot G.J. SCHOLTEN, en de bespreking door DIRIX, E., *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, Antwerpen, Maarten Klu-

zijn ook het cassatiearrest van 22 juni 1988 (*R.W.*, 1988-89, 846) en dat van 23 februari 1990 (*R.W.*, 1990-91, 468).

¹⁶ In België is de term minder ingeburgerd, al wordt hij gebruikt door eminente auteurs zoals DIRIX, E., *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, nrs. 238 e.v., en WYMEERSCH, E., «De l'inopposabilité de la personne morale et de sa représentation», *R.C.J.B.*, 1986, 11-12, nr. 4.

Andere auteurs gebruiken hiervoor – m.i. ten onrechte – de term bewindvoering (bv. VAN GERVEN, W., *Bewindsbevoegdheid*, Brussel, Bruylant, 1962, 281, nr. 207; in het procesrecht DE CORTE, R. en LAENENS, J., «De verstekprocedure en de taak van de rechter bij verstek», *T.P.R.*, 1980, (447) 455, nr. 15; LAENENS, J., «Kroniek van het gerechtelijk recht, 1985-1987», *R.W.*, 1988-89, 761, nr. 1, en in «Het optreden in rechte van een gemeenschap van medeëigenaars in een appartementsgebouw», *R.W.*, 1991-92, (286) 288, nr. 21). Bewindvoering in eigenlijke zin is er slechts wanneer het gaat om een in zekere zin afgescheiden vermogen, waarbij de rechten van de begunstigde niet-eigenaar (wanneer de bewindvoerder eigenaar is) dan wel van de bewindvoerder-niet-eigenaar (wanneer de begunstigde eigenaar is) een zakenrechtelijke werking hebben (vgl. EGGENS, J., «Vertegenwoordiging», *W.P.N.R.*, 1989 (zeer uitdrukkelijk) en MEIJERS, E.M., *Toelichting ontwerp NBW*, Boek 1 tot 4, pp.

gevallen waarin die bevoegdheid nadien is gegeven of opgenomen, soms zelfs uitsluitend voor het optreden in rechte ²³.

Voor de toelaatbaarheid van een eis die in eigen naam of qualitate qua voor vreemde of gemene rekening wordt ingesteld, geldt het vereiste van «vorderingsbevoegdheid», traditioneel ook hoedanigheid (qualité) genoemd. Welnu, deze «hoedanigheid» of «vorderingsbevoegdheid» is m.i. niets anders dan de procesrechtelijke variant van de *beschikkingsbevoegdheid* over het aangevoerde recht ²⁴ en heeft dus te maken met het verband tussen de formele gedingpartij en het voorwerp van de eis (aangevoerde subjectief recht) ²⁵. Aan het vereiste van beschikkingsbevoegdheid is in het gemene recht immers niet alleen voldaan wanneer de beschikkingsbevoegde zelf over zijn rechten beschikt, maar ook wanneer een ander, die daartoe de bevoegdheid heeft, dat bevoegdlijk voor zijn rekening doet ²⁶. Hetzelfde moeten we dan ook in het procesrecht kunnen stellen.

7. Optreden in rechte voor andermans rekening is toelaatbaar

Inderdaad erkent de wet of de rechtspraak in België zowel als Nederland in talloze situaties de bevoegdheid om in rechte op te treden in eigen naam voor vreemde rekening, ook buiten de gevallen van wettelijke vertegenwoordiging om. Ik vermeld enkele voorbeelden: de kapitein kan optreden voor rekening van wie het toekomt (Cass., 5 april 1963) ²⁷; de leidende verzekeringsmaatschappij kan optreden voor gemene rekening ²⁸; de verzekeringsmakelaar kan in eigen naam premies opvorderen voor rekening van één of meer verzekeringsmaatschappijen ²⁹, of een eis tegen de aansprakelijke instellen voor rekening van de gesubrogeerde

verzekeraar ³⁰; de vastgoedmakelaar kan optreden voor rekening van de eigenaar-verhuurder, bv. om huurpenningen in rechte op te vorderen ³¹; een lasthebber kan optreden voor de niet met name genoemde erfgenamen; een magistraat kan een geding wensen te voeren voor eigen rekening, doch niet op eigen naam ³²; een lasthebber van een feitelijke vereniging kan voor rekening van de leden van die vereniging in rechte optreden ³³. Een auteursvereniging kan de bevoegdheid hebben om in eigen naam voor rekening van de auteurs op te treden, ook zonder dat de auteursrechten haar werkelijk gecedeerd zijn — zoals het Hof van Cassatie in 1984 besliste ³⁴; de Hoge Raad aanvaardde hetzelfde voor huurpenningen in 1988 in een geval van cessie ter incasso, waaronder in Nederland een incassomandaat schuilgaat ³⁵. In geval van subrogatie gebeurt het heel vaak dat de subrogant het geding in eigen naam voortzet, al is hij niet meer de houder van de vordering; het is vrij uitzonderlijk dat de gesubrogeerde, meer bepaald bij verzekeringsmaatschappijen, het geding overneemt. De vertegenwoordigingsbevoegdheid van de subrogant wordt doorgaans stilzwijgend uit de subrogatie-overeenkomst (of de overeenkomst op grond waarvan de subrogatie plaatsvindt) afgeleid ³⁶; dat bij een dergelijke overeenkomst de bevoegdheid kan worden gegeven aan de subrogant om in eigen naam in rechte op te treden en dat een dergelijk optreden toelaatbaar is, besliste het Hof van Cassatie o.m. reeds in 1915 en in 1948 ³⁷. De beheerders van gemeenschappelijke beleggingsfondsen zonder rechtspersoonlijkheid, die naar Belgisch recht een medeëigendom (d.i. gemeenschap) vormen, kunnen in rechte in eigen naam optreden als lasthebbers van de onverdeelde medeëigenaars, zoals recent nog beslist werd in het bekende geding aangespannen tegen Cobefin door de zogenaamde institutionele aandeelhouders van de Compagnie internationale des Wagons-Lits ³⁸. De beheerder van een appartementsgebouw (meestal naar het Frans «syndicus» genoemd) is in België bevoegd om op grond van lastgeving door de medeëigenaars ingevolge opdracht van de algemene vergadering van medeëigenaars in rechte op te treden voor de gezamenlijke medeëigenaars ³⁹, welke bevoegdheid enigszins anders gefundeerd is dan in Nederland (artt. 5:124 en 126,

wer, 1984, nrs. 234 e.v. in het ruimer kader van de zgn. «Drittsschadensliquidation».

²³ Vgl. VAN GERVEN, W., *Bewindsbevoegdheid*, nr. 208, p. 284, noot 1. Zie o.m. verderop het arrest van H.R., 21 oktober 1983, *N.J.*, 1984, nr. 254, noot J. MAEIJER.

²⁴ Dit wordt zeer duidelijk gezien in Duitsland. Zie bv. GRUNSKY, W., *Grundlagen des Verfahrensrechts*, Bielefeld, Gieseking, 1970, 229; ROSENBERG-SCHWAB, *Zivilprozeßrecht*, 14e uitg., München, Beck, 1986, § 46, p. 250 e.v.

²⁵ Ik ben het dan ook niet eens met R. DE CORTE's definitie, «Hoe autonoom is het procesrecht», *T.P.R.*, 1980, (1) nr. 44, van hoedanigheid als verband tussen de materiële procespartij en het voorwerp van de eis. De klassieke definitie van SOLUS, H. en PERROT, R., *Droit judiciaire privé*, nr. 262, als de bevoegdheid krachtens welke iemand een rechtsovereenkomst uitoefent («le pouvoir en vertu duquel une personne exerce l'action en justice») is m.i. correcter.

²⁶ Zie hierover uitvoerig GROEFSEMA, L., *Bevoegd beschikken over andermans recht*.

²⁷ *Pas.*, I, 855, noot W. GANSHOF VAN DER MEERSCH. Vgl. ook Hof Brussel, 24 februari 1961, *R.W.*, 1961-62, 169; Hof Brussel, 8 februari 1972, *R.H.A.*, 320; Kh. Antwerpen, 6 oktober 1971, *R.W.*, 1971-72, 1658; VAN GERVEN, W., *Bewindsbevoegdheid*, p. 290; zie voor Nederland vroeger art. 361 K.

²⁸ Bv. Rb. Antwerpen, 17 februari 1972, *R.H.A.*, 228.

²⁹ H.R., 19 oktober 1979, *N.J.*, 1980, nr. 299, noot MIJNSSEN, besproken in *WPNR*, 5736, 290 e.v. en door Ph. VAN HUIZEN, *De cessie ter incasso, keerzijde van de betalingsopdracht*, rede Utrecht, 1990, Tjeenk Willink, Zwolle, 1990, 16 e.v., die de nadruk legt op de proceseconomie.

³⁰ Hof 's-Gravenhage, 19 november 1991, *Schip & Schade*, 1992, nr. 97.

³¹ H.R., 3 mei 1991, *N.J.*, nr. 229.

³² VAN GERVEN, W., *Bewindsbevoegdheid*, 284.

³³ VAN GERVEN, W., *Bewindsbevoegdheid*, 285.

³⁴ Cass., 28 september 1984, *Pas.*, 141, nr. 75, *R.W.*, 1984-85, 2702.

³⁵ H.R., 28 oktober 1988, *N.J.*, 1989, nr. 83.

³⁶ VAN GERVEN, W., *Bewindsbevoegdheid*, p. 284; Kh. Antwerpen, 27 juni 1984, *R.H.A.*, 1986, 156; VAN OMMESELAGHE, P., «Examen de jurisprudence. Les obligations», *R.C.J.B.*, 1988, 116-117, nr. 208; BAERT, K. en DECONINCK, B., in *Procederen in nieuw België en komend Europa*, 407; WAGNER, S., noot onder Hof Antwerpen, 11 september 1990, *T.Verz.*, 1991, 492.

³⁷ Cass., 6 mei 1915, *Pas.*, 285; Cass., 21 oktober 1948, *Pas.*, 585, *R.H.A.*, 1949, 5, noot van DOOSSELAERE, J. Vgl. voor Frankrijk de verwijzingen bij SOLUS, H. en PERROT, R., *Droit judiciaire privé*, nr. 29.

³⁸ Kh. Brussel, 10 september 1992, *J.T.*, 1992, (719) 722.

³⁹ Cass., 30 mei 1968, *Pas.*, 1131; LAENENS, J., «Het optreden in rechte van een gemeenschap van medeëigenaars in een appartementsgebouw», *R.W.*, 1991-92, 286 e.v.

lid 2, NBW) omdat de vereniging van medeëigenaars naar Belgisch recht vooralsnog geen rechtspersoonlijkheid bezit.

In sommige gevallen gaat het zelfs om gedwongen medellijke vertegenwoordiging, zoals in het bovengenoemde voorbeeld van de faillissementscurator, of nog in art. 66ter van de Belgische Vennootschapswet, dat bepaalt dat minderheidsaandeelhouders die voor rekening van de vennootschap een vordering tegen de bestuurders willen instellen, eenparig een bijzondere lasthebber moeten aanstellen, belast met het voeren van het rechtsgeding, wiens naam in het exploit van rechtsingang wordt vermeld en bij wie keuze van woonplaats wordt gedaan. Over het algemeen echter kunnen partijen die gezamenlijk kunnen worden vertegenwoordigd in rechte, voor de verdediging van die rechten nog steeds afzonderlijk, *ut singuli*, in rechte optreden ⁴⁰.

In Nederland is sedert lang nauwelijks betwist dat een dergelijke last om op eigen naam te procederen geldig kan worden gegeven ⁴¹. Uit de bewoordingen van meer bepaald de cassatiearresten van 1915, 1948 en vooral 1968 en 1984 volgt m.i. duidelijk dat hetzelfde als algemene regel geldt in België, ook buiten de traditioneel erkende gevallen om ⁴². Deze mogelijkheid kan men overigens ook afleiden uit art. 1122, 4°, Ger.W., dat derdenverzet ontzegt aan vertegenwoordigde personen, behalve bij bedrog van hun wettelijke, gerechtelijke of bij overeenkomst aangewezen vertegenwoordiger, wat veronderstelt dat naar Belgisch procesrecht personen inderdaad ook conventioneel kunnen worden vertegenwoordigd door iemand die als (formele) partij optreedt.

Natuurlijk dient nog te worden nagegaan of die bevoegdheid aanwezig is. Alvorens na te gaan in welke gevallen de bevoegdheid aanwezig is, willen we eerst nog repliceren op een opwerping die tegen deze mogelijkheid soms wordt gemaakt.

8. *Op eigen naam in rechte optreden voor andermans rekening is geen scheiding van recht en rechtsvordering*

Kenmerkend aan deze vorderingsbevoegdheid (bevoegdheid om als vertegenwoordiger in rechte op te treden, in het Ger.W. ten onrechte rechtsvordering genoemd) is immers dat de vertegenwoordiger niet handelt krachtens een eigen recht dat hij meer bepaald door een vorig handelen op eigen naam zou hebben verkregen ⁴³. Sommige auteurs stellen dat een dergelijke vorderingsbevoegdheid niet kan, en dat een

lasthebber die geen eigen recht heeft slechts in rechte zou kunnen optreden als gevolmachtigde, d.w.z. in naam van de lastgever. Meer bepaald P.A. Stein heeft deze stelling verdedigd ⁴⁴, met een beroep op de onmogelijkheid om de «rechtsvordering» te scheiden van het materiële recht, de schuldvordering (art. 3:304 NBW). Dit laatste is geheel juist, ook naar Belgisch recht, doch het is m.i. niet relevant ⁴⁵. Zoals door nagenoeg iedereen worden hier immers twee geheel verschillende zaken door elkaar gegooid:

A. het ius agendi, de vorderingsbevoegdheid of recht om een bepaald soort geding te voeren over het gepretendeerde recht, ongeacht het gelden daarvan (in het Belgisch Ger.W. ten onrechte rechtsvordering genoemd) — deze bevoegdheid kan ook bestaan wanneer dat recht niet bestaat of niet opeisbaar is;

B. de rechtsvordering in de zin van afdwingbaarheid van een schuldvordering, die de keerzijde is van een civiele verbintenis en in tegenstelling staat tot de louter natuurlijke vordering als keerzijde van een natuurlijke verbintenis ⁴⁶.

Welnu, ook al heb ik een recht op eigen naam verkregen, dan nog kan ik iemand anders achteraf de bevoegdheid verlenen over dit recht op eigen naam te procederen: daardoor verkrijgt hij dat recht niet, ook niet de «rechtsvordering» in de zin van de afdwingbaarheid van dat recht (B), maar wordt er enkel een objectieve voorwaarde vervuld voor de toelaatbaarheid van de eis, d.w.z. voor de bevoegdheid daarover in rechte te procederen (A). Het is niet anders in het privaatrecht, waar de bevoegdheid om voor andermans rekening op te treden vanzelfsprekend nog geen overdracht inhoudt van het recht waaromtrent men mag optreden ⁴⁷. Dat beide volledig uit elkaar dienen te worden gehouden blijkt bv. duidelijk in de gevallen van wettelijke vertegenwoordiging, bij de zijdelingse vordering in het Franse en het Belgische recht (zie infra nr. 10), de bevoegdheid van de faillissementscurator, e.d.m. ⁴⁸.

9. *De aard van de bevoegdheid vereist om op eigen naam voor andermans rekening in rechte op te treden: voorwaarde voor toelaatbaarheid doch materieelrechtelijk bepaald*

Is het optreden in rechte voor vreemde rekening doch in eigen naam dus principieel mogelijk, dan dient natuurlijk wel telkens te worden nagegaan of de formele partij daartoe de «hoedanigheid» of «vorderingsbevoegdheid» heeft, m.a.w. of zij de bevoegdheid heeft om voor rekening van de materiële gedingpartij op te treden. De formele gedingpartij dient «bestuurs- of vertegenwoordigingsbevoegdheid» of

⁴⁰ Zie bv. voor de medeëigenaars in een appartementsgebouw LAENENS, J., *R.W.*, 1991-92, (286) 287-288, nr. 13.

⁴¹ H.R., 7 mei 1852, W. 1350; STAR BUSMANN, *Hoofdstukken burgerlijke rechtsvordering*, nr. 139; HUGENHOLTZ-HEEMSKERK, *Hoofdstukken van Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, nr. 42. Zie evenwel de opwerping van P.A. STEIN, behandeld in nr. 8 van deze bijdrage.

⁴² Vgl. FETTWEIS, A., *Manuel de procédure civile*, nr. 39; ROLAND, S., in *Liber amicorum Lionel Tricot*, (457) 466; VAN GERVEN, W., *Bevindsbevoegdheid*, nr. 208-211; GUTT, E. en STRANART, A.M. «Examen de jurisprudence. Droit judiciaire privé», *R.C.J.B.*, 1973, 107-109, nr. 7; LAENENS, J., «Kroniek van het gerechtelijk recht 1985-1987», *R.W.*, 1988-89, 761, nr. 1. Anders: RASIR, R. en HENRY, P., *La procédure de première instance dans le Code judiciaire*, Brussel, Larcier, 1978, 17-18.

⁴³ Zie voor dit onderscheid zeer duidelijk VAN GERVEN, W., *Bevindsbevoegdheid*, 284-286.

⁴⁴ P.A. STEIN, noot onder H.R., 3 mei 1991, *N.J.*, nr. 229.

⁴⁵ Zie ook de kritiek van MAEIJER op de stelling van Stein, in de noot onder H.R., 21 oktober 1983, *N.J.*, 1984, nr. 254, p. 926.

⁴⁶ Zie voor deze onderscheiding mijn rapport «Goede trouw in geding en bewijs», *T.P.R.*, 1990, (353) 366 e.v., nr. 8 en mijn bijdrage «De eigendom van het wild en de jachtvergunning. Of het onderscheid tussen rechtsvordering en recht om te procederen», in TE PAS, *Opstellen aangeboden aan prof. mr. P.A. Stein*, Kluwer, Deventer/Tjeenk Willink, Zwolle, 1992, 253-271.

⁴⁷ Zie daarvoor nogmaals GROEFSEMA, L., *Bevoegd beschikken over andermans recht*.

⁴⁸ Geheel terecht wordt dit benadrukt door BAERT, K. en DECINCK, B., in *Procederen in nieuw België en komend Europa*, (379) 391.

minstens «vertegenwoordigingsmacht» te hebben⁴⁹, en meer in het bijzonder ook de bevoegdheid of macht om in eigen naam voor rekening van de vertegenwoordigde *in rechte* op te treden.

Ook al gaat het om een vraagstuk van «toelaatbaarheid», toch gaat het hier om een materieelrechtelijke en niet om een procesrechtelijke vraag. Dit is niet zo bijzonder: ook de partijbekwaamheid en de procesbekwaamheid worden immers principieel door het materiële recht bepaald. Het blijkt ook duidelijk uit de behandeling van deze vraag in het internationaal privaatrecht: anders dan de vraag of de partij die voor andermans rekening optreedt ook verplicht is de naam van de materiële gedingpartij bekend te maken (procesrechtelijke vraag, die zo dadelijk in nr. 11 ter sprake komt), wordt de vraag naar de vorderingsbevoegdheid niet beoordeeld volgens de *lex fori*⁵⁰, maar volgens het recht toepasselijk op de vertegenwoordiging, d.i. de wet van de plaats waar de vertegenwoordiger is opgetreden (*lex loci actus*)⁵¹ – behoudens rechtskeuze overeengekomen tussen de vertegenwoordigde en de wederpartij⁵². Bij optreden in rechte zal de op de vertegenwoordiging toepasselijke wet in eerste instantie wel meestal dezelfde zijn als de *lex fori*, maar uiteindelijk hangt de toepasselijke wet toch mede af van het recht dat de interne verhouding tussen vertegenwoordigde en vertegenwoordiger beheerst. Naar Belgisch en Nederlands recht inzake vertegenwoordiging immers is de vertegenwoordigde steeds gebonden (zij het bij middellijke vertegenwoordiging in het privaatrecht enkel zakenrechtelijk) indien de vertegenwoordiger bevoegd is krachtens de interne verhouding en die wordt beoordeeld volgens de *lex causae*.

De bestuurs- of vorderingsbevoegdheid mag natuurlijk niet worden verward met het vraagstuk van de procesvertegenwoordiging, en de desbetreffende regels (mandaat ad litem of procesvolmacht, regels inzake désaveu of ontkentenis van proceshandeling, e.d.m.) gelden dan ook niet voor de vraag die ons bezighoudt⁵³.

10. Bronnen van vorderings- of bestuursbevoegdheid

Behalve in enkele bijzondere wettelijke gevallen en in geval van schijnvertegenwoordiging geldt de macht om voor andermans rekening in rechte op te treden slechts indien de vertegenwoordiger volgens de *interne* verhouding *bevoegd* is op die manier op te treden. Is die bevoegdheid niet door de *wet* of krachtens de wet door de rechter verleend, dan dient

zij in beginsel te worden beoordeeld volgens de regels van de *lastgeving*⁵⁴. Dit sluit niet uit dat sommige personen die bevoegdheid kunnen hebben om in rechte op te treden voor andermans rekening, ook zonder dat zij een dergelijke bestuurs- of vertegenwoordigingsbevoegdheid hebben voor andere handelingen dan procesvoering. Omgekeerd kan ook de bestuurs- of vertegenwoordigingsbevoegdheid in rechte aan strengere voorwaarden gebonden zijn dan de bevoegdheid om buitengerechtelijke handelingen te verrichten. Zo bv. wordt doorgaans aanvaard dat zaakwaarneming zonder rechterlijke machtiging onvoldoende is om de bevoegdheid te vestigen om andermans zaak in rechte waar te nemen⁵⁵: is er behoefte aan zaakwaarneming in rechte, dan dient in de regel door de rechter een – gerechtelijk – «zaakwaarnemer» of «voorlopig bewindvoerder» te worden benoemd.

In sommige gevallen verkrijgen bepaalde personen krachtens de wet een bevoegdheid om voor andermans rekening op te treden, die echter moeilijk nog vertegenwoordiging kan worden genoemd, en eerder aanleunt tegen de zaakwaarneming die mede in eigen belang geschiedt (er geldt immers geen enkele regel dat zaakwaarneming niet mede in eigen belang mag geschieden). Het duidelijkste geval hiervan is de bevoegdheid die art. 1166 van het Belgische (en Franse) B.W. aan schuldeisers verleent om de rechten van hun schuldenaar die niet hoogst persoonlijk zijn «indirect» uit te oefenen, voor rekening van die schuldenaar doch mede in eigen belang (zijdellingse vordering, *action oblique*). Die bevoegdheid kan overigens worden gezien als een compensatie voor het feit dat gewone schuldeisers geen derdenverzet kunnen aantekenen (art. 1122, 3°, Ger.W.) en dus, zo zij niet tussenkomen, willens nillens door de schuldenaar «gebonden» worden. De bevoegdheid van een vereffeningbewindvoerder om het onder bewind gestelde vermogen (door beslag of faillissement) te gelde te maken en dienaangaande ook in rechte op te treden, is daarentegen wel degelijk een normaal geval van middellijke vertegenwoordiging, omdat de bewindvoerder – de curator, de inningsbevoegde gerechtsdeurwaarder, de inningsbevoegde pandhouder, enz. – daarbij niet voor rekening van de gefailleerde schuldenaar optreedt (die is beschikkingsonbevoegd geworden t.a.v. de boedel) maar voor rekening van de vertegenwoordigde schuldeisers, die immers door het beslag, faillissement, e.d.m. een *eigen recht* hebben verkregen op de in beslag genomen goederen, dat ik eerder een soort wettelijk

⁴⁹ Zie voor het onderscheid tussen vertegenwoordigingsmacht en bestuursbevoegdheid (vertegenwoordigingsbevoegdheid) VAN GERVEN, W., *Algemeen deel*, nr. 147, p. 477, noot 12.

⁵⁰ VAN HECKE, G., en LENAERTS, K., *Internationaal privaatrecht*, A.P.R., Story, Brussel, 1989, nr. 816. Vergelijk de conclusie van adv.-gen. VELU voor Cass., 11 januari 1979, *Pas.*, I, (521) 530, nr. 12 (al is dit punt niet voldoende uitgewerkt: er wordt gewoon verwezen naar de personele wet voor alle problemen van bekwaamheid én hoedanigheid).

⁵¹ Zie daarvoor VAN HECKE, G. en LENAERTS, K., *Internationaal privaatrecht*, nr. 682; RIGAUX, F., *Traité de droit international privé*, II, nr. 875, p. 227.

⁵² Zie de artt. 14 en 15 van de Haagse Conventie van 14 maart 1978 inzake het recht toepasselijk op vertegenwoordiging.

⁵³ Vgl. LAENENS, J., *R.W.*, 1991-92, (286) 291, nr. 38.

⁵⁴ De tussen partijen geldende regels van de overeenkomst van lastgeving gelden immers in beginsel ook voor de overeenkomst waarbij bevoegdheid tot middellijke vertegenwoordiging wordt gegeven (art. 13 titel VII Belgische WvK; art. 7: 400, lid 2, NBW). Vgl. SOLUS, H. en PERROT, R., *Droit judiciaire privé*, nr. 33; HENCKEL, W., *Parteilchre und Streitgegenstand im Zivilprozeß*, 107. Volgens een cassatiearrest van 15 januari 1982 (*Arr.*, 619), dient daarbij aan de formele procespartij machtiging te zijn verleend om in eigen naam op te treden, en is het niet voldoende dat de materiële procespartij machtiging heeft gekregen zich van de naam van de formele partij te bedienen. Zie de m.i. terechte kritiek op dit woordfetisjisme door ROLAND, S., *Liber amicorum Lionel Tricot*, (457) 461. De sector heeft sindsdien gewoon de formule van de subrogatieverklaring aangepast, en tegen de nieuwe formule is er geen bezwaar.

⁵⁵ Zo heeft Cass. fr., 9 maart 1982, *Bull. civ.*, 90, nr. 104, optreden in rechte krachtens zaakwaarneming in beginsel verworpen.

pandrecht heb genoemd ⁵⁶. Zoals boven reeds gezegd zijn in geval van faillissement deze rechten van de concurrente schuldeisers gecollectiveerd, in die zin dat zij hun recht (dat door het faillissementsbeslag dus in zekere mate «ge-realiseerd», d.i. «verzakelijk» is) gedurende het faillissementsbewind niet meer *ut singuli* kunnen uitoefenen, maar slechts via de curator (al is niet uitgesloten dat zij kunnen tussenkomen in de procedure).

Kortom, de verlening, intrekking en eventuele overgang van vorderingsbevoegdheid, zoals van elke vertegenwoordigingsbevoegdheid, wordt in beginsel door de gemeenschappelijke regels bepaald, meer bepaald de regels inzake lastgeving, wettelijke vertegenwoordiging van onbekwamen en dwangvertegenwoordiging in geval van vereffeningbewind.

Dit moet dan ook evenzeer gelden voor de vorderingsbevoegdheid in geval van rechtsopvolging tijdens het geding. Eerst dienen we echter na te gaan of het procesrecht een dergelijke rechtsopvolging wel aanvaardt. Alvorens daartoe over te gaan wil ik echter nog een andere mogelijke moeilijkheid bespreken: de zuiver procesrechtelijke vraag of de partij die voor andermans rekening optreedt, ook verplicht is de naam van de materiële gedingpartij bekend te maken.

11. *Vormvereisten bij optreden in rechte voor andermans rekening*

Wanneer een formele gedingpartij in rechte andermans subjectieve rechten geldend wil maken, rijst namelijk de vraag of en hoe van deze hoedanigheid en/of van de identiteit van de materiële gedingpartijen melding dient te worden gemaakt. Anders dan bij de vorige vraag gaat het hier niet om een in wezen materieelrechtelijke vraag, nl. de toelaatbaarheid van de vordering (te beoordelen volgens materieelrechtelijke maatstaven) maar om een zuiver procesrechtelijke vraag, te beoordelen volgens de *lex fori* ⁵⁷, namelijk een *nietigheidsvraag*. Het betreft namelijk de vorm van een proceshandeling.

a) De vereiste vermelding van de identiteit van de eiser

Traditioneel gaat men er in België van uit dat «in de regel» de identiteit van de «eiser» en niet alleen die van de «lasthebber» dient te worden vermeld, zoals het wordt gezegd in het cassatiearrest van 28 september 1984 ⁵⁸, en dat het (slechts) «bij wijze van uitzondering» in een aantal gevallen voldoende is de identiteit van die lasthebber bekend te maken. Hoewel deze regel niet geheel fout is, is de verwoording het wel: in die gevallen waarin iemand in eigen naam, zij het q.q., voor andermans rekening optreedt, is die – middellijke – vertegenwoordiger formeel de eiser. Welnu, dan dient men, op straffe van nietigheid, alleen van de formele gedingpartij de volledige identiteit te vermelden. Dit blijkt m.i. duidelijk uit art. 43, 2°, Ger.W., dat bepaalt dat een exploit van betekening op straffe van nietigheid de

naam (...) en in voorkomend geval de hoedanigheid (...) dient te vermelden van de persoon op wiens verzoek het exploit wordt betekend. De naam heeft hier onbetwistbaar betrekking op de *formele* gedingpartij, die immers de verzoeker is van de betekening (over de hoedanigheid heb ik het zo dadelijk). Nu wordt de noodzaak om «in de regel» ook de identiteit van de materiële gedingpartij te vermelden niet uit art. 43, maar uit art. 702 Ger.W. afgeleid. Dat bepaalt immers dat behalve de vermeldingen bepaald in art. 43 het exploit van dagvaarding op straffe van nietigheid de naam (...) van de eiser en van de gedaagde dient op te geven. M.i. staat hier niets meer dan in art. 43 ⁵⁹. Sommigen leiden uit art. 702 echter af dat een dagvaarding naast de identiteit van de formele gedingpartij ook die van de materiële partij dient te vermelden, en de bewoordingen van genoemd cassatiearrest liggen in die lijn. Voor zover dit houdbaar zou zijn onder het oude Ger.W. (vóór 1993), is het in ieder geval niet meer houdbaar onder het nieuwe (vanaf 1993): art. 1034^{ter} betreffende het contradictoir verzoekschrift vereist immers alleen de naam (...) en hoedanigheid (...) van de verzoeker en van de gedaagde. Het is onhoudbaar te zeggen dat voor vorderingen ingeleid bij exploit een andere meldingsplicht zou gelden dan voor vorderingen ingeleid bij contradictoir verzoekschrift. De identiteitsvereisten van art. 702 Ger.W. kunnen m.i. dan ook slechts betrekking hebben op de formele gedingpartij. Dit volgt overigens ook uit het eveneens reeds genoemde arrest van 6 mei 1915 ⁶⁰.

Dezelfde analyse geldt ook voor het Nederlandse recht: art. 5 Rv. spreekt slechts van de naam van de eiser, en hieronder dient de formele gedingpartij te worden verstaan.

Indien de bekendmaking van de identiteit van de materiële gedingpartij kan worden geëist, dan kan dit dus niet zijn wegens de eis dat de identiteit van de eiser wordt vermeld, maar alleen wegens de eis dat ook diens hoedanigheid dient te worden vermeld.

b) De vereiste vermelding van de hoedanigheid van de eiser

In België vereisen de artt. 43 en 1034^{ter} Ger.W. inderdaad ook de vermelding van de «*hoedanigheid*» van de gedingpartijen. In Nederland vinden we een dergelijke bepaling niet in het wetboek, doch wordt door (sommige) rechtsleer uit de algemene regels inzake vertegenwoordiging afgeleid dat de naam van de vertegenwoordigde dient te worden vermeld ⁶¹. Wat dient de inhoud te zijn van die vermelding en wat is de sanctie van het nalaten ervan?

Allereerst dienen we de *inhoud* van de vermelding te onderscheiden van het *bewijs* van de hoedanigheid (legitimatie, zie C). De inhoud van de vermelding van hoedanigheid omvat normaal de identiteit van de vertegenwoordigde persoon of personen en de rechtsgrond voor de vertegenwoordigingsbevoegdheid (conventioneel, wettelijk of gerechtelijk). Doch de identiteit van de vertegenwoordigde personen dient alléén dan te worden vermeld, indien de tegenpartij daar belang bij heeft. Dit blijkt overigens ook uit de sanctie van het gebrek aan vermelding. In Nederland dient de rech-

⁵⁶ Aan de aard van dit recht heb ik enkele beschouwingen gewijd in mijn genoemde bijdrage in *Het zakenrecht, absoluut niet een rustig bezit*, (403) 410, 412, 435, 455-456, 465, 490-506.

⁵⁷ Zie nogmaals Cass., 11 januari 1979, *Pas.*, I, 521, *R.H.A.*, 1979-80, 224.

⁵⁸ Cass., 28 september 1984, *Pas.*, 141.

⁵⁹ Vgl. FETWEIS, A., *Manuel*, nrs. 195-196.

⁶⁰ Cass., 6 mei 1915, *Pas.*, 285.

⁶¹ Zie bv. STAR BUSMANN, *Hoofdstukken*, nr. 140.

ter hierop de regel van art. 94 Rv. toe te passen: hij zal de exceptie van nietigheid verwerpen wanneer het gebrek van die aard wordt bevonden dat de gedaagde daardoor in zijn verdediging niet is benadeeld. Wel kan de rechter volgens lid 2 van art. 94 zo daartoe gronden zijn, het herstel van het gebrek (in casu dus de vermelding van de identiteit van de vertegenwoordigde personen) bevelen. In België kan de sanctie uitsluitend een «relatieve» nietigheid zijn, aangezien de vermelding niet is opgenomen in de lijst van absolute nietigheden van art. 862 Ger.W., en geldt dus de regel van art. 861 Ger.W. dat de rechter de proceshandeling alleen dan nietig kan verklaren, indien het aangeklaagde verzuim of de aangeklaagde onregelmatigheid de belangen schaadt van de partij die de exceptie opwerpt.

Deze bepaling werd m.i. geheel ten onrechte terzijde geschoven in het eerste Lloyd's-arrest van het Hof van Cassatie⁶², meer bepaald in de conclusie van advocaat-generaal Velu, waar hij de zaken toch wel verwacht als hij schrijft dat het in casu enerzijds ging om een procesrechtelijke vraag (en geen vraag van bekwaamheid of hoedanigheid) maar art. 861 Ger.W. toch niet van toepassing was omdat «il ne s'agit pas d'une simple omission ou d'une simple irrégularité de nature à entraîner la nullité d'un acte de procédure, mais de l'omission de formes substantielles relatives à la recevabilité du *pourvoi*» die de eiseres in acht moest nemen om haar bekwaamheid te bewijzen! – waarmee de door art. 860 Ger.W. formeel verworpen theorie van de substantiële nietigheden terug wordt binnengehaald. In het tweede Lloyd's-arrest⁶³ daarentegen werd art. 861 Ger.W. impliciet wél toegepast, daar het middel van ontoelaatbaarheid verworpen werd met de overweging dat eiser niet aangeeft welke elementen ontbreken en in hoeverre de vermelde gegevens niet voldoende zijn om de bedoelde verweerders te identificeren.

Sommige auteurs in België zoeken ook een oplossing in art. 703, derde lid, Ger.W., een dilatore exceptie volgens welke de partij tegen wie een akte van rechtspleging van een rechtspersoon wordt opgeworpen, in elke stand van het geding het recht heeft te eisen dat de rechtspersoon haar de identiteit meedeelt van de natuurlijke personen die zijn organen zijn. Doch deze bepaling betreft niet de bekendmaking van de identiteit van de vertegenwoordigde, maar integendeel de bekendmaking van de identiteit van de vertegenwoordigers, namelijk de organen, in een geval waarin de materiële gedingpartij wel degelijk formele gedingpartij is, en deze bepaling is dan ook geheel vreemd aan de vraag die ons hier bezighoudt⁶⁴.

Daar de identiteit van de vertegenwoordigde slechts dient te worden bekendgemaakt indien de niet-vermelding daarvan de belangen van de tegenpartij zou schaden, is het begrijpelijk dat in een aantal typische gevallen die identiteit niét dient te worden bekendgemaakt. Dààrom is het voor een beheerder van een appartementsmedeëigendom vol-

doende te vermelden op welk gebouw de medeëigendom betrekking heeft⁶⁵, en dient hij de namen van de medeëigenaars niet te vermelden. Daarom is het voor de beheerder van een gemeenschappelijk beleggingsfonds voldoende duidelijk aan te geven over welk fonds het gaat, en dient hij de namen van de beleggers niet prijs te geven⁶⁶ – ware het anders, dan was overigens elk optreden in rechte gewoon onmogelijk. Daarom is het voor de faillissementscurator vanzelfsprekend niet nodig de namen van de vertegenwoordigde schuldeisers te vermelden, maar enkel het faillissement te identificeren. Daarom is het voor de vertegenwoordiger van erfgenenamen in beginsel voldoende de naam van de erf-later op te geven, en is het in beginsel niet vereist de namen van de erfgenenamen te specificeren. Daarom is het voor een auteursvereniging in beginsel voldoende de categorie van auteurs waarvoor zij optreedt te vermelden.

Deze meldingsplicht bestaat helemaal *niet* wanneer de vertegenwoordiger materieelrechtelijk over een eigen recht beschikt, zoals over het algemeen het geval is met rechten die uit middellijke vertegenwoordiging ontstaan (bv. uit het optreden van een commisionair): dan is de vertegenwoordiger immers ook materieel gedingpartij.

Doch uit het cassatiearrest van 1915 kan men ook afleiden dat ook bij optreden voor andermans rekening in rechte in sommige gevallen zelfs niet dient te worden vermeld *dat* men q.q. optreedt. Wél bepaalt het al dan niet *openlijk* zijn van het optreden voor andermans rekening in wiens persoon (formele dan wel materiële partij) de rechten en plichten uit het proces (bv. de gerechtskosten) ontstaan: *de naamleener staat tegenover de wederpartij zelf in voor de kosten, de persoon die q.q. optreedt niet.* (Vgl. in dit verband ook art. 66quater Venn.W.)

c) Legitimatie of bewijs van de hoedanigheid

De op straffe van nietigheid voorgeschreven vermelding van de hoedanigheid is nog iets anders dan het bewijs daarvan. De vermelding van de hoedanigheid betreft immers de vorm van de proceshandeling (dagvaarding, enz.), het bewijs van die hoedanigheid (d.i. van de vertegenwoordigingsbevoegdheid of -macht in rechte op te treden) betreft het recht (de bevoegdheid) die proceshandeling te verrichten (de toelaatbaarheid van de eis), en dat bewijs kan dan ook in beginsel in elke stand van het geding worden gevraagd en geleverd. In dié zin kan men zeggen dat het eisen van het bewijs van de hoedanigheid «dilatoor» is. Aangezien het bestaan van die vertegenwoordigingsmacht materieelrechtelijk bepaald is, gelden voor het bewijs hiervan de gewone regels van het burgerlijk recht, en niet de bijzondere regels van de procesvertegenwoordiging (mandaat ad litem of procesvolmacht, regels inzake désaveu of ontkenenis van proceshandeling, e.d.m.)⁶⁷.

⁶² Cass., 11 januari 1979, *Pas.*, I, 521, *R.H.A.*, 1979-80, 224, concl. van A.-G. VELU geciteerd uit *Pas.*, I, 529.

⁶³ Cass., 18 februari 1985, *Arr.*, nr. 364, *R.W.*, 1985-86, 948 (Lloyd's II).

⁶⁴ De analogieredenering van DE CORTE, R., *T.P.R.*, 1980, (I) 18, nr. 40, i.v.m. feitelijke verenigingen, overtuigt mij dan ook niet. Kh. Brussel, 8 maart 1968, *R.P.S.*, nr. 5438, daarentegen, sanctioneerde de niet-vermelding met een nietigheid die mocht worden geregulariseerd in limine litis.

⁶⁵ Cass., 30 mei 1968, *Pas.*, 113; LAENENS, J., *R.W.*, 1991-92, 286 e.v.

⁶⁶ Kh. Brussel, 10 september 1992, *J.T.*, 1992, (719) 722.

⁶⁷ Vgl. LAENENS, J., *R.W.*, 1991-92, (286) 291 nr. 38. Ik ga hier niet in op de discussie over de legitimatie die vennootschappen dienen voor te leggen in een procedure voor de Belgische Raad van State.

IV. De mogelijkheid van rechtsopvolging in het proces

12. De mogelijkheid van rechtsopvolging bij het instellen van een rechtsmiddel na opvolging in het materiële recht of de vorderingsbevoegdheid

Laten we nu terugkomen tot de derde vraag, namelijk of het procesrecht aanvaardt dat de positie van gedingpartij, meer bepaald bij rechtsopvolging in het recht waarover geprocedeed wordt, voor overgang vatbaar is. Het antwoord daarop lijkt nogal te verschillen naar Belgisch en Nederlands recht.

Aan de mogelijkheid van processuele rechtsopvolging in de rechtsmiddelenprocedure, namelijk bij het instellen van verzet, hoger beroep of cassatie, wordt in Nederland niet meer getwijfeld. In zijn arrest van 20 maart 1942⁶⁸ heeft de Hoge Raad deze mogelijkheid nog ontkend, doch in zijn arresten van 8 juni 1973⁶⁹ (hoger beroep door de cessionaris) en 5 juni 1992 (voorziening in cassatie)⁷⁰ aanvaardde diezelfde Hoge Raad dat een rechtsopvolger de rechtsmiddelen kan instellen, met een motivering die tegelijk het derdenverzet uitsluit (uitsluiting die niet uitdrukkelijk gebeurt in art. 376 Rv.). Het arrest van 8 juni 1973 betrof een cessie na de beslissing in eerste aanleg, het arrest van 5 juni 1992, een cessie hangende het geding in hoger beroep, zodat de oplossing in beide gevallen dezelfde is.

In België is de mogelijkheid van processuele rechtsopvolging in de rechtsmiddelenprocedure in ieder geval aanvaard voor het geval de rechtsopvolging geschiedde na de dag van de uitspraak, aangezien de rechtsopvolger in dat geval gebonden is aan het gezag van gewijsde en geen derdenverzet kan instellen (art. 1122, tweede lid, 2°, behoudens bedrog door zijn rechtsvoorganger), doch blijkens cassatiearresten van 14 juni 1991⁷¹ ook indien de rechtsopvolging dateert van

vóór de dagtekening van de beslissing. Dit laatste is merkwaardig, omdat de rechtsopvolger in dat geval zowel hoger beroep c.q. cassatie als derdenverzet zou kunnen aantekenen, terwijl die rechtsmiddelen elkaar uitsluiten: het eerste impliceert dat hij partij was, zoals het cassatiearrest van 31 oktober 1986 nogmaals bevestigd heeft⁷², het tweede dat hij het niet was. Art. 1122, tweede lid, 2° Ger.W. dient dan ook contra legem te worden uitgelegd om enige samenhang te verkrijgen in het stelsel van de rechtsmiddelen.

Behalve dit laatste betreffen de problemen van rechtsopvolging in de rechtsmiddelenprocedure dan ook niet de mogelijkheid tot rechtsopvolging in de rechtsmiddelenprocedure, maar omgekeerd de eventuele verplichting daartoe, door de ontoelaatbaarheid van een rechtsmiddel ingesteld door de rechtsvoorganger (waarover verder meer).

13. De mogelijkheid van gedinghervatting bij opvolging in het materiële recht en de vorderingsbevoegdheid

Wat de rechtsopvolging tijdens het geding zelf betreft, lijken de wettelijke bepalingen in beide landen op elkaar, doch is de in de rechtspraak gemaakte toepassing verschillend. Art. 254 Rv. bepaalt dat het geding kan worden geschorst – mits de oorzaak vanwege de belanghebbenden wordt betekend – en hervat door o.m. «het ophouden der betrekkingen waarin (een der partijen) het geding voerde, hetzij ten gevolge van de overgang onder algemene titel op een ander, hetzij op andere wijze». Art. 815 Ger.W. bepaalt dat de «wijziging van de hoedanigheid waarin (een partij) is opgetreden zonder gevolg blijft zolang daarvan geen kennis is gegeven», doch impliceert door zijn plaatsing als eerste artikel van het hoofdstuk «hervatting van geding» dat de hervatting van geding volgens de artt. 816 e.v. in dat geval mogelijk is. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat de overgang van het recht onder bijzondere titel blijkbaar niet beschouwd wordt als een geval van «ophouden der betrekkingen waarin een partij het geding voerde», en het in dat geval dus niet mogelijk zou zijn om hangende het geding de positie van gedingpartij over te nemen⁷³; wél wordt aanvaard dat hij kan tussenkomen op grond van de artt. 285 e.v. Rv. (zie verder). In het Duitse recht daarentegen is de overname tijdens het geding ook mogelijk, zij het veelal aan nadere voorwaarden (meer bepaald toestemming van de tegenpartij) onderworpen (zie §§ 265-266 ZPO). Ook in België wordt weliswaar soms betwijfeld dat de rechtsopvolging onder bijzondere titel in het litigieuze recht onder de wijziging van hoedanigheid (d.i. vertegenwoordigingsbevoegdheid) valt, doch uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie, meer bepaald het arrest van 1 maart 1984 (Lichterveldse uitweg) blijkt dat ook naar Belgisch recht de rechtsopvolging in de positie van gedingpartij tijdens het geding mogelijk is⁷⁴, en dit wordt

⁶⁸ H.R., 20 maart 1942, *N.J.*, 444.

⁶⁹ H.R., 8 juni 1973, verwerping van cassatie in het belang der wet, *N.J.*, 1974, 76, noot D.J. VEEGENS, door P.A. STEIN besproken in «Rechtsopvolging tijdens het geding», *Non sine causa. Opstellen aangeboden aan prof. mr. G.J. Scholten t.g.v. zijn afscheid als hoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1979, (425) 432-433.

⁷⁰ H.R., 5 juni 1992, *N.J.*, 1993, nr. 204, noot H.J. SNIJDERS.

⁷¹ Namelijk Cass., 14 juni 1991, *Arr.*, nr. 530, *R.W.*, 1991-92, 237; Cass., 14 juni 1991, *Arr.*, nr. 531, *R.W.*, 1991-92, 238. Uit het cassatiearrest van 31 oktober 1986, *Arr.*, 303, werd soms het tegendeel afgeleid (het arrest besliste dat het hoger beroep tegen het Vlaams Gewest ontoelaatbaar was, omdat in eerste aanleg niet het Vlaams Gewest, doch de Belgische Staat partij was, en dit zelfs nadat zij in hoger beroep een akte van gedinghervatting neerlegde, waar zij later op is teruggekomen), doch de ontoelaatbaarheid berustte daar op het feit dat de zozegde rechtsopvolger (die zelfs het geding had hervat) dat materieelrechtelijk niet bleek te zijn. Ook het cassatiearrest van 11 januari 1974 (*Arr.*, 590) betrof zo'n geval: in eerste aanleg hadden de ouders van een meerderjarige diens rechten geldend gemaakt, terwijl zij daartoe niet de hoedanigheid hadden; hoger beroep werd tegen de zoon ingesteld en diende volgens het Hof van Cassatie ontoelaatbaar te worden verklaard, omdat de zoon geen partij was in eerste aanleg – wat correct is, omdat hij niet geldig was vertegenwoordigd: ook al diende de vordering van de ouders in eerste aanleg om dezelfde reden ontoelaatbaar te worden verklaard, het hoger beroep tegen de beslissing die hun eis toelaatbaar verklaarde, diende dan ook tegen hen te worden ingesteld.

⁷² Cass., 31 oktober 1986, *Arr.*, 303.

⁷³ STEIN, P.A., in *Non sine causa*, (425) 427-428 en 434-437, in bespreking van o.m. H.R., 20 maart 1942, *N.J.*, 444. Het kan ook a contrario worden afgeleid uit het arrest, H.R., 5 juni 1992, *N.J.*, 1993, nr. 204, noot H.J. SNIJDERS.

⁷⁴ Zie bv. Cass., 1 maart 1984, *Arr.*, nr. 369 (Lichterveldse uitweg), betreffende de rechtsopvolger tijdens de cassatieprocedure in een eigendomsrecht en bijbehorende lasten en erfdiensbaarheden (recht van uitweg).

veelal ook door de rechtsleer aanvaard ⁷⁵, die omgekeerd veel meer moeite heeft om de mogelijkheid van tussenkomst door de rechtsopvolger te aanvaarden (zie verder, nr. 20).

De restrictieve interpretatie van art. 254 Rv., waardoor gedinghervatting bij rechtsopvolging onder bijzondere titel onmogelijk wordt geacht, wordt verklaard aan de hand van de nauwe band tussen dagvaarding en geding. Toch werd deze band in Nederland net zoals in België sterk versoepeld door de hervormingen van het burgerlijk procesrecht: in Nederland de wijziging van art. 134 Rv. in 1952, in België de hervorming van 1967 met de invoering van het Gerechtelijk Wetboek, waarin deze versoepeling onder meer tot uiting komt in de bepalingen van de artt. 13 tot 15 (ruime mogelijkheden van tussenkomst en tussenvorderingen), art. 807 (uitbreiding en wijziging van de eis), en m.i. ook art. 815, waarmee immers de mogelijkheid werd ingevoerd het geding op te schorten door kennisgeving van een wijziging van hoedanigheid ⁷⁶. Er is m.i. dan ook geen reden meer om een gedinghervatting, en daarmee een opvolging in de procespositie van een partij, uit te sluiten in geval van cessie, subrogatie of andere overgang van de litigieuze schuldvordering. Ook het feit dat daarbij eventueel het voorwerp van de eis dient te worden gewijzigd, met name doordat na de cessie of subrogatie aan een andere gerechtigde zou moeten worden betaald, staat dit niet in de weg, in Nederland niet nu de eiser volgens art. 134 Rv. bevoegd is tot de afloop van het geding zijn eis bij conclusie te veranderen, in België niet nu een vordering die voor de rechter aanhangig is volgens art. 807 Ger.W. «kan uitgebreid of gewijzigd worden, indien de nieuwe, op tegenspraak genomen conclusies, berusten op een feit of akte in de dagvaarding aangevoerd, zelfs indien hun juridische omschrijving verschillend is» en de nieuwe eis in de door ons besproken gevallen steeds blijft berusten op een feit of akte in de gedinginleidende akte aangevoerd. Het enige bezwaar dat dan nog tegen rechtsopvolging hangende het geding kan rijzen bij verkrijging onder bijzondere titel, is dit, of de wederpartij verplicht is akkoord te gaan met de opvolging van de gedingpartij (zoals principieel in het Duitse recht het geval is; vgl. ook art. 134, lid 2, Rv. over de mogelijkheid zich tegen een verandering van eis te verzetten); doch ook al meent men van wel, dan houdt dit nog steeds in dat de rechtsopvolging niet onmogelijk is, maar enkel aan een nadere voorwaarde onderworpen. Deze vraag komt dan ook verderop ter sprake.

14. Verhouding met het materiële recht of de vorderingsbevoegdheid

Voor alle duidelijkheid herhaal ik hierbij dat het gaat om de opvolging in de processuele rechten en plichten van een partij, die voortvloeien uit het feit dat zij in een geding betrokken is, ongeacht de gegrondheid van de eis. Het gaat

hier dus *noch om de rechtsvordering (het afdwingbare subjectief recht), noch om de vorderingsbevoegdheid*. Ook al wordt het optreden als gedingpartij misschien ontoelaatbaar indien men hangende het geding de vorderingsbevoegdheid (hoedanigheid) verliest, of al is de hervatting van geding maar mogelijk door een partij die vorderingsbevoegdheid bezit, dan nog kunnen er uit het geding zelf – d.i. uit de al dan niet bevoegd verrichte rechtshandelingen – en de positie van gedingpartij rechten en plichten voortvloeien (bv. aansprakelijkheid voor gerechtskosten) die daarvan onafhankelijk kunnen zijn. Wel juist is dat, behalve de gevallen van wijziging in de partijbekwaamheid (bv. overlijden) of procesbekwaamheid, deze overname maar kan geschieden in geval van «wijziging van hoedanigheid». M.a.w., heeft de partij die de positie van een formele gedingpartij wil overnemen, of de formele gedingpartij die haar hoedanigheid (w.o. ook de partij voor wiens rekening zij optreedt) wil veranderen, niét de vertegenwoordigingsbevoegdheid (hoedanigheid) voor optreden in rechte voor de belangen die zij wil verdedigen of niet de vertegenwoordigingsbevoegdheid (hoedanigheid) die zij beweert te hebben, dan is de gedinghervatting ontoelaatbaar. Ook hier blijkt weer eens dat de toelaatbaarheid van een proceshandeling – met name de gedinghervatting – materieelrechtelijk is bepaald.

M.i. onjuist is de stelling dat rechtsopvolging in het geding maar mogelijk zou zijn indien men houder wordt van het materieel recht én de materieelrechtelijke vereisten voor tegenwerpbaarheid daarvan heeft vervuld. Zo wordt m.i. in België ten onrechte geleerd dat de cessionaris het geding niet mag hervatten vooraleer de door de wet vereiste mededeling van de cessie (in België in beginsel door betekening: art. 1690 B.W.) is geschied ⁷⁷: de cessionaris kan het geding hervatten als lasthebber van de cedent, ook al handelt hij daarbij (mede) in eigen belang, en voor een dergelijke last is ook in België geen betekening van de cessie vereist. Het komt dus wel degelijk aan op de vorderingsbevoegdheid, en niet op de hoedanigheid van houder van het materiële recht.

15. De vorm waarin de positie van gedingpartij wordt overgenomen tijdens het geding

Is de toelaatbaarheid van een gedinghervatting bepaald door het materieel recht, want afhankelijk van de vorderingsbevoegdheid, de *geldigheid of nietigheid* ervan, die afhangt van de vorm waarin ze is geschied, wordt natuurlijk door het procesrecht bepaald. In beginsel geschiedt die overname door middel van een *proceshandeling*, namelijk de gedinghervatting.

Naar Nederlands recht geschiedt de gedinghervatting in een eenvoudige betekende akte (art. 259 Rv.), zij het in de betekening van de oorzaak van de schorsing, zij het nadien. Naar Belgisch recht geschiedt hervatting van geding door neerlegging van een akte in de vorm van een conclusie (neerlegging die geldt als betekening, art. 746 Ger.W.) die – op straffe van nietigheid – de identiteit en hoedanigheid van de hervattende partij, alsook de redenen voor hervatting,

⁷⁵ BAERT, K. en DECONINCK, B., in *Procederen in nieuw België en komend Europa*, (379) 405-407, ook inzake cessie en subrogatie. M.i. ten onrechte evenwel menen deze auteurs (en ander) dat er geen sprake is van «wijziging van hoedanigheid» bij rechtsopvolging van de Belgische Staat door de gemeenschappen en gewesten (al verwijzen ze wel naar een arrest Hof Brussel, 9 januari 1985, dat de gedinghervatting toch toestond «in afwijking van art. 815 Ger.W.»).

⁷⁶ Zie FETTWIS, A., *Manuel de procédure civile*, nr. 658, wiens kritiek op deze bepaling ik evenwel niet deel.

⁷⁷ Zo Cass., 27 juli 1816, *Pas.*, 177. BAERT, K. en DECONINCK, B., in *Procederen in nieuwe België en komend Europa*, (379) 406.

dient te bevatten (art. 816 Ger.W.), dit alles blijkens het arrest Lichterveldse uitweg ⁷⁸.

In sommige gevallen evenwel heeft de Belgische rechtspraak geoordeeld dat er geen gedinghervatting nodig is, en ze van rechtswege geschiedt door de enkele kennisgeving, zonder nadere akte, met name bij kennisgeving van het procesbekwaam worden van de materiële gedingpartij, bv. de meerderjarig geworden minderjarige ⁷⁹. Bij de rechtsopvolging door de onderbewindstelling ingevolge faillissement (waarvan de aard eerder werd besproken) wordt doorgaans hetzelfde aangenomen: de faillissementscurator is door de kennisgeving van het faillissement van rechtswege formele gedingpartij in opvolging van de gefailleerde, die als partij verdwijnt (behoudens tussenkomst); dit wordt afgeleid uit het arrest van 5 februari 1985 ⁸⁰. Het is niet duidelijk welke maatstaf gebruikt wordt om te oordelen wanneer een akte van gedinghervatting al dan niet nodig is, doch in de andere gevallen waarin er géén wijziging optreedt van de procesbekwaamheid (bv. aanstelling of herroeping van de volmacht van een conventionele vertegenwoordiger, of rechtsopvolging van de Staat door een Gemeenschap of Gewest), is neerlegging van een akte van gedinghervatting in ieder geval nodig ⁸¹.

16. De vorm waarin de positie van gedingpartij wordt overgenomen bij het instellen van een rechtsmiddel

Is het geding reeds in staat van wijzen c.q. zijn de debatten reeds gesloten verklaard, dan is een gedinghervatting in de eigenlijke zin des woords niet meer mogelijk (vgl. art. 255, lid 1 en 2, Rv. en art. 815 Ger.W., zoals uitdrukkelijk beslist is in het rechtsopvolgingsarrest van 14 juni 1991 ⁸². Ook een overname van de positie van gedingpartij is niet meer als dusdanig mogelijk, maar een rechtsopvolger kan wel een gedingpartij opvolgen in de voordelen die zij uit het geding heeft verkregen, en dit kan met name door vermelding van haar hoedanigheid van rechtsopvolger in de akte van betekening. Ook kan zij als «partij» een rechtsmiddel instellen tegen een voor haar nadelig gewijsde, door haar hoedanigheid te vermelden in de akte waarmee het rechtsmiddel wordt ingesteld. Omgekeerd kan de tegenpartij ook de rechtsopvolger aanspreken of als partij in de rechtsmiddelenprocedure betrekken door vermelding van diens hoedanigheid ⁸³.

V. De procesrechtelijke gevolgen van een rechtsopvolging in het materiële recht of in de vorderingsbevoegdheid

A. Tijdens het geding

17. Geen gevolg zonder kennisgeving

Naar Nederlands recht wordt zoals gezegd doorgaans niet aanvaard dat het geding kan worden geschorst en hervat in geval van rechtsopvolging onder bijzondere titel. Desondanks is het, aan de hand van de analyse van de Belgische regeling, ook voor Nederlandse juristen interessant na te gaan wat de gevolgen zouden zijn mocht de heersende mening op dit punt worden gewijzigd: de bepalingen over schorsing en hervatting zijn in het algemeen immers nauwelijks verschillend. Dit maakt ze omgekeerd ook nuttig voor de interpretatie van de Belgische regels. Wel eist de Nederlandse wet een betekening van de oorzaak van de schorsing, en is naar Belgisch recht een eenvoudige kennisgeving voldoende.

Uit art. 815 Ger.W. volgt ook dat de wijziging van hoedanigheid «geen gevolg» heeft, zolang daarvan aan de rechtbank geen kennis is gegeven. Daarmee wordt op de eerste plaats bedoeld dat het geding niet wordt opgeschort zonder die kennisgeving. Zo ook bepaalt art. 256 Rv. dat zonder betekening aan de wederpartij van de oorzaak van de schorsing, het rechtsgeding kan worden voortgezet. De tegenpartij heeft niet het recht om het geding te schorsen, noch om te dagvaarden tot gedinghervatting: de kennisgeving van art. 815 Ger.W. kan niet van de tegenpartij uitgaan ⁸⁴, maar moet van de «belanghebbenden» uitgaan (art. 256 Rv.). Dit geldt dus ook wanneer de formele gedingpartij niet meer de bevoegdheid zou hebben om de door hem verdedigde belangen te verdedigen, bv. ten gevolge van een cessie of een subrogatie zonder dat de oude schuldeiser door de nieuwe met een inningsopdracht wordt belast.

Of de tegenpartij de nieuwe rechtsopvolger in het geding kan betrekken door gedwongen tussenkomst, wordt betwist: in de meerderheidsopvatting, die de tussenkomst wil beperken tot derden ⁸⁵, zou dit niet kunnen, omdat de rechtsopvolger op dat ogenblik al geen derde meer is, maar reeds «vertegenwoordigde partij». Anderzijds is hij volgens de letter van art. 1122 Ger.W. zowel partij als derde (zie boven). De rechtsopvolger in het geding betrekken kan de tegenpartij dus een grotere zekerheid geven, die latere betwistingen in afzonderlijke procedures uitsluit. M.i. eist de proceseconomie dan ook dat een gedwongen tussenkomst van de rechtsopvolger mogelijk is, al blijft natuurlijk de voorwaarde gelden dat zij de berechting van de hoofdvordering niet mag vertragen (art. 814 Ger.W., te vergelijken met art. 134, tweede lid, Rv.).

Doch de interpretatie van art. 815 Ger.W. gaat verder. Volgens de rechtspraak van het Hof van Cassatie brengt een wijziging in de hoedanigheid, en meer bepaald het vervallen van de vertegenwoordigingsbevoegdheid, namelijk ook niet

⁷⁸ Cass., 1 maart 1984, *Arr.*, nr. 369 (Lichterveldse uitweg).

⁷⁹ Cass., 15 september 1971, *Arr.*, 56.

⁸⁰ *Arr.*, 742, *R.W.*, 1985-86, 110. Zie verder BAERT, K. en DECONINCK, B., in *Procederen in nieuw België en komend Europa*, (379) 395-397.

⁸¹ Vgl. LAENENS, J., *R.W.*, 1991-92, (286) 291, nt. 37.

⁸² *Arr.*, nr. 529, *R.W.*, 1991-92, 226.

⁸³ Zie nogmaals Cass., 14 juni 1991, *Arr.*, nr. 529, *R.W.*, 1991-92, 226.

⁸⁴ Anders dan DIRIX, E., *T.B.H.*, 1990, 391, stelt, doelt de kennisgeving van art. 815 Ger.W. enkel op kennisgeving door de oude of nieuwe partij en kan zij niet geschieden door de tegenpartij zelf. Vgl. FETTWEIS, A., *Manuel*, nr. 118.

⁸⁵ FETTWEIS, A., *Manuel de procédure civile*, nr. 590.

mee dat de eis nu ontoelaatbaar zou worden, althans niet zolang het om hetzelfde geding gaat (zie onder voor de rechtsmiddelen): in het arrest van 11 mei 1989⁸⁶ heeft het Hof van Cassatie uit art. 815 Ger.W. afgeleid dat een vordering die tegen een wettelijk vertegenwoordiger van een minderjarige was ingesteld, ook na meerderjarigheid van die materiële gedingpartij nog kon worden toegewezen tegen de vertegenwoordiger q.q., nu van diens verlies van hoedanigheid geen kennis was gegeven, en ook al kan het uit de gedingstukken worden afgeleid (nl. uit de geboortedatum van de vertegenwoordigde). Omgekeerd heeft het Hof in de arresten van 15 september 1989 en 28 juni 1990 geoordeeld dat de vervreemder van een goed, waaraan schade was toegebracht, ook na de vervreemding bevoegd was (hoedanigheid had) veroordeling te eisen van de aansprakelijke, zonder dat diende te worden nagegaan of het recht op schadevergoeding mee in de overdracht van het goed was begrepen⁸⁷. Meer in het algemeen kan men dan ook stellen dat de rechtsopvolging zonder kennisgeving aan de rechter ook dan zonder gevolg blijft, indien de oude schuldeiser krachtens de onderlinge rechtsverhouding niet (meer) de bevoegdheid had om voor rekening van de nieuwe in rechte op te treden.

In Nederland daarentegen volgt uit de rechtspraak van de Hoge Raad⁸⁸ dat een wijziging in, en meer bepaald het vervallen van de vertegenwoordigingsbevoegdheid, maakt dat de eis als ontoelaatbaar dient te worden afgewezen. De Hoge Raad komt sedert het arrest Zomerdijk-Goudsblom (1983)⁸⁹ evenwel in feite veelal tot hetzelfde resultaat als het Hof van Cassatie door te stellen dat vertegenwoordigingsbevoegdheid om in eigen naam verder te procederen in de overeenkomst – met name van cessie – opgesloten kan liggen, ook zonder dat dit uitdrukkelijk bedongen is.

In België echter vinden we de merkwaardige situatie dat het proces nauwelijks wordt beroerd door een materieel-rechtelijke wijziging, terwijl omgekeerd het materieel recht

wel degelijk de gevolgen kan dragen van een procesrechtelijke situatie. Alvorens de situaties aan te geven waarin er procesrechtelijk wel iets gebeurt, lijkt het me goed daar nog even bij stil te staan.

18. *Gevolgen indien geen kennis is gegeven: vertegenwoordigingsmacht van de rechtsvoorganger*

Het «zonder gevolg blijven» van een rechtsopvolging zonder kennisgeving aan de rechtbank (en zonder dat vrijwillige hervatting van geding of tussenkomst heeft plaatsgevonden) (art. 815 Ger.W.) wordt dus in de Belgische rechtspraak zo uitgelegd dat, ook wanneer de oude schuldeiser krachtens de onderlinge rechtsverhouding niet (meer) de bevoegdheid had voor rekening van de nieuwe in rechte op te treden, zijn optreden toch niet ontoelaatbaar wordt, en de – onbevoegd vertegenwoordigde – rechtsopvolger aan het gezag van gewijsde gebonden is (ondanks de letter van art. 1122 Ger.W.), behoudens bedrog van de formele gedingpartij.

Hoe valt zulks te verklaren? Men zou geneigd kunnen zijn deze gevolgen te verklaren aan de hand van de figuur van de schijnvertegenwoordiging, of – wat in ieder geval al een stuk correcter zou zijn – van de schijnschuldeiser (art. 1240 B.W.)⁹⁰ (het gaat immers om een partij die schuldeiser was, en het nu niet langer meer is). M.i. gaat het hier echter om meer, namelijk een bijzonder geval van wettelijk bepaalde *vertegenwoordigingsmacht* – zelfs indien de oude gerechtigde krachtens de interne verhouding tussen partijen niet de bevoegdheid had om de procedure op eigen naam voort te zetten –, want de tegenpartij in het geding hoeft helemaal niet te onderzoeken of de gedingpartij nog steeds houder is van de vordering en kan ervan uitgaan dat zij ofwel materiële partij is, of bevoegd is die partij te binden.

Dit geldt niet in die gevallen waarin aan het wegvallen van de vorderingsbevoegdheid van de rechtsvoorganger een wettelijke publiciteit is gegeven, zoals meer bepaald in geval van faillietverklaring. Daar bepaalt de wet overigens uitdrukkelijk dat beslissingen verkregen door of tegen de gefailleerde de schuldeisers dan ook niet kunnen binden (zie bv. de artt. 25, lid 2, Nederlandse Faill.W. en 444, tweede lid, en 452, eerste lid, Belgisch Faill.W.), en deze *lex specialis* derogat m.i. aan art. 815 Ger.W. (met naar Belgisch recht als keerzijde dat de faillissementscurator ook van rechtswege in het geding is).

Daarbuiten geeft art. 1122 Ger.W. de grens aan van deze vertegenwoordigingsmacht, namelijk het *bedrog* van de vertegenwoordiger tijdens het geding gepleegd. Het is eerst in dat geval dat dient te worden nagegaan of de tegenpartij in

⁸⁶ R.W., 1990-91, 98.

⁸⁷ Cass., 15 september 1989, *Arr.*, nr. 37, *T.B.H.*, 1990, 387 noot DIRIX, E., *R.C.J.B.*, 1992, 509, noot HERBOTS, J.; Cass., 28 juni 1990, *R.W.*, 1990-91, 1402, noot DIRIX, E. Wanneer het Hof in het eerste arrest lijkt te zeggen dat de «rechtsvordering» bij de vervreemder blijft terwijl de schuldvordering zelf zou zijn overgegaan op de verkrijger, dan kan het daarbij natuurlijk alleen om de «rechtsvordering» in de zin van het Ger.W. gaan, d.i. de vorderingsbevoegdheid, en natuurlijk niet om de «rechtsvordering» als opeisbaarheid van een subjectief recht. Deze laatste kan niet worden losgekoppeld van het subjectieve recht zelf. Ook hier weer wrekt zich de verwarring tussen «rechtsvordering» in de zin van het B.W. en «ius agendi» (vorderingsbevoegdheid, in het Ger.W. ten onrechte rechtsvordering genoemd). In casu was ook van belang dat het goed openbaar verkocht was ingevolge beslag, en de koper uit een dergelijke verkoop geen recht heeft op vrijwaring wegens verborgen gebreken, zodat ook de aansprakelijkheidsvordering tegen de architect niet op hem overgaat. Ook dit aspect werd door de commentatoren over het hoofd gezien.

Dat niet dient te worden nagegaan of de aanspraak op schadevergoeding in de verkoop begrepen is, volgt niet zo duidelijk uit het eerstgenoemde arrest, maar wel uit het tweede.

⁸⁸ H.R., 19 juni 1964, *N.J.*, 1965, 341, en H.R., 6 januari 1967, *N.J.*, 382, besproken door STEIN, P.A., in *Non sine causa*, (425) 428-429 en bekritiseerd, p. 434-436.

⁸⁹ H.R., 21 oktober 1983, *N.J.*, 1984, nr. 254, noot J. MAEIJER.

⁹⁰ Het onderscheid tussen beide is miniem, omdat in beide gevallen het rechtmatig vertrouwen van de fidens volstaat. Doch de onderzoeksplicht van de fidens is verschillend naargelang de andere partij beweert voor eigen rekening op te treden dan wel voor rekening van een ander, in welk geval immers een zorgvuldige wederpartij in beginsel de volmacht zal onderzoeken. Art. 1240 B.W. wordt door E. DIRIX naar voren geschoven als verklaring voor het hier besproken rechtsgevolg, in *R.W.*, 1990-91, (1403) 1404 (zie mijn kritiek in de tekst). Voor de criteria voor de schijnschuldeiser, zie KRUIJTHOF, R., «De betaling aan de schijnschuldeiser» in *Actori incumbit probatio, opstellen aangeboden ter gelegenheid van de eerste promotie rechten aan de Universitaire Instelling Antwerpen*, Antwerpen, Maarten Kluwer, 1975, 109.

het geding rechtmatig kon vertrouwen op de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de rechtsvoorganger. Een min of meer soortgelijke grens vinden we overigens ook bij andere wettelijk bepaalde gevallen van vertegenwoordigingsmacht ongeacht de aanwezigheid van een bevoegdheid krachtens de interne verhouding (zie bv. de artt. 63bis en 130, vijfde lid, Venn.W., waarin het «Prokura»-systeem werd ingevoerd; in Nederland geschiedde dit in enigszins andere termen in de artt. 2: 130 en 241 NBW; vgl. ook art. 17 Belgische Wisselwet en het ongeveer gelijkkluidende art. 116 Nederlands K.).

Of de tegenpartij kennis heeft van de rechtsopvolging, bv. door betekening van de cessie, heeft dus nauwelijks belang, en verplaatst enkel de vraag lichtjes: dan gaat het er bij onbevoegdheid van de rechtsvoorganger immers niet meer om of hij als schijnschuldeiser kon worden beschouwd, maar wel of hij als schijnvertegenwoordiger mocht worden beschouwd (vgl. hierboven). Deze vertegenwoordigingsmacht ex art. 815 Ger.W. geldt in beginsel ongeacht het recht dat de interne verhouding beheerst (het betreft immers de externe verhouding, bepaald door de *lex loci actus*), en de regel is slechts dan niet toepasselijk indien vertegenwoordigde én wederpartij een ander recht zouden hebben gekozen (vgl. boven).

Genoemde vertegenwoordigingsmacht is ook verantwoord: in de verhouding tussen de rechtsopvolger en de wederpartij is het in beginsel de eerste en niet de tweede, die het risico moet dragen van de fouten van de rechtsvoorganger, zolang niet op de voorgeschreven wijze kennis is gegeven van diens onbevoegdheid (wat in cassatie overigens niet meer mogelijk is nadat de zaak in staat is, art. 1103 Ger.W.). Men zou deze regel overigens ook met art. 2005 B.W. kunnen vergelijken.

Het gevolg van deze vertegenwoordigingsmacht is dat, in afwijking van de normale verbintenissenrechtelijke regels, de proceshandelingen, beslissingen en andere processuele feiten die de materieelrechtelijke verhouding mede bepalen (bv. stuiting verjaring, gezag van gewijsde, e.d.m.) tegengeworpen kunnen worden aan de rechtsopvolger, ook al hebben zij hun recht eerder verkregen (hier is immers het vierde en niet het tweede onderdeel van art. 1122, tweede lid, van toepassing), met dezelfde uitzonderingen (zoals bv. de niet-tegenwerpbaarheid van niet door het ziekenfonds goedgekeurde overeenkomsten, art. 76quater, § 2, vijfde lid, ZIV-Wet).

19. Vrijwillige hervatting van geding

Laten we na deze verklaring nog even de andere processuele mogelijkheden bekijken. Ongeacht of het geldig is opgeschort door een kennisgeving van de wijziging van hoedanigheid of niet, een effectieve wijziging daarvan geeft de mogelijkheid het geding vrijwillig te hervatten. Zowel een gedinghervatting door de nieuwe gerechtigde, als een hervatting door de oude gerechtigde in een nieuwe hoedanigheid als vertegenwoordiger van de nieuwe gerechtigde, is mogelijk. In de praktijk gebeurt het zelden dat een geding hervat wordt door rechtsopvolgers onder bijzondere titel van een schuldvordering.

Hoewel dit nergens uitdrukkelijk staat geschreven, kan de schuldenaar zich m.i. niet verzetten tegen een gedinghervatting door de nieuwe schuldeiser of zijn vertegenwoordiger, mits deze de bevoegdheid heeft om voor rekening van de

nieuwe schuldeiser in rechte op te treden⁹¹. En deze bevoegdheid dient in beginsel te worden beoordeeld volgens de interne verhouding tussen rechtsvoorganger en rechtsopvolger. Naar Nederlands recht daarentegen zou men – voor zover een gedinghervatting zou worden aanvaard – kunnen stellen dat de schuldenaar zich kan verzetten «indien hij daardoor in zijn verdediging onredelijk wordt bemoeilijkt of het geding daardoor onredelijk wordt vertraagd»: al is deze tekst slechts geschreven voor een verandering of vermeerdering van eis, ook de gedinghervatting kunnen we daaronder brengen.

Wel zou de tegenpartij de rechtsvoorganger kunnen dwingen in het geding te blijven, zij het dat zij daarvoor eventueel een tussenvordering dient in te stellen tegen de rechtsvoorganger. Aangezien de oude schuldeiser uit het geding niet alleen rechten, maar ook plichten kan hebben gekregen – bv. tot schadevergoeding wegens tergend en roekeloos geding –, kan hij zich door een laten overgaan van de schuldvordering niet noodzakelijk van het geding afmaken. In beginsel evenwel is het procesrechtelijk gevolg van een gedinghervatting dat de nieuwe partij, los van de grond van de zaak, in de processuele positie, rechten en plichten treedt van de oude, meer bepaald ook wat de proceskosten betreft. Hoe die dan tussen rechtsvoorganger en rechtsopvolger worden verdeeld, is een zaak die zij dan maar onderling dienen te regelen. De oude partij is procesrechtelijk in beginsel dus geen partij meer, maar derde in de zin van art. 1122 Ger.W. (derdenverzet) (tenzij natuurlijk de overgang slechts op een deel van de litigieuze vordering betrekking zou hebben – gedeeltelijke subrogatie bv. – dan blijft zij partij voor dat gedeelte). Aangezien in beginsel niemand zich van zijn verplichtingen kan bevrijden tegen de zin van de schuldenaar door louter een rechtsopvolger onder bijzondere titel in zijn plaats te stellen⁹², dient de tegenpartij dus de mogelijkheid te hebben om de oude partij voor de kosten (en andere processuele plichten) aan te spreken. Daarom moet de tegenpartij de rechtsvoorganger kunnen dwingen in het geding te blijven, zij het door een eis in tussenkomst.

20. Vrijwillige tussenkomst van de rechtsopvolger

Een andere mogelijkheid zou de vrijwillige tussenkomst van de rechtsopvolger (cedent, gesubrogeerde, nieuwe eigenaar van de hoofdzaak) in het geding kunnen zijn. Tussenkomst gebruik ik hier in de ruime betekenis, die ook de «voeging» ter ondersteuning van een gedingpartij omvat.

Naar Nederlands recht, waar men moeite heeft met een gedinghervatting door de rechtsopvolger hangende het geding, wordt de voeging of tussenkomst van de rechtsopvolger (artt. 285 e.v. Rv.) wel algemeen aanvaard – ook in hoger beroep; dit blijkt o.m. a contrario uit het arrest van 5 juni

⁹¹ Dit blijkt anders te zijn in Duitsland; zie de bespreking van § 265 ZPO door GRUNSKY, W., *Grundlagen des Verfahrensrechts*, 206-213.

⁹² Een schuld- of contractovername bevrijdt de oude schuldenaar immers niet, tenzij de schuldeiser daarin heeft toegestemd. Zie bv. DIRIX, E., *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, nrs. 69, 71, 73.

1992⁹³. M.a.w., de rechtsopvolger zou niet alleen kunnen tussenkomen om de eis van zijn rechtsvoorganger te ondersteunen («voeging») maar ook om een veroordeling te zijnen gunste te verkrijgen («tussenkomst»).

Dit laatste nu wordt precies in België betwist. Indien de rechtsopvolger niet in het geding wil opkomen om de eis van zijn rechtsvoorganger te ondersteunen, maar om een veroordeling formeel te zijnen gunste te verkrijgen, zou dit enkel mogelijk zijn door gedinghervatting. In ieder geval is die laatste tussenkomst uitgesloten in hoger beroep (zie art. 812, tweede lid, Ger.W.⁹⁴). De rechtsopvolger zou echter wel steeds kunnen tussenkomen om de eis van zijn rechtsvoorganger te ondersteunen⁹⁵.

Deze (Belgische) regeling lijkt consistent : door de veroordeling te zijnen gunste te vorderen geeft de tussenkomende partij immers impliciet kennis van het wegvallen van de hoedanigheid (vertegenwoordigingsbevoegdheid) van haar rechtsvoorganger, en deze wijziging van hoedanigheid dient te leiden tot 1° het ontoelaatbaar worden van de vordering van de rechtsvoorganger⁹⁶ en dus tot 2° gedinghervatting, niet tot tussenkomst. Tussenkomst dient te worden beperkt tot derden, en blijft uitgesloten voor de vertegenwoordigde partijen. In die gevallen waarin rechtsvoorganger en rechtsopvolger het eens zijn, vereenvoudigt deze consistentie de processituatie (doordat enkel nog de rechtsopvolger partij is, is er duidelijkheid over zowel de proceskosten als de vraag wie partijrechtsmiddelen kan instellen en wie derdenverzet kan aantekenen ; of er voor de kosten een verrekening dient plaats te vinden tussen rechtsvoorganger en rechtsopvolger is opnieuw een vraag die hen alleen onderling aangaat). Zijn zij het niet eens (over de rechtsopvolging dan wel de inningsbevoegdheid), dan zal de toelaatbaarheid van de gedinghervatting toch dienen te worden gedebatteerd, en dan is de situatie net even ingewikkeld als in Nederland, waar ook beiden partij zijn in het geding. Ook kan precies de rechtsvoorganger er belang bij hebben om door tussenkomst partij te blijven in het geding, al kan hij bij een geldige en tegenwerpbare overgang van de vordering natuurlijk alleen nog vorderen dat er aan de rechtsopvolger wordt betaald (wat een aanpassing van zijn eis veronderstelt), en wel omdat hij tot vrijwaring gehouden kan zijn. In dat geval blijft hij dus gedingpartij, zowel wat de proceskosten betreft als in de zin van art. 1122 Ger.W.

⁹³ H.R., 5 juni 1992, *N.J.*, 1993, nr. 204, noot H.J. SNIJDERS. Zie evenwel de kritiek op deze oplossing door STEIN, P.A., in *Non sine causa*, p. 434.

⁹⁴ Volgens de opvatting van FETTWEIS, A., *Manuel*, nr. 583, kan de in eerste aanleg vertegenwoordigde partij nooit als derde tussenkomen in hoger beroep, ook niet vrijwillig. Voor een uitzondering op de regel van art. 812, tweede lid, zie BAERT, K. en DECONINCK, B., in *Procederen in nieuw België en komend Europa*, (381) 420, in bespreking van art. 61, § 1, eerste lid, van de Bijzondere Wet van 16 januari 1989 over de rechtsopvolging door gemeenschappen en gewesten.

⁹⁵ Vgl. FETTWEIS, A., *Manuel*, nr. 573 e.v.

⁹⁶ Vgl. ROLAND, S., *Liber amicorum Lionel Tricot*, p. (457) 462, inzake subrogatie. Zijn redenering gaat evenwel enkel op indien er kennis wordt gegeven van het wegvallen van de vorderings- d.i. vertegenwoordigingsbevoegdheid. Zolang de subrogant bv. nog de bevoegdheid heeft om voor rekening van de gesubrogeerde te innen, blijft hij vorderingsbevoegd.

21. Loutere kennisgeving van de wijziging van hoedanigheid

Voor België moeten we naast genoemde drie situaties nog een derde mogelijke situatie onderzoeken, namelijk die waarin door de rechtsvoorganger of rechtsopvolger aan de rechtbank «kennis is gegeven» van de wijziging van hoedanigheid, zonder dat de rechtsopvolger vrijwillig het geding hervat. In dat geval is het geding in beginsel geschorst. Daarbij rijzen twee procesrechtelijke vragen.

- a) Is de schuldenaar verplicht akkoord te gaan met een ontslag van de rechtsvoorganger uit het geding ?

De eerste vraag is of de schuldenaar verplicht is akkoord te gaan met een ontslag van de rechtsvoorganger uit het geding. Het betreft meer bepaald de situatie waarin de oude schuldeiser kennis geeft van zijn verlies of wijziging van hoedanigheid. Zoals gezegd kan de oude schuldeiser uit het geding niet alleen rechten, maar ook plichten hebben gekregen, en kan hij zich daar niet zomaar vanaf maken door een opschorting van het geding. Dit geldt reeds bij gedinghervatting (boven, nr. 19) en des te meer wanneer het geding niet wordt hervat. Daarom kan kennisgeving van een wijziging van hoedanigheid door rechtsopvolging onder bijzondere titel, anders dan de kennisgeving van het overlijden, de onbekwaamheid of het faillissement van een partij, de rechtsvoorganger niet geheel uit het geding ontslaan, indien de wederpartij hem aan de plichten uit het geding wenst te houden, en dit ook zonder dat er gedinghervatting plaatsvindt. Wil de schuldenaar evenwel een beslissing over de grond van de zaak uitlokken, en niet alleen de proceskosten enz. recupereren, dan zal hij de rechtsopvolger of zijn vertegenwoordiger in de zaak dienen te betrekken.

Een bijkomende vraag is of dit bij eenvoudige conclusie kan geschieden, indien de oude gerechtigde in een nieuwe hoedanigheid (bv. als vertegenwoordiger) in het proces kan worden betrokken. In het algemeen is het volgens de heersende leer zo dat een partij slechts in zake is in de hoedanigheid waarin ze in het geding is opgetreden of betrokken. Indien iemand in een bepaalde hoedanigheid in zake is, kan men hem niet bij eenvoudige conclusie in een andere hoedanigheid aanspreken⁹⁷. Doch indien deze persoon zelf aan de rechtbank kennis geeft van zijn wijziging van hoedanigheid, eist de proceseconomie dat men ervan uitgaat dat hij in zijn nieuwe hoedanigheid in zake is en niet meer dient te worden gedagvaard tot tussenkomst in een andere hoedanigheid of tot hervatting van geding.

- b) Kan de rechtsopvolger onder bijzondere titel worden gedwongen de processuele positie van zijn rechtsvoorganger over te nemen ?

De tweede vraag luidt of de rechtsopvolger onder bijzondere titel kan worden gedwongen de processuele positie en de daaruit voortvloeiende rechten en plichten van zijn rechtsvoorganger over te nemen. Het gaat immers, zoals gezegd, om rechten en plichten die los staan van de grond van de zaak. Bij rechtsopvolging onder algemene titel rijst deze

⁹⁷ Zie de uitvoeriger bespreking door BAERT, K. en DECONINCK, B., in *Procederen in nieuw België en komend Europa*, (381) 390-393.

vraag niet, omdat daar alle rechten en plichten overgaan op de rechtsopvolgers.

1° Uit art. 816, tweede lid, Ger.W. volgt in ieder geval dat, *zo de rechtsopvolger kennis geeft* van het verlies of de wijziging van de hoedanigheid van de rechtsvoorganger, hij kan worden gedwongen het geding te hervatten. Hoewel de zuiver processuele rechten en plichten die uit een geding ontstaan niet noodzakelijk gelden voor de partijen om wier rechten het gaat (bv. niet bij naamlening), is dit wel het normale geval, en geldt dit meer bepaald zodra de rechtsopvolger zelf kennis geeft van zijn hoedanigheid van nieuwe schuldeiser. Vraag is zelfs of er in geval van kennisgeving door de rechtsopvolger nog een gedinghervatting nodig is. Het beginsel van proceseconomie zou ertoe moeten leiden dat de rechtsopvolger door de enkele kennisgeving die van hem uitgaat, van rechtswege in zake is, zodat een tusseneis tegen hem bij wijze van eenvoudige conclusie kan worden ingesteld (vgl. supra a). Zo ook dient de kostenbeperkingsplicht van gedingpartijen ertoe te leiden dat de rechtsopvolger die, in plaats van te hervatten of tussen te komen, gewoon een nieuwe procedure zou beginnen, in beginsel de bijkomende kosten dient te dragen ⁹⁸.

2° Iets minder vanzelfsprekend is de situatie *wanneer de rechtsvoorganger kennis geeft* van zijn verlies van hoedanigheid en de rechtsopvolger daartoe geen initiatief neemt. In dat geval hangt het antwoord m.i. af van de onderlinge verhouding tussen beiden: wat vloeit voort uit de overeenkomst waardoor de schuldvordering van de ene op de andere is overgegaan? Stel dat partijen overeengekomen zijn dat de oude schuldeiser zijn naam zou blijven lenen en dus op eigen naam de procedure zou voortzetten, doch deze afspraak niet nakomt. Een dergelijke situatie is niet anders dan die waarin een middellijk vertegenwoordiger, zoals een commissionair, tegen de onderlinge afspraken in, de naam van zijn principaal zou bekendmaken en in diens naam gaat optreden in plaats van in eigen naam. Ook al kan er geen twijfel zijn dat in eerstgenoemde situatie de rechtsopvolger gebonden is aan het oordeel over de grond van de zaak, de processuele rechtspositie van zijn rechtsvoorganger kan hem m.i. niet worden opgedrongen. Wordt hij gedagvaard tot gedinghervatting, dan zal hij daartoe natuurlijk wel moeten verschijnen om zijn positie te verklaren; zoniet, dan vindt de gedinghervatting plaats krachtens het verstekvonnis zelf (zie art. 818 Ger.W.) – maar dat is niet verschillend van de situatie van elkeen die zelfs ten onrechte wordt gedagvaard en niet verschijnt.

Behalve tot gedinghervatting kan de rechtsopvolger ook tot tussenkomst worden gedagvaard (vgl. boven).

In Nederland rijzen de vragen natuurlijk alleen indien men toch zou aanvaarden dat schorsing en hervatting van het geding bij rechtsopvolging onder algemene titel mogelijk is.

B. Na de datum van de beslissing, meer bepaald bij het instellen van een rechtsmiddel

22. Ontoelaatbaarheid van rechtsmiddelen door of tegen de onbevoegd geworden rechtsvoorganger

Hierboven (nr. 12) zagen we reeds dat de rechtsopvolging tijdens het geding of na de beslissing, doch vóór het instellen van een rechtsmiddel, de rechtsopvolger de mogelijkheid geeft zelf op te treden in hoger beroep of cassatie en de tegenpartij de mogelijkheid geeft de rechtsopvolger in deze rechtsmiddelenprocedure te betrekken. Nu dienen we nog na te gaan of partijen daartoe al dan niet verplicht zijn.

In Nederland is mij geen uitspraak van de Hoge Raad over deze vraag bekend, behalve het door de recentere rechtspraak achterhaalde arrest van 20 maart 1942 ⁹⁹, doch uit het arrest van 5 juni 1992 ¹⁰⁰, waar de ontvankelijkheid van de cassatievoorziening van de cedent niet werd betwist, en het middel van onontvankelijkheid tegen de voorziening van de cessionaris verworpen werd, zou men kunnen afleiden dat beide partijen de keuze hebben. Toch blijkt uit andere arresten, zoals het arrest van 21 oktober 1983 ¹⁰¹ duidelijk dat de toelaatbaarheid van het instellen van een rechtsmiddel door de rechtsvoorganger vereist dat deze krachtens de onderlinge verhouding nog de bevoegdheid heeft om op eigen naam op te treden. Over de vraag of nog tegen de rechtsvoorganger een rechtsmiddel kan worden ingesteld, is mij geen arrest bekend, doch er is wél rechtspraak voor de enigszins analoge vraag bij het wegvallen van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de vertegenwoordiger van een procesonbekwame, meer bepaald een minderjarige: net zoals na de meerderjarigheid enkel de meerderjarig geworden minderjarige nog het rechtsmiddel kan instellen (m.i. onder voorbehoud van een last gegeven aan de vertegenwoordiger om verder op eigen naam op te treden), zo ook kan dan enkel tegen die meerderjarig geworden minderjarige nog hoger beroep of cassatie worden ingesteld ¹⁰². Een mogelijke correctie op die m.i. te harde regel komt in het volgende nr. ter sprake.

In België lijkt de rechtspraak van het Hof van Cassatie duidelijk in die zin gevestigd dat enkel de rechtsopvolger hoger beroep of cassatie kan aantekenen ¹⁰³ en dat de wederpartij omgekeerd enkel tegen de rechtsopvolger hoger beroep of cassatie kan aantekenen ¹⁰⁴. Overvloedige rechtspraak vindt men met name bij de meerderjarig geworden minderjarige: net zoals na de meerderjarigheid enkel de meerderjarig geworden minderjarige nog het rechtsmiddel kan instellen, zo ook kan dan enkel tegen die meerderjarig geworden minderjarige nog hoger beroep of cassatie worden ingesteld ¹⁰⁵. Wat het rechtsmiddel ingesteld door de rechtsvoorganger betreft, geldt m.i. ook hier de nuance dat het toe-

⁹⁹ H.R., 20 maart 1942, *N.J.*, 444.

¹⁰⁰ H.R., 5 juni 1992, *N.J.*, 1993, nr. 204, noot H.J. SNIJDERS.

¹⁰¹ H.R., 21 oktober 1983, *N.J.*, 1984, nr. 254, noot J. MAEIJER.

¹⁰² H.R., 30 juni 1967, *N.J.*, 1968, 36, noot D.J. VEEGENS; H.R., 5 februari 1971, *N.J.*, 209.

¹⁰³ Zie bv. Cass., 14 juni 1991, *Arr.*, nr. 531, *R.W.*, 1991-92, 238.

¹⁰⁴ Zie bv. Cass., 14 juni 1991, *Arr.*, nr. 530, *R.W.*, 1991-92, 237; Cass., 19 juni 1992, *R.W.*, 1992-93, 300.

¹⁰⁵ Zie de rechtspraak geciteerd door BAERT, K. en DECONINCK, B., in *Procederen in nieuw België en komend Europa*, (379) 398.

⁹⁸ Deze strenge beoordeling geldt daarom niet bij elke mogelijkheid tot tussenkomst, maar m.i. wel in dit bijzondere geval (vgl. mijn «Goede trouw in geding en bewijs», *T.P.R.*, 1990, (353) 417, nr. 34).

laatbaar dient te zijn indien deze daartoe de last (bevoegdheid) had gekregen van de rechtsopvolger, een probleem dat in de mij bekende arresten evenwel niet ter sprake is gekomen.

23. Noodzakelijke bescherming van de wederpartij

Deze rechtspraak leidt tot de paradoxale situatie dat de wederpartij van de rechtsvoorganger beschermd wordt tegen de onbevoegdheid van haar tegenpartij zolang het geding duurt, doch daarna onbeschermd wordt achtergelaten. Het is m.i. onaanvaardbaar dat het rechtsmiddel ingesteld tegen de in de beslissing genoemde partij ontoelaatbaar zou zijn indien de betekening van de vorige uitspraak (die de termijn voor het instellen van een rechtsmiddel doet lopen) noch enige andere akte vanwege rechtsvoorganger of rechtsopvolger kennis geeft van de wijziging van hoedanigheid of anderszins wegvallen van de vertegenwoordigingsbevoegdheid. Het is nog meer onaanvaardbaar dat de schuldenaar die een veroordeling uitvoert en aan de tegenpartij betaalt, een tweede keer kan worden aangesproken door een derde die intussen – vermoedelijk na het vonnis – in de vordering van die tegenpartij is gesubrogeerd. Zulks was nochtans het resultaat van het arrest van 3 februari 1989¹⁰⁶: een aansprakelijke (in casu zijn W.A.M.-verzekeraar) die krachtens een vonnis aan het slachtoffer had betaald, werd na die betaling nogmaals aangesproken door het ziekenfonds als gesubrogeerde, omdat de subrogatie vóór de betaling zou hebben plaatsgevonden. Het Hof te Gent wees de vordering af omdat het vonnis was uitgevoerd en de actio judicati dus ongegrond was, doch dit arrest werd vernietigd met de overweging dat «de derde die de getroffene (na subrogatie) niettemin nog vergoedt, tegen de verzekeringsinstelling niet kan aanvoeren dat hij daardoor zijn schuld jegens de getroffene betaalt».

In Nederland schijnt de Hoge Raad niet geheel ongevoelig voor een dergelijke kritiek: in het arrest van 5 februari 1971 (*N.J.*, 1971, 209, en de commentaar van Th. B. ten Kate, «Procesregels naar de kern genomen», in *Een goede procesorde. Opstellen aangeboden aan mr. W.L. Haardt*, Deventer, Kluwer, 1983, (71) 75), waarbij het middel ingesteld tegen een meerderjarig geworden minderjarige onontvankelijk werd verklaard, overwoog de Hoge Raad dat het anders zou zijn indien redelijkerwijs niet van de eiser had kunnen worden gevergd dat hij bij het uitbrengen van de dagvaarding rekening diende te houden met de mogelijkheid dat gedaagde intussen meerderjarig was geworden. Deze uitzondering gaat niet ver genoeg volgens C.R.C. Wijckerheld Bisdorff, «Gebrekkige dagvaardingen, i.v.m. de hanteerbaarheid van het procesrecht», in *De hanteerbaarheid van het recht. Bundel opstellen aangeboden aan Mr. L.D. Pels Rijcken*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1981, (85) 91.

Een dergelijk geluid hebben we van het Hof van Cassatie nog niet mogen horen. Doch er is wel een ander aanknopingspunt. Op grond van het bekende arrest van 20 juni 1988¹⁰⁷ (inzake schijnvertegenwoordiging) kan immers een eis niet alleen worden ingesteld tegen de materiële tegen-

partij of tegen de persoon die conventioneel¹⁰⁸ of wettelijk bevoegd is om die partij in rechte te vertegenwoordigen, maar ook tegen een schijnvertegenwoordiger. In casu betrof het een vakbondsafgevaardigde die aangesproken werd als vertegenwoordiger van de bezetters van de Usines à Cuivre et Zinc, omdat vakbonden in België geen rechtspersoonlijkheid bezitten die het mogelijk maakt dat ze in rechte worden aangesproken. Welnu, op grond van dezelfde leer dient de wederpartij dan ook een rechtsmiddel te kunnen instellen tegen de rechtsvoorganger zolang zij er nog rechtmatig op mocht vertrouwen dat deze de houder was van het recht dan wel bevoegd die te vertegenwoordigen.

Wellicht diende het Hof te Gent in de genoemde zaak die tot het arrest van 3 februari 1989 heeft geleid, de vordering van de gesubrogeerde op grond van de leer van de schijn-schuldeiser (art. 1240 B.W.) of de schijnvertegenwoordiging af te wijzen (doch de uiterst summiere weergave van de feiten maakt het niet mogelijk te weten wat er precies is gebeurd).

VI. De materieelrechtelijke gevolgen van de genoemde procesrechtelijke situaties bij rechtsopvolging in het materiële recht of in de vorderingsbevoegdheid

24. Gevolgen van de kennisgeving van de wijziging van hoedanigheid voor de grond van de zaak

Zou de oude gerechtigde de procedure voor eigen rekening voortzetten nadat de rechtsopvolging rechtmatig door zijn rechtsopvolger ter kennis is gebracht van de rechtbank, en heeft hij ook geen bevoegdheid om voor diens rekening in rechte op te treden, dan dient hij in beginsel te worden afgewezen¹⁰⁹. Zijn eis is nu gewoon ongegrond geworden. Die afwijzing kan evenwel niet aan de rechtsopvolger worden tegengeworpen (heeft jegens de rechtsopvolger geen gezag van gewijsde). Wél kan de rechtsvoorganger veelal nog steeds vorderen dat er aan de rechtsopvolger wordt betaald: aangezien hij tot vrijwaring gehouden kan zijn, heeft hij er nog steeds recht op dat er betaald wordt, zij het niet aan hem, maar aan zijn rechtsopvolger (vgl. boven, alsook het cassatiearrest van 20 juni 1990)¹¹⁰.

¹⁰⁸ Bv. de beheerder van de medeëigendom van een appartementsgebouw (LAENENS, J., *R.W.*, 1991-92, (286) 289, nr. 25) of de vertegenwoordigers van een feitelijke vereniging (VAN GERVEN, W., *Bewindsbevoegdheid*, 285; DE CORTE, R., *T.P.R.*, 1980, (1) 18, nr. 40). Vermeldenswaard is ook dat buitenlandse verzekeringsmaatschappijen krachtens art. 12, § 3, Controlewet verzekeringsmaatschappijen (W. 9 juli 1975) verplicht zijn in België een algemeen lasthebber aan te wijzen die een voldoende bevoegdheid bezit om ze tegenover derden te verbinden en t.o.v. de Belgische overheden en rechtscolleges te vertegenwoordigen, en dat art. 6, § 3, van het uitvoeringsbesluit (K.B. 12 maart 1976) bepaalt dat de lasthebber van de Lloyd's of London in die hoedanigheid voor het gerecht dient te kunnen worden gedaagd.

¹⁰⁹ Vgl. Cass., 30 december 1909, *Pas.*, 1910, 57, al laat dit arrest ten onrechte uitkomen dat de vordering ontoelaatbaar zou worden. Juist is dat alleen de gesubrogeerde dan de bevoegdheid heeft om zijn recht in rechte te verdedigen, maar als de subrogant beweert het recht nog steeds te hebben, is dat geen vraag van toelaatbaarheid, maar van (on)gegrondheid.

¹¹⁰ Cass., 28 juni 1990, *R.W.*, 1990-91, 1402, noot DIRIX, E., «De aanspraakgerechtigden bij zaakschade en burenhinder». Anders

¹⁰⁶ Cass., 3 februari 1989, *Arr.*, nr. 328, *R.W.*, 1989-90, 13.

¹⁰⁷ *R.W.*, 1989-90, 1425, noot VAN OEVELEN, A.

25. Gevolgen indien geen kennis is gegeven: rechten van de wederpartij

Hoewel de wederpartij door bovengenoemde vertegenwoordigingsmacht ontegenzeggelijk beschermd wordt, kan zij er toch belang bij hebben om te weten wie de materiële gedingpartij is, al was het maar om eventuele verweermiddelen te kunnen opwerpen die zij tegen de materiële gedingpartij (rechtsopvolger) heeft en niet tegen de formele gedingpartij (rechtsvoorganger), zoals bv. een schuldvergelijking. Zij kan er zelfs belang bij hebben inzage te krijgen in de overeenkomst tussen hen, bv. om haar recht op naasting van een gecedeerd betwist recht (art. 1699 B.W.)¹¹¹ uit te oefenen, of om een beroep te doen op de afstand van verhaal van de verzekeraar en soortgelijke bedingen ten gunste van derden¹¹².

Doch dit betekent nog niet dat de tegenpartij over een *dilatatore procesrechtelijke exceptie* zou beschikken, het geding zelf zou kunnen opschorten, tot haar de gevraagde informatie is verschaft. De vermelding van hoedanigheid, zoals boven besproken, wordt enkel vereist bij het instellen van de eis, de tussenkomst, de hervatting van geding e.d.m., maar

bv. niet in een conclusie. Ook art. 703 Ger.W. is om de reeds vermelde redenen niet van toepassing. Zoals gezegd heeft de tegenpartij immers niet het recht om het geding op te schorten (de kennisgeving van art. 815 Ger.W. kan niet van de tegenpartij uitgaan, zie boven), noch om te dagvaarden tot gedinghervatting, maar alleen om de nieuwe rechtsopvolger te dagvaarden tot tussenkomst.

Wél kan de tegenpartij als schuldenaar over een *materieelrechtelijke opschortingsrecht*, een materieelrechtelijke opschortende exceptie beschikken, maar dan wel op materieelrechtelijke gronden. Zo beschikt zij over de «exceptio dubii» wanneer zij redelijke gronden van twijfel heeft of zij wel dient te betalen of aan wie zij dient te betalen. Aangezien ik deze exceptie elders heb uitgewerkt, kan ik daar gemakkelijheidshalve naar verwijzen¹¹³. Een zelfde opschortingsrecht dienen we te erkennen wanneer de schuldenaar het recht heeft een betwist recht te naasten (art. 1699 B.W.). Naast een opschortingsrecht zou de schuldenaar in geval van zuivere naamgeving ook een beroep kunnen doen op de keuzemogelijkheid van art. 1910 B.W. c.q. de bescherming van art. 3:36 NBW. Dit opschortingsrecht kan ook gepaard gaan met een tegenvordering tot overlegging van stukken (*actio ad exhibendum*).

Prof. dr. Matthias E. STORME

Universiteit van Amsterdam, Antwerpen en K.U.Leuven

dan E. DIRIX heeft J. HERBOTS, *R.C.J.B.*, 1992, (512) 547, nr. 46, deze procesrechtelijke kant van de zaak wél – zij het zeer summier – belicht en komt hij tot dezelfde conclusie: ook als het (kwalitatieve) recht wél is overgegaan door de overdracht van het goed, heeft de vervreemder nog steeds vorderingsbevoegdheid in rechte.

¹¹¹ Zie daarover VAN OEVELEN, A., «Overdracht van betwiste rechten», noot onder Cass., 23 december 1977, *R.W.*, 1978-79, 366.

¹¹² ROLAND, S., in *Liber amicorum Lionel Tricot*, (457) 464.

¹¹³ Mijn *De invloed van de goede trouw op kontraktuele schuldverordeningen*, nr. 202, noot 31, en nr. 271; mijn bijdrage in *Het zakenrecht, absoluut niet een rustig bezit*, 488, nr. 67, en «Kontraktuele controle-rechten en bewijsovereenkomsten», in *De behoorlijke beëindiging van overeenkomsten / La fin du contrat*, Jeune Barreau-Vlaams Pleitgenootschap-B.V.B.J., Brussel, 1993, (56) nr. 33-34; zie ook Kh. Brussel, 4 juni 1985, *T.B.H.*, 1986, 393.

RECHTSPRAAK

ARBITRAGEHOF

15 JULI 1993

Voorzitter: de h. Melchior

Rapporteurs: de hh. François en Boel

Advocaten: mrs. Van Helshoecht loco Lambrechts, Legros, Glansdorff, Uyttendaele en Van Orshoven

Grondwet – Grondrechten – Gelijkheid – Verdeling van ambten volgens de principes van het Cultuurpact

Art. 20 van de wet van 16 juli 1973 waarbij de bescherming van de ideologische strekkingen gewaarborgd wordt, schendt art. 6 Gw.

A. t/ Franse Gemeenschap

Arrest nr. 65/93

I. Onderwerp

Bij arrest nr. 40.178 van 12 oktober 1992 in zake P.A. tegen de Franse Gemeenschap – tussenkomende partijen: R.

M., M.-H. J., M.Z. en R. H., heeft de Raad van State, afdeling administratie, VIe kamer, de volgende prejudiciële vraag gesteld:

«Is artikel 20 van de wet van 16 juli 1973 waarbij de bescherming van de ideologische en filosofische strekkingen gewaarborgd wordt, in zoverre het de inachtneming van een zeker ideologisch en filosofisch evenwicht voorschrijft, in overeenstemming met artikel 6 van de Grondwet, inzonderheid voor zover het tot gevolg zou hebben dat een personeelslid dat zou worden bevorderd met toepassing van de bepalingen betreffende het statuut van het rijksperoneel, die bevordering zou worden ontnomen om ideologische of filosofische redenen en voor zover die bepaling slechts van toepassing is op een deel van de bestuursdiensten van de Franse Gemeenschap?»

II. De feiten en de rechtspleging in het bodemgeschil

P. A. heeft bij de Raad van State de vernietiging gevorderd van de besluiten van de Franse Gemeenschapsexecu-

tieve van 24 augustus 1989 houdende benoeming tot de graad van adviseur van vier ambtenaren van de diensten van de Executieve. Hij heeft doen gelden dat artikel 20 van de wet van 16 juli 1973 waarbij de bescherming van de ideologische en filosofische strekkingen gewaarborgd wordt, door de voormelde besluiten was geschonden, doordat noch de directieraad, noch de Franse Gemeenschapsexecutieve werkelijk rekening zouden hebben gehouden met de verplichting die die bepaling hun oplegt en in zoverre de vertegenwoordiging van de verschillende strekkingen binnen het personeelsbestand van het Ministerie van de Franse Gemeenschap helemaal niet de vertegenwoordiging van die strekkingen binnen de Franse Gemeenschapsraad weerspiegelden, vooral wat de strekking betreft waartoe hij behoort.

Na te hebben beslist dat de tewerkstelling in culturele functies in de bestuursdiensten van de Franse Gemeenschap tot de werkingssfeer van artikel 20 van de wet van 16 juli 1973 behoort, heeft de Raad van State het verzoek van de tussenkommende partijen die de bestreden benoemingen hadden verkregen, ingewilligd en het Hof de hiervoor weergegeven prejudiciële vraag gesteld.

...

Ten aanzien van het onderwerp van de prejudiciële vraag

B.2.1. Volgens de partijen M.L., M.-H. J. en R.M. zou er aanleiding toe bestaan de interpretatie te verwerpen die de Raad van State aan artikel 20 van de wet van 16 juli 1973 waarbij de bescherming van de ideologische en filosofische strekkingen gewaarborgd wordt, heeft gegeven en volgens welke die bepaling op het Ministerie van de Franse Gemeenschap van toepassing is, aangezien het gaat om een betrekking die wordt geacht een culturele betrekking te zijn.

B.2.2. Zoals uit het verwijzingsarrest zelf blijkt, is de tekst van artikel 20 vatbaar voor verscheidene interpretaties. Dat artikel kan ook aldus worden geïnterpreteerd dat het niet van toepassing is op ambtenaren van een ministerieel departement, zelfs als zij zijn tewerkgesteld in een dienst die zich bezighoudt met culturele aangelegenheden als nader bepaald bij artikel 4 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 of met internationale culturele betrekkingen.

Het komt evenwel de rechter die de prejudiciële vraag stelt toe de bepaling waarop die vraag betrekking heeft, te interpreteren. Te dezen heeft de Raad van State uitdrukkelijk overwogen «dat de tewerkstelling in culturele functies in de bestuursdiensten van de Franse Gemeenschap behoort tot de werkingssfeer van artikel 20 van de wet van 16 juli 1973»

Het Hof zal oordelen of de aldus geïnterpreteerde wetsbepaling al dan niet artikel 6 van de Grondwet schendt.

Ten gronde

B.3. De wet van 16 juli 1973 waarbij de bescherming van de ideologische en filosofische strekkingen gewaarborgd wordt «strekt ertoe bindende kracht te geven aan de onder de naam 'Cultuurpact' door vijf politieke partijen ondertekende wederzijdse verbintenissen» en «de waarborgen ter bescherming van de minderheden — waarvan de beginselen in de artikelen 6bis en 59bis, § 7, van de Grondwet (...) zijn vervat — gedeeltelijk in toepassing te brengen» (*Gedr.St., Kamer, 1972-73, nr. 633/1, 1*).

Dat Pact is gesloten «om, met alle gepaste middelen, en in het raam van een vernieuwd beleid, de vrije uitdrukking

te bevorderen van de verschillende ideologische en filosofische strekkingen, alsook van het onderling begrip en de samenwerking, in wederzijdse eerbied, tussen de personen, de groepen, de organisaties en de instellingen met culturele opdracht, die er zich al of niet op beroepen.» (*Gedr. St., Kamer, 1972-73, nr. 633/2, p. 9*), en bevat een § 24, die bepaalt :

«24. In verband met het statuut van het personeel dat culturele functies uitoefent :

zal de aanwerving, de aanstelling, de benoeming en de bevordering van het kaderpersoneel en van het personeel aangeworven onder contract in alle openbare instellingen van het cultuurbeleid gebeuren volgens het beginsel van de gelijkheid in rechten zonder ideologische of filosofische discriminatie (onder de voorwaarden bepaald in punt 13 hierboven) en volgens de regels van hun respectief statuut met inachtneming nochtans van de noodzaak :

- van een evenwichtige verdeling van de functies, attributies en affectaties onder de verschillende representatieve strekkingen ;

- van een minimum-vertegenwoordiging van elk der strekkingen ;

- elk monopolie of elk onrechtmatig overwicht van één van die strekkingen te vermijden.» (*Gedr.St., Kamer, 1972-73, nr. 633/2, p. 12*).

Artikel 20 van de voormelde wet, waarover de prejudiciële vraag handelt, transposeert de genoemde § 24 in de rechtsorde en luidt als volgt :

«De aanwerving, de aanwijzing, de benoeming en de bevordering van het statutair personeel, van het tijdelijk personeel en van het onder contract aangeworven personeel met culturele functies in alle openbare instellingen, besturen en diensten van het cultuurbeleid geschieden volgens het beginsel van rechtsgelijkheid zonder ideologische of filosofische discriminaties en volgens de regels van hun respectieve statuten, rekening houdend met de noodzaak van een evenwichtige verdeling van de ambten, bevoegdheden en dienstaanwijzingen tussen de verschillende representatieve strekkingen, alsmede met een minimum aanwezigheid voor elk van de strekkingen, en met voorkoming van ieder monopolie of ieder onrechtmatig overwicht van één van die strekkingen.»

B.4. De grondwettelijke regels van de gelijkheid en van de niet-discriminatie sluiten niet uit dat een verschil in behandeling tussen bepaalde categorieën van personen zou worden ingesteld, voor zover voor het criterium van onderscheid een objectieve en redelijke verantwoording bestaat. Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld met inachtneming van het doel en de gevolgen van de bestreden maatregel en van de aard van de ter zake geldende beginselen ; het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer vaststaat dat geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel.

B.5. Het is onmogelijk de doelstelling die in de betwiste bepaling na de woorden «rekening houdend met» tot uitdrukking is gebracht, ten volle te verwezenlijken zonder af te wijken van het gelijkheidsbeginsel, dat in het begin van die bepaling wordt bevestigd. De genoemde doelstelling bestaat er immers in de functies tussen «de verschillende representatieve strekkingen» te verdelen, door aan elk van die strekkingen een «minimumaanwezigheid» te waarborgen en erover te waken dat geen enkele strekking op «onrechtma-

tige» wijze overheerst, wat oververtegenwoordiging lijkt uit te sluiten of te beperken, behalve indien die noodzakelijk zou zijn om de kleinste minderheidsstrekkings een minimale aanwezigheid te waarborgen. Door, na het gelijkheidsbeginsel in herinnering te hebben gebracht, eraan toe te voegen dat over een bepaalde verdeling dient te worden gewaakt, geeft de wet niet aan dat dat laatste vereiste ondergeschikt is aan de naleving van het grondbeginsel. Het Pact waarop de wet is geïnspireerd, bepaalt zelfs uitdrukkelijk het tegenovergestelde, door na de herhaling van het beginsel te preciseren dat «nochtans» met het andere vereiste rekening dient te worden gehouden.

Een dergelijk stelsel leidt er onvermijdelijk toe dat ambtenaren, ondanks hun verdiensten, wegens hun ideologische of filosofische overtuiging kunnen worden achtergesteld. Het houdt bovendien het risico in dat diegenen worden achtergesteld die gebruik maken van het aan ieder burger toekomend recht niet in het openbaar stelling te nemen. Het benadeelt bovendien diegenen die zich in bepaalde aangelegenheden bij een strekking aansluiten en zich op andere punten in een andere strekking terugvinden. Aangezien de hieruit voortvloeiende ongelijke behandeling wordt bepaald door de overtuiging van elk individu, zet zij beginselen met betrekking tot het privé-leven, alsmede tot de vrijheid om persoonlijke meningen al dan niet te uiten, op de helling.

De wetgever kan weliswaar op legitieme wijze evenwichten veilig stellen, maar hij schiet in de naleving van het evenredigheidsbeginsel te kort wanneer hij, om die doelstelling te bereiken, een beroep doet op een stelsel dat de overheid verplicht van het gelijkheidsbeginsel af te wijken op grond van persoonlijke overtuigingen. Dat is des te meer het geval daar het stelsel, op het vlak van de beginselen, een opoffering eist, die zeker is, met het oog op een voordeel, dat hypothetisch blijft. Er ligt immers geen aanmoediging in voor elke ambtenaar om zijn functie op onpartijdige wijze uit te oefenen wanneer de strekking tot dewelke hij wordt aangezet zich te bekennen, officieel wordt gemaakt, en wanneer aan die strekking gevolgen worden vastgeknoopt met betrekking tot zijn loopbaan. Ten slotte geeft de wet zelfs geen beperking aan van de mate waarin van de gelijkheid kan worden afgeweken ten gunste van de verdelingsnormen die zij eraan in de weg plaatst.

B.6. Op grond van hetgeen voorafgaat, bestaat er geen aanleiding tot het onderzoeken van de grief die is afgeleid uit de omstandigheid dat de betwiste bepaling slechts van toepassing is op een gedeelte van de bestuursdiensten van de Gemeenschappen.

Om die redenen, zegt het Hof voor recht :

Artikel 20 van de wet van 16 juli 1973 waarbij de bescherming van de ideologische en filosofische strekkingen gewaarborgd wordt, schendt artikel 6 van de Grondwet.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 29 JANUARI 1993

Voorzitter : de h. Marchal

Rapporteur : de h. Verougstraete

Openbaar ministerie : de h. De Swaef

Advocaten : mrs. Bützler en De Gryse

Arbitrage – Uitspraak – Vordering tot vernietiging – Bedrog – Belanghebbende – Derde

Een derde kan voor de rechter op grond van bedrog een scheidsrechterlijke uitspraak bestrijden als die volgt op een gefingeerd geschil dat slechts tot doel heeft de rechten van die derde te schaden.

J. t/ N.V. E.

Gelet op het bestreden arrest, op 22 mei 1991 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen ;

...

Overwegende dat het arrest vaststelt dat de voor de scheidsrechter gevoerde rechtspleging een louter schijnge- schil was en hierdoor slechts bedrieglijk beoogd werd de bij- stand van eiser te verkrijgen om de gevolgen van een door verweerster gelegd uitvoerend beslag te vrijdelen ;

Overwegende dat, overeenkomstig artikel 1704, 3°, a, van het Gerechtelijk Wetboek, een scheidsrechterlijke uitspraak kan worden vernietigd indien zij door bedrog verkregen is ;

Dat, ingevolge de relativiteit van de arbitrale beslissing, de nietigheidsvordering tegen een beslissing gewezen door de rechter op grond van artikel 1704 van het Gerechtelijk Wetboek in de regel slechts door de in het arbitrale geding betrokken partijen kan worden ingesteld op een van de gronden beperkend opgesomd in dat artikel ;

Dat een derde evenwel voor de rechter op grond van be- drog een scheidsrechterlijke uitspraak kan bestrijden als die uitspraak volgt op een gefingeerd geschil dat slechts tot doel heeft de rechten van die derde te schaden ;

Dat in een dergelijk geval de derde, door de arbitrale overeenkomst en de uitvoering ervan, een belanghebbende partij wordt ; dat het recht op toegang tot de rechter zou worden miskend indien een nietigheidsvordering door een aldus betrokken derde niet kon worden toegelaten ;

Dat de appelrechters, die oordelen dat in de door hen vastgestelde omstandigheden verweerster de vordering ge- grond op artikel 1704, 3°, a, van het Gerechtelijk Wetboek mag instellen, de in het middel aangewezen wetsbepalingen niet schenden ;

...

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 2 FEBRUARI 1993

Voorzitter : de h. D'Haenens

Rapporteur : de h. Holsters

Openbaar ministerie : de h. Goeminne

Advocaat : mr. Verstraeten

Kansspelen – Automatische dobbelspelen

Naar recht verantwoord is de beslissing van de rechter dat geen toegelaten automatisch dobbelspel is het apparaat betref- fende hetwelk hij, met een onaantastbare beoordeling van de feitelijke gegevens van de zaak, tot het besluit komt dat het niet vergelijkbaar is met de automatische spelen met reële dobbel-

stenen, maar eerder te beschouwen is als een speeltoestel van gelijke aard als de verboden Jackpot.

G. en G.

Gelet op het bestreden arrest, op 26 juni 1991 door het Hof van Beroep te Gent gewezen;

Gelet op de namens de eisers ingediende memorie, waarvan een door de griffier van het Hof voor eensluidend verklaarde kopie aan dit arrest is gehecht en daarvan deel uitmaakt;

Over het eerste middel:

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat de eisers in de termen van de wet werden vervolgd wegens het voordeel trekken van niet-toegelaten kansspelen;

Overwegende dat de appelrechters, nu omtrent het kansspelkarakter van de spelen in kwestie geen betwisting bestond — de eisers blijken integendeel dit kansspelkarakter te hebben aanvaard —, het bewezen verklaren van het kansspelkarakter van de spelen niet nader dienden te motiveren en vermochten hun motivering te beperken tot het al of niet wettelijk toegelaten zijn van de betreffende kansspelen; dat de door het middel beoogde motivering — waarbij het middel ten onrechte «menselijke tussenkomst» aan «lichamelijke of verstandelijke behendigheid» assimileert — enkel de toelaatbaarheid van de als kansspelen gekarakteriseerde spelen betreft;

Wat het tweede en het derde onderdeel betreft:

Overwegende dat de onderdelen, in zoverre ze neerkomen op kritiek op de beoordeling van de feiten door de rechter en in zoverre het onderzoek ervan het Hof zou verplichten tot een onderzoek van feiten waarvoor het niet bevoegd is, niet ontvankelijk zijn;

Overwegende dat de appelrechters onderzoeken, met onderlinge vergelijking van apparaten met reële teerlingen, enerzijds, met apparaten met symbolen van teerlingen anderzijds, of de voorliggende apparaten «Automatic Dice Game», «Royal Dice» en «Dice Penny Falls» kunnen begrepen worden in de door het koninklijk besluit van 13 januari 1975, artikel 3, c, beoogde toegelaten «teerlingspelen»;

Overwegende dat de appelrechters daarbij, met onaanastbare beoordeling van de feitelijke gegevens van de zaak, te dezen in het bijzonder die betreffende het voorkomen, de constructie en het spelconcept van de apparaten in kwestie, besluiten dat die apparaten niet met de automatische spelen met reële teerlingen vergelijkbaar zijn, maar eerder te beschouwen zijn als aan de verboden «Jackpot» gelijkaardige speeltoestellen en aldus enkel teerlingspelen bij naam zijn; dat zij niet besluiten dat de apparaten in kwestie niet-toegelaten automatische teerlingspelen zouden zijn zoals in de onderdelen van het middel aangewezen, maar wel dat de betreffende toestellen helemaal geen automatische teerlingspelen zijn;

Dat de appelrechter door hun motivering hun beslissing regelmatig met redenen omkleeden en naar recht verantwoorden;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

...

NOOT — *De dobbelsteen bij het automatisch dobbelspel*

1. Art. 1 van de wet van 24 oktober 1902 op het spel verbiedt principieel de exploitatie van kansspelen. Het vijfde lid van dit artikel geeft evenwel aan de Koning de bevoegdheid om een lijst van speelapparaten op te stellen, waarvan de exploitatie toch toegelaten blijft. Die toestellen zijn opgesomd in het K.B. van 13 januari 1975 (B.S., 14 januari 1975) dat substantieel gewijzigd is door het K.B. van 3 juni 1991 (B.S., 15 juni 1991), dat op zijn beurt reeds gewijzigd is door het K.B. van 20 april 1993 (B.S., 7 mei 1993).

2. In casu waren de feiten gepleegd vóór de inwerking-treding van het K.B. van 3 juni 1991, zodat de oude bepalingen van het K.B. van 13 januari 1975 nog van toepassing waren. In de oorspronkelijke versie van het K.B. werd de toelaatbaarheid van de exploitatie van de «automatische teerlingspelen» geregeld door art. 3, c. Dit artikel is, met enige loutere tekstaanpassingen overgenomen in de nieuwe versie van het K.B., zodat deze bespreking haar volle waarde behoudt ondanks het wijzigend K.B. van 3 juni 1991.

Op grond van de huidige versie van art. 3, c, van het K.B. van 13 januari 1975 is de exploitatie van «automatische teerlingspelen» toegelaten, voor zover zij gebeurt, hetzij door exploitanten van pretparken, hetzij door kermisexploitanten tijdens kermissen, handelsbeurzen, jaarmarkten en soortgelijke gelegenheden. Omdat in de nieuwe versie van het K.B. de term «automatisch dobbelspel» wordt gebruikt in plaats van «automatisch teerlingspel», zullen wij in het vervolg van het betoog de nieuwe term «automatisch dobbelspel» gebruiken.

3. Noch in het K.B. zelf, noch in de bespreking van dit K.B. in het parlement is bepaald wat onder de term «automatische dobbelspelen» moet worden begrepen.

Het is duidelijk dat de automatische speelapparaten, waarbij echte dobbelstenen worden gebruikt, als automatische dobbelspelen moeten worden beschouwd. Er bestaan veel varianten van dergelijke dobbelspelen (bv. Robo dice, Super dice, Liars dice, Zanzi). Een variant bestaat erin dat de dobbelstenen (1-6) zich op een draaibord bevinden. Na het inbrengen van een jeton en het indrukken van een startknop begint het bord te draaien en komen de dobbelstenen samen in werking. Op het moment dat de speler de knop loslaat, stopt het bord met draaien en komen de dobbelstenen uiteindelijk stil te liggen. De speler wint indien hij een combinatie van dobbelsteen zijden krijgt, die als winnend staat aangegeven. Een andere variant bestaat erin dat de dobbelstenen, nadat een jeton is ingebracht en de startknop is ingedrukt, door warme lucht worden omhooggeblazen in een gesloten glazen koker. Deze dobbelstenen zijn van zeer lichte materie en maken door de warme lichtstroom allerlei capriolen tegen de bovenkant van de koker. Zodra de startknop wordt losgelaten, valt de warme luchtstroom weg, zodat de dobbelstenen naar beneden vallen. Hierdoor komen ze op het grondvlak terecht waar ze uiteindelijk tot stilstand komen. De speler heeft gewonnen indien hij derwijze een combinatie van dobbelsteen zijden krijgt die aangeduid staat op het apparaat.

4. De vraag die in bovenstaand arrest echter aan de orde was, was of automatische speelapparaten die werken met draaiende rollen (3-5), waarop de verschillende beeltenissen van de dobbelsteen zijden zijn aangebracht, ook kunnen worden beschouwd als automatische dobbelspelen, in de zin van art. 3, c, van het K.B. van 13 januari 1975. Deze speelapparaten vertonen, wat het uitzicht betreft, verschillende ge-

lijkenissen met een Jackpot. Ze worden in werking gebracht door het inbrengen van één of meer jetons. Het elektronisch scorebord toont het aantal ingebrachte (of verdiende) «credits» aan. De speler duwt vervolgens op de startknop en de rollen beginnen te draaien. De rollen stoppen vanzelf. Indien de speler een combinatie verkrijgt die op het apparaat, aan de zijkanten van het raam, staat aangeduid, heeft hij gewonnen. Het gewonnen aantal credits wordt dan op de teller opgenomen. De gewonnen jetons worden uitgestort, indien de speler op een bepaalde knop drukt. Deze jetons kan hij dan inruilen tegen hun waarde in geld of tegen prijzen in natura. Afhankelijk van het type van apparaat zijn er specifieke mogelijkheden om één van de rollen vast te zetten, de winstkansen te vergroten, een speciale bonus te winnen, etc.

5. Het Hof van Beroep te Antwerpen heeft m.b.t. een dergelijk automatisch dobbelspel (het automatic dice game) geoordeeld dat uit art. 3, c, van het K.B. van 13 januari 1975 niet blijkt dat de betrokken toestellen geen automatische dobbelspelen, in de zin van dat artikel, waren. Het blijkt volgens het Hof immers niet dat dit artikel niet toestaat teerlingen te vervangen door afbeeldingen van of symbolen voorstellende teerlingen daar het ook een automatisch spel betreft (Antwerpen, 10e Kamer, 14 juni 1991, *niet gepubliceerd*).

6. Het Hof van Beroep te Gent was in het hier bestreden arrest echter een andere mening toegedaan. Het besliste dat de betrokken speelapparaten (Automatic Dice Game, Royal Dice en Dice Penny Falls) *niet* als een automatisch dobbelspel in de zin van art. 3, c, van het K.B. van 13 januari 1975 kunnen worden beschouwd. In een uitgebreide redenering oordeelde het Hof van Beroep dat, opdat er sprake kan zijn van een automatisch dobbelspel, vereist is dat het speelapparaat met *echte* dobbelstenen werkt.

Het doorslaggevende argument voor die redenering van het hof was dat, indien echte dobbelstenen gebruikt worden, deze dobbelstenen als ze eenmaal gelanceerd zijn, gewoon op zichzelf doorrollen en de eindstand ervan alleen bepaald wordt door onderlinge aanrakingen en de wrijving van de dobbelsteen met het speelvlak, zonder dat hij nog te beïnvloeden is door de speler. Bij de automatische dobbelspelen met rollen wordt de eindstand van de dobbelstenen duidelijk op een andere manier verkregen.

Daarnaast oordeelde het hof dat er bij de automatische dobbelspelen met echte dobbelstenen geen menselijke tussenkomst meer mogelijk is, zodra de dobbelstenen gelanceerd zijn. De eindstand van de dobbelstenen wordt nog alleen bepaald door het lot. Bij de betrokken speelapparaten wordt de eindstand van de rollen echter niet bepaald door de onderlinge aanrakingen of door wrijving met het speelvlak. De rollen worden automatisch gestopt ten gevolge van een door de constructeur geprogrammeerde impuls. Zodoende kan de eindstand (en de winstkansen) gemanipuleerd worden en is deze niet louter van het lot afhankelijk.

Het Hof van Beroep te Gent oordeelde hierbij uitdrukkelijk: «Het onderscheid is in feite nog het best te maken aan de hand van de oude Romeinse spreuk 'Alea jacta est.' De teerling is geworpen en van dan af zal het lot en het toeval bepalend zijn voor de stand waarin de dobbelsteen zal blijven staan. Dat is het geval bij de automatische dobbelsteenspelen waarbij werkelijk dobbelstenen aanwezig zijn en gebruikt worden. Dat is niet het geval bij de zogezegde au-

tomatische teerlingspelen Automatic Dice Game, Royal Dice en Dice Penny Falls, waar de spreuk in feite luidt «Alea non est jacta», de teerling is niet geworpen en het lot en toeval zijn voor de stand waarin de dobbelsteen zal blijven staan niet determinerend. Wel zijn hier determinerend de vooraf geplande en geprogrammeerde elektrische impulsen die in het toestel ingebracht worden en die het werk zijn van de constructeur, of de door de speler gegeven impulsen. In casu is het finaal niet het lot of het toeval, maar een menselijke tussenkomst die bepalend is, welke het teerlingbeeld is dat tot stilstand gebracht wordt.»

7. In de voorziening tegen dit arrest werd in het tweede onderdeel van het eerste middel aangevoerd dat het arrest, door te oordelen dat alleen het automatisch dobbelspel met reëel aanwezige dobbelstenen beschouwd kan worden als een automatisch dobbelspel in de zin van art. 3, c, van het K.B. van 13 januari 1975, een onderscheid maakt m.b.t. de soorten van automatische dobbelspelen, dat de wet zelf niet maakt.

In het derde onderdeel werd opgeworpen dat de aanwezigheid van reële dobbelstenen niet vereist is en dat het toegelaten is dat de rollen automatisch worden gestopt, aangezien het gaat om een *automatisch* dobbelspel. Volgens dit onderdeel is het eigen aan automatische dobbelspelen dat bepaalde materiële of menselijke elementen worden vervangen door automatische determinanten. En de wetgever zou, door het toelaten van automatische dobbelspelen, precies de bedoeling hebben gehad om spelen toe te laten waarbij bepaalde materiële of menselijke elementen van het «klassieke» dobbelspel worden vervangen door geautomatiseerde functies.

Om die twee redenen zou het bestreden arrest art. 3, c, van het K.B. van 13 januari 1975 geschonden hebben.

8. Het Hof van Cassatie heeft die argumenten echter verworpen en lijkt de stelling van het Hof van Beroep te Gent te aanvaarden. In bovenstaand arrest oordeelt het Hof van Cassatie immers dat het Hof van Beroep te Gent, op grond van de feitelijke gegevens m.b.t. het voorkomen, de constructie en het spelconcept van de speelapparaten, terecht mocht besluiten dat die apparaten niet met de automatische spelen met reële teerlingen vergelijkbaar zijn en dat ze (bijgevolg) *geen automatische dobbelspelen* waren. Het Hof van Cassatie is dus blijkbaar van oordeel dat het Hof van Beroep te Gent een juridisch correcte inhoud aan het begrip «automatisch dobbelspel» in de zin van art. 3, c, van het K.B. van 13 januari 1975 heeft gegeven door te oordelen dat dergelijke spelen met echte dobbelstenen moeten werken.

9. Het is echter zeer de vraag of zomaar mag worden aangenomen dat onder «automatisch dobbelspel» alleen die automatische speelapparaten mogen worden begrepen, die met echte dobbelstenen werken. Een automatisch dobbelspel is in de eerste plaats een *automatisch* speelapparaat. Een fundamenteel kenmerk van dergelijke apparaten is dan men wel een bepaald spel kan spelen, zonder dat de materiële objecten, die normaliter bij dit spel gebruikt worden, aanwezig zijn. Die voorwerpen worden daarentegen op een of andere manier afgebeeld op het scherm van het apparaat.

Zo vermeldde de lijst van spelen die toegelaten waren op basis van art. 3, d, van het K.B. van 13 januari 1975 het spel Pontoon, dat werd omschreven als een gemechaniseerd kaartspel. En in dat spel worden geen werkelijke kaarten gebruikt, maar wel afbeeldingen ervan.

De vraag rijst dan ook waarom het niet geoorloofd zou zijn de zes zijden van een dobbelsteen op een rol te zetten, die begint te draaien door op de startknop te duwen (precies zoals een dobbelsteen rolt), en uiteindelijk stilvalt en één afgebeelde dobbelsteenzijde vertoont.

10. Daarenboven kan noch uit het K.B. zelf, noch uit de parlementaire bespreking van het K.B. worden afgeleid dat met «automatisch dobbelspel» alleen een automatisch speelapparaat met echte dobbelstenen zou worden bedoeld. Op zich is dit verwonderlijk. In het K.B. van 13 januari 1975 zijn de spelen, bedoeld in de artt. 1 en 2 en de spelen vervat in de lijst van op grond van art. 3, d, van dat K.B. toegelaten spelen immers allemaal summier beschreven m.b.t. hun uitzicht en werking. Het automatisch dobbelspel is een van de enige speelapparaten, dat niet beschreven is. (Ook de nieuwe versie van het K.B. van 13 januari 1975, als gewijzigd bij K.B. van 5 juni 1991, heeft hier geen wijziging in gebracht). De wetgever heeft dus het toepassingsgebied van het begrip «automatisch dobbelspel» vaag gelaten.

Dat blijkt overigens ook uit de verklaring van de toenmalige minister van Justitie Vanderpoorten in de Kamer: «Wij weten hoe moeilijk het is een bepaald apparaat door een woord aan te duiden. 'What's in a name?' geldt hier meer dan op een andere plaats. Wij zullen van het apparaat een *soort beschrijving* moeten geven. Maar ik kan mij voorstellen dat het niet zal gaan zoals de beschrijving op een stamboek van een paard, waarin wordt gezegd hoe zijn neus is, hoe zijn poten zijn, hoe zijn gedragingen zijn, wie de vader of de moeder is, in de veronderstelling dat de automatische speelapparaten op die wijze worden gebaard. De omschrijving zal moeten gegeven worden zodanig *dat in de toekomst niet door allerlei handigheden apparaten zouden kunnen gemaakt worden die nadelig zijn*» (*Parl. Hand., Kamer, 1974-75, 298*). De in het K.B. gebruikte omschrijving van de spelen mag dus blijkbaar niet strikt worden opgevat en dient slechts om wetsomzeilingen te vermijden. Hiertoe heeft de wetgever zich destijds omringd met adviezen van specialisten, belanghebbende verenigingen en groeperingen van personen die zich met de exploitatie van automatische speelapparaten bezighielden (*Parl. Hand., ibidem*). Blijkbaar heeft de wetgever het toch niet nodig geacht om een andere omschrijving van de term «automatisch dobbelspel» te geven, ondanks het feit dat toen reeds types van dobbelspelen met rollen bestonden.

Om die redenen kan begrip worden opgebracht voor het hierboven aangehaald arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen, volgens hetwelk uit de tekst van het K.B. van 13 januari 1975 niet blijkt dat de betrokken spelen niet als automatische dobbelspelen zouden kunnen worden beschouwd.

11. Ten derde kan nog worden gewezen op de bedoeling van de wetgever bij het opstellen van het K.B. van 13 januari 1975. Het was duidelijk de bedoeling om een uitzondering te maken op het principieel verbod op de exploitatie van kansspelen, voor de talrijke ontspanningsapparaten die geëxploiteerd werden, zonder dat ze een sociaal gevaar betekenden voor de bevolking en degenen die ermee speelden (zie bv. verslag Dua, *Parl. St., Senaat, 1973-74, nr. 141, 5-6*; verslag Ryckmans-Corin, *Parl. St., Kamer, 1973-74, nr. 171/4, 2*). Ook op grond van dat criterium van sociale gevaarlijkheid kan niet worden gesteld dat de betrokken speelapparaten niet als automatische dobbelspelen zouden mogen

worden beschouwd. Deze apparaten zijn immers – in principe – niet sociaal gevaarlijker dan *automatische* dobbelspelen met echte dobbelstenen. De enkele omstandigheid dat de getsymbolen niet op echte dobbelstenen, maar wel op rollen zijn aangebracht, doen de sociale gevaarlijkheid van dit speelapparaat niet wezenlijk toenemen. De kans om te winnen blijft in principe immers even groot (of klein), indien de eindcombinatie verkregen wordt na het stilvallen van de verschillende dobbelspelen of door het stilvallen van de rollen met de dobbelsteensymbolen erop. In beide gevallen wordt het stilvallen immers bepaald door het lot.

12. Om die drie redenen kan dus betoogd worden dat de automatische dobbelspelen met rollen wel degelijk als «automatische dobbelspelen» in de zin van art. 3, c, van het K.B. van 13 januari 1975 zouden kunnen worden beschouwd.

13. De negatieve houding van een (groot) deel van de rechtspraak is te verklaren vanuit de gelijkenis die bestaat tussen de betrokken dobbelspelen en de – in België verboden – Jackpot. Tussen de twee soorten spelen bestaan er nochtans essentiële verschillen. Zo is er bij de betrokken dobbelspelen geen «pot» waaruit op een volledig toevallig ogenblik bij een winnende combinatie een extra hoeveelheid jetons of geld rolt. Evenmin is er een trekarm aanwezig, die op zich een grote oorzaak van verslaving uitmaakt. Daarnaast is er ook een veel kleinere winstkans.

Maar tussen beide soorten apparaten bestaan er ook veel gelijkenissen. Zo werken de betrokken automaten ook met rollen, waarbij de fruitafbeeldingen van de Jackpot vervangen zijn door afbeeldingen van dobbelsteenzijden, zodat er in eerste instantie een grote uitwendige gelijkenis bestaat. Doordat met rollen wordt gewerkt, bestaat bovendien, precies zoals bij de Jackpot, de mogelijkheid voor de exploitant om het stilvallen van de rollen te beïnvloeden. Hierdoor kunnen de winstkansen verkleind worden en wordt de verkregen eindcombinatie niet meer volledig bepaald door het toeval. Om die reden is het mogelijk dat de betrokken dobbelspelen *in de praktijk* wel degelijk sociaal gevaarlijker zijn dan de automatische teerlingspelen met echte teerlingen.

14. De gelijkenis tussen de betrokken apparaten en de Jackpot wordt bij bepaalde van deze apparaten nog vergroot doordat bepaalde vreemde symbolen op de rol met afbeeldingen worden geplaatst (bv. de afbeelding van sterren bij de Royal Dice). Ons inziens is het duidelijk dat dit soort apparaten niet meer als automatische dobbelspelen beschouwd kunnen worden. Aan een dobbelsteen zijn immers maar zes zijden. Een rol met zeven afbeeldingen kan dan ook niet meer als analoog met een dobbelsteen worden beschouwd. Ook zijn de kansen op winst of verlies bij dergelijke automaten statistisch niet meer dezelfde als bij automaten die uitgerust zijn met rollen met zes afbeeldingen. Dergelijke speelapparaten vallen dan ook niet onder de bescherming van art. 3, c, van het K.B. van 13 januari 1975.

14. Alleen al vanwege de complexiteit van de materie lijkt het ons onterecht dat een automatisch dobbelspel met rollen *per definitie* niet als een automatisch dobbelspel in de zin van art. 3, c, van het K.B. van 13 januari 1975 zou worden beschouwd. Dit kan immers noch uit een taalkundige interpretatie van de term «automatisch dobbelspel», noch uit de wettekst of de parlementaire bespreking daarvan worden afgeleid. Daarnaast is de sociale gevaarlijkheid van dergelijke speelautomaten maar even groot als die van de automaten met echte dobbelstenen, aangezien de winst- en verlieskan-

sen statistisch even groot zijn. De — in hoofdzaak uitwendige — gelijkenis met de Jackpot doet hieraan niets af, noch de *loutere mogelijkheid* dat de werking van de rollen door de exploitant gemanipuleerd wordt. Er is dus geen enkel argument op grond waarvan het automatisch dobbelspel met rollen, waarop alleen de zes afbeeldingen van een dobbelsteen zijn afgebeeld, op zich niet onder art. 3, c, van het K.B. van 13 januari 1975 zou vallen. Het tot stilstand komen van de rollen wordt in principe immers alleen door het toeval bepaald.

In concreto kan in een bepaald geval echter wel blijken dat zulks niet het geval is. In dat geval kan wel degelijk terecht beslist worden dat het betrokken apparaat niet onder de bescherming van art. 3, c, van het K.B. van 13 januari 1975 valt. De bewijslast hiervoor ligt echter bij het openbaar ministerie.

Luc Arnou

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 11 FEBRUARI 1993

Voorzitter: de h. Sace

Rapporteur: de h. Rappe

Openbaar ministerie: de h. Janssens de Bisthoven

Inkomstenbelastingen — Volledige en definitieve stopzetting van het bedrijf — Behaalde of vastgestelde winsten en baten — Overdracht van handelszaak — Ontbinding van de overeenkomst

Wanneer bij de overdracht van een handelszaak meerwaarden als bedoeld in art. 31, 4°, W.I.B. aan het licht zijn gekomen, kan het bestuur daarvan belasting heffen over het aanslagjaar tijdens hetwelk de overdracht heeft plaatsgehad.

De ontbinding van de overeenkomst tot overdracht van de handelszaak kan niet tot gevolg hebben dat de vaststelling, door het bestuur, van die meerwaarden ongedaan wordt gemaakt en kan er evenmin aan in de weg staan dat die meerwaarden, en niet de prijs voor de overdracht, tot grondslag van de belasting kunnen dienen.

Belgische Staat t/ V.

Gelet op het bestreden arrest, op 15 mei 1992 door het Hof van Beroep te Bergen gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 31, 1°, en 265 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen en van de artikelen 164, a, en 167, § 1, 3°, a, van het koninklijk besluit van 4 maart 1965 tot uitvoering van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, en miskenning van het feit dat die bepalingen de openbare orde raken,

...

Overwegende dat het arrest erop wijst dat verweerder, bij overeenkomst van 7 september 1979, zijn handelszaak heeft overgedragen «tegen het bedrag van 1.800.000 frank, benevens de niet nader aangegeven waarde van de voorraad», dat verweerder slechts 400.000 frank van de verkoopprijs heeft ontvangen en dat de Rechtbank van Eerste Aanleg te Ber-

gen, bij het in kracht van gewijsde gegane vonnis van 17 februari 1984, «voor recht heeft gezegd dat de overeenkomst is ontbonden omdat (de koper) zijn verbintenis tot betaling van de prijs niet was nagekomen»; dat de directeur der belastingen, op bezwaarschrift van verweerder, het bedrag van de meerwaarde die in het aanslagjaar 1980 (tegen 16,5%) belastbaar was heeft teruggebracht tot 1.498.038 frank;

Overwegende dat, overeenkomstig artikel 31, 1°, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, zoals het ten tijde van de feiten van toepassing was, bedrijfsinkomsten zijn, de winsten en baten die worden behaald of vastgesteld uit hoofde of ter gelegenheid van de volledige en definitieve stopzetting, door de belastingplichtige, van de exploitatie van zijn bedrijf of van de uitoefening van een vrij beroep, een ambt, post of winstgevende bezigheid en die voortkomen van meerwaarden op lichamelijke of onlichamelijke activa, met inbegrip van grondstoffen, produkten en koopwaren, die voor die exploitatie, dat beroep of die bezigheid werden aangewend;

Overwegende dat, enerzijds, de wetgever met de woorden «behaalde» en «vastgestelde» winsten en baten respectievelijk de verwezenlijkte meerwaarden en de meerwaarden die niet verwezenlijkt zijn, beoogt;

Overwegende dat, anderzijds, wanneer, zoals te dezen, bij de overdracht van een handelszaak dergelijke meerwaarden aan het licht zijn gekomen, de administratie daarvan belasting mag heffen over het aanslagjaar tijdens hetwelk de overdracht heeft plaatsgehad; dat de administratie weliswaar, overeenkomstig artikel 246 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, de plicht heeft het bestaan en het bedrag van die winsten of baten te bepalen en daartoe alle door het gemene recht toegelaten bewijsmiddelen mag aanvoeren, met uitzondering van de eed; dat evenwel de ontbinding van de overeenkomst tot overdracht van de handelszaak niet tot gevolg kan hebben dat de vaststelling, door de administratie, van het bestaan van de in voornoemd artikel 31, 1°, bedoelde meerwaarden ongedaan wordt gemaakt en evenmin eraan kan in de weg staan dat die meerwaarden, en niet de prijs voor de overdracht, tot grondslag van de belasting kunnen dienen;

Dat derhalve het arrest, nu het beslist dat de handelszaak wegens de terugwerkende kracht van de ontbinding van de overdracht ervan «nooit was verwezenlijkt» en «dus nooit enige meerwaarde had kunnen opleveren» en nu het de bestreden beslissing tenietdoet, in zoverre zij het bedrag van de belastbare meerwaarde had vastgesteld, niet naar recht is verantwoord;

...

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 2 MAART 1993

Voorzitter: de h. D'Haenens

Rapporteur: de h. De Peuter

Openbaar ministerie: de h. D'Hoore

Advocaat: mr. Willekens

Wegverkeer — Vluchtmisdrijf — Dienstige vaststellingen

Voor het tot stand komen van een vluchtmisdrijf ten einde zich te onttrekken aan de dienstige vaststellingen wordt door art. 33 Wegverkeerswet niet vereist dat de vlucht een aanvang neemt op de plaats waar het ongeval dat aanleiding tot de controle gaf, is gebeurd. Die vlucht kan aanvangen op de plaats waar de bevoegde agenten de verdachte kunnen aantreffen om tot de dienstige vaststellingen op zijn persoon over te gaan.

V.

Gelet op het bestreden vonnis, op 3 april 1992 in hoger beroep gewezen door de Correctionele Rechtbank te Brussel;

...

Over het middel:

Overwegende dat de appelrechters releveren dat de verbalisanten van de omstaanders ter plaatse van het ongeval vernamen dat de reeds naar het ziekenhuis overgebrachte eiser onder invloed van de drank scheen te zijn en dat zij zich onmiddellijk naar het ziekenhuis begaven ten einde zich te vergewissen van de toestand van eiser, hetgeen deel uitmaakt van de dienstige vaststellingen in verband met dit ongeval; dat zij verder zeggen dat de behandelende geneesheer aan de verbalisanten meedeelde dat eiser onder een vals voorwendsel de dienst had verlaten en dat eisers echtgenote aan de verbalisanten, die zich naar eisers huis hadden begeven, de toegang ontzegde onder de bewering dat eiser aan het slapen was;

Overwegende dat de appelrechters uit die omstandigheden wettig hebben kunnen besluiten dat eiser zich aan de dienstige vaststellingen onttrok;

Overwegende dat artikel 33 van de Wegverkeerswet voor het tot stand komen van vluchtmisdrijf ten einde zich aan de dienstige vaststellingen te onttrekken niet vereist dat de vlucht een aanvang neemt op de plaats waar het ongeval, dat aanleiding tot de controle gaf, is geschied; dat die vlucht kan aanvangen op de plaats waar de bevoegde agenten de verdachte kunnen aantreffen om tot de dienstige vaststellingen op zijn persoon over te gaan;

Dat het middel faalt naar recht;

...

NOOT – Zie in dezelfde zin Hof Antwerpen, 17 juni 1992, *R.W.* 1992-93, 194; Hof Antwerpen, 27 november 1992, *ib.*, 823.

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 4 MEI 1993

Voorzitter: de h. D'Haenens

Raadsheer-rapporteur: de h. Huybrechts

Openbaar ministerie: de h. Janssens de Bisthoven

Advocaat: mr. De Gryse

1. Recht van verdediging – Strafdossier – Samenstelling – 2. Hof van assisen – Voorzitter – Getuige – Vragen van de beschuldigde

1. Als de beklaagde ter gelegenheid van de procedure voor het onderzoeksgerecht kennis heeft kunnen nemen van de stukken die uit het strafdossier werden verwijderd en die stukken

weer werden neergelegd voor het vonnisgerecht en bij het strafdossier gevoegd, is het recht van verdediging van de beklaagde niet geschonden.

2. Het bij art. 319 Sv. aan de beschuldigde of zijn raadsman verleende recht om, bij monde van de voorzitter, aan de getuigen vragen te stellen, wordt beperkt door het recht en de plicht van de voorzitter en, in geval van betwisting, van het hof van assisen om overeenkomstig art. 270 Sv. te weigeren een vraag te stellen waarvan het onderzoek de debatten zou verlengen zonder hoop te geven op meer zekerheid omtrent de uitkomst, m.a.w. te weigeren een vraag te stellen die niet nodig is om de waarheid aan de dag te brengen.

Bij ontstentenis van conclusie dienaangaande is de voorzitter van het hof van assisen die, met toepassing van art. 270 Sv., weigert aan een getuige een vraag te stellen, niet gehouden de redenen van zijn weigering kenbaar te maken, noch vast te stellen dat de verzochte vraag de debatten zou verlengen zonder hoop te geven op meer zekerheid omtrent de uitkomst.

Van den D. t/ A. e.a.

Gelet op de bestreden arresten, namelijk:

I. het arrest, gewezen op 15 oktober 1992 door het Hof van Beroep te Antwerpen, kamer van inbeschuldigingstelling;

II. het arrest, gewezen op 20 februari 1993 door het Hof van Assisen van de provincie Antwerpen;

III. het arrest, gewezen op 22 februari 1993 door het Hof van Assisen van de provincie Antwerpen;

I. op de voorziening tegen het arrest op 15 oktober 1992 gewezen door het Hof van Beroep te Antwerpen, kamer van inbeschuldigingstelling;

(...)

Over het middel: schending van de artikelen 302 van het Wetboek van Strafvordering, 6.1 en 6.3.b van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950 en goedgekeurd bij de wet van 13 mei 1955, 14.1 en 14.3.b van het Internationaal Verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten, ondertekend te New York op 19 december 1966 en goedgekeurd bij de wet van 15 mei 1981, en van het algemeen rechtsbeginsel houdende het recht van verdediging,

doordat het arrest naar aanleiding van de verwijzing van eiser naar het hof van assisen heeft bevolen dat de stukken opgenomen in map IV, 1, 3 en 4, uit het strafdossier worden verwijderd; blijkt het arrest, de stukken welke werden verwijderd, het uittreksel uit het strafregister en het inlichtingenbulletin met betrekking tot François A. zijn, alsook een vroeger strafdossier ten laste van François A. dat regelmatig bij het strafdossier gevoegd was; het arrest in dit verband overweegt: «dat François A. bij beschikking van de raadkamer van Mechelen van 6 augustus 1992 buiten vervolging werd gesteld; dat een beschikking tot buitenvervolginstelling gefundeerd op een gemis aan voldoende bezwaren altijd een voorlopige beslissing is om reden dat er zich 'nieuwe bezwaren' kunnen voordoen; dat nochtans, wanneer er binnen de wettelijke termijnen geen rechtsmiddel aangewend is, zoals in casu, de feiten met betrekking tot de nominatief aangeduide verdachte niet bij het vonnisgerecht aanhangig gemaakt kunnen worden; dat de uit het strafdos-

sier te verwijderen stukken, zoals voornoemd, betrekking hebben op het gerechtelijk verleden van François A.; dat de gegevens van het centraal strafregister en het inlichtingsbulletin slechts tot doel hebben de hoven en de rechtbanken in te lichten over de identiteit en het gerechtelijk verleden van de beschuldigde of de verdachte, die naar het hof of naar de rechtbank wordt verwezen, ten einde die met kennis van zaken te laten oordelen over de eventueel aan de verwezene op te leggen strafsanctie, rekening houdende met zijn individuele persoonlijkheid en verleden (Hof Antwerpen, K.I., 9 april 1976, *R.W.*, 1976-77, 85); dat die gegevens aan de rechter ten gronde worden voorgelegd met betrekking tot de vervolgte personen en nooit met betrekking tot de niet vervolgte personen; dat het gaat om strikt persoonlijke gegevens zodat die, wanneer ze betrekking hebben op niet vervolgte personen, verwijderd moeten worden uit het dossier vooraleer die worden onderworpen aan het oordeel van de onderzoeks- of vonnisgerechten (Franchimont e.a., *Manuel de procédure pénale*, 583); dat een zelfde redenering geldt voor de dossiers die betrekking hebben op de veroordelingen opgenomen in het inlichtingsbulletin van een niet verwezene; dat aldus terecht zowel het strafregister, het inlichtingsbulletin als het bijgevoegde dossier ten laste van François A. met betrekking tot zijn voorheen opgelopen veroordeling, uit het strafdossier worden verwijderd; dat uit deze beslissing aangaande François A. ten aanzien van verdachte geen schending van de overigens niet op de onderzoeksgerechten van toepassing zijnde artikelen 6.1 en 6.3 E.V.R.M. kan volgen; dat noch het recht van verdediging van verdachte, noch het principe van gelijkheid van wapens, in het gedrang komen door de verwijdering van genoemde strikt persoonlijke gegevens, te meer daar uitsluitend deze gegevens en niet die van het deel van het gerechtelijk onderzoek met betrekking tot François A. verwijderd worden; dat, nu François A. buiten vervolging is gesteld, de rechter ten gronde niet meer te oordelen heeft over de met betrekking tot deze man ten laste gelegde feiten: dat derhalve de stukken in kwestie uit het dossier verwijderd worden en het tot de bevoegdheid van dit hof, kamer van inbeschuldigingstelling, behoort om zulks te bevelen».

terwijl, eerste onderdeel, het Wetboek van Strafvordering nergens aan een onderzoeksgerecht of vonnisgerecht de bevoegdheid toekent om de materiële verwijdering uit een strafdossier te bevelen van stukken die regelmatig bij dit strafdossier zijn gevoegd; dit ook geldt wanneer het gaat om stukken die formeel betrekking hebben op een andere persoon dan de beklaagde of beschuldigde, die niet wordt vervolgd; regelmatig bij een strafdossier gevoegde stukken niet uit de debatten kunnen worden geweerd, en a fortiori niet materialiter uit het dossier kunnen worden verwijderd; het arrest, door de verwijdering te bevelen van het strafregister en het inlichtingenbulletin van François A. enerzijds, en het toegevoegde vroegere strafdossier ten laste van François A. anderzijds, het recht van verdediging van eiser voor het onderzoeksgerecht heeft geschonden en tevens de mogelijkheden tot uitoefening van het recht van verdediging van eiser voor het vonnisgerecht heeft beperkt; het arrest derhalve, door de materiële verwijdering uit het dossier te bevelen van regelmatig bij dit dossier gevoegde stukken, het algemeen rechtsbeginsel houdend het recht van verdediging schendt;

tweede onderdeel, overeenkomstig artikel 302 van het Wetboek van Strafvordering, de raadsman van de beschuldigde

kennis kan nemen van alle stukken van het dossier; dit recht voor de verdediging een aspect is, enerzijds, van het algemeen rechtsbeginsel van het recht van verdediging en, anderzijds, van het recht op een eerlijk proces en het daarin vervatte beginsel van de gelijkheid der wapens, in de zin van artikel 6.1 E.V.R.M. en 14.1 I.V.B.P.R., en meer bepaald ook een toepassing uitmaakt van de artikelen 6.3.b E.V.R.M. en 14.3.b I.V.B.P.R., luidens welke een ieder die wegens een strafbaar feit wordt vervolgd, voldoende faciliteiten moet hebben voor de voorbereiding van zijn verdediging; eiser in zijn conclusie voor de kamer van inbeschuldigingstelling op gemotiveerde wijze deed gelden dat het behoud in het strafdossier van de stukken in verband met François A. van uitermate groot belang is ter vrijwaring van het recht van verdediging van eiser die de ten laste gelegde feiten ontkent, bij wijze van inlichting, teneinde op de juiste manier de verklaringen van François A. en diens familie te kunnen interpreteren: stukken welke dienstig zijn voor de verdediging in elk geval ter beschikking van de verdediging en de rechters dienen te blijven; de voorzitter van het hof van assisen vóór de zitting kennis moest kunnen nemen van het volledige dossier, met inbegrip van de door de kamer van inbeschuldigingstelling verwijderde stukken; het vonnisgerecht waarbij de zaak aanhangig wordt gemaakt, over een volledig dossier moet beschikken, teneinde de vrije uitoefening van het recht van verdediging gedurende de volledige debatten te kunnen vrijwaren; dit onder meer tot uiting komt bij de ondervraging van de getuigen en de beoordeling van de door de verdediging verzochte vragen; het recht op een eerlijk proces in de zin van de artikelen 6.1 en 6.3.b E.V.R.M. en 14.1 en 14.3.b I.V.B.P.R., alsook het recht van verdediging wordt geschonden wanneer de kamer van inbeschuldigingstelling overgaat tot de verwijdering van regelmatig gevoegde stukken uit een strafdossier, waarvan de beschuldigde bij conclusie op gemotiveerde wijze deed gelden dat ze dienstig zijn ter vrijwaring van zijn recht van verdediging voor het onderzoeksgerecht en voor het vonnisgerecht; het arrest derhalve, door de verwijdering van de litigieuze stukken uit het dossier te bevelen op grond dat het vonnisgerecht niet meer te oordelen heeft met betrekking tot de aan François A. ten laste gelegde feiten, het recht van verdediging voor het onderzoeksgerecht schendt en tevens de mogelijkheden tot uitoefening van het recht van verdediging voor het vonnisgerecht beperkt; ingevolge de beslissing van het arrest aldus ook het recht van verdediging en het recht op een eerlijk proces voor het vonnisgerecht in de zin van de artikelen 6.1 en 6.3.b E.V.R.M. en 14.1 en 14.3.b I.V.B.P.R. is aangetast (schending van alle in het middel aangehaalde wets- en verdragsbepalingen en van het vermelde algemeen rechtsbeginsel):

Overwegende dat de in het middel vermelde artikelen van het E.V.R.M. en het I.V.B.P.R. slechts betrekking hebben op de uitoefening van het recht van verdediging voor de vonnisgerechten en niet op de uitoefening van dit recht voor de onderzoeksgerechten;

Overwegende dat voor het overige blijkens de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, eiser ter gelegenheid van de procedure voor de kamer van inbeschuldigingstelling kennis heeft kunnen nemen van de stukken betreffende de identiteit en het gerechtelijk verleden, alsook van een vroeger strafdossier met betrekking tot en ten laste van de toen

nog medeverdachte François A. en tegenspraak heeft gevoerd op de vordering van de procureur-generaal strekkende tot verwijdering van die stukken en dat strafdossier bij de verwijzing van eiser maar het hof van assisen;

Dat mitsdien eiser ter gelegenheid van de procedure voor de kamer van inbeschuldigingstelling kennis heeft mogen nemen van alle stukken en zijn recht van verdediging voor het onderzoeksgerecht niet werd geschonden;

Overwegende dat tijdens de procedure voor het hof van assisen het openbaar ministerie ingevolge eisers verzoek de door hem bedoelde stukken en vroeger strafdossier weer heeft neergelegd en dat deze toen op bevel van de voorzitter van het hof van assisen bij het strafdossier ten laste van eiser werden gevoegd; dat uit de stukken waarop het Hof vermacht te slaan, niet blijkt dat eiser met betrekking tot die voeging enige schending van zijn recht van verdediging of van de beperking van de mogelijkheden tot uitoefening van dat recht heeft aangevoerd;

Dat eiser dan ook geen belang heeft bij het middel in zoverre het betrekking heeft op de beweerdde beperking door het bestreden arrest van de mogelijkheden tot uitoefening van zijn recht van verdediging voor het hof van assisen;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

En overwegende dat de substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven rechtsvormen in acht zijn genomen en de beslissing overeenkomstig de wet is gewezen;

II. Op de voorziening tegen het arrest op 20 februari 1993 door het Hof van Assisen te Antwerpen gewezen op de strafvordering tegen eiser;

Over het eerste en het tweede middel samen:

het eerste middel: schending van de artikelen 270 en 319 van het Wetboek van Strafvordering, 6.1 en 6.3.d van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950 en goedgekeurd bij wet van 13 mei 1955, 14.1 en 14.3.e van het Internationaal Verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten, ondertekend te New York op 19 december 1966 en goedgekeurd bij de wet van 15 mei 1981, en van het algemeen rechtsbeginsel houdend het recht van verdediging,

doordat de voorzitter van het hof van assisen tijdens het verhoor van de getuige Lucie L. verklaarde aan de getuige niet de vraag te willen stellen die door de verdediging was verzocht, namelijk «of deze getuige op de hoogte is of haar echtgenoot de feiten al dan niet bekend heeft aan derden tijdens het onderzoek — die vroeger hebben geleid tot zijn veroordeling»,

...

Overwegende dat het bij artikel 319 van het Wetboek van Strafvordering aan de beschuldigde of diens raadsman verleende recht om, bij monde van de voorzitter, aan de getuigen vragen te stellen, wordt beperkt door het recht en de plicht van de voorzitter en, in geval van betwisting, van het hof van assisen om overeenkomstig artikel 270 van dat wetboek te weigeren een vraag te stellen waarvan het onderzoek de debatten zou verlengen zonder hoop te geven op meer zekerheid omtrent de uitkomst, met andere woorden te weigeren een vraag te stellen die niet nodig is om de waarheid aan de dag te brengen;

Overwegende dat, bij ontstentenis van conclusie dienaangaande, de voorzitter van het hof van assisen die, met toe-

passing van artikel 270 van hetzelfde wetboek, weigert om aan een getuige een vraag te stellen, niet gehouden is de redenen van zijn weigering kenbaar te maken, noch vast te stellen dat de verzochte vraag de debatten zou verlengen zonder hoop te geven op meer zekerheid omtrent de uitkomst;

Overwegende dat uit de stukken waarop het Hof vermacht te slaan, niet blijkt dat eiser voor het hof van assisen de in de middelen vermelde grieven betreffende de beweerdde schending van het recht van verdediging heeft aangevoerd; dat die grieven niet voor het eerst voor het Hof kunnen worden aangevoerd;

Overwegende dat uit de omstandigheid dat de voorzitter van het hof van assisen heeft geweigerd aan de getuigen Lucie L. en Bobine Van H. de door de beschuldigde verzochte vragen te stellen, als vermeld in het eerste en het tweede middel, geen schending van het recht op een eerlijk proces valt af te leiden;

Dat de middelen niet kunnen worden aangenomen;

...

NOOT — *Over de verwijdering van stukken uit het strafdossier*

1. Even de gegevens op een rijtje gezet: naar aanleiding van de verwijzing naar het hof van assisen, beslist de kamer van inbeschuldigingstelling te Antwerpen bij arrest van 15 oktober 1992 dat de stukken betreffende het gerechtelijk verleden en een vroeger strafdossier ten laste van een buiten vervolging gestelde medeverdachte uit het strafdossier worden verwijderd.

Tijdens de procedure van het hof van assisen legt het openbaar ministerie, ingevolge het verzoek van de beschuldigde, deze stukken opnieuw neer en de voorzitter van het hof beveelt de voeging ervan bij het strafdossier.

2. Nu gebeurt het wel meer dat bepaalde stukken uit het strafdossier worden geweerd bij de regeling van de rechtspleging of zelfs nadat de zaak aanhangig is gemaakt bij het vonnisgerecht.

Daarbij rijst dan de vraag naar de regelmatigheid van dergelijke beslissingen, de bevoegdheid van de handelende magistraat en het bindend karakter van zulke beschikkingen.

Daar er geen wettelijke regeling bestaat, heeft het commentaar wel wat weg van een acrobatie in het luchtledige: de sierlijkheid van de salto's verbergt de broosheid van de redeneringen.

3. In geval van rechtstreekse dagvaarding heeft het openbaar ministerie het strafdossier samengesteld: de processen-verbaal die betrekking hebben op de zaak alsmede alle andere documenten zoals de aangifte, de klachten, het deskundig onderzoek en de overtuigingsstukken worden aan de strafrechter overgelegd.

Het staat het openbaar ministerie vrij ook andere gegevens, die geen rechtstreeks verband houden met het vervolgde misdrijf, ter inlichting aan de strafrechter te onderwerpen: geseponeerde zaken, afschriften van vonnissen of arresten waaruit vroegere veroordelingen blijken, fotokopieën van stukken uit andere strafdossiers, rechtspraak of doctrine.

4. Maar als de zaak eenmaal aanhangig is gemaakt door middel van een rauwelingsdagvaarding of de zaak aan de onderzoeksrechter is toevertrouwd, heeft het openbaar mi-

nisterie (evenmin trouwens als enig andere procespartij) geen bevoegdheid meer om een processtuk uit het strafdossier te verwijderen.

Door de dagvaarding zowel als door de vordering tot gerechtelijk onderzoek verliest het openbaar ministerie niet alleen zijn greep op de strafvervolgning, maar eveneens het meesterschap over het strafdossier dat aan de rechter is overgelegd.

5. Op zijn beurt legt de geadieerde onderzoeksrechter een strafdossier aan: uiteraard worden daarin de stukken die hem door het openbaar ministerie, door de verdachte of door de burgerlijke partij zijn overhandigd gebundeld. Maar ook andere documenten worden daaraan toegevoegd: de processen-verbaal van verhoor van de verdachte en van de getuigen, de apostilles gericht aan politie of rijkswacht, de aanstelling van deskundigen, de expertiseverlagen, de rogatoire commissies, uittreksels uit geboorteakten of overlijdensakten, de correspondentie met de raadslieden, e.d.

De procureur des Konings kan steeds vorderingen nemen in verband met de samenstelling van het strafdossier en in geval van betwisting zal de kamer van inbeschuldigingstelling zich met toepassing van art. 235 Sv. uitspreken over deze aangelegenheid.

6. Op verzoek van een van de partijen of zelfs van ambtswege kunnen de onderzoeksgerechten bepaalde stukken uit het strafdossier weren. Een dergelijke beslissing moet niet alleen met redenen worden omkleed, maar mag bovendien niet willekeurig zijn: m.a.w. slechts stukken die door nietigheid zijn aangetast of onrechtmatig verkregen bewijsmiddelen kunnen worden geweerd.

Het heeft geen belang of die stukken zijn neergelegd door het openbaar ministerie of door een van de andere procespartijen, of van ambtswege door de onderzoeksrechter zijn toegevoegd.

Het speelt ook geen rol of het onderzoeksgerecht de stukken uitdrukkelijk uit de debatten weert, ze daadwerkelijk uit het dossier verwijderd, ze nietig verklaart of vermeldt dat het er geen acht op slaat. De terminologie heeft geen belang: in beginsel zijn alle stukken die deel uitmaken van het strafdossier onderworpen aan het oordeel van de strafrechter en mag geen stuk zonder wettige reden onttrokken worden aan zijn beoordeling.

7. Weert nu het onderzoeksgerecht een bepaald stuk uit het strafdossier, dan heeft deze beslissing gezag van gewijsde en dan kan de vonnisrechter deze gegevens niet zonder meer opnieuw betrekken bij de beoordeling van de zaak.

De geweerde stukken maken geen deel meer uit van het strafdossier en bovendien is de vonnisrechter gebonden door de beslissing van het onderzoeksgerecht, zodat ze niet rechtsgeldig toegevoegd kunnen worden bij de behandeling van de zaak ter terechtzitting. Ze kunnen niet meer worden betrokken bij de beoordeling van de zaak.

8. Nu gebeurt het ook dat het onderzoeksgerecht, zoals te dezen, zonder enige reden van nietigheid aan te voeren, beslist dat bepaalde stukken uit het strafdossier mogen worden verwijderd.

Het gaat dan om gegevens betreffende het gerechtelijk verleden van buiten vervolging gestelde verdachten, strafbare feiten waarvoor er geen aanwijzingen van schuld tegen de betrokkene zijn vergaard, klachten betreffende onvoldoende gespecificeerde misdrijven e.d.

Het onderzoeksgerecht heeft kennis genomen van die stukken, ze werden zelfs betrokken bij de beoordeling, ze werden rechtsgeldig bij het dossier gevoegd, ze zijn niet aangetast door nietigheid, maar er wordt geoordeeld dat ze niet meer nodig zijn voor de verdere behandeling van de zaak.

9. Moeten we zo'n beslissing beschouwen als louter van administratieve aard? Is het een maatregel van inwendige orde? In elk geval is een dergelijke beschikking niet bindend voor de vonnisrechter. Dat blijkt trouwens uit het onderhavige cassatiearrest.

We hebben ons afgevraagd of het onderzoeksgerecht zijn bevoegdheid niet te buiten gaat als het de verwijdering van bepaalde stukken beveelt zonder zich te beroepen op de nietigheid ervan. Is de verwijzing eenmaal uitgesproken op grond van alle stukken die regelmatig aan de beoordeling werden onderworpen, dan kan het onderzoeksgerecht o.i. niet meer rechtsgeldig beslissen dat achteraf slechts een uitgedund strafdossier aan de feitenrechter zal worden overgelegd.

10. Uiteraard zal worden aangevoerd dat de verwijderde stukken geen betrekking hebben op de zaak zelf, dat ze zonder belang zijn voor de verdediging, dat ze geen nieuw licht werpen op de feiten of dat de beklaagde daaruit geen argumenten kon putten.

Als het openbaar ministerie of de vonnisrechter dergelijke argumenten aanvoeren om de verwijdering der stukken te rechtvaardigen en om de grieven van de beklaagde te weerleggen, dan stellen ze zich in de plaats van de verdediging, dan geven ze blijk van vooroordelen door de verwijderde stukken op hun bewijswaarde te toetsen, dan maken ze zich zelfs schuldig aan vooringenomenheid.

11. Het komt uitsluitend aan de verdediging toe zelf te oordelen of een bepaald stuk van belang is voor het voeren van haar verweer, voor het schragen van haar stellingen of voor het naar voren brengen van haar middelen.

Een of meer geseponeerde zaken kunnen aantonen dat er een bepaalde hetze bestaat tegen de beklaagde, dat hij het slachtoffer is van een twistzieke burgerlijke partij of dat zijn slechte reputatie eerder steunt op roddels dan op ernstige gegevens. Afgesplitste zaken kunnen wijzen op andere daders, waar de beklaagde niets mee heeft uit te staan.

Een strafblad van een buiten vervolging gestelde mededader kan de onbetrouwbaarheid van diens verklaringen schragen...

12. Het is duidelijk dat de vonnisrechter de grieven van de verdediging niet kan beoordelen zonder dat hem vooraf de uit het strafdossier verwijderde stukken opnieuw worden overgelegd.

We kunnen dan ook slechts onze instemming betuigen met de beslissing van de voorzitter van het hof van assisen om de betrokken stukken alsnog bij het dossier te voegen en in de debatten te betrekken.

Uit het onderhavige arrest blijkt nog maar eens hoe nauwkeurig het Hof van Cassatie toeziet op de eerbiediging van het recht van verdediging bij de samenstelling van het strafdossier.

Behoort het dan niet tot de taak van annotatoren slapende honden wakker te houden?

A. Vandeplas

RAAD VAN STATE

4e KAMER — 3 MAART 1992

Voorzitter : de h. Borret

Staatsraden : de h. Debrabandere en mevr. Bracke (rapporteur)

Auditeur : de h. Stevens

Advocaat : mr. Vercammen

Raad van State — Rechtspleging — Verzoekschrift — Aanvang van de termijn — Overheidsopdrachten — Offerteaanvraag — Beroep bij de Raad van State — Termijn

Uit art. 4, derde lid, van het procedurereglement volgt dat, wanneer een bekendmaking of betekening voorgeschreven is, de termijn voor het instellen van een annulatieberoep niet kan ingaan zolang die bekendmaking of betekening niet gebeurd is.

Bij de offerteaanvraag doet de in art. 46, § 3, van het K.B. van 22 april 1977 bedoelde kennisgeving de termijn van annulatieberoep tegen een beslissing houdende toewijzing van een opdracht ingevolge offerteaanvraag ingaan, maar die termijn wordt gestuit indien de uitgewonnen inschrijver, overeenkomstig art. 44, laatste lid, van hetzelfde K.B. de bevoegde overheid binnen een redelijke termijn om mededeling van de gemotiveerde beslissing verzoekt. In casu wordt die redelijke termijn op 60 dagen bepaald.

N.V. P. t/ Belgische Staat

Arrest nr. 38.907

Gezien het verzoekschrift dat de N.V. P. op 30 maart 1990 heeft ingediend om de vernietiging te vorderen van «de beslissing d.d. 21 februari 1989, nr. SAP 284, van de minister van Landsverdediging, waarbij haar inschrijving met betrekking tot de offerteaanvraag nr. SAP 842400 betreffende de levering van veldautoklaven niet in aanmerking werd genomen en de opdracht werd gegund aan de firma E.»;

...

1. Over de gegevens van de zaak

Overwegende dat de gegevens van de zaak kunnen worden samengevat als volgt :

1.1. Het Ministerie van Landsverdediging schrijft in 1988 een algemene offerteaanvraag uit voor de levering van veldautoklaven.

1.2. Blijkens het proces-verbaal van opening der inschrijvingen van 30 juni 1988 zijn acht inschrijvingen ingediend.

1.3. Volgens het verslag van gunning van 16 december 1988 zijn vijf inschrijvingen onregelmatig op administratief gebied en twee, waaronder die van de verzoekende partij, onregelmatig op technisch gebied. Voorgesteld wordt de werken te gunnen aan de enige regelmatige inschrijver, de N.V. E.

1.4. Bij aangetekende brief van 21 februari 1989 stelt het bestuur de verzoekende partij ervan in kennis dat haar inschrijving van 29 juni 1988 niet in aanmerking werd genomen en dat de goedkeuring van de inschrijving op 21 februari 1989 betekend werd aan de firma E.

1.5. Bij brief van 25 januari 1990 vraagt de verzoekende partij de mededeling van de gemotiveerde beslissing van de

verwerende partij, waaraan deze bij aangetekende brief van 2 februari 1990 gevolg geeft.

2. Over de ontvankelijkheid van het beroep

2.1. Overwegende dat de verwerende partij in haar memorie van antwoord opwerpt dat het beroep te laat is ingesteld en derhalve onontvankelijk is omdat de kennisgeving van de bestreden beslissing overeenkomstig artikel 46, § 3, van het koninklijk besluit van 22 april 1977 dateert van 21 februari 1989 en dat die betekening de termijn voor het instellen van een annulatieberoep een aanvang doet nemen ; dat zij voorts stelt dat het indienen van een verzoek tot mededeling van de gemotiveerde beslissing, overeenkomstig artikel 44, zevende lid, van voornoemd koninklijk besluit, de termijn voor het instellen van een vordering voor de Raad van State niet schorst en dat dit onbetwistbaar geldt wanneer de inschrijver om deze beslissing vraagt meer dan zestig dagen, *in casu* meer dan elf maanden na de kennisgeving van de bestreden beslissing ; dat het indruist tegen de rechtszekerheid dat een potentiële verzoeker, na kennis te hebben genomen van de toewijzingsbeslissing, willekeurig de aanvangsdatum van de termijn van het annulatieberoep naar eigen goeddunken kan uitstellen.

2.2. Overwegende dat de verzoekende partij betoogt dat haar verzoekschrift binnen zestig dagen na kennisneming van de gemotiveerde beslissing en derhalve tijdig is ingediend ; dat zij aanvoert dat, zelfs indien zij onmiddellijk na de mededeling van de toewijzingsbeslissing de gemotiveerde beslissing had gevraagd en gekregen, zij in die motivering nog niet de elementen van onwettigheid van de beslissing had vernomen, te weten het te hoog gewicht van het door de inschrijver aan wie de opdracht werd gegund, voorgesteld model ;

2.3.1. Overwegende dat uit artikel 4, derde lid, van het Besluit van de Regent van 23 augustus 1948 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling administratie van de Raad van State volgt dat, wanneer een bekendmaking of betekening is voorgeschreven, de termijn voor het instellen van een annulatieberoep niet kan ingaan zolang die bekendmaking of betekening niet is gebeurd ;

2.3.2. Overwegende dat, wat de gunning van opdrachten ingevolge offerteaanvraag betreft, de artikelen 44, laatste lid, en 46, § 3, van het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, luiden als volgt : «De keuze van de bevoegde overheid steunt op een gemotiveerde beslissing, die bij het dossier wordt gevoegd en ter kennis wordt gebracht van de inschrijvers die erom vragen. Deze laatsten mogen van die mededeling slechts in hun betrekkingen met de overheid gewag maken» (artikel 44, laatste lid) en «De inschrijvers van wie de offerte niet in aanmerking is genomen, worden hiervan in kennis gesteld» (artikel 46, § 3) ;

dat, zoals de Raad reeds in het arrest nr. 35.445 van 10 juli 1990 heeft gewezen, beide artikelen in hun onderlinge samenhang «zo moeten worden begrepen dat de in artikel 46, § 3, bedoelde kennisgeving de termijn van annulatieberoep tegen een beslissing houdende toewijzing van een opdracht ingevolge offerteaanvraag doet ingaan, doch dat die termijn wordt gestuit indien de uitgewonnen inschrijver, overeenkomstig artikel 44, laatste lid, de bevoegde overheid binnen een redelijke termijn om mededeling van de gemo-

tiveerde beslissing verzoekt»; dat deze opvatting nog steeds geldt;

2.3.3. Overwegende dat de in artikel 4, derde lid, van het procedurereglement voorgeschreven verjaringstermijn van zestig dagen werd ingesteld in het belang van de openbare orde en de rechtszekerheid en meer bepaald, zoals in het verslag bij het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 is gesteld, om te vermijden «dat de geldigheid der akten, reglementen of beslissingen gedurende onbepaalde tijd onzeker blijven naar gelang van de spoed welke de partijen aan de dag leggen om een beroep tot nietigverklaring in te stellen»; dat het waarborgen van de rechtszekerheid die artikel 4, derde lid, tot doel heeft niet toestaat dat een uitgewonnen inschrijver na ontvangst van de bij artikel 46, § 3, voorgeschreven kennisgeving zich een langere termijn dan de in het procedurereglement voorgeschreven verjaringstermijn van zestig dagen tot het instellen van een annulatieberoep toeëigent om met toepassing van artikel 44, laatste lid, de gemotiveerde beslissing te vragen; dat elke aanvraag buiten deze termijn niet als een redelijke termijn die de verjaringstermijn stuit, kan worden beschouwd; dat immers artikel 46, § 3, geenszins de mogelijkheid biedt de aanvangsdatum van de termijn van het annulatieberoep onbeperkt te verlengen;

2.3.4. Overwegende dat de verzoekende partij, met toepassing van artikel 46, § 3, met een brief van 21 februari 1989 ervan in kennis werd gesteld dat haar offerte niet in aanmerking is genomen; dat zij met een brief van 25 januari 1990, dit is elf maanden later, met toepassing van artikel 44, laatste lid, de gemotiveerde beslissing vraagt; dat, in acht genomen het sub 2.3.2 en 2.3.3 gestelde, die termijn niet als een redelijke termijn, die de stuiting van de verjaringstermijn met zich meebrengt, kan worden beschouwd; dat het argument van de verzoekende partij dat in de gemotiveerde beslissing niet de elementen van de beweerde onwettigheid zijn terug te vinden, niet als verschoning kan gelden voor het laattijdig verzoek om ervan in kennis te worden gesteld; dat dientengevolge het beroep ingesteld op 30 maart 1990 laattijdig en dus onontvankelijk is;

...

NOOT – De spiegeling van de redelijke termijn aan de 60-dagenregeling

Omdat zekerheid en vastheid in het maatschappelijk verkeer vereisen dat de rechtmatigheid van administratieve toestanden niet onbeperkt in de tijd door een onbeperkt aantal personen zou kunnen worden betwist, gelden vrij korte beroepstermijnen voor de aanvechting van administratieve rechtshandelingen voor de Raad van State.

Er zijn drie mogelijke uitgangspunten voor de aanvang van de termijn tot aanvechting van administratieve rechtshandelingen: de bekendmaking, de betekening en, bij gemis van verplichting van bekendmaking of betekening, de loutere kennis die de verzoekende partij van het aan te vechten besluit heeft.

De formele motiveringsplicht van administratieve rechtshandelingen, die door de wet van 29 juli 1991 algemeen is geworden, heeft de uitgangsdatum voor de aanvechting beïnvloed. Reeds vóór de wet van 29 juli 1991 had de Raad van State beslist dat, als door een bijzonder voorschrift de formele motiveringsplicht is opgelegd, de administratieve rechtshandeling slechts regelmatig is aangezegd, indien ook

de motivering wordt meegedeeld aan degene aan wie het besluit ter kennis moet worden gebracht (R.v.St., nr. 19.679, 6 juni 1979).

Voor de offerteaanvragen heeft art. 44, zevende lid, van het K.B. van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten een bijzondere regeling uitgewerkt, die in het geannoteerde arrest in herinnering is gebracht.

Art. 44, zevende lid, van het vermeld K.B. bepaalt echter niet binnen welke termijn de uitgewonnen inschrijver om de gemotiveerde beslissing van de bevoegde overheid moet vragen, noch binnen welke termijn de bevoegde overheid moet antwoorden.

In het arrest nr. 25.748 van 18 oktober 1985 heeft de Raad van State vastgesteld dat de verzoekende partij bij brief van 15 juli 1983 ervan in kennis was gesteld dat haar inschrijving niet in aanmerking was genomen en dat zij pas op 21 september 1983 navraag had gedaan naar de redenen die aan de beslissing ten grondslag lagen. Het op 9 december 1983 ingediende verzoekschrift tot nietigverklaring werd wegens tardiviteit van de vordering onontvankelijk verklaard. Uit de termen van het arrest kan worden afgeleid dat de Raad van State zich niet duidelijk heeft uitgesproken over de redelijkheid van de in acht te nemen termijn.

Een uitdrukkelijke verwijzing naar de verplichting om een redelijke termijn na te leven vindt men terug in het arrest nr. 35.445 van 10 juli 1990.

Het belang van de thans gepubliceerde uitspraak bestaat hierin dat de Raad van State nu de redelijke termijn voor de verzoekende partij doet samenvallen met de termijn van zestig dagen die doorgaans geldt voor het inleiden van verzoekschriften bij de Raad van State.

Het geannoteerde arrest heeft betrekking op een beslissing die werd genomen vóór de invoering van de wet van 21 juli 1991 op de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen. Thans moet inderdaad de vraag worden gesteld wat het verband is tussen de bepalingen van de artt. 44 en 46 van het K.B. van 22 april 1977 en de wet van 29 juli 1991. Dit verband werd onderzocht in het arrest nr. 40.933 van 3 november 1992. De wet van 29 juli 1991 wijzigt niets ten aanzien van de regels die bepalen wanneer de kennisgeving wel of niet is vereist en doet aldus geen afbreuk aan de wets- en verordeningbepalingen die een bijzondere specifieke regeling bevatten inzake de kennisgeving van de gemotiveerde beslissing. Voor de kennisgeving van de gemotiveerde beslissing betreffende de keuze van de voordeligste offerte heeft het K.B. van 22 april 1977 een bijzondere regeling uitgewerkt die erin bestaat dat met toepassing van art. 46, § 3, de inschrijvers van wie de offerte niet in aanmerking is genomen, hiervan in kennis worden gesteld en dat alsdan, krachtens art. 44, laatste lid, de gemotiveerde beslissing ter kennis wordt gebracht van de inschrijvers die erom vragen. De eerstgenoemde bepaling houdt dus geen verplichte kennisgeving aan alle uitgewonnen inschrijvers in. De laatstgenoemde bepaling beperkt de verplichte kennisgeving van de motieven van de beslissing tot die inschrijvers die van hun interesse doen blijken om de motieven die tot de keuze van de meest voordelige offerte hebben geleid, te kennen. Een inschrijver die na ontvangst van de in art. 46, § 3, bedoelde kennisgeving inert blijft en het niet nodig vindt om binnen een redelijke termijn de gemotiveerde beslissing te vragen, ondanks het bestaan van een specifieke regeling daarom-

trent, kan bezwaarlijk een beroep doen op de wet van 29 juli 1991 om de schending van de formele motiveringsplicht aan te voeren op grond van het feit dat hij niet in kennis werd gesteld van de gemotiveerde beslissing.

De combinatie van bovenstaand arrest met dat van 3 november 1992 is bepalend voor de termijnregeling van de aanvechting van overheidsopdrachten die worden gegund op basis van een offerteaanvraag, waarbij tevens het verband moet worden gelegd met de wet van 29 juli 1991.

Prof. dr. W. Lambrechts

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

13e KAMER – 4 JANUARI 1993

Voorzitter : de h. Libert

Advocaat : mr. Smets

Beslag en executie – Bewarend beslag op onroerend goed – Pauliaanse vordering

Een schuldeiser kan in de regel alleen beslag leggen op de goederen die de debiteur toebehoren. Wanneer de debiteur een gedeelte van zijn vermogen vervreemdt met bedrieglijke miskenning van de rechten van zijn schuldeisers en de derde op de hoogte is van dit bedrog, kan op die goederen bewarend beslag worden gelegd.

N.V. S.

Overwegende dat het verzoek van appellante strekt tot machtiging tot het leggen van bewarend beslag op een onroerend goed;

Overwegende dat uit de aangehaalde feiten en de neergelegde stukken blijkt dat het geval spoedeisend is;

Overwegende dat de schuldvordering van appellante zeker en opeisbaar voorkomt, en vatbaar is voor een voorlopige raming; dat de schuldvordering voortspuit uit kredietopeningen van 8 januari 1990 en 2 april 1990 respectievelijk ten bedrage van 10.000.000 en 50.000.000 frank, telkens met inpalping van de handelszaak gelegen te (...);

Overwegende dat het verzoek door de eerste rechter werd afgewezen omdat het onroerend goed geen eigendom zou zijn van de schuldenaar;

Overwegende dat het verzoek van appellante geen betrekking heeft op heel het onroerend goed, maar alleen op «het gebouw opgericht op de grond staande en gelegen te (...)» en dus niet op de grond zelf;

Overwegende dat het verzoek klaarblijkelijk het recht van opstal beoogt dat door de N.V. G. ten voordele van appellant debiteur, de N.V. H., werd gevestigd;

Overwegende dat het recht van opstal een tijdelijk onroerend eigendomsrecht is dat kan worden verkocht, met hypotheek bezwaard of in beslag genomen, met dien verstande dat het beslag en de rechten van de eventuele koper zich in de tijd niet verder kunnen uitstrekken dan het oorspronkelijk recht van opstal;

Overwegende dat, luidens de door appellant neergelegde stukken, de N.V. H. op 21 januari 1992 «eenvoudig» afstand deed van haar recht van opstal; dat daarbij werd verklaard

dat de N.V. G. ingevolge het recht van natrekking, eigenaar werd van de door de N.V. H. opgerichte gebouwen;

Overwegende dat de schuldeisers in de regel alleen beslag kunnen leggen op de goederen die de debiteur toebehoren;

Overwegende dat – wanneer de debiteur het geheel of een deel van zijn vermogen vervreemdt met bedrieglijke miskenning van de rechten van zijn schuldeisers, – bewarend beslag kan worden gelegd op de aldus vervreemde goederen c.q. rechten; dat daarbij niet vereist is dat de derde-verkrijger eveneens met bedrieglijk opzet handelde; dat het voldoende is dat hij op de hoogte was van het bedrog van de debiteur;

Overwegende dat de N.V. H. klaarblijkelijk zonder enige tegenprestatie, afstand deed van het recht van opstal, betreffende het gebouw waarin haar in pand gegeven handelszaak was gevestigd: dat de N.V. H. luidens het verzoekschrift, op 29 juli 1992 failliet werd verklaard, – d.i. amper zes maanden na de bewuste afstand;

Overwegende dat aangenomen dient te worden dat de N.V. H. het recht van opstal afstond, met het bedrieglijk oogmerk zich onvermogen te maken en dat de N.V. G. dit bedrieglijk oogmerk kende;

Overwegende dat het bewarend beslag derhalve dient te worden toegelaten;

Overwegende dat appellante vraagt beslag te mogen leggen voor een provisioneel bedrag van 12.000.000 frank; dat dit bedrag, gelet op de omvang van de kredietopeningen, niet overdreven voorkomt;

...

NOOT – Bewarend beslag en kantmelding van de pauliaanse vordering

1. De *actio pauliana* is niet alleen examenstof voor studenten verbintenissenrecht; ze is bovenal een efficiënte rechtsovername die in de praktijk – ook buiten faillissement – frequent wordt ingesteld, zeker in economisch benarde tijden waar debiteuren wel eens geneigd zijn diep in de trukendoos te tasten om aan het verhaalsrecht van hun schuldeisers te ontsnappen.

Door middel van die vordering kan een schuldeiser opkomen tegen rechtshandelingen door zijn debiteur verricht met bedrieglijke miskenning van zijn rechten. De gewraakte rechtshandeling tussen de debiteur en de medeplichtige derde kan hem dan niet worden tegengeworpen. Betreft de paulineuse rechtshandeling bijvoorbeeld de vervreemding van een bepaald goed, dan heeft de met succes ingestelde pauliaanse vordering tot gevolg dat dit vermogensbestanddeel terugkeert naar het vermogen van de debiteur waar het verder blootstaat aan het verhaalsrecht van de schuldeiser.

2. Het is nu echter denkbaar dat de derde-medeplichtige het goed inmiddels reeds heeft doorverkocht of dat hij er bepaalde zakelijke (bv. hypotheek) of persoonlijke rechten (bv. huur) op heeft verleend. Algemeen wordt aangenomen dat rechten door derden te goeder trouw op de goederen (onder bezwarende titel) verkregen, moeten worden geëerbiedigd (De Page, *Traité*, III, 280, nr. 242; Vandeputte, R., *De overeenkomst*, Brussel, 1977, 364; anders: Laurent, *Principes*, XVI, 539, nrs. 465 e.v.; Frankrijk: *Encycl. Dalloz*, tw. «Action paulienne», nr. 64; Demogue, *Traité*, VII, 477, nr. 1094; Malaurie, P. en Aynes, L., *Les obligations*, Parijs, 1992, 577, nr. 1037). De onderverkrijger of de hypothecaire

schuldeiser kunnen slechts worden verontrust wanneer hun medeplichtigheid wordt aangetoond (voor de hypothecaire schuldeiser: Cass., 16 mei 1890, *Pas.*, 1890, I, 210; Cass., 6 november 1902, *Pas.*, 1903, I, 25; recent: Rb. Brussel, 10 september 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 1543). De pauliaanse vordering is immers een persoonlijke vordering gebaseerd op het leerstuk der onrechtmatige daad. Wanneer derhalve aan de onderverkrijger niets verweten kan worden, kan niet worden ingezien waarom zijn belangen moeten worden opgeofferd aan die van de schuldeiser.

Die oplossing strookt eveneens met de vertrouwensleer. De derde die te goeder trouw handelde met een slechts in schijn gerechtigde eigenaar, wordt beschermd. Die derde is overigens ten volle beschermenswaard. In het conflict tussen de derde te goeder trouw en de schuldeiser die aan zijn debiteur ten onrechte vertrouwen heeft geschonken door met hem in zee te gaan, moet ongetwijfeld de voorkeur worden gegeven aan eerstgenoemde. Kan de werking van de pauliana ten aanzien van onderverkrijgers dus evengoed vanuit de vertrouwensleer worden verklaard, dan moet wel de aantekening worden gemaakt dat de heersende mening in ons land afwijzend staat tegenover de toepassing van de vertrouwensleer in verband met onroerende goederen. In Frankrijk heeft daarentegen de theorie van de «*propriété apparente*» wel vaste voet gekregen (o.m. Leroux, E., «*Recherche sur l'évolution de la théorie de la propriété apparente dans la jurisprudence*», *Rev.trim.dr.civ.*, 1974, 509-556).

Volledigheidshalve zij vermeld dat de bescherming van de onderverkrijging niet geldt bij de faillissementspauliana. Daar wordt overwegend aangenomen dat de «nietigheid» van art. 445 Faill.W. werkt *in rem* en niet *in personam*, derwijze dat ze steeds de onderverkrijger treft ook al is die te goeder trouw (zie nader: Mahaux, J., «*L'action paulienne et les nullités de la période suspecte*», *R.C.J.B.*, 1989, (317), 338-339, nr. 42; voor Frankrijk: Cass.fr., 17 december 1985, *D.*, 1986, *Jur.*, 101, met noot Derrida).

3. Welke maatregelen kan de schuldeiser nu nemen om het succes van zijn vordering in de toekomst veilig te stellen. In de eerste plaats kan de schuldeiser op het betrokken goed een bewarend beslag leggen. De mogelijkheid van zo'n paulianabeslag wordt in het geannoteerde arrest terecht erkend. Dit bewarend beslag strekt dan tot zekerheid van de schuldvordering die de beslaglegger heeft op zijn debiteur. Het wordt echter gelegd op een goed dat zich alsnog in het vermogen van een derde bevindt. De beslaglegger mag immers op grond van art. 1167 B.W. de tegenwerpbaarheid van deze eigendomsoverdracht bestrijden, zodat het goed verder aan zijn verhaalsrecht wordt blootgesteld (*A.P.R.*, tw. *Beslag*, 19, nr. 26. In Nederland wordt sinds de invoering van het N.B.W. het zgn. «paulianabeslag» uitdrukkelijk erkend in art. 747 Rv.; voorheen reeds: H.R., 8 november 1985, *N.J.*, 1987, nr. 170, met noot WLH).

De eerste rechter die het verzoek tot het leggen van zo'n beslag had afgewezen, is klaarblijkelijk overstag gegaan voor de hypothecaire publiciteit. Een beslag zou alleen mogelijk zijn op goederen waarvan de debiteur als eigenaar te boek staat in de registers van de hypotheekbewaarder. Deze opvatting is onjuist. De eigendomsaanduiding zoals die blijkt uit de registers van de hypotheekbewaarder, is niet onaanastbaar. In ons zgn. «negatief» systeem worden eventuele gebreken waarmee de titel is behept, door de overschrijving van de akte niet geheeld. De schuldeiser die de pauliana in-

stelt, vecht nu juist de geldigheid van de eigendomsoverdracht aan derwijze dat het goed onverminderd dient te worden beschouwd als onderdeel van het vermogen van zijn debiteur.

Voor het verlenen van de machtiging tot het leggen van een bewarend beslag ter ondersteuning van een pauliaanse vordering dient de beslagrechter dus twee aspecten te onderzoeken. In de eerste plaats moet de beslaglegger, zoals voor onverschillig welk bewarend beslag, beschikken over een zekere en opeisbare vordering op zijn debiteur (cf. artt. 1413 e.v. Ger.W.). Vervolgens dient de rechter de merites van de aangevoerde pauliaanse vordering te onderzoeken. De vervulling van de vereisten van art. 1167 B.W. moeten aan een marginale toetsing kunnen weerstaan. Zowel het geannoteerde arrest als het elders in dit nummer opgenomen arrest van het Hof van Beroep te Gent van 22 juni 1993 leveren goede illustraties van die toetsing. Deze beoordeling doet uiteraard geen afbreuk aan de latere beslissing van de bodemrechter.

Wordt de pauliaanse vordering uiteindelijk door de rechter ingewilligd en beschikt de schuldeiser inmiddels over een uitvoerbare titel op zijn debiteur, dan kan het bewarend beslag worden omgezet in een uitvoerend beslag.

4. Heeft de actio pauliana betrekking op onroerende goederen en is de vordering reeds ingesteld, dan kan een soortgelijke bescherming worden verkregen door de melding van de dagvaarding op de kant der overschrijving van de titel van verkrijging. Deze *kantmelding* is overigens verplicht: de pauliaanse vordering wordt gelijkgesteld met een vordering strekkende tot vernietiging of herroeping in de zin van art. 3 Hyp.W. (De Page, *Traité*, VII, 982, nr. 1090; Dekkers, *Handboek*, I, 789, nr. 1500; Laurent, *Principes*, XXIX, 249, nr. 214; Kluyskens, *Voorrechten en hypotheeken*, Gent, 1951, 34; Genin, E., *Traité des hypothèques et de la transcription*, in *Rép.Not.*, X, 279, nr. 506; Cass., 11 juni 1863, *B.J.*, 1863, 839). Door De Page wordt echter gepreciseerd dat die gelijkstelling niet zozeer de aard van de vordering betreft, doch veeleer haar gevolgen. De actio pauliana is, zoals gezegd, immers een persoonlijke vordering die haar grondslag vindt in het leerstuk van de onrechtmatige daad. De niet-tegenwerpbaarheid van de gewraakte rechtshandeling, m.a.w. het herstel in natura, is dan alleen maar een gevolg van de toewijzing van de vordering.

Wat is nu de juiste draagwijdte van de bescherming van de kantmelding tegen latere vervreemdingen of hypotheekvestingen? In Frankrijk, waar de pauliana aan een soortgelijke bekendmaking is onderworpen (art. 28, 4°, c, decreet van 4 januari 1955), kan de schuldeiser aan die publiciteit geen bijzondere bescherming ontnemen. De publiciteit strekt slechts tot waarschuwing van de derden, maar kan er niet toe leiden dat hun rechten worden beperkt. De Franse wet kent nl. geen algemene regel van niet-tegenwerpbaarheid zoals in ons art. 4 Hyp.W. De boven uiteengezette principes die de pauliana beheersen, vinden dus onverkort toepassing. Aldus wordt aangenomen dat een latere vervreemding of hypotheekvestiging tegenwerpbaar blijven, behoudens als de medeplichtigheid van de onderverkrijger c.q. van de hypothecaire schuldeiser wordt aangetoond (voor de hypotheekvestiging: Cass.fr., 25 januari 1983, *Bull.civ.*, 1983, III, nr. 25, *Rev.trim.dr.civ.*, 1983, 1217, met bespreking Aubert).

Deze oplossing past echter niet in ons systeem van hypothecaire publiciteit (art. 4 Hyp.W.). Door de kantmelding

wordt de eiser beschermd tegen latere beschikkingshandelingen: deze kunnen hem niet tegengeworpen worden. Heeft de grond van herroeping of vernietiging terugwerkende kracht, dan komen luidens art. 4 Hyp.W. ook anterieure beschikkingshandelingen in de verdrukking. Deze uitbreiding van de gevolgen van de kantmelding tot vroegere beschikkingshandelingen is hier echter niet verantwoord. De pauliaanse vordering is immers niet naar haar aard, maar alleen wat de gevolgen betreft een vordering in de zin van art. 3 Hyp.W. Anterieure beschikkingshandelingen (d.w.z. vericht vóór de kantmelding) blijven derhalve overeind behoudens bedrog. Ook deze oplossing strookt wederom met de vertrouwensleer.

5. Anders dan het bewarend beslag is de kantmelding niet aan enige voorafgaande rechterlijke controle onderworpen. Het gaat hier immers om een eenzijdige daad van de schuldeiser waardoor het betrokken goed in feite onbeschikbaar wordt. Het is derhalve denkbaar dat een schuldeiser overgaat tot de kantmelding van een lichtzinnig ingestelde pauliaanse vordering. De belanghebbende kan echter steeds tegen zo'n chicaneuse kantmelding in rechte opkomen.

Eric Dirix

BURGERLIJKE RECHTBANK TE TURNHOUT

3e KAMER – 4 MEI 1992

Rechter: de h. Cauwenbergh

Advocaten: mrs. Brouwers en Wuyts

Advocaat – Aansprakelijkheid – Nalaten cliënt op de hoogte te brengen van de termijn waarbinnen opmerkingen aan een deskundige moeten worden meegedeeld – Nalaten tijdig ten gronde te dagvaarden – Schade – Verlies van redelijke kans op inwilliging van vordering

Het behoort tot de informatieplicht van de advocaat zijn cliënt te wijzen op de naleving van de termijn waarbinnen opmerkingen op een ontwerp van deskundigenverslag moeten worden meegedeeld aan de deskundige. Door dit na te laten heeft de advocaat een professionele fout begaan.

Een advocaat die van zijn cliënt de opdracht heeft gekregen een aansprakelijkheidsvordering in te stellen tegen een aannemer en een loodgieter, maar zich beperkt tot het laten dagvaarden in kort geding en het bijwonen van de expertiseverrichtingen, en nalaat ten gronde te laten dagvaarden vóór het verstrijken van de tienjarige termijn van de artikelen 1792 en 2270 B.W., begaat een professionele fout.

De door de cliënten geleden schade bestaat in het verlies van de redelijke kans die zij hadden om hun aansprakelijkheidsvordering ingewilligd te zien

Van M. en M. t/ X

Gezien de inleidende dagvaarding van 3 mei 1990 van het ambt van plaatsvervangend gerechtsdeurwaarder X, loco Y, gerechtsdeurwaarder te Turnhout, ertoe strekkende betaling te bekomen van een bedrag van 278.434 frank, bedrag te verhogen of te verlagen in de loop van het geding en te

vermeerderen met de interesten, wegens schade, geleden door een beroepsfout van verweerder.

Gehoord partijen in hun middelen en besluiten, ter zitting van 23 maart 1992.

De vordering werd regelmatig gesteld en de ontvankelijkheid ervan wordt niet betwist.

Op 3 augustus 1983 ging verweerder, als raadsman van eisers, over tot dagvaarding in kort geding van de aannemer van de ruwbouwwerken van de woning van eisers en van de aannemer van het sanitair, aangezien eisers te kampen hadden met ernstige waterinsijpelingen. Bij beschikking van de voorzitter van deze rechtbank van 6 oktober 1983 werd de heer Vander L. als deskundige aangesteld. Op 2 maart 1984 deelt de deskundige zijn verslag mee aan de raadslieden van partijen, met verzoek eventuele opmerkingen mee te delen vóór 1 april 1984. Op 20 maart 1984 zond verweerder, op zijn beurt, het verslag aan eisers, met verzoek hem het verslag terug te bezorgen «samen met uw eventuele op- of aanmerkingen». Daar de deskundige geen opmerkingen ontving, legde hij op 22 mei 1984 zijn verslag neer ter griffie. Op 3 augustus 1984 deelden eisers hun opmerkingen mee aan verweerder. Van toen af heeft verweerder klaarblijkelijk niets meer in de procedure ondernomen, ondanks het aandringen van eisers, zoals dit blijkt uit de volgende overgelegde briefwisseling:

– Bij schrijven van 10 januari 1985 informeerden eisers naar de stand van zaken en vroegen expliciet of er onder-tussen gedagvaard was.

– Bij schrijven van 9 oktober 1985 deelde verweerder zijn cliënten met «Deze zaak staat thans op 14 november voor de Rechtbank van Eerste Aanleg te Turnhout», hetgeen later onjuist zal blijken te zijn.

– Bij schrijven van 20 januari 1986 en 12 februari 1987 informeerden eisers opnieuw naar de stand van zaken en drongen zij aan op een spoedige afwikkeling.

– Op 6 maart 1987 vorderde de deskundige bij eisers het saldo van zijn honorarium en toen bleek dat de deskundige nooit briefwisseling met aanmerkingen had ontvangen.

– Bij schrijven van 13 november 1987 informeerden eisers ten slotte bij verweerder een laatste maal.

In rechte

De beroepsaansprakelijkheid van een advocaat is van contractuele aard. Ten onrechte stelt verweerder dat zijn mandaat niet bewezen is en dat evenmin bewezen is dat hem een opdracht werd verleend.

Het geheel van de neergelegde briefwisseling toont duidelijk aan dat aan verweerder opdracht werd gegeven tot het instellen van een procedure tegen aannemer en loodgieter, tot het verkrijgen van een schadevergoeding, doch dat verweerder zich beperkt heeft tot het uitbrengen van een dagvaarding in kort geding en het bijwonen van de expertiseverrichtingen.

Het schrijven van 20 maart 1984 van verweerder toont verder afdoende aan dat hij nagelaten heeft zijn cliënten de vervaldatum voor de opmerkingen aan de deskundige mee te delen. In dit schrijven werd enkel gevraagd naar eventuele opmerkingen, zonder vermelding van een einddatum. Volgens de inhoud van dit schrijven, was slechts ingesloten het verslag van de deskundige en een factuur voor herstelling, en niet het schrijven van de deskundige zelf, met vermelding

van de einddatum voor eventuele opmerkingen, zoals verweerder thans wil beweren.

Verweerder bewijst evenmin dat hij eisers verschillende malen naar eventuele opmerkingen gevraagd heeft ter gelegenheid van wekelijkse extra-professionele ontmoetingen. Tussen de verzending van het verslag op 20 maart 1984 en de einddatum voor opmerkingen, namelijk 1 april 1984, zit trouwens amper een tijdspanne van tien dagen, zodat de desbetreffende bewering als dusdanig reeds ongeloofwaardig is.

Verweerder had trouwens, indien de termijn te kort uitviel, een verlenging van de termijn kunnen vragen aan de deskundige, wat hij evenmin gedaan heeft, of desnoods, zelfs bij de procedure ten gronde, de gemaakte opmerkingen kunnen onderwerpen aan het oordeel van de rechtbank, wat niet meer mogelijk is (zie *infra*).

Het behoort tot de informatieplicht van de advocaat, zijn cliënt te wijzen op de naleving van bepaalde termijnen. Door na te laten zijn cliënten te verwittigen van de einddatum, voor het meedelen van opmerkingen aan de deskundige, maakte verweerder zich schuldig aan een beroepsfout.

De voornaamste fout die verweerder evenwel maakte, was dat hij naliet tijdig te dagvaarden ten gronde.

Verweerder stelt in de eerste plaats dat het niet bewezen is dat het onmogelijk was om nog een procedure, op grond van de tienjarige aansprakelijkheid, in te leiden.

Eisers brengen inderdaad geen proces-verbaal van oplevering voor, terwijl er volgens verweerder, nooit een oplevering gebeurde.

Het is evenwel niet betwist dat de woning gebouwd is in 1976 en betrokken begin 1977.

Derhalve was de tienjarige termijn, sedert de inbezitneming, ruim overschreden.

Het feit dat verweerder wel duidelijk opdracht gekregen had om te dagvaarden, blijkt niet alleen uit diverse brieven van eisers, maar ook uit de brieven van verweerder zelf, namelijk:

– zijn schrijven van 9 oktober 1985, waarin hij een fictieve datum uit de lucht grijpt waarop de zaak vastgesteld zou zijn;

– zijn schrijven van 13 februari 1986, waarin hij stelt dat, ondanks het feit dat hij te maken heeft met een tegenstrever die de zaak op alle mogelijke manieren tracht te rekken, hij al het mogelijke zal doen om de zaak zo spoedig mogelijk af te handelen.

Uit die brieven blijkt duidelijk dat verweerder niet alleen opdracht had om de procedure ten gronde door te voeren, maar bovendien dat hij zijn cliënten in de waan liet dat deze procedure hangende was.

Dat verweerder geprovisioneerd was, blijkt uit de neergelegde stukken.

Verweerder diende ervoor te zorgen dat de vordering werd ingesteld, voordat verjaring intrad.

Door niet tijdig over te gaan tot dagvaarding, kwam verweerder de door hem opgenomen resultaatsverbintenis niet na.

Ook door eisers in de waan te laten dat er tijdig gedagvaard was en de procedure hangende was, beging verweerder ontegenzeggelijk een beroepsfout.

Verweerder dient dan ook aansprakelijk te worden gesteld voor de door zijn fouten veroorzaakte schade.

De schade

Inzake contractuele aansprakelijkheid, dient de schuldenaar alleen de schade te vergoeden, die redelijkerwijze kon worden voorzien op het ogenblik van het aangaan van het contract. Alleen de voorzienbare schade dient te worden vergoed (artikel 1150 Burgerlijk Wetboek).

De schade voor eisers bestaat in casu in het verlies van een kans om de vordering tegen hun aannemers ingewilligd te zien.

Schade wegens verlies van een kans komt slechts voor vergoeding in aanmerking in de mate waarin ze voldoende zeker is, dit wil zeggen indien er een voldoende graad van waarschijnlijkheid aanwezig is dat, zonder de fout, de kans zich zou hebben gerealiseerd.

Er kan bij voorbaat nooit bepaald worden welk gevolg een procedure zal kennen.

Deze rechtbank hoeft zich dan ook niet in de plaats te stellen van de rechter, die normalerwijze uitspraak had moeten doen over de betreffende vordering, doch moet enkel onderzoeken of er een voldoende, ernstige kans bestond dat de ter zake bevoegde rechter de vordering gegrond zou verklaren (E. Dirix, *Het begrip schade*, 85, nr. 125; Hof Gent, 26 februari 1981, *R.W.*, 1982-83, 439).

Uit het deskundig verslag blijkt dat de oorzaak van de waterinfiltraties te wijten was aan een onvolkomenheid der soudure; de deskundige adviseert hierbij te kosten te verdelen op basis van fifty/fifty.

Derhalve dient aangenomen te worden dat eisers een redelijke kans hadden om te slagen in hun vordering.

De begroting van de economische waarde van de verloren kans is afhankelijk, enerzijds van het voordeel dat verwacht mocht worden, indien de eis gegrond verklaard zou zijn en anderzijds, van de mogelijkheid van verwezenlijking van de kans.

Rekening houdende met de begroting van de schade door de deskundige op 46.949 frank, dient aangenomen te worden dat er weinig kans bestond dat de rechtbank de volledige schadeëis, zoals deze thans wordt uiteengezet, gegrond zou hebben verklaard.

Anderzijds zou er wel een aannemelijke kans hebben bestaan dat de vordering tot betaling van gerechtskosten en expertisekosten, toegekend zou zijn.

Daar het niet mogelijk is om de schade op exacte wijze te ramen, mede rekening houdend met het feit dat het gaat om het verlies van een kans, past het *ex aequo et bono*, aan eisers een vergoeding toe te kennen van 100.000 frank.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (3e Kamer), 14 september 1992

Vonnissen en arresten – Appelrechter die ambtshalve de rechterlijke macht onbevoegd verklaart om kennis te nemen van het geschil – Schending van de artt. 774, tweede lid, en 1042 Ger.W. en van het recht van verdediging

Het bestreden arrest (Arbh. Brussel, 21 december 1990) wordt om de volgende redenen vernietigd:

«Overwegende dat krachtens artikel 774, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek de rechter ambtshalve de heropening van de debatten moet bevelen, alvorens de vordering geheel of ten dele af te wijzen, op grond van een exceptie die de partijen voor hem niet hadden ingeroepen, met name op grond van een exceptie van onbevoegdheid; dat die bepaling strekt tot vrijwaring van het algemeen beginsel van het recht van verdediging;

«Overwegende dat het arrest, bij de uitspraak over de vordering tot betaling van de forfaitaire vergoeding bedoeld in artikel 6 van de in het Paritaire Comité van het verzekeringswezen gesloten en bij het koninklijk besluit van 10 januari 1980 verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomst van 19 februari 1979 betreffende de vastheid van betrekking, beslist dat 'het arbeidsgerecht niet bevoegd is te oordelen of de verbintenissen en de procedures bedoeld in artikel 4 van de collectieve arbeidsovereenkomst van 19 februari 1979 al dan niet zijn nageleefd';

«Dat uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, niet blijkt dat een van de partijen de exceptie van onbevoegdheid van de arbeidsgerechten heeft opgeworpen of dat het arbeidshof de partijen de gelegenheid heeft gegeven zich uit te laten over de exceptie die heeft geleid tot de afwijzing van de vordering;

«Dat het arrest derhalve de bepalingen en het algemeen rechtsbeginsel, die in het middel worden aangehaald, schendt.»

(Voorzitter : de h. Marchal – Rapporteur : de h. Verheyden – Openbaar ministerie : de h. Leclercq – Advocaten : mrs. De Bruyn en Geinger – In de zaak : G. t/ De F.)

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

Burgerlijke rechtspleging – Bepaling van de rechtsdag – In hoger beroep – Art. 751 Ger.W. – Kennisgeving – Vorm

Eisers middel tegen het bestreden vonnis (Rb. Brugge, 21 maart 1991) wordt om de volgende redenen verworpen :

«Overwegende dat uit de stukken van de rechtspleging blijkt dat : 1. de oorspronkelijke dagvaarding op 19 juli 1990 aan eiser in persoon, aan zijn woonplaats (...) werd betekend; 2. bij op tegenspraak gewezen vonnis van 29 oktober 1990 van de Vrederechter van het tweede kanton Brugge, de vordering van verweerster ongegrond verklaard werd; 3. verweerster op 26 november 1990 een verzoekschrift tot hoger beroep neerlegde op de griffie van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brugge; 4. van die neerlegging kennis werd gegeven aan eiser bij gerechtsbrief van 27 november 1990, aangeboden op zijn adres voornoemd; 5. eiser die gerechtsbrief niet afhaalde op het postkantoor, ondanks het door de postdiensten achtergelaten bericht; 6. eiser niet verscheen op de inleidende zitting van 17 december 1990; 7. bij gerechtsbrief van 22 januari 1991 aan eiser ter kennis werd gebracht dat verweerster vaststelling van de zaak had gevorderd met toepassing van artikel 751 van het Gerechtelijk Wetboek, voor de zitting van 20 februari 1991; 8. eiser die gerechtsbrief evenmin afhaalde; 9. eiser niet verscheen op de zitting van 20 februari 1991; 10. de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brugge, bij het bestreden vonnis gewezen

‘op tegenspraak met toepassing van artikel 751 G.W.’, het beroepen vonnis vernietigde en de oorspronkelijke vordering van verweerster gegrond verklaarde;

«Overwegende dat, luidens artikel 751 van het Gerechtelijk Wetboek, van toepassing op de rechtspleging in hoger beroep ingevolge de bepalingen van de artikelen 1042 en 1067 van hetzelfde wetboek, ten aanzien van de partij die bij de inleiding of op een latere zitting niet verscheen, door de meest gereede partij een vonnis kan worden gevorderd dat onder bepaalde voorwaarden geacht wordt op tegenspraak te zijn gewezen; dat sub 1° van dat artikel als voorwaarde wordt gesteld dat de niet verschenen partij wordt verwittigd van de dag, het uur en de plaats van de zitting waarop zulk een vonnis zal worden gevorderd en dat de verwittiging geschiedt door een gerechtsdeurwaarder, indien de dagvaarding niet aan de verweerder in persoon of te zijner woonplaats is betekend, en in de overige gevallen door de griffier, bij gerechtsbrief;

«Overwegende dat in hoger beroep, wat de hierboven bepaalde verwittiging betreft, de akte van hoger beroep de inleidende akte is die bepaalt of een oproeping dient te worden gedaan bij gerechtsbrief dan wel bij gerechtsdeurwaardersexploot;

«Overwegende dat wanneer, zoals te dezen, het hoger beroep mocht worden ingesteld bij verzoekschrift, de verwittiging van artikel 751 van het Gerechtelijk Wetboek bij gerechtsbrief mag worden gedaan;

«Dat, voor de geldigheid van de verwittiging, volstaat dat de gerechtsbrief wordt besteld op het laatste adres van de geadresseerde zoals dit blijkt uit het dossier van de rechtspleging.»

(Voorzitter-rapporteur : mevr. Baeté-Swinnen – Openbaar ministerie : de h. De Swaef – Advocaat : mr. Houtekier – In de zaak : H. t/ B.V.B.A. C.)

NOOT – De oproeping van de onwillige procespartij

1. Tegen een onwillige procespartij, die bij de inleiding of op een andere zitting niet is verschenen of die binnen de vastgestelde termijn geen conclusies heeft genomen, kan de meest gereede partij overeenkomstig artikel 751 Ger.W. een vonnis vorderen dat geacht wordt op tegenspraak te zijn gewezen.

2. De wet 3 augustus 1992, die op 1 januari 1993 in werking is getreden, heeft dit artikel 751 Ger.W. op een aantal punten gewijzigd, onder meer wat betreft de wijze waarop de onwillige procespartij moet worden opgeroepen. Voorheen gold in eerste aanleg en in hoger beroep eenzelfde regel : de verwittiging van de onwillige procespartij, dat toepassing zal worden gevraagd van artikel 751 Ger.W., moest geschieden door een gerechtsdeurwaarder, indien de dagvaarding niet aan de verweerder in persoon of te zijner woonplaats is betekend en in de overige gevallen door de griffier bij gerechtsbrief. Het vernieuwde artikel 751 Ger.W. maakt een onderscheid tussen de procedure in eerste aanleg en in hoger beroep. Voortaan dient de onwillige procespartij alleen in eerste aanleg door een gerechtsdeurwaarder te worden verwittigd wanneer de dagvaarding niet aan zijn persoon of ter woonplaats is betekend, dan wel overeenkomstig artikel 38, paragraaf 1 Ger.W. In de «overige gevallen» geschiedt de oproeping bij gerechtsbrief.

3. Artikel 751 Ger.W. bepaalt niet of de verwittiging bij gerechtsdeurwaardersexploot alleen moet geschieden indien het geding werd ingeleid bij gerechtsdeurwaardersexploot, of ook bij een andere wijze van rechtsingang, zoals een vrijwillige verschijning of een contradictoir verzoekschrift, die niet aan de verweerder in persoon of ter woonplaats is betekend of ter kennis gebracht. In het geannoteerde arrest besliste het Hof van Cassatie dat de vorm van de akte van hoger beroep bepaalt of de verwittiging van de onwillige procespartij dient gedaan te worden bij gerechtsbrief dan wel bij gerechtsdeurwaardersexploot. Indien hoger beroep wordt ingesteld bij verzoekschrift, mag ook de verwittiging van artikel 751 Ger.W. bij gerechtsbrief worden gedaan. Impliciet volgt uit dit arrest dat een verwittiging bij gerechtsdeurwaardersexploot slechts vereist is als de gedinginleidende akte eveneens een gerechtsdeurwaardersexploot is, die niet aan de verweerder in persoon of te zijner woonplaats is betekend.

Sommige auteurs zijn dezelfde mening toegedaan (zie De Leval, G., «De wet van 3 augustus 1992 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek (artikelen 16 tot 26 en 31 tot 33): Het in staat stellen der zaken», in *Het Vernieuwd Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Kluwer, 1992 (107), 117, voetnoot 27).

Karen Broeckx
Universiteit Antwerpen (U.I.A.)

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

Rechtsmiddelen – Hoger beroep – Devolutieve kracht – Vonnis dat de heropening van het debat beveelt ten einde een partij de mogelijkheid te geven haar vordering nader te preciseren en eventueel de daarmee gepaard gaande bewijzen over te leggen – Geen onderzoeksmaatregel in de zin van art. 1068 Ger.W.

Eisers middel tegen het bestreden arrest (Hof Brussel, 2 december 1988) wordt om de volgende redenen verworpen:

«Overwegende dat het beroepen vonnis, in een hoofdstuk X betreffende de 'tussenvordering ten gronde' en de 'heropening der debatten', de heropening van het debat beveelt 'ten einde aan Julia M. toe te laten te verklaren of zij in werkelijkheid al dan niet de hoedanigheid van vennoot inroept, (haar toe te laten) op gedetailleerde wijze te preciseren op welke vergoeding zij aanspraak maakt met telkens opgave van haar tussenkomsten in de exploitatie van het rusthuis, werkprestaties, inbreng van geldmiddelen, enz.' en zegt dat Julia M. de 'nodige stavingsstukken dient over te leggen derwijze dat de betrokken partijen hierover kunnen concluderen'; dat het vonnis in het dictum de heropening van het debat beveelt ten einde 'de partijen, eventueel tegenwoordig door hun raadslieden, te horen over de vier punten aangeduid in de derde en de daarop volgende overweging onder titel X'

«Overwegende dat het beroepen vonnis niet de overlegging van een wel bepaald stuk beveelt in de zin van artikel 877 van het Gerechtelijk Wetboek, maar de heropening van het debat beveelt om aan de eerste verweerder de mogelijkheid te geven haar vordering nader te preciseren en in voorkomend geval de hiermede gepaard gaande bewijzen

over te leggen; dat die beslissing geen onderzoeksmaatregel is in de zin van artikel 1068 van het Gerechtelijk Wetboek.»

(Voorzitter: mevr. Baeté-Swinnen – Rapporteur: de h. Verougstraete – Openbaar ministerie: de h. De Swaef – Advocaten: mrs. Geinger en Houtekier – In de zaak: M. t/ M. en G.)

Hof Gent (14e Kamer), 22 juni 1993

Beslag en executie – Bewarend beslag op onroerend goed – Pauliaanse vordering

«Bij vorenstaand rekwest werd tijdig en regelmatig hoger beroep ingesteld tegen de beschikking op eenzijdig verzoekschrift verleend door de Beslagrechter te Dendermonde op 16 maart 1993, waarbij afwijzend werd beslist op het verzoek van appellante tot bewarend onroerend beslag tegen haar schuldenaars, het echtpaar Van C.-N.

«Appellante toont nochtans aan dat zij tegen voornoemd echtpaar een schuldvordering bezit wegens sedert 1989 tot en met februari 1993 achterstallige huurgelden en geïndexeerde bezettingsvergoedingen (...)

«Appellante wil echter bewarend beslag leggen op een onroerend goed dat haar schuldenaars inmiddels op 12 november 1991 zouden hebben verkocht aan hun dochter L. Van C. en echtgenoot, beweerend dat deze verkoop hun niet kan worden tegengeworpen op grond van artikel 1167 B.W.

«Voor zover aangetoond zou kunnen worden, aan de hand van de volgens appellante zeer lage koopprijs van 1.400.000 frank, dat deze verkoop tot stand kwam met bedrieglijke benadeling van haar rechten, kan op het eerste gezicht het door appellante geleden nadeel niet bewezen worden geacht, daar het goed volgens haar aanduidingen toen nog belast was met hypothecaire inschrijvingen van ca. 2.200.000 frank (...)

«De maatregel van bewarend beslag werd dus terecht geweigerd.»

(Voorzitter: de h. Top – In de zaak V. en N.)

NOOT – Zie elders in dit nummer: Hof Antwerpen, 4 januari 1993, met noot Dirix.

BOEKEN

K.L.H. VAN MENS (red.), *De Anglo-Amerikaanse trust. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Fiscaal Actueel, 1991, Kluwer, Deventer, 79 pp.

In dit verzamelwerk worden enkele detailspecten van de Anglo-Amerikaanse trust besproken, o.m. vanuit de bekommernis om buitenlandse gelegen vermogen veilig te stellen tegen «politieke risico's» en tegen aanslagen van de fiscus. In dit verband wordt zelfs een apart en interessant hoofdstuk besteed aan de trust in het kader van een (door fiscale overwegingen ingegeven) migratie naar België.

Het boek is erg technisch van opzet, en is eerder voor voor specialisten, des te meer daar geen systematische uiteenzetting wordt geboden, maar een vrij losse verzameling van enige verhandelingen, die vrij veel voorkennis onderstellen zowel van het trustrecht als van

het Nederlandse (en zelfs het Antilliaanse) ondernemingsrecht evenals van het Nederlandse en het Belgische fiscaal recht.

De wellicht gemakkelijkst toegankelijke studie is die van K. van Mens, die onderzoekt in welke mate de uitdrukkelijke en onherroepelijke trust inter vivos verenigbaar is met de dwingende regeling van de legitieme portie. De vermogensafzondering in een trust kan alvast niet als een formele schenking worden beschouwd. Maar volgens de auteur is de conclusie onvermijdelijk dat het om een materiële schenking gaat, ook al wordt de *trustee* niet verrijkt, en al kan de trustcreatie worden omschreven als een onvoltooide waardeverhuizing ten voordele van de ultieme verkrijgers. Maar materiële schenkingen worden, naar huidig Nederlands recht, slechts in waarde ingekort, terwijl inkorting in waarde naar komend recht ongetwijfeld de regel zal zijn.

Het — door Nederland reeds geratificeerd — Haagse Trustverdrag ontkracht deze conclusie niet.

De *emergency trust* strekt ertoe buitenlands gelegen vermogen van een privé- of meestal een rechtspersoon, een multinationale onderneming, te behoeden tegen «politieke risico's»: het land wordt bv. bezet door een vreemde mogendheid, of er heeft een staatsgreep plaats, of het gevestigde regime gaat over tot nationalisering, naasting of bevrozing van het vermogen van als «vijandelijk» aangemerkte individuen of ondernemingen. Een discretionaire en herroepelijke trust kan hiertegen een remedie vormen, met aanvankelijk als enige begunstigde de *settlor* of *grantor*. Zodra het risico zich echter voordoet — en het verdient aanbeveling in de trustakte nauwkeurig te omschrijven wanneer dit het geval is — wordt de trust onherroepelijk, en zullen de *trustees* het vermogen discretionair beheren, er daarbij op lettend geen uitkeringen te doen aan als «vijandelijk» beschouwde belanghebbenden. Meer in het algemeen zullen zij zodanige rechtshandelingen verrichten, resp. vermijden die, wegens het «vijandelijk» karakter van de erdoor begunstigten, tot naasting of bevrozing aanleiding zouden kunnen geven.

De redenen waarom op de *emergency trust* een beroep wordt gedaan, herinneren derhalve zeer opvallend aan de omstandigheden die, in de late Middeleeuwen, leidden tot de creatie van de oorspronkelijke trust in Engeland.

Fiscaal gezien kan de trustfiguur interessant zijn, omdat ze een aantal zwevende rechten in het leven kan roepen. Men weet op welke ingenieuze wijze het Anglo-Amerikaanse recht erin geslaagd is om, in het kader van de trust, een veelheid van rechten op één zelfde vermogensbestanddeel te creëren, die tegelijkertijd of na elkaar worden uitgeoefend, en die bovendien, bij een discretionaire trust die aan de *trustees* zgn. *powers of appointment* verleent, een erg voorwaardelijk en onzeker karakter hebben. Daardoor juist kunnen ze, in een aantal omstandigheden, ontsnappen aan sommige schenkings- en successierechten, of zelfs aan bepaalde inkomstenbelastingen.

Marc Van Quickenborne

HENRI SWENNEN, *Financiële Wetgeving 1989-1991*, Gent, Mys & Breesch, 1991, 177 pp.

1. In dit boek beschrijft Henri Swennen in de hem eigen stijl en op overzichtelijke wijze het Belgisch Financieel Recht. De auteur is er meesterlijk in geslaagd om de *doelstellingen* en de *krachtlijnen* van de talrijke wetten en uitvoeringsbesluiten die samen het financieel recht vormen, bloot te leggen en aldus toegankelijk te maken voor de niet-gespecialiseerde lezer.

2. Het boek is tegelijkertijd *beperkt in omvang maar toch zeer volledig*. Het bevat alleen de hoofdlijnen van het financieel recht. De lezer wordt geenszins overstelpt met technische details. Ook de verwijzingen naar de rechtsleer worden met opzet beperkt gehouden. Toch wordt een volledig overzicht gegeven van de verschillende deelgebieden van het financieel recht, te weten het monetair recht, de financiële instellingen, de financiële markten en de financiële verrichtingen. Telkens wordt de nodige aandacht besteed aan de relevante Europese wetteksten. Alleen de wetgeving in verband met de kredietverrichtingen (consumentenkrediet en hypothecair krediet) wordt niet behandeld, maar dit kan wellicht bij een volgende editie worden toegevoegd.

3. Duidelijk wordt de klemtoon gelegd op de *nieuwe wetgeving* die werd ingevoerd sinds de turbulente machtsstrijd om de Generale Maatschappij die begin 1988 plaatsvond.

Op de eerste plaats wordt terecht ruim aandacht besteed aan de *hervorming* van de *Belgische financiële markten*. De verschillende boeken van het Beurswetboek (Wet 4 december 1990 op de financiële transacties en de financiële markten) en de ermee verband houdende uitvoeringsbesluiten worden grondig geanalyseerd.

Op de tweede plaats wordt de *overnameregulering* uitgebreid besproken. Zo wordt nader ingegaan op de nieuwe voorschriften inzake de transparantie van de aandeelhoudersstructuur, de wijziging in de controle en de openbare overname-aanbiedingen.

4. Het boek is in eerste instantie geschreven voor de *studenten* in de Rechten en in de Economie, die aldus over een duidelijke en niet te uitgebreide cursustekst beschikken. Bovendien is het ook zeer nuttig voor *praktijkjuristen* die slechts af en toe geconfronteerd worden met problemen van financieel recht (bijvoorbeeld niet-gespecialiseerde advocaten en notarissen). Zij kunnen aan de hand van deze gids hun weg vinden in de doolhof van wetten en uitvoeringsbesluiten. Het boek is dan ook ideaal voor juristen die zich door middel van zelfstudie wensen in te werken in het financieel recht. Ten slotte zullen ook de *bankjuristen* en andere juristen die dagelijks met het financieel recht bezig zijn, er met goed gevolg gebruik van kunnen maken. Zij kunnen erop terugvallen om snel hun geheugen op te frissen. Tevens vinden zij er een aantal verwijzingen in naar recente artikelen waarin een bepaald probleem verder wordt uitgediept.

5. Samenvattend mag dan ook worden gesteld dat het boek een *handige en betrouwbare leidraad* is bij het betreden van het voor vele juristen onbekende — en dus ten onrechte onbeminde — domein van het financieel recht. Dit boek verdient dan ook zonder enige twijfel een plaats in de bibliotheek van iedere praktijkjurist.

Dirk Meulemans
Assistent afdeling Economisch Recht
K.U.Leuven

A. BERGMANN, M. FERID en D. HENRICH, *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*, 10 delen, zesde druk, Frankfurt am Main, Verlag für Standesamtswesen, 1983 e.v., Aanvullingen 106 tot 114 (1991-93).

In de periode 1991-1993 werd de Bergmann/Ferid-verzameling, waarvan de redactie thans in handen is van prof. D. Henrich, hoogleraar in het familierecht aan de Universiteit van Regensburg, merklijk uitgebreid zodat de reeks thans het familierecht van meer dan honderd landen beslaat. Vooral een aantal Afrikaanse en Aziatische rechtsstelsels, waarmee Europa in het raam van het vluchtelingenprobleem wordt geconfronteerd, zijn ingewerkt. O.a. zijn ingelast: Afghanistan, Kambodja, Koeweit, Sri Lanka en Tsjad.

Andere landen werden grondig herwerkt. Voor het tw. Duitsland was dit nodig ten gevolge van de eenmaking, die niet zonder gevolgen voor het personen- en familierecht is gebleven. Sedert 3 oktober 1990 geldt op het hele Duitse grondgebied het familierecht uit het BGB. Doch juist het familierecht kent een aantal uitzonderingen, thans ingelast ten gevolge van het Eenmakingsverdrag in art. 234 EGBGB, waardoor voormalig DDR-recht bij wijze van overgangrecht geldt voor de verloving, het naamrecht, het huwelijksvermogensrecht, onderhoud na echtscheiding, de *Versorgungsausgleich*, het afstammingsrecht, ouderlijk gezag, adoptie, voogdij en pleegvoogdij. Vooral inzake huwelijksvermogensrecht geldt een in de praktijk moeilijk hanteerbare regeling. De burgers van de voormalige DDR die gehuwd waren onder het wettelijk stelsel van de gemeenschap van aanwinsten, vallen vanaf 3 oktober 1990 onder het wettelijk stelsel van de uitgestelde gemeenschap van meerwaarden (*Zugewinnungsgemeinschaft*). Dit laatste stelsel is echter een scheiding van goederen. De echtgenoten gaan dus over van een gemeenschapstelsel naar een stelsel van scheiding, maar in een vereffening van het vorige stelsel is niet voorzien. Gedurende de eerste twee jaar na de eenmaking bestond de mogelijkheid om een verklaring van behoud van het oude stelsel af te leggen. Werd deze verklaring afgelegd, dan werd de overgang naar het nieuwe stelsel met terugwerkende kracht ongedaan gemaakt. De verklaring vergde geen eensgezindheid tussen de echtgenoten. De verklaring van één echt-

genoot was voldoende. In de praktijk werd van deze mogelijkheid bijna geen gebruik gemaakt.

De grondige herwerkingen van een aantal Afrikaanse landen zoals Ghana en Kenia vallen op. Zij zijn van de hand van dr. Wanitzek, een vooraanstaande specialiste in het Afrikaanse recht van de Universiteit van Bayreuth.

Voor het overige worden tientallen trefwoorden herwerkt ten gevolge van nieuwe wetgeving of ontwikkelingen in de rechtspraak (bv. Soedan: nieuw I.P.R., dat afstand neemt van het woonplaatsbeginsel; Groot-Brittannië: Human Fertilisation and Embryology Act 1990; Ierland: nieuw afstammingsrecht; Paraguay: invoering van de echtscheiding; Zweden: wijzigingen in het huwelijksvermogensrecht en de persoon van de geesteszieke; Italië: wijzigingen in het I.P.R. ten gevolge van nietigverklaringen door het Grondwettelijk Hof).

Bergmann/Ferid blijft een standaardwerk, niet alleen voor diegenen die een academische belangstelling hebben voor het vergelijkend familierecht, maar ook voor de magistraat, de notaris of de advocaat die buitenlands familierecht in de praktijk moeten toepassen. Voor sommige landen is het hier besproken werk de enige beschikbare documentatie.

W. Pintens

J.H. JANS, *Over de grenzen van Europees Milieurecht*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1992, 25 pp.

Dit boekje bevat de neerslag van de rede die prof. Jans op 21 oktober 1992 in Amsterdam uitsprak bij de aanvaarding van zijn ambt als hoogleraar in het Internationaal Milieurecht aan de Universiteit Amsterdam.

Jans besteedt allereerst aandacht aan het begrip «Europees milieurecht», zijnde het geheel van communautaire rechtsregels die relevant zijn voor de bescherming van het leefmilieu. Daarna gaat hij nader in op de noodzakelijke wisselwerking tussen het Europese en het nationale milieurecht.

In veel gevallen kent de Nederlandse milieuwetgeving ruimere bevoegdheden toe aan bestuursorganen dan de Europese richtlijnen. Vraag is dan natuurlijk hoe de afdeling wetgeving en afdeling rechtspraak van de Raad van State met de rechtstreekse werking van milieurichtlijnen omgaat. Zo kunnen alleen personen die rechtstreeks belang hebben bij de directe werking van richtlijnen (in geval van richtlijnen die slechts een ondergrens aangeven betreffende de toelaatbare vervuiling is dit de derde, d.w.z. de omwonenden of milieubewegingen) zich op deze directe werking beroepen voor de rechter. Slechts zelden worden bepaalde personen als rechtstreeks belanghebbende aangeduid.

Uit het Europees gemeenschapsrecht kunnen de rechtspraakafdelingen van de Raad van State echter de nodige principes halen om de tegenstelling tussen nationaal en Europees milieurecht op te lossen.

Wanneer in relatie met de onderliggende richtlijn de vergunningverlenende bevoegdheden te ruim zijn omschreven, dan behoort de Raad van State uit te gaan van een abstract-formele toetsingsmethode en moet hij beslissen dat er geen splitsing van de nationale regel in een verbindend en een niet-verbindend gedeelte optreedt. De toetsingsmethode heeft tot gevolg dat de nationale regel wegens strijdigheid met de Europese regel geheel buiten toepassing gelaten wordt en dat de in het geding zijnde beschikking sneuvelt wegens strijd met wettelijke voorschriften. Hierdoor ontstaat de nodige druk op de wetgever om zijn implementatieverplichtingen volledig na te komen. Tootdat de wetgeving is aangepast, is het vergunningverlenend gezag zijn bevoegdheden kwijt en kan het derhalve niet rechtsgeldig tot besluitvorming overgaan. Pas wanneer de abstract-formele toetsingsmethode zonder splitsing tot een met de doelstellingen van de richtlijn strijdig resultaat leidt, zou een andere aanpak op zijn plaats zijn. Jans blijft vasthouden aan de toetsingsmethode, maar splitst de in het geding zijnde vergunningsbevoegdheid in een verbindend en een niet-verbindend gedeelte. De wetgeving zou in dat geval buiten toepassing gelaten moeten worden voor zover de richtlijn grenzen zijn overschreden. Zodoende blijft de rechtsgrondslag in stand gehouden voor het verlenen van beschikkingen die aan de eisen van de richtlijn voldoen.

Deze neergeschreven redevoering vormt een originele, goed gestructureerde en met veel rechtspraak gespeide bijdrage omtrent de implementatieproblemen van Europese richtlijnen. Het valt alleen te betreuren dat de structuur niet geformaliseerd is in het boek.

Tom De Saegher
Wetenschappelijk medewerker
milieurecht aan de U. Gent

A. POSTMA (red.), *Europa en het onderwijs*, Voorburg, S.B.L.O., 1993, 73 pp.

Met het Verdrag van Maastricht komt het onderwijs, in zijn ruime(re) betekenis, onder de werkingsfeer van het Europees gemeenschapsrecht. Nog steeds bestaat de vraag of bij het sluiten van het EEG-Verdrag de zes oorspronkelijke lidstaten een verregaande invulling van inzonderheid het begrip «beroepsopleiding» voor ogen stond, met inbegrip van de verstreckende gevolgen op de nationale onderwijswetgeving van de lidstaten (cf. Verbruggen, M., «Europa wel bevoegd voor onderwijs?», *T.O.R.B.*, 1991-92, 131-141). De sinds 1985 geleidelijke Europese «communitarisering» van het onderwijs, enerzijds ingevolge de extensieve interpretatie van de in het initiële artikel 128 EEG-Verdrag bedoelde beroepsopleiding door het Hof van Justitie en anderzijds ingevolge de diverse initiatieven (Erasmus, Lingua, Comett, Tempuss,...) van de Commissie en de Raad, wordt met Maastricht gedeeltelijk in de artikelen 126 en 127 geïnstitutionaliseerd. Deze evolutie is echter tekenend voor de dynamiek die het Europees recht kenmerkt en de latente en verborgen «supranationalisering» in de Europese Gemeenschap.

De nieuwe artikelen 126 en 127 houden een duidelijke betekenis in van de lidstaten om in de toekomst ook de culturele en onderwijsaangelegenheden in een ruimer Europees verband onder te brengen. Een dergelijke stap is allermist zonder slag of stoot gegaan en vooral de (bedreigde?) linguïstische minderheden in Europa zijn – niet geheel ten onrechte – bevreesd voor een mogelijke invasie van de grote talen in de culturele sector. Of de invoering van het *subsidiariteitsbeginsel* (artikel 3B Verdrag) deze angst kan intomen, is nog zeer de vraag. In ieder geval heeft het de kleinere landen kunnen overhalen toch met het vertrekkende schip mee te varen.

Het uitgangspunt is op het eerste gezicht vanzelfsprekend: onderwijs blijft in principe een nationale, in België een gemeenschapsaangelegenheid, waarin de Europese Instellingen slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden regelgevend, en dus harmoniserend, kunnen optreden. Toch ziet men ook in Nederland met lede ogen tegen een niet ondenkbare europeanisering van het onderwijs aan. Het hoeft dan ook geenszins te verwonderen dat het lustrumcongres van de Stichting Bijzondere Leerstoelen Onderwijsrecht (V.U. Amsterdam) precies aan dit thema, met als kernelement de subsidiariteit, gewijd was. Het hier besproken boekje is de schriftelijke neerslag van de gehouden referaten, waarbij in drie opstellen de problematiek vanuit onderwijspolitieke en juridische hoek wordt benaderd.

Namens de minister van Onderwijs en Wetenschappen, ir. J.M. Ritzen, sprak zijn vertegenwoordiger over de «verbluffende politieke resultaten» (sic) van de internationalisering van het onderwijs. Als uitgangspunt neemt de auteur daarbij het recent gepubliceerde E.G.-memorandum hoger onderwijs, dat wegens zijn te sterke economische ingesteldheid in bepaalde onderwijskringen in ons land fel bekritiseerd is (vgl. Masschelein, J. en Verschaffel, B., «Higher education: zonder vorming (cultuur), zonder universiteit?», *Universiteit en Beleid*, 1992, nr. 3). Erger wordt het nog wanneer de bewindsman meent dat de reikwijdte en de krachtlijnen van dit memorandum naar andere onderwijssectoren mogen worden doorgetrokken. In een eengemaakt Europa dient ontegenzeggelijk de internationale onderwijsamenwerking en studentenuitwisseling, waaronder de vrije toegang tot en de academische erkenning van studieperiodes, centraal te staan: «Grenzen verleggen begint daar waar je de eerste grenzen tegenkomt. En voor een klein land betekent dat letterlijk: dichtbij huis» (Ritzen, J.M., p. 11). Een intensieve economische samenwerking gaat volgens hem noodzakelijkerwijze gepaard met samenwerking op sociaal en cultureel (inclusief onderwijs) gebied, en daarmee vertoont de Nederlandse overheid een minder defensieve houding tegenover de internationalisering

en verengelsing van het hoger onderwijs. De meer pragmatisch-utilitaristische visie van de Nederlanders steekt schril af tegen de meer principiële opvattingen en de verdediging van de eigen identiteit van de Vlamingen. Misschien dat de jarenlange achterstelling en de kleinschaligheid van de Vlaamse regio die ingesteldheid in de hand hebben gewerkt (zie Vanden Berghe, Y., «Nederlands eerst. De taal van het hoger en universitair onderwijs», *VL. Morgen*, 1992, nr. 4).

De professoren M. Cohen, Europa en onderwijs(recht), en A. Postma, Europa en het onderwijs, belichten beide verdragsbepalingen vanuit een juridische hoek. Na een schets van de bronnen van het Europees onderwijsrecht en een korte analyse van de rechtspraak van het Hof van Justitie (waarbij M. Cohen zich nogal gemakkelijk beperkt heeft tot een synthese van het inderdaad voor treffelijke overzichtsartikel van M. Verbruggen, o.c.), bespreekt deze auteur de mogelijke gevolgen en draagwijdte van het subsidiariteitsprincipe. Zijn stelling «Europese eenheid en culturele zelfstandigheid leidt tot subsidiariteit» geeft de richting aan wat de Nederlandse onderwijsjurist wel en niet wil toekennen aan een verenigd Europa. Voor Cohen blijven de lidstaten onmiskenbaar bevoegd voor de regelgeving, die haar nationaal karakter behoudt. De gebruikte terminologie in de verdragsartikelen «ondersteuning van initiatieven, aanmoediging van samenwerking,...» sluit eigen initiatieven van de E.G. uit. Subsidiariteit geldt zodoende als de interpretatieregel bij de uitleg van beide onderwijsartikelen en zou een remmende werking kunnen hebben op de voordien verregaande uitlegging van artikel 128. Aldus perkt de onderwijsparagraaf de (ongeschreven) bevoegdheden van de Gemeenschap in.

A. Postma heeft in zijn vroegere bijdragen de uitspraken van het Hof van Justitie op het vlak van de beroepsopleiding steeds bekritiseerd. Voor hem konden de artikelen 118 en 128 E.E.G.-Verdrag onmogelijk dienen om het onderwijs als dusdanig te bevorderen. De beroepsopleiding was een accessorium om andere doelstellingen (de sociale politiek) te effectueren (Postma, A., p. 54). Het Verdrag van Maastricht betekent voor deze jurist absoluut geen einde van de rechtsonzekerheid: zo bevat het verdrag nergens een definitie of omschrijving van begrippen zoals onderwijs en, nog altijd niet, beroepsopleiding. Gevolg hiervan is dat straks de communautaire rechter opnieuw in de mogelijkheid gesteld wordt blanco communautaire begrippen in te vullen. Bovendien staat de schrijver zeer kritisch tegen de vage formuleringen van artikel 3B, omdat allerm minst duidelijk is wie oordeelt of de doelstellingen niet voldoende door de lidstaten worden verwezenlijkt en wie uiteindelijk de rechtsbescherming van de lidstaten gaat opnemen (Postma, A., p. 59). Het getuigt inderdaad van veel wishfull thinking om op grond van de subsidiariteit ervan uit te gaan dat het Hof in de toekomst afstand zal doen van zijn decennialange uitbreidende interpretatie van het verdrag. Het is niet op de communautaire rechter dat de lidstaten zullen moeten rekenen om een verregaande inbreuk op hun autonomie hersteld te zien. Tenslotte is het subsidiariteitsbeginsel veel eer een politiek-bestuurskundig dan een juridisch criterium. Als rechtsinstrument biedt het de rechter weinig houvast bij geschillen en loopt hij al snel het gevaar geplaatst te worden voor de opportuniteit van een beslissing.

Hoe dan ook, voor de culturele sector in het algemeen en het onderwijs in het bijzonder zijn met het Verdrag van Maastricht nieuwe pistes in zicht. Moet de onderwijsinternationalisering vanuit een bepaald standpunt (studenten- en docentenmobiliteit, erkenning van studievakken...) ten eerste worden toegejuicht (waarbij een geringe harmonisering bij voorbaat niet uitgesloten is, denk maar aan een studiepuntenstelsel), een daadwerkelijke Europese onderwijspolitiek mag nooit leiden tot nationale verschraling, i.e. de uniformisering van het onderwijsbestel in de lidstaten. Of anders gesteld: wel Euro-visies maar geen Eurovision.

Ludo Veny
V.U.B.

A. DOMEN, N. GYBELS, C. JANSSENS en K. MAGERMAN, **Hoe Belgisch is ons arbeidsrecht (nog)?**, Antwerpen, Sociale Dienst VEV, 1993, 409 pp., 3127 fr.

Sociale Dienst VEV heeft een zekere traditie in het publiceren in eigen beheer. In het begin van de jaren '80 verschenen er zo meerdere door de praktizijnen zeer gesmaakte monografieën op het ge-

bied van het sociaal recht. Met de hier besproken uitgave wordt weer aangeknoopt bij die traditie.

In het raam van het wegvallen van de Europese binnengrenzen werd een studie gepubliceerd m.b.t. de impact van het Europese recht op het nationale arbeidsrecht.

De lezer krijgt eerst een overzicht van de instellingen van de Europese Gemeenschap, haar bevoegdheden op het sociaal vlak en de wijze waarop de besluitvorming geschiedt. Vervolgens wordt de aanpassing van het Belgische arbeidsrecht aan EG-verordeningen en -richtlijnen in het Belgische arbeidsrecht besproken. Hierbij komen achtereenvolgens het vrije verkeer van personen, de gelijke behandeling mannen/vrouwen, de informatie betreffende de arbeidsvoorwaarden en de veiligheid en gezondheid in de onderneming aan bod.

Daarna wordt een overzicht gegeven van de voorstellen die tijdens de volgende jaren nog behandeld zullen worden, zoals het ontwerp van richtlijn inzake de oprichting van Europese ondernemingsraden. Tot slot wordt een beeld geschetst van de plaats die het Europese recht inneemt in de hiërarchie van de rechtsbronnen.

Dit werk wordt door de uitgever als een handboek gekwalificeerd dat de lezer die wordt geconfronteerd met het Europese aspect van de internationale tewerkstelling, een bruikbaar werkmiddel moet verschaffen. Dat is zeker geen loze bewering. Elke ondernemer die problemen heeft i.v.m. Europees arbeidsrecht vindt in dit werk een houvast.

Onlangs het feit dat dit boek is geschreven voor de ogen van de technicus, zijn de auteurs erin geslaagd om een kwalitatief hoog niveau te bereiken. Uiteraard liggen de klemtonen anders dan in meer rechtstheoretische werken. Zo wordt bv. verwezen naar de Europese collectieve arbeidsovereenkomsten, maar wegens het nogal hypothetische karakter daarvan op het huidige ogenblik, wordt er niet al te zeer over uitgeweid.

In zijn woord vooraf alludeert algemeen directeur Jan Van den Nieuwenhuysen op nog andere publikaties m.b.t. het internationale sociaalrecht die in de toekomst mogen worden verwacht. Rekening houdende met de kwaliteit van het gerecenseerde werk kijken we vol verwachting ernaar uit.

Patrick Humblet

BALIE

Conferentie van de Jonge Balie te Turnhout – Samenstelling van het Bestuur

Voorzitter: mr. Rik Wilmots; secretaris: mr. Greet Aerden; penningmeester: mr. Ronny Ceusters; leden: mrs. Luc Bouwen, Marc Bruurs, Frank Janssen, Ilse Lommelen, Johan Michiels, Ria Piedfort en Egied Wouters

MEDEDELINGEN

Jaarvergadering Vlaamse Juristenvereniging Kortrijk – 5 juni 1993 «Vrouwe justitia en de pers»

In de vroege ochtenduren op 5 juni 1993 vertrokken vele Vlaamse juristen naar Kortrijk, de Groeningestad waar de tweejaarlijkse jaarvergadering van de Vlaamse Juristen Vereniging werd gehouden.

Reeds om 8u45 mocht mr. Jozef Lievens de talrijke aanwezigen verwelkomen.

De deelnemers werden vervolgens onmiddellijk geboeid door de meeslepende en overzichtelijke uiteenzetting door prof. Hugo Vandenberghe over «De aansprakelijkheid van de pers». De persaansprakelijkheid dient te worden beoordeeld in het licht van de artt. 1382 e.v. B.W., alsook in het licht van een aantal andere rechtsbepalingen. De rol van de pers in de democratische samenleving zal in de rechterlijke beoordeling worden afgewogen tegen de bescherming van andere rechtsgoederen zoals de goede naam, het privéleven, deontologische opvattingen, commerciële wetgeving en gewoonten, enz. Artikel 10 van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens, dat het recht op vrijheid van meningsuiting verzekert, heeft een invloed op de grenzen van de rechtmatigheid. Prof. Vandenberghe overloopt in dit verband uitgebreid de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens te Straatsburg. Onderzocht wordt verder het mogelijk optreden van de kortgeding-rechter. Bij wijze van slot vraagt de spreker zich af: «Zijn onzichtbare machtsconcentraties en beïnvloedingsvormen niet gevaarlijker dan een uitgesproken mening, die kan verontrusten of choqueren?», en hij waarschuwt met nadruk voor de aantasting van het pluralisme in het persaanbod en de geloofwaardigheid ervan. (Een samenvatting van de uiteenzetting van prof. Hugo Vandenberghe is te lezen in *Vlaams Jurist Vandaag*; de volledige tekst zal worden gepubliceerd in *T.P.R.*, 3 - 1993).

Na de koffiepauze volgde een panelgesprek over de verhouding tussen pers en gerecht. Panelleden waren: Dirk Voorhoof (prof. U. Gent), mr. Eric Brewaeys (Balie Brussel, assistent VUB), Leo Neels (directeur-generaal V.T.M.), Christine Dekkers (advocaat-generaal Antwerpen, woordvoerster van het Antwerpse parket-generaal), Lou De Clerck (algemeen hoofdredacteur VUM-kranten) en Filip Voets (BRTN).

De heer Frank De Moor (hoofdredacteur Knack) opende op directe wijze als moderator het debat, waarbij hij pleitte voor een «burgerlijk engagement» van de gerechtsverslaggevers én voor een combattieve verslaggeving. De discussie werd opgebouwd rond enige algemene thema's: het recht van verdediging, de «straffeloosheid» van de journalist, de mogelijkheid van een andere aanpak (deontologie), de vraag of de journalist zichzelf moet reguleren, het «recht» van de journalist om zijn bron te verzwijgen.

Het wetsvoorstel van VLD-volksvertegenwoordiger Hugo Coveliers om de bronnen van de journalisten te beschermen door de invoering van een zwijgrecht werd door de panelleden niet gevolgd. Men meende dat de huidige toestand beter kon worden behouden. Belangrijke steunpunten zijn de professionaliteit van de journalist en de deontologie. In het debat kwam tevens tot uiting dat een publiek persoon meer moet kunnen verdragen dan een privé-persoon. Ook de problematiek van de verhouding pers/parket werd behandeld. Opgemerkt werd dat de communicatie naar de pers toe beter dient te worden georganiseerd. De tijd bleek vervolgens te kort om alle interpellaties uit de zaal aan bod te laten komen.

Op het einde van de voormiddag werd de slotrede uitgesproken door prof. Marcel Storme, voorzitter van de Vlaamse Juristenvereniging. De voorzitter dankte eerst alle sprekers voor de boeiende ochtendzitting. Het thema van de jaarvergadering was zeer boeiend en het werd op een uitstekende wijze gebracht. De voorzitter dankte prof. H. Vandenberghe voor zijn uitmuntende rede, en hij dankte alle panelleden voor het voortreffelijk debat. Een dankwoord werd ook gericht tot mr. Lievens en mr. Daem voor de prachtige organisatie van de jaarvergadering te Kortrijk, die een wekenlange voorbereiding had gevergd. De voorzitter wees er verder op dat de jaarvergadering te Kortrijk een nieuwe mijlpaal is in de geschiedenis van de Vereniging. Voor de eerste maal werd een deel van het bestuur van de vereniging rechtstreeks verkozen door de leden.

De voorzitter stelt dat de Vlaamse Juristenvereniging sinds jaren vecht voor het herstel van de Rechtsstaat, die op schandelijke wijze in dit land ten gronde wordt gericht (door het politiek regime, onbekwaamheid van de ministers, politieke benoemingen, de anomie — de rechteloosheid). De rechtspraak kent een explosieve ontwikkeling (229 arresten door het Hof van Beroep te Gent in 1921, 3.057 in 1988). De rechter moet zich bovendien vandaag met alles en nog wat bezighouden. De voorzitter wees verder op de desinteresse van het Parlement, op de klassejustitie, klassewetgeving en klassebeëindiging. Hij stelde dat met de steun van de Vlaamse Juristenvereniging een breed maatschappelijk debat op gang dient te worden gebracht. De voorzitter legde verder de nadruk op de onvervangbare rol van de Vlaamse Juristenvereniging. De Vlaamse jurist

is niet te koop: «De Vlaamse juristen moeten meer dan voorheen in onze samenleving de functie van bestendig kritisch forum blijven». Tot slot trok hij een aantal voorlopige conclusies in verband met de studiedag «Vrouw Justitia en de pers». (In verband met deze toespraak kan verder worden verwezen naar Storme, M., «Voor ontsnapte gangsters een standbeeld op het Poelaertplein?», *Vlaams Jurist Vandaag*, 1993, nr. 2, 3-5; en verder in *Vlaams Jurist Vandaag*, nr. 3).

Tijdens de wandellunch kon de discussie over het actuele jaar-thema worden voortgezet. Na de middag was er een voordracht van de heer Jo Libeer, directeur van de Kamer van Handel en Nijverheid te Kortrijk over «Kortrijk als economische hart van Vlaanderen». Onder een blauwe hemel en stralende zon maakten de deelnemers in de namiddag verder kennis met de stad Kortrijk. Het werd een aangename zomerse wandeling langs de straten en pleinen van Kortrijk, een kennismaking met haar cultureel-historisch verleden: het belfort met de uurslagers Mantens en Kalle, de 13e-eeuwse O.L.Vrouwekerk met Gravenkapel, middeleeuwse Broeltorens, de barokhuisjes in het Begijnhof, het stadhuis...

Het stadsbestuur van Kortrijk ontving de Vlaamse juristen in het stadhuis, in de prachtige Oude Raadszaal met haar middeleeuwse schoorsteen. De dag werd afgesloten met een heerlijk banket, nog op smaak gebracht met de rede van voorzitter M. Storme, ondervoorzitter prof. Fr. De Pauw, raadshoofd Van Dorpe, en de heer P. Boukema, voorzitter Nederlandse Juristenvereniging. Tijdens het banket werd het resultaat bekend gemaakt van de eerste rechtstreekse verkiezingen. Een zeventigtal deelnemers bleven tot in de late uren in een sfeer van gemoedelijkheid en vriendschap nog na-kaarten. Kortrijk zal bij velen lang blijven nazinderen.

Y. Vanden Bosch

Vierde dag van de bedrijfsjurist

De Belgische Vereniging van Bedrijfsjuristen (BVBJ) organiseert op donderdag 28 oktober 1993 in de Sky-Room, ITT-toren, Louizalaan 480 te Brussel, de vierde dag van de bedrijfsjurist.

Programma:

9u00 Inleiding door prof. Ph. Marchandise, voorzitter van de BVBJ

- Voormiddagzitting: Agentuurovereenkomst en openbare dienst
- «Distributie: de agentuurovereenkomst» door mr. J.-P. Fierens en de heer F. Walschap (bedrijfsjurist)
 - «De openbare dienst in Belgisch en Europees perspectief». Sprekers zijn prof. Y. Pouillet (universiteit Namen) en de heer D. Michel (bedrijfsjurist)
 - «Vooruitgang van de concurrentie in de gereguleerde sectoren: telecommunicatie, postdiensten, energie» door de heer K. Van Miert (EEG-Commissie)

12u30 Middagmaal onder het voorzitterschap van de heer L.E.R. Grommers, voorzitter van het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen, die de universitaire bijvorming van de bedrijfsjurist in Nederland zal toelichten.

Namiddagzitting: Verzekeringen en Secretariaat Generaal

- «De schadeverzekering in het raam van de wet van 25 juni 1992 en de risico's van de onderneming». Sprekers zijn prof. H. Claasens en prof. R.O. Dalcq.
- «Het Secretariaat Generaal» door mr. B. Nyssen en de heer F. Vincke (bedrijfsjurist)

17u30 Toekenning van de wetenschappelijke prijs 1993 van de BVBJ en slottoespraak van de heer Ph. Marchandise.

Inlichtingen: Secretariaat BVBJ, Ravensteinstraat 36, bus 2, 1000 Brussel (tel. 02/512.74.33; fax: 02/502.65.70).