

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

C. VAN BUGGENHOUT, Vereffening van vennootschappen:
aanrekening van schulden 465

Rechtspraak

1. Arbitragehof – Prejudiciële vraag – Wijziging van de inhoud van de gestelde vraag – Onontvankelijk – **2. Grondwet** – Gelijkheid en niet-discriminatie – **a) Douane en accijnzen** – Administratie der douane en accijnzen – Strafvordering – Optreden in de hoedanigheid van overheid belast met het onderzoek en in de hoedanigheid van vervolgende overheid – **b) Dranklijterij** – Opschorting, uitstel en probatie – Niet-toepasselijkheid – Beroepsverbod – Beperking in de tijd

Arbitragehof 6 april 2000 (*met noot*) 472

Werkloosheid – Gerechtigde – Langdurige werkloosheid – Verwittiging van schorsing – Betwisting – Jaarlijks nettobelastbaar inkomen van het gezin – Begrip – Samenwonen tijdens gedeelte van in acht te nemen periodes – Gevolg

Cass. 14 juni 1999 478

1. Vereniging zonder winstoogmerk – Vereffening – Samenloop – **2. Voorrechten** – Begrip – Bestemming van bepaald goed

Cass. 15 oktober 1999 479

Faillissement – Boedelschuld – Ontbinding koop – Faillissement van verkoper – Restitutie voorschot – Concurrente schuldvordering

Cass. 9 maart 2000 (*met noot van A. De Wilde «De positie van de koper bij faillissement van de verkoper»*) 480

Rechtsmiddelen – Burgerlijke rechtspleging – Hoger beroep – Nieuw vordering – Pauliaanse vordering – Niet voor het eerst in hoger beroep

Cass. 18 mei 2000 482

1. Geweld – Gebruik van geweld door de politie – Gebruik van beenklem – Proportionaliteitsbeginsel – **2. Onrechtmatige overheidsdaad** – Politieagenten – Onrechtmatig gebruik van geweld – Zware fout

Hof Antwerpen 16 februari 2000 (*met noot van S. Van Overbeke «Gebruik van geweld door de politie»*) 482

Arbeidsovereenkomst – Handelsvertegenwoordiger – Opzegging – Einde – Onderlinge toestemming – Uitwinningsvergoeding

Arbh. Gent (afd. Brugge) 28 februari 2000 486

1. Aanneming van werk – Onderaannemer – Rechtstreekse vordering – Aard – Gevolgen – Conflict pandhouder – **2. Pand** – Pand schuldvordering – Bepaalbaarheid – Inningsbevoegdheid

Rb. Gent 1 december 1999 487

Mede-eigendom – Appartementsmede-eigendom – 1. Arbitrageclausule in basisakte – Nietigheid – 2. Werken aan private delen met belang voor gemene delen – Kostenverdeling – Behoud van privaat karakter

Vred. Nieuwpoort 18 januari 2000 490

Rechtspraak in kort bestek

Uitlevering – Uitvoerbaarverklaring – Hoger beroep – Termijn – Verenigbaarheid met art. 5.4. E.V.R.M.

Cass. 27 juli 1998 (*met noot van A. Vandeplas «Over het hoger beroep tegen de uitvoerbaarverklaring van de uitlevering»*) 492

Geneeskunde – Arts – Ziekenhuis – Overeenkomst – Beëindiging – Dringende reden – Advies van medische raad

Cass. 22 april 1999 492

Misdrijf – Schulduitsluitingsgronden – Krankzinnigheid – Burgerlijke rechtsvordering

Cass. 1 februari 2000 493

Geesteszieke – Verzoek tot aanstelling van een voorlopig bewindvoerder – Voorlopige bewindvoering gevraagd om inkomsten, uitgaven en spaartegoed te beheren – Bewering dat de te beschermen persoon niet ongeschikt is «om zichzelf te leiden» – Vraag naar mogelijke verlengde minderjarigheid

Vred. Kortrijk 9 maart 1999 (*met noot*) 493

Boeken

P.W.C. Akkermans, C.J. Bax, L.F.M. Verhey, Grondrechten. Grondrechten en grondrechtenbescherming in Nederland (*door J. Velaers*) 494

M. De Muynck, G. De Neef en C. Amand, Overdracht van ondernemingen. Fiscaal-juridische aspecten (*door S. Van Crombrugge*) 494

P.F. van der Heijden, C.G. Scholtens, G.J.J. Heerma van Voss en A.T.J.M. Jacobs, Privaatrecht in de 21^{ste} eeuw. Arbeidsrecht : de Euro-werknemer (*door W. Rauws*) 494

J. Sarot, P. Vandernoot en E. Peremans, m.m.v. B. Paty, Recueil de jurisprudence de la Cour d'arbitrage. Première mise à jour de l'ouvrage. Dix ans de jurisprudence de la Cour d'arbitrage (*door A. Vandaele*) 494

A.E.D.B.F. Belgium, Afgeleide producten – Produits dérivés (*door R. Steennot*) 495

J. Spier, Schade en loss occurrence-verzekeringen. Rechtsvergelijkende beschouwingen over schade, het ontstaan van schade en daarop gebaseerde aansprakelijkheidsverzekering (*door B. De Temmerman*) 495

H.C.F. Schoordijk e.a., Rond de tafel. De juridische kaders van het onderhandelen (*door A. De Boeck*) 496

Mededelingen

Seminariecyclus ECOR 496

Colloquium: Autonomie en financiering van de gemeenten 496

Colloquium: Het tuchtrecht voor magistraten 496

Studiedag: De indicatieve tabel – toetsing en bijsturing 496

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

Opgericht in 1931, verschijnt iedere week van september tot juni.

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

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

Redactiesecretaris: Mevr. C. Meeusen

Vaste medewerkers:

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

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

Abonnementen, advertenties: N.V. INTERSENTIA, Churchilllaan 108, 2900 Schoten
tel.: 03/680.15.50 - fax: 03/658.71.21
Abonnementsprijs: 4.950 f., Advocaten-stagiair: 4.650 f., Studenten: 2.950 f.

Richtlijnen voor de auteurs:

De teksten van hoofdartikelen en annotaties worden, samen met een diskette (WP of Word) toegezonden aan het redactiesecretariaat. Getypt op anderhalve interlinie bedraagt een hoofdartikel bij voorkeur niet meer dan 25 bladzijden, een annotatie niet meer dan 6 bladzijden. De redactie dankt bij voorbaat alle auteurs voor het in acht nemen van deze richtlijnen.

NOTARISSENKANTOOR TE IEPER

zoekt:

**dynamische, leergierige
medewerker (m/v)**

- notariële ervaring of jurist
- fulltime
- spoedige indiensttreding
- kennis tekstverwerking vereist

Sollicitatie met CV sturen naar:

*Notaris Johanna De Witte, D'Hondstraat 21
(057/20.03.51)*

of

*Notaris Ann Allaer, Korte Torhoutstraat 4
(057/21.81.21)*

VEREFFENING VAN VENNOOTSCHAPPEN: AANREKENING VAN SCHULDEN

«Les gros négociants ne déposent plus leur bilan, ils liquident à l'amiable: les créanciers donnent quittance en prenant ce qu'on leur offre. On évite alors le déshonneur, les délais judiciaires, les honoraires d'Agréés, les dépréciations de marchandises» (Honoré de Balzac)

Het overgrote deel van de vereffeningen heeft een deficitair resultaat, in die zin dat er geen vereffeningssboni aan de aandeelhouders kunnen worden betaald, en in de meerderheid van die gevallen kan de vereffenaar zelfs niet uitkeren aan de chirografaire schuldeisers.

Rechtsleer en rechtspraak zijn steeds verdeeld geweest over het antwoord op de vraag of een vereffening op deficitaire wijze kan eindigen, d.w.z. zonder dat de vereffenaar ertoe verplicht kan worden aangifte van faillissement te doen wanneer hij vaststelt dat de opbrengst van de activa niet zal volstaan om de schulden te voldoen.

Nochtans heeft de wetgever steeds een mogelijke deficitaire vereffening voor ogen gehad wanneer hij in art. 184 Venn.W. de wijze heeft bepaald waarop door de vereffenaar de opbrengst van de activa is aan te rekenen: «Onverminderd de rechten van de bevoorrechte schuldeisers betalen de vereffenaars alle schulden van de vennootschap naar evenredigheid en zonder onderscheid tussen opeisbare en niet-opeisbare schulden, onder aftrek, wat deze betreft, van het disconto...»

Nu de wetgever van 8 augustus 1997 ontegensprekelijk de voorrang heeft gegeven aan de vrijwillige vereffening boven het faillissement wanneer de continuïteit van een onderneming niet langer kan worden gehandhaafd,¹ is de vraagstelling van de deficitaire vereffening (zonder faillissement) actueler dan ooit.

Aangezien dit debat op uitgebreide wijze aan bod is gekomen tijdens de voorbereidende fase van de wetgeving van 8 augustus 1997, dient men inderdaad vast te stellen dat de wetgever de logica van zijn voorkeur voor de vrijwillige

vereffening heeft onderstreept door de regel van art. 184 Venn.W. uit te leggen als een mogelijkheid voor de vereffenaar om de rechten van de schuldeisers niet op integrale wijze te voldoen (zonder dat door hem dus, hangende de vereffening, aangifte van faillissement moet worden gedaan).

Zo blijkt uit de parlementaire voorbereidingsstukken van de faillissementswet dat een amendement dat ertoe strekte dat de vennootschap in vereffening geacht wordt in staat van faillissement te zijn als blijkt dat de schulden van de schuldeisers niet volledig zullen worden terugbetaald, werd verworpen.² De minister van Justitie motiveerde deze verwerping door uitdrukkelijk te stellen dat buiten het *geval van fraude* er moet worden gekozen voor de vrijwillige vereffening boven de lange, complexe en kostelijke procedure van het faillissement.³

Het voorstel opgenomen in het verslag Hatry/Vandenberghe dat de vereffenaar zou verplicht hebben om aangifte van faillissement te doen van zodra hij vaststelde dat de vereffening deficitair was, werd eveneens verworpen.⁴ Het blijft met andere woorden meer dan ooit mogelijk een deficitaire vereffening te voeren onder het stelsel van art. 184 Venn.W.

De recente rechtspraak had reeds onderstreept dat uit art. 184 Venn.W. expliciet is af te leiden dat een *deficitaire* vereffeningstoestand principieel door de wetgever wordt toegelaten.⁵

Dit mogelijk deficitaire einde van de verrichtingen is een rechtstreeks gevolg van de noodzakelijke boedelvorming, een rechtsfeit dat zich uit kracht van de wet aan alle schuldeisers opdringt: eenmaal dat de boedel na realisatie en proportionele verdeling van de activa is uitgeput, is het doel ervan bereikt en bestaat de vennootschap niet meer.⁶

Door de invereffeningstelling van een vennootschap ontstaat er een toestand van *samenloop* op haar hele vermogen, waardoor elke schuldeiser een gelijke behandeling dient te

¹ Zie o.m. VAN BUGGENHOUT, C., «Commissaris van de opschorting: een jaar ervaring», IBR-seminaire van 25 november 1998, p. 8 e.v.; ERNST, Ph., «Verbanden tussen het gerechtelijk akkoord, het faillissement en de vereffening van vennootschappen na 1 januari 1998», *Vennootschapsrecht en Fiscaliteit* 1998, 213; VEROUSTRATE, I., *Manuel de la faillite et du curateur*, Diegem, Kluwer, 1998, 2507 drukt deze (r)evolutie op gevatte wijze als volgt uit: «Il s'agit donc d'une alternative à la faillite (d'office) que le tribunal pourrait prononcer. Afin de ne pas surprendre le débiteur, il est souhaitable que, dans la convocation du débiteur, il soit précisé que le tribunal peut soit déclarer ouverte la faillite soit ordonner au commissaire au sursis de convoquer l'assemblée en vue d'une éventuelle mise en liquidation. Il serait en vain objecté que si le tribunal estime que l'état de cessation de paiement est avéré, le tribunal doit prononcer la faillite d'office. Le tribunal n'est jamais tenu d'agir ainsi. Dans une ancienne conception, la notion d'ordre public semblait forcer le tribunal à agir. Cette conception est abandonnée par le législateur. Sans doute, la mise en liquidation ne peut-elle pas exclure la faillite: tant l'article 2, alinéa 3, de la loi sur la faillite que la jurisprudence de la Cour de cassation dans son arrêt du 17 juin 1994 le confirment. Mais rien n'empêche de tenter au préalable une phase de liquidation. C'est le vœu du législateur.»

² Amendement van mevrouw Van der Wildt, *Parl. St.*, Senaat, 1996-97, nr. 498/2, p. 2 en 3.

³ Verslag door de heren Hatry en Vandenberghe namens de Senaatscommissie voor de Justitie, *Parl. St.*, Senaat, 1996-97, nr. 498/11, p. 77-81 en 200.

⁴ Verslag door de heren Hatry en Vandenberghe namens de Senaatscommissie voor de Justitie, *Parl. St.*, Senaat, 1996-97, nr. 498/11, p. 78.

⁵ «Attendu que conformément à l'article 184 de la loi sur les sociétés commerciales, l'hypothèse de la liquidation déficitaire est possible» (Kh. Mons, 24 april 1995, A.R. 63.367/95); Gent, 19 juni 1997, *T.B.H.*, 1997, 609: «De enkele omstandigheid dat de vereffening deficitair is, laat evenwel nog niet toe het faillissement te weerhouden. De wetgever hield uitdrukkelijk rekening met de mogelijkheid van een deficitaire vereffening (zie art. 184 Vennootschappenwet, dat een evenredige verdeling onder de schuldeisers voorschrijft)». In de noot onder Kh. Hasselt, 29 september 1994, *T.B.H.*, 1991, p. 627 is te lezen dat uit het arrest van het Hof van Cassatie van 17 juni 1994 (*R.W.* 1994-95, 561) niet kan worden besloten dat de faillissementsvoorwaarden zijn vervuld als het actief niet zou volstaan om de schulden te betalen.

krijgen. De samenlooptheorie toegepast op vennootschappen in vereffening werd ontwikkeld door het Hof van Cassatie in een lange reeks arresten.⁷ Het Hof van Cassatie heeft, vertrekkend van de regel van de gelijkheid der schuldeisers vervat in art. 184 Venn.W., ernaar gestreefd het regime van de grote samenloop van het faillissement, dat het hele vermogen treft, naar de toestand van vereffening van een ontbonden vennootschap uit te breiden, zodat beide regimes thans grotendeels samenvallen.⁸

De opmerkelijke uitwerking van steeds meer rechtsgevolgen van de samenloop op de toestand van vereffening heeft enkele tientallen jaren in beslag genomen en was voorzeker geen toevalligheid, maar geïnspireerd door een economische wetmatigheid: net zoals bij het fenomeen faillissement, doet de ontbinding van een vennootschap immers een *vereffeningsboedel* ontstaan die als enige instelling de garantie biedt dat de vereffening van een geheel van goederen op een ordentelijke wijze zal verlopen. In het gemene recht van de vereffening heeft de wetgever nadrukkelijk gekozen voor de vorming van een boedel.⁹

De wetgever heeft de vorming van een boedel gewild vanaf het vereffeningbesluit door te voorzien in de sterk verminderde rechtspersoonlijkheid en door de regel van de gelijkheid onder de schuldeisers voor te schrijven in de vorm van de *proportionele betalingswijze*, wat impliceert dat de schuldeisers niet onmiddellijk of volledig in al hun rechten kunnen worden voldaan (art. 184 Venn.W.).

De rechtsleer heeft steeds het onderliggende idee van de boedelvorming verdedigd wegens de grote voordelen ervan voor de maximalisering van de opbrengst van de vereffening ten gunste van de schuldeisers.¹⁰ De rechtspraak heeft op haar beurt deze economische wetmatigheid in de rechtspraktijk omgezet.¹¹

⁶ Overwegende dat men de economische werkelijkheid, eigen aan alle vereffeningen, niet uit het oog mag verliezen; de vereffenaars moeten een beroep doen op een geëigend mechanisme om de gelijkheidsregels te doen eerbiedigen, omdat hen de nodige liquiditeiten (meestal) ontbreken om alle schuldeisers van meet af aan te voldoen, en precies om aan de doeleinden van art. 178 en 184 Venn.W. te voldoen, dienen eerst alle activa te worden vereffend en de prijs ervan te worden geïnd om alsdan tot (proportionele) betaling te kunnen overgaan» (Kh. Antwerpen, 18 april 1996, A.R. 118/96).

⁷ Waaronder de belangrijkste zijn die van 23 november 1939, *Pas.*, 1939, I, 486; 31 januari 1964, *Pas.*, 1964, I, 573 en 30 mei 1968, *Pas.*, 1968, I, 1126.

⁸ Kh. Bergen, 24 april 1995, A.R. 63.367/95: «Attendu qu'il n'est plus à démontrer que les règles relatives à la faillite sont applicables, en grande majorité, à la liquidation d'une société».

⁹ «... qui permet seule une liquidation harmonieuse de l'ensemble des actifs et passifs», HEENEN, J., noot onder Cass., 2 december 1952, *R.C.J.B.*, 1953, 291).

¹⁰ VAN RYN, J., en HEENEN, J., *Principes de droit commercial*, II, nr. 1044; SIMONART, V., *La personnalité morale en droit privé comparé*, Brussel, Bruylant, 1995, nr. 257, p. 214-215: «En principe, les personnes morales devraient perdre leur personnalité juridique au moment de leur dissolution. Il en résulterait toutefois des inconvénients pratiques considérables. Pour les pallier, la loi prévoit généralement que les personnes morales conservent leur personnalité pour les besoins de la liquidation.»

¹¹ «Les sociétés dotées de la personnalité juridique en liquidation, forment des masses d'une très grande perfection avec application du concept de concours» (Cass. 16 juni 1988, *Pas.*, 1988, I, 1250).

Vertrekkende van het gegeven van de boedelvorming die aan de organisatie van de vereffening ten grondslag ligt, was de rechtspraak nog maar een stap verwijderd van het concept van «*grote samenloop*» dat er het corrolarium van is doordat de regels die er het gevolg van zijn de wilde vereffening en een wedloop op het actief zullen beletten.

Zo heeft het Hof van Cassatie aan de vereffenaars, naar analogie met de mogelijkheden die de curator uit de Faillissementswet kan putten, de mogelijkheid gegeven zich tot de beslagrechter te wenden om de gelijke rechten van de schuldeisers op het vereffening actief te doen naleven.¹² Voorheen hadden de vereffenaars om dit doel te bereiken en zich aldus met succes te kunnen verzetten tegen gedwongen uitvoeringsmaatregelen, geen andere keuze dan aangifte te doen van faillissement. Deze praktijk raakt derhalve ingeburgerd, niet omdat aan de faillissementscriteria is voldaan, maar louter om een van de *gevolgen van een faillissements-toestand* op de vennootschap in vereffening te kunnen toepassen.

Met de economische werkelijkheid als uitgangspunt, welk criterium zowel door de wetgever als door de rechtsleer en de rechtspraak is gehanteerd, werd snel duidelijk dat in nagenoeg alle gevallen de vereffenaars een beroep moeten kunnen doen op een geëigend mechanisme om de gelijkheidsregel te doen naleven, omdat het hen aan de nodige liquiditeiten zal ontbreken om alle schuldeisers van meet af aan te voldoen.¹³

Indien het Hof van Cassatie derhalve in zijn vaste rechtspraak aan de vereffenaars het middel heeft gegeven om zich te verzetten tegen individuele uitvoeringsmaatregelen en drukingsmiddelen van de schuldeisers, is het omdat het de uitdrukkelijke wil van de wetgever was een vereffeningboedel in het leven te roepen, welke rechtsfiguur door de rechtspraak gaandeweg geperfectioneerd is geworden zonder – zoals de oude rechtsleer het reeds onderstreepte – aangifte te doen van faillissement. Daarmee werd enkel de economische realiteit bevestigd dat de organisatie van de vereffening verrichtingen – ook al maken zij het wegens de benodigde tijd voor het realiseren van goederen en schuldvorderingen niet mogelijk meteen een dividend uit te betalen – voor de ontbonden vennootschap niets te maken heeft met het al dan niet vervuld zijn van de faillissementsvoorwaarden.

Aangezien de vrijwillige vereffening, net zoals het faillissement, geen aanzuiverings- maar een vereffeningbewind uitmaakt, beantwoordt deze rechtsfiguur (in tegenstelling tot rechtsfiguren die zoals het (nieuw) gerechtelijk akkoord, in principe uitsluitend het herstel en de continuïteit van de onderneming beogen) aan de fundamentele kenmerken van de samenloop.

Hierna worden in het kort de zgn. paritasregel en het verband met een toestand van samenloop geschetst.

Voor alles is in herinnering te brengen dat (1) niet de inperking van de uitvoeringsrechten van de schuldeisers een toestand van samenloop doet ontstaan, daar deze opschorting er een van de gevolgen van is maar geenszins de oorzaak, (2) een toestand van samenloop en de paritasregel niet onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn, omdat deze laatste

¹² Cass., 23 februari 1992, *Bull. Bel.*, 1994, 734.

¹³ GÉRARD, Ph., «La règle de l'égalité entre les créanciers d'une société commerciale en liquidation», *R.C.J.B.*, 1977, 634 e.v.

slechts uitwerking heeft wanneer de rechten van de schuldeisers, na vereffening van de activa, naar evenredigheid zijn te voldoen omdat de passiva de activa overtreffen;¹⁴ omgekeerd kan er een toestand van samenloop bestaan zonder betaling naar evenredigheid, wanneer de activa, na vereffening, voldoende blijken te zijn.¹⁵ Wat wel gemeen is aan deze beide hypothesen, is de toestand van samenloop die ontstaat wanneer twee of meer schuldeisers terzelfder tijd aanspraken laten gelden op een deel of het geheel van het vermogen van de debiteur, zodat deze aanspraken met elkaar in conflict zullen komen en, aangezien elke schuldeiser in principe over gelijke executierechten beschikt, elkaar in evenwicht zullen houden.

De samenloop ontstaat slechts door het feit dat er aanspraak wordt gemaakt op activa van de debiteur om betaald te kunnen worden: het begrip samenloop onderstelt dus steeds dat de activa van de debiteur worden vereffend omdat vanaf het ogenblik waarop er van beslaglegging(en) op het patrimonium sprake is, dit nog enkel bestemd is om vereffend en verdeeld te worden ter voldoening van de rechten van de schuldeisers¹⁶ en het precies deze verdeling naar evenredigheid is die het conflict tussen de concurrente rechten zal oplossen.¹⁷

Aangezien alle schuldeisers, behoudens de wettelijke redden van voorrang, dezelfde rechten hebben, zullen de botsende aanspraken slechts hun evenwicht kunnen vinden in de paritasregel die de logische resultante is van de collectieve vereffening die *vervat is in elke toestand van samenloop*.

Het is essentieel daarbij te onderstrepen dat de samenloop en de collectieve vereffeningsgedachte die eraan ten grondslag ligt, een uitzondering vormen op de regel van de individuele vrijheid in alle omstandigheden over te gaan tot de executie van een titel op het vermogen van de debiteur.¹⁸

De paritasregel die voortvloeit uit de hypothese van de deficitaire vereffening, zoals o.m. verwoord in artikel 8 Hyp.W., is derhalve beperkend uit te leggen, d.w.z. dat hij zeker niet kan worden ingeroepen tegen een schuldeiser wanneer er geen toestand van samenloop bestaat omdat er van collectieve vereffening/verdeling geen sprake is; zo bv. in een toestand van gerechtelijk akkoord dat er uitsluitend op gericht is de continuïteit van de onderneming te verzekeren.

Ten slotte vloeit nog een fundamenteel rechtsgevolg voort uit de samenloop: de paritasregel stelt de betaling naar evenredigheid als enige mogelijke oplossing tussen de conflicterende aanspraken vast, omdat alle schuldeisers gelijke rechten hebben om te worden betaald (in principe heeft

niemand recht op een groter bedrag dan de ander), hetgeen betekent dat de onderlinge verhouding tussen de schuldeisers vanaf de inbeslagname van het patrimonium die de vereffening/verdeling tot gevolg heeft en die het moment van samenloop bepaalt, vaststaat¹⁹ (het zgn. fixatiebeginsel) en dat de schuldeisers op gelijke wijze bijdragen in het collectieve verlies van een deel van hun vordering.

Met de regel van de gelijkheid heeft dit fixatiebeginsel niets te maken: zodra de conflicterende aanspraken van de schuldeisers door de beslagleggingen een samenloop hebben totstandgebracht en de vereffening/verdeling een feit is geworden, zijn alle rechten van de schuldeisers op onherroepelijke wijze gefixeerd op het patrimonium van de schuldenaar dat uitsluitend en volledig aan de voldoening van deze rechten is toegewezen.²⁰

De fixatie van de rechten van de schuldeisers in samenloop betekent ook dat deze rechten niet meer kunnen evolueren en dat de loop der interesten, ten minste in de verhouding tussen de schuldeisers, met onmiddellijke ingang is gestuit.²¹

In de georganiseerde vormen van samenloop, zoals het faillissement en de vereffening, heeft de wetgever dit *fixatiebeginsel* uitgedrukt in o.m. de regel van de aftrek van het disconto voor de schuldvorderingen die niet vervallen zijn op het moment van de samenloop.²² De stuiting van de loop der interesten is de logische tegenhanger van deze regel;²³ hoewel niet uitdrukkelijk bepaald in de Vennootschappenwet, heeft het Hof van Cassatie dit specifieke gevolg van de samenloop en van het fixatiebeginsel uitgedrukt in art. 184, tweede lid, Venn.W., uitgebreid tot de vereffening van vennootschappen.²⁴

In de gevallen waarin het vermogen van de schuldenaar vereffend dient te worden volgens de regelen die de samenloop beheersen, heeft de wetgever deze taak toevertrouwd aan een bewindvoerder (curator, vereffenaar, gerechtsdeurwaarder). Zoals gezegd, is de algemene opdracht van deze bewindvoerder te zorgen voor het behoud van de activa, voor de realisatie ervan – o.m. door de vorderingsrechten van het onder bewind gestelde vermogen uit te oefenen –, de aanwas van het vermogen te beheren en de opbrengst van de tegeldemaking van de activa te verdelen volgens de wettelijke regelen van aanrekening.²⁵

De wetgever heeft de procedure van aangifte van de schuldvorderingen met het oog op de vastlegging van het passief en de boedelvorming, in het raam van een vrijwillige vereffening, niet gereguleerd. Men zou wellicht hieruit kunnen besluiten dat de vereffenaar niet met een actieve

¹⁴ LAURENT, F., *Cours de droit civil belge*, VI, nr. 279. Deze hypothese is o.m. verwoord in art. 8 Hyp.W. en in art. 184, eerste lid, Venn.W.

¹⁵ Deze hypothese is weergegeven in art. 184, tweede lid, Venn.W.

¹⁶ BYTTEBIER, K., *Voorrechten en hypotheeken in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu 1997, 240; VAN BUGGENHOUT, C., «Gerechtelijk akkoord en samenloop», *T.B.H.*, 1999, 181; *contra*: Antwerpen, 17 januari 2000, A.R. 2292: «Overwegende dat samenloop evenmin noodzakelijk moet leiden tot de collectieve uitwinning en vereffening van het vermogen van de schuldenaar».

¹⁷ GREGOIRE, M., *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, Brussel, Bruylant, 1992, nrs. 30 en 39.

¹⁸ Zie o.a. Cass. 26 november 1981, *Pas.*, 1982, I, 426 met conclusies van advocaat-generaal LIEKENDAEL.

¹⁹ DIRIX, E., «Schuldeisers en hun zekerheidsrechten», in *Faillissement en Gerechtelijk Akkoord: het nieuwe recht*, Antwerpen, Kluwer, 1998, 373 e.v.

²⁰ VAN GYSEL, A. CH., *Les masses de liquidation en droit privé*, Brussel, Bruylant, 1994, 334.

²¹ GREGOIRE, M., o.c., nr. 175: «Dans les rapports qui naissent de l'exécution forcée, c.à.d. dans les rapports entre créanciers, les droits sont arrêtés dans leur évolution: une des conséquences de cette cristallisation des droits est l'arrêt du cours des intérêts.»

²² Art. 22, tweede lid, Faill.W.; art. 184, eerste lid, Venn.W.

²³ Art. 23, eerste lid, Faill.W.

²⁴ Cass. 24 maart 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 802.

²⁵ Zie voor wat de faillissementscurator betreft, Cass., 1 december 1989, *R.W.* 1989-90, 1260.

samenloop te maken heeft, wat hem zou verplichten de schuldeisers op te sporen, o.m. in de boeken van de vennootschap, met uitnodiging hun vordering mee te delen om ze met de boeken van de debiteur af te stemmen.

Art. 184 Venn.W. schrijft echter voor dat de vereffenaar *alle* schulden (naar evenredigheid) dient te betalen, onder zijn persoonlijke verantwoordelijkheid: het is dus aangewezen om bij de aanvang van de opdracht de inventaris op te stellen van het passief, door alle schuldeisers van wie hij een spoor vindt in de boekhouding aan te schrijven met het oog op de bevestiging van hun schuldvordering en op de afstemming van de rekeningen.

De Vennootschappenwet vereist tevens de bekendmaking van de akte betreffende de benoeming van de vereffenaar door de neerlegging van een uittreksel van de akte in het vennootschapsdossier en bekendmaking ervan in de bijlagen van het Belgisch Staatsblad.

Bij het toepassen van de regel van de proportionele betaling die de uitdrukking is van de «*paritas creditorum*»-regel in een vereffeningssamenloop, zal de vereffenaar bijzondere aandacht hebben voor de wettelijke uitzonderingen op de gelijkheidsregel, m.a.w. voor de positie van de hypothecaire en pandhoudende schuldeisers, voor diegenen die zich op een voorrecht kunnen beroepen en voor de boedelschuldeisers. De positie van deze schuldeisers zal immers de proportionele aanrekening van de opbrengst van de activa op de schulden doorkruisen, omdat in principe geen enkele schuldeiser recht heeft op een groter bedrag dan de ander en zij allen op gelijke wijze bijdragen in het verlies van een deel van hun vordering.

De positie van de bijzonder bevoorrechte schuldeisers en schuldeisers met een zakelijk zekerheidsrecht, zoals de hypothecaire of pandhoudende schuldeisers, is even eenvoudig als radicaal: in een vereffeningssamenloop kunnen zij steeds uitvoering vorderen en hun zekerheid realiseren. Er is dan ook geen enkele bijzondere zuiveringsprocedure bepaald, in tegenstelling tot wat het geval is in het regime onder faillissementsbewind.

De vereffenaar die een vlotte realisatie van de met hypotheek of pand bezwaarde activa beoogt, zal dus de instemming van deze categorieën van schuldeisers nodig hebben en met hen afspreken onder welke voorwaarden zij bereid zullen worden gevonden om handlichting te geven.

Is de vereffenaar de mening toegedaan dat de eisen van een of meer ingeschreven schuldeisers onredelijk zijn in verhouding tot de marktwaarde van de onroerende goederen, zal hij steeds met de koper kunnen afspreken toepassing te maken van de procedure van burgerlijke zuivering,²⁶ waarbij het risico van een openbare verkoop naar de ingeschreven schuldeisers wordt doorgeschoven.

In principe kunnen de andere schuldeisers (dit zijn de gewone en algemeen bevoorrechte) naar de rechtbank stappen om hun vordering gerechtelijk te doen erkennen,

zodat de vennootschap ertoe gehouden is te betalen. De samenloop verhindert wel dat deze schuldeisers daden van tenuitvoerlegging zouden stellen ten opzichte van het vermogen van de vennootschap, waardoor ofwel de rechten van de andere schuldeisers zouden worden geschaad²⁷ ofwel het normaal verloop van de vereffening zou worden verstoord.²⁸

Door deze laatste hypothese worden zelfs louter bewarende maatregelen bedoeld die een belemmering zouden vormen voor de realisatie door de vereffenaar van de activa ten gunste van de andere schuldeisers verenigd in de vereffeningssamenloop;²⁹ door deze schorsingsbevoegdheid aan de vereffenaar te verlenen doet het Hof van Cassatie terecht het doel van het regime van de vereffening nauwer aansluiten bij dat van het faillissement, dat ook de regel van de schorsing van de individuele uitvoeringsmaatregelen aanneemt met het *identieke doel* voor ogen, namelijk dat de curator zijn taak, d.i. de collectieve vereffening van het vermogen van de schuldenaar ten behoeve van de schuldeisers, naar behoren zou kunnen vervullen.³⁰

In dit verband rust dus een belangrijke taak op de vereffenaar: indien een schuldeiser poogt uit te voeren op het vermogen onder zijn bewind gesteld, moet hij verzet aantekenen bij de beslagrechter, op straffe zijn persoonlijke aansprakelijkheid in het gedrang te brengen. Er dient immers door hem te worden vermeden dat schuldeisers rechten zouden laten gelden op de goederen van de vennootschap in vereffening die het collectieve pad van de schuldeisers verenigd in de boedel uitmaken.

Bij overdracht van de onderneming door de vereffenaar zal hij nagenoeg steeds met een dergelijke situatie worden geconfronteerd nadat hij de bepalingen van art. 442bis W.I.B. 1992, ter vrijwaring van de rechten van de schatkist, zal hebben toegepast. Ingevolge deze bepaling zal de overdracht van een tak van werkzaamheid of van een algemeenheid van goederen slechts na twee maanden aan de fiscus tegenwerpelijk zijn. Zijn er betalingschulden, dan zal de fiscus in die periode beslag leggen op de koopprijs in handen van de koper. Door de vereffenaar dient dan een procedure te worden ingesteld voor de beslagrechter om het beslag te doen opheffen indien hierdoor het gelijkheidsbeginsel wordt geschonden.³¹

In de administratieve omzendbrief die naar aanleiding van de wet van 22 december 1998 houdende fiscale bepalingen werd gepubliceerd,³² bevestigde de administratie m.b.t. de toepassing van art. 442bis W.I.B. 1992 dat de overdrachten gerealiseerd door curatoren of commissarissen inzake opschorting buiten het toepassingsgebied van deze wet zouden vallen, omdat zowel de Faillissementswet als de wet op het gerechtelijk akkoord voldoende waarborgen zouden bieden voor de Staat als schuldeiser.

Dit standpunt roept heel wat vragen op, daar de taken van vereffenaars en curatoren identiek zijn en in beide gevallen tekortkomingen aan hun wettelijk opgelegde op-

²⁶ Art. 109 e.v. Hyp.W.

²⁷ «... que le droit de poursuite individuel du créancier chirographaire mais aussi le créancier titulaire d'un privilège général se trouve suspendu dans la mesure où il porte atteinte à la règle de l'égalité; qu'ainsi, le créancier dont la créance est née avant la mise en liquidation peut recourir à des voies d'exécution mais il appartient au juge des saisies, saisi de l'opposition de la société, d'y faire échec si elles sont susceptibles de léser les droits des autres créanciers» (Cass., 19 janvier 1984, *Pas.*, I, 546).

²⁸ Cass., 23 januari 1992, *Arr. Cass.*, 1991-92, 465.

²⁹ Beslagr. Charleroi, 28 juni 1996, *R.R.D.*, 1996, 600; Gent, 26 mei 1997, *F.J.F.*, nr. 97/267; Beslagr. Charleroi, 17 maart 1998, *J.T.*, 1998, 715.

³⁰ Art. 24 Faill.W.; Cass., 26 september 1991, *Pas.*, 1992, I, 77.

³¹ Cass., 23 januari 1992, *R.W.*, 1992-93, 1089.

³² Circ. Ci. RH 81/488.797 van 28 april 1999, *Bull. Bel.*, 1999, nr. 783, p. 1530, nr. 16.

drachten worden beteugeld met hun persoonlijke aansprakelijkheid.

Zo zal de vereffenaar meer bepaald aansprakelijk kunnen worden gesteld wanneer in de vereffening geen rekening is gehouden met schulden en er een dividend wordt betaald aan de aandeelhouders³³ of nog wanneer de rangorde en het gelijkheidsbeginsel niet zijn nageleefd.³⁴

Wegens deze identieke opdrachten rijst de vraag naar de wettigheid van het door de administratie op kunstmatige wijze ingevoerde onderscheid in het toepassingsgebied van art. 442bis W.I.B. 92. Immers, teneinde het gelijkheidsbeginsel gewaarborgd door de artikelen 10, 11 en mogelijk 172 van de Grondwet niet te schenden, moet de door de wet bepaalde differentiëring kennelijk en redelijkerwijze in verband staan met de door de wet nagestreefde doelstelling.³⁵

Een vergelijking van de vereffeningsbewinden van het faillissement en de vereffening wijst uit dat dit zeker niet het geval is, omdat de doelstelling, gelet op de samenloop die in beide gevallen nagenoeg steeds zal ontstaan, identiek is naar de toestand van de schuldeisers toe. Daarentegen lijkt het gebrek aan differentiëring inzake een overdracht van een onderneming onder het gerechtelijk akkoord niet verantwoord. Aan het gerechtelijk akkoord is de toestand van samenloop – per definitie – vreemd en de commissaris inzake opschorting heeft wel een wettelijk initiatiefrecht om de overdracht van de onderneming te verwezenlijken, maar geenszins om de prijs ervan te verdelen onder de schuldeisers: de administratie schijnt immers uit het oog te verliezen dat de schuldenaar, onder het regime van het gerechtelijk akkoord, in principe zijn volledige handelsbekwaamheid behoudt. De rechtbank van koophandel kan daarbij, ingeval na de overdracht op verzoek van de commissaris toepassing wordt gemaakt van art. 24 W. Ger. Akk., hetzij het faillissement uitspreken, hetzij, met toepassing van art. 45 W. Ger. Akk., de bijeenroeping bevelen van de algemene vergadering met het oog op de invereffeningstelling van de vennootschap, maar is hiertoe geenszins verplicht. De overdracht ingevolge art. 41 W. Ger. Akk. wordt derhalve inzake de toepassing van art. 442bis W.I.B. 92, ten onrechte positief gediscrimineerd.

Welke zijn nu de gevolgen van de toestand van samenloop op de regel van de aanrekening van schulden uitgedrukt in art. 184, eerste lid, Venn.W.?

Volgens de rechtspraak van het Hof van Cassatie is in deze bepaling te lezen dat alle concurrente – zowel als de algemeen bevoorrechte schuldeisers – recht hebben op een gelijke behandeling bij de verdeling van het actief: alle schuldeisers, tenzij bevoorrecht, zijn naar evenredigheid te betalen.

Daarbij dienen eerst de uitzonderingen op de regel van de gelijke behandeling te worden onderzocht, namelijk de boedelschulden, de uitsluiting van de schuldvergelijking, de opschorting van de loop der interesten (zie *supra*) en de voorrechten.

De boedelschulden hangen rechtstreeks samen met het ontstaan van een vereffeningsbewind en met de boedelvorming die ermee gepaard gaat.

Een optimaal beheer en een efficiënte vereffening van de activa houden ten minste in dat er schulden worden gemaakt in het belang van de schuldeisers; hebben de wederpartijen van de bewindvoerder niet de zekerheid dat zij voor alle andere schulden zullen worden betaald, dan ligt het voor de hand dat zij elke medewerking/levering zullen weigeren, met het gevolg dat de normale afwikkeling van de vereffening onmogelijk zal worden gemaakt.³⁶

De schulden aangegaan door de vereffenaar met het oog op een efficiënte vereffening moeten derhalve kunnen worden uitgeoefend op de activa die van de vereffeningsboedel afhangen, zonder dat de betrokken schuldeisers in samenloop komen met de schuldeisers die met de debiteur in vereffening hebben gecontracteerd.

Dit beginsel van gezond verstand is geformuleerd in art. 99 Faill.W., waarin wordt bepaald dat de kosten en uitgaven voor het beheer van het faillissement vóór elke uitdeling aan de bevoorrechte en/of chirograire schuldeisers worden voorafgenomen van de opbrengst van de tegeldemaking van het roerend actief, en verleent aan de schuldeisers van de boedel een bevoorrechte positie ten aanzien van de schuldeisers die zich in de boedel bevinden omdat zij het recht hebben afzonderlijke daden van tenuitvoerlegging te verrichten. Is het actief van de boedel onvoldoende om alle boedelschulden te voldoen, dan treden zij op gelijke wijze aan, behoudens wanneer zij over een bevoorrechte schuldvordering beschikken.

De rechtspraak van het Hof van Cassatie heeft deze regel uitgebreid tot alle vereffeningsbewinden,³⁷ in aansluiting op alle vorige arresten die een homogene rechtspraak voor alle samenlopen hebben totstandgebracht.

Het uitgangspunt van de begripsomschrijving is dat een schuld slechts ten laste van de boedel zou worden gelegd in de hypothese dat door de bewindvoerder slechts verbintenissen worden aangegaan met het oog op het beheer van de boedel en meer bepaald door de door de schuldenaar aangegane verbintenissen verder uit te voeren of nog, door gebruik te maken van de roerende of onroerende goederen van de vennootschap, met het oog op een behoorlijk beheer van de vereffening.

Ingevolge deze rechtspraak wordt een schuld beschouwd als een boedelschuld in zoverre de verbintenis werd aangegaan ingevolge een initiatief van de bewindvoerder en met het oog op het vervullen van zijn opdracht, namelijk het behoud, de vereffening en de verdeling van de activa van het vereffende vermogen. Het betreft derhalve schulden door de curator aangegaan om zijn vereffeningswerkzaamheden tot een goed einde te brengen: in principe moeten zij dus alle in de samenloop betrokken schuldeisers tot voordeel strekken,³⁸ maar het is voor de kwalificatie van de boedelschuld niet relevant na te gaan of de verbintenissen door de ver-

³⁶ Zie o.m. VAN BUGGENHOUT, C. en VAN DE MIEROP, I., «De boedelschulden onder faillissementsbeheer: een status quaestionis», *Not. Fisc. M.*, 1996, 85.

³⁷ Cass., 16 juni 1988, *Arr. Cass.*, 1987-88, 1357, 1360 en 1363. Het is voorzeker geen toeval dat twee van deze drie arresten die op dezelfde dag werden geveld, betrekking hebben op vennootschappen in vereffening.

³⁸ GREGOIRE, M., «L'effet d'une mesure conservatoire pratiquée après l'entrée en liquidation d'une personne morale», *R.C.J.B.*, 1994, 425; Cass., 20 januari 1994, *R.W.* 1994-95, 227; Cass., 30 maart 1995, *J.L.M.B.*, 1995, 780.

³³ Rb. Oudenaarde, 13 oktober 1995, *Bull. Bel.*, nr. 766, 2506.

³⁴ Zie voetnoot 29.

³⁵ Zie o.m. VAN HEUVEN, D., «Enkele beschouwingen over het gelijkheidsbeginsel», *R.W.*, 1990-91, 589.

effenaar aangegaan voordelig dan wel nadelig zijn geweest voor de boedel: een verloren nutteloze uitgave kan van die aard zijn dat zij de aansprakelijkheid van de vereffenaar in het gedrang brengt.

Daarom zal hij bijzondere aandacht schenken aan het netelige probleem van de verderzetting van contracten met opeenvolgende prestaties die vóór het tijdstip van inverteffeningstelling werden aangegaan: in deze hypothese kunnen er immers, ingeval er naderhand door de vereffenaars een einde aan wordt gemaakt, zeer belangrijke boedelschulden ontstaan.³⁹

Compensatie of schuldvergelijking is een wijze van tenietgaan van verbintenissen en betekent, zoals bepaald in art. 1289 tot 1299 B.W., dat wanneer partijen over en weer elkaars schuldenaar en schuldeiser zijn, de verbintenissen uitdoven. De rechtspraak heeft in de loop der jaren aan deze rechtsfiguur een zekerheidsfunctie toegekend: door te compenseren verkrijgt de schuldeiser integrale voldoening ten belope van het bedrag van de eigen schuld en ontkomt hij op die manier aan de samenloop en zijn gevolgen. Na het vereffeningbesluit is in principe geen compensatie meer mogelijk: art. 1298 B.W. stelt immers dat schuldvergelijking niet plaats heeft ten voordele van de verkregen rechten van derden.⁴⁰

Op te merken is wel dat er wettelijke schuldvergelijking intreedt van rechtswege en zelfs buiten het weten van de partijen om; het is daarbij noodzakelijk maar voldoende dat het twee wederzijdse schulden betreft en dat de vorderingen vaststaand en opeisbaar zijn en betrekking hebben op vervangbare zaken van dezelfde soort.

Op het principiële verbod na samenloop een schuldvergelijking door te voeren wordt door de rechtspraak een belangrijke uitzondering toegepast, namelijk wanneer vordering en tegenvordering met elkaar verknocht en samenhangend zijn.⁴¹

Net zoals voor de constructies rond de conventionele compensatie het geval is, vervult het beding van uitgestelde eigendomsoverdracht onmiskenbaar een zekerheidsfunctie.⁴² Krachtens de overeenkomst is de verkoper, ingeval van wanbetaling, gerechtigd om de geleverde goederen terug te vorderen. De uitoefening van dit terugnemingsrecht is niet afhankelijk van de ontbinding van de overeenkomst; zij kan dus gebeuren zonder dat door de verkoper gelijktijdig de ontbinding van de overeenkomst moet worden gevorderd. Deze ontbinding zal a.h.w. van rechtswege het gevolg zijn van de terugname door de verkoper.

³⁹ De meerderheid van de rechtsleer en de rechtspraak is immers de mening toegedaan dat de gehandhaafde verbintenissen ondeelbaar zijn, zodat de verbrekingsvergoeding, ook al heeft zij voor het grootste deel betrekking op de uitvoering van de overeenkomst vóór de inverteffeningstelling, ten laste van de boedel zal vallen (vgl. met art. 90 Faill.W.).

⁴⁰ Daarom stellen rechtspraak en rechtsleer dat compensatie niet meer mogelijk is na faillissement en soortgelijke samenloopprocedures inzake samenloop van inverteffeningstelling (Cass., 23 november 1939, *Pas.* 1939, I, 486; DIRIX, E. en KORTMANN, S., «Compensatie en concursus creditorum», *T.P.R.*, 1989, 1657-1693).

⁴¹ Cass., 2 september 1982, (*Arr. Cass.*, 1982-83, 3; Cass., 6 juni 1994, *R.W.*, 1994-95, 914).

⁴² Cass. fr., 15 maart 1988, *J.C.P.*, 1989, II, 21348 («... la réserve de propriété, assortissant la créance du prix de vente, pour en garantir le paiement»).

De rechtspraak heeft beslist dat, in navolging van de toen geldende oplossing inzake faillissement, een beding van eigendomsvoorbehoud aan de schuldeisers verenigd in een vereffeningboedel niet kan worden tegengeworpen: na de inverteffeningstelling van de vennootschap kan de schuldeiser zijn terugvorderingsrecht niet meer instellen ten aanzien van de andere schuldeisers in de boedel.⁴³

Inmiddels heeft de Faillissementswet van 8 augustus 1997 de positie van deze schuldeiser op ingrijpende wijze gewijzigd: het eigendomsvoorbehoud is voortaan tegenwerpelijk ingeval van faillissement van de koper. Hoewel de wet de wijzigingen enkel aan een samenloop onder faillissementsbewind heeft aangebracht⁴⁴ dient men ervan uit te gaan dat de rechtspraak, om dezelfde reden als die welke destijds werd aangenomen om de oplossing van het faillissementsrecht over te zetten naar een vereffeningssamenloop, deze regeling zal toepassen op een vereffeningboedel.

Niettegenstaande het faillissement van de koper kan de verkoper voortaan de onder een beding van eigendomsvoorbehoud verkochte roerende goederen terugvorderen voor zover het voorbehoud schriftelijk werd overeengekomen uiterlijk op het ogenblik van de levering van de goederen.⁴⁵ Deze moeten zich nog in natura bevinden bij de schuldenaar en mogen niet onroerend door incorporatie geworden zijn, noch vermengd zijn met een ander roerend goed.

De regel volgens welke de rechtsoverdracht vervalt indien ze niet is ingesteld vóór het sluiten van het proces-verbaal van verificatie van schuldverdragen is bij gebrek aan burgerlijke procedure niet transposeerbaar naar de vereffening van vennootschappen.

Deze regel is voornamelijk ingegeven om redenen van rechtszekerheid en die verband houden met de realisatieopdracht van de curator: onder het faillissementsbewind is immers met de realisatie aan te vangen ten vroegste na het sluiten van het proces-verbaal van verificatie (art. 75 Faill.W.). Aangezien ook door de vereffenaar binnen een redelijke termijn na de aanvaarding van zijn opdracht met de realisatie van de activa een aanvang moet worden genomen, valt het te verdedigen dat het recht van terugvordering door de verkoper moet worden uitgeoefend binnen een – naargelang de omstandigheden – redelijke termijn nadat hij door de vereffenaar zal zijn uitgenodigd zijn vordering te bevestigen, op straffe de opdracht van de vereffenaar onmogelijk te maken.

Zoals gezegd, zijn de uitzonderingen op het gelijkheidsbeginsel de wettelijke redenen van voorrang, namelijk de voorrechten en hypotheeken. Het voorrecht kan daarom enkel door een wet worden totstandgebracht, die de draagwijdte, de rang en het onderpand van het voorrecht bepaalt.

Dat de aansprakelijkheid van de vereffenaar voor de verrekening van de schulden (tenminste als het een defici-

⁴³ Cass., 31 januari 1964, *Pas.*, 1964, I, 593; Cass., 22 september 1994, *R.W.*, 1994-95, 1264.

⁴⁴ Art. 101 e.v. Faill.W.

⁴⁵ In dit opzicht wordt in de rechtsleer en rechtspraak de opvatting verdedigd dat dit geschrift het uitdrukkelijk akkoord van de koper moet behelzen, als voorwaarde van tegenwerpelijkheid aan de schuldeisers, zodat een beding opgenomen in de algemene voorwaarden niet zal volstaan (VEROUGSTRAETE, I., o.c., 835; Kh. Huy, 16 december 1998, *T.B.H.*, 1999, 641).

taire vereffening betreft), gelet op de vermenigvuldiging van de voorrechten, zeer groot is, hoeft geen betoog.⁴⁶ Zijn taak wordt daarenboven nog enorm bemoeilijkt door het feit dat zowel de wetgeving als de rechtspraak en de rechtsleer niet altijd uitblinken door de eenstemmigheid van de standpunten. Zelfs over de toekenning van erelonen aan de vereffenaars wanneer niet alle schulden kunnen worden voldaan, heerst de grootste verwarring, bij gebrek aan wettelijke regeling.

Traditioneel is men ervan uitgegaan dat de vordering tot betaling van het ereloon van de vereffenaar een chirographaire vordering zou zijn.⁴⁷ Een vereffenaar, die geen gerechtelijke vereffenaar is, kan zich immers niet beroepen op het voorrecht van de gerechtskosten. Nochtans is daarbij op te merken dat wanneer advocaten als vereffenaar worden aangesteld zij zich, minstens voor wat de geïnde bedragen op uitstaande vorderingen betreft, kunnen beroepen op het voorrecht van het behoud van de zaak (art. 20, 4°, Hyp.W.).

Dit zal ook het geval zijn wanneer een faillissement zou worden uitgesproken hangende de vereffening en men aanneemt dat er een andere boedel wordt gevormd, omdat het faillissement een nieuwe samenloop zou doen ontstaan.⁴⁸

Men mag echter nooit uit het oog verliezen dat de wetgever inzake vennootschappen in vereffening de fictie van het behoud van de (verminderde) rechtspersoonlijkheid heeft ingevoerd om de noodzakelijke boedelvorming een juridisch karakter te geven.⁴⁹

Daar deze boedelvorming precies is gewild om de opbrengst van de te realiseren activa zo groot mogelijk te maken, spreekt het voor zich dat geen enkele bewindvoerder over deze boedel zou kunnen worden gevonden indien zijn ereloon niet betaald zou kunnen worden uit de boedel, net zoals de kosten en uitgaven die door hem worden aangegaan om te kunnen vereffenen, en dit naar analogie met het faillissementsregime.⁵⁰

Ten slotte volgt hierna een voorbeeld van de warrige toestand die kan ontstaan rond de aard, de draagwijdte en het nadeel van een voorrecht dat in de praktijk van de vereffeningen in nagenoeg alle gevallen de uitslag van de verrekening van de schulden mee zal bepalen.

Teneinde na faillissement van de werkgever een betere inning van de bedrijfsvoorheffing te verzekeren, heeft de fiscale wetgever aan de vereffenaar bijkomende verplichtingen opgelegd, waardoor hij wordt onderworpen aan dezelfde verplichtingen als de werkgever en die zijn neergelegd in art. 270, 6° en 272, 1°, W.I.B. 1992, als gewijzigd bij wet van

22 juli 1993. Deze wijzigingen bestaan erin dat de vereffenaar, net als de werkgever, als de schuldenaar van de bedrijfsvoorheffing op de schuldvorderingen die hij honoreert met de hoedanigheid van bezoldiging aan te wijzen en hem het recht (plicht) toe te kennen op de door hem uit te betalen belastbare inkomsten de bedrijfsvoorheffing in te houden om hem aldus in de gelegenheid te stellen zijn verplichtingen terzake na te komen.

De nakoming door de vereffenaar van voornoemde verplichtingen heeft evenwel tot toepassingsmoeilijkheden geleid, zoals blijkt uit het arrest van het Hof van Cassatie van 23 mei 1996.⁵¹ In dit arrest worden de hierboven vermelde wettelijke verplichtingen, bepaald in art. 270, 6°, W.I.B. / 1992, die door de curator of vereffenaar moeten worden nageleefd bij de honorering van schuldvorderingen met de hoedanigheid van bezoldigingen, als volgt door het Hof van Cassatie omschreven: de curator moet de schuldvordering van de werknemer berekenen op grond van het brutoloon, verminderd met de socialezekerheidsbijdrage van de werknemer en met forfaitair berekende bedrijfsvoorheffing (27,25 %); de curator stelt deze forfaitaire bedrijfsvoorheffing vast op grondslag van de bruto-inkomsten, verminderd met de verplichte sociale inhoudingen; hij stort de ingehouden bedrijfsvoorheffing door aan het bestuur als de rang van de respectieve voorrechten dit toestaat, met andere woorden indien de schuldvordering van de fiscus uit hoofde van de bedrijfsvoorheffing in nuttige orde van verdeling komt.

Het Hof van Cassatie heeft aldus het arrest van het Hof van Beroep te Gent vernietigd, waarin werd beslist dat de curator, voor de bepaling van de omvang van het voorrecht, van het brutoloon de werknemersbijdrage van de sociale zekerheid moet aftrekken en ook de bedrijfsvoorheffing, berekend volgens gemeenrechtelijke schalen, zonder evenwel de bedrijfsvoorheffing aan het bestuur over te maken, en dat hij daarnaast op het aldus berekende nettobedrag de forfaitair te berekenen bedrijfsvoorheffing van 27,25 % moet inhouden en doorstorten aan het bestuur.

Uit dit cassatiearrest dient te worden afgeleid dat de vereffenaar slechts gehouden is tot het doorstorten aan de fiscus van de door hem op de schuldvorderingen van de werknemers ingehouden bedrijfsvoorheffing, voor zover de schuldvordering van de fiscus uit hoofde van de bedrijfsvoorheffing in nuttige rangorde van verdeling komt, en aangenomen dat, zo de voorhanden en te verdelen gelden ontoereikend zijn om de schuldvordering van de fiscus uit hoofde van bedrijfsvoorheffing te honoreren, de vereffenaar niettemin de op hem rustende fiscale verplichtingen, als neergelegd in onder meer art. 270, 6° en 272, 1°, W.I.B. is nagekomen, voor zover het bewijs voorligt dat hij op het brutoloon van de werknemers, verminderd met de socialezekerheidsbijdrage van de werknemer, die hij honoreert, de forfaitair berekende bedrijfsvoorheffing heeft ingehouden.

Uit het officiële standpunt ingenomen door de minister van Financiën omtrent dit arrest, blijkt dat de fiscus zich heeft neergelegd bij de in dit arrest gehuldigde principes, ofschoon hij in deze zaak geen partij was, en aldus afstapt van de berekeningswijze van de bedrijfsvoorheffing die door het Hof van Cassatie weliswaar als onwettig werd be-

⁴⁶ Zie voor een toepassingsgeval, Rb. Veurne, 20 september 1996, *Bull. Bel.*, nr. 781, 729; Antwerpen, 4 oktober 1994, *Bull. Bel.*, nr. 769, 432.

⁴⁷ Brussel, 12 augustus 1875, *Pas.*, 1876, II, 2.

⁴⁸ Kh. Dendermonde, 1 maart 1993, *T.B.H.*, 1994, 939.

⁴⁹ VAN GYSEL, A.C., o.c., 155.

⁵⁰ De meeste auteurs verdedigen in elk geval dit logisch standpunt (DE BIE, E. en DE LEENHEER, J., *Vereffening van vennootschappen na de wet van 13 april 1995*, Brussel, Ced. Samson, 1995, 88) en nemen aan dat de vordering tot betaling van het ereloon de aard van boedelschuld behoudt, zelfs al volgt er een faillissement: precies door de homogeniteit van beide regimes die ontstaan is uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie, is niet meer vol te houden dat het faillissement opnieuw een samenloop zou doen ontstaan die van de eerste zou verschillen, in die zin dat hij andere rechtsgevolgen zou doen ontstaan.

⁵¹ R.W. 1996-97, 563, met conclusie van advocaat-generaal M. DE SWAEF, *T.B.H.*, 1996, 718, met noot TH. WERQUIN.

stempeld, maar die nochtans door de wet van 22 juli 1993 op aandringen van de administratie aan de vereffenaars en curatoren werd opgelegd.

Dat dit debat nog niet op definitieve wijze is beslecht, moge blijken uit de gedingen die na de uitspraak van het Hof van Cassatie bij de rechtbanken aanhangig zijn gemaakt.⁵² De vraag rijst immers, zelfs al mocht de redenering van het Hof van Cassatie worden gevolgd, in hoeverre de door de curator conform de fiscale wetgeving ingehouden bedrijfsvoorheffing op de schuldvorderingen die hij honoreert met de hoedanigheid van bezoldigingen als bedoeld in art. 30, W.I.B. 1992, een *bevrijdend karakter* vertoont, met andere woorden in de door de vereffenaar ingehouden bedrijfsvoorheffing door de fiscus in hoeverre in aanmerking dient te worden genomen bij de vaststelling van de belastingtoestand van de betrokken werknemer en dient te worden verrekend met de belasting die in zijn persoon zal worden gevestigd of werd gevestigd uit hoofde van de voornoemde inkomsten, en dit ongeacht het al dan niet doorstorten door de vereffenaar aan de fiscus van de ingehouden bedrijfsvoorheffing.

Deze vraag is des te prangender nu de minister van Financiën zich blijkbaar op het standpunt heeft gesteld dat slechts de effectief aan de fiscus gestorte bedrijfsvoorheffing kan worden verrekend en hiervoor verwijst naar het bericht aan de werkgevers en andere schuldenaars van de voorheffing, bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad* van 8 februari 1997, blz. 2637 e.v.⁵³

⁵² Zie o.m. Gent, 25 november 1999, onuitg., A.R. 1997/733.

⁵³ Dit was ook het standpunt van het Hof van Beroep te Gent in het in voetnoot 52 geciteerde arrest.

Opmerkelijk is dat dit standpunt echter niet wordt gedeeld door het bestuur der directe belastingen, dat in zijn commentaar op de inkomstenbelastingen sub 312/42 (1992) bepaalt dat, indien de bedrijfsvoorheffing werkelijk op de betaalde bezoldiging is ingehouden bij de regularisatie van de belastingtoestand van de betrokken bezoldigde, *steeds* rekening moet worden gehouden met de totale werkelijk ingehouden bedrijfsvoorheffing, *ongeacht of die voorheffing al dan niet in de Schatkist is gestort*.

Men kan zich dus afvragen of het door de fiscus thans ingenomen standpunt niet indruist tegen de stelling van de fiscus zelf, zoals deze is neergelegd in zijn commentaar op het Wetboek van Inkomstenbelastingen.

Brengt het niet in aanmerking nemen van de door de curator/vereffenaar ingehouden, maar niet gestorte bedrijfsvoorheffing, geen ongelijke behandeling mee van enerzijds de werknemers van een gefailleerde/vereffende onderneming, voor wie slechts de door de curator/vereffenaar gestorte bedrijfsvoorheffing in aanmerking komt bij het bepalen van hun belastingtoestand, en anderzijds de werknemers van een insolvable werkgever, die zich in de onmogelijkheid bevindt om de ingehouden bedrijfsvoorheffing aan de fiscus te storten, omdat in laatstgenoemd geval wordt aangenomen dat de bedrijfsvoorheffing wel kan worden verrekend ondanks de niet-doorstorting ervan door de werkgever aan de fiscus? Hieruit dient wellicht te worden afgeleid dat de op onderhavig geval toepasselijke fiscale bepalingen in de uitlegging die hieraan door de minister van Financiën wordt gegeven, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schenden.

Christian VAN BUGGENHOUT

RECHTSPRAAK

ARBITRAGEHOF

6 APRIL 2000

Voorzitter: de h. De Baets

Rapporteurs: de hh. De Groot en Martens

Advocaten: mrs. De Bruyn, Pringuet loco Brys en Loos, Mertens, Grootjans, Gevers, Barbier loco Tournicourt, Goffin, Joris, Wese, Spinoit, Vanderkerken, Pels loco Vancaenehem en Peters

1. Arbitragehof – Prejudiciële vraag – Wijziging van de inhoud van de gestelde vraag – Onontvankelijk – 2. Grondwet – Gelijkheid en niet-discriminatie – a) Douane en accijnzen – Administratie der douane en accijnzen – Strafvordering – Optreden in de hoedanigheid van overheid belast met het onderzoek en in de hoedanigheid van vervolgende overheid – b) Drankslijterij – Opschorting, uitstel en probatie – Niet-toepasselijkheid – Beroepsverbod – Beperking in de tijd

1. De bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof maakt het niet mogelijk de inhoud van de gestelde prejudiciële vraag te wijzigen of te laten wijzigen door het Arbitragehof. Het verzoek van een partij om de toetsing uit te breiden tot bepalingen waarover de verwijzende rechter geen prejudiciële vraag heeft gesteld, kan bijgevolg niet worden ingewilligd.

2. a) De artikelen 267 tot 285 van het K.B. van 18 juli 1977 tot coördinatie van de algemene bepalingen inzake douane en accijnzen schenden niet de artikelen 10 en 11 van de Grondwet in zoverre zij, inzake douane en accijnzen, in een regeling van de strafvordering en van de strafrechtspleging voorzien die verschilt van die van de strafvordering en de strafrechtspleging in het algemeen, doordat de administratie der douane en accijnzen tegelijkertijd optreedt in de hoedanigheid van overheid belast met het onderzoek en in de hoedanigheid van vervolgende overheid.

b) Art. 41 van het K.B. van 3 april 1953 tot samen ordening van de wetbepalingen inzake de slijterijen van gegiste dranken schendt niet de artikelen 10 en 11 van de Grondwet,

afzonderlijk of gelezen in samenhang met art. 6 E.V.R.M., in zoverre het de rechter niet toestaat de bepalingen van de wet van 29 juni 1964 betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie toe te passen op de straffen vastgesteld bij de voormelde wet van 3 april 1953, met uitzondering van de hoofdgevangenisstraf.

De artikelen 1, eerste lid, 4^o, 2, § 1, 1^o en 2^o, en 37, § 3, van het K.B. van 3 april 1953 tot samenordering van de wetsbepalingen inzake de slijterijen van gegiste dranken en de artikelen 11, § 1, 4^o, 11, § 2, en 27, § 5, van de wet van 28 december 1983 betreffende het verstrekken van sterke drank en betreffende het vergunningsrecht schenden de artikelen 10 en 11 van de Grondwet in de interpretatie volgens welke in geen enkele mogelijkheid is voorzien om het beroepsverbod in de tijd te beperken. Dezelfde bepalingen schenden niet de artikelen 10 en 11 van de Grondwet in de interpretatie volgens welke het herstel in eer en rechten het beroepsverbod doet ophouden.

Arrest nr. 40/2000

In de samengevoegde zaken met rolnummers 1447 en andere zijn prejudiciële vragen gesteld door het Hof van Beroep te Gent, het Hof van Beroep te Antwerpen, de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent, de Correctionele Rechtbank te Antwerpen en de Correctionele Rechtbank te Hasselt over drie reeksen bepalingen, namelijk over hoofdstuk XXV van de algemene wet inzake douane en accijnzen (in alle zaken), over art. 41 van het K.B. van 3 april 1953 tot samenordering van de wetsbepalingen inzake de slijterijen van gegiste dranken (in de zaak nr. 1706), en over een aantal andere bepalingen van voormeld K.B. van 3 april 1953, alsmede over een aantal artikelen van de wet van 28 december 1983 betreffende het verstrekken van sterke drank en betreffende het vergunningsrecht (in de zaak nr. 1724).

Om reden van overzichtelijkheid onderzoekt het Hof elk van die drie reeksen wetsbepalingen afzonderlijk en in voormelde volgorde.

...
In rechte
...

1) Ten aanzien van hoofdstuk XXV van de algemene wet inzake douane en accijnzen (hierna: A.W.D.A.)

Strekking van de prejudiciële vragen

B.2. De verwijzende rechtscollages vragen het Hof of de bepalingen van hoofdstuk XXV van de A.W.D.A. de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schenden, doordat de strafvordering en de strafrechtspleging inzake douane en accijnzen, in vergelijking met de strafvordering en de strafrechtspleging in het algemeen niet dezelfde waarborgen bieden aan de verdachte.

Verzoek tot herformulering

B.4.1. Een partij in de zaak nr. 1735 verzoekt het Hof de gestelde vraag te herformuleren, enerzijds, door de toetsing uit te breiden tot de artikelen 193 tot 197, 189 en 222 van de algemene wet inzake douane en accijnzen, en, anderzijds, door de te toetsen bepalingen te lezen «in samenhang met

art. 6 E.V.R.M.» en ze vervolgens te toetsen «aan de artikelen 10 en 11 van de Grondwet».

B.4.2.1. De bijzondere wet van 6 januari 1989 maakt het niet mogelijk de inhoud van de gestelde vraag te wijzigen of te laten wijzigen door het Hof. Het verzoek van de partij om de toetsing uit te breiden tot bepalingen waarover de verwijzende rechter geen vraag heeft gesteld, kan bijgevolg niet worden ingewilligd.

B.4.2.2. Het Hof stelt bovendien vast dat de prejudiciële vragen geen betrekking hebben op andere van het gemene recht afwijkende bepalingen dan die welke zijn opgenomen in hoofdstuk XXV van de A.W.D.A.

B.4.3. Het Hof beperkt zijn onderzoek tot de bepalingen vermeld in de prejudiciële vragen.

Ten gronde

B.5.1. De bepalingen van hoofdstuk XXV van de A.W.D.A. strekken ertoe, enerzijds, de wijze te bepalen waarop overtredingen de douane- en accijnswetgeving worden vastgesteld en tot inbeslagneming wordt overgegaan (art. 267 tot 278), en, anderzijds, de wijze te bepalen waarop die overtredingen zowel op burgerrechtelijk als strafrechtelijk vlak, worden vervolgd en berecht (art. 279 tot 285).

B.5.2. Die bepalingen doen volgens de verwijzingsbeslissingen de vraag rijzen naar de bestaanbaarheid ervan met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, omdat de strafvordering en de strafrechtspleging ter zake van douane- en accijnsmisdriven niet met dezelfde waarborgen van onafhankelijkheid zouden zijn omgeven als in het gemene recht, aangezien de administratie der douane en accijnzen optreedt als onderzoekende en vervolgende overheid en als belanghebbende partij.

B.6.1. De Ministerraad is van mening dat de verschillende categorieën van rechtzoekenden – enerzijds, degenen die worden verdacht van misdrijven inzake douane en accijnzen en, anderzijds, degenen die worden verdacht van misdrijven van gemeen recht – niet met elkaar kunnen worden vergeleken.

B.6.2. Ook al bestaan er verschillen tussen douanemisdrijven en andere misdrijven, toch vertonen de voorwaarden van hun bestraffing voldoende gemeenschappelijke punten opdat de categorieën van vervolgte personen vergelijkbaar zijn vanuit het oogpunt van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

B.7.1. De wetgever beoogde met de in het geding zijnde bepalingen, als onderdeel van de regelgeving over het invorderen van douane- en accijnsrechten, een eigen systeem voor strafrechtelijke opsporing en vervolging te ontwikkelen teneinde de omvang en frequentie van de fraude te bestrijden in deze bijzonder technische en grensoverschrijdende materie, die thans mede door een uitgebreide Europese regelgeving wordt beheerst.

B.7.2. Ook als strekken de door de wetgever genomen maatregelen ertoe misbruiken in de sector van de douane en accijnzen efficiënter te onderzoeken en te vervolgen, toch is de omstandigheid dat soortgelijke misbruiken, strafbaar gesteld in andere fiscale aangelegenheden, het voorwerp uitmaken van een andere benadering, op zich niet van die aard dat ze die maatregelen hun verantwoording kan ontnemen.

B.8. Er moet evenwel worden nagegaan of de in het geding zijnde bepalingen een discriminatie teweegbrengen op

het vlak van de onafhankelijkheid van de onderzoekende en vervolgende overheid, tussen, enerzijds, de personen die worden verdacht van misdrijven, strafbaar gesteld in de douane- en accijnswetgeving, en, anderzijds, de personen die worden verdacht van misdrijven, strafbaar gesteld in het gemene strafrecht.

B.9. Daartoe onderzoekt het Hof elk van de drie hoedanigheden waarin volgens de verwijzingsbeslissingen de administratie der douane en accijnzen optreedt, namelijk als onderzoekende en vervolgende overheid en als belanghebbende partij.

De Administratie der douane en accijnzen als onderzoekende overheid (art. 267 tot 278 van de A.W.D.A.)

B.10. Betoogd wordt dat de opsporing en het onderzoek van douane- en accijnsmisdriften worden uitgevoerd door ambtenaren van de administratie der douane- en accijnzen op grond van onderzoeksbevoegdheden die, inzake het onderzoek van een gemeenrechtelijk misdrijf, pas kunnen plaatsvinden nadat een gerechtelijk onderzoek is gevorderd en het onderzoek onder leiding van een onderzoeksrechter werd geplaatst. De waarborgen van het gemene recht dat het gerechtelijk onderzoek zowel *à charge* als *à décharge* wordt gevoerd en dat de onderzoeksrechter waakt over de wettigheid van de bewijsmiddelen en de wijze waarop die worden verzameld, zouden ontbreken bij een onderzoek van douane- en accijnsmisdriften.

B.11.1. De ambtenaren van de administratie der douane en accijnzen beschikken over ruime bevoegdheden om overtredingen van de douane- en accijnswetgeving op te sporen en te onderzoeken.

B.11.2. De bevoegdheden waarover die ambtenaren beschikken zijn evenwel niet alle ingesteld door de bepalingen die ter toetsing aan het Hof zijn voorgelegd. Zo zijn de bepalingen van onder meer de hoofdstukken XVIII («Bewaking en verzegeling»), XX («Visitatie en peiling»), XXI («Bijzondere bepalingen betreffende visitatie en peiling inzake de accijnzen») en XXII («Controlemaatregelen») niet binnen het toetsingsbereik van het Hof gebracht.

B.11.3. Het Hof, dat zich in een prejudiciële procedure enkel kan uitspreken over normen die door de verwijzende rechter aan zijn toetsing zijn voorgelegd, beperkt zijn onderzoeken tot de artikelen 267 tot 278 van de A.W.D.A.

B.12. De bepalingen bevatten voorschriften met betrekking tot, enerzijds, de processen-verbaal (art. 267 tot 272) en, anderzijds, de «aanhalingen» (inbeslagnemingen) (art. 273 tot 278).

B.13.1. Ten aanzien van de processen-verbaal wordt bepaald dat zij minstens door twee daartoe bevoegde personen moeten zijn opgesteld (art. 267), de vermeldingen die erin moeten worden opgenomen (art. 268), wanneer zij kunnen worden opgemaakt (art. 269) en wie kennisgeving ervan krijgt, onder meer de overtreder (art. 270). Voorts bepaalt art. 271 dat de bekeurde, wanneer hij aanwezig is bij de bekeuring, zal worden uitgenodigd om ook bij het opstellen van het proces-verbaal aanwezig te zijn, en, wanneer hij het wenst, het te ondertekenen en er dadelijk afschrift van te ontvangen. In geval van afwezigheid wordt een afschrift van het proces-verbaal bij een ter post aangetekende brief aan de bekeurde gezonden.

Die artikelen strekken er in hoofdzaak toe in nadere regelen te voorzien volgens welke de processen-verbaal inzake overtredingen van de douane- en accijnswetgeving moeten worden opgesteld en de wijze te regelen waarop daarvan kennis wordt gegeven, inzonderheid aan de bekeurden.

B.13.2. De partijen tonen niet aan – en het Hof ziet niet in – hoe die handelwijze discriminerend zou kunnen zijn voor diegenen ten laste van wie een proces-verbaal wegens een douane- of accijnsmisdriften wordt opgesteld. Die bepalingen verlenen hun daarentegen een aantal waarborgen: de processen-verbaal worden door ten minste twee daartoe bevoegde personen opgemaakt en de bekeurden ontvangen de nodige kennisgevingen.

B.14.1. Art. 272 van de A.W.D.A. kent aan de processen-verbaal een bijzondere wettelijke bewijswaarde toe, die een uitzondering vormt op de algemene regel dat een proces-verbaal geldt als loutere inlichting. Het vormt een uitzondering op de vrije bewijslevering in strafzaken, waarbij de rechter, naar eigen overtuiging, de bewijswaarde beoordeelt van een bepaald element. Het Hof dient te onderzoeken of voor het verschil in behandeling dat eruit voortvloeit een redelijke verantwoording bestaat en de rechten van de beklaagde niet onevenredig worden beperkt.

B.14.2. De vaststelling van overtreding van de douane- en accijnswetgeving wordt vaak bemoeilijkt door de mobiliteit van de goederen waarop douane- en accijnsrechten zijn verschuldigd. De moeilijke bewijsbaarheid die daaruit voortvloeit kan in ruime mate worden verholpen door een bijzondere geloofwaardigheid te hechten aan de vaststelling van de feiten door gekwalificeerde personen die daartoe zijn aangeduid (art. 267).

B.14.3. Rekening houdende met de *ratio legis* van art. 272 van de A.W.D.A. moet worden beklemtoond dat de bijzondere wettelijke bewijswaarde slechts betrekking heeft op het materiële element van het misdrijf en niet op de andere constitutieve bestanddelen ervan: ze is enkel verbonden aan de persoonlijk door de verbalisant gedane vaststellingen.

Bovendien mag met betrekking tot die processen-verbaal met bijzondere wettelijke bewijswaarde, overeenkomstig de rechtspraak van het Hof van Cassatie, het tegenbewijs worden geleverd door alle bewijsmiddelen, die door de rechter zullen worden beoordeeld.

B.14.4. Bijgevolg is de in art. 272 aan de processen-verbaal toegekende bewijswaarde niet onevenredig met de nagestreefde doelstellingen verwoord in B.7.1.

B.15.1. De artikelen 273 tot 278 van de A.W.D.A. hebben betrekking op de «aanhalingen» (inbeslagnemingen). Te dien aanzien wordt bepaald waar de in beslag genomen goederen moeten worden overgebracht (art. 273), welke goederen in beslag kunnen worden genomen, namelijk enkel die «waarmede is misdreven» (art. 274), hoe de in beslag genomen goederen tegen voldoende borgtocht kunnen worden teruggegeven en in welke gevallen de handlichting wordt geweigerd (art. 275). Art. 276 regelt de wijze van verkoop van in beslag genomen goederen: zij zullen niet kunnen worden verkocht voordat het vonnis tot verbeurdverklaring zal gewezen zijn, tenzij de goederen aan bederf onderhevig zijn (§ 1) of wanneer het gaat om dieren die zijn aangehaald op onbekenden, of nog, in geval van weigering van de bekeurde borgstelling te verlenen voor de kosten van onderhoud (§ 2); de ontvanger die in strijd met die bepalingen tot verkoop overgaat, is persoonlijk aansprakelijk voor de gevolgen (§ 3);

de verkoop van aangehaalde goederen moet in het openbaar aan de meestbiedende geschieden (§ 4). Art. 277 betreft twee gevallen waarbij de «aanhaling van goederen [...] zal geldig zijn zonder vonnis», namelijk wanneer het gaat om aanhalingen ten laste van onbekenden (§ 1) en aanhalingen van goederen met geringe waarde (§ 2). Ten slotte voorziet art. 278 in een regeling voor de vergoeding van de schade veroorzaakt door «verkeerde aanhalingen».

B.15.2. De inbeslagneming van goederen is in de regel een louter bewarende maatregel.

In zoverre voormelde bepalingen regelen vaststellen volgens welke inbeslagneming door ambtenaren van de administratie der douane en accijnzen kan plaatsvinden, wijken zij niet af, wat de essentie betreft, van de beginselen die in het Strafwetboek en in het Wetboek van Strafvordering zijn opgenomen, zodat niet valt in te zien hoe zij discriminerend zouden zijn.

Overigens houden die regelen tevens een aantal waarborgen in voor de beslagene: zij beperken de goederen die in beslag kunnen worden genomen, zij voorzien in de mogelijkheid om in voorkomend geval handlichting onder borgtocht te verkrijgen, zij maken de verkoop van de in beslag genomen goederen in beginsel afhankelijk van een rechterlijke beslissing tot verbeurdverklaring en omringen die verkoop met een aantal waarborgen.

B.15.3. Art. 277 van de A.W.D.A. voorziet evenwel in de mogelijkheid van «aanhaling van goederen [...] zonder vonnis».

In zoverre die maatregel een verbeurdverklaring zonder rechterlijke beslissing meebrengt, is hij in beginsel onverantwoord.

Het toepassingsgebied van die maatregel is evenwel beperkt tot, enerzijds, de aanhaling ten laste van onbekenden en, anderzijds, de aanhaling ten laste van bekende personen, voor zover de waarde van de goederen niet belangrijk is, dit wil zeggen thans niet meer bedraagt dan tienduizend frank. Gelet op die beperkingen van het toepassingsgebied van de maatregel, kan worden aangenomen dat de in art. 277 van de A.W.D.A. bedoelde aanhalingen niet onevenredig zijn met het nagestreefde doel, verwoord in B.7.1.

B.16. Uit hetgeen voorafgaat blijkt dat de taken waarmee de ambtenaren van de administratie der douane en accijnzen in het raam van de opsporing van douane- en accijnsmisdrijven krachtens de artikelen 267 tot 278 van de A.W.D.A. zijn belast, veeleer aanleunen bij de taken die in een gemeenschappelijk opsporingsonderzoek (gevoerd onder leiding van de procureur des Konings) worden verricht, dan wel bij de taken die in een gerechtelijk onderzoek (gevoerd onder leiding van de onderzoeksrechter) worden behartigd.

Hieruit volgt dat de bepalingen van de wet die afwijken van het gemene recht niet onevenredig zijn met de in B.7.1. omschreven doelstelling.

B.17. Wat de artikelen 267 tot 278 van de A.W.D.A. betreft, moeten de prejudiciële vragen ontkennend worden beantwoord.

De administratie der douane en accijnzen als vervolgende overheid (art. 279 tot 285 van de A.W.D.A.)

B.18. Betoogd wordt dat de strafvervolgung inzake douane- en accijnsmisdrijven wordt uitgeoefend door ambtenaren van de administratie der douane en accijnzen, die tot

de uitvoerende macht behoren, terwijl voor gemeenschappelijke misdrijven (en voor andere fiscale misdrijven) de strafvordering wordt uitgeoefend door het openbaar ministerie, dat tot de rechterlijke macht behoort. Aldus zou in eerstvermelde misdrijven de rechtsbescherming van de verdachte bij de uitoefening van de strafvordering niet worden gewaarborgd, aangezien ambtenaren niet dezelfde waarborgen van onafhankelijkheid bieden als parketmagistraten. Bovendien zouden willekeurige transacties in douane- en accijnsmisdrijven mogelijk worden op het ogenblik dat een onafhankelijke strafrechter met de behandeling van de strafzaak reeds is belast.

B.19.1. De vervolging en berechting van alle zaken betreffende douane en accijnzen worden geregeld door de artikelen 280 tot 285 van de A.W.D.A. (art. 279).

B.19.2. De louter burgerlijke vorderingen worden berecht volgens de regelen van het Gerechtelijk Wetboek inzake bevoegdheid en rechtspleging (art. 280).

B.19.3. De misdrijven en de terzelfder tijd ingestelde burgerlijke vorderingen worden vervolgd voor de naar de gewone regelen bevoegde strafrechten en behandeld overeenkomstig het Wetboek van Strafvordering (art. 282 en 283). De strafrechter bij wie een strafvordering is ahangig gemaakt, moet tevens oordelen over de burgerlijke vordering (art. 283).

B.19.4. Wat de uitoefening van de strafvordering betreft, komt het initiatiefrecht om douane- en accijnsmisdrijven te vervolgen, niet toe aan het openbaar ministerie, maar wel aan de administratie der douane en accijnzen (art. 281).

Daarbij moet het volgende onderscheid worden gemaakt:

- de administratie oefent de strafvordering alleen uit wat betreft de douanemisdrijven die slechts worden bestraft met vermogensstraffen (boeten, verbeurdverklaringen, sluiten van fabrieken of werkplaatsen); het openbaar ministerie moet echter wel worden gehoord (art. 281, § 2);

- ten aanzien van douanemisdrijven die naast vermogensstraffen ook strafbaar zijn met een hoofdgevangenisstraf, wordt de strafvordering gelijktijdig uitgeoefend door de administratie en het openbaar ministerie, met dien verstande dat alleen het openbaar ministerie een hoofdgevangenisstraf kan vorderen; het openbaar ministerie kan evenwel enkel vorderen als de administratie het initiatief tot vervolging heeft genomen (art. 281, § 3).

B.20. Uit die bepalingen blijkt dat de administratie der douane en accijnzen ruime bevoegdheden heeft op het vlak van onder meer de uitoefening van de strafvordering. Zij heeft het initiatiefrecht terzake, met dien verstande dat in voorkomend geval het openbaar ministerie bij de uitoefening van de strafvordering moet worden betrokken, hetzij middels het uitbrengen van een advies, hetzij om een hoofdgevangenisstraf te vorderen.

B.21. Om uit te maken of een zodanige regeling discriminerend is ten aanzien van verdachten van een douanemisdrijf, vergeleken met de regeling die in het gemeene strafprocesrecht geldt, moet worden nagegaan hoe de waarborgen van onafhankelijkheid worden verzekerd wat de parketmagistraten betreft, enerzijds, en wat de ambtenaren van de administratie betreft, anderzijds.

B.22. In tegenstelling tot de magistraten van de zetel hebben die van het openbaar ministerie geen rechtsprekende bevoegdheid: zij vervullen de plichten van hun ambt bij de hoven en rechtbanken om een juiste toepassing van de wet te

vorderen, alsook om de vereisten van de openbare orde en van een goede rechtsbedeling te verdedigen. In de artikelen 40 en 153 heeft de Grondwet zelf de basis gelegd voor het statuut en de organisatie van het openbaar ministerie. Dat statuut en die organisatie worden met name gekenmerkt door de relaties van hiërarchische aard tussen de parketmagistraten.

B.23.1. Ten aanzien van de federale ambtenaren, waartoe de ambtenaren van de administratie der douane en accijnzen behoren, bepaalt art. 107, tweede lid, van de Grondwet: «[De Koning] benoemt de ambtenaren bij het algemeen bestuur en bij de buitenlandse betrekkingen, behoudens de door de wetten gestelde uitzonderingen.»

B.23.2. Het K.B. van 2 oktober 1937 houdende het statuut van het Rijkspersoneel bevat in deel II een opsomming van «rechten en plichten». Elke overtreding op een aantal van die bepalingen wordt bestraft met tuchtstraffen, onverminderd die toepassing van de strafwetten.

B.24.1. Art. 151, § 1, tweede zin, van de Grondwet bepaalt: «Het openbaar ministerie is onafhankelijk in de individuele opsporing en vervolging, onverminderd het recht van de bevoegde Minister om de vervolging te bevelen en om de bindende richtlijnen van het strafrechtelijk beleid, inclusief die van het opsporings- en vervolgingsbeleid, vast te leggen.»

Krachtens die bepaling geniet het openbaar ministerie, op het gebied van de individuele vervolging, een onafhankelijkheid die geen enkele vergelijkbare bepaling aan de ambtenaren van de administratie waarborgt. Er is dus een verschil tussen de twee categorieën van ambtenaren belast met de strafrechtelijke vervolging.

B.24.2. Die verschillende rechtspositie van de vervolgende partijen stelt evenwel geen onverantwoord verschil in behandeling in tussen de vervolgte personen. Rekening houdende met het feit dat de geschillen worden beslecht door de strafrechter, die alle waarborgen van onafhankelijkheid en onpartijdigheid biedt, is het, vanwege het specifieke karakter van de aangelegenheid vermeld in B.7.1., niet kennelijk onevenredig met de nagestreefde doelstellingen de vervolging toe te vertrouwen aan een gespecialiseerde administratie, zelfs indien die niet dezelfde onafhankelijkheid heeft als het openbaar ministerie.

B.25. Aangezien de bepalingen betreffende de dading niet in de prejudiciële vragen zijn vermeld, vermag het Hof de te dien aanzien geuite kritiek niet te onderzoeken.

B.26. De verwijzing van de partijen naar de argumentatie van het arrest van het Arbitragehof nr. 67/98 en van het arrest Bönisch van 6 mei 1985 van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens is niet pertinent. De administratie van douane en accijnzen oefent immers geen jurisdictionele functie uit en zij treedt niet op in de hoedanigheid van deskundige of getuige.

B.27. Uit het bovenstaande volgt dat, wat de artikelen 279 tot 285 van de A.W.D.A. betreft, de prejudiciële vragen ontkennend moeten worden beantwoord.

De administratie der douane en accijnzen als «belanghebbende partij»

B.28. In de verwijzingsbeslissingen wordt de vraag gesteld of de bepalingen van hoofdstuk XXV van de A.W.D.A. wel voldoende waarborgen van onafhankelijkheid bieden, daar

de administratie der douane en accijnzen tevens de hoedanigheid heeft van «belanghebbende, begunstigde van de rechten te kwijten door de vervolgte partij».

Een aantal partijen voegt daaraan toe dat ook de betrokken individuele ambtenaren van die administratie een rechtstreeks persoonlijk belang van pecuniaire aard hebben, gelet op het besluit van de Regent van 17 augustus 1948.

B.29. Geen enkele van de bepalingen van hoofdstuk XXV van de A.W.D.A. die ter toetsing zijn voorgelegd, heeft betrekking op de hoedanigheid van de administratie der douane en accijnzen als overheid waaraan de verschuldigde rechten moeten worden gestort.

Uit die bepalingen blijkt evenmin waarin het eigen, financiële belang zou bestaan dat die administratie bij haar optreden zou hebben. De enkele omstandigheid dat de administratie zorg draagt voor de inning van verschuldigde accijns- en douanerechten en, in voorkomend geval, van daarmee samenhangende boeten – niet voor eigen rekening, maar ten bate van de Schatkist, en in voorkomend geval, van de Europese Unie –, is niet voldoende om haar als «belanghebbende en begunstigde partij» aan te merken.

B.30. Wat het voormelde besluit van de Regent betreft, dit strekt ertoe de ambtenaren te motiveren door hun bepaalde vergoedingen toe te kennen, maar die voordelen zijn op zichzelf niet van die aard dat zij hun onpartijdigheid in het gedrag zouden kunnen brengen.

B.31. De prejudiciële vragen over de bepalingen van hoofdstuk XXV van de A.W.D.A. moeten ontkennend worden beantwoord.

2) Ten aanzien van art. 41 van het K.B. van 3 april 1953 tot samenordering van de wetbepalingen inzake de slijterijen van gegiste dranken

B.32. Art. 41 van het K.B. van 3 april 1953 tot samenordering van de wetbepalingen inzake de slijterijen van gegiste dranken, ingevoegd bij art. 28 van de wet van 6 juli 1967, bepaalt: «De veroordeling met uitstel en de opschorting van de veroordeling, ingevoerd bij de wet van 29 juni 1964 betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie, zijn niet van toepassing op de in deze gecoördineerde wetten bepaalde straffen, met uitzondering van de hoofdgevangenisstraf.»

B.33. Art. 20, § 2, van de wet van 29 juni 1964, dat dezelfde draagwijdte heeft als het in het geding zijnde art. 41, is, tijdens de aanneming van het amendement dat aan de oorsprong ligt van die bepaling, verantwoord door «de hevigheid van de alcoholsmokkel [die] zich verzet tegen een verzachting van het strafstelsel terzake» (*Parl. St.*, Senaat, 1963-64, nr. 28/4, p. 5). Art. 41 is in de gecoördineerde wetten van 3 april 1953 ingevoegd door art. 28 van de wet van 6 juli 1967, op suggestie van de Raad van State, om die wetgeving in overeenstemming te brengen met art. 20, § 2, van de wet van 29 juni 1964 (*Parl. St.*, Kamer, 1966-67, nr. 282/1, p. 17).

B.34. De in het geding zijnde bepaling beantwoordt aan die doelstellingen en is er niet onevenredig mee. Het staat immers aan de wetgever te oordelen of het aangewezen is de rechter te dwingen tot gestrengheid wanneer een overtreding inzonderheid het algemeen belang schaadt, vooral in een aangelegenheid die, zoals die welke het verbruik van gegiste en sterke dranken betreft, betrekking heeft op gedragingen

die grote gevaren inhouden voor de volksgezondheid, de openbare zedelijkheid en de jeugdbescherming, en die aanleiding geven tot een aanzienlijke fraude. Die gestrengheid kan eventueel niet alleen de omvang van de geldelijke straf beïnvloeden, maar ook de aan de rechter geboden mogelijkheid om, wat dit betreft, de uitspraak van de veroordeling op te schorten of uit te stellen.

B.35. Doordat het de rechter niet toestaat de bepalingen van de wet van 29 juni 1964 betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie toe te passen op de veroordelingen tot andere straffen dan de hoofdgevangenisstraf, schendt het voormelde art. 41 niet de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, afzonderlijk of gelezen in samenhang met art. 6 E.V.R.M.

3) Ten aanzien van de artikelen 1, eerste lid, 4°, 2, § 1, 1° en 2°, en 37, § 3, van het K.B. van 3 april 1953 tot samenordering van de wetsbepalingen inzake de slijterijen van gegiste dranken, en de artikelen 11, § 1, 4°, 11, § 2, 12, 2°, en 27, § 5, van de wet van 28 december 1983 betreffende het verstrekken van sterke drank en betreffende het vergunningsrecht

B.36. De prejudiciële verwijzingsbeslissing, zoals geherformuleerd door het Hof, doet de vraag rijzen of de voormelde bepalingen de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet gelezen in samenhang met art. 23, derde lid, 1°, van de Grondwet, schenden, doordat zij in de sector van slijterijen van gegiste dranken en van drankgelegenheden waarin sterke drank wordt verstrekt, automatische en niet in de tijd beperkte beroepsverboden instellen, enerzijds, en doordat zij in voorkomend geval in de sluiting van de slijterij of de drankgelegenheid voorzien totdat de uitgesloten personen niet meer aan de uitbating ervan deelnemen, anderzijds.

B.37.1. De artikelen 1, eerste lid, 4°, 2, § 1, en 37, § 3, van het K.B. van 3 april 1953 tot samenordering van de wetsbepalingen inzake de slijterijen van gegiste dranken, gecoördineerd op 3 april 1953, bepalen:

«Art. 1. Mogen, hetzij zelf, hetzij door middel van een derde persoon, geen slijter van ter plaatse te verbruiken gegiste dranken zijn, in de betekenis van deze gecoördineerde wetten: (...); 4° zij die wegens heling zijn veroordeeld; (...).»

«Art. 2. § 1. Mogen op generlei wijze aan de exploitatie van een slijterij van ter plaatse te verbruiken gegiste dranken deelnemen:

1° als zaakvoerder of aangestelde, in de zin van deze gecoördineerde wetten, zij die zich bevinden in een van de gevallen in artikel 1, 1° tot 10°;

2° in om 't even welke hoedanigheid, zij die zich bevinden in een van de gevallen bepaald in artikel 1, 2° tot 9°.

Onder zaakvoerder of aangestelde wordt verstaan de persoon die een slijterij houdt waarvan de slijter lastgever is in de zin van artikel 21 of van artikel 22.»

«Art. 37. [...] § 3. Bij overtreding van artikel 2, wordt de sluiting van de slijterij uitgesproken tot dat de ontzegde personen niet meer aan de exploitatie ervan deelnemen.»

B.37.2. De artikelen 11, § 1, 4°, 11, § 2, 12, 2°, en 27, § 5, van de wet van 28 december 1983 betreffende het verstrekken van sterke drank en betreffende het vergunningsrecht, luiden als volgt:

«Art. 11. § 1. Mogen geen houder zijn van een drankgelegenheid voor ter plaatse te gebruiken sterke dranken: (...); 4° zij die wegens heling zijn veroordeeld; (...).»

«Art. 11. [...] § 2. Mogen geen lasthebber zijn in de zin van artikel 3, § 2, de in § 1, 2° tot 7° en 9° vermelde personen.»

«Art. 12. Rechtspersonen mogen geen houder zijn van een drankgelegenheid waar sterke dranken worden verstrekt noch aan de exploitatie van een zodanige drankgelegenheid deelnemen: (...); 2° wanneer één van hun organen of van hun vertegenwoordigers, die zich in één van de bij artikel 11, § 1, 2° tot 7° en 9°, bedoelde gevallen bevindt, belast is met het vervullen van de bij deze wet opgelegde wettelijke verplichtingen of op enigerlei wijze betrokken is bij de exploitatie van een drankgelegenheid waar sterke drank voor het gebruik ter plaatse wordt verstrekt.»

«Art. 27. [...] § 5. In geval van overtreding van artikel 12, wordt de sluiting van de drankgelegenheid uitgesproken; zij geldt niet langer wanneer de uitgesloten personen niet meer aan de exploitatie van de drankgelegenheid deelnemen.»

B.38. Uit de feiten van de zaak en uit de formulering van de prejudiciële vraag blijkt dat deze enkel betrekking heeft op het verbod dat bij art. 1, eerste lid, 4°, van de wetsbepalingen die zijn vervat in het K.B. van 3 april 1953 wordt opgelegd aan de personen die zijn veroordeeld wegens heling.

B.39. De grondwettelijke regelen van de gelijkheid en de niet-discriminatie sluiten niet uit dat een verschil in behandeling tussen categorieën van personen wordt ingesteld, voor zover dat verschil op een objectief criterium berust en het redelijk verantwoord is.

Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld, rekening houdende met het doel en de gevolgen van de betwiste maatregel en met de aard van de terzake geldende beginselen; het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer vaststaat dat er geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel.

B.40.1. De in het geding zijnde maatregel houdt een beperking in van de vrijheid van handel en nijverheid, en zelfs van de vrijheid van vereniging. Er dient te worden nagegaan of de maatregel pertinent is en of er een redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de maatregel en het nagestreefde doel.

B.40.2. In dat opzicht dient in de eerste plaats te worden opgemerkt dat de beperking enkel geldt voor een zeer specifieke activiteit die, met name in zoverre de slijterijen van gegiste dranken door de jeugd kunnen worden bezocht, een sociaal gevaar kan inhouden.

De feiten die voor de auteur ervan aanleiding hebben gegeven tot het in het geding zijnde verbod, behoren tot het soort feiten waarvan de wetgever, zonder kennelijke vergissing, kan denken dat degenen die ze hebben gepleegd, indien zij een slijterij van ter plaatse te verbruiken gegiste dranken uitbaten, meer dan anderen het risico inhouden soortgelijke feiten in de hand te werken of te plegen.

B.41.1. Het kan niet worden ontkend dat een verbod, door het automatische karakter ervan, onevenredig kan zijn ten opzichte van het nagestreefde doel, in het bijzonder wanneer dat verbod verreikende gevolgen heeft, wat te dezen niet het geval is. Onder voorbehoud van de verificatie die volgt, is een dergelijke keuze op zichzelf niet kennelijk onredelijk.

B.41.2. Bovendien kent de beklaagde het risico dat hij loopt, aangezien het verbod duidelijk blijkt uit de wettekst: niets verbiedt hem, met name wanneer hij een opschorting van de uitspraak vraagt, voor de rechter gewag te maken van de gevolgen die de wet verbindt aan de veroordelingen die hij zou kunnen uitspreken.

B.42. De individualisering van de straffen is veeleer een vorm van repressief beleid die werd gekozen uit verschillende mogelijke vormen ervan, dan wel een algemeen rechtsbeginsel dat aan de wetgever wordt opgelegd. Onder voorbehoud dat hij geen maatregel mag nemen die kennelijk onredelijk is, vermag de democratisch verkozen wetgever het repressieve beleid zelf vast te stellen en aldus de beoordelingsvrijheid van de rechter uit te sluiten. Die overwegingen gelden zowel voor de veiligheidsmaatregelen als voor de eigenlijke straffen.

Uiteraard heeft de wetgever meermaals geopteerd voor de individualisering van straffen, door de rechter de keuze te laten (die echter begrensd is door een minimum en een maximum) wat de strengheid van de straf betreft, door het hem mogelijk te maken rekening te houden met verzachtende omstandigheden en door hem toe te staan maatregelen tot uitstel en tot opschorting van de uitspraak toe te staan.

Dat de wetgever het gelijkheidsbeginsel zou hebben geschonden, kan echter niet worden afgeleid uit het feit dat hij, in de aangelegenheid die het onderwerp van de prejudiciële vraag vormt het niet mogelijk maakt het verbod te wijzigen naar gelang van de persoon van de beklaagde of de in het geding zijnde omstandigheden. Het komt alleen de wetgever toe te beoordelen of er streng moet worden opgetreden wanneer een misdrijf het algemeen belang in het bijzonder schaadt. Het Hof zou die keuze alleen kunnen censureren indien deze kennelijk onredelijk zou zijn, wat te dezen niet het geval is om de redenen vermeld in B.40.2.

Dezelfde redenen verantwoorden dat de slijterijen van dranken gesloten blijven totdat de uitgesloten personen niet meer deelnemen aan de exploitatie ervan. Een dergelijke maatregel is van die aard dat hij de doeltreffendheid van het verbod waarborgt en is niet onevenredig ten opzichte van het nagestreefde doel.

B.43. Wat het beroepsverbod betreft, moet bij de evenredigheidstoetsing meer bepaald rekening worden gehouden met de mate waarin de kansen op sociale reïntegratie op het spel worden gezet, wat in beperkte mate gebeurt wanneer, zoals te dezen, het beroepsverbod zich beperkt tot één bepaald type van activiteit. Het zou kunnen dat de doelstelling waarvoor de wetgever heeft geopteerd, rekening houdende met het bijzondere sociale gevaar dat verbonden is met de slijterijen van ter plaatse te verbruiken gegiste dranken, en die erin bestaat zoveel mogelijk voorzorgsmaatregelen te nemen, niet wordt bereikt indien het de personen die het bovenvermelde risico inhouden, alleen gedurende een vooraf bepaalde termijn verboden is dergelijke slijterijen uit te baten. Daarentegen is het ten opzichte van het nagestreefde doel onevenredig streng indien het diegene aan wie het in het geding zijnde verbod is opgelegd, al zij het na het verstrijken van een aanzienlijke termijn, zelfs onmogelijk zou worden gemaakt om aan een daartoe bevoegde overheid te vragen vast te stellen dat zijn gedrag van die aard is dat de veronderstelling dat hij een bijzonder risico inhoudt, die volgens de wet gebaseerd is op het feit dat aanleiding heeft gegeven tot dat verbod, wordt ontkend.

De vraag moet positief worden beantwoord, in zoverre in geen enkele mogelijkheid is voorzien om het verbod in de tijd te beperken.

B.44. De onevenredigheid waarop zopas werd gewezen, kan niet worden vastgesteld in de door de Ministerraad voorgestelde interpretatie, die op grond van de tekst van art. 634, eerste lid, Sv., gelezen in samenhang met de in het geding zijnde bepaling, mogelijk is en volgens welke herstel in eer en rechten het verbod waarin die bepaling voorziet, doet ophouden.

In die interpretatie dient de vraag ontkennend te worden beantwoord.

NOOT – 1. Inzake de onmogelijkheid om het beroepsverbod in de tijd te beperken, zie in dezelfde zin Arbitragehof, nr. 38/2000 van 29 maart 2000.

2. Inzake de toepassing van de wet van 29 juni 1964 betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie, zie ook Arbitragehof, nr. 41/2000 van 6 april 2000.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 14 JUNI 1999

Voorzitter: de h. Forrier

Rapporteur: de h. Boes

Openbaar ministerie: mevr. De Raeve

Advocaat: mr. Simont

Werkloosheid – Gerechtigde – Langdurige werkloosheid – Verwittiging van schorsing – Betwisting – Jaarlijks netto-belastbaar inkomen van het gezin – Begrip – Samenwonen tijdens gedeelte van in acht te nemen periodes – Gevolg

M.b.t. het jaarlijks netto-belastbaar inkomen van het gezin, dat een grond vormt voor het administratief beroep tegen de aangekondigde schorsing van het recht op uitkering van de langdurig werkloze, volgt uit de samenhang van de art. 82, § 1, eerste en tweede lid, en 87 Werkloosheidsbesluit 1991 dat voor de bepaling van het gezinsinkomen rekening moet worden gehouden met de gezinstoestand van de werkloze in de periodes bedoeld in art. 82, § 1, tweede lid. Wanneer de werkloze slechts gedurende een gedeelte van die periodes met een gezinslid samenwoont, komt het inkomen van dit gezinslid enkel voor dat gedeelte van die periodes mede in aanmerking voor het bepalen van het bedoelde gezinsinkomen.

R.V.A. t/ De M.

Gelet op het bestreden arrest, op 18 mei 1998 gewezen door het Arbeidshof te Gent;

...

Overwegende dat de werkloze krachtens art. 82, § 1, eerste lid, 3°, van het Werkloosheidsbesluit van 25 november 1991, vóór de wijziging ervan bij K.B. van 22 november 1995, de in art. 81, eerste lid, van dit Werkloosheidsbesluit bedoelde schorsing kan betwisten op grond van het feit dat het jaarlijks netto-belastbaar inkomen van zijn gezin, abstractie gemaakt van de uitkeringen die hij geniet, 600.000 frank,

verhoogd met 24.000 frank per persoon ten laste, niet overschrijdt;

Overwegende dat krachtens art. 82, § 1, tweede lid, van het Werkloosheidsbesluit van 25 november 1991, voor het bepalen van dit netto-belastbaar inkomen rekening wordt gehouden met het inkomen van de laatst belastbare periode vóór deze verwittiging waarop de belastingen werden geheven; dat de werkloze of de directeur evenwel het bewijs kunnen leveren dat het inkomen ontvangen tijdens de laatste twaalf kalendermaanden die voorafgaan aan de maand tijdens welke de verwittiging werd ontvangen, lager of hoger was dan het inkomen dat het voorwerp uitmaakte van de voormelde heffing van belasting;

Overwegende dat krachtens art. 87 van het Werkloosheidsbesluit van 25 november 1991, voor het begrip «gezin» in art. 82 enkel rekening wordt gehouden met de gezinsleden van wie het samenwonen met de werkloze invloed heeft op het bedrag van zijn uitkeringen;

Overwegende dat uit de samenhang van deze bepalingen volgt dat voor de bepaling van het bedoelde gezinsinkomen rekening moet worden gehouden met de gezinstoestand van de werkloze in de periodes bedoeld in art. 82, § 1, tweede lid, van het Werkloosheidsbesluit 1991; dat wanneer de werkloze slechts gedurende een gedeelte van die periodes met een gezinslid bedoeld in voormeld art. 87, samenwoont, het inkomen van dit gezinslid slechts voor dat gedeelte van die periodes mede in aanmerking komt voor het bepalen van het in art. 82, § 1, eerste lid, 3^o, bedoelde gezinsinkomen.

HOF VAN CASSATIE

1^e KAMER – 15 OKTOBER 1999

Voorzitter-rapporteur: de h. Verheyden

Openbaar ministerie: de h. de Riemaeker

Advocaten: mrs. t'Kint en Simont

1. Vereniging zonder winstoogmerk – Vereffening – Samenloop – 2. Voorrechten – Begrip – Bestemming van bepaald goed

1. De vereffening van een V.Z.W. doet een toestand van samenloop ontstaan. Ten gevolge hiervan kunnen chirograire schuldeisers en schuldeisers met een algemeen voorrecht geen individuele daden van uitvoering of van bewaring meer stellen waardoor de rechten van andere schuldeisers kunnen worden geschaad.

2. Een voorrecht kan niet worden afgeleid uit de bestemming van een bepaald goed. Aldus doet de verplichting voor de schuldenaar om subsidies voor een bepaald doel aan te wenden, geen voorrecht ontstaan ten voordele van een belanghebbende bij deze subsidies.

V.Z.W. C. t/ N.V. M.

Gelet op het bestreden arrest, op 1 oktober 1997 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

...

Over het tweede middel: schending van de artikelen 1, inzonderheid eerste lid, 3, inzonderheid eerste en tweede lid, van het K.B. nr. 5 van 18 april 1967 betreffende de controle op de toekenning en op de aanwending van de toelagen, 55, inzonderheid eerste lid, 57, inzonderheid eerste en tweede lid, van het K.B. van 17 juli 1991 houdende coördinatie van de wetten op de Rijkscomptabiliteit, 18, 19, 20, 21, 22, 24 van de wet van 27 juni 1921 waarbij aan de verenigingen zonder winstgevend doel en aan de instellingen van openbaar nut rechtspersoonlijkheid wordt verleend, miskenning van het algemeen beginsel van de gelijkheid van de schuldeisers bij samenloop tussen hen, met name vastgelegd in de artikelen 7, 8 en 9 van de Hypotheekwet van 16 december 1851, ter vervanging van titel XVIII van boek III van het Burgerlijk Wetboek, 184, inzonderheid eerste lid, 186 van de wetten op de handelsvennootschappen, gecoördineerd bij het K.B. van 30 november 1935, dat is titel IX van boek I van het Wetboek van Koophandel, 450, tweede lid, 451 en 561 van boek III van het Wetboek van Koophandel, vóór zijn opheffing bij art. 149 van de Faillissementswet van 8 augustus 1997 en, voor zoveel nodig, schending van de genoemde bepalingen van de Hypotheekwet, van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen en van het Wetboek van Koophandel,

...

Overwegende dat het arrest vaststelt, enerzijds, dat verweersters schuldvordering en haar bewarende beslagen dateren van vóór de vereffening van eiseres en, anderzijds, dat verweerster voor het door haar uitgevoerde werk, subsidies van het Waalse Gewest heeft ontvangen;

Overwegende dat bij de vereffening van een vereniging zonder winstoogmerk een toestand van samenloop onder de schuldeisers ontstaat; dat daarbij het beginsel van de gelijkheid onder de schuldeisers, dat met name in de artikelen 7, 8 en 9 van de Hypotheekwet is vastgelegd, eraan in de weg staat dat andere schuldeisers dan die van wie de schuldvordering door een bijzonder voorrecht of een zake-lijke zekerheid is gewaarborgd, individueel daden van uitvoering of van bewaring stellen waardoor de rechten van de andere schuldeisers kunnen worden geschaad;

Overwegende dat art. 1, eerste lid, van het K.B. nr. 5 van 18 april 1967 betreffende de controle op de toekenning en op de aanwending van de toelagen en art. 55 van het K.B. van 17 juli 1991 houdende coördinatie van de wetten op de Rijkscomptabiliteit bepalen dat iedere toelage verleend door het Rijk of door een rechtspersoon die, rechtstreeks of onrechtstreeks door het Rijk wordt gesubsidieerd, daarin begrepen ieder door hen zonder interest verleend terugvorderbaar voorschot, moet worden aangewend voor de doeleinden, waarvoor zij wordt verleend;

Dat ingevolge art. 3, eerste lid, 1^o en 2^o, van het K.B. van 18 april 1967 en art. 57, eerste lid, van het K.B. van 17 juli 1991 tot onmiddellijke terugbetaling van de toelage is gehouden de toelagetrekker die de voorwaarden niet naleeft, waaronder de toelage wordt verleend of die de toelage niet aanwendt voor de doeleinden waarvoor zij werd verleend;

Overwegende dat die bepalingen, hoewel zij de gesubsidieerde ertoe verplichten de subsidies aan te wenden voor de doeleinden waarvoor zij werden verleend, geen voorkeurrecht doen ontstaan waardoor de schuldvordering ontsnapt aan de samenloop ten gevolge van de vereffening van de gesubsidieerde;

Overwegende dat het arrest, dat oordeelt dat die bepalingen «tot gevolg hebben dat in feite een voorrecht ten gunste van de eindbestemming van de subsidies wordt ingesteld» en dat verweersters schuldvordering niet in samenloop met de andere schuldeisers komt, het algemeen beginsel miskent en de wettelijke en verordenende bepalingen schendt die in het middel worden aangegeven;

Dat het middel gegrond is;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 9 MAART 2000

Voorzitter-rapporteur: de h. Verougstraete

Openbaar ministerie: de h. Bresseleers

Advocaten: mrs. Geinger en Verbist

Faillissement – Boedelschuld – Ontbinding koop – Faillissement van verkoper – Restitutie voorschot – Concurrente schuldvordering

De restitutie door de inmiddels faillietverklarde verkoper van het door de koper betaalde voorschot doet een concurrente schuldvordering ontstaan, zodat de koper in samenloop komt met andere schuldeisers, onverminderd diens eventueel recht op compensatie.

Faillissement B.V.B.A. t/ N.V. O.I.

Gelet op het bestreden arrest, op 4 maart 1998 gewezen door het Hof van Beroep te Brussel;

Over het middel, gesteld als volgt: schending van de artikelen 7, 8 en 9 van de wet van 16 december 1851 tot herziening van het hypothecair stelsel, die titel XVIII van boek III van het Burgerlijk Wetboek vormt, 444, 451, 452, 496, 561, 566, 567 en 568 van boek III, titel I, van het Wetboek van Koophandel, vastgesteld bij wet van 18 april 1851, getiteld «faillissement, bankbreuk en uitstel van betaling», en voor zoveel als nodig 16, 23, 24, 62, 99, 101, 103 en 104 van de Faillissementswet van 8 augustus 1997, en 1184 B.W., evenals, voor zoveel als nodig, van het algemeen rechtsbeginsel van de gelijkheid van de schuldeisers in samenloop, waarvan art. 8 van de Hypotheekwet van 16 december 1851 een toepassing is,

doordat het Hof van Beroep te Brussel bij het bestreden arrest, rechtdoende op het incidenteel beroep van verweester, dit gegrond verklaart en derhalve met wijziging van de bestreden beslissing eiser *qualitate qua* veroordeelt tot terugbetaling van 307.599 frank uit hoofde van het terug te betalen voorschot, te vermeerderen met intrest tegen de wettelijke rentevoet vanaf 26 september 1987 tot de datum van betaling op grond: «dat het (impliciet) incidenteel hoger beroep dat ertoe strekt (eiser *q.q.*) te horen veroordelen, tot de terugbetaling van het voorschot gegrond is, dat immers de vordering tot ontbinding van de overeenkomst door (verweester) werd ingesteld voor de eerste rechter bij conclusie van 23 mei 1990, d.i. lang vóór het faillissement van 26 juli 1993 van de oorspronkelijke eiseres, en dat de ont-

binding terugwerkt *ex tunc*, zodat dit onderdeel ontsnapt aan de samenloop der schuldeisers»,

terwijl art. 7, 8 en 9 van de Hypotheekwet, 444, 451 en 561 van de Faillissementswet (oud) het principe van de gelijkheid van de schuldeisers bevestigen; uit voornoemde art. 7, 8 en 9 van de Hypotheekwet aldus volgt dat de goederen van de schuldenaar strekken tot gemeenschappelijke waarborg van de schuldeisers en de prijs ervan evenredig wordt verdeeld onder hen, tenzij er tussen de schuldeisers wettige redenen van voorrang bestaan, zijnde voorrechten en hypotheeken; blijkens art. 561 van de Faillissementswet het actief zal worden verdeeld zoals hierin bepaald, na aftrek van de kosten en uitgaven voor het beheer van het faillissement; met toepassing van deze bepalingen een schuld slechts ten laste van de boedel kan worden gelegd wanneer de curator met het oog op het beheer van die boedel een verbintenis heeft aangegaan, met name door het voortzetten van de handelsactiviteiten van de gefailleerde, door het uitvoeren van zijn contracten of door het gebruik van zijn roerende of onroerende goederen; slechts in die omstandigheden de boedel de overeenstemmende verbintenissen die volgen uit het beheer zal ten laste nemen en de kosten ervan dragen; de verbintenis derhalve door de curator *qualitate qua* moet zijn aangegaan met het oog op het beheer van de boedel en voortspruiten uit een initiatief van de curator, genomen na het faillissement, opdat een schuld als een schuld van de boedel zou kunnen worden omschreven; aan voormelde voorwaarden niet is voldaan wanneer de verbintenis, waarvan door de schuldeiser de uitvoering wordt nagestreefd, volgt uit de vordering in ontbinding, die door deze schuldeiser tegen de gefailleerde werd ingesteld, alvorens het faillissement van voornoemde persoon werd geopend verklaard; de verbintenis tot terugbetaling van de geldsom, die in uitvoering van een op verzoek van de schuldeiser ten nadele van de gefailleerde ontbonden verklaarde overeenkomst door de gefailleerde reeds werd ontvangen, niet alleen vreemd is aan elk initiatief van de curator met het oog op het beheer van de boedel, maar bovendien teruggaat tot de periode voorafgaand aan het faillissement, waarop, bij gebreke van wettige reden van voorrang, de regelen van de samenloop van toepassing zijn; de ontbinding, die een verplichting tot teruggave van de wederzijds reeds uitgevoerde prestaties doet ontstaan, in beginsel immers terugwerkt *ex tunc* tot op het ogenblik waarop de ontbonden overeenkomst werd gesloten *c.q.* het ogenblik waarop de vordering in rechte werd ingesteld; bedoelde verplichting de vorm van een geldelijke vergoeding zal aannemen telkens wanneer teruggave *in natura* niet meer mogelijk is of de oorspronkelijke verbintenis bestond in de betaling van een geldsom; op bedoelde verbintenis dan ook de regelen van de samenloop van toepassing zijn; overeenkomstig de hierboven vermelde bepalingen de schuldeiser, die de ontbinding van de overeenkomst vóór het opnemen van het faillissement vorderde, bijgevolg na faillietverklaring slechts aanspraak kan maken op een schuldvordering in de boedel wanneer, zoals in onderhavige zaak, de terug te geven prestatie bestaat in het betalen van een geldsom,

...

Overwegende dat het arrest vaststelt dat 1) de B.V.B.A. A. (hierna te noemen: A.) zich ertoe had verbonden aan verweester computerkaarten te leveren; 2) verweester een voorschot heeft betaald; 3) A. haar contractuele ver-

plichtingen niet heeft uitgevoerd; 4) verweerster in rechte de ontbinding heeft gevraagd van de overeenkomst vóór er sprake was van enig faillissement van A.;

Dat het arrest de overeenkomst ontbonden heeft verklaard ten nadele van de inmiddels gefailleerde A. en eiser q.q. heeft veroordeeld het saldo van het ontvangen voorschot terug te betalen;

Over de door verweerster opgeworpen grond van niet-ontvankelijkheid van het middel: eiser heeft het beginsel niet betwist dat de verbintenis tot teruggave een verbintenis was van de failliete boedel, zodat het middel nieuw is;

Overwegende dat de vraag of een vordering van een schuldeiser al dan niet onderworpen is aan de gelijkheidsregel bij faillissement en of de vordering zonder onderworpen te zijn aan de percentenregeling rechtstreeks door de curator moet worden betaald, geregeld wordt door beginselen van dwingend recht, waarvan de schending voor het eerst in cassatie mag worden opgeworpen, mits er voor de vaststelling van de aangevoerde onwettigheid niet vereist is dat bepaalde feitelijke gegevens zouden worden vastgesteld die niet blijken uit de bestreden beslissing;

Dat de grond van niet-ontvankelijkheid moet worden verworpen;

Over het middel zelf:

Overwegende dat de ontbinding van een wederkerige overeenkomst met toepassing van art. 1184 B.W., in beginsel terugwerkt; dat zij tot gevolg heeft dat de partijen in dezelfde toestand worden geplaatst als die waarin zij zich zouden bevinden als zij geen overeenkomst hadden gesloten;

Dat die regel eveneens geldt wanneer een faillissement van een van de contractpartijen wordt uitgesproken, maar de ontbinding wordt gevorderd vóór het faillissement en erna wordt uitgesproken ten laste van de failliet na diens faillissement;

Overwegende dat evenwel ingevolge het faillissement het vermogen van de schuldenaar moet worden vereffend ten bate van de schuldeisers met inachtneming van de paritasregel, en de teruggaveverplichting aan hieruit volgende beperkingen is onderworpen;

Dat wanneer hetgeen moet worden teruggegeven een som geld is die door de koper aan een failliete verkoper als voorschot is betaald, de koper die vóór het faillissement van de verkoper de ontbinding heeft gevorderd van de koop-verkoop en die ontbinding na het faillissement verkrijgt, geen recht heeft om dit bedrag bij voorrang te ontvangen op grond van de verkregen ontbinding van de overeenkomst, maar in samenloop komt met de andere schuldeisers, onverminderd zijn eventueel recht op compensatie;

Overwegende dat de appèlrechters oordelen dat de vordering van verweerster in verband met het betaalde voorschot ontsnapt aan de samenloop van de schuldeisers;

Dat zij zodoende art. 444 van de Faillissementswet schenden;

...

NOOT – *De positie van de koper bij faillissement van de verkoper*

1. De feiten die aan dit arrest ten grondslag liggen, kunnen als volgt kort worden samengevat. In het raam van een

koopovereenkomst van computerkaarten betaalt de koper (verweerster) een voorschot aan de verkoper (eiser). Op grond van contractuele tekortkomingen van de verkoper, vordert de koper in rechte de ontbinding van de koopovereenkomst. Enige tijd later wordt de verkoper failliet verklaard. Na het faillissement wordt de koopovereenkomst ontbonden verklaard en eiser veroordeeld tot terugbetaling van het ontvangen voorschot. Voor het Hof van Cassatie rijst de vraag naar het statuut van de vordering van de koper tot terugbetaling van zijn voorschot. Gaat het om een *concurrente* schuldvordering die de samenloop moet doorstaan met de andere schuldeisers van de gefailleerde of gaat het om een *boedelschuld* die aan die samenloop ontsnapt en door de curator vooraf moet worden voldaan? Het Hof van Beroep te Brussel besliste dat de curator het voorschot, vermeerderd met interest, moet terugbetalen. Het Hof van Cassatie vernietigt deze beslissing echter en kwalificeert de schuldvordering van de koper als een concurrente schuldvordering.

2. De gevestigde cassatierechtspraak definieert een schuld als een *boedelschuld*, wanneer de curator of de vereffenaar *qualitate qua* verbintenissen heeft aangegaan voor het beheer van de boedel, onder meer door de handelsactiviteit van de vennootschap voort te zetten, de door haar gesloten overeenkomsten uit te voeren of nog door gebruik te maken van de roerende of onroerende goederen van de vennootschap, om een behoorlijk beheer van de vereffening te waarborgen; alleen in zodanige omstandigheden moet de boedel de verbintenissen uit dat beheer nakomen en de lasten ervan dragen (Cass. 16 juni 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 1357, 1360, 1363, *R.C.J.B.* 1990, 5, met noot I. Verougstraete, *R.W.* 1988-89, 433; Cass. 27 april 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 813; *R.W.* 1992-93, 60; Cass. 20 januari 1994, *R.W.* 1994-95, 227, *Arr.Cass.* 1994, 81; Cass. 30 maart 1995, *R.W.* 1995-96, 549, *Arr.Cass.* 1995, 362). Hier is er geen sprake van enig initiatief van de curator of van een daad door deze laatste gesteld met het oog op het beheer van de failliete boedel. Voorts is de ontbinding van de koopovereenkomst het gevolg van een vordering ingesteld door de koper vóór faillissement. Er kan dan ook geen sprake zijn van een *boedelschuld*.

De vaststelling dat de ontbinding werd uitgesproken ná het faillissement, maakt van de schuldvordering van de koper evenmin een *boedelschuld*. De ontbinding van de overeenkomst heeft immers *terugwerkende kracht*, in principe tot op het ogenblik van de contractsluiting. Voor overeenkomsten met opeenvolgende prestaties kan dit tijdstip variëren: datum van contractsluiting, wanprestatie of het instellen van een rechtsvordering (S. Stijns, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, nrs. 212-221; M.E. Storme, «Het ingaan en de terugwerkende kracht van de ontbinding van wederkerige overeenkomsten», *T.B.B.R.* 1991, (101) 111, nrs. 12-20).

Aangezien er geen sprake is van een *boedelschuld* en de ontbinding van de overeenkomst terugwerkende kracht heeft, wordt de schuldvordering van de koper tot terugbetaling van het voorschot «gefixeerd» op het ogenblik van faillietverklaring en onderworpen aan de paritasregel. Er anders over oordelen zou leiden tot het paradoxale gevolg dat de wederpartij die talmt met de ontbindingsvordering (en met de gerechtelijke procedure dienaangaande) uit-

eindelijk wordt beloofd: zij wordt schuldeiser van een boedelschuld. De diligente wederpartij die de ontbinding heeft verkregen vóór het faillissement heeft immers in ieder geval een concurrente vordering.

3. De positie van de onbetaalde verkoper bij faillissement van de koper is totaal verschillend. Indien de koper failliet gaat en de koopwaar reeds geleverd is, kan de verkoper die vóór het faillissement de ontbinding heeft gevorderd, deze goederen steeds revindiceren, ook indien deze ontbinding wordt uitgesproken na faillissement (E. Dirix en R. De Corte, *Zekerheidsrechten*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 185-186, nr. 271). Uit deze asymmetrie kunnen echter geen argumenten worden geput. Algemeen wordt aangenomen dat de afwijkende regeling inzake faillissement enkel geldt voor de verkoper (A. Cloquet, *Les concordats et la faillite*, in *Les Nouvelles, Droit commercial*, IV, 1985, 432, nr. 1467; J. Van Ryn en J. Heenen, *Principes de droit commercial*, IV, 1965, 328, nr. 2785).

De koper die wordt geconfronteerd met het faillissement van de verkoper, kan immers de geldsom die hij heeft betaald als voorschot aan de verkoper, niet revindiceren indien deze zich heeft vermengd in het vermogen van de verkoper en niet meer geïndividualiseerd kan worden. Zo'n vermenig in het vermogen van de verkoper kan wellicht worden vermeden door het voorschot te plaatsen op een kwaliteitsrekening.

4. In het raam van een koopovereenkomst behoort het betalen van een voorschot tot het normale rechtsverkeer. Door de betaling van een voorschot heeft de koper zich aan het risico van mogelijke insolventie van de verkoper onderworpen. Indien de terugbetaling van dit voorschot naar aanleiding van de ontbinding van de overeenkomst uitgesproken ná faillissement zou worden gekwalificeerd als een boedelschuld, zou aan de koper een voorrangpositie worden verschaft waarvoor geen goede reden valt aan te wijzen. Belangrijk is evenwel dat het Hof van Cassatie in een *obiter dictum* uitdrukkelijk oordeelt dat de koper zijn schuld vordering tot terugbetaling van de voorschot eventueel kan compenseren met zijn eigen schulden t.o.v. de verkoper. Er is dus nog een straaltje hoop voor de koper. Schuldvergelijking na faillissement is mogelijk voor verknochte of samenhangende vorderingen. Deze voorwaarde is vervuld indien er een nauwe samenhang bestaat tussen de schuld en de schuld vordering. Hiervoor is niet vereist dat de schuld vorderingen hun oorsprong vinden in dezelfde wederkerige overeenkomst. In deze situatie is dit onbetwistbaar het geval.

5. Ten slotte zij opgemerkt dat het Hof van Cassatie naar aanleiding van een middel van niet-ontvankelijkheid heeft beslist dat de gelijkheidsregel die geldt bij samenloop geregeld wordt door beginselen van *dwingend recht*. Door een gedeelte van de rechtsleer wordt verdedigd dat de principes van de artikelen 7 en 8 Hyp.W. de openbare orde raken (F. T. Kint, *Sûreté*, Brussel, Larcier, 2000, 87, nr. 157; Vgl. H. De Page, *Traité*, VI, 986-987, nr. 752; A.-M. Stranart, *Sûreté réelles*, ULB, 1994, 20; Anders: E. Dirix en R. De Corte, *o.c.*, nr. 212; K. Byttebier, *Voorrechten en hypotheken*, Antwerpen, Maklu, 1997, 32, nr. 1).

Annick De Wilde
Assistent Zekerheden en Executierecht
K.U. Leuven

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 18 MEI 2000

Voorzitter: de h. Verougstraete

Rapporteur: de h. Dirix

Openbaar ministerie: de h. Bresseleers

Advocaten: mrs. Bützler en Simont

Rechtsmiddelen – Burgerlijke rechtspleging – Hoger beroep – Nieuwe vordering – Pauliaanse vordering – Niet voor het eerst in hoger beroep

Een Pauliaanse vordering kan niet worden beschouwd als een vordering die virtueel begrepen is in de oorspronkelijke vordering tot betaling van een geldsom, zodat zij niet voor het eerst in hoger beroep kan worden ingesteld.

V. t/ D. e.a.

Gelet op het bestreden arrest, op 6 maart 1998 gewezen door het Hof van Beroep te Gent;

...

Overwegende dat in hoger beroep een vordering nieuw is en niet toelaatbaar indien zij ertoe strekt een veroordeling te verkrijgen op grond van een vordering die niet bij de eerste rechter aanhangig werd gemaakt of waarover hij zich niet heeft uitgesproken, en die evenmin virtueel begrepen is in de vordering waarover de eerste rechter zich heeft uitgesproken of die bij hem aanhangig werd gemaakt;

Overwegende dat een Pauliaanse vordering niet kan beschouwd worden als een vordering die virtueel begrepen is in een vordering strekkende tot de veroordeling van de debiteur tot de betaling van een geldschuld;

Dat de appèlrechters door de Pauliaanse vordering van de verweerders die voor het eerst in hoger beroep werd ingesteld bij tussenvordering toelaatbaar te verklaren, de in het middel vermelde wetsbepalingen (art. 807, 808 en 1042 Ger. W.) schenden;

...

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

8e KAMER – 16 FEBRUARI 2000

Voorzitter: de h. Van Houche

Raadsheren: de hh. Michiels (rapporteur) en Van genechten

Openbaar Ministerie: de h. Van Lerberghe

Advocaten: mrs. Van Hoecke, Huysmans en Huysmans loco Van Goethem

1. Geweld – Gebruik van geweld door de politie – Gebruik van beenklem – Proportionaliteitsbeginsel – 2. Onrechtmatige overheidsdaad – Politieagenten – Onrechtmatig gebruik van geweld – Zware fout

1. Het aanbrengen van een «beenklem», welke techniek aan politiemensen wordt aangeleerd om weerspanningen die op hun buik liggen het gebruik van de benen te beletten teneinde ze te kunnen boeien, impliceert het gebruik van geweld, dat als

zodanig in verhouding moet staan met de concrete omstandigheden, waaronder de fysieke gesteldheid van de politieagent en van de arrestant.

2. Wanneer het gebruik van geweld door een lid van het gemeentelijk politiekorps binnen zijn functie als een zware fout moet worden beschouwd, worden de gemeente en de betrokken politieagent samen veroordeeld tot het vergoeden van de aan het slachtoffer veroorzaakte schade overeenkomstig de bepalingen van de artikelen 47 e.v. van de wet van 5 augustus 1992 op het politieambt.

O.M. en C. t/ L. en Stad Antwerpen

...

Overwegende dat er aanleiding is het feit te heromschrijven zoals gevorderd door het openbaar ministerie ter zitting van het Hof, nl. «Openbaar officier of ambtenaar, een bestuurder, agent of aangestelde van de regering of van de politie, een uitvoerder van rechterlijke bevelen of van vonnissen, een hoofdbevelhebber of ondergeschikt bevelhebber van de openbare macht zijnde, in de uitoefening of ter gelegenheid van de uitoefening van zijn bediening, zonder wettige reden tegen personen geweld gebruikt hebbend of doen gebruiken, namelijk opzettelijk verwondingen of slagen te hebben toegebracht aan C., de slagen of verwondingen, hetzij een ongeneeslijk lijkende ziekte, hetzij een blijvende ongeschiktheid tot het verrichten van persoonlijke arbeid, hetzij het volledig verlies van het gebruik van een orgaan, hetzij een zware vermindering ten gevolge hebbend» (art. 257, 266, 392 en 400 Sw.);

dat beklaagde van deze heromschrijving, die het feit dat het voorwerp uitmaakte van het onderzoek en de strafvervolgung, ongemoeid laat, kennis kreeg en er zich op kunnen verdedigen heeft;

Overwegende dat het vaststaat dat er een noodzakelijk oorzakelijk verband is tussen de door L. toegepaste «beenklem» en de verwondingen bij C., zoals beschreven in het deskundigenverslag, omdat

- uit alle getuigenissen en de eigen verklaringen van zowel C. als L. blijkt dat eerstgenoemde niet gevallen is op deze knie;
- C. onmiddellijk heeft verklaard dat hij een hevige pijn voelde bij het toepassen van de «beenklem»;
- wanneer C. werd recht gebracht na het boeien, hij mankte zoals in het politieverlag is vermeld en
- er geen enkele andere plausibele uitleg is die een verklaring voor deze verwondingen zou kunnen geven;

Overwegende dat het toepassen door agenten van de gerechtelijke politie van een «beenklem» bij de opleiding van weerspannige personen *in abstracto* een opzettelijk gebruik van legitiem geweld is, zodat er geen sprake kan zijn van een heromschrijving van het feit onder de art. 418-420 Sw.;

Overwegende dat, wat de gevolgen van de verwondingen betreft, uit het medisch deskundigenverslag blijkt dat, benevens een tijdelijke arbeidsongeschiktheid, er ook een blijvende arbeidsongeschiktheid van 8% is, bestaande in «de belastbaarheid van het rechter onderste lidmaat is matig verminderd»;

Overwegende dat dergelijke blijvende gevolgen een werkelijke arbeidsongeschiktheid opleveren, namelijk een aantasting of vermindering van het arbeidspotentieel en een aantasting van het concurrentievermogen op de arbeids-

markt, zodat de verwonding wel degelijk «een blijvende ongeschiktheid tot het verrichten van persoonlijke arbeid ten gevolge heeft gehad».

Overwegende dat *in concreto* te beoordelen is of het toegepaste geweld redelijk is en in verhouding tot het nagestreefde doel;

dat niet voor betwisting vatbaar is dat de «beenklem» een aangeleerde politietechniek is om weerspannigen die op de buik liggen het gebruik van de benen te beletten, teneinde ze te kunnen boeien;

dat L. wel ten onrechte beweert dat de «beenklem» geen risico's inhoudt voor de persoon op wie ze wordt toegepast, daar hier het tegendeel is aangetoond;

Overwegende dat een beoordeling van het feit *in concreto* ook rekening moet houden met de fysieke gestalte en bouw van de beide personen; dat *in casu* het Hof zich *de visu* heeft kunnen vergewissen van het feit dat C. een kleine tengere man is, terwijl L. groot is en struis gebouwd;

Overwegende voorts dat C. al op zijn buik op de grond lag en dat politieagent V. reeds zijn knie in de nek van C. had gezet vooraleer L. de «beenklem» toepaste;

Overwegende dat, gelet op de fysieke verhouding tussen de beide personen, het duidelijk is dat L. de «beenklem» met al te veel kracht en geweld heeft toegepast, dat het gebruikte geweld niet in verhouding stond, onredelijk was en aldus zijn legitimiteit verliest;

Overwegende dat aldus na hernieuwd onderzoek de schuld van beklaagde aan de telastlegging, zoals hierboven heromschreven, bewezen is geworden;

...

Overwegende dat, gelet op de schuldigverklaring van beklaagde zoals hierboven vermeld, deze schuld een zware fout inhoudende, de vordering van de burgerlijke partij eveneens ontvankelijk is t.a.v. hem overeenkomstig art. 48 van de wet op het politieambt;

...

NOOT – Gebruik van geweld door de politie

1. Gebruik van geweld door de overheid is een delicate zaak voor een samenleving die zich democratisch noemt. De «harde middelen» kunnen slechts legitiem worden ingeschakeld wanneer dit noodzakelijk is voor de vrijwaring van de rechtsstaat. Slechts dit laatste verantwoordt het bestaan van een «sterke arm van de wet»: het verhinderen van eigenrichting, het vrijwaren van de openbare orde, de veiligheid en gezondheid, het voorkomen, opsporen en bestraffen van misdrijven, het behoeden van het algemeen belang. Legitiem geweld onderstelt een legitiem «hoger belang»; het is a.h.w. de wet zelf – of, meer in het algemeen, de «rechtsorde» – die het gebruik van de «sterke arm» als *ultimum remedium* voorschrijft. Het standaardformulier van tenuitvoerlegging – dat rechterlijke beslissingen en andere authentieke akten daadwerkelijk tot uitvoerbare titels maakt – biedt hiervan een mooi voorbeeld (cf. het K.B. van 9 augustus 1993, dat het besluit van 27 mei 1971 impliciet heeft gewijzigd; E. Dirix en K. Broeckx, *Beslag*, in *A.P.R.*, p. 90, nr. 146).

Bovendien zal wel niemand betwisten dat het een primordiale taak van de overheid – en van diverse *overheden* – is om de burgers te beschermen (cf. b.v. de uitgangspunten van de omzendbrief van 29 mei 1997 betreffende de relatie

tussen de burgemeester en de rijkswacht, *B.S.*, 6 juni 1997). Een tekenend toepassingsgeval van deze taak vinden we in het aansprakelijkheidsvermoeden dat onder bepaalde voorwaarden op de gemeenten rust voor de schade die wordt veroorzaakt n.a.v. samenscholingen op hun grondgebied (decreet van 10 vendémiaire van het jaar IV (2 oktober 1795) «sur la police intérieure des communes»; zie hieromtrent o.m. L. Schuermans en F. Wachstock, *Geweld en terreur. Een onderzoek naar de aanspraak- en verzekeringsmogelijkheden van slachtoffers*. Antwerpen, Maklu, 1987, p. 44 e.v., nrs. 26 e.v.). Een dergelijk aansprakelijkheidsvermoeden impliceert de mogelijkheid van een krachtdadig optreden van de gemeente. Zo b.v. zal de naleving van een samenscholingsverbod, dat wordt uitgevaardigd om erger te voorkomen, *manu militari* kunnen worden afgedwongen (zie m.b.t. de ordehandhaving bij samenscholingen ook art. 22 van de wet van 5 augustus 1992 op het politieambt).

2. Wanneer – en vooral in hoeverre – is het door de overheid gebruikte geweld aanvaardbaar? De vraag rijst vaak n.a.v. het gebruik van wapens en andere agressieve middelen door de politiediensten (cf. J. De Lentdecker en W. Bruggeman, «Gebruik van geweld en wapens door politiediensten», *Panopticon*, 1987, 399-424; P. Raskin, «Het gebruik van geweld in de ordehandhaving», *Jura Falc.*, 1967-68, nr. 1, 25-32). Vooral m.b.t. vuurwapens wordt in de rechtspraak het uitzonderingskarakter beklemtoond, mede gelet op het gevaar voor toevallige voorbijgangers (Brussel, 31 oktober 1986, aangehaald in het overzicht van rechtspraak in *R.D.P.*, 1987, 1063, *in fine*; Rb. Antwerpen, 22 mei 1985, *R.W.*, 1986-87, 470; Rb. Leuven, 16 december 1988, *R.W.*, 1990-91, 576; Corr. Doornik, 3 april 1989, aangehaald in het overzicht van rechtspraak in *R.D.P.*, 1990, 528; zie ook de referenties in *R.D.P.*, 1987, 1063, *in fine* – 1064; vgl. daarentegen met het bijzondere geval dat aanleiding gaf tot Corr. Aarlen, 4 november 1987 en Luik, 20 december 1988, *J.L.M.B.*, 1989, 707, i.v.m. art. 192 Algemene Wet Douane en Accijnzen).

Geweld kan zich aandienen onder diverse vormen, met een onderscheiden intensiteit. Sommigen beschouwen reeds het loutere *vorderen* van een politiedienst voor de ordehandhaving, b.v. bij een belangrijke betoging, als een daad van «geweld» van de overheid (P. Luypaers, «De nieuwe regeling van het gebruik van geweld en (vuur)wapens», in C. Fijnaut en F. Hutsebaut, (red.), *De nieuwe politiewetgeving in België*, 1993, 264).

3. De problematiek van het politiegeweld werd in de wet van 5 augustus 1992 op het politieambt uitdrukkelijk en op een algemene wijze geregeld (art. 37 en 38 van die wet; zie hierover G. Bourdoux, C. De Valkeneer en F. Koekelberg, *La loi sur la fonction de police*, 1993, 167-184; P. Luypaers, *l.c.*, 251-268; R. Verstraeten, *Handboek strafvordering*, 3e druk, p. 271-272, nrs. 603-608).

Uit artikel 37 van de wet op het politieambt – artikel 38 betreft meer in het bijzonder het gebruik van vuurwapens – kunnen een viertal beginselen worden afgeleid, waarvan de meeste, althans in theorie, vrij evident lijken te zijn: het gebruikte geweld moet allereerst een *wettig doel* nastreven (wettigheidsbeginsel) en als zodanig voor het bereiken van dat doel *noodzakelijk*, *minstens opportuun* zijn, d.w.z. dat het nagestreefde doel niet op een geweldloze of minder geweldloze manier kan worden bereikt of dat het om een wettige reden niet raadzaam is om deze «zachtere aanpak»

te volgen (opportuiniteitsbeginsel, of nauwkeuriger «subsidiariteitsbeginsel»), voorts moet het geweld *in verhouding* staan met het doel en de feitelijke omstandigheden (proportionaliteitsbeginsel) en ten slotte dient er aan het geweld een *waarschuwing* vooraf te gaan, behalve wanneer het gebruik van geweld daardoor inefficiënt zou worden (zie hieromtrent ook punt 6.1 van de omzendbrief van 2 februari 1993, *B.S.*, 20 maart 1993, err. *B.S.*, 17 april 1993; cf. voorts L. Arnou, «Het gebruik van geweld door politieambtenaren» (noot onder Gent, 3 juni 1997), *A.J.T.*, 1997-98, p. 113-114, nr. 2; G. Bourdoux, C. De Valkeneer en F. Koekelberg, *o.c.*, 175-177; P. Luypaers, *l.c.*, 260 e.v.). Gebruik van geweld door de politie kan m.a.w. slechts verantwoord zijn als, en in de mate, andere middelen niet meer afdoend zijn om het legitieme doel te bereiken (vgl. Rb. Brussel, 13 mei 1983, *R.W.*, 1984-85, 406, met noot P. Arnou).

4. Ook de strafwet bevat in dit verband specifieke bepalingen. De artikelen 257 en 266 Sw. voorzien immers in een bijzondere strafverzwaring wanneer (o.m.) politiemensen in hun functie «zonder wettige reden» geweld tegen personen gebruiken of doen gebruiken (M. Rigaux en P.-E. Trousse, *Les crimes et les délits du code pénal*, IV, 325-331, waarin terecht wordt opgemerkt dat de strafverzwaring slechts geldt bij *opzettelijke* gewelddaden, *ibid.*, 327-328). Ook deze bepalingen suggereren vrij expliciet dat opzettelijke slagen en verwondingen die om een wettige reden worden toegebracht door politiemensen, geen misdrijven – noch «gewone» burgerrechtelijke fouten in de zin van art. 1382 B.W. – zullen opleveren. Wanneer het geweld door de betrokken politieagent evenwel zonder wettige reden wordt gebruikt, zal hij zich in voorkomend geval schuldig maken aan het opzettelijk toebrengen van slagen en verwondingen (art. 257 Sw. *juncto*, art. 392 e.v. Sw.), met alle burgerrechtelijke gevolgen van dien (cf. *infra*, nr. 13). Afgezien daarvan zijn uiteraard ook disciplinaire maatregelen mogelijk.

5. Wat onder «onwettig» geweld moet worden verstaan, wordt evenwel grotendeels overgelaten aan het oordeel van de feitenrechter, die wordt geacht het maatschappelijk gedachtgoed van zijn tijd te vertolken: «nous sommes aux frontières du droit» (A. Marchal en J.P. Jaspar, *Droit criminel. Traité théorique et pratique*, I, 1975, p. 386, nrs. 1350-1351; vgl. R. Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, IV, nr. 1554 sub IV, inzonderheid p. 446). Een en ander zal inderdaad geval per geval, volgens de concrete omstandigheden van de zaak, moeten worden beoordeeld, alsook met inachtneming van de relevante supranationale regelen, meer in het bijzonder het E.V.R.M. (zie A. Marchal en J.P. Jaspar, *o.c.*, nrs. 33 en 1353; P. Luypaers, *l.c.*, 252-254; cf. voorts de bijzonder lezenswaardige bijdrage van P. De Hert, «Europese rechtspraak in de sfeer van de politie 1995. Politiegeweld, anonieme getuigen, betogingen, vermoeden van onschuld etc.», *Vigiles*, 1997, nr. 4, 31-34).

6. De situaties waarin positioneel geweld wordt gebruikt, kunnen van uiteenlopende aard zijn. Zowel bij het vervullen van taken van bestuurlijke politie als bij het uitvoeren van opdrachten van gerechtelijke politie (cf. art. 37 Wet Politieambt) kan het gebruik van geweld immers noodzakelijk zijn. Concrete instructies en circulaire van de bevoegde overheden kunnen dienaangaande allicht wel nuttige richtlijnen aan de politieambtenaren bieden, maar kunnen nooit

volledig rekening houden met de onvoorspelbaarheid van de situatie op het veld.

Uiteraard zal de politie anders reageren n.a.v. een betoging van boze boeren of n.a.v. een zgn. «risico-match» in het voetbal dan bij een optocht van gehandicapten die hun onvrede willen uiten; de arrestatie van een gewapende gangster zal doorgaans minder zachtzinnig verlopen dan die van een geweldloze exhibitionist. *Res ipsa loquitur*.

7. Bij zijn beoordeling *post factum* zal de rechter niet uit het oog mogen verliezen dat de voormelde voorwaarden waaraan het politionele geweld moet voldoen om «legitiem» te kunnen worden genoemd, in de praktijk – het heetst van de strijd – meestal niet het voorwerp kunnen uitmaken van een ingetogen belangenafweging (zie b.v. de feitelijke omstandigheden die leidden tot Cass., 5 juni 1996, *Arr. Cass.*, 1996, 547, zoals weergegeven in de «doordat» van het middel). Zelfs het Europees Hof voor de Rechten van de Mens acht rechterlijke bescheidenheid in dezen op zijn plaats (zie de opmerkelijke overweging van het E.H.R.M. in § 192 van het arrest Andronicou en Constantinou / Cyprus van 9 oktober 1997 (met evenwel verscheidene *dissenting opinions*), waarin n.a.v. de desastreuze gevolgen van een gewelddadige tussenkomst van de politie in een familiedrama werd opgemerkt dat «La Cour ne saurait toutefois, en réfléchissant dans la sérénité des délibérations, substituer sa propre appréciation de la situation à celle des agents qui devaient réagir, dans le feu de l'action, ce qui était pour eux une opération unique et sans précédent de sauvetage d'une vie humaine»; cf. ook de bespreking door E. Brems in *R.W.*, 1998-99, 515). Het is ongetwijfeld gemakkelijker achteraf te veroordelen dan op het moment zelf de «juiste» beslissing te nemen. De rechterlijke toetsing van het gebruikte geweld kan o.i. dan ook slechts een marginale controle inhouden: konden de betrokken politiemensen, gelet enerzijds op de concrete omstandigheden en anderzijds op de professionele ingesteldheid die van hen mag worden verwacht, in redelijkheid ervan uitgaan dat hun gewelddadig optreden verantwoord was?

Hierbij mag bovendien niet uit het oog worden verloren dat de beslissing om geen «doortastende» maatregelen – lees: geweld – te gebruiken, gelet op de voormelde taak van de overheid, in voorkomend geval ook bekritiseerbaar kan zijn. Het optreden van de overheid in crisissituaties zal hoe dan ook het voorwerp uitmaken van scherpe kritiek wanneer de interventie slecht afloopt. Wanneer de te arresteren verdachte te hard werd aangepakt, wordt de politie een fascistoïde ingesteldheid verweten; wanneer men hem liet ontsnappen, heeft de honende publieke opinie het al vlug over gebrek aan efficiëntie. Men kan al voor minder gedemotiveerd raken.

8. De concrete omstandigheden van elke zaak zullen dan ook van doorslaggevend belang zijn bij de beoordeling. Zo b.v. is een betoging dikwijls een woelig gebeuren, dat een spoor van vernieling achter zich kan laten, waarin betogers slaags kunnen raken met tegenbetogers en soms kat en muis willen spelen met de politie, die vaak op een tergende manier wordt geprovoceerd (de ideeën van de «provobeweging» die eertijds vooral boven de Moerdijk welig tierden, blijken tijdens manifestaties ook nu soms nog na te zinderen, cf. J.M. Van Bemmelen, «Handhaving van de openbare orde», *Nederlands Juristenblad*, 1966, 661 e.v.). Op een bepaald moment lopen de zaken uit de hand: de betogende stoet houdt

zich niet aan het voorgeschreven parcours, enkele heet-hoofden gooien met stenen en vernielen eigendommen. De politie chargeert, er wordt geslagen en geschopt, gevloekt en getierd. Was deze of gene charge wel «noodzakelijk» – of minstens «verantwoord»? Was die laatste mep met de wapenstok nu echt nodig? Bovendien kunnen de zaken nog ingewikkelder worden wanneer men zich moet afvragen of er geen sprake was van wettige (zelf)verdediging bij de betrokken politiemensen (zie hieromtrent Cass., 28 februari 1989, *Arr. Cass.*, 1988-89, nr. 364; R. Charles, E. Marcelis en C. Florival, «Coups et blessures», in *R.P.D.B.*, Compl. VIII, p. 287-288, nrs. 536-541; J. De Lentdecker en W. Bruggeman, o.c., *Panopticon*, 1987, 399-424; Marchal, A. en Jaspar, J.P., o.c., p. 387, nr. 1352). Uitlokking zal in elk geval niet gemakkelijk worden aanvaard, omdat van politiemensen een hogere tolerantiegraad zal worden verwacht.

Anderzijds zal het uitvoeren van een charge door de politie – ook al vallen hierbij rake klappen – niet *per definitie* een onrechtmatige daad inhouden: wanneer een groep betogers zich agressief opstelt en geen oren heeft naar de bevelen van de ordediensten, kan het nodig zijn dat het waterkanon eraan te pas komt of dat de wapenstok wordt gehanteerd. Zelfs wanneer *achteraf* zou blijken dat hierbij «onschuldige» betogers, journalisten of andere nieuwsgierigen ten val komen of een verdwaalde klap incasseren, zal *niet noodzakelijk* sprake zijn van een onrechtmatig optreden van de politie of de rijkswacht, zodat evenmin noodzakelijk sprake zal zijn van *onopzettelijke* slagen en verwondingen.

9. De rechter die het optreden van de politie moet beoordelen, wacht meestal geen dankbare taak. Degenen die het optreden van de ordediensten durven in vraag te stellen, worden immers al gauw verweten kamergeleerden te zijn, die geen rekening houden met de toestand op straat; wie het gebruikte politiegeweld goedkeurt, wordt niet zelden voor een autoritaire reactionair en een machiavellist versleten. De meningen over wat kan, wat niet mag en wat moet, lopen vaak uiteen (zie b.v. de diverse *dissenting opinions* in het aangehaalde arrest van het E.H.R.M. in de zaak Andronicou en Constantinou / Cyprus van 9 oktober 1997).

Bovendien zal de rechter niet alleen oog moeten hebben voor het optreden van de individuele politieambtenaar die de fatale klap uitdeelde of die op een andere manier de hoofdrol speelde bij de gewraakte actie, maar in voorkomend geval ook voor de organisatie van die actie door zijn overheden (cf. de overwegingen omtrent het optreden van de politie als dusdanig in randnummer 3.1 van het arrest van Gent, 3 juni 1997, *A.J.T.*, 1997-98, (109), 112, met noot L.A.; zie ook P. De Hert, o.c., *Vigiles*, 1997, nr. 4, 33). Ongeoorloofd politiegeweld kan immers ook een louter gevolg zijn van inadequate bevelen, een gebrek aan opleiding, een amateuristische organisatie van de operatie of een ondermaatse inschatting van de situatie door de overheid, waarvoor de individuele politieagent niet verantwoordelijk kan worden geacht, noch op strafrechtelijk noch op tuchtrechtelijk noch op burgerrechtelijk vlak.

10. Deze of gene omstandigheden, hoe erg en wraakroepend ook, kunnen evenwel nooit impliceren dat alles gepermitteerd zou zijn: zoals steeds moeten de middelen het doel heiligen. Gewelddadig optreden moet in *de mate van het mogelijke* immers *altijd* worden vermeden (zie in dit verband de studie van N. Uildriks, *Geweld in de interactie politie-*

publiek – Een onderzoek naar opvattingen en ervaringen binnen de politie. SI-EUR-reeks, deel 14, Erasmus Universiteit Rotterdam, Sanders Instituut, Gouda Quint, 1996; N. Uildriks, *De normering en beheersing van politiegeweld*, Sanders Instituut, Gouda Quint, 1997).

Het gebruikte geweld kan dan ook nooit wettig zijn wanneer het louter erop gericht is om «brutaal te knuppelen» op vluchtende betogers (cf. P. Raskin, *o.c.*, *Jura Falc.*, 1967-68, nr. 1, 29). Het doelbewust aftroeven van een ongevaarlijk of een geneutraliseerd persoon of het opzettelijk vernielen van de camera van een journalist: het zijn allemaal brutaliteiten die in geen geval bij de ordehandhaving horen (cf. Brussel, 21 mei 1992, onuitg., A.R. 1475/87, n.a.v. het gewelddadig optreden van de politie, die tijdens een «jongerenmars tegen werkloosheid» die op 24 april 1982 te Brussel werd gehouden, een lid van de eigen ordedienst van de betogers genadeloos en zonder wettige reden in elkaar had gestampt; Gent, 3 juni 1997, *A.J.T.*, 1997-98, 109, met noot L.A.).

11. Ook in het geannoteerde arrest ging de politie zich volgens de appèlrechters te buiten aan ongeoorloofde geweldsdaaden. De feiten blijken slechts gedeeltelijk uit het arrest en kunnen als volgt worden samengevat. Bij een grootscheepse controle (een «razzia») die op 5 november 1995 in enkele Antwerpse herbergen werd uitgevoerd, werd de heer C. als klant van de herberg door een politieambtenaar aangemaand tot medewerking aan een identiteitscontrole. Toen de heer C. hierbij geen haast bleek te maken, werd hij hardhandig naar buiten gesleurd en «naar de grond geleid», waarbij een andere politieagent hem neutraliseerde door zijn knie in de nek van C. te plaatsen. Op dat ogenblik paste een nog andere politieagent, te dezen beklaagde L., een zogenaamde «beenklem» toe op de heer C., waarbij deze ernstige verwondingen opliep aan de rechterknie. Een gebroken knieschijf en blijvende arbeidsongeschiktheid van 8% waren het gevolg.

Op grond van een feitelijke beoordeling van de beschikbare gegevens oordeelde het hof van beroep dat het geweld buitensporig was. Hierbij werd rekening gehouden met o.m. de respectieve fysieke gesteldheid van de beklaagde en de burgerlijke partij: deze laatste bleek een «kleine tenger man» te zijn, terwijl de betrokken politieagent blijkbaar «groot en struis gebouwd» was (schending van het proportionaliteitsbeginsel; vgl. Antwerpen, 19 april 1991, *R.W.*, 1992-93, 303). Door erop te wijzen dat de burgerlijke partij reeds op de grond lag en een andere agent reeds zijn knie in zijn nek had geplaatst, lijkt het hof van beroep bovendien te suggereren dat de gewraakte beenklem niet eens nodig was (schending van het noodzakelijkheids-, opportuniteits- of subsidiariteitsbeginsel).

12. Of de beslissing van het hof van beroep goedkeuring verdient, is een vraag die van louter feitelijke aard is en die we hier dan ook, afgezien van de karige feitelijke gegevens die uit het geannoteerde arrest kunnen worden afgeleid, in het midden laten. Wél oordeelt het hof van beroep terecht dat, eens vaststaat dat de «beenklem» een disproportionele en geenszins noodzakelijke vorm van geweld uitmaakte, te dezen maar moeilijk sprake kon zijn van het toebrengen van *onopzettelijke* slagen en verwondingen. De beenklem werd immers wel degelijk bewust geplaatst, zodat onmiddellijk sprake was van opzettelijke slagen (met als verzwarende omstandigheid de blijvende ongeschiktheid: art. 400 Sw.).

Dat de beklaagde de schadelijke gevolgen bij het slachtoffer niet heeft gewild, is irrelevant (P. Arnou, «Opzettelijk doden en het opzettelijk toebrengen van lichamelijk letsel», in *Bijzonder strafrecht voor rechtspractici*, Leuven, Acco, 1990, p. 47, nr. 17; A. De Nauw, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Antwerpen, Acco, 1990, p. 47, nr. 17; A. De Nauw, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1998, p. 142, nr. 237).

13. De stad Antwerpen en haar politieagent werden te dezen beiden veroordeeld tot schadevergoeding aan de burgerlijke partij (art. 17 e.v. Wet Politieambt; zie hierover A. Van Oevelen, «De aansprakelijkheid van de Staat en de gemeente voor de schade veroorzaakt door politieambtenaren en de persoonlijke civielrechtelijke aansprakelijkheid van deze laatsten», in *Om deze redenen Liber Amicorum Armand Vandeplas*, Gent, Mys & Breesch, 1994, 415-453). Wat de persoonlijke aansprakelijkheid van de politieagent betreft, oordeelde het hof van beroep immers dat zijn optreden een zware fout inhield in de zin van art. 48 van de wet van 5 augustus 1992 op het politieambt.

14. Tegen het voorliggende arrest werd door de burgerlijke partij cassatieberoep aangetekend (A.R. P.00.0473.N). Het cassatieberoep betreft evenwel slechts de omvang van de toegekende schadevergoeding.

Steven Van Overbeke

ARBEIDSHOF TE GENT – AFDELING BRUGGE

2e KAMER – 28 FEBRUARI 2000

Voorzitter: de h. Dewulf

Raadsheren in sociale zaken: de h. Defoort en mevr. Slegers

Openbaar ministerie: de h. Lievens

Advocaten: mrs. Verdru en Heughebaert

Arbeidsovereenkomst – Handelsvertegenwoordiger – Opzegging – Einde – Onderlinge toestemming – Uitwinningsvergoeding

Wanneer de arbeidsovereenkomst, lopende de opzeggings termijn, met onderlinge toestemming vervroegd wordt beëindigd, is aan de handelsvertegenwoordiger geen uitwinningsvergoeding verschuldigd.

B. t/ N.V. De B.

Gelet op de stukken van het dossier, inzonderheid op het voor eensluidend verklaard afschrift van het op tegenspraak gewezen vonnis van de Arbeidsrechtbank te Brugge, afdeling Brugge, derde kamer, van 12 oktober 1998 (A.R. nr. 91.460), waarvan geen betekening werd voorgebracht.

Gelet op het verzoekschrift tot hoger beroep, neergelegd ter griffie van het Arbeidshof te Gent, afdeling Brugge, op 7 december 1998.

...

4.2. Wanneer de overeenkomst wordt beëindigd door de werkgever zonder dringende reden of door de handelsvertegenwoordiger om een dringende reden, is, krachtens art. 101, eerste lid, van de wet van 3 juli 1978 betreffende de

arbeidsovereenkomsten een vergoeding wegens uitwinning verschuldigd aan de handelsvertegenwoordiger die een cliëntèle heeft aangebracht, tenzij de werkgever bewijst dat uit de beëindiging van de overeenkomst geen enkel nadeel volgt voor de handelsvertegenwoordiger.

4.2.1. Het arbeidshof onderschrijft het advies van het openbaar ministerie dat oordeelt dat de verschillende cassatiearresten welke zowel door de eerste rechter als door de beide partijen worden geciteerd, telkens steunen op dezelfde interpretatie van de bepalingen van de wet van 3 juli 1978. Er is geen sprake van enige wijziging in het standpunt van het Hof van Cassatie.

Het arrest van het Hof van Cassatie van 14 mei 1975, waarin wordt gezegd dat wanneer partijen zich akkoord stellen over de opzeggingstermijn en de werkgever zich ertoe verbindt de opzeggingsvergoedingen te storten, de handelsvertegenwoordiger gerechtigd is een uitwinningsvergoeding op te eisen (Cass., 14 mei 1975, *T.S.R.*, 1976, 82), heeft duidelijk betrekking op het geval dat de opzegging wordt gegeven door de werkgever en dat ook de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd ingevolge die opzegging door de werkgever, maar waarbij er na die opzegging tussen partijen enkel een overeenkomst wordt gesloten nopens de opzeggingstermijn, die het gevolg is van die opzegging, en waarin trouwens wettelijk ook is voorzien.

Het arrest van het Hof van Cassatie van 26 november 1990, en trouwens ook dat van 20 januari 1992, waarbij onder meer wordt beslist dat de handelsvertegenwoordiger niet gerechtigd is op een uitwinningsvergoeding indien hij zelf, nadat de werkgever opzegging heeft gegeven, een einde maakt aan de arbeidsovereenkomst met toepassing van art. 84 Arbeidsovereenkomstenwet (Cass., 26 november 1990, *Arr. Cass.*, 1990-91, 348, *R.W.*, 1990-91, 1125; Cass., 20 januari 1992, *Arr. Cass.*, 1991-92, 454), heeft duidelijk betrekking op het geval dat de werkgever opzegging geeft van de arbeidsovereenkomst, waarna geen overeenkomst wordt gesloten nopens de opzeggingstermijn, maar de arbeidsovereenkomst uiteindelijk wordt beëindigd, niet ingevolge de opzegging gegeven door de werkgever, maar ingevolge die gegeven door de werknemer.

Deze rechtspraak is helemaal niet wereldvreemd, zoals appellants dat uitdrukt, maar houdt enkel een correcte toepassing in van art. 101 Arbeidsovereenkomstenwet.

4.2.2. Volgens de bewoordingen van art. 101 Arbeidsovereenkomstenwet is de werkgever geen uitwinningsvergoeding verschuldigd indien of door het feit dat hij opzegging geeft aan zijn werknemer, maar wel indien de arbeidsovereenkomst uiteindelijk door hem en enkel door hem beëindigd wordt, zonder dringende reden.

Volgens vaststaande cassatierechtspraak is de arbeidsovereenkomst niet beëindigd zolang de opzeggingstermijn loopt (Cass., 10 oktober 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 177; Cass., 26 november 1990 en Cass., 20 januari 1992 hierboven geciteerd).

Om te bepalen of de handelsvertegenwoordiger recht heeft op uitwinningsvergoeding moet de werkelijke – niet de potentiële – beëindiging van de arbeidsovereenkomst in aanmerking worden genomen.

Indien tijdens de opzeggingstermijn de arbeidsovereenkomst met wederzijds akkoord wordt beëindigd, komt de beëindiging door wederzijdse toestemming in de plaats van de eenzijdige beëindiging door opzegging (zie conclusie van

procureur-generaal Lenaerts voorafgaand aan het voornoemde arrest van 26 november 1990, in *De grote arresten van het Hof van Cassatie in sociale zaken, gewezen op conclusies van Em. Procureur-Generaal H. Lenaerts, W. van Eeckhoutte*, (red.), Antwerpen, Kluwer, 1996, blz. 489).

Appellant verwijst naar een arrest van het Arbeidshof van Antwerpen, (...) (Arb. Hof Antwerpen, 20 november 1989, *R.W.*, 1989-90, 1471). Deze rechtspraak dateert evenwel van vóór voornoemde cassatiearresten van 26 november 1990 en 20 januari 1992 en steunde op onder meer de ondertussen door het Hof van Cassatie afgewezen rechtspraak dat de uitwinningsvergoeding ook verschuldigd blijft, zelfs bij het geven van een tegenopzegging, zodat dit arrest in elk geval achterhaald is.

Bijgevolg is een, na de door de werkgever gegeven opzegging, gesloten overeenkomst tot beëindiging van die arbeidsovereenkomst *de rechtshandeling die de arbeidsovereenkomst beëindigt*, zodat er in dat geval geen uitwinningsvergoeding verschuldigd is, precies zoals dat het geval is bij een beëindiging van de arbeidsovereenkomst krachtens art. 84 Arbeidsovereenkomstenwet. Met andere woorden: opzegging, ontslag en/of beëindiging zijn geen identieke begrippen (Vergelijk: Cass., 18 november 1989, *T.S.R.*, 1990, 22).

4.3. Uit de overeenkomst van 21 februari 1997 blijkt duidelijk dat het de wil van beide partijen was om op die datum, in wederzijds akkoord, de arbeidsovereenkomst te beëindigen op 28 februari 1997.

Deze overeenkomst is de rechtshandeling die uiteindelijk een einde heeft gemaakt aan de arbeidsovereenkomst. Het betreft geen overeenkomst nopens de duur van de opzeggingstermijn, wat wel deels kan worden gezegd van de daaraan voorafgaande overeenkomsten. De titel van die laatste overeenkomst luidt trouwens ook anders dan de vorige.

...

BURGERLIJKE RECHTBANK TE GENT

15e KAMER – 1 DECEMBER 1999

Voorzitter: de h. Wylleman

Advocaten: mrs. Verhoeven, Van Caenegem, Heymans, Vanosselaer en De Keersmaecker

1. Aanneming van werk – Onderaannemer – Rechtstreekse vordering – Aard – Gevolgen – Conflict pandhouder – 2. Pand – Pand schuldvordering – Bepaalbaarheid – Inningsbevoegdheid

1. De rechtstreekse vordering van de onderaannemer is er een van het «onvolmaakte» type, die eerst gestalte krijgt wanneer zij effectief wordt ingesteld. Door die uitoefening tast de onderaannemer het vermogen van de hoofdaannemer aan. De onderaannemer kan derhalve in samenloop komen met andere schuldeisers van de hoofdaannemer die op diens schuldvordering op de bouwheer preferenties kunnen doen gelden. Het conflict met de pandhouder wordt beslecht aan de hand van de anterioriteitsregel.

2. Het pandrecht op schuldvorderingen ontstaat van bij de pandovereenkomst. Een verpanding van «alle sommen» uit een bepaalde rechtsverhouding is voldoende bepaald. Een conventionele inningsbevoegdheid van de pandhouder is niet ongeoorloofd.

N.V. K. t/ Faillissement B.V.B.A. I., Stad Gent en
Faillissement N.V. D.

1. Voorafgaande procedure

Bij dagvaarding van 14 november 1995 vorderde de B.V.B.A. I. de veroordeling van de stad Gent tot betaling van 2.150.778 frank, te vermeerderen met de conventionele interest aan 14 % per jaar vanaf 16 november 1995 en met de gedingkosten. De vordering was gebaseerd op art. 1798 B.W. en art. 20, 12°, van de Hypotheekwet en betrof een reeks onbetaalde facturen voor dakbedekingswerken uitgevoerd door de B.V.B.A. I. in onderaanneming van de N.V. D. op de werven Vanden Berghestraat te Gent en Florales te Gent, van welke werven de stad Gent bouwheer-opdrachtgever was. Naderhand deed de B.V.B.A. I. afstand van haar rechtstreekse vordering voor wat betreft de facturen in verband met de werf Vanden Berghestraat, waarvan immers niet de stad Gent, maar de socialehuisvestingsmaatschappij De Genste Haard opdrachtgeefster bleek te zijn. De B.V.B.A. I. herleidde dienovereenkomstig haar vordering tot een bedrag van 2.109.240 frank.

De stad Gent vorderde primair de afwijzing van de vordering als onontvankelijk, minstens ongegrond. Subsidiair vroeg zij de vordering te herleiden tot 1 frank provisioneel. De stad Gent wees er o.m. op dat de N.V. D. haar schuldvorderingen op de stad Gent in verband met de betrokken werven in pand had gegeven aan de bank, dat deze inpandgeving tegenwerpbaar was aan de B.V.B.A. I., aangezien zij had plaatsgevonden vóór het instellen door de B.V.B.A. I. van de rechtstreekse vordering tegen de stad Gent. De stad Gent besloot daaruit dat zij op het ogenblik van het instellen van de rechtstreekse vordering geen schuldenaar meer was van de N.V. D. maar van de bank, pandhoudende schuldeiser, zodat de rechtstreekse vordering om die reden diende te worden afgewezen.

...

Bespreking

1. Nopens het volmaakt/onvolmaakt karakter van de rechtstreekse vordering van de onderaannemer tegen de bouwheer

1.1. In zijn laatste conclusies argumenteert de curatele van de B.V.B.A. I. dat de rechtstreekse vordering van de onderaannemer jegens de bouwheer aan de onderaannemer een eigen recht verleent, dat hem losmaakt van zijn eigen schuldenaar en het hem mogelijk maakt om in eigen naam en voor eigen rekening de onderschuldenaar (de bouwheer) rechtstreeks aan te spreken alsof het zijn eigen schuldenaar is. Zij besluit hieruit dat de onderaannemer, precies wegens het rechtstreeks karakter van zijn vordering, dat ertoe strekt het vermogen van de hoofdaannemer

te ontwijken, eenvoudigweg niet in samenloop komt met de schuldeisers van de hoofdaannemer, zoals *in casu* de bank.

Het komt de rechtbank voor dat deze redenering onvoldoende genuanceerd is.

Ten eerste is het onjuist het voor te stellen alsof er zich in voorliggend geval geen samenloop, minstens een conflict, zou voordoen tussen enerzijds de B.V.B.A. I., als rechtstreeks vorderende onderaannemer en anderzijds de bank, als pandhoudende schuldeiser van de schuldvordering van de hoofdaannemer op de bouwheer. Beide maken immers aanspraak op betaling door de bouwheer (de stad Gent) van de bedragen die deze aan de hoofdaannemer (N.V. D.) verschuldigd is. In die zin is er wel degelijk een conflict tussen twee schuldeisers in verband met hetzelfde onderpand. Om zijn stelling dat er geen samenloop is te staven, stelt de curatele van de B.V.B.A. I. weliswaar terecht dat de rechtstreekse vordering van de onderaannemer wordt uitgeoefend op het vermogen van de bouwheer en dat de rechtstreeks vorderende onderaannemer bijgevolg niet in samenloop komt met de schuldeisers van de hoofdaannemer. Hij verliest daarbij echter uit het oog dat de bank, die uiteraard schuldeiser is van de hoofdaannemer, door de inpandgeving van de schuldvordering tevens aanspraken kan laten gelden tegen de bouwheer.

Gegeven deze conflictsituatie, rijst vervolgens de vraag of de inpandgeving van de schuldvordering en de daaruit voortvloeiende gevolgen – o.m. dat de bouwheer vanaf de kennisgeving van de inpandgeving niet meer in handen van de hoofdaannemer maar enkel nog in handen van de bank mag betalen – kunnen worden tegengeworpen aan de rechtstreeks vorderende onderaannemer. Om deze vraag te beantwoorden dient te worden nagegaan of de rechtstreekse vordering van de onderaannemer jegens de bouwheer, een rechtstreekse vordering van het volmaakte dan wel van het onvolmaakte type is.

In het eerste geval (volmaakte rechtstreekse vordering) kan de onderschuldenaar geen excepties uit de verhouding tot zijn schuldeiser opwerpen aan de rechtstreeks vorderende onderschuldeiser. Toegepast op onderhavig geval zou dit betekenen dat de inpandgeving van de schuldvordering aan de bank niet door de stad Gent zou kunnen worden tegengeworpen aan de B.V.B.A. I., wier rechtstreekse vordering daardoor niet zou worden belet.

In het tweede geval (onvolmaakte rechtstreekse vordering) kan de onderschuldenaar wél de excepties uit zijn verhouding tot zijn schuldeiser tegenwerpen aan de rechtstreeks vorderende onderschuldeiser. Is de rechtstreekse vordering van de onderaannemer tegen de bouwheer van dit type, dan kunnen de excepties uit de verhouding bouwheer-hoofdaannemer aan de rechtstreeks vorderende onderaannemer worden tegengeworpen.

Welnu, door de rechtsleer worden gedegen argumenten aangedragen ten voordele van de laatste stelling, namelijk dat de rechtstreekse vordering van de onderaannemer jegens de bouwheer van het onvolmaakte type is en dat bijgevolg de bouwheer alle excepties die op het ogenblik van het instellen van de rechtstreekse vordering bestaan, kan (en in zijn eigen belang moet) opwerpen tegen de onderaannemer (Cuypers, A., «De rechtstreekse vordering en het voorrecht van de onderaannemer», *R.W.*, 1997-98, 798-799; Dirix, E.,

«De rechtstreekse vordering van de onderaannemer na verpanding», *R.W.*, 1997-98, 411-412).

Luidens de tekst zelf van art. 1798 B.W. heeft de onderaannemer immers slechts een rechtstreekse vordering tegen de bouwheer *ten belope van hetgeen deze aan de aannemer verschuldigd is op het ogenblik dat de rechtstreekse vordering wordt ingesteld*. De rechtstreekse vordering van de onderaannemer ontstaat met andere woorden pas op het ogenblik van het instellen ervan, meer bepaald op het ogenblik dat de onderaannemer de bouwheer dagvaardt. Pas op dat ogenblik wordt de vordering van de hoofdaannemer op de bouwheer onbeschikbaar.

Alle op het ogenblik van de dagvaarding reeds bestaande excepties kunnen dan ook door de bouwheer worden tegengeworpen aan de onderaannemer. Indien bijgevolg de inpandgevingsovereenkomst tussen de N.V. D. en de bank op rechtsgeldige wijze werd gesloten en de inpandgeving bovendien vóór het instellen van de rechtstreekse vordering op correcte wijze ter kennis werd gebracht van de stad Gent (gecedeerde schuldenaar), dan kon en moest deze laatste de daaruit voortspruitende exceptie aan de B.V.B.A. I. tegenwerpen.

1.2. Spijts de verschillende middelen die de B.V.B.A. I. daaromtrent ontwikkelt, werd de inpandgevingsovereenkomst volkomen rechtsgeldig gesloten en werd zij vóór het instellen van de rechtstreekse vordering door de B.V.B.A. I. regelmatig ter kennis gebracht van de stad Gent.

1.2.1. Wat de vorm van de pandakte betreft, werpt de bank terecht op dat het *in casu* gaat om een handelsovereenkomst. Het pand strekt immers tot zekerheid van een handelsschuld (nl. de krediettschuld van de N.V. D. jegens de bank) en wordt bijgevolg uitsluitend beheerst door de wet van 5 mei 1872 inzake het Handelspand (zie o.m. Cass., 29 oktober 1886, *Pas.*, 1886, I, 362, met conclusie van advocaat-generaal Bosch). De vormvereisten voorgeschreven door art. 2074 B.W. (openbare of geregistreerde onderhandse akte) zijn bijgevolg niet van toepassing. Het handelspand kan worden gevestigd op een wijze die in de koophandel geldt voor de verkoop van zaken van dezelfde aard. Daar schuldvorderingen vormvrij kunnen worden overgedragen, kunnen zij ook vormvrij in pand worden gegeven.

1.2.2. Voorts wordt ten onrechte door de B.V.B.A. I. opgeworpen dat de inpandgevingsovereenkomst nietig zou zijn (1) omdat zij een toekomstige schuldvordering betreft waarvan het voorwerp onvoldoende bepaald/bepaalbaar zou zijn en (2) wegens de clause in de pandakte (art. 5) luidens welke de bank, na kennisgeving aan of erkenning door de schuldenaar, bevoegd is om betaling van de schuldvordering te eisen en de betalingen in ontvangst te nemen, wat volgens de B.V.B.A. I. strijdig zou zijn met het beginsel dat de pandhoudende schuldeiser niet eigenmachtig tot verzilvering van het pand mag overgaan.

Wat het argument geput uit de onbepaalbaarheid van de schuldvordering betreft, dient allereerst te worden opgemerkt dat de schuldvordering die de N.V. D. in pand gaf aan de bank, zelfs niet als een toekomstige schuldvordering kan worden beschouwd.

Een schuldvordering bestaat immers zodra de oorzaak van de vordering ontstaat, dit is een rechtsfeit, de rechts-

handeling (zoals de overeenkomst) of de toestand die rechtstreeks aan de vordering ten grondslag ligt (Verbeke, A., «Artikel 1690 en de financiële verrichtingen. Faillissementsrechtelijke vragen en conflicten bij samenloop», in *Financieel recht tussen oud en nieuw*, Wymeersch, E. (ed.), Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1996, 104). De schuldvordering van de N.V. D. op de stad Gent was wel degelijk een (minstens in de kiem) reeds bestaande schuldvordering toen zij door de N.V. D. op 1 augustus 1995 in pand werd gegeven aan de bank: de opdracht werd immers bij besluit van het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent van 29 september 1994 toegewezen aan de N.V. D. Deze schuldvordering was bovendien voldoende duidelijk bepaald, nl. alle sommen die de N.V. D. uit hoofde van de betrokken opdracht zou kunnen vorderen van de stad Gent. Er is dus geen sprake van een onvoldoende bepaald of bepaalbaar voorwerp van de inpandgevingsovereenkomst.

Art. 5 van de pandakte (machtiging om betaling te ontvangen) is volkomen in overeenstemming met art. 3 van de wet van 5 mei 1872 inzake het handelspand luidens welk de schuldeiser op de vervaldagen de rente, de dividenden en het kapitaal van de in pand gegeven waarden ontvangt en die verrekent met zijn schuldvorderingen. Van enige nietigheid van deze clause, laat staan van de hele pandakte, is bijgevolg geen sprake.

1.2.3. Ten slotte werpt de curatele van de B.V.B.A. I. op dat de bank nooit rechtsgeldig in het bezit zou zijn gesteld van de verpande schuldvordering.

Ook dit argument dient te worden verworpen. Overeenkomstig art. 2075 B.W. verkrijgt de schuldeiser het bezit van een in pand gegeven schuldvordering door het sluiten van de pandovereenkomst. Hoewel de wet van 5 mei 1872 inzake het handelspand door de wet van 6 juli 1994 niet werd aangepast in die zin (wel later door de wet van 12 december 1996, waarbij aan art. 2 een tweede lid werd toegevoegd waarin art. 2075 B.W. van toepassing werd verklaard), werd in de tussenperiode algemeen en terecht aangenomen dat art. 2075 B.W. mede van toepassing was op het handelspand, dat immers tot doel had een soepeler regime dan het burgerlijk pand in te stellen (zie Verbeke, A., *o.c.*, 100). Besloten kan worden dat de verpande schuldvordering in het bezit werd gesteld van de bank door het sluiten van de pandovereenkomst.

1.2.4. Bij aangetekende brief van 2 augustus 1995 – derhalve ruim vóór het instellen van de rechtstreekse vordering door de B.V.B.A. I. – werd de stad Gent in kennis gesteld van de inpandgeving.

...

Uit het bovenstaande blijkt dat de inpandgevingsovereenkomst rechtsgeldig werd gesloten en dat zij, vóór het instellen van de rechtstreekse vordering door de B.V.B.A. I., ter kennis werd gebracht van de stad Gent. Op straffe een tweede maal te zullen moeten betalen – wat duidelijk niet de bedoeling is – dient de stad Gent aan de rechtstreeks vorderende onderaannemer de exceptie voortspruitend uit de haar ter kennis gebrachte verpanding van de schuldvordering tegen te werpen.

De rechtstreekse vordering van de onderaannemer jegens de stad Gent dient dan ook te worden afgewezen als ongegrond.

...

VREDEGERECHT TE NIEUWPOORT

18 JANUARI 2000

Rechter: de h. Verslype

Advocaten: mrs. Reynaert en Vanlerberghe

Mede-eigendom – Appartementsmede-eigendom – 1. Arbitrageclausule in basisakte – Nietigheid – 2. Werken aan private delen met belang voor gemene delen – Kostenverdeling – Behoud privaat karakter

1. Daar de wil van de wetgever om arbitrageclausules in de basisakte te verbieden woordelijk blijkt uit de parlementaire voorbereiding en de niet-expliciete uitsluiting van arbitrage in de tekst van de wet van 30 juni 1994 geen wijziging van die wil laat onderkennen, dient, mede op basis van de algemene ratio legis waarin de wetgever de hele geschillenbeslechting van de mede-eigendom regelde, de in de basisakte ingeschreven arbitrageclausule als nietig worden beschouwd.

2. Wanneer privaatieve delen gebreken vertonen die moeten worden hersteld, wordt het privaatieve karakter van de uitgave daartoe niet gewijzigd door het belang dat de herstellingswerken hebben voor de instandhouding van de gemene delen die op zichzelf niet gebrekkig zijn.

N.V. N-P t/ Vereniging van Mede-eigenaars Residentie R.

Gezien de dagvaarding van rechtsingang betekend op 24 december 1998, houdende vordering tot nietigverklaring van de beslissing van de algemene vergadering van 4 oktober 1998 van de mede-eigenaars van de residentie R. onder item 3.b;

...

In feite

Eiseres is mede-eigenaar in de residentie R. Door de algemene vergadering werd beslist dat de kosten voor de uitvoering van herstellingswerken betreffende de waterdichtheid van de (achter)terrassen zullen worden verdeeld onder alle mede-eigenaars volgens hun aandelen. Deze beslissing wordt bestreden door de huidige vordering van eiseres.

In rechte

Exceptie van afwijzing van rechtsmacht

Verweerster werpt de exceptie op van afwijzing van rechtsmacht op grond van de in art. 60 van de basisakte van 18 mei 1970 ingeschreven arbitrageclausule. Dit art. 60 luidt: «In geval van meningsverschil tussen een of meer mede-eigenaars en/of de zaakvoerder betreffende de interpretatie van het onroerend statuut of van het reglement van inwendige orde, zal het geschil worden onderworpen ter verzoening aan de algemene vergadering. Komt geen overeenkomst tot stand, dan zal het geschil worden onderworpen aan een scheidsrechter. (...)».

Eiseres werpt de nietigheid tegen van de voormelde arbitrageclausule op grond van het dwingend karakter van de wet van 30 juni 1994.

Luidens art. 577-14 B.W. zijn de bepalingen van deze afdeling – d.w.z. van afdeling 2 inzake gedwongen mede-eigendom van gebouwen of groepen van gebouwen – van dwingend recht.

Bepalingen van dwingend recht laten in beginsel geen afwijking toe, zodat op een afwijkende overeenkomst de sanctie van de nietigheid staat.

Daarbij dient evenwel te worden gespecificeerd dat het inzake mede-eigendom van gebouwen of groepen van gebouwen om een relatieve nietigheid gaat, aangezien de betrokken wetsbepalingen enkel private belangen beslaan.

De relativiteit betekent eensdeels dat de nietigheid moet worden ingeroepen door de «beschermd» partij en anderdeels dat er afstand van kan worden gedaan.

Anderzijds kan luidens art. 1676 Ger. W. elk geschil dat reeds is ontstaan of nog kan ontstaan uit een bepaalde rechtsbetrekking, waarover een dading mag worden aangegaan, bij overeenkomst aan arbitrage worden onderworpen (eerste lid), onverlet de bij de wet gestelde uitzonderingen (alineë 3).

Een overeenkomst van arbitrage is derhalve geldig, tenzij de wet de mogelijkheid ervan expliciet uitsluit (cfr. Timmermans, R., *Appartement en recht*, II D, p. 123; Van Heuverswyn, C., «Verhaalmogelijkheden en optreden in rechte van de syndicus», in *De gedwongen mede-eigendom van gebouwen of groepen van gebouwen*, p. 151).

De combinatie van de voormelde beginselen van nietigheid van de afwijkingen van dwingende wetsbepalingen eensdeels en van de geldigheid van de niet door de wet uitdrukkelijk uitgesloten arbitrageovereenkomst anderdeels heeft na de totstandkoming van de wet van 30 juni 1994 de onduidelijkheid en controverse inzake de geldigheid/nietigheid van de in een basisakte ingeschreven arbitrageclausule gegenereerd, waarover in de rechtsleer uitgebreid is gehandeld (cfr. Verryck, E., «Arbitrageclausule», *T. Vred.*, 1998, 269).

Lezing van de parlementaire voorbereidingsstukken m.b.t. de wet van 30 juni 1994 leert dat de wetgever onmiskenbaar gewild heeft de arbitrageovereenkomst inzake mede-eigendom van gebouwen of groepen van gebouwen uit te sluiten, althans wanneer het een overeenkomst betreft die is totstandgekomen vóór het ontstaan van het geschil, wat uiteraard het geval is bij algemene clausulering ervan in de basisakte.

Zowel in de Kamercommissie voor Justitie als in de Senaatscommissie voor Justitie werd *expressis verbis* gesteld dat werd gekozen voor een verbod of uitsluiting van arbitrageclausules (cfr. weergave in Timmermans, R., *o.c.*, p. 120-123). Het standpunt wordt duidelijk samengevat in de eindconclusie van de voorzitter van de Senaatscommissie: 1) «Arbitrageclausules in de basisakte en het reglement van mede-eigendom zijn nietig; 2) het staat de partijen echter vrij om *a posteriori*, d.w.z. nadat het geschil ontstaan is, een beroep te doen op een scheidsgerecht (Verslag Vandenbergh, *Parl. St.*, Senaat, 1993-94, nr. 712-2, p. 150).

De uitslag van arbitrage werd evenwel niet expliciet opgenomen in de wet van 30 juni 1994.

Het verschil tussen de bedoeling van de wetgever, zoals uitgedrukt in de voornoemde parlementaire voorbereidingsstukken – met een verbod van arbitrage –, en de redactie van de wettekst – zonder expliciete uitsluiting van

de arbitrage –, heeft geleid tot de tweespalt in de doctrine tussen wat gemeenzaam de toepassing van de geest en van de letter van de wet wordt genoemd (Feys, I., en Reynaert, F., in *Het mede-eigendomsrecht geactualiseerd*, p. 145).

Aldus betogen de auteurs Van Heuverswyn, C. (*o.c.*, p. 152) en Demeulenaere, B. (in *Gerechtigd Recht, Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, art. 1676, p. 1-20, nr. 45) dat het in art. 577-14 B.W. ingeschreven dwingend karakter als zodanig de arbitrageregeling niet uitsluit, en bijgevolg de geldigheid van een arbitrageclausule moet worden erkend.

Daarentegen spreken de auteurs Vandenberghe, H. (*Zakenrecht*, Boek III, *Mede-eigendom*, p. 284), Timmermans, R. (*o.c.*, p. 128), du Castillon, L. (in *Copropriété*, Verheyden-Jeanmart, N., (red.), p. 194) zich uit voor de door de wetgever beoogde nietigheid van de arbitrageclausule.

Kraewinkels, J.N. (in *La copropriété forcée*, Hansenne, J., (red.), p. 235), Feys, I. en Reynaert, F. (*o.c.*, p. 145), en Verryck, E. (*o.c.*, p. 271) wijzen op de dualiteit, maar drukken geen voorkeursstelling uit.

De gepubliceerde rechtspraak ten slotte beperkt zich tot een vonnis van het Vrederecht te Berchem van 26 november 1996 (*T. App.*, 1997-I, p. 34), waarin de arbitrageclausule als geldig en geldend werd aangenomen, maar zonder behandeling van de hierboven uiteengezette problematiek.

Primordiaal voor de beoordeling is de vaststelling dat er geen enkel gegeven voorligt dat het mogelijk maakt in het verschil tussen de door de wetgever in de parlementaire voorbereidingsstukken uitgedrukte wil eensdeels en de uiteindelijke redactie van de wet andersdeels een wijziging van die wil te onderkennen. Het verschil moet kennelijk worden verklaard door een onterechte afleiding van de automatische nietigheid van de arbitrageovereenkomst als gevolg van het expliciet van dwingend recht stellen van de wettelijke bepalingen (cfr. Demeulenaere, B., *o.c.*, *l.c.*; Kraewinkels, J.N., *o.c.*, *l.c.*).

Daarbij kwam dat de wetgever wel de mogelijkheid van arbitrage «*a posteriori*» wilde behouden zien. In die wetenschap kan het aannemen van het door de wetgever onmiskenbaar gewilde verbod van arbitrage door de rechter niet als een reële toevoeging of aanvulling van de wet worden gekwalificeerd.

Afgezien van het feit dat een wetgevende corrigerende tussenkomst ter definitieve uitsluiting van de betwisting wenselijk is, besluit de rechtbank dan ook dat zij haar oordeel moet baseren op:

- de wil van de wetgever om arbitrageclausules in de basisakte te verbieden, zoals *expressis verbis* uitgedrukt in de parlementaire voorbereidingsstukken;
- het feit dat de niet expliciete uitsluiting van arbitrage in de tekst van de wet van 30 juni 1994 geen wijziging van die wil laat onderkennen, maar enkel het gevolg is van een onterechte afleiding;
- de algemene *ratio legis*, waarin de wetgever de hele geschillenbeslechting van de mede-eigendom aan de vrederechter heeft toegewezen.

De bij uitstek pragmatisch functionerende vrederechter kan niet op grond van een rechtstheoretisch tekstmotief de vaststaande wil van de wetgever miskennen. Zulks geldt des te meer wanneer de werkbaarheid van de arbitrage in de

praktijk van de beslechting van geschillen inzake mede-eigendom terecht in vraag moet worden gesteld, zoals R. Timmermans omstandig aantoonde (*o.c.*, p. 126-128).

De praktijk heeft genoegzaam aangetoond dat voor de rechtzoekende mede-eigenaar de drempel tot de arbitrage aanzienlijk hoger ligt dan die tot het overheidsrecht, terwijl de wetgever precies beoogd heeft hem een aangepaste, vlotte rechtstoegang te verzekeren.

Ten slotte kan niet worden voorbijgegaan aan de vaststelling dat de arbitrageclausule via de exceptie van afwijzing van rechtsmacht in de praktijk voornamelijk als «valkuil» wordt gehanteerd door de in rechte aangesproken «vereniging van mede-eigenaars», wat bezwaarlijk met de gezegde *ratio legis* kan worden verzoend (cfr. Robbe, C. en Bogaert, J., in *T. App.*, 1999-I, p. 11).

Op grond van de vorenstaande overwegingen en vaststellingen oordeelt de rechtbank dat de in de basisakte ingeschreven arbitrageclausule overeenkomstig de wil van de wetgever als nietig moet worden beschouwd. De door verweerster opgeworpen exceptie wordt bijgevolg ongegrond bevonden.

Ten gronde

...

In tweede orde werpt verweerster op dat, in zoverre eiseres de litigieuze beslissing als onregelmatig heeft gekwalificeerd, er geen enkel substantieel vormvoorschrift werd miskend.

Het onregelmatige karakter van een beslissing, als bedoeld in art. 577-9, § 2, eerste lid, B.W., beslaat evenwel niet alleen de formelijke conformiteit met de bepalingen van de wet of de statuten, maar ook de inhoudelijke conformiteit met die bepalingen (De Page, Ph., in *La copropriété forcée*, J. Hansenne (red.), p. 88).

Eiseres baseert haar vordering precies op de miskenning van de statutair vastgelegde kostenregeling.

De bestreden beslissing komt in de notulen voor onder item 3.b. met de hoofding: «Vernieuwen waterdichtheid achterbalkons». Daarbij is in de aanhef vermeld: «Waterinsijpelingen worden vastgesteld op de achterbalkons en gevaar voor betonrot (zeer dure herstellingen) ontstaat wanneer de waterdichtheid niet hersteld wordt.».

Na bespreking van de mogelijke remediëringsmethodes heeft de algemene vergadering beslist tot uitvoering van werken voor een geraamde kostprijs van 1.135.350 fr. + BTW, en tot verdeling van die kostprijs onder alle mede-eigenaars volgens hun aandelen «aangezien het om het oplossen van waterdichtheidsproblemen gaat, die een invloed hebben op de structuur van het hele gebouw».

Tegen die kostenverdeling is de vordering van eiseres gericht, met de redengeving dat de kwestieuze achterbalkons volgens de basisakte privatieve delen uitmaken, zodat de voornoemde herstelkosten uitsluitend ten laste van de betrokken privatieve eigenaars kunnen worden gelegd.

In art. 12 van de basisakte worden de balkons en terrassen expliciet als privaat aangeduid.

Verweerster laat evenwel gelden dat de besliste werken noodzakelijk zijn voor de instandhouding van de gevel en de betonstructuur van het hele gebouw, die gemene delen uit-

maken, zodat de eigenaars van de gelijkgrondse privatieve gedeelten overeenkomstig de in sectie vier van de basisakte bedongen kostenregeling in de kosten ervan moeten bijdragen. Deze afleiding maakt verweerster uit het feit dat, zonder de herstellingswerken aan de balkons er gevaar dreigt voor betonrot aan de gehele achtergevelstructuur en dat het betonplateau van de balkons van die structuur deel uitmaakt.

Terecht betoogt eiseres daartegen dat verweerster oorzaak en gevolg verwart. Wanneer privatieve delen gebreken vertonen die moeten worden hersteld, dan wordt het privatieve karakter van de uitgave daartoe niet gewijzigd door het belang dat de herstellingswerken hebben voor de instandhouding van de gemene delen die op zichzelf niet gebrekking zijn.

...

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (Vakantiekamer) 27 juli 1998

Uitlevering – Uitvoerbaarverklaring – Hoger beroep – Termijn – Verenigbaarheid met art. 5.4. E.V.R.M.

Op de volgende gronden verwerpt het Hof de voorziening tegen een arrest van de Kamer van Inbeschuldigingstelling van het Hof van Beroep te Luik van 18 juni 1998:

...

«Overwegende dat, ofschoon de Belgische wetgeving niet voorziet in de verschijning van de vreemdeling voor de raadkamer die het buitenlands bevel uitvoerbaar moet verklaren, zij hem evenwel de mogelijkheid toekent om hoger beroep in te stellen, waarvan de modaliteiten worden geregeld bij art. 135 Sv.

«Overwegende dat geen schending van art. 5.4 E.V.R.M. kan worden afgeleid uit de omstandigheid dat voornoemd beroep, op straffe van verval, moet worden ingesteld binnen vierentwintig uren na de betekening van de beschikking».

(Voorzitter: de h. Marchal – Rapporteur: de h. de Codt – Openbaar ministerie: mevr. de Raeve – Advocaat: mr. Piette – In de zaak: C. t/ O.M.).

NOOT – *Over het hoger beroep tegen de uitvoerbaarverklaring van de uitlevering*

1. De uitleveringswet erkent aan de vreemdeling, tegen wie een bevel tot aanhouding met het oog op uitlevering werd verleend door een vreemde overheid, niet het recht te verschijnen voor de raadkamer die moet beslissen of dit bevel in België uitvoerbaar moet worden verklaard (Cass., 16 mei 1949, *Arr. Cass.*, 1949, 329; Cass., 3 maart 1992, *Arr. Cass.*, 1991-92, 632; M. De Swaef, *Uitlevering: uitvoerbaarverklaring van het buitenlandse bevel tot aanhouding*, p. 3 in: *Comm. Strafr.*)

2. De art. 6 E.V.R.M. en 14 I.V.B.P.R. houden geen verband met het recht van verdediging voor de onderzoeksgerechten die uitspraak doen over de uitvoerbaarver-

klaring van het door de buitenlandse overheid verleende bevel tot aanhouding (Cass., 3 maart 1992, *Arr. Cass.*, 1991-92, 632). De rechtspleging verloopt niet op tegenspraak: de vreemdeling moet niet worden ondervraagd over de feiten die hem ten laste worden gelegd (Cass., 17 augustus 1992, *Arr. Cass.*, 1991-92, 1053).

3. Hoewel art. 3 van de Uitleveringswet geen gewag maakt van een recht van hoger beroep, wordt algemeen aangenomen dat de beschikking van de raadkamer kan worden aangevochten overeenkomstig art. 135 Sv. (Cass., 3 mei 1926, *Pas.*, 1926, I, 358).

Art. 135 Sv. bepaalt dat wanneer een van de inderdenkinggestelden van zijn vrijheid is beroofd, het hoger beroep door het openbaar ministerie en door elk van de partijen moet worden ingesteld overeenkomstig art. 30 van de wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis.

4. Art. 30, § 2, van de wet betreffende de voorlopige hechtenis bepaalt dat het hoger beroep moet worden ingesteld binnen een termijn van vierentwintig uren die, ten aanzien van het openbaar ministerie, begint te lopen vanaf de dag van de beslissing, en ten aanzien van de verdachte, vanaf de dag waarop die hem betekend is.

De korte termijn die aan de verdachte en aan het openbaar ministerie wordt gegund om hoger beroep in te stellen, is niet strijdig met het E.V.R.M.

Legal remedies sometimes have a blind date with legal knowledge.

A. Vandeplas

Hof van Cassatie (1e Kamer) 22 april 1999

Geneeskunde – Arts – Ziekenhuis – Overeenkomst – Beëindiging – Dringende reden – Advies van medische raad

Op de volgende gronden verwerpt het Hof de voorziening tegen een arrest van het Hof van Beroep te Bergen van 21 oktober 1997:

«Overwegende dat art. 8 van het huishoudelijk reglement van de dienst inwendige geneeskunde van het door verweerster beheerde ziekenhuis bepaalt dat een geneesheer-titularis uit de dienst kan worden uitgesloten onder de voorwaarden die het nader omschrijft;

«Overwegende dat, enerzijds, het arrest, daar het beslist dat voornoemd artikel «uitdrukkelijk slaat op de uitsluiting van een geneesheer-titularis uit de dienst» en «opgenomen is in een huishoudelijk reglement, betreffende een van de diensten van het ziekenhuis, dat (...) drie afdelingen telde (...)» die bepaling niet uitlegt op een wijze die onverenigbaar is met de bewoordingen ervan en derhalve de bewijskracht van de akte die deze bevat, niet miskent;

«Overwegende dat, anderzijds, het arrest, daar het aan dat reglement, in de uitlegging die het ervan geeft, de gevolgen verbindt die het tussen de partijen wettelijk heeft, de verbindende kracht ervan niet miskent;

«Overwegende overigens dat art. 125 van de wet van 7 augustus 1987 op de ziekenhuizen bepaalt dat de medische raad advies verstrekt over de algemene regeling van de rechtsverhoudingen tussen het ziekenhuis en de ziekenhuis-geneesheren en dat afzetting om dringende redenen niet

zonder advies van de medische raad mag worden gegeven, wanneer het feit ter rechtvaardiging ervan, sedert ten minste drie werkdagen bekend is aan de beheerder die er zich op beroept;

«Dat ingevolge art. 130 van voornoemde wet in elk ziekenhuis een algemene regeling wordt vastgesteld betreffende de rechtsverhoudingen tussen het ziekenhuis en de geneesheren; dat die regeling onder meer bepaalt om welke redenen en volgens welke procedure een einde kan worden gemaakt aan de rechtsverhoudingen tussen de beheerder en de ziekenhuisgeneesheren; dat volgens art. 131, onder verwijzing naar die in art. 130 bedoelde algemene regeling, de respectieve rechten en plichten van de individuele ziekenhuisgeneesheer en de beheerder, alsook meer bepaald de werkvoorwaarden van de ziekenhuisgeneesheer schriftelijk worden vastgesteld, hetzij in een overeenkomst, hetzij in de benoemingsakte; dat die schriftelijke regeling minstens slaat op de naleving van het huishoudelijk reglement van het ziekenhuis en van de diensten, en in voorkomend geval, van het strafreglement;

«Overwegende dat die wetsbepalingen dus slaan op de algemene regeling betreffende de rechtsverhoudingen tussen het ziekenhuis en de ziekenhuisgeneesheren en niet op het huishoudelijk reglement van een dienst inwendige geneeskunde;

«Dat het arrest, daar het niet art. 8 van voornoemd reglement, maar wel art. 125 van de voornoemde wet toepast op de beëindiging van de contractuele verhoudingen tussen de beheerder en eiser, zijn beslissing naar recht verantwoordt».

(Voorzitter: mevr. Charlier – Rapporteur: de h. Verheyden – Openbaar ministerie: de h. Henkes – Advocaten: mrs. Van Ommeslaghe en T'Kint – In de zaak: J.J. t/ V.Z.W. A.C.H.C.).

Hof van Cassatie (2e Kamer) 1 februari 2000

Misdrijf – Schulduitsluitingsgronden – Krankzinnigheid – Burgerlijke rechtsvordering

Op de volgende gronden vernietigt het Hof een arrest van het Hof van Beroep te Gent van 12 maart 1998, in zoverre het de burgerlijke rechtsvordering van eiser tegen de verweerder De R. afwijst:

«Overwegende dat wanneer de rechter oordeelt dat de feiten ten laste van de beklaagde bewezen zijn, maar dat deze op het ogenblik van de feiten in staat van krankzinnigheid verkeerde en hij vervolgens de beklaagde vrijspreekt, hij toepassing maakt van de in art. 71 Sw. bepaalde schulduitsluitingsgrond;

«Dat in dat geval de rechter niet ontslagen is van zijn verplichting om uitspraak te doen over de burgerlijke rechtsvordering van de regelmatig gestelde burgerlijke partij op grond van art. 1386bis B.W.;

«Dat de appèlrechters derhalve hun beslissing de burgerlijke rechtsvordering van eiser tegen verweerder zonder verder onderzoek als ongegrond af te wijzen in zoverre deze «gesteund (is) op de hem ten laste gelegde misdrijven», niet naar recht verantwoorden».

(Voorzitter: de h. Holsters – Rapporteur: de h. Londers – Openbaar ministerie: de h. Duinslaeger – Advocaten: mrs. Bützler en Geinger – In de zaak: M. t/ De R. e.a.).

Vrederegerecht te Kortrijk (2e Kanton) 9 maart 1999

Geesteszieke – Verzoek tot aanstelling van een voorlopig bewindvoerder – Voorlopige bewindvoering gevraagd om inkomsten, uitgaven en spaartegoed te beheren – Bewering dat de te beschermen persoon niet ongeschikt is «om zichzelf te leiden» – Vraag naar mogelijke verlengde minderjarigheid

«Met onze beschikking van 10 juni 1998 beslisten wij verzoekster te horen omtrent de noodzaak tot aanstelling van een bewindvoerder. Wij stelden vast dat de benoeming van een «voorlopig bewindvoerder» bedoeld is om tegemoet te komen aan een tijdelijke moeilijke situatie en dat een bewindvoering niet mag dienen om een onbekwaamverklaring of een verlengde minderjarigheid te vermijden. Wij stelden tevens vast dat door een bewindvoering enkel voorzien wordt in een bescherming van de goederen, maar niet in een bescherming van de persoon.

«Verzoekster werd gehoord op onze zitting van 29 juni 1998 in raadkamer. Verzoekster verklaarde dat zij van oordeel is dat verweester niet in aanmerking komt voor een verlengde minderjarigheid. Verzoekster verklaarde tevens dat verweester beschikt over een spaartegoed van circa 500.000 fr. en dat het de bedoeling is dat spaartegoed te beschermen.

«Verweester werd door ons gehoord in raadkamer op 26 november 1998. Wij stelden vast dat de verstandelijke vermogens van verweester inderdaad beperkt zijn. Zeer eenvoudige rekensommen kon zij niet juist maken.

«Wij zien niet in om welke reden de inkomsten, de uitgaven en het spaartegoed van verweester zouden moeten worden beheerd door een bewindvoerder, wanneer verweester niet in aanmerking komt voor een verlengde minderjarigheid. Een verlengde minderjarigheid maakt het mogelijk een voogd te benoemen (art. 487quater B.W.), en een voogd beheert niet alleen de goederen van de minderjarige, maar draagt ook zorg voor de persoon van de minderjarige (art. 450 B.W.). De omstandigheid dat een minderjarige niet kan huwen zonder toelating van de jeugdrechtsbank (art. 145 B.W.), biedt geen verantwoording voor een bescherming die beperkt is tot de inkomsten en het spaartegoed. Het aangaan van een huwelijk is een rechtshandeling die toch gewichtiger is dan de beschikking over een spaartegoed van 500.000 fr.

«Verweester heeft geen andere inkomsten dan het loon dat zij verwerft uit hoofde van haar tewerkstelling in een beschutte werkplaats, en daarnaast de intresten die kunnen worden opgebracht door een kapitaal van circa 500.000 fr. Die inkomsten zijn normaal bestemd om uitgegeven te worden. Het is niet mogelijk het beheer van die inkomsten toe te vertrouwen aan een bewindvoerder, zonder tegelijk aan die bewindvoerder een daadwerkelijke macht te verlenen over het doen en laten van verweester. Er kan niet worden aangenomen dat verweester in haar persoonlijk doen en laten zou worden «bestuurd» door een bewindvoerder, wanneer men van oordeel is dat verweester

niet in aanmerking komt voor een verlengde minderjarigheid omdat verweerster niet ongeschikt is «om zichzelf te leiden» (art. 487bis, eerste lid, B.W.). Wanneer verweerster zichzelf kan leiden, moeten haar inkomsten niet worden beheerd door een derde. Er kan ook niet worden aangenomen dat aan een bewindvoerder de macht van een voogd wordt verleend, zonder dat die bewindvoerder tegelijk de verantwoordelijkheid van een voogd op zich neemt.

«Wij zijn niet bevoegd om te beslissen of verweerster al dan niet in aanmerking komt voor een verlengde minderjarigheid. Alleen de rechtbank van eerste aanleg is daarvoor bevoegd (art. 487ter B.W.). Wij bemerken dat een vonnis waarbij de verlengde minderjarigheid wordt toegestaan slechts gevolgen heeft vanaf de uitspraak van het vonnis (art. 487quinquies, zesde lid, B.W.). Om die reden wordt het huidige verzoek ingewilligd, zulks voor een beperkte duur van één jaar vanaf heden. In die tussentijd zal het voor verzoekster mogelijk zijn een verlengde minderjarigheid aan te vragen, zulks voor zover verweerster daarvoor in aanmerking komt.»

(Rechter: de h. Lambrecht – In de zaak: C.B. t/ V.V.).

NOOT – Vergelijk Vred. Kortrijk, 13 november 1997, R.W., 1999-2000, 447.

BOEKEN

P.W.C. AKKERMANS, C.J. BAX, L.F.M. VERHEY, **Grondrechten. Grondrechten en grondrechtenbescherming in Nederland**, Open Universiteit Nederland, Tjeenk Willink, 1999, 239 p.

Dit boek, dat reeds een derde, bijgewerkte druk kent, werd geschreven als een cursus grondrechten voor de Open Universiteit Nederland. De auteurs bieden een inleidend overzicht van de in Nederland gewaarborgde grondrechten. Zowel de Nederlandse Grondwet, gewijzigd in 1983 en 1987, als de internationale verdragen, vooral dan het E.V.R.M., komen aan bod. De grondrechten worden in theoretisch, rechtsfilosofisch en historisch kader gesitueerd en vervolgens, elk afzonderlijk behandeld. De auteurs besteden ook aandacht aan de implementatie van diverse grondrechten in de Nederlandse wetgeving (wet openbare manifestaties, paspoortwet, wet gelijke behandeling); het vraagstuk van de beperkingen, de horizontale werking en de botsing van grondrechten; de betekenis van de sociale grondrechten, en de rechtsbescherming, zowel door de Nederlandse als door de Europese rechter; dit alles echter op een zeer inleidende wijze, zonder al te diep in te gaan op doctrinaire discussies, en met louter illustratieve verwijzingen naar de rechtspraak.

De herziening van het boek in de derde druk is hoofdzakelijk beperkt gebleven tot aanpassing aan nieuwe wetgeving, jurisprudentie en literatuur. Er is ook een nieuwe paragraaf opgenomen over de bescherming van de eigendom in het Eerste Protocol bij het E.V.R.M. Het manuscript werd afgesloten op 1 april 1999. Het boek blijft een degelijke inleiding voor wie over het geheel van de grondrechten een algemeen inzicht en overzicht zoekt.

Jan Velaers

M. DE MUYNCK, G. DE NEEF en C. AMAND, **Overdracht van ondernemingen. Fiscaal-juridische aspecten**, Brussel, Larcier, 1999, 487 p.

Het boek van De Mynck, De Neef en Amand over de fiscale aspecten van ondernemingsoverdrachten is niet een boek waarmee

men zich in een zetel terugtrekt om het even rustig te lezen. Het is ook geen overzichtswerk, zoals er de laatste jaren regelmatig verschijnen, en waarin men gewoon een draaiboek voor ondernemingsoverdrachten vindt. Dit boek is een werkinstrument dat men, naast andere, raadpleegt wanneer men met een overdrachtdossier fiscaal-juridische moeilijkheden ontmoet.

De auteurs behandelen de overdracht van aandelen, de overdracht van activa, de financiering van de overdracht, de aansprakelijkheid voor fiscale schulden, de fusies en splitsingen, de overname in internationaal perspectief en het registratierecht bij inbreng. Al de teksten zijn uitvoerig doorspekt met verwijzingen naar rechtspraak, rechtsleer en administratieve doctrine. Wie met een concreet probleem te maken krijgt, vindt hier een uitstekend uitgangspunt om met de bestudering ervan te beginnen.

Het boek is zeer goed. De inventaris van de behandelde problemen is wellicht volledig. De ontleding ervan gebeurt grondig en wetenschappelijk. Natuurlijk is ze niet alomvattend, want dat is onmogelijk. Natuurlijk is ze ook niet onbetwistbaar, want bijna alles is in het fiscaal recht in betwisting. Zo zijn wij het helemaal niet eens met de benadering van de problematiek van de aftrekbaarheid van tantièmes (p. 111-114). Maar de auteurs manen wel steeds aan tot voorzichtigheid, zodat hun oplossingen praktisch wel haalbaar lijken.

Dit boek is geen gewoon praktijkwerk. Het is een zeer verdienstelijk wetenschappelijk werk.

S. Van Crombrugge

P.F. VAN DER HEIJDEN, C.G. SCHOLTENS, G.J.J. HEERMA VAN VOSS en A.T.J.M. JACOBS, **Privaatrecht in de 21ste eeuw. Arbeidsrecht: de Euro-werknemer**, Den Haag, Kluwer, 1999, 77 p.

Het boek bevat vier opstellen geschreven naar aanleiding van het feestcongres ter gelegenheid van het 200-jarig bestaan van het Nederlandse Ministerie van Justitie.

Het eerste opstel van advocaat Scholtens gaat over een Europese ontslagcasus, waarbij rechtsvergelijkende elementen van het Nederlandse, het Belgische, het Franse en het Spaanse arbeidsrecht aan bod komen, niet alleen inzake het ontslag, maar bv. ook inzake het concurrentiebeding.

De Leidse hoogleraar Heerma van Voss bespreekt in zijn opstel «de Euro-werknemer en Europees-CAO-recht» onder meer de verschillen in het nationaal CAO-recht, de nog steeds relatief bescheiden dimensies van het Europese arbeidsrecht, waarin trouwens weinig verordeningen bestaan, met uitzondering van de vervoersector, de sociale dialoog op E.U.-niveau, en de bescheiden aanzet voor een Europees CAO-recht.

De Belgische lezer zal in de bijdrage van prof. van der Heijden vooral de paragrafen omtrent de sluiting van de Renaultfabriek in Vilvoorde en inzake de financiële participatie in de vorm van aandelenbezit van werknemers lezen.

Het boekje wordt afgerond met een aantal beschouwingen van prof. Jacobs over arbeidsrecht, I.P.R. en rechtsmacht.

W. Rauws

J. SAROT, P. VANDERNOOT en E. PEREMANS, m.m.v. B. PATY, **Recueil de jurisprudence de la Cour d'arbitrage, Première mise à jour de l'ouvrage, Dix ans de jurisprudence de la Cour d'arbitrage**, Brussel, Bruylant, 1998

Sinds 1990 hebben P. Vandernoot en E. Peremans, referendarissen in het Arbitragehof, op een systematische wijze overzichten gepubliceerd van de belangrijkste rechtspraak van het Arbitragehof. In 1990 gebeurde dit nog samen met de ondertussen overleden voorzitter J. Sarot. In 1991 en 1993 volgden twee aanvullingen op het werk van 1990. In 1996 volgde een eerste, integrale bundeling van de belangrijkste arresten vanaf het ontstaan van het Arbitragehof tot augustus 1995, ingedeeld volgens een systematiek die ontleend is aan de Bijzondere Wet.

Het geannoteerde werk vult het in 1996 gepubliceerde overzicht aan. Het bevat de arresten van 1 september 1995 tot 31 december 1997, en moet worden gelezen in samenhang met het werk van 1996. Dat geeft soms aanleiding tot wat zoekwerk voor de lezer, die im-

mers altijd naar het oorspronkelijke werk moet teruggrijpen. Dit verhelpen de auteurs zo goed mogelijk door op elke pagina duidelijk te verwijzen naar het basiswerk van 1996.

De indeling van het basiswerk werd integraal behouden en, waar nodig, verder aangevuld. Het eerste deel bevat de belangrijkste arresten over de bevoegdheid van het Hof, de ontvankelijkheid van beroepen tot vernietiging, en prejudiciële vragen. In het tweede deel komen de organisatie en de procedure van het Arbitragehof aan bod. Het derde deel handelt over de belangrijkste ontwikkelingen inzake de bevoegdheidsverdeling en de implicaties van die bevoegdheidsverdeling voor de verschillende takken van het materiële recht. Het vierde deel ten slotte wijst de belangrijkste ontwikkelingen aan in de rechtspraak over de artikelen 10, 11 en 24 van de Grondwet, alsook de weerslag van deze rechtspraak op de verschillende rechtstakken. Het boek bevat daarenboven opnieuw een uitgebreide en zeer handige bibliografie met rechtsleer over het Arbitragehof. Ten slotte wordt de gebruiksvriendelijkheid van het boek verzekerd door chronologische tabellen en een trefwoordenlijst.

Het boek beantwoordt aan een toenemende behoefte om de rechtspraak van het Arbitragehof verder te ontsluiten. De tijd is immers reeds lang voorbij dat deze rechtspraak het voorbehouden domein vormde voor een beperkte groep van constitutionalist. Onder andere door de ruime interpretatie van de artikelen 10, 11 en 24 van de Grondwet ontsnapt geen enkel rechtsdomein meer aan de invloed van de rechtspraak van het Hof. Deze toenemende invloed komt tot uiting in een steeds groeiend aantal arresten, wat op zijn beurt de behoefte aan toegankelijkheid van de rechtspraak nog groter maakt. In de literatuur verschijnen dan ook steeds meer rechtspraakoverzichten en bundelingen van rechtspraak. Daarnaast dragen ook de elektronische zoeksystemen bij tot een verbeterde kennis van de arresten van het Arbitragehof, hoewel het nog steeds wachten is op een internetsite van het Hof.

Al deze initiatieven zijn evenwel vaak chronologisch of thematisch beperkt of slagen er niet in de rechtspraak in een bredere context te situeren. Het geannoteerde werk neemt op dat vlak dan ook een unieke plaats in. Het bevat immers, in samenhang met zijn voorganger van 1996, uittreksels uit de volledige rechtspraak van het Arbitragehof sinds zijn ontstaan tot einde 1997. Door de gehanteerde systematiek kan de lezer daarenboven onmiddellijk het verband leggen met andere relevante rechtspraak van het Hof. Dit maakt het een uitermate geschikt instrument voor een divers publiek. De rechtspracticus vindt in dit boek immers gemakkelijk de oplossing voor zijn concreet probleem, terwijl de academicus zijn vraagstelling kan situeren in het bredere corpus van rechtspraak van het Hof. Ongetwijfeld verdient het boek ook een plaats in de bibliotheek van het Arbitragehof zelf. Enkel een volledige bundeling van rechtspraak kan een leidraad bieden voor een coherente rechtspraak.

De ondertitel van het werk, *Première mise à jour*, laat enkel verhoppen dat de auteurs dit unieke project in de toekomst zullen verderzetten.

Arne Vandaele

A.E.D.B.F. Belgium, **Afgeleide producten – Produits dérivés**, Brussel, Bruylant, 1999, 147 p.

Dit boek vormt de weergave van het seminarie dat op 1 oktober 1998 door de Europese Vereniging voor Bank- en Financieel Recht – Belgium werd georganiseerd. Het geeft een boeiend overzicht van diverse juridische topics die kaderen in de verhandeling van afgeleide producten.

In de inleidende beschouwing belicht Alain Engel de specifieke eigenschappen van deze producten, waarbij het onderscheid wordt geschetst tussen enerzijds de afgeleide producten die eenzelfde verbintenis voor beide partijen creëren, zoals futures en swaps, en anderzijds die welke beide partijen niet op eenzelfde wijze verbinden, zoals opties.

Het belang van de standaardisatie in de sector wordt beklemtoond in de bijdrage van Paul Goris. Na een beknopt overzicht van de beschikbare standaarddocumenten, wordt de rol van de *International Swaps and Derivatives Association* (ISDA) in de verf gezet. Daarbij wordt onder meer aandacht besteed aan het relatieve

belang van de rechtskeuze en de architectuur van de ISDA-contracten.

Vervolgens wordt de problematiek van de burgerlijke aansprakelijkheid van tussenpersonen bij transacties in afgeleide producten aangesneden. Xavier Dieux en Yvan Stempniewsky analyseren aan de hand van het gemeene recht en de Franse cassatierechtspraak hoever de informatieverplichting van de tussenpersoon reikt. Tevens wordt onderzocht of het niet eisen van dekking in se een fout van de tussenpersoon kan uitmaken. Ten slotte wordt aandacht besteed aan de spelexceptie.

In een volgende bijdrage behandelt Luc Van Cauter de materie van het prudentieel toezicht, dat in wezen steunt op een interne controle en een interne audit enerzijds en een controle van de commissaris-revisor en het toezicht door de Commissie voor het Bank- en Financieel recht anderzijds. De vereisten van een degelijk risicobeheer, passende boekhoudregels, prudentiële rapportering en financiële analyse staan in deze tekst centraal.

Michèle Grégoire belicht enkele zekerheden die een belangrijke rol spelen bij transacties betreffende afgeleide producten. In het bijzonder wordt stilgestaan bij de problematiek van de overdracht van schuldverplichting tot zekerheid.

In de bijdrage van Olivier De Ryckere worden zowel de diverse vormen van *netting* (*payment netting* en *close netting*), als het standpunt van de financiële toezichthouders ten aanzien van nettingcontracten onderzocht. Tevens wordt aandacht besteed aan de «*collateralisation*» of het storten van een geldsom of effecten om de positie die voortvloeit uit afgeleide transacties met een bepaalde tegenpartij in te dekken.

In de voorlaatste bijdrage behandelt Yves Herinckx de problematiek van de kredietderivaten (*credit derivatives*). In een eerste deel, rijkelijk geïllustreerd met schema's, beschrijft de auteur de werking van deze mechanismen (*credit swaps*, *total rate swaps*, *credit linked notes* en *credit spread products*). Bijzondere aandacht wordt besteed aan de juridische kwalificatie. Meer bepaald wordt onderzocht of de *credit swap* als een verzekeringsproduct moet worden beschouwd. Tevens wordt de aandacht gevestigd op de prudentiële behandeling van deze producten. Tot slot worden door Geert Verhoeven de voorwaarden voor het gebruik van afgeleide producten in een instelling voor collectieve belegging onderzocht aan de hand van het K.B. van 4 maart 1991 met betrekking tot bepaalde instellingen voor collectieve belegging (ICB) en de richtlijnen van de Commissie voor het Bank- en Financieel recht.

Tot besluit: het boek biedt een boeiend overzicht van een materie waarvan het actueel belang op de financiële markten niet mag worden onderschat.

Reinhard Steennot

J. SPIER, **Schade en loss occurrence-verzekeringen. Rechtsvergelijkende beschouwingen over schade, het ontstaan van schade en daarop gebaseerde aansprakelijkheidsverzekering**, Serie recht en praktijk nr. 110, Deventer, Kluwer, 1998, 173 p.

Onderwerp van het boek zijn de problemen die voortvloeien uit zogenaamde *long tail*-schades. De meest spectaculaire voorbeelden zijn (beroeps)ziekten zoals asbestose of mesotheliom, «sluipende» milieuschade of door ondeugdelijke geneesmiddelen veroorzaakte schade. In dergelijke gevallen rijzen uitermate complexe vragen van aansprakelijkheid en schade. Bijvoorbeeld: een werknemer wordt bij verschillende werkgevers met overtreding van veiligheidsnormen blootgesteld aan asbeststof. Na een incubatietijd tussen twintig en veertig jaar openbaart zich de fatale longkanker (mesotheliom), waarvan wordt aangenomen dat één enkele asbestkristal de ziekte kan veroorzaken. Of: de werknemer ontwikkelt asbestose, een ziekte die ontstaat door het inademen van een grote hoeveelheid asbeststof, m.a.w. slechts na de spreekwoordelijke druppel die de emmer doet overlopen. De vragen liggen voor het grijpen: welke werkgever(s) is/zijn aansprakelijk? hoe verhouden eventuele medeaansprakelijken zich tegenover elkaar? wanneer ontstaat de schade: bij het inademen van het fatale asbestkristal, na het overschrijden van de drempelhoeveelheid asbeststof of bij het intreden van de ziekte na een (lange) incubatieperiode? En hoe moet in dergelijke gevallen met verjaring worden omgegaan?

In een eerste deel (p. 1-83) bespreekt Spier deze civielrechtelijke vragen die, verwonderlijk genoeg, in België helemaal nog niet werden onderzocht.

In een tweede deel (p. 85-157), dat vooral verzekeraars zal aanspreken, wordt hetzelfde probleem maar dan in het kwadraat, vanuit verzekeringsrechtelijk oogpunt bekeken. De in het verleden meest verspreide dekkingsvorm van aansprakelijkheidsverzekering is immers de zogenaamde *loss occurrence*-verzekering: de polis dekt de schade die tijdens de looptijd ervan «ontstaan» is. Begin er maar eens aan in het hierboven vermelde voorbeeld, ermee rekening houdende dat één werkgever over de relevante periode bij opeenvolgende verzekeraars was verzekerd of dat de polisvoorwaarden werden gewijzigd. Het begrip «*loss occurrence*» werd op de meest uiteenlopende wijze ingevuld en Spier geeft terzake een overzicht, vooral aan de hand van Amerikaanse maar ook, onder meer, Duitse rechtspraak. Hij weegt het gewicht van de diverse argumenten die de keuze voor een of andere uitleg kunnen bepalen om dan, na deemoedig toegegeven aarzelingen, zijn voorkeur te verantwoorden.

Uiteraard kunnen op een 150-tal pagina's niet alle problemen even duidelijk uit de doeken worden gedaan. De uiteenzetting is niet altijd even toegankelijk: het eerste deel veronderstelt een vertrouwdheid met de rechtspraak van de Hoge Raad, terwijl het tweede deel een aanzienlijke hoeveelheid Amerikaanse rechtspraak verwerkt waarin de niet-ingewijde wel eens zijn weg zal verliezen. Maar dat is natuurlijk geen argument om dit boek niet te lezen. Wie zich met deze problematiek vertrouwd wil maken, zal hard moeten studeren en het boek van Spier kan hem daarbij grote diensten bewijzen.

Bart De Temmerman

H.C.F. SCHOORDIJK e.a., Rond de tafel. De juridische kaders van het onderhandelen, Deventer, Kluwer, 1999, 126 p.

Dit feestbundel is verschenen ter gelegenheid van een symposium voor het 25-jarig bestaan van het Nederlandse advocatenkantoor Bogaerts en Groenen.

Het onderwerp van deze bundel, namelijk de juridische kaders van het onderhandelen, is niet toevallig gekozen: het kantoor Bogaerts en Groenen stond aan de wieg van het mijlpaalarrest van de Hoge Raad van 18 juni 1982 (*N.J.*, 1983, nr. 723, noot CJHB, inzake Plas/Valburg). In deze belangwekkende uitspraak werd een juridisch regime uitgetekend voor de aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen waarop tot op heden wordt voortgebouwd, en werd tevens een schadevergoedingsplicht voor gederfde winst in het leven geroepen.

Dit werk telt negen afzonderlijke bijdragen waarin het onderhandelen wordt benaderd vanuit zeer diverse invalshoeken en verschillende rechtstakken.

In de eerste bijdrage (H.C.F. Schoordijk) staat de vraag centraal hoe de eventuele gebondenheid uit onderhandelingen in strijd met de goede trouw zich verhoudt tot andere bronnen van verbintenissen, zoals de zaakwaarneming, de onverschuldigde betaling, de ongerechtvaardigde verrijking en de onrechtmatige daad. In de tweede bijdrage (M.A.M.C. van den Berg) wordt de praktijk van het «leuren» in de bouwsector aangeklaagd en wordt naar mogelijkheden gezocht om deze uit te bannen. Vervolgens worden de karakteristieken van het onderhandelen door en met een overheidsbestuur belicht (H.Ph.J.A.M. Hennekens). In de vierde bijdrage (S.H. de Ranitz) wordt onderzocht welke invloed de wettelijke taak van de curator heeft op zijn positie als onderhandelaar, in het bijzonder wanneer hij moet overgaan tot de verkoop van (een deel van) de tot de boedel behorende onderneming. Een volgende artikel over onderhandelen in het strafrecht (M. Wladimiroff) biedt vooral een goed overzicht van de verschillende verschijningsvormen en legt het gebrek aan een duidelijk juridisch kader hiervoor bloot. Onder de titel «Schrijven en schikken» vinden we een uiteenzetting van de theorie en praktijk van de deontologie van de advocaat (in Nederland aangeduid als «gedragsregels») (L.H.A.J.M. Quant en M.V. Ulrici). De juridische benadering van het fenomeen «onderhandelen» eindigt vervolgens met bijdragen over het collectief onderhandelen in de uitzendsector (W.G.M. Plessen) en de onderhandelingspraktijk bij fusies, overnames en participaties (W. Dik). Het boekje wordt afgesloten met een praktische bijdrage over het

onderhandelingsproces benaderd vanuit een sociaal-psychologische en communicatietheoretische invalshoek (J.G.M. Linnemann).

Voor de Belgische rechtspraak heeft dit werk eerder een geringe betekenis, mede wegens de uitsluitende (voor de eerste bijdrage moet worden genuanceerd in die zin dat een vergelijking met het Engelse recht wordt gemaakt) behandeling van het Nederlandse recht en de vrij theoretische benadering van het fenomeen «onderhandelen». Omdat de klemtoon in de verschillende bijdragen overwegend wordt gelegd op de knelpunten bij het onderhandelen (b.v. het gebrek aan een juridisch kader voor het onderhandelen in strafzaken, de belangenvermenging bij de verschillende functies van de rechter-commissaris, ...), moet de waarde van de meeste bijdragen in dit werk eerder worden gezocht op het terrein van het beleidsmatige. In elk geval heeft het boek de verdienste aan te tonen dat voor het onderhandelen rond de tafel het laatste woord nog niet is gezegd.

Annick De Boeck

MEDEDELINGEN

Seminariecyclus ECOR

De Vakgroep Economisch Recht van de V.U.Brussel organiseert gedurende het academiejaar 2000-2001 een seminariecyclus, waarin m.b.t. een aantal snel evoluerende materies de basisbeginselen worden herhaald, waarna recente en belangrijke evoluties in rechtsleer en rechtspraak worden vermeld. De behandelde onderwerpen zijn zeer uiteenlopend en gaan van mogelijke samenwerkingsvormen voor non profit organisaties, aandelenoptieplannen, het nieuwe vennootschapswetboek, het beding van eigendomsvoorbehoud, de redactie van arbitragebedingen, geschillenbeslechting in elektronische omgeving, e-totstandkoming van overeenkomsten en de contractualisering van het overheidsop treden tot actualia financieel recht, faillissementsrecht en intellectuele rechten.

Bijkomende informatie kan U bekomen bij mevrouw S.Demue, tel. 02/629.26.38 en fax 02/629.36.98 en e-mail: sdemueue@vub.ac.be of mevr. E. Janssens, tel. 02/663.50.74 en e-mail: janssee@nautadutilh.com.

Colloquium: Autonomie en financiering van de gemeenten

Op 24 november 2000 organiseert de Koninklijke Federatie van Gemeentesecretarissen in samenwerking met de Rechtsfaculteit van de U.L.Bruxelles te Brussel een colloquium met als thema «Autonomie en financiering van de gemeenten: geen woorden maar cijfers».

Inlichtingen: Federatie van de Gemeentesecretarissen van het Brussel Hoofdstedelijk gewest, Colignonplein, 1030 Brussel, tel. 02/244.72.28, fax 02/215.43.91 en e-mail: jbouwier@schaerbeek.irisnet.be.

Colloquium: Het tuchtrecht voor magistraten

Op 1 december 2000 organiseert het Interuniversitair Centrum voor Gerechtelijk Recht te Louvain-la-Neuve haar jaarlijks colloquium met als thema «Het tuchtrecht voor magistraten».

Inlichtingen: Centre Charles van Reepinghen pour le droit judiciaire U.C.L., tel. 010/47.46.47 en fax 010/47.81.31.

Studiedag: De indicatieve tabel – Toetsing en bijsturing

Op 2 december 2000 organiseert het Nationaal Verbond van Magistraten van Eerste Aanleg en het Koninklijk Verbond der Vrede- en Politiechters te Brussel een studiedag workshop rond het thema «De indicatieve tabel – toetsing en bijsturing».

Inlichtingen: de h. W. Peeters, REA Justitieplein 1, 9200 Dendermonde, e-mail: walter.peeters@pandora.be.

Gebrevetteerd Hofleverancier van België



— UNIFORMIER —

Kledingfabrikanten en specialisten in toga's

DIRK NEVENS

Nieuwe steenweg 8 - 1731 Zellik ☎ (02) 466 09 05

Fax (02) 466 63 24

Molenstraat 23 - 9300 Aalst ☎ (053) 21 47 77

rue du Midi 175 - 1000 Bruxelles ☎ (02) 511 88 06

Brussels advocatenkantoor

"Wéry & vennoten"

Koninklijke Prinsstraat 85, 1050 Brussel
zoekt voor onmiddellijke toetreding:

kandidaat-vennoten

Indien U interesse hebt kan U contact opnemen met

Me. M. de Borman

tel. 02/511.64.25 - fax 02/514.22.31

e-mail: m.deborman@wery.com

Geheimhouding verzekerd.

Lezing: Mr Suzanne Burri, Univ. Utrecht
"De Nederlandse Commissie Gelijke
Behandeling in arbeidrechtelijke
zaken".

De spreker promoveert in november
over het onderwerp:

"Tijd delen. Deeltijd, gelijkheid en
gender in Europees- en nationaal-
rechtelijk perspectief".

Datum: Donderdag 14 december: 14-16 uur.

Adres: UFSIA, Rodestraat 14,
2000 Antwerpen,
Lokaal: R. 107

Toegang: gratis

INTERSENTIA RECHTSWETENSCHAPPEN

Antwerpen • Groningen • Oxford

Churchilllaan 108 • 2900 Schoten (Antwerpen) • Tel.: 03/680.15.50 • Fax: 03/658.71.21 • e-mail: mail@intersentia.be

nieuw

Basiswetteksten inzake strafrecht en strafprocesrecht

T.L.W. SCHEIRS

1999; ISBN 90-5095-104-X; ca. 547 blz.; 795 BEF; 45 NLG

Tweede herwerkte druk - Reeks Verzamelde Wetteksten

Met gratis actualisering op <http://www.intersentia.be>

Alle wetteksten op het vlak van het strafrecht en het strafprocesrecht in één verzameling.

Door zijn volledigheid is dit hét strafwetboek voor studenten uit de licencies rechten én voor de rechtspraktijk. Het is tevens het meest actuele werk in deze materie - omdat de aanpassingen voor de gebruiker gratis op het internet geplaatst worden - het wetboek zelf is bijgewerkt tot 12 september 1999 en bevat naast alle huidige wetbepalingen o.a. ook de gecoördineerde "Octopus"-wetten (de Wet van 7 december 1998 tot organisatie van een geïntegreerde politiedienst, gestructureerd op twee niveaus, de Wet van 22 december 1998 betreffende de verticale integratie van het openbaar ministerie, het federaal parket en de raad van de procureurs des Konings en de Wet van 22 december 1998 tot wijziging van sommige bepalingen van deel II van het Gerechtelijk Wetboek met betrekking tot de Hoge Raad voor de Justitie, de benoeming en aanwijzing van magistraten en tot invoering van een evaluatiesysteem) en de nieuwe bepalingen betreffende de identificatieprocedure via DNA-analyse.

De schematische tabel met de data van inwerkingtreding van de nieuwe bepalingen, vormt een uiterst handig hulpmiddel voor de jurist.

Personen die het wetboek reeds aangeschaft hebben, kunnen eveneens gratis de actualisering raadplegen. Zo blijft ook voor deze mensen het wetboek actueel.

**inter
sentia**

Algemene theorie van de verbintenissen

L. CORNELIS

2000; ISBN 90-5095-130-9; 1032 blz.; 7.950 BEF; 433 NLG; gebonden boek met harde koft

Vele juristen denken dat het verbintenissenrecht een aaneenschakeling is van rechterlijke beslissingen en/of wetgevende tussenkomsten, waartussen het onderlinge verband niet meer kan worden gezocht. Niets is minder waar.

Dit magistrale standaardwerk vertrekt van de wettekst en toont aan dat, om het verbintenissenrecht te kennen, een rechtstreekse dialoog tussen de wettekst en de jurist noodzakelijk is. Rechtspraak en rechtsleer zijn in dit handboek dan ook minder prominent aanwezig: eerder dan met de afgeleide producten van de jurisprudentie en de doctrine te werken, moet de jurist ertoe aangezet worden om met de grondstoffen, de wet, te werken.

In het eerste deel van dit eigenzinnige, maar vernieuwende boek bespreekt de auteur op een grondige wijze de aard en de draagwijdte van de verbintenissen, de bronnen van verbintenissen, de geldigheidsvoorwaarden, de soorten verbintenissen, het bewijs, de interpretatie van verbintenissen, de overdracht en de schorsing van verbintenissen. In het tweede deel komen de nakoming en de uitdoving van verbintenissen aan bod: de vrijwillige en de gedwongen betaling, betalingsincidenten, de nietigverklaring van de verbintenissen, de ontbinding, de verbreking, de herroeping, de rescissie en de caduciteit van verbintenissen, de schuldvernieuwing, schuldvergelijking en de schuldvermenging, de afstand van recht, het verval van recht en de rechtsverwerking.

Deze encyclopedie van het verbintenissenrecht is tegelijk reactionair en vernieuwend. En hij levert bij raadpleging ongetwijfeld stof tot nadenken op.

Uit de inhoud:

- Aard en draagwijdte van de verbintenissen
- De bronnen van verbintenissen
- Geldigheidsvoorwaarden van verbintenissen
- Soorten verbintenissen
- Het bewijs van de verbintenissen
- De interpretatie van verbintenissen
- De draagwijdte van de verbintenissen t.a.v. de erbij betrokken rechtssubjecten
- De draagwijdte van de verbintenissen t.a.v. derden
- De overdracht van verbintenissen
- De schorsing van verbintenissen
- De nakoming en uitdoving van verbintenissen:
 - De vrijwillige betaling: principes
 - De gedwongen betaling
 - Betalingsincidenten: de aansprakelijkheid en de vervangende schadevergoeding
 - Betalingsincidenten: de invloed van de vreemde oorzaak
 - De nietigverklaring van de verbintenissen
 - De ontbinding van de verbintenissen
 - De uitdoving van de verbintenissen door vreemde oorzaak-risicoleer
 - De verbreking met of zonder opzegging van de verbintenissen
 - De herroeping van de verbintenissen
 - De rescissie van de verbintenissen
 - Caduciteit of verval van verbintenissen
 - De schuldvernieuwing
 - De schuldvergelijking
 - De schuldvermenging
 - De afstand van recht
 - Het verval van recht
 - De rechtsverwerking

**inter
sentia**