

ARRESTEN VAN HET
HOF VAN CASSATIE
JAARGANG 2005 / NR. 4

MET DE CONCLUSIES EN ANNOTATIES
VAN HET OPENBAAR MINISTERIE

BEZORGD DOOR DE LEDEN
VAN HET HOF VAN CASSATIE

ARRESTEN APRIL 2005
NRS 193 TOT 253

Nr. 193**3° KAMER - 4 april 2005**

1° AUTEURSRECHT - NABURIGE RECHTEN - RADIO- EN TELEVISIEOMROEP -
DOORGIFTE VIA DE KABEL - KABELMAATSCHAPPIJ - BEROEPSVERENIGINGEN.

2° RADIO- EN TELEVISIEOMROEP - AUTEURSRECHT - NABURIGE RECHTEN -
DOORGIFTE VIA DE KABEL - KABELMAATSCHAPPIJ - BEROEPSVERENIGINGEN.

3° BEROEPSVERENIGINGEN - KABELMAATSCHAPPIJ - DOORGIFTE VIA DE KABEL -
AUTEURSRECHTEN - NABURIGE RECHTEN - RADIO- EN TELEVISIEOMROEP.

4° AUTEURSRECHT - NABURIGE RECHTEN - RADIO- EN TELEVISIEOMROEP -
DOORGIFTE VIA DE KABEL - VENNOOTSCHAP VOOR COLLECTIEF BEHEER - BEVOEGDHEID - E.E.G.-
RICHTLIJN 93/83 - E.G. - BEPALING - UITLEGGING - PREJUDICIËLE VRAAG - H.V.J.

5° RADIO- EN TELEVISIEOMROEP - AUTEURSRECHT - NABURIGE RECHTEN -
DOORGIFTE VIA DE KABEL - VENNOOTSCHAP VOOR COLLECTIEF BEHEER - BEVOEGDHEID - E.E.G.-
RICHTLIJN 93/83 - E.G. - BEPALING - UITLEGGING - PREJUDICIËLE VRAAG - H.V.J.

6° EUROPESE UNIE — PREJUDICIËLE GESCHILLEN - HOF VAN CASSATIE —
ART. 234 E.G.-VERDRAG - VERDRAG - HANDELINGEN VAN DE INSTELLINGEN - BEPALING -
UITLEGGING - VRAAG - NOODZAKELIJKE UITLEGGING - H.V.J.

1°, 2° en 3° *De verplichting voor de kabelmaatschappijen die lid zijn van een beroepsvereniging voor maatschappijen of verenigingen die radio- en televisieprogramma's via de kabel doorgeven, om vóór de doorgifte via de kabel van prestaties van uitvoerende kunstenaars de toestemming te verkrijgen van de houders van de naburige rechten op die prestaties, welke hun recht om die doorgifte toe te staan of te verbieden alleen kunnen uitoefenen door een vennootschap voor het beheer van de rechten, vloeit voort uit art. 51 W. 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten, en houdt geen verband met hun hoedanigheid van deelgenoot van de voormelde beroepsvereniging.* (Artt. 51 en 53, §1 Nieuwe Auteurswet 30 juni 1994; Artt. 2 en 10 W. 31 maart 1898)

4°, 5° en 6° *Wanneer de uitlegging van een bepaling van het E.G.-Verdrag of van een handeling van de instellingen van de Gemeenschap, zoals art. 9, §2, Richtlijn van de Raad 93/83/EEG van 27 sept. 1993 tot coördinatie van bepaalde voorschriften betreffende het auteursrecht en naburige rechten op het gebied van de satellietomroep en de doorgifte via de kabel, voor het Hof van Cassatie noodzakelijk is om zijn arrest te wijzen, te dezen in een zaak waarin de uitlegging van de omvang van de bevoegdheid van de vennootschap voor collectief beheer aan de orde is, vraagt het Hof in de regel het Hof van Justitie om bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak te doen¹.* (Art. 234 E.E.G.-Verdrag, goedgekeurd bij Wet 2 dec. 1957; Art. 9, §2 Richtlijn 93/83/EEG van de Raad van 27 sept. 1993; Art. 53, §2 Nieuwe Auteurswet 30 juni 1994)

(URADEX C.V.B.A. T. Beroepsvereniging van de Radio- en Televisiedistributie e.a.)

ARREST (vertaling)

(A.R. C.03.0286.F)

I. Bestreden beslissing

¹ Zie Cass., 29 april 2002, A.R. S.01.0137.F, nr. 260.

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest, dat op 25 juni 1998 is gewezen door het Hof van Beroep te Brussel.

II. Rechtspleging voor het Hof

Bij beschikking van 7 maart 2005 heeft de eerste voorzitter de zaak verwezen naar de derde kamer.

Raadsheer Sylviane Velu heeft verslag uitgebracht.

Eerste advocaat-generaal Jean-François Leclercq heeft geconcludeerd.

III. Middelen

Eiser voert in zijn verzoekschrift de volgende twee middelen aan.

1. Eerste middel

Geschonden wetsbepalingen

- de artikelen 2 en 10 van de wet van 31 maart 1898 op de beroeps-verenigingen;
- artikel 17 van het Gerechtelijk Wetboek.

Aangevochten beslissingen

Het bestreden arrest wijst het hoger beroep toe dat eiseres heeft ingesteld tegen de beschikkingen die de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg zetelend zoals in kort geding heeft gewezen, bevestigt daarbij met name de beslissing van 4 juli 1997, in zoverre de eerste rechter de vordering van [eiseres] ontvankelijk heeft verklaard, en bevestigt het dictum van de bestreden beschikkingen, in zoverre de eerste rechter de vordering van [eiseres] niet-gegrond heeft verklaard, in zoverre ze gericht is tegen [de eerste verweerster], maar wijzigt het evenwel in zoverre de eerste rechter, met zijn beslissing van 13 juli 1997, niet bij voorraad maar over de grond van het geschil uitspraak heeft gedaan, op de volgende gronden:

"luidens de gedinginleidende dagvaarding is de oorspronkelijke rechtsvordering, zoals ze in hoger beroep wordt gehandhaafd, ingesteld tegen de eerste (verweerster), die tussenkomt in naam en voor rekening van haar in de volgende lijst vermelde leden;

dat de rechtsvordering dus via de eerste (verweerster) gericht is tegen haar leden, waarbij (eiseres) gewag maakt, vooreerst, van een wettelijk mandaat dat voortvloeit uit artikel 10 van de wet van 31 maart 1898 op de beroepsverenigingen, en, vervolgens, van een schijnmandaat;

dat de eerste rechter evenwel ten onrechte het bestaan van een schijnmandaat uit hoofde van de eerste (verweerster) in aanmerking heeft genomen;

1.2.b. Overwegende dat artikel 10, eerste lid van de voormelde wet op de beroepsverenigingen bepaalt dat "de vereniging in rechte mag optreden, hetzij om te eisen, hetzij om te verweren, voor de verdediging van de persoonlijke rechten waarop haar leden aanspraak mogen maken als deelgenoten, onverminderd het recht voor die leden om rechtstreeks op te treden, zich bij het geding aan te sluiten of tussen te komen in de loop van het rechtsgeding";

dat die bepaling betekent dat elke beroepsvereniging het recht heeft om uit eigen initiatief in rechte op te treden in de plaats van haar leden, hetzij door een vordering in te stellen, hetzij door zich te verdedigen, maar tevens dat die bevoegdheid om zich in de plaats van haar leden te stellen ertoe strekt de rechten die de leden van de vereniging uit de door laatstgenoemde gesloten overeenkomsten verkrijgen, te verdedigen en te beschermen;

dat zulks duidelijk blijkt uit het tweede lid van voormeld artikel 10, volgens hetwelk "dat namelijk het geval is voor de rechtsgedingen tot uitvoering van de overeenkomsten

gesloten door de vereniging voor haar leden, en voor de rechtsgedingen tot vergoeding der schade veroorzaakt door het niet-uitvoeren van die overeenkomsten" (J. VAN COMPERNOLLE, *Le droit d'action en justice des groupements*, Larcier, 1972, p. 280 en 281);

dat, daarenboven, de bevoegdheid van de beroepsverenigingen om hun leden te vertegenwoordigen als verwerende partij bijgevolg alleen betrekking heeft op de rechten en verplichtingen die deze verenigingen voor rekening en in naam van hun leden, maar zonder dat de wetgever dat wettelijk mandaat heeft willen uitbreiden tot andere gevallen;

dat de voorwaarden van dat mandaat te dezen niet zijn vervuld, aangezien de rechtsvordering er niet toe strekt de wanuitvoering te doen vaststellen van een overeenkomst die de eerste [verweerster] in opdracht van haar leden heeft gesloten en de stopzetting ervan te bevelen, maar wel de niet-nakoming van een wettelijke verplichting, bedoeld in artikel 51 van de wet [betreffende het auteursrecht en de naburige rechten], te doen vaststellen en stopzetten.

Grievens

Artikel 17 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat de rechtsvordering niet kan worden toegelaten indien de eiser geen hoedanigheid en geen belang heeft om ze in te dienen. Zo kan de rechtsvordering ook uitsluitend worden gericht tegen een verweerder die de hoedanigheid en het belang heeft om zich daartegen te verweren.

Uit artikel 10 van de wet van 31 maart 1898 op de beroepsverenigingen blijkt dat de vereniging in rechte mag optreden, hetzij om te eisen, hetzij om zich te verweren, voor de verdediging van de persoonlijke rechten waarop haar leden aanspraak kunnen maken als deelgenoten, onverminderd het recht voor die leden om rechtstreeks op te treden, zich bij het geding aan te sluiten of tussen te komen in de loop van het rechtsgeding.

Volgens de tweede paragraaf van dat artikel geldt dit met name voor de rechtsvorderingen tot uitvoering van de overeenkomsten die door de vereniging voor haar leden zijn gesloten en voor de rechtsvorderingen tot vergoeding van de schade [veroorzaakt] door de niet-uitvoering van die overeenkomsten.

Aangezien die opsomming geenszins beperkend is, volgt hieruit dat de vereniging de hoedanigheid heeft om in rechte op te treden telkens als een recht, dat de leden halen uit hun hoedanigheid van lid van de vereniging, in het gedrang komt.

Het recht van de beroepsvereniging om in rechte op te treden in opdracht van haar leden is dus geenszins beperkt tot het geval waarin een geschil ontstaat over de uitvoering van de overeenkomsten die deze gesloten zou hebben voor rekening van haar leden, maar kan evenzeer betrekking hebben op een andere rechtsvordering waaruit de leden enig voordeel zouden kunnen halen door hun [aansluiting] bij die vereniging, aangezien de beroepsvereniging per definitie een vereniging is die opgericht is voor de studie, bescherming en ontwikkeling van de beroepsbelangen van haar leden, zoals blijkt uit artikel 2 van de wet van 31 maart 1898 op de beroepsverenigingen.

Het recht dat aan de vereniging is toegekend om in rechte op te treden, is daarenboven wederkerig, in zoverre al wie enig bezwaar zou kunnen aanvoeren met betrekking tot de verplichtingen die de leden van de vereniging nakomen als deelgenoten van die vereniging, tegen de vereniging kan optreden.

Bijgevolg kan de feitenrechter die uitspraak doet over de hoedanigheid van de vereniging om in rechte op te treden als eiseres of verweerster, zich niet beperken tot het onderzoek van de vraag of het geschil betrekking heeft op een recht dat de leden verkrijgen uit een overeenkomst die door toedoen van de vereniging is gesloten, maar meer in het algemeen moet onderzoeken of het geschil betrekking heeft op enig persoonlijk recht dat zij verkrijgen uit hun hoedanigheid van lid van de vereniging of op enige verplichting die ze nakomen op grond van die hoedanigheid.

Het hof van beroep heeft derhalve niet wettig kunnen beslissen dat niet is voldaan aan de voorwaarden van artikel 10 van de wet van 31 maart 1898 op de beroepsverenigingen, "aangezien de rechtsvordering er niet toe strekt de wanuitvoering te doen vaststellen van een overeenkomst die door de eerste (verweester) in opdracht van haar leden is gesloten en de stopzetting ervan te bevelen, maar wel de niet-nakoming van een wettelijke verplichting, bedoeld in artikel 51 van de wet [betreffende het auteursrecht en de naburige rechten], te doen vaststellen en stopzetten", op grond dat "de bevoegdheid van de beroepsverenigingen om hun leden te vertegenwoordigen als verwerende partij (...) alleen betrekking heeft op de rechten en verplichtingen die deze verenigingen aangaan voor rekening en in naam van hun leden, maar zonder dat de wetgever dat wettelijk mandaat heeft willen uitbreiden tot andere gevallen" (schending van de artikelen 2 en 10 van de wet van 31 maart 1898 op de beroepsverenigingen en 17 van het Gerechtelijk Wetboek).

2. Tweede middel

Geschonden wetsbepalingen

- de artikelen 35, 36, 51, 53, 65 en 66 van de wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten;

- artikel 9 van de Europese richtlijn 93/83/EEG van 27 september 1993 tot coördinatie van bepaalde voorschriften betreffende het auteursrecht en naburige rechten op het gebied van de satellietomroep en de doorgifte via de kabel;

- de artikelen 1101, 1108, 1134, 1165, 1249, 1316, 1341, zoals het van toepassing was vóór de inwerkingtreding van het koninklijk besluit van 20 juli 2000, 1348, 1689, 1690, zoals het van toepassing was vóór de wijziging ervan bij de wet van 16 juli 1994, en 1690 in zijn huidige versie van het Burgerlijk Wetboek;

- artikel 876 van het Gerechtelijk Wetboek;

- het algemeen rechtsbeginsel volgens hetwelk niemand meer rechten kan overdragen dan die welke hij bezit, zoals dat met name voortvloeit uit de artikelen 40 en 109 van de hypotheekwet;

- het algemeen rechtsbeginsel van de wilsautonomie van de partijen.

Aangevochten beslissingen

Het bestreden arrest wijst het hoger beroep toe dat eiseres heeft ingesteld tegen de beschikkingen die de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg zetelend in kort geding heeft gewezen, bevestigt met name de beslissing van 4 juli 1997, in zoverre de eerste rechter de vordering van [eiseres] ontvankelijk heeft verklaard, en bevestigt het dictum van de bestreden beschikkingen, in zoverre de eerste rechter de vordering van [eiseres] niet-gegrond heeft verklaard, in zoverre ze gericht was tegen [de eerste verweester], maar die beslissing wijzigt het evenwel in zoverre de eerste rechter, door zijn beslissing van 13 juli 1997, niet bij voorraad maar over de grond van het geschil uitspraak heeft gedaan, wijzigt de bestreden beslissingen voor het overige en verklaart de vordering tegen [de tweede verweester] gedeeltelijk gegrond, stelt vast dat [de tweede verweester], door sinds 1 november 1996, zonder toestemming van [eiseres], via de kabel de oorspronkelijke radio-uitzending door te geven van de uitgezonden prestaties van uitvoerende kunstenaars die op voorhand werden aangekondigd door de radio-omroep, die geen audiovisuele prestaties zijn en die niet worden uitgevoerd in programma's die door de radio-omroepen of door [de tweede verweester] zijn geproduceerd, de naburige rechten schendt van de uitvoerende kunstenaars die het beheer van die rechten aan [eiseres] hebben toevertrouwd, beveelt bijgevolg, bij gebrek aan toestemming van [eiseres], de stopzetting van die doorgifte na het verstrijken van de zesde maand die volgt op de betekening van het arrest, maar op voorwaarde dat laatstgenoemde aantoonde dat de uitvoerende kunstenaars wier prestaties het voorwerp vormen van het verbod of van het gebrek aan toestem-

ming, haar het beheer van hun rechten hebben toevertrouwd, zegt dat dit stopzettingsbevel gepaard gaat met een dwangsom van 50.000 BEF per vastgestelde overtreding en veroordeelt [eiseres] in twee derde van de kosten van beide aanleggen en [de tweede verweerster] in het overige derde, op de volgende gronden:

"2.1. Overwegende dat (eiseres) op grond van de artikelen 51 en 53, §1 van de wet [betreffende het auteursrecht en de naburige rechten] betoogt dat de prestaties van de uitvoerende kunstenaars alleen via de kabel kunnen worden doorgegeven als deze hun toestemming daartoe hebben verleend en dat het recht om de doorgifte via de kabel toe te staan of te verbieden niet kan worden uitgeoefend door een vennootschap voor collectief beheer;

dat zij uiteenzet dat zij, als enige vennootschap voor collectief beheer voor alle categorieën van uitvoerende kunstenaars, van de wetgever de bevoegdheid heeft verkregen het recht van toestemming voor doorgifte via de kabel uit te oefenen voor alle uitvoerende kunstenaars, zelfs voor zij die niet bij haar zijn aangesloten;

dat zij hieruit afleidt dat de kabelmaatschappijen, en met name de tweede (verweerster), die de prestaties van de uitvoerende kunstenaars zonder toestemming doorgeven, de door haar beheerde naburige rechten bijgevolg schenden;

Overwegende dat artikel 51 van de wet [betreffende het auteursrecht en de naburige rechten] bepaalt dat 'overeenkomstig de voorafgaande hoofdstukken en rekening houdend met de hierna omschreven nadere regels, alleen de auteur en de houders van de naburige rechten over het recht (beschikken) de doorgifte via de kabel van hun werken en prestaties toe te staan';

dat artikel 53, §1, bepaalt dat 'het recht van de auteur en van de houders van naburige rechten om de doorgifte via de kabel toe te staan of te verbieden, uitsluitend door vennootschappen voor het beheer van de rechten (kan) worden uitgeoefend', terwijl paragraaf 2, eerste lid van datzelfde artikel hieraan toevoegt dat 'indien de auteur of de houders van naburige rechten het beheer van hun rechten niet aan een vennootschap voor het beheer van de rechten hebben opgedragen, de vennootschap die rechten van dezelfde categorie beheert, geacht (is) met het beheer van hun rechten te zijn belast';

Overwegende dat de voormelde bepalingen de omzetting zijn, in het Belgische nationale recht van de artikelen 8 en 9 van de richtlijn 93/83 van 27 september 1993 van de Raad van de Europese Gemeenschappen tot coördinatie van bepaalde voorschriften betreffende het auteursrecht en naburige rechten op het gebied van de satellietomroep en de doorgifte via de kabel (Publicatieblad, nr. L 248 van 6 oktober 1993);

dat zowel de communautaire als de nationale wetgever aldus voor de doorgifte via de kabel een op overeenkomsten gestoelde toestemmingsregeling heeft willen invoeren (considerans 27 in de aanhef van de voormelde richtlijn en artikel 51 van de wet [betreffende het auteursrecht en de naburige rechten]);

dat evenwel, om te voorkomen dat personen die houder zijn van bepaalde programmaonderdelen door op individuele basis hun rechten te laten gelden, afbreuk zouden doen aan het goede verloop van de contractuele regelingen die in hun geheel genomen de continuïteit van de doorgifte mogelijk maken, werd bepaald dat de contractuele vrijheid van de uitvoerende kunstenaars in die zin beperkt wordt dat het recht om de doorgifte via de kabel toe te staan, alleen kan worden uitgeoefend door een vennootschap voor het collectief beheer van rechten (considerans 28 van dezelfde aanhef en artikel 53 van de wet [betreffende het auteursrecht en de naburige rechten]);

dat, aldus, alleen de vennootschappen voor het collectief beheer van rechten beschikken over het exclusieve recht om de doorgifte via de kabel van de prestaties van de houders van die rechten toe te staan of te verbieden;

Overwegende dat dit exclusieve recht evenwel beperkt is tot de rechten waarvan het beheer is toevertrouwd aan vennootschappen voor collectief beheer en zich niet uit[strekt] tot de rechten waarvan de houder het beheer niet heeft toevertrouwd aan die vennootschappen;

dat artikel 53, §2, immers niet bepaalt dat de vennootschap voor collectief beheer het recht van die kunstenaars uitoefent om de doorgifte via de kabel toe te staan of te verbieden, zoals dat wel het geval is voor de kunstenaars die haar het beheer van hun rechten hebben toevertrouwd, zoals de eerste paragraaf van datzelfde artikel preciseert, maar dat zij alleen 'geacht wordt met het beheer van hun rechten te zijn belast', wat, gelet op het feit dat voornoemd beheer voornamelijk van fiduciaire aard is, in werkelijkheid hoofdzakelijk erin bestaat de vergoeding te ontvangen waarop die prestaties recht geven en ze door te storten aan de houder van de desbetreffende rechten;

2.2.a. Overwegende dat dit exclusieve recht van de vennootschappen voor collectief beheer om de doorgifte via de kabel toe te staan of te verbieden, uiteraard slechts bestaat voor zover de uitvoerende kunstenaars, wier belangen ze behartigen, zelf steeds de houder van datzelfde recht [zijn];

dat die vennootschappen voor collectief beheer handelen voor rekening van de uitvoerende kunstenaars die ze vertegenwoordigen, en dat zij niet meer rechten kunnen beheren dan die welke de laatstgenoemden bezitten;

dat, bijgevolg, als die artiesten hun recht om de doorgifte van hun prestaties toe te staan of te verbieden overgedragen hebben, zij het beheer ervan niet hebben kunnen toevertrouwen aan een vennootschap voor collectief beheer;

Overwegende dat artikel 36, eerste lid van de wet [betreffende het auteursrecht en de naburige rechten] bepaalt dat 'tenzij anders is overeengekomen, de uitvoerende kunstenaar aan de producent het uitsluitende recht van audiovisuele exploitatie van zijn prestatie (overdraagt), met inbegrip van de voor deze exploitatie noodzakelijke rechten, zoals het recht om het werk van ondertiteling te voorzien of het na te synchroniseren, onverminderd de bepalingen van artikel 34';

dat die bepaling een vermoeden van overdracht van de exploitatierechten vastlegt ten voordele van de producent van het audiovisuele werk;

dat (eiseres) evenwel ten onrechte betoogt dat dit wettelijk vermoeden van overdracht van de rechten niet van toepassing is op het specifieke recht van doorgifte via de kabel;

Overwegende immers, dat niets in de tekst van de artikelen 51 en 53 van de wet [betreffende het auteursrecht en de naburige rechten] toelaat de toepassing van voormeld artikel 36 uit te sluiten;

dat de overdracht van de exploitatierechten aan de producent van het audiovisuele werk volledig strookt met de opzet van de wet, in zoverre zij beantwoordt aan de bedoeling van de wetgever op die manier te voorkomen dat de exploitatie van het werk of van de prestatie tegengehouden wordt door een ontevreden uitvoerend kunstenaar, dat een niet-overeengekomen of nieuwe vorm niet geëxploiteerd zou kunnen worden of dat de buitenlandse verdelers niet verzekerd kunnen worden van de correcte overdracht van de exploitatierechten (A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, Larcier, 1995, p. 198);

dat het aan de producent toegekende exploitatierecht van het audiovisuele werk betrekking heeft op alle mogelijke audiovisuele exploitatievormen, waaronder televisie, ongeacht de wijze van verdeling, en met name de kabel (A. BERENBOOM, *o.c.*, 199 en 279);

dat het vermoeden van overdracht, door de uitvoerend kunstenaar, van zijn exclusieve exploitatierechten aan de producent dus tevens betrekking heeft op het recht van doorgifte van prestaties via de kabel;

dat voormeld artikel 36 geen nuttige uitwerking meer zou hebben als daaraan een andere draagwijdte werd gegeven, aangezien de producenten en hun medecontractanten het werk of de audiovisuele prestaties van de uitvoerende kunstenaars niet meer nuttig en efficiënt zouden kunnen exploiteren;

Overwegende dat het vermoeden van overdracht van de rechten aan de producent volstrekt verenigbaar is met de toepassing van voormeld artikel 53 van de wet [betreffende het auteursrecht en de naburige rechten];

dat het recht om de doorgifte via de kabel toe te staan of te verbieden, immers heel goed kan worden uitgeoefend door een vennootschap voor het collectief beheer van de rechten van de producenten, waardoor aldus het doel van de wetgever bereikt wordt;

2.2.b. Overwegende dat (eiseres) terecht betoogt dat het vermoeden van overdracht van de exploitatierechten, bedoeld in artikel 36 van de wet [betreffende het auteursrecht en de naburige rechten], slechts bestaat voor zover er een contractuele verbintenis van rechtstreekse productie is tussen de uitvoerende kunstenaar en een producent;

dat immers ervan kan worden uitgegaan dat een aantal uitvoerende kunstenaars niet rechtstreeks een beroep doen op een producent, ofwel voor het geheel van hun prestaties, ofwel voor slechts een gedeelte ervan;

Overwegende, evenwel, dat het wettelijk vermoeden van overdracht van de rechten bestaat zodra een dergelijke contractuele verbintenis - die geen enkele schriftelijke overeenkomst behoeft en door alle middelen rechtens kan worden bewezen - voorhanden is;

dat (eiseres) voor elke artiest waarvan zij de doorgifte via de kabel van het geheel of een gedeelte van zijn prestaties wil verbieden, dient te bewijzen dat deze geen dergelijke overeenkomst heeft gesloten;

dat zij immers, in haar hoedanigheid van vennootschap voor het collectief beheer van de rechten en als eiseres tot stopzetting, dient te bewijzen dat de uitvoerende kunstenaars nog steeds houder zijn van hun exploitatierechten, wat zij te dezen niet aantoot;

dat zij de doorgifte via de kabel van het door haar beheerde repertoire immers niet kan weigeren, alleen op grond dat enkele uitvoerende kunstenaars geen productieovereenkomst zouden hebben gesloten, hoewel zij niet preciseerd wie die artiesten zijn en welke hun prestaties zijn, evenmin als de verhouding van die prestaties binnen het geheel van haar repertoire;

2.2.c. Overwegende dat het juist is dat een kunstenaar die zijn recht van doorgifte via de kabel heeft overgedragen, het geen tweede keer kan overdragen;

dat het standpunt van (eiseres) echter niet kan worden gevolgd, wanneer ze betoogt dat de uitvoerende kunstenaars, door lid te worden van een vennootschap voor collectief beheer, hun uitsluitende rechten aan die vennootschap overdragen en ze niet aan de audiovisuele producent kunnen overdragen;

Overwegende dat voornoemd artikel 36, eerste lid van de wet [betreffende het auteursrecht en de naburige rechten] preciseerd dat de uitvoerende kunstenaar het uitsluitende recht van de audiovisuele exploitatie van de prestatie, overdraagt aan de producent van het audiovisuele werk 'tenzij anders is overeengekomen';

dat het wettelijk vermoeden van overdracht van de rechten, aangezien het bestaat ten gunste van de producent, alleen kan worden weerlegd door een andersluidende overeenkomst tussen laatstgenoemde en de artiest;

dat er aan de producent, die het recht heeft een beroep te doen op het wettelijk vermoeden, dus geen overeenkomst kan worden tegengeworpen waarin hij geen partij is en die gesloten werd tussen de artiest en een vennootschap voor het collectief beheer van de rechten;

dat een dergelijke overeenkomst voor collectief beheer, al is ze gesloten vóór de overeenkomst van audiovisuele productie, niet ertoe kan leiden dat de producent de hem bij wet toegekende uitsluitende exploitatierechten worden ontzegd;

dat de overdracht door de uitvoerende kunstenaar van zijn rechten aan een vennootschap voor collectief beheer, zolang deze niet is bekrachtigd door de productieovereenkomst, bijgevolg geen gevolgen heeft ten aanzien van de producent, in zoverre ze betrekking heeft op het recht om de doorgifte via de kabel toe te staan of te verbieden;

Overwegende, evenwel, dat de respectieve aard van de overdracht van de naburige rechten aan een beheersvennootschap, enerzijds, en aan de producent, anderzijds, de coëxistentie van beide overdrachten mogelijk maakt;

dat de overdracht van de rechten van uitvoerende kunstenaars aan een vennootschap voor het collectief beheer van de rechten hoofdzakelijk van fiduciaire aard is, terwijl de overdracht van diezelfde rechten aan de producent van de prestatie betrekking heeft op de exploitatie ervan;

dat, aldus, de overdracht van de rechten aan de vennootschap voor collectief beheer tot gevolg heeft dat laatstgenoemde de vergoedingen dient te ontvangen zonder de overdracht van die rechten aan de producent te belemmeren, die, van zijn kant, het recht verkrijgt het audiovisuele werk te exploiteren (A. BERENBOOM, *o.c.*, 308);

Overwegende dat (eiseres) niet aantoont dat de lidmaatschaps-overeenkomsten die gesloten zijn door de onderscheiden kunstenaars wier rechten zij beheert, en meer bepaald de bedingen betreffende de overdracht, in haar voordeel, van de uitsluitende rechten van audiovisuele exploitatie van de daarin omschreven prestaties, zijn bekrachtigd door de productie-overeenkomsten die gesloten zijn met de producenten;

dat zij evenmin aantoont dat de uitvoerende kunstenaars, die haar het beheer van hun rechten hebben toevertrouwd, zich het recht hebben voorbehouden diezelfde exploitatierechten uit te oefenen in hun contractuele verhoudingen met hun producent;

dat gegeven dit bewijs niet is geleverd, het wettelijk vermoeden, bedoeld in artikel 36, eerste lid van de wet [betreffende het auteursrecht en de naburige rechten], gehandhaafd wordt ten voordele van de producent;

2.2.d. Overwegende dat het eerste gedeelte van artikel 36, derde lid van de wet [betreffende het auteursrecht en de naburige rechten], bepaalt dat, 'behoudens wat betreft de prestaties met het oog op de verwezenlijking van audiovisuele werken die tot de niet-culturele sector of tot de reclamewereld behoren, de uitvoerende kunstenaars voor elke wijze van exploitatie recht (hebben) op een afzonderlijke vergoeding';

dat (eiseres) evenwel ten onrechte betoogt dat de overeenkomst nietig is als ze niet voor elke exploitatiewijze een dergelijke aparte vergoeding voorschrijft, aangezien die nietigheid niet blijkt uit de bewoordingen van de voormelde bepaling;

dat de audiovisuele productieovereenkomst weliswaar de vergoeding of zijn berekeningswijze voor elke exploitatiewijze moet vermelden, maar de voormelde wettekst evenmin bepaalt dat het vermoeden van overdracht van die rechten geen gevolgen heeft als niet aan die verplichting is voldaan; dat de overeenkomst, bij gebrek aan een dergelijke vermelding, noch zijn voorwerp noch zijn reden van bestaan verliest, terwijl de uitvoering ervan geenszins in het gedrang wordt gebracht, zodat er geen enkele reden bestaat om die overeenkomst haar gevolgen te ontzeggen of ze nietig te verklaren, en de uitvoerende kunstenaar zijn rechten op vergoeding volledig behoudt;

dat de producent in dat geval zal moeten bijdragen tot de bruto-inkomsten van de exploitatiewijzen die niet uitdrukkelijk worden beoogd door de in de overeenkomst bedongen vergoeding of vergoedingen (A. BERENBOOM, *o.c.*, 201)";

[...]

"2.4. Overwegende dat (eiseres), gelet op de voorgaande beschouwingen, niet kan eisen dat de tweede (verweerster) de audiovisuele prestaties van de uitvoerende kunstenaars, zoals deze hierboven zijn omschreven, niet uitzendt zonder haar toestemming";

[...]

"6.1. Overwegende dat uit het voorgaande blijkt dat de enige miskenningen van de door (eiseres) beheerde naburige rechten, die te dezen jegens de tweede verweerster zijn bewezen, de doorgiften zijn via de kabel zonder de toestemming van (eiseres), van de oorspronkelijke radio-uitzending van de prestaties van de uitvoerende kunstenaars, voor zover die prestaties niet audiovisueel zijn en niet uitgevoerd worden in programma's die door de radio-omroepen of door de tweede (verweerster) zijn geproduceerd;

dat de beroepen beslissing van 4 juli 1997 niet bekritiseerd wordt, in zoverre de eerste rechter beslist dat de kabelmaatschappijen - en dus de tweede (verweerster) - tot op heden niet beschikken over de stilzwijgende toestemming van (eiseres) voor de doorgifte via de kabel, zodat dit punt, gelet op het gezag van gewijsde van deze beslissing, definitief vaststaat; dat die miskenning, gelet op de hierboven weergegeven redenen (punt 2.1), alleen betrekking heeft op de prestaties van de kunstenaars die zich uitdrukkelijk hebben aangesloten bij de overeenkomst van (eiseres) voor collectief beheer en niet op die van de kunstenaars die het beheer van hun rechten niet aan laatstgenoemde hebben toevertrouwd;

dat, ten slotte, die miskenning bestaat sinds 1 november 1996, datum van het verstrijken van de laatste toestemming die voorlopig was toegekend aan de eerste (verweerster), die destijds in het kader van de onderhandelingen optrad in naam en in opdracht van haar leden en dus van de tweede (verweerster)".

Grieven

2.1. Eerste onderdeel

Artikel 36 van de wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten, opgenomen in afdeling 2 met als titel "Bepalingen betreffende de uitvoerende kunstenaars", van het hoofdstuk met betrekking tot de naburige rechten, bepaalt dat de uitvoerende kunstenaar, tenzij anders is overeengekomen, aan de producent het uitsluitende recht van audiovisuele exploitatie van zijn prestatie overdraagt, met inbegrip van de voor deze exploitatie noodzakelijke rechten, zoals het recht om het werk van ondertiteling te voorzien of het na te synchroniseren, onverminderd de bepalingen van artikel 34.

Dat artikel voert met name een vermoeden van overdracht van de rechten ten gunste van de producent in, waarvan de ratio legis erin bestaat te vermijden dat een ontevreden uitvoerend kunstenaar de exploitatie van het audiovisuele werk zou tegenhouden.

Dat vermoeden geldt echter alleen binnen de grenzen van de wet.

Volgens artikel 51 van de wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten, opgenomen in de afdeling "Doorgifte via kabel", beschikken alleen de auteur en de houders van de naburige rechten over het recht om de doorgifte via de kabel van hun werken of prestaties toe te staan.

Artikel 53, §1 van de voormelde wet, dat artikel 9 van de Europese richtlijn 93/83/EEG van 27 september 1993 tot coördinatie van bepaalde voorschriften betreffende het auteursrecht en naburige rechten op het gebied van de satellietomroep en de doorgifte via de kabel in het Belgische recht omzet, bepaalt van zijn kant dat het recht van de auteur en van de houders van naburige rechten om de doorgifte via de kabel toe te staan of te verbieden, uitsluitend door vennootschappen voor het beheer van de rechten kan worden uitgeoefend.

In de tweede paragraaf van dat artikel wordt daarenboven gepreciseerd dat indien de auteur of de houders van naburige rechten het beheer van hun rechten niet aan een vennootschap voor het beheer van de rechten hebben opgedragen, de vennootschap die de

rechten van dezelfde categorie beheert, geacht is met het beheer van hun rechten te zijn belast, waarbij de wet preciseert dat indien de rechten van die categorie door meer dan één vennootschap voor het beheer van de rechten worden beheerd, het de auteur of de houders van naburige rechten vrij staat te kiezen welke van die vennootschappen geacht wordt hun rechten te beheren. In dat geval gelden voor hen dezelfde rechten en plichten uit de overeenkomst tussen de kabelmaatschappij en de vennootschap voor het beheer van de rechten als voor de rechthebbenden die het beheer van hun rechten aan deze vennootschap hebben opgedragen.

Uit de lezing van die twee paragrafen blijkt dat het recht om de doorgifte via de kabel toe te staan, in elk geval uitgeoefend wordt door een vennootschap voor collectief beheer, die per definitie een vennootschap is die verplicht is de bij de wet van 30 juni 1994 toegekende rechten te beheren onder de voorwaarden die opgesomd worden in de artikelen 65 en 66 van de voormelde wet, of het nu gaat om een vennootschap waaraan de auteur of de houders van de naburige rechten het beheer van hun rechten uitdrukkelijk [hebben] toevertrouwd of om een vennootschap die de rechten beheert van dezelfde categorie en die geacht wordt de rechten te beheren van de auteurs of titularissen die het beheer van hun rechten niet hebben toevertrouwd aan een vennootschap voor het beheer van de rechten, aangezien artikel 53, §2 van de wet van 30 juni 1994 alleen ertoe strekt de vennootschap voor het beheer van de rechten te identificeren die, in het tweede geval, de toestemming zal moeten verlenen voor de doorgifte via de kabel van het audiovisuele werk.

Hieruit volgt dat het bestreden arrest bijgevolg om de hierboven vermelde redenen niet wettig met redenen is omkleed, in zoverre het oordeelt dat "het exclusieve recht van de vennootschappen voor collectief beheer evenwel beperkt is tot de rechten waarvan het beheer is toevertrouwd aan vennootschappen voor collectief beheer en zich niet uitstrekt tot de rechten die de houder niet heeft toevertrouwd aan het beheer aan die vennootschappen", "dat artikel 53, §2, immers niet bepaalt dat de vennootschap voor collectief beheer het recht van die kunstenaars uitoefent om de doorgifte via de kabel toe te staan of te verbieden, zoals dat wel het geval is voor de kunstenaars die haar het beheer van hun rechten hebben toevertrouwd, zoals de eerste paragraaf van datzelfde artikel preciseert, maar dat zij alleen 'geacht is met het beheer van hun rechten te zijn belast', wat, gelet op het feit dat voornoemd beheer voornamelijk van fiduciaire aard is, in werkelijkheid hoofdzakelijk erin bestaat de vergoeding te ontvangen waarop die prestaties recht geven en ze door te storten aan de houder van de desbetreffende rechten" (schending van de artikelen 51, 53, §§1 en 2, 65 en 66 van de wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten en 9 van de Europese richtlijn 93/83/EEG van 27 september 1993 tot coördinatie van bepaalde voorschriften betreffende het auteursrecht en naburige rechten op het gebied van de satellietomroep en de doorgifte via de kabel), en schendt daarenboven de voormelde artikelen, in zoverre het oordeelt dat dit beheer hoofdzakelijk van fiduciaire aard is (schending van dezelfde bepalingen); het hof van beroep kon op zijn minst niet beslissen dat het beheer van fiduciaire aard was zonder acht te slaan op de betrokken beheersovereenkomsten, waarbij dat vertrouwen afhankelijk is van de wil van de partijen (schending van de artikelen 1101, 1108 en 1134 van het Burgerlijk Wetboek, alsook miskening van het algemeen rechtsbeginsel van de vrije wil van de partijen).

2.2. Tweede onderdeel

Uit artikel 53, §1 van de wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten blijkt dat het recht van de auteur en van de houders van de naburige rechten om de doorgifte via de kabel toe te laten of te verbieden, alleen kan worden uitgeoefend door een vennootschap voor het beheer van de rechten, aangezien artikel 53, §2 van de voormelde wet uitdrukkelijk bepaalt dat, indien de auteur of de houders van naburige rechten het beheer van hun rechten niet aan een vennootschap voor het beheer van de

rechten hebben opgedragen, de vennootschap die rechten van dezelfde categorie beheert, geacht is met het beheer van hun rechten te zijn belast, en dat op grond van de in het eerste onderdeel uiteengezette redenen, die in dit onderdeel als overgenomen beschouwd worden.

Dat artikel legt bijgevolg het beginsel vast van de uitoefening, door de vennootschappen voor het beheer van de rechten, van het recht om de doorgifte via de kabel van de werken of prestaties van de auteurs of van de houders van de naburige rechten toe te staan, met uitsluiting van de houders van dat recht, waarbij die collectieve uitoefening als het ware onlosmakelijk deel uitmaakt van dat toestemmingsrecht en geen enkel onderscheid maakt naargelang dat recht al dan niet [is] overgedragen aan een derde. De enige uitzondering op de regel van de uitoefening van het toestemmingsrecht door de vennootschap voor het beheer van de rechten, is die welke bepaald is in de derde paragraaf van artikel 53 van de wet van 30 juni 1994 ten gunste van de omroeporganisatie voor haar eigen uitzendingen.

Bijgevolg is elke houder van het recht om de doorgifte via de kabel van een werk of van zijn prestatie toe te staan of te verbieden, voor de uitoefening van dat recht verplicht een beroep te doen op een vennootschap voor het beheer van de rechten, of hij nu de oorspronkelijke houder is dan wel de persoon op wie dat recht is overgedragen, met inbegrip van de producent van het audiovisuele werk.

Daarenboven kan de overdrager de verkrijger alleen de schuldvordering overdragen zoals hij ze zelf bezit, dit met toepassing van de regel "Nemo plus iure ad alium transferre potest quam ipse habet".

Bijgevolg kan de houder van een naburig recht, die zijn uitsluitend recht op de audiovisuele exploitatie van zijn prestatie overdraagt aan de producent van het audiovisuele werk, overeenkomstig artikel 36 van de wet van 30 juni 1994, hem niet meer eigen rechten overdragen dan hij er zelf bezit, zodat die producent, net als de oorspronkelijke houder van het recht, zich moet schikken naar de beperking die voortvloeit uit artikel 53 van de voormelde wet die betrekking heeft op de toestemming van de doorgifte via de kabel van de prestatie van de houder van het naburig recht.

Het hof bepaalt dat de uitvoerende kunstenaars hun recht om de doorgifte via de kabel van hun prestaties toe te staan of te verbieden, niet mogen hebben overgedragen opdat de kabelmaatschappijen de vennootschap voor het beheer van de rechten de toestemming dienen te vragen om de prestatie via de kabel door te geven, terwijl artikel 53 van de wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten geen enkel onderscheid maakt naar gelang van het exclusieve recht op de audiovisuele exploitatie van de uitvoerende kunstenaar, met inbegrip van het recht om de doorgifte via de kabel van de prestatie toe te staan, al dan niet [is] overgedragen aan een derde, en voegt aan de wet aldus een voorwaarde toe die daarin niet is vervat (schending van de artikelen 36 en 53, §§1, 2 en 3 van de wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten). Het hof van beroep oordeelt dat de producent aan wie het recht van audiovisuele exploitatie van de prestatie wordt overgedragen, met uitsluiting van de vennootschap voor collectief beheer het recht uitoefent om de doorgifte van het werk via de kabel toe te staan, en zodoende miskent het hof van beroep daarenboven de beginselen van toepassing op de overdracht van elk recht, volgens welke de overdrager de verkrijger niet meer rechten kan overdragen dan hij er zelf bezit, beginselen waarvan de wet van 30 juni 1994 niet is afgevoerd (schending van de artikelen 1249 en 1689 van het Burgerlijk Wetboek, 36 en 53 van de wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten, en miskening van het algemeen rechtsbeginsel, volgens hetwelk niemand meer rechten kan overdragen dan die welke hij bezit, zoals dat beginsel met name voortvloeit uit de artikelen 40 en 109 van de hypotheekwet).

2.3. Derde onderdeel

Artikel 36, eerste lid van de wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten bepaalt uitdrukkelijk dat, tenzij anders is overeengekomen, de uitvoerende kunstenaar aan de producent het exclusieve recht van audiovisuele exploitatie van zijn prestatie overdraagt, met inbegrip van de voor deze exploitatie noodzakelijke rechten, zoals het recht om het werk van ondertiteling te voorzien of het na te synchroniseren, onverminderd de bepalingen van artikel 34.

Het bestaan van een dergelijke andersluidende overeenkomst, of met andere woorden de uitsluiting van het voormelde recht uit de met de producent gesloten overeenkomst, kan niet alleen volgen uit de overeenkomst tussen de kunstenaar en de producent waarin uitdrukkelijk wordt bedongen dat de uitvoerend kunstenaar dat recht niet aan de producent overdraagt, maar zal in voorkomend geval even goed kunnen volgen uit een eerder tussen de kunstenaar en een derde gesloten overeenkomst. De kunstenaar begaat overigens een fout als hij het betrokken recht overdraagt aan de producent na het reeds te hebben overgedragen aan een derde, zonder dat die overeenkomst daarom de bedingen moet bekrachtigen die betrekking hebben op de overdracht, ten gunste van de vennootschap voor het beheer van de rechten, van de uitsluitende rechten op de audiovisuele exploitatie van de prestaties van de uitvoerende kunstenaars, die begrepen zijn in de lidmaatschaps-overeenkomsten en die tussen laatstgenoemden en de voormelde vennootschap voor het beheer van de rechten gesloten zijn, of dat de uitvoerende kunstenaars in de overeenkomst met hun producent zich de uitoefening van diezelfde exploitatierechten hebben voorbehouden. Die overeenkomsten zijn, in het door het bestreden arrest beschouwde geval, noodzakelijkerwijs gesloten na de lidmaatschapsovereenkomst.

Hoewel, immers, overeenkomsten luidens artikel 1165 van het Burgerlijk Wetboek alleen gevolgen teweegbrengen tussen de contracterende partijen, dienen derden het bestaan van dergelijke overeenkomsten te erkennen en kunnen ze zich beroepen op de gevolgen die deze tussen de partijen teweegbrengen.

Luidens artikel 1690 van het Burgerlijk Wetboek, zoals het is gewijzigd bij de wet van 6 juli 1994, kan de overdracht van schuldvordering daarenboven worden ingeroepen tegen andere derden dan de gecedeerde schuldenaar enkel door het sluiten van de overeenkomst van overdracht, terwijl artikel 1690 voordien bepaalde dat de overdracht aan de derde kon worden tegengeworpen door betekening van de overdracht aan de schuldenaar.

Bijgevolg zal de producent het bestaan moeten erkennen van de voordien tussen de uitvoerende kunstenaar en een vennootschap voor collectief beheer gesloten overeenkomst, [welke betrekking heeft op] de overdracht van het recht om de doorgifte van het audiovisuele werk toe te staan, en impliceert bijgevolg het weerleggen van het wettelijk vermoeden, bedoeld in artikel 36, eerste lid van de wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten.

Het hof van beroep, dat oordeelt dat de andersluidende overeenkomst waarvan sprake is in artikel 36, eerste lid van de wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten, noodzakelijkerwijs verwijst naar een andersluidende overeenkomst tussen de kunstenaar en de producent, en zodoende uitsluit dat uit een eerder gesloten overeenkomst tussen de kunstenaar en een derde, zoals een vennootschap voor collectief beheer, kan worden afgeleid dat die kunstenaar zijn toestemmingsrecht niet wil overdragen aan de producent, voegt aan de wet bijgevolg een voorwaarde toe die deze niet bevat (schending van artikel 36, eerste lid van de wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten). Het hof schendt daarenboven artikel 1165 van het Burgerlijk Wetboek, door te oordelen dat aan de producent geen overeenkomst kan worden tegengesteld waarin hij geen partij is, en die gesloten werd tussen de kunstenaar en een vennootschap voor collectief beheer (schending van artikel 1165 van het Burgerlijk

Wetboek) alsook artikel 1690 van het Burgerlijk Wetboek, waaruit blijkt dat de overdracht aan elke derde kan worden tegengesteld wegens het sluiten zelf van die overeenkomst, aangezien de wet van 30 juni 1994 geenszins daarvan afwijkt (schending van artikel 1690 van het Burgerlijk Wetboek, zoals het thans van kracht is, en, voor zover nodig, van artikel 36 van de wet van 30 juni 1994 betreffende de auteursrechten en de naburige rechten), of op zijn minst vanaf de betekening ervan aan de schuldenaar (schending van artikel 1690 van het Burgerlijk Wetboek, zoals het van toepassing was vóór de wijziging ervan bij de wet van 16 juli 1994, en, voor zover nodig, van artikel 36 van de wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten).

2.4. Vierde onderdeel

Artikel 35, §2 van de wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten bepaalt dat ten aanzien van de uitvoerende kunstenaar, alle contracten schriftelijk worden bewezen. Daarenboven moeten de contractuele bedingen met betrekking tot de rechten van de uitvoerende kunstenaar en de exploitatiewijzen ervan restrictief worden geïnterpreteerd.

Artikel 36 van de voormelde wet bepaalt van zijn kant dat de uitvoerende kunstenaar, tenzij anders is overeengekomen, aan de producent het exclusieve recht van audiovisuele exploitatie van zijn prestatie overdraagt, met inbegrip van de voor deze exploitatie noodzakelijke rechten, zoals het recht om het werk van ondertiteling te voorzien of het na te synchroniseren, onverminderd de bepalingen van artikel 34.

In de derde paragraaf wordt gepreciseerd dat de uitvoerende kunstenaars, behoudens wat betreft de prestaties voor de verwezenlijking van audiovisuele werken die tot de niet-culturele sector of tot de reclamewereld behoren, voor elke wijze van exploitatie recht hebben op een afzonderlijke vergoeding. Wanneer de overeengekomen vergoeding in verhouding staat tot de ontvangsten, bezorgt de producent de uitvoerende kunstenaars overeenkomstig de eerlijke beroepsgebruiken een overzicht van hetgeen hij voor elke wijze van exploitatie heeft ontvangen.

Bijgevolg bestaat het wettelijk vermoeden waarvan sprake is in artikel 36, eerste lid van de wet van 30 juni 1994, alleen in zoverre er een rechtstreekse contractuele verhouding van productie bestaat tussen de uitvoerende kunstenaar en een producent, hetgeen schriftelijk moet worden bewezen.

Daarenboven blijkt uit het geheel van die bepalingen dat, bij gebrek aan contractuele bedingen betreffende de afzonderlijke vergoeding per exploitatiewijze, zoals de doorgifte via de kabel, het desbetreffende wettelijk vermoeden geen gevolgen heeft.

Het hof van beroep, dat oordeelt dat "het wettelijk vermoeden van overdracht van de rechten bestaat zodra een dergelijke contractuele verhouding - die geen enkele schriftelijke overeenkomst behoeft en door alle middelen rechtens kan worden bewezen - voorhanden is", omkleedt zijn beslissing niet naar recht (schending van de artikelen 35, §2 en 36, eerste lid van de wet van 30 juni 1994 betreffende de auteursrechten en de naburige rechten, 1316, 1341, zoals van toepassing vóór de inwerkingtreding van het koninklijk besluit van 20 juli 2000, 1348 van het Burgerlijk Wetboek en 876 van het Gerechtelijk Wetboek). Het hof van beroep, dat bovendien oordeelt dat er geen enkele reden is om de overeenkomst zijn gevolgen te ontzeggen of ze nietig te verklaren omdat de met de producent gesloten overeenkomst geen afzonderlijke vergoeding voorschrijft voor elke exploitatiewijze, en met name voor de doorgifte via de kabel, omkleedt daarenboven zijn beslissing niet wettig met redenen (schending van de artikelen 35, §2 en 36, eerste en derde lid van de wet van 30 juni 1994 betreffende de auteursrechten en de naburige rechten).

IV. Beslissing van het Hof

Eerste middel

Overwegende dat, krachtens artikel 10, eerste lid van de wet van 31 maart 1898 op de beroepsverenigingen, de wettelijk erkende beroepsvereniging in rechte mag optreden, hetzij om te eisen, hetzij om te verweren, voor de verdediging van de persoonlijke rechten waarop haar leden aanspraak mogen maken als deelgenoten;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat de eerste verweerster een beroepsvereniging is van vennootschappen of verenigingen die radio- en televisie-uitzendingen via de kabel doorgeven; dat de door eiseres tegen de eerste verweerster ingestelde vordering ertoe strekt te doen vaststellen dat de leden van de eerste verweerster de door eiseres beheerde naburige rechten miskennen, door sinds 1 november 1996 de door eiseres beheerde beschermde prestaties zonder toestemming via de kabel door te geven, en, bijgevolg, te horen bevelen dat al deze leden de doorgifte via de kabel van de prestaties van het door eiseres beheerde repertorium enerzijds zou stopzetten, bij gebrek aan de toestemming van eiseres, en anderzijds een bericht zouden laten verschijnen vóór het gedeeltelijk of geheel verdwijnen van het programma van het beeldscherm, met toepassing van het stopzettingsbevel, een en ander op straffe van dwangsom;

Overwegende dat de verplichting voor de kabelmaatschappijen die lid zijn van de eerste verweerster, om vóór de doorgifte via de kabel van prestaties van uitvoerende kunstenaars de toestemming te verkrijgen van de houders van de naburige rechten op die prestaties, volgt uit artikel 51 van de wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten, en geen verband houdt met hun hoedanigheid van deelgenoot van de eerste verweerster;

Dat het arrest derhalve wettig, zij het om een onjuiste reden, beslist dat eiseres niet op grond van artikel 10, eerste lid, tegen de eerste verweerster kan optreden om een stopzettingsbevel tegen de leden van laatstgenoemde te verkrijgen;

Dat het middel, zoals de eerste verweerster betoogt, niet ontvankelijk is;

Tweede middel

Eerste onderdeel

Over de eerste grond van niet-ontvankelijkheid, die door de verweersters tegen dat onderdeel is opgeworpen: het onderdeel is onduidelijk:

Overwegende dat het onderdeel het arrest verwijt te beslissen dat het exclusieve recht van de vennootschappen voor het collectief beheer van de naburige rechten om de doorgifte via de kabel van de prestaties van de houders van die rechten toe te staan of te verbieden, beperkt is tot de rechten waarvan het beheer aan die vennootschappen is toevertrouwd;

Dat de kritiek die het onderdeel aldus uitoefent op de verwerping, door het arrest, van de vordering van eiseres, in zoverre deze geground is op rechten waarvan het beheer haar niet is toevertrouwd door de uitvoerende kunstenaars, voldoende is;

Dat de grond van niet-ontvankelijkheid niet kan worden aangenomen;

Het middel

Overwegende dat, krachtens artikel 51 van de voormelde wet van 30 juni 1994, alleen de auteur en de houders van de naburige rechten over het recht

beschikken om de doorgifte via de kabel van hun werken en prestaties toe te staan;

Dat, evenwel, dat recht overeenkomstig artikel 53, §1, alleen kan worden uitgeoefend door een vennootschap voor het beheer van de rechten; dat artikel 53, §2, eerste lid, bepaalt dat indien de auteur of de houders van naburige rechten het beheer van hun rechten niet aan een vennootschap voor het beheer van de rechten hebben opgedragen, de vennootschap die rechten van dezelfde categorie beheert, geacht is met het beheer van hun rechten te zijn belast; dat volgens artikel 53, §2, tweede lid, voor die houders dezelfde rechten en plichten uit de overeenkomst tussen de kabelmaatschappij en de vennootschap voor het beheer van de rechten gelden als voor de rechthebbenden die het beheer van hun rechten aan deze vennootschap hebben opgedragen;

Overwegende dat die bepalingen de omzetting zijn, in het Belgische recht, van artikel 9, §§1 en 2 van de richtlijn 93/83/EEG van 27 september 1993 van de Raad van de Europese Gemeenschappen tot coördinatie van bepaalde voorschriften betreffende het auteursrecht en naburige rechten op het gebied van de satellietomroep en de doorgifte via de kabel;

Overwegende dat eiseres het bestreden arrest verwijt te oordelen dat het exclusieve recht dat aan de vennootschappen voor collectief beheer van de naburige rechten is toegekend om de doorgifte via de kabel van de prestaties toe te staan of te verbieden, beperkt is tot de rechten waarvan het beheer aan die vennootschappen is toevertrouwd, maar dat laatstgenoemden, wanneer dit niet het geval is, alleen "geacht [zijn] te zijn belast met het beheer van de rechten" van de betrokken houders, "wat, gelet op het feit dat voornoemd beheer voornamelijk van fiduciaire aard is, in werkelijkheid hoofdzakelijk erin bestaat de vergoeding te innen waarop [de] prestaties recht geven en ze door te storten aan de houder van de desbetreffende rechten";

Dat het middel betoogt dat de vennootschap voor collectief beheer die geacht wordt te zijn belast met het beheer van de rechten van de houders van de naburige rechten die haar dat beheer niet hebben toevertrouwd, tevens het recht heeft de doorgifte via de kabel van de prestaties van de betrokken houders toe te staan of te verbieden;

Overwegende dat het antwoord op de in het dictum gestelde vraag noodzakelijk is voor de oplossing van het geschil, zodat het Hof, met toepassing van artikel 234 van het Verdrag van 25 maart 1957 tot oprichting van de Europese Gemeenschap, gehouden is die vraag bij het Hof van Justitie aanhangig te maken;

OM DIE REDENEN,

HET HOF

Verwerpt het cassatieberoep, in zoverre het gericht is tegen de eerste verweerder;

Houdt de uitspraak voor het overige aan totdat het Hof van Justitie bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak zal hebben gedaan over de volgende vraag:

Dient artikel 9, §2 van de richtlijn 93/83/EEG van de Raad van 27 september

1993 tot coördinatie van bepaalde voorschriften betreffende het auteursrecht en naburige rechten op het gebied van de satellietomroep en de doorgifte via de kabel, zo geïnterpreteerd te worden dat, wanneer een vennootschap voor collectief beheer geacht wordt te zijn belast met het beheer van de rechten van een houder van auteursrechten of van naburige rechten die het beheer van zijn rechten niet heeft toevertrouwd aan een vennootschap voor collectief beheer, die vennootschap het recht van die houder om een kabelmaatschappij al dan niet de toestemming te geven een uitzending via de kabel door te geven, niet mag uitoefenen, aangezien zij alleen is belast met het beheer van de financiële aspecten van de rechten van die houder?

4 april 2005 - 3^o kamer – *Voorzitter*: de h. Echement, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: mevr. Velu – *Gelijklopende conclusie* van de h. Leclercq, eerste advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. Geinger en Simont.

Nr. 194

3^o KAMER - 4 april 2005

1^o VORDERING IN RECHTE - RECHTSVORDERING - BELANG - BEGRIP.

2^o ADVOCaat - ORDRE DES BARREAUX FRANCOPHONES ET GERMANOPHONE - VORDERING IN RECHTE - RECHTSVORDERING - BELANG - BEGRIP - RECHTZOEKENDE - BELANGEN - VERDEDIGING.

3^o VORDERING IN RECHTE - RECHTSVORDERING - ORDRE DES BARREAUX FRANCOPHONES ET GERMANOPHONE - BELANG - BEGRIP - RECHTZOEKENDE - BELANGEN - VERDEDIGING.

1^o *Tenzij de wet anders bepaalt, kan de vordering van een natuurlijke persoon of rechtspersoon niet worden toegelaten indien de eiser geen persoonlijk en rechtstreeks belang heeft, d.w.z. een eigen belang*¹. (Artt. 17 en 18 Ger.W.)

2^o en 3^o *De Ordre des barreaux francophones et germanophone kan geen vordering instellen om de belangen van de rechtzoekende te behartigen*². (Artt. 17, 18, 495 en 496 Ger.W.)

(ORDRE DES BARREAUX FRANCOPHONES ET GERMANOPHONE T. BELGISCHE STAAT – Minister van Justitie)

Eerste advocaat-generaal J.F. Leclercq heeft in substantie gezegd (vertaling):

1. De cassatieberoepen die op de algemene rol zijn ingeschreven onder de nummers C.04.0336.F en C.04.0351.F zijn gericht tegen hetzelfde arrest van het Hof van Beroep te Luik van 3 dec. 2002; er bestaat grond tot voeging.

I. Op het cassatieberoep dat op de algemene rol is ingeschreven onder het nummer C.04.0336.F:

2. Er bestaat grond om akte van de afstand van het cassatieberoep te verlenen en eiser in de kosten van dat cassatieberoep te veroordelen.

II. Op het cassatieberoep dat op de algemene rol is ingeschreven onder het nummer

¹ Zie concl O.M.

² *Ibid.*

C.04.0351.F:

3. Naar mijn mening faalt het enige middel naar recht.

Het middel betoogt te dezen dat het recht om alle initiatieven en maatregelen te nemen die nuttig zijn voor de verdediging van de rechtzoekenden, dat art. 495 Ger. W. toekent aan de *Ordre des barreaux francophones et germanophone*, de mogelijkheid voor die rechtspersoon inhoudt om in rechte op te treden ter behartiging van de belangen van de rechtzoekenden.

Ik deel dit standpunt niet.

Luidens art. 495, tweede lid Ger.W., hebben de *Ordre des barreaux francophones et germanophone* en de Orde van Vlaamse balies, elk voor de balies die deel ervan uitmaken, de taak te waken over de eer, de rechten en de gemeenschappelijke beroepsbelangen van hun leden en zijn zij bevoegd voor de juridische bijstand, de stage, de beroepsopleiding van alle advocaten behorende tot de balies die er deel van uitmaken.

Krachtens het tweede lid van datzelfde artikel, nemen de voornoemde Orden initiatieven en maatregelen die nuttig zijn voor de opleiding, de tuchtrechtelijke regels en de loyaliteit in het beroep en voor de behartiging van de belangen van de advocaat en van de rechtzoekende.

Ik denk niet dat de bepaling van het voormelde tweede lid los kan worden gezien van de bepaling van het eerste lid, alsof het om een bijkomende opdracht en om bijkomende bevoegdheden ging. Er bestaat daarentegen een zeker parallellisme waaruit kan worden afgeleid dat de wetgever, na in het eerste lid de opdracht en de bevoegdheden te hebben bepaald, in het tweede lid de voorwaarden heeft vastgelegd waaronder deze worden uitgeoefend, zoals hij dat overigens ook heeft gedaan in het derde lid van art. 495 (zie de bewoordingen "voorstellen betreffende die aangelegenheden") en in art. 496 (zie de bewoordingen "passende reglementen met betrekking tot de bevoegdheden").

Als die bepalingen anders begrepen moeten worden, dan zouden hun bewoordingen m.i. de nodige harmonie missen.

Ik meen derhalve dat men zich dient te houden aan het beginsel dat is vastgelegd in het arrest van uw Hof van 19 sept. 1996, A.R. C.95.0386.F, en dat gegrond is op de artt. 17 en 18 Ger.W.: tenzij de wet anders bepaalt - wat te dezen niet het geval is - kan de vordering van een natuurlijke of rechtspersoon niet worden toegelaten indien de eiser geen persoonlijk en rechtstreeks belang heeft, d.w.z. een eigen belang³.

Uit de uitlegging die ik aan de artt. 495 en 496 Ger. W. heb gegeven, leid ik af dat de *Ordre des barreaux francophones et germanophone* geen vordering kan instellen om de belangen van de rechtzoekende te behartigen (Artt. 17, 18, 495 en 496 Ger.W.).

4. Ik maak evenwel nog de volgende, m.i. niet onbelangrijke bedenkingen.

Het bestreden arrest stelt vast dat het voorwerp van de rechtsvordering van de *Ordre des barreaux francophones et germanophone* erin bestond de onmiddellijke benoeming te verkrijgen van vier psychiaters met een voltijdse betrekking in een inrichting tot bescherming van de maatschappij, nu de Orde meende dat, door de afwezigheid van die psychiaters, enerzijds de bestaande voorwaarden van "hechtenis" een onmenselijke en ontorende behandeling vormden en anderzijds de advocaten hun cliënten niet naar behoren konden verdedigen aangezien zij, bij gebrek aan psychiaters, niet konden steunen op een geneeskundig verslag dat noodzakelijk was voor "een vordering tot invrijheidstelling".

Verder rijst de vraag of de *Ordre des barreaux francophones et germanophone*, in een zaak zoals die welke aan de rechter is voorgelegd, in de bewoordingen van art. 495, eerste

3 Cass., 19 sept. 1996, A.R. C.95.0386.F, nr. 319.

en tweede lid Ger.W., "waakte over de gemeenschappelijke beroepsbelangen van de leden van de balies" en een "initiatief had genomen dat nuttig was voor de behartiging van de belangen van (zowel) de advocaat (als) van de rechtzoekende".

Persoonlijk zou ik deze vraag bevestigend beantwoorden.

Het eigen belang van de *Ordre des barreaux francophones et germanophone*, dat de gemeenschappelijke belangen van de advocaten omvat, gaat immers de gewone materiële belangen te boven en heeft tevens betrekking op de rechtsbedeling zelf, met inbegrip van de uitvoeringsfase van de beslissingen, aangezien de eer en de reputatie van de Orde op het spel staan⁴.

Het middel dat tot staving van het cassatieberoep wordt aangevoerd, vertrekt niet vanuit dat standpunt en faalt daarom naar recht, zoals ik reeds zei⁵. Ik zou echter niet meteen durven beweren dat het bestreden arrest zijn beslissing dat de rechtsvordering van de *Ordre des barreaux francophones et germanophone* niet ontvankelijk is, naar recht verantwoordt.

III. Samenvatting.

Ik vat samen.

Er bestaat grond:

1) de zaken te voegen die op de algemene rol zijn ingeschreven onder de nummers C.04.0336.F en C.04.0351.F;

2) bij de uitspraak over het cassatieberoep dat op de algemene rol is ingeschreven onder het nummer C.04.0336.F, akte van de afstand van het cassatieberoep te verlenen en eiser in de kosten van dat cassatieberoep te veroordelen;

3) bij de uitspraak over het cassatieberoep dat op de algemene rol is ingeschreven onder het nummer C.04.0351.F, het cassatieberoep te verwerpen en eiser te veroordelen in de kosten van dat cassatiegeding.

Conclusie: verwerping

ARREST (*vertaling*)

(A.R. C.04.0336.F – C.04.0351.F)

I. Bestreden beslissing

De cassatieberoepen zijn gericht tegen het arrest, dat op 3 december 2002 is gewezen door het Hof van Beroep te Luik.

II. Rechtspleging voor het Hof

Bij de beschikkingen van 7 maart 2005 heeft de eerste voorzitter de zaken verwezen naar de derde kamer.

Raadsheer Christian Storck heeft verslag uitgebracht.

Eerste advocaat-generaal Jean-François Leclercq heeft geconcludeerd.

III. Middelen

Tot staving van het cassatieberoep dat op de algemene rol is ingeschreven onder het nummer C.04.0351.F, voert eiseres in haar verzoekschrift volgend

4 Vgl. Arbitragehof, 21 dec. 2004, nr. 202/2004, *B.S.* 4 jan. 2005, 368.

5 Als rekening wordt gehouden met de laatste stand van het geding voor de feitenrechter, dan is het misschien niet zeker dat het middel met succes vanuit het in mijn conclusie voorgestelde standpunt kon worden bekeken. Misschien was het middel dan niet ontvankelijk geweest, omdat het het Hof had verplicht feitelijke gegevens te onderzoeken, iets waartoe het niet bevoegd is.

middel aan:

Geschonden wetsbepalingen

- de artikelen 17, 18 en 495 van het Gerechtelijk Wetboek.

Aangevochten beslissingen

Het arrest verklaart de rechtsvordering van eiseres niet-ontvankelijk, die ertoe strekt de onmiddellijke benoeming te verkrijgen van vier psychiaters met een voltijdse betrekking in de inrichting tot bescherming van de maatschappij te Paifve, en veroordeelt haar "jegens [verweerder] in twee derde van de kosten van de twee gedingen, die volgens de aangenomen kostenstaten worden vereffend op 109,07 euro (kosten van het geding volgens de gedingconclusie), 186,92 euro (verzoekschrift tot hoger beroep) en 218,15 euro (rechtsplegingsvergoeding in hoger beroep)", op grond van alle redenen die hier als volledig weergegeven worden beschouwd.

Grievens

In de regel kan de vordering van een natuurlijke persoon of rechtspersoon, tenzij de wet anders bepaalt, krachtens de artikelen 17 en 18 van het Gerechtelijk Wetboek niet worden toegelaten indien de eiser geen persoonlijk en rechtstreeks belang, dit wil zeggen een eigen belang, heeft.

Met betrekking tot de Ordre des barreaux francophones et germanophone en de Orde van Vlaamse balies beslist artikel 495 van het Gerechtelijk Wetboek er anders over en wijkt het aldus af van die artikelen 17 en 18.

De Ordre des barreaux francophones et germanophone en de Orde van Vlaamse balies, die krachtens artikel 488 van het Gerechtelijk Wetboek rechtspersoonlijkheid bezitten, hebben luidens artikel 495 de taak

"te waken over de eer, de rechten en de gemeenschappelijke beroepsbelangen van hun leden en zijn bevoegd voor de juridische bijstand, de stage, de beroepsopleiding van de advocaten-stagiairs en de vorming van alle advocaten behorende tot de balies die er deel van uitmaken.

Zij nemen initiatieven en maatregelen die nuttig zijn voor de opleiding, de tuchtrechtelijke regels en de loyaliteit in het beroep en voor de behartiging van de belangen van de advocaat en van de rechtzoekende.

Elk van beide kan betreffende die aangelegenheden voorstellen doen aan de bevoegde overheden".

Artikel 495 van het Gerechtelijk Wetboek vertrouwt aldus aan de Ordre des barreaux francophones et germanophone en aan de Orde van Vlaamse balies een opdracht van algemeen belang toe, alsook het recht om alle maatregelen te nemen die nuttig zijn voor de behartiging van de belangen van de advocaten, die hun beroepssoevereïteit halen uit hun lidmaatschap bij de Orde, maar ook voor de behartiging van de belangen van de rechtzoekenden.

Onder vigeur van oud artikel 493 van het Gerechtelijk Wetboek werd reeds aanvaard dat de behartiging van de belangen van de advocaat, net als voor de beroepsverenigingen, inhield dat in rechte kon worden opgetreden als de belangen van het beroep bedreigd werden en beperkte deze zich niet tot de mogelijkheid om "voorstellen te doen aan de bevoegde overheden". Het nieuwe artikel 495 wijzigt geenszins die bevoegdheid en maakt geen onderscheid tussen de initiatieven en de maatregelen die de Ordre des barreaux francophones et germanophone en de Orde van Vlaamse balies kunnen nemen voor de behartiging van de belangen van de advocaat en die welke ze kunnen nemen voor de behartiging van de belangen van de rechtzoekende.

Het arrest, dat de rechtsvordering van eiseres niet-ontvankelijk verklaart en haar

veroordeelt in een gedeelte van [verweerders] kosten, op grond dat "het nieuwe artikel 495 van het Gerechtelijk Wetboek geen enkele uitdrukkelijke afwijking bevat [van de artikelen 17 en 18 van het Gerechtelijk Wetboek], dat de voornoemde orden de mogelijkheid zou bieden in rechte op te treden voor de behartiging van de belangen van de rechtzoekenden" en dat, "zelfs al zou een dergelijke bevoegdheid nuttig kunnen zijn voor de belangen van de advocaten en van de rechtzoekenden, die bevoegdheid uitdrukkelijk in een wet moet worden gegoten, wat de huidige teksten, geïnterpreteerd in het licht van hun parlementaire voorbereiding, niet voorschrijven", is niet naar recht verantwoord (schending van de artikelen 17, 18 en 495 van het Gerechtelijk Wetboek).

IV. Beslissing van het Hof

Overwegende dat de cassatieberoepen gericht zijn tegen hetzelfde arrest; dat er grond bestaat tot voeging;

Wat het cassatieberoep betreft dat op de algemene rol is ingeschreven onder het nummer C.04.0336.F:

Overwegende dat eiseres afstand doet van haar cassatieberoep;

Wat het cassatieberoep betreft dat op de algemene rol is ingeschreven onder het nummer C.04.0351.F:

Over het middel:

Overwegende dat de vordering van een natuurlijke persoon of rechtspersoon, tenzij de wet anders bepaalt, krachtens artikel 17 van het Gerechtelijk Wetboek niet kan worden toegelaten indien de eiser geen persoonlijk en rechtstreeks belang, d.w.z. een eigen belang, heeft;

Overwegende dat artikel 495, eerste lid van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat de *Ordre des barreaux francophones et germanophone*, elk voor de balies die er deel van uitmaken, de taak hebben te waken over de eer, de rechten en de gemeenschappelijke beroepsbelangen van hun leden en bevoegd zijn voor de juridische bijstand, de stage, de beroepsopleiding van de advocaten-stagiairs en de vorming van alle advocaten behorende tot de balies die er deel van uitmaken;

Overwegende dat het tweede en derde lid van dat artikel, door aan de *Ordre* toestemming te verlenen initiatieven en maatregelen te nemen die nuttig zijn voor de opleiding, de tuchtrechtelijke regels en de loyauteit in het beroep en voor de behartiging van de belangen van de advocaat en van de rechtzoekende, en wat dat betreft voorstellen te doen aan de bevoegde overheden, niet tot gevolg hebben dat de opdracht die het eerste lid haar toevertrouwt, uitgebreid wordt, maar dat de voorwaarden gepreciseerd worden waaronder die opdracht uitgevoerd wordt;

Dat die bepalingen, die niet afwijken van artikel 17 van het Gerechtelijk Wetboek, de *Ordre* niet toestaan een vordering in te stellen om de belangen van de rechtzoekende te behartigen;

Dat het middel, dat het tegendeel betoogt, faalt naar recht;

OM DIE REDENEN,

HET HOF

Voegt de cassatieberoepen die op de algemene rol zijn ingeschreven onder de nummers C.04.0336.F et C.04.0351.F;

Verleent akte van de afstand van het cassatieberoep dat op de algemene rol is ingeschreven onder het nummer C.04.0336.F;

Veroordeelt eiseres in de kosten van haar cassatieberoep;

Verwerpt het cassatieberoep dat op de algemene rol is ingeschreven onder het nummer C.04.0351.F;

Veroordeelt eiseres in de kosten van dat cassatieberoep.

4 april 2005 - 3° kamer – *Voorzitter*: de h. Echement, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Storck – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. Leclercq, eerste advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. Draps en Van Ommeslaghe.

Nr. 195

3° KAMER - 4 april 2005

ARBEIDSONGEVAL — WEG NAAR EN VAN HET WERK (BEGRIJ, BESTAAN, BEWIJS) - BEGRIJ - NORMAAL TRAJECT - ONDERBREKING.

Het traject dat de werknemer moet afleggen om zich van zijn verblijfplaats te begeven naar de plaats waar hij werkt en omgekeerd, kan worden beschouwd als normaal in de zin van art. 8, §1, tweede lid Arbeidsongevallenwet, als de onderbreking van het traject onbeduidend is, als ze onbelangrijk is en door een wettige reden is verantwoord, of als ze belangrijk is maar te wijten is aan overmacht'. (Art. 8, §1, tweede lid Arbeidsongevallenwet)

(AXA BELGIUM N.V. T. F.)

ARREST (*vertaling*)

(A.R. S.04.0126.F)

I. Bestreden beslissing

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest, dat op 23 maart 2004 op verwijzing is gewezen door het Arbeidshof te Bergen, ten gevolge van het arrest van het Hof van 25 november 2002¹.

II. Rechtspleging voor het Hof

Raadsheer Daniel Plas heeft verslag uitgebracht.

Eerste advocaat-generaal Jean-François Leclercq heeft geconcludeerd.

III. Middelen

Eiser voert in zijn verzoekschrift volgend middel aan:

Geschonden wettelijke bepalingen

- artikel 8, inzonderheid eerste en tweede lid van de wet van 10 april 1971 op de arbeidsongevallen.

Aangevochten beslissingen

¹ Zie de concl. O.M. in *Pas.* 2005, nr. 195.

² A.R. S.01.0172.F, nr. 626, met concl. O.M. in *Pas.* 2002.

Om te beslissen dat het litigieuze ongeval zich heeft voorgedaan op de weg naar en van het werk en bijgevolg een expertisemaatregel te bevelen, oordeelt het arrest dat:

"Krachtens artikel 8, §1 van de wet van 10 april 1971 op de arbeidsongevallen, wordt het ongeval dat zich voordoet op de weg naar en van het werk, als arbeidsongeval aangezien; onder de weg naar en van het werk wordt verstaan 'het normale traject dat de werknemer moet afleggen om zich van zijn verblijfplaats te begeven naar de plaats waar hij werkt, en omgekeerd'.

Het begrip normaal traject wordt gedefinieerd ten aanzien van ruimte en tijd (Cass., 26 januari 1977, *Pas.* 1977, 572; Cass., 1 februari 1993, *J.T.T.* 1993, 202; Cass., 27 maart 1995, *J.T.T.* 1995, 470); het normale traject veronderstelt een verplaatsing die zowel geografisch als chronologisch als normaal kan worden aangezien.

Het normale traject is niet noodzakelijkerwijs een ononderbroken traject. Een onderbreking of een omweg sluiten niet noodzakelijkerwijs het begrip weg naar en van het werk uit.

Volgens vaststaande rechtspraak blijft een traject met een omweg normaal in de zin van artikel 8, §1 van de wet van 10 april 1971, als de omweg die de werknemer maakt, onbeduidend is of, zonder onbeduidend te zijn, weinig belangrijk is en verantwoord wordt door een wettige reden, of nog als de omweg belangrijk maar aan overmacht te wijten is; dezelfde principes zijn van toepassing op de onderbreking van het traject (Cass., 6 november 1978, *J.T.T.* 1979, 156; Cass., 30 september 1985, *Bull.* 1986, 87; Cass., 13 april 1992, *J.T.T.* 1993, 206; Cass., 17 januari 1994, *Pas.* 1994, 54; Cass., 13 november 1995, *Pas.* 1995, 1032; Cass., 31 mei 1999, *Pas.* 1999, 320; Cass., 18 december 2000, *Pas.* 2000, 702).

Te dezen bevond (verweerder) zich op het ogenblik van de feiten op een geografisch normaal traject tussen de plaats waar hij werkt en zijn verblijfplaats; daarenboven hebben de feiten zich voorgedaan een paar minuten nadat hij het restaurant waar hij werkte, verlaten (had); het gaat dus om een onbeduidende onderbreking van het traject; wat dat betreft moet erop worden gewezen dat het bestaan en het belang van de omweg, net als het normale traject, beoordeeld worden volgens de omstandigheden van tijd en plaats zoals zij bestonden op het ogenblik van het ongeval (in die zin: Cass., 24 september 1990, *J.T.T.* 1991, 83); het normale karakter van het traject wordt bijgevolg niet beïnvloed door die onbeduidende onderbreking. De bezwaren die zijn geuit met betrekking tot een verhoging van het risico hebben wat dat betreft geen invloed en zullen worden onderzocht in het kader van de mogelijke toepassing van artikel 48 van de wet van 10 april 1971".

Grieven

1. Eerste onderdeel

Luidens artikel 8, §1 van de wet van 10 april 1971, wordt het ongeval dat zich voordoet op de weg naar en van het werk als arbeidsongeval aangezien, en wordt onder de weg naar en van het werk het normale traject verstaan dat de werknemer moet afleggen om zich van zijn verblijfplaats te begeven naar de plaats waar hij werkt, en omgekeerd.

De werknemer bevindt zich echter niet meer op de weg naar en van het werk wanneer hij dat traject onderbreekt om persoonlijke redenen.

Het bestreden arrest wijst erop dat:

"Uit de stukken die aan het (arbeids)hof zijn voorgelegd en uit de uitleg van de partijen blijkt dat (verweerder) en de heer A.B. reeds vaak ruzie hadden gemaakt zonder dat dit tot fysiek geweld had geleid, en met name op de avond van de feiten rond 18.30 uur op de plaats van het werk; de heer A.B., voorvoelend dat er een nieuwe twist op komst was, nam een mes mee toen hij het restaurant verliet; zodra hij de plaats van zijn werk had verlaten, wendde (verweerder) zich tot de heer A.B. en zei tegen hem, volgens de verkla-

ringen van de getuigen: 'we hebben nog iets af te handelen' of: 'je wilt het gevecht dus voortzetten', hij zette zijn zak neer en raakte met een in schaarbeweging uitgevoerde voetslag de heer A.B. op de borst, en diende hem vervolgens een linkse en een rechtse vuistslag toe; laatstgenoemde haalde het mes te voorschijn dat hij uit het restaurant had meege-
nomen en liep achter (verweerder) die ten val kwam, en stak het mes in zijn rug. Het is aldus bewezen en overigens niet betwist dat de vechtpartij is uitgelokt door (verweerder)".

Het bestreden arrest stelt aldus vast dat verweerder de weg naar en van het werk onderbroken heeft om persoonlijke redenen die daarenboven niet wettig zijn, met name het uitlokken van een vechtpartij met een collega.

Het arrest heeft derhalve niet kunnen beslissen dat verweerder zich op de weg naar en van het werk bevond, zonder de wettelijke begrippen weg naar en van het werk en normaal traject te miskennen (schending van artikel 8, §1, eerste en tweede lid van de wet van 10 april 1971 op de arbeidsongevallen).

2. Tweede onderdeel

Luidens artikel 8, §1 van de wet van 10 april 1971, wordt het ongeval dat zich voordoet op de weg naar en van het werk als arbeidsongeval aangezien, en wordt onder de weg naar en van het werk het normale traject verstaan dat de werknemer moet afleggen om zich van zijn verblijfplaats te begeven naar de plaats waar hij werkt, en omgekeerd.

Het traject houdt niet op een normaal traject te zijn wegens een weinig belangrijke onderbreking, voor zover deze verantwoord is door een wettige reden.

Het bestreden arrest, dat erop wijst dat de onderbreking van het traject slechts enkele minuten had geduurd en bijgevolg onbeduidend was, stelt ongetwijfeld vast dat de onderbreking van het traject weinig belangrijk was geweest.

Het stelt evenwel niet vast dat die onderbreking zou zijn verantwoord door een wettige reden, maar stelt daarentegen in de in het eerste onderdeel van het middel weergegeven bewoordingen vast dat de verweerder het traject had onderbroken om een onwettige reden, te weten het uitlokken van een vechtpartij met een collega.

Het bestreden arrest beslist bijgevolg niet naar recht dat het normale karakter van het traject niet was beïnvloed door de onderbreking en dat het ongeval zich derhalve had voorgedaan op de weg naar en van het werk (schending van artikel 8, §1, eerste en tweede lid van de wet van 10 april 1971 op de arbeidsongevallen).

De overwegingen van het arrest dat "het bestaan en het belang van de omweg, net als het normale traject, beoordeeld worden volgens de omstandigheden van tijd en plaats zoals zij bestonden op het ogenblik van het ongeval (in die zin: Cass., 24 september 1990, *J.T.T.* 1991, 83); het normale karakter van het traject wordt bijgevolg niet beïnvloed door die onbeduidende onderbreking. De bezwaren die zijn geuit met betrekking tot een verzwaring van het risico hebben wat dat betreft geen invloed", zijn in twee opzichten onwettig.

Volgens de wet is het immers onjuist als beginsel voorop te stellen dat een onbeduidende onderbreking van het traject, wegens zijn korte duur, nooit een invloed heeft op het normale karakter van het traject, ook al is de oorzaak van die onderbreking zelf onwettig, zoals dat te dezen het geval is.

Daarenboven is het even onjuist om als beginsel voorop te stellen dat de verhoging van het risico, die onlosmakelijk deel uitmaakt van de onderbreking, geen invloed heeft op het normale karakter van het traject.

Het traject moet immers in tijd en ruimte normaal blijven, voor zover het, in tijd en ruimte, het traject is dat genomen moet worden wegens de uitvoering van de arbeidsovereenkomst.

De weerslag van de onderbreking moet bijgevolg niet alleen beoordeeld worden op grond van de rekenkundige verhouding tussen de duur van de onderbreking en de duur van een ononderbroken traject, maar ook op grond van alle feitelijke omstandigheden die een invloed hebben op de omvang van het risico.

Het bestreden arrest heeft bijgevolg niet wettig kunnen weigeren om, bij het beoordelen van het normale karakter van het traject, rekening te houden met de onwettige reden van de onderbreking, met name het uitlokken van een vechtpartij met een collega en met de verhoging van het risico dat gepaard gaat met die vechtpartij, en die de reden voor de onderbreking is.

Het Hof is bevoegd om na te gaan of de rechter, uit de door hem vastgestelde feiten, wettig heeft kunnen afleiden dat de werknemer een normaal traject heeft gevolgd.

De in het bestreden arrest vastgestelde feiten verantwoordt niet naar recht de daarin gemaakte afleiding over het normale karakter van het traject, tijdens hetwelk verweerder is getroffen door het litigieuze ongeval (schending van artikel 8, §1, eerste en tweede lid van de wet van 10 april 1971 op de arbeidsongevallen).

IV. Beslissing van het Hof

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat het arrest, zonder daaromtrent bekritiseerd te worden, vaststelt dat de duur van de onderbreking van het traject onbeduidend is;

Overwegende dat luidens artikel 8, §1, tweede lid van de wet van 10 april 1971 op de arbeidsongevallen, onder de weg naar en van het werk het normale traject wordt verstaan dat de werknemer moet afleggen om zich van zijn verblijfplaats te begeven naar de plaats waar hij werkt, en omgekeerd;

Dat dit traject normaal blijft in de zin van dat artikel als de onderbreking onbeduidend is, als ze weinig belangrijk is en door een wettige reden verantwoord wordt, of als ze belangrijk is maar te wijten is aan overmacht;

Dat de onderbreking van het traject, aangezien ze onbeduidend is, bijgevolg zijn normaal karakter behoudt, ongeacht de reden van die onderbreking;

Dat het onderdeel, dat zijn kritiek grondt op de aard van die reden, niet kan leiden tot cassatie en derhalve niet ontvankelijk is bij gebrek aan belang;

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat het onderdeel, in zoverre het veronderstelt dat het arrest heeft willen vaststellen dat de onderbreking van het traject weinig belangrijk en niet onbeduidend was, berust op een onjuiste uitlegging van het arrest;

Overwegende, voor het overige, dat het arbeidshof uit de overweging, die steunt op een feitelijke beoordeling, dat de onderbreking onbeduidend was, wettig heeft kunnen afleiden dat het traject normaal is gebleven, zonder acht te slaan op de reden van de onderbreking;

Dat het onderdeel niet kan worden aangenomen;

OM DIE REDENEN,

HET HOF

Verwerpt het cassatieberoep;

Veroordeelt eiseres in de kosten.

4 april 2005 - 3^o kamer – *Voorzitter*: de h. Echement, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Plas – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. Leclercq, eerste advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. Simont en Mahieu.

Nr. 196

2^o KAMER - 5 april 2005

1^o RECHTERLIJKE ORGANISATIE — STRAFZAKEN - SAMENSTELLING VAN HET RECHTSCOLLEGE - TEGENSTRIJDIGE VERMELDINGEN.

2^o AANSPRAKELIJKHEID BUITEN OVEREENKOMST — HERSTELPLICHT — ALGEMEEN - MISDRIJF EN DAAROPVOLGENDE FOUT GEPLEEGD DOOR DEZELFDE PERSOON - VASTSTELLING DOOR DE RECHTER DAT HET MISDRIJF EN DE FOUT SAMEN DE SCHADE HEBBEN VEROORZAAKT - GEVOLG.

3^o HELING - VERKOOP VAN HET GEHEELDE VOORWERP DOOR DE HELER - VASTSTELLING DOOR DE RECHTER DAT DE HELING EN DE DAAROPVOLGENDE VERKOOP SAMEN DE SCHADE HEBBEN VEROORZAAKT - GEVOLG.

1^o Wanneer uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan vaststaat dat de bestreden beslissing is gewezen en ondertekend door dezelfde rechters die de zaak hebben behandeld en erover hebben geoordeeld, doet daaraan niets af dat het proces-verbaal van de terechtzitting waarop deze beslissing werd uitgesproken, een andere samenstelling van het rechtscollege vermeldt¹. (Artt. 779, 780, 1^o en 782 Ger.W.)

2^o Wanneer iemand een misdrijf en een daaropvolgende fout heeft gepleegd en de rechter vaststelt dat dit misdrijf en die fout samen de schade hebben veroorzaakt, volstaat het misdrijf als grondslag voor de veroordeling tot de vergoeding van de volledige schade². (Artt. 1382 en 1383 B.W.; Artt. 3 en 4 V.T.Sv.)

3^o Wanneer de rechter oordeelt dat vaststaat dat de heling en de daaropvolgende verkoop van het geheelde voorwerp door de heler samen de schade hebben veroorzaakt, vermag hij wettig de heler te veroordelen tot vergoeding van de volledige schade³. (Artt. 1382 en 1383 B.W.; Art. 505 Sw.; Artt. 3 en 4 V.T.Sv.)

(G. T. M. e.a.)

ARREST

(A.R. P.04.1547.N)

I. Bestreden beslissing

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest, op 27 oktober 2004 gewezen door het Hof van Beroep te Antwerpen, correctionele kamer.

II. Rechtspleging voor het Hof

¹ Cass., 18 feb. 2004, A.R. P.03.1454.F, nr. 86; 29 juni 2004, A.R. P.04.0491.N, nr. 366.

² Zie Cass., 6 juni 2001, A.R. P.01.0391.F, nr. 337; 14 okt. 2003, A.R. P.03.0518.N, nr. 496; 13 okt. 2004, A.R. P.04.0896.F, nr. 476; 26 okt. 2004, A.R. P.04.0934.N, nr. 508.

³ Zie voor het geval waar de fouten, die samen de schade hebben veroorzaakt, bestonden uit, enerzijds, de diefstal en, anderzijds, de heling: Cass., 13 okt. 2004, A.R. P.04.0896.F, nr. 476; 8 maart 2005, A.R. P.04.1534.N, nr. 141.

Raadsheer Luc Huybrechts heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Patrick Duinslaeger heeft geconcludeerd.

III. Cassatiemiddelen

Eiser stelt in een memorie twee middelen voor. Die memorie is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

IV. Beslissing van het Hof

A. Onderzoek van de middelen

1. Eerste middel

Overwegende dat uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, blijkt dat:

1. de zaak op de terechtzitting van 13 mei 2004 werd behandeld en in beraad genomen door kamervoorzitter L. Michiels en de raadsheren M. Jordens en A. Rosiers;

2. het proces-verbaal van de terechtzitting van 27 oktober 2004 vermeldt dat het arrest werd uitgesproken door kamervoorzitter L. Michiels en de raadsheren S. Berghs en A. Rosiers;

3. het arrest zelf evenwel vermeldt dat het werd uitgesproken door kamervoorzitter L. Michiels en de raadsheren M. Jordens en A. Rosiers, die het ondertekenden;

Overwegende dat, krachtens artikel 780, 1° Gerechtelijk Wetboek, het vonnis op straffe van nietigheid onder meer de namen van de rechters bevat die over de zaak geoordeeld hebben en dat krachtens artikel 782 Gerechtelijk Wetboek het vonnis ondertekend wordt door de rechters die het hebben uitgesproken; dat het derhalve op grond van het proces-verbaal van de terechtzitting van 13 mei 2004 en van de vermeldingen van het bestreden arrest vaststaat dat het is geweest door dezelfde rechters die de zaak hebben behandeld en erover hebben geoordeeld; dat daaraan niet afdoet dat het proces-verbaal van de terechtzitting waarop het arrest werd uitgesproken, een andere samenstelling van het rechtscollege vermeldt;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

2. Tweede middel

Overwegende dat het middel aanvoert dat de redenen van het arrest dubbelzinnig zijn omdat uit het arrest niet blijkt of de schade is ontstaan door de heling dan wel door de daaropvolgende verkoop en dat in dit laatste geval de beslissing niet naar recht is verantwoord omdat de verkoop vreemd is aan de heling maar een fout uitmaakt waarvoor eiser niet vervolgd werd, zodat de strafrechter niet bevoegd was daarover te oordelen;

Overwegende dat wanneer iemand een misdrijf én een daaropvolgende fout heeft gepleegd en wanneer dit misdrijf én die fout samen de schade hebben veroorzaakt, dan volstaat het misdrijf als grondslag voor de veroordeling tot vergoeding van de volledige schade;

Overwegende dat de appèlrechters oordelen dat vaststaat dat de schade is veroorzaakt én door de heling én door het verder verkopen van de gestolen auto;

Dat zij aldus wettig vermochten eiser te veroordelen tot schadevergoeding;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

B. Ambtshalve onderzoek van de beslissing op de strafvordering

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

OM DIE REDENEN,

HET HOF,

Verwerpt het cassatieberoep;

Veroordeelt eiser in de kosten.

5 april 2005 - 2° kamer – *Voorzitter*: de h. Forrier, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Huybrechts – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. Duinslaeger, advocaat-generaal – *Advocaat*: mr. Wouters.

Nr. 197

2° KAMER - 5 april 2005

WEGVERKEER — WEGVERKEERSREGLEMENT VAN 01-12-1975 —

REGLEMENTSBEPALINGEN — ART. 8 — ART. 8.4 - GEBUIK VAN EEN DRAAGBARE TELEFOON IN EEN VOERTUIG - STILSTAAN EN PARKEREN - BETEKENIS EN INHOUD.

De woorden "stilstaan" en "parkeren" in artikel 8.4 Wegverkeersreglement, dat bepaalt dat, behalve wanneer zijn voertuig stilstaat of parkeert, de bestuurder geen gebruik mag maken van een draagbare telefoon die hij in de hand houdt, hebben dezelfde betekenis en inhoud als deze die de artikelen 2.22, 2.23, 23 en 24 Wegverkeersreglement eraan geven.

(D.)

ARREST

(A.R. P.04.1681.N)

I. Bestreden beslissing

Het cassatieberoep is gericht tegen het vonnis, op 24 november 2004 in hoger beroep gewezen door de Correctionele Rechtbank te Mechelen.

II. Rechtspleging voor het Hof

Afdelingsvoorzitter Edward Forrier heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Patrick Duinslaeger heeft geconcludeerd.

III. Cassatiemiddelen

Eiser stelt in een memorie twee middelen voor. Die memorie is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

IV. Beslissing van het Hof

A. Onderzoek van de beide middelen

Overwegende dat, krachtens artikel 8.4 Wegverkeerreglement de bestuurder geen gebruik mag maken van een draagbare telefoon die hij in de hand houdt, behalve wanneer zijn voertuig stilstaat of geparkeerd is;

Dat in die bepaling "stilstaan" en "parkeren" dezelfde betekenis en inhoud hebben als deze die de artikelen 2.22, 2.23, 23 en 24 Wegverkeerreglement eraan geven;

Overwegende dat de appèlrechters in hun beslissing verwijzen naar artikel 23.1.2° Wegverkeerreglement en oordelen dat eiser niet stilstond noch parkeerde;

Dat zij aldus aan artikel 8.4 Wegverkeerreglement geen voorwaarde toevoegen die dit artikel niet bevat en de artikelen 2, 2.22 en 2.23 Wegverkeerreglement niet schenden;

Dat de middelen niet kunnen worden aangenomen;

B. Ambtshalve onderzoek van de beslissing op de strafvordering

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

OM DIE REDENEN,

HET HOF,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt eiser in de kosten.

5 april 2005 - 2° kamer – *Voorzitter en Verslaggever*: de h. Forrier, afdelingsvoorzitter – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. Duinslaeger, advocaat-generaal – *Advocaat*: mr. T. Dillen, Turnhout.

Nr. 198

2° KAMER - 5 april 2005

1° ONTVOERING VAN EEN KIND - ONTTREKKEN, MEER DAN VIJF DAGEN VERBORGEN HOUDEN OF ONRECHTMATIG VASTHOUDEN BUITEN HET GRONDGEBIED VAN HET RIJK VAN EEN KIND - AARD VAN HET MISDRIJF.

2° MISDRIJF — SOORTEN — AFLOPEND. VOORTGEZET. VOORTDUREND MISDRIJF - VOORTDUREND MISDRIJF - ONTTREKKEN, MEER DAN VIJF DAGEN VERBORGEN HOUDEN OF ONRECHTMATIG VASTHOUDEN BUITEN HET GRONDGEBIED VAN HET RIJK VAN EEN KIND.

3° ONTVOERING VAN EEN KIND - NIET-AFGEVEN VAN EEN KIND - AARD VAN HET MISDRIJF.

4° MISDRIJF — SOORTEN — AFLOPEND. VOORTGEZET. VOORTDUREND MISDRIJF - AFLOPEND MISDRIJF - NIET-AFGEVEN VAN EEN KIND.

5° MISDRIJF — SOORTEN — AFLOPEND. VOORTGEZET. VOORTDUREND MISDRIJF -

VOORTGEZET MISDRIJF - NIET-AFGEVEN VAN EEN KIND - HERHAALDE HANDELINGEN DOOR DE DADER.

6° WETTEN. DECRETEN. ORDONNANTIES. BESLUITEN — WERKING IN DE TIJD EN IN DE RUIMTE - WERKING IN DE TIJD - VOORTDUREND MISDRIJF - WIJZIGING VAN DE WET TIJDENS DE UITVOERING VAN HET MISDRIJF - GEVOLG.

7° MISDRIJF — SOORTEN — AFLOPEND. VOORTGEZET. VOORTDUREND MISDRIJF - VOORTDUREND MISDRIJF - WERKING VAN DE WET IN DE TIJD - MISDRIJF BEGONNEN ONDER ÉÉN WET EN VOORTGEZET ONDER EEN NIEUWE - GEVOLG.

1°, 2°, 3°, 4° en 5° *Uit de bewoordingen van artikel 369bis (oud) en artikel 432, §2 en §3 (nieuw) Strafwetboek volgt dat het onttrekken, het meer dan vijf dagen verborgen houden of het onrechtmatig vasthouden van het kind buiten het grondgebied van het Rijk, misdrijven zijn die voortduren zolang de dader het kind onttrekt, verborgen houdt of onrechtmatig vasthoudt, terwijl het niet-afgeven van het kind een aflopend misdrijf is, dat evenwel door de dader door herhaalde handelingen kan worden voortgezet¹. (Artt. 369bis, oud en 432, nieuw Sw.)*

6° en 7° *Wanneer een voortdurend misdrijf is begonnen onder de gelding van één wet en wordt voortgezet onder een nieuwe wet die strenger is dan de vorige, is die nieuwe strengere strafwet toepasselijk, wanneer alle constitutieve bestanddelen van het misdrijf aanwezig zijn op het ogenblik dat de nieuwe wet van kracht wordt².*

(M. T. V. e.a.)

ARREST

(A.R. P.05.0206.N)

I. Bestreden beslissing

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest, op 10 januari 2005 in eerste en laatste aanleg gewezen door het Hof van Beroep te Antwerpen, eerste kamer.

II. Rechtspleging voor het Hof

Raadsheer Jean-Pierre Frère heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Patrick Duinslaeger heeft geconcludeerd.

III. Cassatiemiddelen

Eiser stelt in een memorie zes middelen voor. Die memorie is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

IV. Beslissing van het Hof

A. Onderzoek van de middelen

1 Zie Cass., 25 juli 1990, A.R. 8455, nr. 641; B. DE SMET, "Niet-afgifte van kinderen", *Comm. Straf.*, nr. 28; J. DE PEUTER, "De artikelen 360bis en 369bis Strafwetboek", *Strafrecht voor rechtspractici*, p. 37, nr. 5; C. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *Belgisch Strafrecht*, Deel II, p. 322, nr. 618.

2 Cass., 24 sept. 1974, *Arr. Cass.* 1975, 100; C. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *Belgisch Strafrecht*, Deel II, p. 323, nr. 621; L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch Strafrecht*, p. 200, nr. 320. Hetzelfde geldt overigens ook wanneer twee opeenvolgende gelijkaardige misdrijven één enkele strafbare gedraging opleveren en derhalve tot één enkele straf aanleiding geven, maar in de tijd tussen het plegen van de twee misdrijven de wet die de straf bepaalt, gewijzigd werd. Ook in dit geval moet de bij de nieuwe wet gestelde straf worden toegepast, ook al was de ten tijde van het eerste misdrijf geldende straf minder zwaar dan die gesteld ten tijde van het tweede misdrijf: Cass., 27 jan. 1943, *Pas.* 1943, I, 32; 17 mei 1983, A.R. 7915, nr. 513.

Overwegende dat het arrest eiser tot straf en tot betaling van schadevergoeding aan de verweerders veroordeelt wegens de feiten omschreven als:

"te Beerse, alwaar het hoederecht diende uitgeoefend te worden, van 7 september 2000 tot 1 oktober 2002: (...) als vader het (...) minderjarig kind onttrokken te hebben of gepoogd te hebben het te onttrekken aan de bewaring van hen aan wie het krachtens [een rechterlijke] beslissing is toevertrouwd, het niet afgegeven te hebben aan diegenen die het recht hebben het op te eisen, of die het, zelfs met zijn toestemming, heeft ontvoerd of heeft doen ontvoeren, deze feiten tot 27 maart 2001 strafbaar gesteld zijnde bij het toenmalige artikel 369bis, eerste en voorlaatste alinea van het Strafwetboek en ingevolge de artikelen 31 en 51 van de wet van 28 november 2000 betreffende de strafrechtelijke bescherming van minderjarigen (Belgisch Staatsblad van 17 maart 2001, tweede uitgave), sedert 27 maart 2001 en thans zwaarder strafbaar gesteld zijnde door het huidige artikel 432, §2 en §3 van het Strafwetboek, de schuldige het voornoemd kind meer dan vijf dagen verborgen hebbende voor diegenen die het recht hebben het op te eisen of het onrechtmatig buiten het grondgebied van het Koninkrijk vastgehouden hebbende (...);"

1. Eerste middel

Overwegende dat zowel artikel 369bis (oud) Strafwetboek, waarvan de tekst nagenoeg ongewijzigd is opgenomen in het artikel 432 (nieuw) Strafwetboek, als dit laatste artikel, strafbaar stellen het wetens en willens miskennen door een ouder van een uitvoerbare rechterlijke beslissing over het omgangsrecht van een kind, door het onttrekken of niet-afgeven van het kind aan de persoon aan wie het is toevertrouwd of die een omgangsrecht kan uitoefenen;

Overwegende dat uit de bewoordingen van artikel 369bis (oud) en artikel 432, §2 en §3, (nieuw) Strafwetboek volgt dat onder meer zowel het onttrekken, als het meer dan vijf dagen verborgen houden of het onrechtmatig vasthouden van het kind buiten het grondgebied van het Rijk, misdrijven zijn die voortduren zolang de dader het kind onttrekt, verborgen houdt of onrechtmatig vasthoudt;

Dat het middel faalt naar recht;

2. Tweede middel, derde middel en zesde middel

Overwegende dat uit het antwoord op het eerste middel volgt dat de middelen, in zoverre die ervan uitgaan dat de onttrekking van minderjarigen een aflopend misdrijf is, falen naar recht;

Overwegende voor het overige dat wanneer een voortdurend misdrijf is begonnen onder de gelding van één wet en wordt voortgezet onder een nieuwe wet die strenger is dan de vorige, die strengere strafwet toepasselijk is wanneer alle constitutieve bestanddelen van het misdrijf aanwezig zijn op het ogenblik dat de nieuwe wet van kracht wordt;

Overwegende dat artikel 432 (nieuw) Strafwetboek dat in werking is getreden op 27 maart 2001, dit is in de loop van de geïncrimineerde periode, bijkomend bepaalde modaliteiten van het niet-afgeven van kinderen, als afzonderlijke misdrijven strafbaar stelt, inzonderheid het verborgen-houden of onrechtmatig-vasthouden van minderjarige kinderen;

Overwegende dat de rechters zeggen dat "de wederrechtelijke handelwijze van (eiser) erin bestaat dat hij zich in de periode der tenlastelegging obstinaat is blijven verzetten tegen de uitvoering van de in de heromschreven telastlegging vermelde rechterlijke beslissingen en hij, door het achtereenvolgens te hebben verborgen, meegenomen naar het buitenland en geweigerd te hebben om hun verblijfplaats aldaar kenbaar te maken, het minderjarig kind aan haar moeder heeft onttrokken en onrechtmatig buiten het grondgebied van het Koninkrijk, namelijk in Bahrein, heeft vastgehouden";

Overwegende dat de rechters, op grond van die redenen, eiser wettig vermogen te veroordelen met toepassing van artikel 432, §2 en §3, (nieuw) Strafwetboek;

Dat de middelen niet kunnen worden aangenomen;

3. Vierde middel

Overwegende dat uit de bewoordingen van artikel 369bis (oud) en artikel 432, §2 en §3 (nieuw) Strafwetboek volgt dat het onttrekken, het meer dan vijf dagen verborgen houden of het onrechtmatig vasthouden van het kind buiten het grondgebied van het Rijk, misdrijven zijn die voortduren zolang de dader het kind onttrekt, verborgen houdt of onrechtmatig vasthoudt, terwijl het niet-afgeven van het kind een aflopend misdrijf is, dat evenwel door de adder door herhaalde handelingen kan worden voortgezet;

Overwegende dat de rechters, ongeacht het gebruik van het woord "voortdurend misdrijf" de verscheidene misdrijven waaraan ze eiser schuldig achten als opeenvolgende of voortgezette misdrijven beschouwen;

Dat er derhalve geen tegenstrijdigheid bestaat tussen dit oordeel en de beslissing om bij toepassing van artikel 65 Strafwetboek voor deze feiten slechts een straf op te leggen, namelijk de zwaarste;

Dat het middel feitelijke grondslag mist;

4. Vijfde middel

Overwegende dat het verstekarrest van 17 juni 2003 eiser veroordeelt tot het betalen van moratoire intrest op de aan de verweerders als schadevergoeding toegekende bedragen, van 17 juni 2003 tot aan de betaling;

Overwegende dat het op het verzet van eiser gewezen arrest, alle aan de verweerders als schadevergoeding toegekende bedragen vermindert en eiser veroordeelt tot het betalen daarop van vergoedende intrest vanaf 20 september 2001 tot op de datum van het arrest;

Overwegende dat het middel niet preciseert hoe of waardoor die beslissing de toestand van eiser op verzet, verzwaart;

Dat het middel bij gebrek aan nauwkeurigheid niet ontvankelijk is;

B. Ambtshalve onderzoek van de beslissing op de strafvordering

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

OM DIE REDENEN,

HET HOF,

Verwerpt het cassatieberoep
 Veroordeelt eiser in de kosten.

5 april 2005 - 2° kamer – *Voorzitter*: de h. Forrier, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Frère – *Gelijklopende conclusie* van de h. Duinslaeger, advocaat-generaal – *Advocaat*: mr. J. Vermassen, Dendermonde.

Nr. 199

2° KAMER - 5 april 2005

VERWIJZING VAN EEN RECHTBANK NAAR EEN ANDERE – STRAFZAKEN –

VERZOEK TOT VERWIJZING WEGENS GEWETTIGDE VERDENKING – GERECHTELIJK ONDERZOEK – MISDRIJF TEN LASTE GELEGD AAN DE ZOON VAN EEN RECHTER – ONDERZOEKSRECHTER DIE DEEL UITMAAKT VAN HETZELFDE RECHTSCOLLEGE – REDENEN DIE NIET UITSLUITEND DE PERSOON VAN DE ONDERZOEKSRECHTER MAAR HET HELE RECHTSCOLLEGE BETREFFEN - ONTVANKELIJKHEID.

Niet kennelijk onontvankelijk is het verzoek tot verwijzing van een rechtbank naar een andere wegens gewettigde verdenking, wanneer een onderzoeksrechter gelast is met het onderzoek naar een misdrijf, waarvan de inverdenkinggestelde de zoon is van een rechter bij het rechtscollege waarvan die onderzoeksrechter deel uitmaakt en de redenen van het verzoek niet uitsluitend de persoon van de onderzoeksrechter maar de gehele rechtbank betreffen, omdat de betrekkingen die bestaan tussen de magistraten van dit rechtscollege van die aard zijn dat zij gewettigde verdenking kunnen doen ontstaan ten aanzien van de strikte onafhankelijkheid en onpartijdigheid van alle rechters van dat rechtscollege, die de zaak dienen te behandelen¹. (Art. 542 Sv.)

(Procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Brussel T. X.)

ARREST

(A.R. P.05.0435.N)

I. Voorwerp van het verzoek

Het verzoek beoogt de onttrekking wegens gewettigde verdenking van de zaken nr. 102/2002 van onderzoeksrechter P. D. C. en nr. 2057/2004 van onderzoeksrechter T. F. bij de Rechtbank van Eerste Aanleg te Y.

II. Rechtspleging voor het Hof

Raadsheer Luc Van hoogenbemt heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Patrick Duinslaeger heeft geconcludeerd.

III. Redenen van het verzoek

Eiser heeft op 30 maart 2005 ter griffie van het Hof een verzoekschrift neergelegd met vermelding van de redenen voor het verzoek tot verwijzing van de zaak wegens gewettigde verdenking. Dit verzoekschrift is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

IV. Beslissing van het Hof

¹ Zie Cass., 25 juni 2003, A.R. P.03.0771.F, nr. 379; R. DECLERCQ, *Beginnelsen van Strafrechtspleging*, 3de Ed., 2003, p. 1333, nr. 3080.

Overwegende dat het verzoek regelmatig werd aanhangig gemaakt;

Overwegende dat de verdachte de zoon van een ondervoorzitter in de Rechtbank van Eerste Aanleg te Y is;

Dat verzoeker van oordeel is dat de betrekkingen die bestaan tussen de magistraten van éénzelfde rechtscollège, van die aard zijn dat zij gewettigde verdenking kunnen doen ontstaan ten aanzien van de strikte onafhankelijkheid en onpartijdigheid van alle rechters van dat gerecht;

Overwegende dat het verzoek om de redenen erin uiteengezet kennelijk niet onontvankelijk is, zodat het Hof behoort te handelen overeenkomstig artikel 545, tweede lid Wetboek van Strafvordering;

OM DIE REDENEN,

HET HOF,

Gelet op de artikelen 542 tot 552 Wetboek van Strafvordering;

Beveelt dat dit arrest met eraan gehecht verzoekschrift en bijgevoegde stukken worden medegedeeld:

- aan de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Y, teneinde binnen de maand van dit arrest en na overleg met de leden van het vermelde gerecht, de in artikel 545, tweede lid, 1^o Wetboek van Strafvordering voorgeschreven verklaring onderaan de uitgifte van dit arrest op te stellen;

- binnen de acht dagen aan M. B., met de vermelding dat zijn conclusies ter griffie van het Hof dienen neergelegd te worden binnen de maand na datum van dit arrest en de zaak voor verschijning gesteld wordt op de zitting van 17 mei 2005, te 9 uur 30, van deze kamer van het Hof;

Zegt dat op de terechtzitting van 17 mei 2005 raadsheer Luc Van hoogenbemt verslag zal uitbrengen;

Houdt de kosten aan.

5 april 2005 - 2^o kamer – *Voorzitter*: de h. Forrier, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Van hoogenbemt – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. Duinslaeger, advocaat-generaal.

Nr. 200

2^o KAMER - 5 april 2005

CASSATIE — BEVOEGDHEID VAN HET HOF — ALGEMEEN - ARREST VAN HET HOF - VERZOEK TOT UITLEGGING OF VERBETERING - VERZOEK DAT EEN NIEUWE BEOORDELING OP GROND VAN EEN NIEUW RECHTSMIDDEL BEOOGT - ONTVANKELIJKHEID.

Niet ontvankelijk is het verzoek tot uitlegging of verbetering van een eerder arrest van het Hof, dat in werkelijkheid opkomt tegen het oordeel van het Hof en een nieuw oordeel op basis van een nieuw rechtsmiddel beoogt. (Artt. 793 en 794 Ger.W.)

ARREST

(A.R. P.05.0441.N)

I. Uitspraak waarvan de uitlegging of verbetering wordt gevraagd

Het verzoek heeft betrekking op het arrest, door het Hof gewezen op 26 oktober 2004 inzake C.J.R. en D.R.D.M.H.

II. Rechtspleging voor het Hof

Raadsheer Luc Van hoogenbemt heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Patrick Duinslaeger heeft geconcludeerd.

III. Dagvaarding

De eiser voert in een dagvaarding zijn argumenten aan. Die dagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

IV. Beslissing van het Hof

Overwegende dat de eiser verzoekt het arrest van het Hof van 26 oktober 2004 uit te leggen of te verbeteren omdat "de beslissing van het Hof van Cassatie en de daarmee gepaard gaande en onafscheidelijk ermee verbonden overwegingen onduidelijk, duister of dubbelzinnig voorkomen" in het licht van het nadien tussengekomen arrest, gewezen door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens op 9 december 2004 in zake Van Rossem / België;

Overwegende dat het verzoek tot uitlegging of verbetering in werkelijkheid opkomt tegen het oordeel van het Hof, vervat in het arrest van 26 oktober 2004, en een nieuw oordeel op basis van een nieuw rechtsmiddel beoogt;

Dat het verzoek niet ontvankelijk is;

OM DIE REDENEN,

HET HOF,

Verwerpt het verzoek;

Veroordeelt de eiser tot de kosten.

5 april 2005 - 2^o kamer – *Voorzitter*: de h. Forrier, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Frère – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. Duinslaeger, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. B. Coopman, Brussel en H. Diependaele, Brussel.

Nr. 201

2^o KAMER - 6 april 2005

1^o WETTEN. DECRETEN. ORDONNANTIES. BESLUITEN — WERKING IN DE TIJD EN IN DE RUIMTE - STRAF - GELDBOETE EN OPDECIEMEN - WET VAN 26 JUNI 2000 BETREFFENDE DE INVOERING VAN DE EURO - MISDRIJF GEPLEEGD VÓÓR 1 JANUARI 2002 - GELDBOETE OPGELEGD NA 1 JANUARI 2002 - TOEPASSING VAN EEN DELER DIE LAGER IS DAN DE WETTELIJKE OMREKENINGSKOERS VAN DE NIEUWE MUNT — GEVOLG.

2^o STRAF — GELDBOETE EN OPDECIEMEN - INVOERING VAN DE EURO - MISDRIJF GEPLEEGD VÓÓR 1 JANUARI 2002 - GELDBOETE OPGELEGD NA 1 JANUARI 2002 - TOEPASSING

VAN EEN DELER DIE LAGER IS DAN DE WETTELIJKE OMREKENINGSKOERS VAN DE NIEUWE MUNT — GEVOLG.

3° RECHTEN VAN DE MENS — VERDRAG RECHTEN VAN DE MENS —

ART. 7 — ART. 7.1 - RECHT OP NIET-VEROORDELING TOT EEN ZWAARDERE BOETE DAN DIE WELKE VAN TOEPASSING IS OP HET OGENBLIK WAAROP HET MISDRIJF IS GEPLEEGD - GELDBOETE EN OPDECIEMEN - INVOERING VAN DE EURO - MISDRIJF GEPLEEGD VÓÓR 1 JANUARI 2002 - GELDBOETE OPGELEGD NA 1 JANUARI 2002 - TOEPASSING VAN EEN DELER DIE LAGER IS DAN DE WETTELIJKE OMREKENINGSKOERS VAN DE NIEUWE MUNT — GEVOLG.

4° RECHTEN VAN DE MENS — INTERNATIONAAL VERDRAG

BURGERRECHTEN EN POLITIEKE RECHTEN — ART. 15 — ART. 15.1 - RECHT OP NIET-VEROORDELING TOT EEN ZWAARDERE STRAF DAN WELKE VAN TOEPASSING IS OP HET OGENBLIK WAAROP HET MISDRIJF IS GEPLEEGD - GELDBOETE EN OPDECIEMEN - INVOERING VAN DE EURO - MISDRIJF GEPLEEGD VÓÓR 1 JANUARI 2002 - GELDBOETE OPGELEGD NA 1 JANUARI 2002 - TOEPASSING VAN EEN DELER DIE LAGER IS DAN DE WETTELIJKE OMREKENINGSKOERS VAN DE NIEUWE MUNT — GEVOLG.

1°, 2°, 3° en 4° *De geldboete die verbonden is aan een misdrijf dat gepleegd is vóór de inwerkingtreding, op 1 januari 2002, van de Wet 26 juni 2000 betreffende de invoering van de euro in de wetgeving die betrekking heeft op aangelegenheden als bedoeld in artikel 78 van de Grondwet, maar opgelegd wordt na de inwerkingtreding ervan, moet worden verhoogd overeenkomstig de oude wet die gunstiger is, waarbij het bedrag in Belgische frank wordt omgezet in euro door het te delen door 40,3399¹; de toepassing, ter bestraffing van misdrijven gepleegd vóór de inwerkingtreding van voormelde wet van 26 juni 2000, van een deler die lager is dan de wettelijke omrekeningskoers van de nieuwe munt heeft tot gevolg dat het bedrag van de geldboeten op het hogere tiental wordt afgerond en, bijgevolg, dat zwaardere straffen worden opgelegd dan deze bepaald bij de van kracht zijnde wet op het ogenblik waarop de bewezen verklaarde feiten werden gepleegd.* (Art. 2, tweede lid Sw.; Art. 7.1 E.V.R.M.; Art. 15.1 I.V.B.P.R.; Artt. 2, 3 en 4 Wet 1 januari 2002)

(P. T. F.)

ARREST (vertaling)

(A.R. P.04.1697.F)

I. Bestreden beslissing

Het cassatieberoep is gericht tegen een alle bepalingen van een vonnis, dat op 10 november 2004 in hoger beroep is gewezen door de Correctionele Rechtbank te Neufchâteau.

II. Rechtspleging voor het Hof

Raadsheer Jean de Codt heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Raymond Loop heeft geconcludeerd.

III. Beslissing van het Hof

A. In zoverre het cassatieberoep is gericht tegen de beslissing op de strafverdering wegens overtreding van artikel 10.1.1° van het Wegverkeersreglement:

Overwegende dat de appèlrechters eiser van die telastlegging hebben vrijgesproken;

Dat het cassatieberoep bij gebrek aan belang niet ontvankelijk is;

B. In zoverre het cassatieberoep is gericht tegen de beslissingen op de strafvordering wegens de overige telastleggingen:

Over het ambtshalve aangevoerde middel afgeleid uit de schending van de artikelen 7.1 van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, 15.1 van het Internationaal verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten, en 2, tweede lid van het Strafwetboek:

Overwegende dat het bestreden vonnis, nadat het heeft vastgesteld dat de feiten die aan eiser worden verweten op 27 december 2001 zijn gepleegd, deze, enerzijds, voor vluchtmisdrijf en overtreding van artikel 52.2 van het Wegverkeersreglement veroordeelt, tot een geldboete van vijf euro vermeerderd met duizendnegenhonderdnegentig opdecimen, m.a.w. duizend euro of een maand vervangende gevangenisstraf, en, anderzijds, voor overtreding van de artikelen 8.3, tweede lid en 10.1.3° van voormeld wetboek, tot een geldboete van één euro op dezelfde manier vermeerderd tot tweehonderd euro of twee dagen vervangende gevangenisstraf;

Overwegende dat de artikelen 2, 3 en 4 van de wet van 26 juni 2000 betreffende de invoering van de euro in de wetgeving die betrekking heeft op aangelegenheden als bedoeld in artikel 78 van de Grondwet, in werking zijn getreden op 1 januari 2002; dat deze wet geen enkele bepaling van overgangsrecht bevat; dat, aangezien de straf van de geldboete die met toepassing van de artikelen 2 en 3 wordt verhoogd, zwaarder is dan dezelfde straf die met toepassing van de artikelen 1 en 2 van de programmawet van 24 december 1993 wordt met de opdecimen verhoogd, dient de geldboete die verbonden is aan een misdrijf dat vóór de inwerkingtreding van de voormelde wet van 26 juni 2000 is gepleegd maar na de inwerkingtreding ervan is opgelegd, volgens de wettelijke bepalingen en verdragsbepalingen die in het middel worden bedoeld, worden verhoogd overeenkomstig de oude wet die gunstiger is, waarbij het bedrag van de boete op grond van de deler 40,3399 in euro wordt omgezet;

Overwegende dat de appèlrechters in de plaats van de geldboete in frank te bepalen en vervolgens in euro om te zetten door deze te delen door 40,3399, de opdecimen van de oude wet hebben toegepast op bedragen die het resultaat zijn van een deling door veertig;

Dat de toepassing, ter bestraffing van misdrijven gepleegd vóór de inwerkingtreding van voormelde wet van 26 juni 2000, van een deler die lager is dan de wettelijke omrekeningskoers van de nieuwe munt tot gevolg heeft dat het bedrag van de geldboeten op het hogere tiental wordt afgerond en, bijgevolg, dat zwaardere straffen worden opgelegd dan deze bepaald bij de van kracht zijnde wet op het ogenblik waarop de bewezen verklaarde feiten werden gepleegd;

En overwegende, voor het overige, dat de substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven rechtsvormen in acht zijn genomen en de beslissing overeenkomstig de wet is geweest; dat, aangezien de schuldigverklaring zelf niet wordt vernietigd, de vernietiging wordt beperkt tot de uitgesproken straffen;

C. In zoverre het cassatieberoep is gericht tegen de beslissing op de burgerlijke rechtsvordering:

Overwegende dat eiser geen enkel middel opwerpt;

OM DIE REDENEN,

HET HOF

Vernietigt het bestreden vonnis in zoverre het zich uitspreekt over het geheel van de straffen opgelegd voor de telastleggingen A, B, D en E, en over de bedrage aan het Bijzonder fonds tot hulp aan de slachtoffers van opzettelijke gewelddaden;

Verwerpt het cassatieberoep voor het overige;

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het gedeeltelijk vernietigde vonnis;

Veroordeelt eiser in de drie vierden van de kosten van zijn cassatieberoep en laat het overige ten laste van de Staat;

Verwijst de aldus beperkte zaak naar de Correctionele Rechtbank van Marche-en-Famenne, zitting houdende in hoger beroep.

6 april 2005 - 2° kamer – *Voorzitter*: de h. Fischer, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. de Codt – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. Loop, advocaat-generaal.

Nr. 202

2° KAMER - 6 april 2005

WEGVERKEER — WEGVERKEERSWET — WETSBEPALINGEN — ART. 35 - RIJDEN IN STAAT VAN DRONKENSCHAP - MISDRIJF GEPLEEGD VÓÓR 1 MAART 2004 - VEROORDELING - STRAFFEN BEPAALD IN DE WET VAN 7 FEBRUARI 2003 — WETTIGHEID.

Aangezien het Arbitragehof voor recht heeft gezegd dat de artt. 29, §1, 35 en 38, §4, vierde lid Wegverkeerswet, zoals gewijzigd bij W. 7 feb. 2003, de artt. 10 en 11 van de Grondwet¹ schenden in zoverre zij van toepassing zijn op vóór 1 maart 2004 gepleegde misdrijven, is de toepassing onwettig van W. 7 feb. 2003 houdende verschillende bepalingen inzake verkeersveiligheid op de overtredingen van de artt. 34, §2, 1° en 35 van de voormelde gecoördineerde wetten en op het Wegverkeersreglement, die vóór 1 maart 2004 zijn gepleegd, evenals de veroordeling van de beklaagde tot de straffen die in de nieuwe artt. 35 en 38, §4, vierde lid van diezelfde gecoördineerde wetten zijn bepaald. (Artt. 35 en 38, §4 Wegverkeerswet)

(V.)

ARREST (vertaling)

(A.R. P.04.1714.F)

I. Bestreden beslissing

Het cassatieberoep is gericht tegen een vonnis, dat op 12 november 2004 in hoger beroep is gewezen door de Correctionele Rechtbank te Hoei.

¹ A.H., 23 feb. 2005, nr. 45/2005, B.S. 8 april 2005, 2de uitg., 14825, J.L.M.B. 2005, 505 met noot get. SYLVIE DERRE.

II. Rechtspleging voor het Hof

Raadshoer Frédéric Close heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Raymond Loop heeft geconcludeerd.

III. Beslissing van het Hof

Over het ambtshalve aangevoerde middel afgeleid uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet:

Overwegende dat het Arbitragehof bij arrest nummer 45/2005 van 23 februari 2005, voor recht heeft gezegd dat "de artikelen 29, §1, 35 en 38, §4, vierde lid van de wetten betreffende de politie over het wegverkeer, gecoördineerd bij het koninklijk besluit van 16 maart 1968, zoals gewijzigd bij de wet van 7 februari 2003, in zoverre zij van toepassing zijn op vóór 1 maart 2004 gepleegde misdrijven, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schenden";

Overwegende dat de appèlrechters de wet van 7 februari 2003 houdende verschillende bepalingen inzake verkeersveiligheid hebben toegepast op de overtredingen van de artikelen 34, §2, 1° en 35 van de voormelde gecoördineerde wetten en op het Wegverkeersreglement, die vóór 1 maart 2004 zijn gepleegd en beklaagde veroordelen tot de straffen die in de nieuwe artikelen 35 en 38, §4, vierde lid van diezelfde gecoördineerde wetten zijn bepaald;

Dat die onwettigheid, die alleen het geheel van de straf aantast en de bijdrage aan het Bijzonder fonds tot hulp aan slachtoffers van opzettelijke gewelddaden, geen invloed heeft op de schuldverklaringen;

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

OM DIE REDENEN,

HET HOF

Vernietigt het bestreden arrest in zoverre het uitspraak doet over het geheel van de straf en de bijdrage aan het Bijzonder fonds tot hulp van slachtoffers van opzettelijke gewelddaden;

Verwerpt het cassatieberoep voor het overige;

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het gedeeltelijk vernietigde vonnis;

Veroordeelt eiser in de helft van de kosten van zijn cassatieberoep en laat de andere helft ten laste van de Staat;

Verwijst de aldus beperkte zaak naar de Correctionele Rechtbank te Luik, zitting houdende in hoger beroep.

6 april 2005 - 2° kamer – *Voorzitter*: de h. Fischer, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Close – *Gelijklopende conclusie* van de h. Loop, advocaat-generaal.

Nr. 203

2° KAMER - 6 april 2005

WEGVERKEER — WEGVERKEERSWET — WETSBEPALINGEN — ART. 35 - RIJDEN IN
STAAT VAN DRONKENSCHAP - MISDRIJF GEPLEEGD VÓÓR 1 MAART 2004 - VEROORDELING -
STRAFFEN BEPAALD IN DE WET VAN 7 FEBRUARI 2003 — WETTIGHEID.

Aangezien het Arbitragehof voor recht heeft gezegd dat de artt. 29, §1, 35 en 38, §4, vierde lid Wegverkeerswet, zoals gewijzigd bij wet van 7 feb. 2003, de artt. 10 en 11 van de Grondwet¹ schenden in zoverre zij van toepassing zijn op vóór 1 maart 2004 gepleegde misdrijven, is de toepassing onwettig van de W. 7 feb. 2003 houdende verschillende bepalingen inzake verkeersveiligheid op de overtredingen van de artt. 34, §2, 1° en 35 van de voormelde gecoördineerde wetten en op het Wegverkeersreglement, die vóór 1 maart 2004 zijn gepleegd, evenals de veroordeling van de beklaagde tot de straffen die in de nieuwe artt. 35 en 38, §4, vierde lid van diezelfde gecoördineerde wetten zijn bepaald². (Artt. 35 en 38, §4 Wegverkeerswet)

(C.)

ARREST (vertaling)

(A.R. P.05.0003.F)

I. Bestreden beslissing

Het cassatieberoep is gericht tegen een vonnis, op 12 november 2004 in hoger beroep gewezen door de Correctionele Rechtbank te Doornik.

II. Rechtspleging voor het Hof

Raadsheer Paul Mathieu heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Raymond Loop heeft geconcludeerd.

III. Cassatiemiddelen

Eiseres voert een middel aan in een memorie, waarvan een voor eensluidend verklaard afschrift aan dit arrest is gehecht.

IV. Beslissing van het Hof

Over het middel:

Overwegende dat het middel met name betoogt dat het bestreden vonnis de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt;

Overwegende dat voormeld vonnis de telastleggingen bewezen verklaart van, op 23 april 2002, de artikelen 34, §2, 1° en 35 van de Wegverkeerswet te hebben overtreden;

Dat het vonnis, krachtens artikel 2, tweede lid van het Strafwetboek, de wet van 7 februari 2003 houdende verschillende bepalingen inzake verkeersveiligheid toepast, die op 1 maart 2004 in werking is getreden, en eiseres voor de twee bewezen verklaarde telastleggingen, tot een geldboete van 200 euro veroordeelt, gebracht op 1000 euro, of een vervangende straf van vervallenverklaring van het recht een motorvoertuig te besturen voor een duur van 30 dagen, en tegen haar

1 A.H., 23 feb. 2005, nr. 45/2005, B.S. 8 april 2005, 2de uitg., 14825, J.L.M.B. 2005, 505 met noot get. SYLVIE DERRE.

2 Cass., 6 april 2005, A.R. P.04.1714.F, hiervoor.

een vervallenverklaring van het recht een motorvoertuig te besturen uitspreekt voor de duur van een maand, waarbij het herstel van het recht tot sturen afhankelijk wordt gemaakt van het slagen voor een geneeskundig en psychologisch onderzoek;

Overwegende dat het Arbitragehof bij arrest nummer 45/2005 van 23 februari 2005 voor recht heeft gezegd dat "de artikelen 29, §1, 35 en 38, §4, vierde lid van de wetten betreffende de politie over het wegverkeer gecoördineerd bij het koninklijk besluit van 16 maart 1968, zoals gewijzigd bij de wet van 7 februari 2003, in zoverre zij van toepassing zijn op vóór 1 maart 2004 gepleegde misdrijven, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schenden";

Dat het middel in zoverre gegrond is;

Overwegende dat deze onwettigheid geen gevolgen heeft voor de schuldigerklaring van eiseres;

En overwegende dat, voor het overige, de substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven rechtsvormen in acht zijn genomen en de beslissing overeenkomstig de wet is geweest;

OM DIE REDENEN,

HET HOF

Vernietigt het bestreden vonnis behalve in zoverre het de aan eiseres ten laste gelegde feiten bewezen verklaart;

Verwerpt het cassatieberoep voor het overige;

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het gedeeltelijk vernietigde vonnis;

Veroordeelt eiseres in de helft van de kosten en laat de andere helft ten laste van de Staat;

Verwijst de aldus beperkte zaak naar de Correctionele Rechtbank te Bergen, zitting houdende in hoger beroep.

6 april 2005 - 2° kamer – *Voorzitter*: de h. Fischer, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Mathieu – *Gelijklopende conclusie* van de h. Loop, advocaat-generaal – *Advocaat*: mr. Oosterbosch.

Nr. 204

2° KAMER - 6 april 2005

1° REGELING VAN RECHTSGEBIED — STRAFZAKEN — TUSSEN

ONDERZOEKSGERECHT EN VONNISGERECHT — VERZACHTENDE OMSTANDIGHEDEN - RAADKAMER - BESCHIKKING WAARBIJ EEN MISDRIJF NAAR HET NORMAAL BEVOEGDE RECHTSCOLLEGE WORDT VERWEZEN - AANNEMING VAN VERZACHTENDE OMSTANDIGHEDEN - BESLISSING DIE DE BODEMRECHTER NIET BINDT.

2° ONDERZOEK IN STRAFZAKEN - RAADKAMER - BESCHIKKING WAARBIJ EEN

MISDRIJF NAAR HET NORMAAL BEVOEGDE RECHTSCOLLEGE WORDT VERWEZEN - AANNEMING VAN

VERZACHTENDE OMSTANDIGHEDEN - BESLISSING DIE DE BODEMRECHTER NIET BINDT.

3^o REGELING VAN RECHTSGEBIED — STRAFZAKEN — TUSSEN

ONDERZOEKSGERECHT EN VONNISGERECHT — VERZACHTENDE OMSTANDIGHEDEN - WANBEDRIJF - RAADKAMER - BESCHIKKING TOT VERWIJZING - VERMELDING VAN VERZACHTENDE OMSTANDIGHEDEN - VERWIJZING NAAR DE CORRECTIONELE RECHTBANK - CORRECTIONELE RECHTBANK - VONNIS VAN ONBEVOEGDVERKLARING — GEVOLG.

1^o en 2^o *De onderzoeksgerechten mogen de verzachtende omstandigheden alleen beoordelen met het oog op de verwijzing van een misdrijf naar een rechtscollege van een lagere rang; buiten die gevallen, blijft de verklaring van een onderzoeksgerecht dat er verzachtende omstandigheden zijn, zonder gevolg en dient het vonnisgerecht ermee geen rekening te houden*¹. (Artt. 1, 2, eerste lid en 4 Wet Verzachtende Omstandigheden)

3^o *Wanneer de correctionele rechtbank zich onbevoegd heeft verklaard om van de zaak kennis te nemen op grond dat de beschikking tot verwijzing op dusdanige wijze verzachtende omstandigheden ten gunste van de in verdenking gestelde heeft aangenomen zodat het misdrijf bedrieglijk onvermogen, dat een overtreding is geworden, die met geen enkel wanbedrijf samenhangend is, tot de bevoegdheid van de politierechtbank behoort, terwijl de raadkamer, niettegenstaande de verwijzing naar de verzachtende omstandigheden die in de vordering van het openbaar ministerie staan vermeld, niet heeft beslist dat er grond is om de gevangenisstraf en de geldboete bepaald in artikel 490bis Sw. terug te brengen tot het niveau van politiestrafen, beslist het Hof tot regeling van rechtsgebied, vernietigt het het vonnis van de correctionele rechtbank en verwijst het de zaak naar dezelfde rechtbank, anders samengesteld. (Artt. 525 e.v. Sv.)*

(PROCUREUR DES KONINGS TE BRUSSEL in zake S.)

ARREST (vertaling)

(A.R. P.05.0253.F)

I. Bestreden beslissingen

Eiser verzoekt om een regeling van rechtsgebied ingevolge:

- een beschikking die op 18 december 2003 is gewezen door de raadkamer van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel,
- een vonnis dat op 9 september 2004 is gewezen door de correctionele rechtbank van dat arrondissement.

II. Rechtspleging voor het Hof

Raadsheer Jean de Codt heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Raymond Loop heeft geconcludeerd.

III. Gronden van de vordering

In een verzoekschrift waarvan een eensluidend verklaard afschrift aan dit arrest is gehecht voert eiser het geschil over rechtsmacht aan dat voortvloeit uit een vonnis van onbevoegdverklaring *ratione materiae* na de verwijzings-beschikking.

IV. Beslissing van het Hof

Overwegende dat de raadkamer van de Rechtbank van Eerste Aanleg te

¹ Cass., 26 mei 1944, *Bull. en Pas.* 1944, I, 361; R. DECLERCQ, *R.P.D.B.*, v^o *Procédure pénale*, compl. T. IX, Bruylant, 2004, p. 555, nr. 738.

Brussel N.S., bij beschikking van 18 december 2003, naar de correctionele rechtbank heeft verwezen wegens bedrieglijk onvermogen, dit nadat zij, overeenkomstig artikel 130 van het Wetboek van Strafvordering, waarnaar voormelde beschikking verwijst, heeft verklaard dat dit misdrijf strafbaar blijkt te zijn met correctionele straffen;

Overwegende dat de Correctionele Rechtbank te Brussel, bij vonnis van 9 september 2004, zich onbevoegd heeft verklaard om van de zaak kennis te nemen op grond dat de beschikking tot verwijzing op een dusdanige wijze verzachtende omstandigheden ten gunste van de in verdenkinggestelde heeft aangenomen, zodat het misdrijf, dat een overtreding is geworden die met geen enkel ander wanbedrijf samenhangend is, tot de bevoegdheid van de politierechtbank behoort;

Overwegende dat tegen de beschikking vooralsnog geen enkel rechtsmiddel openstaat en dat het vonnis in kracht van gewijsde is gegaan; dat hun tegenstrijdigheid een geschil over rechtsmacht doet ontstaan dat de procesgang belemmert; dat er grond is tot regeling van rechtsgebied;

Overwegende dat de verklaring in de beschikking tot verwijzing volgens welke er grond is om de redenen van de vordering over te nemen "inbegrepen de verzachtende omstandigheden die erin worden vermeld", in tegenstelling tot hetgeen het in het verzoekschrift bedoelde vonnis beweert, de bevoegdheid aan de correctionele rechtbank niet heeft ontnomen;

Overwegende immers, dat de beoordeling van de verzachtende omstandigheden volgens de artikelen 1, 2, eerste lid en 4 van de wet van 4 oktober 1867 op de verzachtende omstandigheden alleen bij de onderzoeksgerechten berust, met het oog op de verwijzing van een misdrijf naar een rechtscollege van een lagere rang;

Overwegende dat buiten die gevallen, de opgave door een onderzoeksgerecht van verzachtende omstandigheden, zonder gevolg blijft en het vonnisgerecht daarmee geen rekening moet houden;

Dat de raadkamer, niettegenstaande de verwijzing naar verzachtende omstandigheden waarvan de vordering van het openbaar ministerie melding zou maken, niet heeft beslist dat er grond was om de gevangenisstraf en de geldboete die in artikel 490bis van het Strafwetboek zijn bepaald te herleiden tot het niveau van politiestrafpen;

Dat het in het verzoekschrift bedoelde vonnis door aldus te beslissen de artikelen 1 en 4 van de wet van 4 oktober 1867 schendt;

Dat de rechtbank bevoegd was om van de zaak kennis te nemen;

OM DIE REDENEN,

HET HOF

Beslissende tot regeling van rechtsgebied,

Vernietigt het vonnis van 9 september 2004 van de Correctionele Rechtbank te Brussel;

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van de

vernietigde beslissing;

Verwijst de zaak naar de Correctionele Rechtbank te Brussel, anders samengesteld.

6 april 2005 - 2° kamer – *Voorzitter*: de h. Fischer, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. de Codt – *Gelijkluidende conclusie* van de h. Loop, advocaat-generaal.

Nr. 205**2° KAMER - 6 april 2005**

UITLEVERING - EUROPEES AANHOUDINGSBEVEL - TENUITVOERLEGGING IN BELGIË - BETROKKENE IN VRIJHEID GELATEN ONDER VOORWAARDEN - BESLISSING VAN DE KAMER VAN INBESCHULDIGINGSTELLING DIE HET EUROPEES AANHOUDINGSBEVEL UITVOERBAAR VERKLAART - BETEKENING - VORM - CASSATIEBEROEP - TERMIJN - VERTREKPUNT - BETEKENING AAN DE PERSOON.

De betekening van het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling dat zich uitspreekt over de tenuitvoerlegging van het Europees aanhoudingsbevel heeft tot doel de termijn van het cassatieberoep te doen ingaan¹; betekening aan de betrokkene zelf is een substantiële vormvereiste, zodat de betekening van het arrest aan de woonplaats van de betrokkene, wanneer hij onder voorwaarden in vrijheid is gesteld, de termijn van het cassatieberoep niet kan doen ingaan². (Impliciet)

(K.)

ARREST (*vertaling*)

(A.R. P.05.0434.F)

I. Bestreden beslissing

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, dat op 16 maart 2005 is gewezen door het Hof van Beroep te Brussel, kamer van inbeschuldigingstelling.

II. Rechtspleging voor het Hof

Raadsheer Jean de Codt heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Raymond Loop heeft geconcludeerd.

III. Cassatiemiddelen

Eiser voert een middel aan in een memorie, waarvan een voor eensluidend verklaard afschrift aan dit arrest is gehecht.

IV. Beslissing van het Hof

Overwegende dat eiser aanvoert dat het aan de appèlrechters stond om de tenuitvoerlegging van het Europees aanhoudingsbevel te weigeren op grond dat er ernstige redenen zijn om te geloven dat dit een schending tot gevolg zou hebben van zijn privé- en familielevens, op de eerbiediging waarvan hij krachtens artikel 8.1 van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de

¹ Zie Cass., 24 aug. 2004, A.R. P.04.1211.N, nr. 374.

² Zie concl. O.M. in *Pas.* 2005, nr. 205.

Mens en de Fundamentele Vrijheden recht heeft;

Overwegende dat eiser toegeeft dat de tenuitvoerlegging van het Europees aanhoudingsbevel waarvan hij het voorwerp uitmaakt, een inmenging betekent in de uitoefening van zijn rechten die in de zin van artikel 8.2 van voormeld verdrag is toegestaan, doch is hij van mening dat gezien zijn familiale toestand en zijn verblijfplaats in België en door het feit dat de wet alhier de tenuitvoerlegging van in het buitenland opgelopen straffen toestaat, de beslissing om hem aan de autoriteiten van zijn land over te leveren een maatregel is die buiten verhouding staat tot het nagestreefde doel;

Overwegende dat uit de processtukken niet blijkt dat dit verweer voor de appèlrechters werd opgeworpen;

Dat het middel dat niet voor de eerste maal voor het Hof van Cassatie kan worden aangevoerd, niet ontvankelijk is;

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

OM DIE REDENEN,

HET HOF

Verwerpt het cassatieberoep;

Veroordeelt eiser in de kosten.

6 april 2005 - 2^o kamer – *Voorzitter*: de h. Fischer, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. de Codt – *Gelijkluidende conclusie* van de h. Loop, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. M. Hougardy, Brussel en J. Arnould, Brussel.

Nr. 206

2^o KAMER - 6 april 2005

1^o BEWIJS — STRAFZAKEN — BEWIJSVOERING - IN HET BUITENLAND VERKREGEN BEWIJS - REGELMATIGHEID - TOETSING — CRITERIA.

2^o BEWIJS — STRAFZAKEN — BEWIJSVOERING - TELEFOONTAP IN HET BUITENLAND - REGELMATIGHEID — TOETSING.

3^o BEWIJS — STRAFZAKEN — BEWIJSVOERING - IN HET BUITENLAND VERKREGEN BEWIJS - REGELMATIGHEID — TOETSING.

4^o BEWIJS — STRAFZAKEN — BEWIJSVOERING - TELEFOONTAP IN HET BUITENLAND - REGELMATIGHEID — TOETSING.

1^o De strafrechter moet de regelmatigheid van het in het buitenland verkregen bewijs beoordelen door na te gaan, enerzijds, of de vreemde wet het gebruikte bewijsmiddel toelaat en, bovendien, of dat bewijsmiddel niet strijdig is met de Belgische openbare orde, die ook wordt bepaald door de internationale en supranationale rechtsnormen, die rechtstreeks van toepassing zijn in de interne rechtsorde, en anderzijds, of het bewijs

*overeenkomstig het vreemd recht werd verkregen*¹.

*2° Wanneer het bewijselement in het buitenland in het kader van het gerechtelijk onderzoek door het afluisteren en opnemen van een telefoongesprek is verkregen, moet de strafrechter met name onderzoeken of de vreemde wet dit toestaat en of die wet in overeenstemming is met art. 8 E.V.R.M.*²

*3° De strafrechter kan de wettigheid van het in het buitenland verkregen bewijs toetsen op grond van alle regelmatig aan hem voorgelegde gegevens die de partijen hebben kunnen tegenspreken, zonder dat wordt vereist dat hij van het vreemde onderzoeksdossier kennis zou nemen*³.

*4° Wanneer de appèlrechters vaststellen dat, enerzijds, het afluisteren en opnemen van telefoongesprekken door de onderzoeksrechter in overeenstemming met het Zwitsers recht is bevolen en dat de voorzitter van de kamer van inbeschuldigingstelling te Genève, m.a.w. een onafhankelijke en onpartijdige instantie, de regelmatigheid van de rechtspleging heeft getoetst, en, anderzijds, dat de inverdenkinggestelde geen enkel ter zake doend gegeven deed gelden dat de regelmatigheid van het verkregen bewijs in twijfel trekt, beslissen zij wettig dat de Zwitserse telefoontap regelmatig is en dat de inverdenkinggestelde zich niet kan beroepen op een miskennis van het recht van verdediging*⁴.

(D.)

Conclusie van de heer advocaat-generaal D. Vandermeesch (vertaling):

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest dat op 10 januari 2005 is gewezen door de kamer van inbeschuldigingstelling van het Hof van Beroep te Luik.

A. Voorafgaande rechtspleging

Eiser werd op 21 september 2001 in Zwitserland aangehouden na afloop van een pseudo-koop.

Na zijn uitlevering wordt hij op 6 september 2002 door de onderzoeksrechter te Neufchâteau onder aanhoudingsbevel geplaatst.

De raadkamer van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Neufchâteau heeft eiser samen met zes andere beklaagden bij beschikking van 11 juni 2004 naar de correctionele rechtbank verwezen.

Ten gevolge van het door eiser en de andere inverdenkinggestelden ingestelde hoger beroep, heeft de kamer van inbeschuldigingstelling van het Hof van Beroep te Luik, bij arrest van 13 juli 2004, de beschikking tot verwijzing van de raadkamer bevestigd.

Bij arrest van 24 november 2004 heeft het Hof van Cassatie dat arrest vernietigd, in zoverre het, in zake van inverdenkinggestelde, uitspraak doet over de regelmatigheid van het onderzoek en de ontvankelijkheid van de tegen hem ingestelde strafvordering.

Bij arrest van 10 januari 2005, heeft de anders samengestelde kamer van inbeschuldigingstelling te Luik, de door eiser aangevoerde middelen betreffende de regelmatigheid van de rechtspleging, verworpen. Deze beslissing wordt hier bestreden.

B. Onderzoek van het cassatiemiddel

Eiser heeft op 14 maart 2005 een memorie neergelegd. Het enige middel voert de miskennis aan van het algemene rechtsbeginsel van eerbiediging van het recht van verdediging.

¹ Zie concl. O.M.

² *Ibid.*

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

In dat middel voert eiser aan dat de vervolgende partij geen bewijs levert van de regelmatigheid van de tussen 20 juni en 21 september 2001 uitgevoerde telefoontap, noch naar Zwitsers noch naar intern recht, aangezien de documenten uitgaande van de Zwitserse overheid kennelijk onvoldoende zijn vermits hem de mededeling werd geweigerd van gegevens die hem in staat hadden moeten stellen de wettigheid van de telefoontap na te gaan en drie opnames van telefoongesprekken die van essentieel belang zijn voor eisers verdediging zijn verdwenen.

Het middel werpt de kwestie op van de toetsing door de Belgische rechter van de regelmatigheid van telefoontap buiten het Rijk.

Hier dient te worden herinnerd aan de beginselen van ontvankelijkheid van het in het buitenland verkregen bewijs.

Volgens de rechtspraak van het Hof van Cassatie⁵ moet de Belgische strafrechter de wettigheid van het in het buitenland verkregen bewijs beoordelen door na te gaan of:

1. de vreemde wet het gebruikte bewijsmiddel toestaat;
2. dat bewijsmiddel niet strijdig is hetzij met internationale en supranationale rechtsnormen die rechtstreeks van toepassing zijn in de interne rechtsorde, hetzij met de Belgische openbare orde;
3. het bewijs overeenkomstig het vreemd recht werd verkregen.

Wat betreft het bewijselement dat in het buitenland in het kader van het gerechtelijk onderzoek met af luisteren en opnemen van een telefoongesprek is verkregen, moet de Belgische strafrechter met name onderzoeken of de vreemde wet dit toestaat en of die wet in overeenstemming is met artikel 8 E.V.R.M.⁶

Laat mij opmerken dat het in het buitenland op een onregelmatige wijze verkregen bewijs niet ipso facto uitgesloten is: de wet van 9 december 2004 betreffende de wederzijdse internationale rechtshulp in strafzaken heeft de oplossing overgenomen van het Hof in zake de ontvankelijkheid van bewijs⁷. Artikel 13 van voormelde wet sluit aldus het gebruik uit in België van in het buitenland verkregen bewijsmateriaal:

- wanneer het in het buitenland op onregelmatige wijze is vergaard en indien de onregelmatigheid volgens het recht van de Staat waar het bewijsmateriaal is verzameld volgt uit de overtreding van een op straffe van nietigheid voorgeschreven vormvereiste of de betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal aantast;

- wanneer de aanwending een miskenning inhoudt van het recht op een eerlijk proces.

Het bewijs dat in het buitenland is verkregen wordt geacht op wettelijke en loyale wijze te zijn verkregen: er bestaat wat dat betreft geen vermoeden van onregelmatigheid. Eventueel staat het aan de verdediging om dienaangaande initiatief te nemen om op zijn minst een gerechtvaardigde twijfel te doen rijzen wat betreft de regelmatigheid van het in het buitenland verkregen bewijs teneinde het openbaar ministerie te verplichten het bewijs van die regelmatigheid te leveren⁸.

Welk gedeelte van het dossier dient aan de verdediging te worden medegedeeld opdat

5 Cass., 25 april 1996, AR P.95.0119.N, A.C. 1996, nr. 133; Cass., 23 dec. 1998, A.94.0001.F, nr. 534; Cass., 23 mei 2000, AR P.00.0377.N, A.C. 2000, nr. 315.

6 Cass., 23 mei 2000, AR P.00.0377.N, A.C. 2000, nr. 315.

7 *Gedr.st.* Kamer, gew.z. 2003-2004, 1278/4, p. 27-28; Cass., 14 okt. 2003, *Rev.dr.pén.crim.* 2004, 617 met concl. proc.-gen. De SWAEF, *T.Strafr.* 2004, 129 en de noot van P. TRAEÏT; Cass., 23 maart 2004, AR P.04.0012.N en 16 nov. 2004, AR P.04.0644.N; Cass., 2 maart 2005, AR P.04.1644.F, *J.T.* 2005, 211 met concl. adv.-gen. VANDERMEERSCH.

8 P. TRAEÏT, "Het gebruik van in het buitenland verkregen bewijsmateriaal", in *Poursuites pénales et extraterritorialité, Les dossiers de la Revue de droit pénal et de criminologie*, Brussel, Die Keure, 2002, p. 200.

deze in staat zou zijn de regelmatigheid van de af luistermaatregel in het buitenland na te gaan?

Het Hof heeft beslist dat de Belgische strafrechter de toetsing van de regelmatigheid van een in het buitenland verkregen bewijs beoordeelt op grond van alle gegevens die hem regelmatig zijn overgelegd en die aan de tegenspraak van de partijen zijn onderworpen, zonder dat het vereist is dat hij kennisneemt van het volledige in het buitenland samengestelde onderzoeksdossier⁹.

Overigens poneert het Europees Hof voor de Rechten van de Mens het principe dat de vervolgende overheid aan de verdediging alle bewijselementen, à charge en à décharge, waarover zij beschikt, moet mededelen. Het recht op bekendmaking van de ter zake dienende bewijzen is niet absoluut en in bepaalde gevallen kan het noodzakelijk zijn om bepaalde stukken voor de verdediging te verbergen, teneinde de fundamentele rechten van andere personen of een algemeen belang te vrijwaren. Het Europees Hof erkent hierdoor dat de algemene mededelingsplicht van alle stukken kan worden beperkt indien alle moeilijkheden die deze beperking met zich meebrengt voor de verdediging, voldoende worden gecompenseerd door de rechtspleging voor de rechterlijke autoriteiten¹⁰. Dit is het geval wanneer toezicht wordt uitgeoefend door een onafhankelijke en onpartijdige rechter die kennis neemt van de stukken en die zich uitspreekt over de noodzaak en de billijkheid van het niet bekendmaken van die stukken aan de verdediging¹¹. Het Europees Hof is evenwel van mening dat de rechter die zich uitspreekt over de kwestie van de bekendmaking van de stukken, niet de rechter mag zijn die zich over de grond van de zaak uitspreekt, dit om te vermijden dat deze laatste kennis zou hebben, op het ogenblik van de uitspraak, van elementen die niet aan de verdediging zijn medegedeeld¹².

Het arrest van het Arbitragehof van 21 december 2004¹³ dat door eiser in zijn memorie wordt aangevoerd, volgt een vergelijkbare oplossing met betrekking tot het vertrouwelijk dossier dat wordt opgemaakt bij de aanwending van een bijzondere opsporingsmethode. Het Arbitragehof oordeelt dat de inmenging in de rechten van de verdediging alleen kan worden verantwoord indien zij wordt gecompenseerd door een procedure die een onafhankelijke en onpartijdige rechter in staat stelt om op effectieve wijze de wettigheid van de toegepaste onderzoeksmethoden te onderzoeken.

Te dezen, stelt het bestreden arrest vast dat enerzijds "verdachte niet betwist dat het Zwitsers recht voorziet in het af luisteren en opnemen van telefoongesprekken" en anderzijds dat "de Zwitserse onderzoeksrechter de Belgische onderzoeksrechter, bij brief van 14 november 2003 (stuk 875/3), heeft medegedeeld dat 'noch de aanvankelijke beschikking tot het plaatsen onder technisch toezicht, noch de beschikkingen tot hernieuwing, noch de beschikkingen tot vernietiging, noch de beschikkingen van de voorzitter van de kamer van inbeschuldigingstelling voor de partijen toegankelijk zijn' en hem per nakomende post een document van 13 februari 2004 (stuk 875/5) heeft toegezonden, waarbij de voorzitter van de kamer van inbeschuldigingstelling te Genève verklaart dat hij de telefoontap in kwestie naar behoren heeft goedgekeurd".

Uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan blijkt dus dat de maatregel

9 Cass., 23 mei 2000, AR P.00.0377.N, nr. 315.

10 Zie met name Hof Mensenrechten, arrest DOORSON t/ NEDERLAND van 26 maart 1996, *Recueil* 1996-II, § 70 en arrest VAN MECHELEN t/ NEDERLAND van 23 april 1997, *Recueil* 1997-III, §58.

11 Zie Hof Mensenrechten, 16 febr. 2000, de zaak JASPER t/ VERENIGD-KONINKRIJK, 16 febr. 2000 (inz. §§55 en 56), de zaak ROWE en DAVIS t/ VERENIGD-KONINKRIJK en 16 febr. 2000, FITT t/ VERENIGD-KONINKRIJK en P. TRAESE, "Het gebruik van in het buitenland verkregen bewijsmateriaal" in *Poursuites pénales et extraterritorialité. Les dossiers de la Revue de droit pénal et de criminologie*, Brussel, Die Keure, 2002, p. 198.

12 Hof Mensenrechten, 27 okt. 2004, arrest EDWARDS en LEWIS t/ VERENIGD-KONINKRIJK.

13 Arbitragehof, 21 dec. 2004, arrest nr. 202/2004, B.S. 6 jan. 2005.

overeenkomstig het toepasselijke Zwitsers recht door een onderzoeksrechter is bevolen en dat de Voorzitter van de kamer van inbeschuldigingstelling toezicht heeft uitgeoefend op de regelmatigheid van de rechtspleging, zonder dat deze laatste uitspraak diende te doen over de grond van het geschil. Het niet bekendmaken van stukken aan de verdediging werd aldus gecompenseerd door een procedure die een onafhankelijke en onpartijdige rechter in staat stelt om op een efficiënte wijze de wettigheid van de bevolen af luistermaatregelen na te gaan. Ik doe hierbij opmerken dat in het kader van de rechtspleging in België, het openbaar ministerie en de Belgische rechtscolleges evenmin als de verdediging toegang hebben tot het vertrouwelijk dossier in Zwitserland.

Op grond van deze gegevens hebben de appèlrechters wettig kunnen beslissen dat "de telefoontap in overeenstemming gebeurde met de beginselen die van toepassing zijn inzake de wettelijkheid van het in het buitenland verkregen bewijs" en dat zij niet, "zonder miskenning van de bewijskracht van de beslissing van de voorzitter van de kamer van inbeschuldigingstelling te Genève, ervan mogen uitgaan dat, terwijl eiser geen enkel pertinent gegeven aanvoert dat de regelmatigheid van het verkregen bewijs in vraag stelt, een dergelijke onregelmatigheid zou gebeurd zijn en door de Zwitserse politie- of gerechtelijke overheid zou zijn verhuld".

In zoverre kan het middel niet worden aangenomen.

In zoverre het middel aanvoert dat "concreet uit de bestudering van het Luxemburgs en Zwitsers strafdossier blijkt dat drie opnames van telefoongesprekken die van essentieel belang zijn voor het verweer van (eiser) zijn verdwenen", vereist dit het nazicht van feitelijke gegevens, waarvoor het Hof niet bevoegd is, zodat het middel niet ontvankelijk is.

Besluit: verwerping van het cassatieberoep.

ARREST (*vertaling*)

(A.R. P.05.0218.F)

I. Bestreden beslissing

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, dat op 10 januari 2005 op verwijzing is gewezen door het Hof van Beroep te Luik, kamer van inbeschuldigingstelling, ten gevolge van een arrest van 24 november 2004 van het Hof van Cassatie.

II. Rechtspleging voor het Hof

Advocaat-generaal Damien Vandermeersch heeft een schriftelijke conclusie neergelegd.

Op de terechtzitting van 6 april 2005 heeft raadsheer Paul Mathieu verslag uitgebracht en heeft advocaat-generaal Raymond Loop geconcludeerd.

III. Cassatiemiddelen

Eiser voert een middel aan in een memorie, waarvan een voor eensluidend verklaard afschrift aan dit arrest is gehecht.

IV. Beslissing van het Hof

Overwegende dat het middel kritiek uitoefent op de beslissing van de appèlrechters dat de telefoontap uitgevoerd in Zwitserland tussen 20 juni en 21 september 2001, regelmatig is en het recht van verdediging van eiser niet is miskend;

Overwegende dat het middel, in zoverre het aanvoert "dat uit het Luxemburgs en Zwitsers strafdossier blijkt dat drie opnames van telefoongesprekken die van essentieel belang zijn voor (eisers) verdediging zijn verdwenen", een onderzoek van feiten vereist waarvoor het Hof niet bevoegd is, mitsdien niet ontvankelijk is;

Overwegende dat de strafrechter de wettigheid van het in het buitenland verkregen bewijs moet beoordelen door na te gaan of:

1. de vreemde wet het gebruikte bewijsmiddel toelaat;
2. dat bewijsmiddel niet strijdig is met de Belgische openbare orde, die ook wordt bepaald door de internationale en supranationale rechtsnormen die rechtstreeks van toepassing zijn in de interne rechtsorde;
3. het bewijs overeenkomstig het vreemd recht is verkregen;

Dat wanneer het bewijselement in het buitenland in het kader van het gerechtelijk onderzoek door het af luisteren en opnemen van een telefoongesprek is verkregen, de strafrechter met name moet onderzoeken of de vreemde wet dit toelaat en of die wet in overeenstemming is met artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden;

Overwegende dat hij dit kan toetsen op grond van alle regelmatig aan hem voorgelegde gegevens waarover de partijen tegenspraak hebben kunnen voeren, zonder dat wordt vereist dat hij van het vreemde onderzoeksdossier kennis zou nemen;

Overwegende dat het middel, in zoverre het aanvoert dat eiser inzage moet krijgen van het Zwitserse dossier inzake de telefoontap, teneinde de regelmatigheid ervan te toetsen, faalt naar recht;

Overwegende dat het arrest, voor het overige, enerzijds vaststelt dat eiser "niet betwist dat het Zwitsers recht voorziet in het af luisteren en opnemen van telefoongesprekken" en, anderzijds, dat "de Zwitserse onderzoeksrechter de Belgische onderzoeksrechter heeft medegedeeld, bij brief van 14 november 2003 (stuk 875/3), dat 'noch de aanvankelijke beschikking tot het plaatsen onder technisch toezicht, noch de beschikkingen tot hernieuwing, noch de beschikkingen tot vernietiging, noch de beschikkingen van de voorzitter van de kamer van inbeschuldigingstelling voor de partijen toegankelijk zijn' en hem per nakomende post een document van 13 februari 2004 (stuk 875/5) heeft toegezonden, waarbij de voorzitter van de kamer van inbeschuldigingstelling te Genève verklaart dat hij de telefoontap in kwestie naar behoren heeft goedgekeurd";

Dat het arrest vervolgens vermeldt "dat de voeging bij het dossier van de rechtspleging, van de stukken die thans door [eiser] worden geëist, op een ogenblik dat het dossier door de partijen kan worden ingezien [...] en zonder dat een procedure van afzonderlijk of geheim dossier kan worden overwogen, juist neerkomt op het omzeilen van de Zwitserse wetgeving [...]", dat "hoe dan ook niet is aangetoond dat deze wetgeving onverenigbaar zou zijn met de regels die gelden in de Belgische rechtsorde";

Dat het tenslotte vermeldt dat het hof van beroep "zonder miskennis van de

bewijskracht van de beslissing van de voorzitter van de kamer van inbeschuldigingstelling te Genève, niet ervan mag uitgaan dat, ofschoon [eiser] geen enkel pertinent gegeven aanvoert waardoor twijfels kunnen rijzen over de regelmatigheid van het verkregen bewijs, een dergelijke onregelmatigheid zich zou hebben voorgedaan en door de Zwitserse politie- of gerechtelijke overheid zou zijn verborgen; dat onder die voorwaarden, de beoordeling van de regelmatigheid van het onderzoek en van de ontvankelijkheid van de vervolgingen niet afhangt van de eventuele gevolgen die aan de klacht die op 7 juni 2004 door [eiser] tegen de Zwitserse politie en magistraten is ingediend, zal worden gegeven";

Overwegende dat de appèlrechters, wanneer zij vaststellen dat het afluisteren en opnemen van telefoongesprekken door een onderzoeksrechter in overeenstemming met het Zwitsers recht waren bevolen, dat de voorzitter van de kamer van inbeschuldigingstelling te Genève, m.a.w. een onafhankelijke en onpartijdige instantie, de regelmatigheid van de rechtspleging had getoetst, en dat de inverdenkinggestelde "geen enkel ter zake doend gegeven dat de regelmatigheid van het verkregen bewijs in twijfel trekt" deed gelden, wettig beslissen dat de Zwitserse telefoontap regelmatig is en dat eiser "zich niet kan beroepen op een miskennis van het recht van verdediging";

Dat het middel, in zoverre, niet kan worden aangenomen;

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

OM DIE REDENEN,

HET HOF

Verwerpt het cassatieberoep;

Veroordeelt eiser in de kosten.

6 april 2005 - 2° kamer – *Voorzitter*: de h. Fischer, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Mathieu – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. Loop, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. M. Nève, Luik en R. de Béco, Brussel.

Nr. 207

1° KAMER - 7 april 2005

ECHTSCHIEDING EN SCHEIDING VAN TAFEL EN BED —

ECHTSCHIEDINGSPROCEDURE — VERANDERING VAN FEITELIJKE SCHEIDING (VAN EEN ZEKERE DUUR) — SCHEIDING TEN NADELE VAN DE ECHTGENOOT-VERWEERDER - VOORWAARDEN - FOUTEN EN TEKORTKOMINGEN — BEGRIJF.

De fouten en tekortkomingen van de andere echtgenoot aan de hand waarvan de rechtbank kan beslissen dat de eisende echtgenoot die de echtscheiding verkrijgt op grond van art. 232, eerste lid B.W. niet geacht wordt de echtgenoot te zijn tegen wie de echtscheiding is uitgesproken, mogen niet gelijkgesteld worden met de grove

beledigingen in de zin van art. 231 B.W.¹ (Art. 306 B.W.)

(D. T. L.)

ARREST (*vertaling*)

(A.R. C.04.0025.F)

I. Bestreden beslissing

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, op 16 september 2003 gewezen door het Hof van Beroep te Brussel.

II. Rechtspleging voor het Hof

Afdelingsvoorzitter Claude Parmentier heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Thierry Werquin heeft geconcludeerd.

III. Middel

Eiser voert in zijn verzoekschrift een middel aan.

Geschonden wetsbepalingen

De artikelen 231, 232 en 306 van het Burgerlijk Wetboek.

Aangevochten beslissingen

Het arrest wijzigt het beroepen vonnis en verwerpt eisers rechtsvordering die ertoe strekt het vermoeden van schuld aan de scheiding te weerleggen in het kader van de artikelen 232 en 306 van het Burgerlijk Wetboek en zegt bijgevolg voor recht dat eiser, alleen en uitsluitend beschouwd moet worden als de echtgenoot tegen wie de echtscheiding wordt uitgesproken, en zulks op de volgende gronden:

"De in artikel 306 van het Burgerlijk Wetboek bedoelde feiten hoeven niet even ernstig te zijn als de grove beledigingen op grond waarvan de echtscheiding met toepassing van artikel 231 van het Burgerlijk Wetboek wordt uitgesproken, ze dienen echter toch 'fouten' of 'tekortkomingen' te zijn d.w.z. miskenningen van de wederzijdse plichten van de echtgenoten, die voldoende ernstig zijn om als grond voor de scheiding of het behoud ervan te worden beschouwd. [...]"

Tussen echtgenoten is er geen compensatie van fouten, maar de ernst van de tekortkomingen van een der echtgenoten in zijn echtelijke verplichtingen kan het beledigende karakter van de reacties van de andere echtgenoot verzachten.

Ook al acht men de door [eiser] vermelde feiten bewezen, namelijk dat [verweerster] twee maal, onder meer tijdens een diner in 1994-1995, in diens aanwezigheid, haar man en haar schoonfamilie op grove wijze zou hebben beledigd, toch oordeelt het hof [van beroep] dat de ernst van die tekortkoming in het respect dat zij aan haar man en haar schoonfamilie verschuldigd is, heel aanzienlijk wordt verzacht door de ernst van [eisers] tekortkomingen en persoonlijke fouten, en meer bepaald door zijn steeds terugkerend alcoholisme, zijn prikkelbaarheid en gewelddadigheid, gevolgen van zijn dronkenschap, door het herhaalde uiten van zijn twijfels omtrent zijn vaderschap ten aanzien van H., zijn leugenachtige verklaringen onder meer over [verweersters] nalatigheid ten aanzien van A. (zie de verklaringen van 17 december 1993 en van 25 oktober 1994 van dokter F.) en het opleggen door [verweerster] van het doopsel van H., en doordat hij sinds 1995 zijn echtgenote verbod nog langer gebruik te maken van zijn naam.

In die bijzondere feitelijke omstandigheden, vormen de beledigende woorden die

¹ Cass., 4 jan. 1980, A.C. 1979-80, nr. 267 en concl. eerste adv.-gen. CHARLES; 23 april 1982, A.R. 3436, *ibid.* 1981-82, nr. 490.

[verweerster] af en toe zou hebben gebruikt in het bijzijn van een vriend van haar echtgenoot geen tekortkomingen die voldoende ernstig zijn om te hebben bijgedragen tot het ontstaan of het behoud van de feitelijke scheiding".

Grieven

Artikel 306 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat de echtscheiding wordt uitgesproken ten nadele van de echtgenoot die de echtscheiding heeft gevorderd op grond van meer dan (twee) jaar feitelijke scheiding maar dat de rechter daarover anders kan beslissen indien de eisende echtgenoot "het bewijs levert dat de feitelijke scheiding te wijten is aan de fouten en tekortkomingen van de andere echtgenoot".

Teneinde het vermoeden te weerleggen van de exclusieve verantwoordelijkheid voor de scheiding dat is ingevoerd bij artikel 306 van het Burgerlijk Wetboek, moet de echtgenoot die de echtscheiding vordert met andere woorden bewijzen dat de fouten en tekortkomingen van de andere echtgenoot, zij het ten dele, aan de oorsprong van de scheiding liggen en/of dat ze ertoe hebben bijgedragen dat die scheiding meer dan twee jaar is blijven duren.

Zoals het arrest erop wijst, "hoeven" de fouten en tekortkomingen op grond waarvan, overeenkomstig artikel 306 van het Burgerlijk Wetboek, een van de echtgenoten verantwoordelijk kan worden gesteld voor de scheiding of voor het behoud van de scheiding "niet even ernstig te zijn als de grove beledigingen op grond waarvan echtscheiding met toepassing van artikel 231 van het Burgerlijk Wetboek kan worden uitgesproken".

Anders gezegd, ze mogen niet worden gelijkgesteld met de in artikel 231 van het Burgerlijk Wetboek bepaalde gronden tot echtscheiding en wanneer het, zoals hier, gaat om beledigende bewoordingen, hoeven ze niet even ernstig te zijn als de feiten op grond waarvan echtscheiding wegens grove beledigingen kan worden uitgesproken.

Bijgevolg heeft het arrest, door te oordelen dat het feit dat verweerster haar echtgenoot en haar schoonfamilie in het bijzijn van derden "ernstig" heeft beledigd, "verzacht" wordt door eisers tekortkomingen en dus niet voldoende ernstig wordt geacht om aan de oorsprong van de feitelijke scheiding te liggen, de bovenstaande regel miskend.

Het heeft immers duidelijk de weerlegging van het door artikel 306 van het Burgerlijk Wetboek ingevoerde vermoeden van schuld afhankelijk gemaakt van de ernst van het beledigend gedrag van verweerster, d.w.z. van het beledigende karakter van de tekortkoming voor de echtgenoot die erdoor wordt getroffen, net zoals de echtscheiding op grond van grove beledigingen in het kader van artikel 231 van het Burgerlijk Wetboek het bewijs van de grofheid van de beledigingen veronderstelt, d.w.z. het bewijs van de beledigende aard ervan voor de andere echtgenoot.

De gelijkstelling door het arrest van "de fouten en tekortkomingen" waardoor het vermoeden van schuld kan worden weerlegd, met de in artikel 231 van het Burgerlijk Wetboek vermelde gronden tot echtscheiding is des te duidelijker daar het arrest vermeldt dat de in artikel 306 van het Burgerlijk Wetboek bedoelde feiten "'fouten' of 'tekortkomingen' moeten opleveren, d.w.z. miskenningen van de wederzijdse plichten van de echtgenoten".

Welnu, het weerleggen van het vermoeden van schuld in het kader van artikel 306 van het Burgerlijk Wetboek vereist geenszins het bewijs van een tekortkoming in de uit het huwelijk ontstane verplichtingen, van een belediging door de verwerende echtgenoot, maar louter en alleen het bewijs dat laatstgenoemde door zijn schuld - die niet noodzakelijk een grove belediging hoeft te zijn - heeft bijgedragen tot de feitelijke scheiding of het behoud ervan.

Door te stellen dat de ernst van verweersters tekortkomingen verzacht wordt door de ernst van eisers tekortkomingen heeft het arrest verweersters schuld niet op zichzelf

beoordeeld maar in verhouding tot de ernst die kenmerkend moet zijn voor de tekortkomingen in de echtelijke verplichtingen, welk criterium eigen is aan echtscheiding maar geen verband houdt met de kwestie of de scheiding geheel of ten dele te wijten is aan verweerster (artikel 306 van het Burgerlijk Wetboek).

Hieruit volgt dat het arrest, door afwijzend te beschikken op eisers rechtsvordering die ertoe strekt het vermoeden van schuld te weerleggen, zulks op grond dat "de ernst van verweersters tekortkomingen in haar echtelijke verplichtingen" verzacht wordt door eisers tekortkomingen in diezelfde verplichtingen, anders gezegd dat de door verweerster geuite grove beledigingen niet voldoende grof of beledigend zouden zijn gelet op de ernst van eisers persoonlijke beledigingen, de in de aanhef van het middel aangewezen wetsbepalingen en inzonderheid artikel 306 van het Burgerlijk Wetboek heeft geschonden.

IV. Beslissing van het Hof

Overwegende dat, krachtens artikel 306 van het Burgerlijk Wetboek, voor de toepassing van de artikelen 299, 300 en 301, de echtgenoot die de echtscheiding verkrijgt op grond van artikel 232, eerste lid, geacht wordt de echtgenoot te zijn tegen wie de echtscheiding is uitgesproken; dat de rechtbank, evenwel, er anders over kan beslissen indien de eisende echtgenoot het bewijs levert dat de feitelijke scheiding te wijten is aan de fouten en tekortkomingen van de andere echtgenoot;

Overwegende dat die fouten en tekortkomingen niet gelijkgesteld mogen worden met de grove beledigingen in de zin van artikel 231 van het Burgerlijk Wetboek;

Overwegende dat het arrest oordeelt dat ernst van verweersters tekortkomingen in het respect dat zij aan haar man en haar schoonfamilie verschuldigd is, ook al zijn ze bewezen, heel aanzienlijk wordt verzacht door de ernst van eisers tekortkomingen, zodat, in de omstandigheden van de zaak, de beledigende woorden die verweerster "af en toe zou hebben gebruikt in het bijzijn van een vriend van haar echtgenoot geen tekortkomingen vormen die voldoende ernstig zijn om te hebben bijgedragen tot het ontstaan of het behoud van de feitelijke scheiding";

Overwegende dat het hof van beroep aan de hand van die vermeldingen, zonder ze gelijk te stellen met de in artikel 231 van het Burgerlijk Wetboek omschreven gronden tot echtscheiding, de aan verweerster verweten tekortkomingen heeft beoordeeld teneinde na te gaan of ze konden bijdragen dat het ontstaan of het behoud van de feitelijke scheiding, en zijn beslissing naar recht heeft verantwoord;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

OM DIE REDENEN,
HET HOF

Verwerpt het cassatieberoep;
Veroordeelt eiser in de kosten.

7 april 2005 - 1^o kamer – *Voorzitter en Verslaggever*: de h. Parmentier, afdelingsvoorzitter – *Gelijkhoudende conclusie* van de h. Werquin, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs.

De Bruyn en Mahieu.

Nr. 208

1° KAMER - 7 april 2005

1° FAILLISSEMENT, FAILLISSEMENTSAKKOORD EN GERECHTELIJK AKKOORD — GEVOLGEN (PERSONEN, GOEDEREN, VERBINTENISSEN) - TEGENWERPELIJKHEID AAN DE BOEDEL - HANDELING OM NIET - FEITELIJKE BEOORDELING DOOR DE BODEMRECHTER - TOETSING DOOR HET HOF.

2° FAILLISSEMENT, FAILLISSEMENTSAKKOORD EN GERECHTELIJK AKKOORD — GEVOLGEN (PERSONEN, GOEDEREN, VERBINTENISSEN) - ONROEREND GOED - HYPOTHEEKSTELLING - ZEKERHEID VOOR ANDERMANS SCHULD - GEEN PRESTATIE TEN VOORDELE VAN DE FAILLIETE VENNOOTSCHAP — GEVOLGEN.

1° *Hoewel de bodemrechter op onaantastbare wijze hoort te beoordelen of een handeling om niet is verricht, mag hij het begrip kosteloosheid niet miskennen*¹. (Art. 17, 1° Faillissementswet 1997)

2° *De bodemrechter kan naar recht beslissen dat de hypotheekstelling, door de failliete vennootschap, die als zekerheid voor andermans schuld en zonder prestatie in haar voordeel toegestaan is op een door haar ten gevolge van een kapitaalverhoging verworven onroerend goed, voor de failliete vennootschap een volstrekt kosteloze handeling was, die bijgevolg niet aan de boedel kan worden tegengeworpen.* (Art. 17, 1° Faillissementswet 1997; Art. 445 Faillissementswet 1851)

(INTERNATIONAL INVESTMENT GROUP KSC vennootschap naar recht van het Emiraat Koeweit T. Mr. P. ROSOUX, curator over het faillissement van DIGICORP EUROPEAN SALES N.V.)

ARREST (*vertaling*)

(A.R. C.04.0202.F)

I. Bestreden beslissing

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, op 24 november 2003 gewezen door het Hof van Beroep te Luik.

II. Rechtspleging voor het Hof

Raadsheer Christine Matray heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Thierry Werquin heeft geconcludeerd.

III. Middel

Eiseres voert in haar verzoekschrift een middel aan.

Geschonden wetsbepalingen

- artikel 17, inzonderheid 1° van de Faillissementswet van 8 augustus 1997;

- voor zoveel als nodig, artikel 445, inzonderheid eerste en tweede lid van het Wetboek van Koophandel, in dat wetboek ingevoegd bij de wet van 18 april 1851 op het faillissement, de bankbreuk en de opschorting van betaling, zoals het gold vóór de opheffing ervan bij de Faillissementswet van 8 augustus 1997.

¹ Zie Cass., 9 maart 2000, A.R. C.99.0237.N, nr. 166.

Aangevochten beslissingen

Het bestreden arrest stelt eerst het volgende vast:

"1 - (Eiseres) wil de vennootschap D.E.S. (Digicorp European Sales) financieren voor een bedrag van 1.200.000 USD. Dat bedrag moet D.E.S. in staat stellen een onroerend goed in Villers-le-Bouillet te kopen dat ten gunste van (eiseres) zal worden gehypothekeerd.

Op verzoek van de aandeelhouders van D.E.S., wordt de verrichting gefinancierd door toedoen van de moedervennootschap van D.E.S., de naamloze vennootschap naar Luxemburgs recht Digicorp International, hierna D.I., die met het door (eiseres) geleende geld inschrijft op een kapitaalverhoging van D.E.S.

2 - De verrichting verloopt als volgt:

a- ter uitvoering van een op 1 juli 1997 gedagtekend orderbriefje dat op 9 en 14 juli 1997 ondertekend werd door de vertegenwoordigers van D.I. en van (eiseres), stort (eiseres) een voorschot van 1.200.000 USD aan D.I.;

b- op 24 juli 1997 meldt het Crédit Général aan notaris Duchâteau, die gekozen was om de kapitaalverhoging van D.E.S. te verlijden, dat de rekening-courant, geopend ten name van die vennootschap 'in kapitaalverhoging' door D.I. werd gecrediteerd voor 55.590.000 BEF (1.500.000 USD);

c- de volgende drie verrichtingen vinden plaats op 25 juli 1997 voor dezelfde notaris door tussenkomst van een tweede notaris voor de aankoop van het onroerend goed;

- de kapitaalverhoging van D.E.S. door een contante betaling van 55.500.000 BEF door aanbod tot intekening op 222 nieuwe aandelen met een uitgiftewaarde van 250.000 BEF, hierop wordt integraal ingetekend door D.I.;

- D.E.S. koopt het onroerend goed in Villers-le-Bouillet voor 38.000.000 BEF;

- D.E.S. verleent (eiseres) een hypothecaire inschrijving in eerste rang op het onroerend goed dat zij net voor een totaalbedrag van 58.275.000 BEF heeft aangekocht, als zekerheid;

'1. van de terugbetaling aan [eiseres], de schuldeiser, van een orderbriefje (promissory note) ondertekend door de vennootschap (D.I.), de schuldenaar, in het raam van het voorschot van een miljoen tweehonderdduizend dollar door de schuldeiser aan de schuldenaar, volgens de bewoordingen van een in twee exemplaren opgemaakte akte, gedagtekend op negen en achttien juli negentienhonderd zevenennegentig, ten belope van een bedrag in hoofdsom van 55.500.000 BEF, zijnde de tegenwaarde in BEF van 1.500.000 USD op de datum van de akte;

2. van de betaling van drie jaar interest, waarvan de wet de rang behoudt (pro memorie);

3. van de terugbetaling van de door [eiseres] betaalde bijkomende bedragen, van de interest op al die bedragen, van de nalatigheidsinterest, van de wederbeleggingsvergoeding alsook van alle andere vergoedingen waarop laatstgenoemde aanspraak zou kunnen maken en van de kosten betreffende de niet door de wet bevoorrechte invorderingsprocedures, en honorarium, gezamenlijk geraamd op 2.775.000 BEF;

Totaal (behalve het pro memorie) 58.275.000 BEF''',

dat de Rechtbank van Koophandel te Hoei, op 29 oktober 1997, Digicorp European Sales failliet heeft verklaard en verweerder als curator heeft aangesteld en het begin van de verdachte periode heeft vastgesteld op 29 april 1997,

dat het gehypothekeerde onroerend goed op 28 november 2000 door de curator te gelde werd gemaakt voor de prijs van 23.000.000 BEF en dat dit bedrag bij de Deposito- en Consignatiekas in bewaring werd gegeven,

en zegt vervolgens voor recht, met bevestiging van het beroepen vonnis, dat de hypotheek niet kan worden tegengeworpen aan de gezamenlijke schuldeisers van het faillissement van Digicorp European Sales, met toepassing van artikel 17, 1° van de wet van 8 augustus 1997, dat de verkoopprijs zal verdeeld worden onder de schuldeisers die in het passief zijn opgenomen en dat de beslissing "geldt als akte van opheffing" van de hypotheek,

zulks op de onderstaande gronden:

"dat de in artikel 445 van de wet van 18 april 1851 bedoelde nietigheid 'est une nullité de droit c'est-à-dire que dès que se trouvent remplies les conditions qui font tomber un acte sous les termes de l'article 445, il n'y a plus de place pour le pouvoir d'appréciation du juge; celui-ci doit obligatoirement prononcer la nullité et ne pourrait s'en abstenir pour des considérations d'opportunité, ou en raison du mobile qui a animé les parties, par exemple, en raison de l'absence de leur bonne ou mauvaise foi' ("Les concordats et la faillite", *Les Nouvelles, Droit commercial, Tome IV*, nr. 403);

dat dezelfde redenering geldt voor artikel 17 van de Faillissementswet van 8 augustus 1997 dat met enkele wijzigingen de tekst overneemt van het vroegere artikel 445, ook al is er in die nieuwe bepaling niet langer sprake van nietigheid maar van niet-tegenwerpelijkheid;

dat we te maken hebben met een niet-tegenwerpelijkheid van rechtswege die, met andere woorden, door de koophandelsrechter moet worden uitgesproken zodra hij vaststelt dat de door de curator bekritiseerde handeling behoort tot de lijst van de abnormale handelingen die limitatief worden opgesomd en dat zij tijdens de verdachte periode is gesteld; 'que la loi établit de façon irréfragable une présomption de connaissance de l'état de cessation dans le chef des parties à l'opération; [qu]elle présume de la même manière l'existence d'un préjudice pour la masse, sauf lorsque l'inopposabilité est demandée pour cause d'inéquivalence des prestations réciproques, qui suppose évidemment l'existence d'un dommage' (ZENNER, *Dépistage, faillites et concordats*, p. 741, nr. 1044);

dat de litigieuze handeling in de verdachte periode is verricht;

dat (eiseres) staande houdt dat haar financiering van de aankoop van het onroerend goed door D.E.S. geen door benadeling aangetaste handeling is;

dat zij uitlegt 'dat de verrichtingen immers beschouwd moeten worden als een geheel bestaande in vier gelijktijdige verrichtingen:

- door (eiseres) aan D.I. verstrekte lening teneinde in te tekenen op de kapitaalverhoging van D.E.S.;
- kapitaalverhoging van D.E.S. waarop D.I. heeft ingetekend;
- aankoop van het onroerend goed door D.E.S.;
- hypotheekstelling op dat onroerend goed ten voordele van (eiseres)';

dat zij besluit dat 'het gemeenschappelijke pand van de schuldeisers van D.E.S. gezamenlijk geslonken is door de verrichting' en dat 'D.E.S. een rechtstreekse winst heeft gehaald uit het verwerven van die zekerheid' (conclusie nr. 45) aangezien D.I. dankzij het door (eiseres) aan haar verstrekte krediet heeft ingetekend op de kapitaalverhoging van D.E.S. wat de aankoop van het onroerend goed mogelijk heeft gemaakt;

dat de partijen de toepassing van artikel 17, 1° van de Faillissementswet terecht in het centrum van het debat plaatsen, waarbij dat artikel, in tegenstelling tot 2° en 3° van dezelfde bepaling waarin het bewijs van een werkelijk nadeel niet moet worden geleverd, de rechter toelaat te oordelen over de gelijkwaardigheid van de wederzijdse prestaties;

dat aldus kan worden aangenomen dat het verlenen van een zekerheid op de goederen van de gefailleerde als waarborg voor een krediet ten voordele van een derde, niet nood-

zakelijk een door benadeling aangetaste handeling is indien de gefailleerde kan hopen er een voordeel uit te halen (I. VEROUGSTRAETE, *Manuel*, uitgave 1998, p. 312, nr. 522);

dat het in het licht van een nakend akkoord tussen vennootschappen die tot twee verschillende groepen behoren, de economische verrichting die erop is gericht het onroerend goed door D.E.S. te laten aankopen, inderdaad beschouwd kan worden 'als een geheel bestaande in vier gelijktijdige verrichtingen';

dat die verrichting evenwel niet in dat perspectief mag worden onderzocht; dat het evenmin erop aan komt na te gaan hoe de failliete vennootschap werd beheerd, maar wel of de gewraakte verrichting die D.E.S. tijdens de verdachte periode heeft gedaan, omschreven kan worden als 'ongebruikelijk' in de zin van artikel 17 van de wet;

dat dus moet worden vastgesteld dat D.E.S., dankzij de verhoging van haar kapitaal met 55.500.000 BEF, het onroerend goed in Villers-le-Bouillet op 25 juni 1997 voor 38.000.000 heeft kunnen kopen; dat dit onroerend goed op dat ogenblik in haar vermogen is gekomen en zuiver en vrij was van alle bevoorrechte of hypothecaire schulden;

dat D.E.S. op het ogenblik waarop zij instemt met de hypotheek ten voordele van (eiseres), persoonlijk geen enkele schuld jegens haar heeft; dat het dus gaat om een waarborg die verstrekt is als zekerheid voor andermans schuld; dat de waarborg op het onroerend goed van D.E.S. immers ten goede komt aan D.I. die zich jegens (eiseres) had verbonden; dat artikel 7 van de 'Promissory Note' van 1 juli 1997 trouwens in die waarborg voorzag;

dat de benadeling door de bestreden handeling beoordeeld moet worden op de dag waarop zij verricht is; dat D.E.S. zich op 25 juli 1997 verarmt ten aanzien van (eiseres) aan wie zij niets verschuldigd is; dat zij nooit enige tegenprestatie heeft ontvangen noch zal ontvangen; dat het dus van harentwege een handeling is die volstrekt om niet is gedaan;

dat D.E.S. inderdaad het door haar begeerde onroerend goed heeft aangekocht dankzij de kapitaalverhoging door een contante inbreng door D.I. maar [dat] zulks daarom niet impliceert dat D.E.S. (eiseres) wat dan ook verschuldigd zou zijn, aangezien de gelden waarmee het onroerend goed aangekocht kon worden, voortkwamen uit een inbreng en niet uit een lening;

dat de aankoop van het onroerend goed, voor D.E.S. niet de tegenprestatie is voor de door (eiseres) aan D.I. verstrekte lening, met welke verrichting zij niets te maken heeft; dat er geen sprake kan zijn van gelijkwaardigheid van prestaties tussen D.E.S. en (eiseres), aangezien (eiseres) ten voordele van de failliete vennootschap geen prestatie heeft geleverd;

dat de redenering van (eiseres) geen rekening houdt met de rechtspersoonlijkheid van D.E.S.; dat het weinig ter zake doet dat D.I. en D.E.S. tot dezelfde groep van vennootschappen behoren; dat de verbintenis die D.I. jegens (eiseres) is aangegaan geen enkele weerslag heeft op de rechten en verplichtingen van D.E.S. jegens laatstgenoemde; dat het dus wel degelijk om een door benadeling aangetaste handeling gaat, aangezien D.E.S., noch op het ogenblik waarop zij die handeling verricht, noch nadien, van (eiseres) enige tegenprestatie ontvangt; dat D.I. die tegenprestatie heeft ontvangen;

dat D.E.S. wel degelijk schade heeft geleden, aangezien zij ten voordele van D.I. een waarborg verstrekt terwijl zij jegens haar helemaal niet tot terugbetaling is verplicht;

dat die handeling voor D.E.S. nadelig is, hoewel de toestand voor haar schuldeisers nagenoeg identiek gebleven zou zijn, indien de aankoop was gebeurd met een lening die (eiseres) rechtstreeks, met een hypotheek, aan de failliete vennootschap zou hebben verstrekt;

dat, in deze zaak, de rechten van de gezamenlijke schuldeisers benadeeld zijn, aange-

zien een onroerend goed, dat zuiver en vrij van alle lasten in het vermogen van de vennootschap is gekomen dat hun onderpand vormt, nadien bezwaard werd met een aanzienlijke zekerheid die werd toegestaan ten voordele van een vennootschap die geen schuldeiser was van D.E.S. maar wel van haar aandeelhouder D.I.;

dat het feit dat (eiseres) te goeder trouw is en dat zij, op het ogenblik van de vier verrichtingen, geen enkele directe of onrechtstreekse controle over D.E.S. of D.I. uitoefende, hieraan niets verandert".

Grieven

Aan de boedel kunnen niet worden tegengeworpen, wanneer ze zijn verricht na het door de rechtbank bepaalde tijdstip van staking van de betalingen van de gefailleerde, "alle handelingen waarbij om niet wordt beschikt" alsook "handelingen, verrichtingen of overeenkomsten, vergeldend of onder bezwarende titel, indien de waarde van hetgeen de gefailleerde heeft gegeven, de waarde van hetgeen hij daarvoor heeft ontvangen, aanmerkelijk overtreft" (artikel 17, 1° van de wet van 8 augustus 1997).

Die tekst doelt op de gift en de door benadeling aangetaste handeling.

De toekomstige gefailleerde doet een gift wanneer de handeling hem geen enkel vermogensvoordeel oplevert.

De handeling is door benadeling aangetast wanneer het vermogensvoordeel dat de toekomstige gefailleerde, als tegenprestatie, verkrijgt, "aanmerkelijk" lager is dan de verarming die eruit voortvloeit.

Maar het vermogensvoordeel kan indirect zijn. Het kan door een derde worden verleend, wanneer het voortvloeit uit de omstreden handeling. Om aan de sanctie te kunnen ontkomen, is niet vereist dat het gelijktijdig met de handeling of erna ontstaat.

Het arrest stelt in de weergegeven redenen evenwel vast: a) dat eiseres, door een voorschot van 1.200.000 dollar te betalen, Digicorp European Sales in staat wilde stellen het onroerend goed te kopen waarop haar een hypotheek verstrekt zou worden; b) dat de verrichting tot stand kwam door toedoen van Digicorp International, moedermaatschappij van Digicorp European Sales; c) dat het voorschot van 1.200.000 dollar immers niet rechtstreeks aan Digicorp European Sales is betaald maar aan haar moedermaatschappij, Digicorp International; d) dat Digicorp International, met dat voorschot ("met het door [eiseres] geleende geld") een bedrag van 55.500.000 BEF (dat is, aldus het arrest, de tegenwaarde van 1.500.000 dollar) ter beschikking heeft gesteld van Digicorp European Sales ten gevolge van een kapitaalverhoging die zij in speciën heeft voltekend; e) dat Digicorp European Sales, met dat bedrag, het litigieuze onroerend goed heeft gekocht voor 38000.000 BEF, dat zij bezwaard heeft met de hypotheek tot vrijwaring van de terugbetaling van het voorschot dat eiseres aan haar moedermaatschappij had betaald; f) en dat alle noodzakelijke akten op dezelfde dag, voor dezelfde notaris, zijn verleden.

Uit die vaststellingen volgt dat de tegenprestatie van de litigieuze hypotheek, verstrekt door Digicorp European Sales, ten belope van een bedrag van 55.500.000 BEF in hoofdsom, bestaat in een gelijkwaardig bedrag dat de moedermaatschappij Digicorp International ter beschikking heeft gesteld van Digicorp European Sales en waarmee laatstge-noemde het onroerend goed heeft kunnen aankopen.

Hieruit volgt dat het hof van beroep niet naar recht heeft kunnen beslissen dat de litigieuze hypotheek, bij gebrek aan een tegenprestatie, of althans, aan een toereikende tegenprestatie, een gift is of een door benadeling aangetaste handeling die niet kon worden tegengeworpen aan de gezamenlijke schuldeisers van Digicorp European Sales.

Het arrest schendt dus artikel 17, 1° van de wet van 8 augustus 1997, waarvan het hof van beroep zegt toepassing te maken.

Dezelfde onwettigheid kleeft aan het arrest als men zou beslissen dat, aangezien de liti-

gieuze hypotheek dateert van 24 juli 1997 en Digicorp European Sales op 29 oktober 1997 failliet is verklaard, niet de hierboven aangehaalde wetsbepaling moet worden toegepast, maar wel het vroegere artikel 445 van het Wetboek van Koophandel, dat een identieke regel bevatte: in dat geval zou het arrest dat artikel geschonden hebben.

IV. Beslissing van het Hof

Overwegende dat het arrest toepassing maakt van artikel 17, 1° van de Faillissementswet van 8 augustus 1997 luidens hetwelk alle handelingen waarbij om niet wordt beschikt over roerende of onroerende goederen, alsmede handelingen, verrichtingen of overeenkomsten, vergeldend of onder bezwarende titel, indien de waarde van hetgeen de gefailleerde heeft gegeven, de waarde van hetgeen hij daarvoor heeft ontvangen, aanmerkelijk overtreft, niet aan de boedel kunnen worden tegengeworpen, wanneer ze door de schuldenaar zijn verricht sinds het door de rechtbank bepaalde tijdstip van betaling;

Overwegende dat de bodemrechter, hoewel hij onaantastbaar oordeelt of een handeling om niet is verricht, het begrip kosteloosheid niet mag miskennen;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat: 1. eiseres in juli 1997 aan de vennootschap naar Luxemburgs recht Digicorp International een lening heeft verstrekt waarmee zij heeft kunnen intekenen op een kapitaalverhoging van haar dochtermaatschappij, de vennootschap Digicorp European Sales, afgekort D.E.S.; 2. D.E.S. dezelfde dag een onroerend goed heeft gekocht en vervolgens op dat goed ten voordele van eiseres een hypotheek heeft gevestigd als zekerheid voor de schuld van Digicorp International aan eiseres; 3. D.E.S. op 29 oktober 1997 failliet wordt verklaard en de datum van de staking der betalingen op 29 april 1997 wordt vastgesteld;

Overwegende dat het arrest, na erop gewezen te hebben "dat D.E.S. op het ogenblik waarop zij instemt met de hypotheek ten voordele van [eiseres], persoonlijk geen enkele schuld jegens haar heeft; dat het dus gaat om een waarborg die verstrekt is als zekerheid voor andermans schuld", oordeelt "dat D.E.S. zich verarmt ten aanzien van [eiseres] aan wie zij niets verschuldigd is; dat zij wegens de zekerheid die zij haar heeft verstrekt van haar nooit enige tegenprestatie heeft ontvangen noch zal ontvangen" en "dat de aankoop van het onroerend goed, voor D.E.S. niet de tegenprestatie is voor de door [eiseres] aan D.I. verstrekte lening, met welke verrichting zij niets te maken heeft; dat er geen sprake kan zijn van gelijkwaardigheid van prestaties tussen D.E.S. en [eiseres] aangezien [eiseres] ten voordele van de failliete vennootschap geen prestatie heeft geleverd";

Overwegende dat het arrest aldus, noch voornoemd artikel 17, 1°, schendt, noch artikel 445 van het Wetboek van Koophandel, waarvan de toepassing tot dezelfde oplossing leidt, door te beslissen dat het stellen van die zekerheid voor de failliete vennootschap "een handeling betrof die volstrekt om niet was gedaan" en die bijgevolg niet kon worden tegengeworpen aan de gezamenlijke schuldeisers;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

OM DIE REDENEN,

HET HOF

Verwerpt het cassatieberoep;
Veroordeelt eiseres in de kosten.

7 april 2005 - 1° kamer – *Voorzitter*: de h. Parmentier, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: mevr. Matray – *Gelijklopende conclusie* van de h. Werquin, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. T'Kint en Verbist.

Nr. 209

1° KAMER - 7 april 2005

1° KOOP - CONCESSIE VAN ALLEENVERKOOP VOOR ONBEPAALE TIJD -
EENZIJDIGE BEËINDIGING - REDELIJKE OPZEGGINGSTERMIJN - RAMING DOOR DE RECHTER - IN
AANMERKING TE NEMEN ELEMENTEN.

2° KOOP - CONCESSIE VAN ALLEENVERKOOP VOOR ONBEPAALE TIJD -
EENZIJDIGE BEËINDIGING - BIJKOMENDE VERGOEDING - RAMING DOOR DE RECHTER - IN
AANMERKING TE NEMEN ELEMENTEN.

1° Noch de omstandigheid dat de redelijke opzeggingstermijn waarop de concessiehouder recht heeft bepaald wordt bij de opzegging van het contract, noch de billijkheid waardoor de rechter zich moet laten leiden, beletten dat hij, bij de raming van de redelijke opzeggingstermijn, rekening houdt met alle elementen waarover hij op het tijdstip van zijn beslissing beschikt¹. (Art. 2 Alleenverkoopwet)

2° De bijkomende vergoeding waarop de concessiehouder aanspraak kan maken, ontstaat en wordt bepaald bij de opzegging van het contract; om te voldoen aan het door de wet vastgestelde billijkheids criterium, mag de rechter alle elementen in aanmerking nemen waarvan hij kennis heeft op het ogenblik van zijn beslissing, inzonderheid de toestand van de concessiehouder na de beëindiging van het contract². (Art. 3 Alleenverkoopwet)

(TOYOTA BELGIUM N.V. T. V.)

ARREST (*vertaling*)

(A.R. C.04.0242.F)

I. Bestreden beslissing

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, op 17 december 2003 gewezen door het Hof van Beroep te Brussel.

II. Rechtspleging voor het Hof

Raadsheer Christine Matray heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Thierry Werquin heeft geconcludeerd.

III. Middel

Eiseres voert in haar verzoekschrift twee middelen aan.

1. Eerste middel

Geschonden wetsbepalingen

¹ Cass., 16 mei 2003, A.R. C.00.0375.N, nr. 300 en concl. adv.-gen. m.o. THUIS.

² Cass., 10 feb. 2005, A.R. C.03.0418.F, nr. 84.

- artikel 2 van de wet van 27 juli 1961 betreffende eenzijdige beëindiging van de voor onbepaalde tijd verleende concessies van alleenverkoop;

- artikel 149 van de Grondwet.

Aangevochten beslissingen

Het arrest ontvangt het hoofdberoep en het incidenteel beroep, verklaart het hoofdberoep ten dele gegrond, beschikt afwijzend op de vordering van eiseres, doet het beroepen vonnis teniet, behalve in zoverre het de vordering ontvankelijk verklaart en uitspraak doet over de kosten.

Het arrest doet opnieuw uitspraak en veroordeelt daarbij eiseres om verweerder 25.542,73 euro te betalen als opzeggingsvergoeding, te vermeerderen met de compensatoire gerechtelijke interest tegen de wettelijke rentevoet met ingang van 7 december 1992 tot op de dag van de uitspraak, en veroordeelt bovendien eiseres tot moratoire interest met ingang van de dag van de uitspraak tot algehele betaling, zulks op de volgende gronden:

"1. Opzeggingsvergoedingen

A. Duur van de redelijke opzeggingstermijn:

De eerste rechter heeft geoordeeld dat de opzeggingstermijn 24 maanden moest bedragen en heeft bijgevolg zes maanden opzeggingsvergoeding toegekend;

(Verweerder) houdt staande dat een duur van 42 maanden verantwoord zou zijn door het geheel van de factoren die in aanmerking moeten worden genomen om de redelijke opzeggingstermijn te bepalen;

Tot staving van zijn standpunt overloopt hij de verschillende criteria die in die aangelegenheden gewoonlijk in aanmerking worden genomen, namelijk:

- de duur van de concessie, haar omvang, haar aandeel in de activiteit van concessiehouder;
- de gedane investeringen en de naamsbekendheid van het merk;
- de omzet en de resultaten;

Er dient op gewezen dat de eerste rechter al die criteria achtereenvolgens heeft beantwoord en dat hij verklaart uitspraak te hebben gedaan 'gelet op het geheel van die factoren';

(Verweerdens) conclusie bevat geen enkele rechtstreekse kritiek op de analyse van die factoren en bewijst niet dat deze of gene factor miskend of veronachtzaamd zou zijn;

(Eiseres) oordeelt dat de opzeggingstermijn van 18 maanden die zij had toegekend toereikend was om de concessiehouder in staat te stellen een evenwaardige concessie te vinden; zij voert bovendien aan dat de exploitatie volstrekt verlieslatend zou zijn geweest en dat verweerder bovendien vóór het verstrijken van de opzeggingstermijn door andere merken zou zijn benaderd;

Wat dat laatste punt betreft, dient erop gewezen dat de redelijke opzeggingstermijn, in abstracto, beoordeeld moet worden op het ogenblik van de kennisgeving ervan en dat de latere gebeurtenissen dus niet in aanmerking kunnen komen (Cass., 25 maart 1976, *A.C.* 1976, 863 en *R.D.C.* 2003, 435, nr. 81);

Zodoende is het feit dat er al dan niet voorstellen of onderhandelingen met andere firma's waren 'meer dan een jaar vóór het verstrijken van de opzeggingsperiode' volstrekt irrelevant;

Kennelijk heeft de eerste rechter de verschillende doorslaggevende factoren in deze zaak correct beoordeeld, namelijk dat het ging om een concessie voor autoverkoop die 16 jaar had geduurd, een vrij ruim gebied omvatte, het grootste aandeel vormde van de, steeds toenemende, activiteit van de concessiehouder betreffende een merk met een goede

naamsbekendheid waarvoor hij bovendien had moeten investeren en aanzienlijke algemene kosten maken;

Men kan het dus eens zijn met de eerste rechter wanneer hij de duur van de redelijke opzeggingstermijn op 24 maanden bepaalt en aldus zes maanden opzeggingsvergoeding toekent".

Grieven

Artikel 2 van de wet van 27 juli 1961 bepaalt:

- een voor onbepaalde tijd verleende, aan deze wet onderworpen verkoopconcessie kan, behalve bij grove tekortkoming van een van de partijen aan haar verplichtingen, niet worden beëindigd dan met een redelijke opzeggingstermijn of een billijke vergoeding die door partijen worden bepaald bij de opzegging van het contract;

- zijn partijen het niet eens, dan doet de rechter uitspraak naar billijkheid, eventueel met inachtneming van de gebruiken.

De wet legt dus geen opzeggingstermijn op, noch regels voor de raming van de opzeggingstermijn en/of van de vergoeding die verschuldigd is bij niet-naleving van die termijn.

De parlementaire voorbereiding van die wet bevestigt dat de wetgever beoogde het statuut van de concessiehouder vast te stellen door aan dit soort contract een grotere stabiliteit te verlenen door middel van de opzeggingstermijn teneinde te voorkomen dat de concessiehouder van de ene op de andere dag de vrucht van zijn arbeid en van zijn investeringen verliest. In artikel 2 doelt de wetgever op de opzeggingstermijn die de concessiehouder in staat moet stellen een nieuwe toestand te zoeken. De parlementaire voorbereiding vermeldt evenwel dat de wetgever de concessiehouder weliswaar een wettelijke bescherming wil bieden zonder daarom de rechtmatige belangen van de concessiegever te benadelen.

Uit al die bepalingen volgt dat de redelijke duur van de opzeggingstermijn niet aan de hand van een abstracte beoordeling maar wel van een concrete beoordeling bepaald moet worden door de rechter die uitspraak doet wanneer de partijen het niet eens zijn. Aldus wordt aanvaard dat omstandigheden van na de beëindiging van invloed kunnen zijn op de beslissing over de termijn of de opzeggingsvergoeding, zoals de omstandigheid dat de concessiehouder niet genoeg "actie heeft ondernomen" om een nieuwe verkoopconcessie te vinden, of integendeel dat hij meteen een nieuw contract heeft kunnen sluiten.

In haar appelconclusie had eiseres staande gehouden dat de redelijke aard van de toegekende opzeggingstermijn beoordeeld moest worden onder meer met inachtneming van het feit dat verweerder aanbiedingen had afgeslagen en bijgevolg weloverwogen, en met kennis van zaken, vanaf het begin van 1993, dus vóór het verstrijken van de door eiseres toegekende opzeggingstermijn, had beslist zijn activiteiten voort te zetten als garage voor alle merken, en dat zijn volledige 'bedrijfspannend' trouwens voor die nieuwe activiteit was ingericht'.

In deze zaak is het arrest van oordeel dat de redelijke opzeggingstermijn in abstracto beoordeeld moet worden, op het ogenblik van de kennisgeving ervan en dat latere factoren dus niet in aanmerking mogen komen. Bijgevolg is het van oordeel dat, in deze zaak, de omstandigheid dat er al dan niet voorstellen en/of onderhandelingen van verweerder met andere firma's zijn geweest meer dan een jaar vóór het verstrijken van de opzeggingstermijn, volstrekt irrelevant is. De opzeggingstermijn, en dus ook de opzeggingsvergoeding, worden door het bestreden arrest niet overeenkomstig de wet bepaald.

Door te beslissen dat de redelijke opzeggingstermijn in abstracto bepaald moet worden bij de kennisgeving ervan en dat latere gebeurtenissen dus niet in aanmerking mogen komen, en dat, bijgevolg, in deze zaak, de omstandigheid dat er al dan niet voorstellen of onderhandelingen met andere firma's waren meer dan een jaar vóór het verstrijken van de

opzeggingsperiode volstrekt irrelevant is:

- schendt het arrest artikel 2 van de wet van 27 juli 1961;
- miskent het arrest het begrip redelijke opzeggingstermijn (schending van artikel 2 van de wet van 27 juli 1961 betreffende eenzijdige beëindiging van de voor onbepaalde tijd verleende concessies van alleenverkoop, gewijzigd bij artikel 2 van de wet van 13 april 1971);
- is het arrest bijgevolg niet naar recht verantwoord in zoverre het beslist dat de redelijke opzeggingstermijn hier 24 maanden had moeten bedragen en niet 18 zoals de eerste rechter heeft beslist (schending van artikel 2 van de wet van 27 juli 1961 betreffende eenzijdige beëindiging van de voor onbepaalde tijd verleende concessies van alleenverkoop, gewijzigd bij artikel 2 van de wet van 13 april 1971 en van artikel 149 van de Grondwet).

2. Tweede middel

Geschonden wetsbepaling

- Artikel 3, 1° van de wet van 27 juli 1961 betreffende eenzijdige beëindiging van de voor onbepaalde tijd verleende concessies van alleenverkoop.

Aangevochten beslissingen

Het arrest ontvangt het hoofdberoep en het incidenteel beroep, verklaart het hoofdberoep ten dele gegrond, beschikt afwijzend op de vordering van eiseres, doet het beroepen vonnis teniet, behalve in zoverre het de vordering ontvankelijk verklaart en uitspraak doet over de kosten.

Het arrest doet opnieuw uitspraak en veroordeelt daarbij eiseres om verweerder 51.085,47 euro te betalen als bijkomende opzeggingsvergoeding, te vermeerderen met de compensatoire gerechtelijke interest tegen de wettelijke rentevoet met ingang van 7 december 1992 tot op de dag van de uitspraak, en veroordeelt bovendien eiseres tot moratoire interest met ingang van de dag van de uitspraak tot de algehele betaling, zulks op de volgende gronden:

"De eerste rechter heeft geoordeeld dat (verweerder) geen bekende meerwaarde inzake clientèle heeft aangebracht, noch dat die clientèle aan (eiseres) is verbleven;

Hij is van oordeel dat het niet bewezen is dat (verweerder) zijn clientèle is verloren ook al bleef die het merk trouw, aangezien hij zijn activiteit van garagehouder en van verkoop van alle merken heeft voortgezet;

(Verweerder) houdt staande dat, in werkelijkheid, het bewijs van de bekende meerwaarde inzake clientèle kon voortvloeien uit de zeer aanzienlijke stijging van verkochte producten tussen het begin en het einde van de concessie, en dat hij, wat hem betreft, bijgedragen heeft in de opbouw van de clientèle van een merk dat bij het begin van de concessie pas op de Belgische markt was verschenen;

Hij wijst er voorts op dat hij herhaaldelijk gelukwensen van de concessiegever heeft ontvangen, onder meer omdat hij in 1985 de zesde beste verkoper van de 34 concessiehouders was, en omdat hij in 1986, 85 pct. van het quotum had gerealiseerd;

Hij is bijgevolg van oordeel dat die aanbreng van clientèle het resultaat van zijn arbeid is;

(Eiseres) wijst erop dat er, volgens haar, tussen 1990 en 1992 geen enkele bekende aanbreng van clientèle is genoteerd en dat de door de deskundige onderzochte cijfers maar tot 1992 gaan terwijl, volgens haar, de te beoordelen clientèle die is welke bestond op [het] einde [van de maand] maart 1994;

Het is van belang erop te wijzen dat indien de wet drie voorwaarden stelt voor de toekenning van de vergoeding voor bekende meerwaarde inzake clientèle, op de dag van

de beëindiging van het contract moet worden nagegaan of aan die drie voorwaarden is voldaan, omdat het recht op de vergoeding op dat tijdstip ontstaat;

In deze zaak moet dus worden nagegaan of (verweerder), in september 1992, het toereikende bewijs levert dat de clientèle dankzij zijn werk is toegenomen en of die clientèle [aan eiseres] zal verblijven bij het einde van de concessie;

Eenzijds worden (verweerders) verkoopcijfers van nieuwe voertuigen niet betwist en bewijzen ze tot genoegen van recht dat ze op aanzienlijke en blijvende wijze toenamen in vergelijking met het begin van de concessie en, anderzijds, bewijzen de herhaalde gelukwensen vanwege (eiseres) en de talrijke prestigieuze investeringen die op haar verzoek werden gedaan, dat (verweerder) kosten noch moeite heeft gespaard om dat resultaat te bereiken, zodat hij aldus ertoe bijgedragen heeft dat het merk een vaste voet in het gebied kreeg;

Verskillende aanwijzingen laten toe te veronderstellen dat die clientèle naar (eiseres) is overgegaan;

Zowel de omstandigheid dat (eiseres) (verweerders) klanten kent als dat zij hun op 15 april 1994 een rondschriven heeft gezonden met daarin 'de naam en het adres van de concessiehouders die het onderhoud en herstellingen kunnen doen', alsook nog de omstandigheid dat zij op 24 mei 1994 aan een klant (van verweerder) schreef 'dat laatstgenoemde niet meer in staat is waarborgaanvragen bij de invoerder in te dienen, originele onderdelen te bestellen of van onzentwege technische informatie te krijgen' tonen aan dat (eiseres) beslag wilde leggen op de door (verweerder) geëxploiteerde markt, aangezien het duidelijk is dat zij, tegelijkertijd, haar eigen agentschap inlichtte, terwijl zij, naar eigen zeggen, het aantal concessiehouders inkromp ('meer dan een tiental hebben het net verlaten');

In die omstandigheden en gelet op de naamsbekendheid van het merk, is het duidelijk dat (verweerder) onmogelijk zijn clientèle kon blijven behouden daar zij verbleef [aan eiseres], de enige die de waarborgen, de onderdelen en noodzakelijke technische informatie kon leveren;

De beweringen van (eiseres) als zou (verweerders) volledige activiteit zich blijvend op die clientèle hebben toegespitst aan wie hij nieuwe voertuigen en klantenservice blijft aanbieden, en die gebaseerd zijn op stukken van na de beëindiging, mogen niet in aanmerking worden genomen, aangezien het recht op vergoeding ontstaat en bepaald wordt op het ogenblik van de beëindiging;

Derhalve moet het bedrag dat verschuldigd is voor die aanbreng van potentiële clientèle berekend worden;

(Verweerder) vordert ex aequo et bono een bedrag van 5.000.000 BEF of 123.946,45 euro, waarbij hij zijn jaarlijks verlies raamt op 1.800.000 BEF of 44.620,72 euro;

[Eiseres] is niet verplicht de aan [verweerder] daadwerkelijk aangebrachte schade volledig te vergoeden in zoverre hier geen aansprakelijkheidsregels gelden en het dus niet nodig is zich opnieuw te plaatsen in precies dezelfde toestand waarin [verweerder] zich zonder de beëindiging zou hebben bevonden;

De vergoeding inzake clientèle kan, gelet op de omstandigheden van de zaak, redelijkerwijs worden vastgesteld worden op één jaar van de gemiddelde semi-brutowinst op grond van de resultaten van de laatste drie jaren, zijnde, zoals hierboven vastgesteld, 51.085,47 euro".

Grieven

(...)

2.2. Tweede onderdeel

Uit de bewoordingen van voornoemd artikel 3, 1°, volgt dat, (...) moet worden nage-

gaan of een bijkomende vergoeding verschuldigd is en zij moet worden geraamd op het einde van de concessie, eventueel na verloop van de opzeggingstermijn. Bijgevolg kan de rechter, wanneer hij beoordeelt of voldaan is aan de voorwaarden om een bijkomende vergoeding te krijgen, alsook bij de raming van de vergoeding die bijgevolg verschuldigd is, rekening houden met factoren van na de opzegging van het contract.

Hier voerde eiseres in haar appèlconclusie aan dat aan verweerder geen enkele vergoeding wegens bekende meerwaarde inzake clientèle was verschuldigd daar verweerders volledige activiteit zich blijvend op die clientèle heeft toegespitst aan wie hij nieuwe voertuigen en klantenservice blijft aanbieden.

Het arrest verwerpt de beweringen van eiseres zonder na te gaan of ze met de waarheid stroken en zulks uitsluitend op grond dat ze, volgens het arrest, steunen op stukken van na de beëindiging die niet in aanmerking mogen worden genomen aangezien, volgens het arrest, het recht op vergoeding ontstaat en bepaald wordt op het ogenblik van de beëindiging.

Het arrest, dat oordeelt dat een vergoeding wegens bekende meerwaarde inzake clientèle hier wel degelijk verschuldigd is en ze bijgevolg raamt, zonder evenwel rekening te houden met het feit dat verweerder na de opzegging van de concessie, activiteiten heeft behouden die toegespitst waren op de clientèle die hij voor de opzegging had en aan wie hij nieuwe voertuigen en klantenservice blijft aanbieden, louter op grond dat het gaat om een factor van na de beëindiging, maakt bijgevolg geen juiste toepassing van artikel 3, 1° van de wet van 27 juli 1961 betreffende eenzijdige beëindiging van de voor onbepaalde tijd verleende concessies van alleenverkoop en schendt, derhalve, dat artikel.

IV. Beslissing van het Hof

1. Eerste middel

(...)

Het middel zelf

Overwegende dat artikel 2 van de wet van 27 juli 1961 betreffende eenzijdige beëindiging van de voor onbepaalde tijd verleende concessies van alleenverkoop bepaalt dat een voor onbepaalde tijd verleende, aan de wet onderworpen verkoopconcessie, behalve bij grove tekortkoming van een van de partijen aan haar verplichtingen, niet kan worden beëindigd dan met een redelijke opzeggingstermijn of een billijke vergoeding die door partijen worden bepaald bij de opzegging van het contract en dat, indien partijen het niet eens zijn, de rechter dan uitspraak doet naar billijkheid, eventueel met inachtneming van de gebruiken;

Overwegende dat noch de omstandigheid dat de redelijke opzeggingstermijn waarop de concessiehouder recht heeft, bepaald wordt bij de opzegging van het contract, noch de billijkheid waardoor de rechter zich moet laten leiden, beletten dat hij, bij de raming van de redelijke opzeggingstermijn, rekening houdt met alle elementen waarover hij op het tijdstip van zijn beslissing beschikt;

Overwegende dat het arrest oordeelt dat "de redelijke opzeggingstermijn, in abstracto, beoordeeld moet worden op het ogenblik van de kennisgeving ervan en dat de latere gebeurtenissen dus niet in aanmerking kunnen komen"; dat het daaruit afleidt dat het, door eiseres aangevoerde feit, "dat er al dan niet voorstellen of onderhandelingen met andere firma's waren 'meer dan een jaar vóór het verstrijken van de opzeggingsperiode'" geen enkele weerslag kan hebben op de

beslechting van het geschil;

Dat het arrest aldus artikel 2 van de wet van 27 juli 1961 schendt;

Dat het middel gegrond is;

2. Tweede middel

(...)

2. 2. Tweede onderdeel

Overwegende dat de concessiehouder, in de gevallen waarin artikel 3 van de wet van 27 juli 1961 voorziet, aanspraak kan maken op een billijke bijkomende vergoeding die geraamd wordt in functie van de elementen die deze wetsbepaling vaststelt, met name de bekende meerwaarde inzake clientèle die door de concessiehouder is aangebracht en die aan de concessiegever verblijft na de beëindiging van het contract; dat, indien partijen het niet eens zijn, de rechter dan uitspraak doet naar billijkheid, eventueel met inachtneming van de gebruiken;

Overwegende dat de bijkomende vergoeding waarop de concessiehouder aanspraak kan maken, ontstaat en wordt bepaald bij de opzegging van het contract; dat de rechter, om te voldoen aan het door de wet vastgestelde billijkheids criterium, alle elementen in aanmerking mag nemen waarvan hij kennis heeft op het ogenblik van zijn beslissing, met name de toestand van de concessiehouder na de beëindiging van het contract;

Overwegende dat het arrest "de beweringen van [eiseres] als zou [verweerders] volledige activiteit zich blijvend op die clientèle hebben toegespitst aan wie hij nieuwe voertuigen en klantenservice blijft aanbieden, en die gebaseerd zijn op stukken van na de beëindiging" weigert in aanmerking te nemen;

Dat het arrest aldus artikel 3 van de wet van 27 juli 1961 schendt;

Dat het onderdeel gegrond is;

(...)

OM DIE REDENEN,

HET HOF,

Vernietigt het arrest in zoverre het uitspraak doet over de opzeggingsvergoeding en over de bijkomende vergoeding, in hoofdsom en interesten, alsook over de kosten;

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het gedeeltelijk vernietigde arrest;

Houdt de kosten aan en laat de uitspraak daaromtrent aan de feitenrechter over;

Verwijst de aldus beperkte zaak naar het Hof van Beroep te Bergen.

7 april 2005 - 1^o kamer – *Voorzitter*: de h. Parmentier, afdelingsvoorzitter – *Verlaggever*: mevr. Matray – *Gelijklopende conclusie* van de h. Werquin, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. Verbist en De Bruyn.

Nr. 210

1° KAMER - 7 april 2005

**1° VERWIJZING VAN EEN RECHTBANK NAAR EEN ANDERE —
BURGERLIJKE ZAKEN - ONTTREKKING — BEGRIP.****2° VERWIJZING VAN EEN RECHTBANK NAAR EEN ANDERE —
BURGERLIJKE ZAKEN - GEWETTIGDE VERDENKING - RECHTSCOLLEGE DAT GEEN KENNIS
GENOMEN HEEFT VAN DE ZAAK — GEVOLG.**

1° Onttrekking van de zaak aan de rechter is de handeling waarbij een zaak die regelmatig voor een rechter is gebracht, aan diens kennisneming wordt onttrokken teneinde te worden verwezen naar een andere door het Hof aangewezen rechter. (Art. 648 Ger.W.)

2° Kennelijk niet-ontvankelijk is het verzoekschrift om aan een rechter een zaak te onttrekken, die nog niet aanhangig is gemaakt bij het verdachte rechtscollege¹. (Art. 648 Ger.W.)

(M.)

ARREST (vertaling)

(A.R. C.05.0142.F)

I. Verzoek

Bij een met redenen omklede en door Mr. Christian Masson, advocaat bij de balie te Brugge, ondertekende akte die op 23 februari 2005 ter griffie van het Hof is neergelegd, vraagt verzoeker dat de zaak waarin hij mevrouw B.P., zijn echtgenote, als tegenstrever heeft, wegens gewettigde verdenking aan de Rechtbank van Eerste Aanleg te Doornik en aan de voorzitter ervan wordt onttrokken.

II. Rechtspleging voor het Hof

Raadsheer Christian Storck heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Thierry Werquin heeft geconcludeerd.

III. Beslissing van het Hof

Overwegende dat verzoeker verklaart dat hij bij de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Doornik een verzoekschrift aanhangig wil maken dat ertoe strekt, met toepassing van artikel 1016bis van het Gerechtelijk Wetboek, een vaststelling toe te staan van het overspel dat zijn echtgenote mevrouw B.P. zou plegen, en dat hij redenen heeft om te twijfelen aan de onpartijdigheid van de rechter die van de zaak moet kennisnemen;

Overwegende dat uit de bewoordingen zelf van het verzoekschrift volgt dat noch bij de Rechtbank van Eerste Aanleg te Doornik, noch bij de voorzitter van die rechtbank thans een verzoekschrift in de zin van artikel 1016bis het Gerechtelijk Wetboek aanhangig is gemaakt;

Overwegende dat onttrekking van de zaak aan de rechter de handeling is waarbij een zaak die regelmatig voor een rechter is gebracht, aan diens kennisneming wordt onttrokken teneinde te worden verwezen naar een andere door het Hof aangewezen rechter;

¹ Cass., 3 aug. 1998, A.R. C.98.0307.F, nr. 363.

Overwegende dat het verzoekschrift, dat een zaak betreft die nog niet aanhangig is gemaakt bij het verdachte rechtscollege, kennelijk niet-ontvankelijk is;

OM DIE REDENEN,

HET HOF,

Wijst het verzoek af;

Veroordeelt verzoeker in de kosten.

7 april 2005 - 1^o kamer – *Voorzitter*: de h. Parmentier, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Storck – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. Werquin, advocaat-generaal – *Advocaat*: mr. C. Masson, Brugge.

Nr. 211

1^o KAMER - 7 april 2005

1^o BEWIJS — STRAFZAKEN — BEWIJSLAST. BEOORDELINGSVRIJHEID - WEGVERKEER - PROCES-VERBAAL - BIJZONDERE BEWIJSWAARDE — BEPERKINGEN.

2^o BEWIJS — STRAFZAKEN — GESCHRIFTEN — BEWIJSWAARDE - WEGVERKEER - PROCES-VERBAAL - BIJZONDERE BEWIJSWAARDE — BEPERKINGEN.

3^o WEGVERKEER — WEGVERKEERSWET — WETSBEPALINGEN — ART. 62 - PROCES-VERBAAL - BIJZONDERE BEWIJSWAARDE — BEPERKINGEN.

4^o BEWIJS — STRAFZAKEN — BEWIJSLAST. BEOORDELINGSVRIJHEID - PROCES-VERBAAL - BIJZONDERE BEWIJSWAARDE - VASTSTELLING VAN DE VERBALISANTEN - WETTELIJK VOORSCHRIFT — INBREUK.

1^o, 2^o en 3^o *De bewijswaarde zolang het tegendeel niet bewezen is van de processen-verbaal opgesteld door de overheidspersonen die door de Koning worden aangewezen om toezicht te houden op de naleving van de wegverkeerswet en haar uitvoeringsbesluiten, komt niet toe aan de gevolgtrekkingen of vermoedens die de verbalisanten uit hun vaststellingen afleiden*¹. (Art. 62, eerste lid Wegverkeerswet)

4^o *De rechter oordeelt zelfstandig op de kenmerken van een door de verbalisanten tot bewijs van het tegendeel vastgestelde feitelijke toestand al dan niet beantwoorden aan een inbreuk op enig wettelijk voorschrift*. (Art. 62, eerste lid Wegverkeerswet)

(D. T. GEMEENTE ZOERSEL)

ARREST

(A.R. C.04.0104.N)

I. Bestreden beslissing

Het cassatieberoep is gericht tegen een vonnis, op 21 oktober 2003 in hoger beroep gewezen door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen.

II. Rechtspleging voor het Hof

Afdelingsvoorzitter Robert Boes heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Marc Timperman heeft geconcludeerd.

III. Middel

Eiser voert in zijn verzoekschrift een middel aan.

Het verzoekschrift is aan dit arrest gehecht en maakt er deel van uit.

IV. Beslissing van het Hof

Overwegende dat de processen-verbaal die overeenkomstig artikel 62, eerste lid van de Wegverkeerswet zijn opgesteld door de overheidspersonen die door de Koning worden aangewezen om toezicht te houden op de naleving van deze wet en haar uitvoeringsbesluiten, bewijs opleveren van de daarin opgenomen materiële vaststellingen die de verbalisanten binnen de perken van hun wettelijke opdracht persoonlijk hebben gedaan, behoudens bewijs van het tegendeel;

Dat deze bewijswaarde niet toekomt aan de gevolgtrekkingen of vermoedens die de verbalisanten uit hun vaststellingen afleiden;

Dat de rechter derhalve zelfstandig oordeelt of de kenmerken van een door de verbalisanten tot bewijs van het tegendeel vastgestelde feitelijke toestand al dan niet beantwoorden aan een inbreuk op enig wettelijk voorschrift;

Overwegende dat het bestreden vonnis, zonder dienaangaande te worden bekritiseerd, vermeldt dat de verbalisanten hebben vastgesteld dat eiser bij nacht in botsing is gekomen met verkeerssignalisatie die door verweerster was aangebracht om de Turnhoutsebaan af te sluiten aan het kruispunt met de Waterstraat, dat aldaar een niet onderbroken verlichting aanwezig was en de zichtbaarheid normaal was, dat de verkeerssignalisatie bestond uit twee nadarhekken met elk twee dagslapers, waarop een verkeersbord C3 en een onderbord "uitgezonderd plaatselijk verkeer" waren bevestigd, dat er zich verder enkele oranje pijlen met plaatsaanduidingen in zwarte letters bevonden die wezen in de richting van de Waterstraat, en dat deze verkeerssignalisatie vooraf was aangekondigd middels een op de grasberm naast de rijbaan opgesteld nadarhek met twee dagslapers en de voormelde oranje pijlen dat zich bevond ter hoogte van een vorig kruispunt op ongeveer 150 meter afstand van het eerstgenoemd kruispunt;

Dat het vonnis tevens vaststelt dat de verbalisanten ook hebben vermeld "van mening (te zijn) dat deze signalisatie gebrekkig was in die zin dat ze onvoldoende verlicht (zichtbaar) was, ongeacht de aanwezigheid van dagslapers";

Dat de appèlrechters vervolgens oordelen dat "uit de beschrijving van de toestand ter plaatse en de situatieschets duidelijk blijkt (dat) er voldoende verlichting aanwezig was en (verweerster) de verkeerssignalisatie die zij zelf plaatste (...) voldoende verlichtte";

Dat zij dit oordeel steunen "op de objectieve vaststellingen van de verbalisanten" en beslissen dat "(d)e mening van de verbalisanten als zou de verlichting voldoende of onvoldoende geweest zijn, los(staat) hiervan";

Dat de appèlrechters hun oordeel aldus gronden op de door de verbalisanten gedane materiële vaststellingen aangaande de op de plaats van de aanrijding aanwezige verkeerssignalisatie, de verlichting en de zichtbaarheid van deze

plaats en signalisatie, en de voorafgaande aankondiging van deze laatste, maar afstand nemen van de gevolgtrekking die de verbalisanten daaruit hebben afgeleid door het opperen van hun mening omtrent het al dan niet voldoende karakter van de verlichting van de verkeerssignalisatie, zodat zij zelfstandig beslissen dat deze signalisatie wel degelijk voldoende was verlicht door verweerster;

Dat zij zodoende artikel 62, eerste lid van de Wegverkeerswet niet schenden;

Dat het middel in zoverre niet kan worden aangenomen;

Dat het middel voor het overige geheel is afgeleid uit de vergeefs aangevoerde schending van de voormelde wetsbepaling, mitsdien in zoverre niet ontvankelijk is;

OM DIE REDENEN,

HET HOF,

eenparig beslissend,

Verwerpt het cassatieberoep;

Veroordeelt eiser in de kosten.

7 april 2005 - 1^o kamer (beperkt) – *Voorzitter en Verslaggever*: de h. Boes, afdelingsvoorzitter – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. Timperman, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. Houtekier en De Gryse.

Nr. 212

1^o KAMER - 8 april 2005

TUSSENKOMST - TUSSENKOMST IN HOGER BEROEP - TOELAATBAARHEID - PARTIJ DIE HAAR VORDERING WIJZIGT – GEVOLGEN.

De tussenkomst moet in de grenzen blijven van het debat zoals het gevoerd is voor de appèlrechter; wanneer in de loop van het geding in hoger beroep de partij bij wie de tussenkomende partij aansluit, haar vordering wijzigt omdat zij ondertussen betaling heeft verkregen, heeft dit feit niet tot gevolg dat de tussenkomst niet ontvankelijk wordt¹. (Art. 812 Ger.W.)

(T. e.a. T. Mr. R. ASCRAWAT, curator over het faillissement van PAN-INVEST N.V. e.a.)

Conclusie van de heer advocaat-generaal D. Thijs:

1. De feiten en de procedurevoorgaanden

Een hypothecaire kredietverlener –de 2de verweerster– staat tegenover een wanbetalende kredietnemer –de 3de verweerster– (1988).

De kredietverlener wint uit: hij start een procedure tot uitvoerend onroerend beslag (1991).

Daarnaast ageert hij tegen een door de kredietnemer in strijd met de kredietovereenkomst gesloten huurovereenkomst waarbij het onderpand aan ‘derden’-huurders –de eisers– in huur werd gegeven (1990): hij dagvaardt met het oog op ‘nietigverklaring’ van de litigieuze (notariële) huurovereenkomst (1992).

¹ Zie de conclusie van het O.M.

De eerste rechter verklaart deze vordering gegrond (1993).

Hangende het hoger beroep wordt de vermelde procedure tot uitvoerend beslag afgesloten met de definitieve toewijzing van het onderpand aan een veilingkoper –de 1ste verweerster– (1994). De kredietverlener wordt volledig betaald.

De veilingkoper komt vrijwillig tussen in hoger beroep en vordert (mede) de bevestiging van het beroepen vonnis.

De appèlrechters achten (p. 15) de tussenkomst ontvankelijk “in zoverre hierbij wordt aangesloten bij de stelling van (de kredietverlener) die resulteerde in de vernietiging van het notariële huurcontract uitgesproken in het bestreden vonnis”. Voorst zeggen zij voor recht (p. 15) dat de oorspronkelijke vordering van de kredietverlener zonder voorwerp is geworden, nu deze laatste volledig is betaald en dienvolgens geen belang meer heeft bij de hangende procedure. Zij overwegen evenwel (p. 8) dat “de gegrondheid van de grieven nog steeds (moet worden) onderzocht, dit zowel vanuit het oogpunt van de kostenbeoordeling van de tussenvorderingen en tevens (...) met betrekking tot het voorwerp van de vrijwillige tussenkomst”. Zij besluiten (p. 15) tot de bevestiging van het beroepen vonnis “weze het op andere gronden” en verklaren het arrest gemeen aan de veilingkoper.

2. Het 1ste middel tot cassatie

In hun 1ste middel bestrijden de eisers de beoordeling waarbij de appèlrechters de tussenkomst ontvankelijk verklaren.

(...)

Naar luid van het 2de onderdeel konden de appèlrechters niet de door de eerste rechter uitgesproken nietigverklaring van de litigieuze huurovereenkomst bevestigen en deze beslissing gemeen verklaren aan de voor het eerst in hoger beroep te bewarenden titel tussenkommende partij, terwijl zij de oorspronkelijke vordering tot nietigverklaring ‘zonder voorwerp’ verklaarden. Door aldus voor het eerst in hoger beroep enkel ten behoeve van de tussenkommende partij de door de eerste rechter uitgesproken nietigverklaring te bevestigen, miskennen de appèlrechters art. 812 Ger.W. Luidens het 2de lid van deze bepaling kan tussenkomst tot het verkrijgen van een veroordeling immers niet voor het eerst in hoger beroep plaatsvinden.

3. Beoordeling

3.1. (...)

3.2. Het 2de onderdeel vergt een beoordeling in rechte : het doet drie successieve vragen rijzen.

(1) Wat is de (rechts)verhouding tussen de uitwinnende hypothecaire kredietverlener enerzijds en de veilingkoper anderzijds : is die verhouding er één van rechtsopvolging te bijzonderen titel?

(2) Zo ja, is het in hoofde van de rechtsopvolger te bijzonderen titel mogelijk om tussen te komen in de door zijn rechtsvoorganger gevoerde procedure (artt. 811-814 Ger.W.)? Is het niet veeleer aangewezen om het bedoelde geding te hervatten en het dientengevolge verder te zetten in de stand waarin het zich op dat ogenblik bevindt (artt. 815-819 Ger.W.)?

Zo niet, (d.w.z.): de vermelde verhouding is er geen van rechtsopvolging te bijzonderen titel), dan kan de veilingkoper enkel tussenkomen (att. 811-814 Ger.W.).

(3) Indien (enkel) tussenkomst mogelijk is, gaat het in het onderhavige geval wel om een louter ‘conservatoire’ tussenkomst? Of gaat het daarentegen om een (gebeurlijk in de loop van de procedure aldus geëvolueerde) ‘agressieve’ tussenkomst, die niet voor de eerste maal kan plaatsvinden in hoger beroep (art. 812, 2de lid Ger.W.)?

+++++

(1) Rechtsopvolging te bijzonderen titel is aan de orde wanneer een rechtssubject in een of meer bijzondere rechten (met aankleven) van een ander rechtssubject 'treedt'. De rechtsopvolger wordt de nieuwe titularis van de bedoelde rechten. Hij kan ze in dezelfde mate als zijn rechtsvoorganger uitoefenen en beschermen.

Dit is voornamelijk het geval bij overgang van schuldvorderingen: hetzij door cessie of overdracht van schuldvordering krachtens een geldige titel, hetzij door subrogatie krachtens betaling, hetzij door natrekking of overgang als accessorium van een ander goed (M.E. STORME, "Rechtsopvolging onder bijzondere titel tijdens het burgerlijk geding in België en Nederland", *R.W.* 1993-94, p. 169-170, nr. 2).

Rechtsopvolging te bijzonderen titel is evenzeer aan de orde bij overgang van zakelijke rechten (zie voor een toepassing: Cass., 1 maart 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, 827).

Het onderhavige geval is minder eenduidig.

De uitwinnende (hypothecaire) kredietverlener heeft een persoonlijke vordering met 'zakelijke werking', terwijl de veilingkoper een zakelijk recht verwerft (eigendom). Hun uitgangspositie is (te) onderscheiden: de kredietverlener wil zijn onderpand realiseren met een zo ruim mogelijke opbrengst, terwijl de veilingkoper een voordelige prijs beoogt. Zij hebben wel hetzelfde belang in zoverre moet worden geageerd tegen rechtsfeiten en/of rechtshandelingen die het bedoelde onderpand bezwaren. In die optiek ageert de uitwinnende kredietverlener, die een pauliaanse vordering instelt met het oog op de 'nietigverklaring' (lees: niet-tegenwerpbaarheid) van een rechtshandeling (hier: de huurovereenkomst) die de schuldenaar (hier: de kredietnemer) heeft verricht met bedrieglijke benadeling van zijn rechten (art. 1167 B.W.), dan wel een vordering met het oog op herstel (desnoods in natura) van de schade ingevolge de bewuste deelname door een derde (hier: de huurders) aan een contractbreuk te zijnen nadele, mede ten behoeve van de veilingkoper.

Van rechtsopvolging in de hoger aangeduide zin (tussen de uitwinnende kredietverlener en de uiteindelijke veilingkoper) is evenwel geen sprake, ook niet wanneer de kredietverlener, ingevolge de uitwinning (openbare verkoop), is voldaan en zodoende geen belang meer heeft bij het verderzetten van de gebeurlijk in voormelde zin hangende procedure.

Het is immers evengoed mogelijk dat de kredietverlener niet (volledig) is voldaan en zodoende verder belang blijft hebben bij de hangende procedure.

Het lot van de procedure zal uiteindelijk afhangen van de 'voorwaarden van uitwinning' (de notariële openbare verkoopvoorwaarden).

Enig automatisme is er hoe dan ook niet.

(2) Tussenkost in de zin van de artt. 811-814 Ger.W. is voorbehouden voor 'derden' (A. FETWEIS, *Manuel de procédure civile*, Luik, Fac. Dr. Liège, 1987, p. 419-420, nr. 590; vgl.: M.E. STORME, *l.c.*, p. 180, nr. 17).

In geval van rechtsopvolging te bijzonderen titel is gedinghervatting in de zin van de artt. 815-819 Ger.W. de geijkte wijze om de gebeurlijk door de rechtsvoorganger geïnitieerde procedure verder te zetten, althans wanneer de rechtsopvolger méér wil dan alleen maar de vordering van zijn rechtsvoorganger ondersteunen (M.E. STORME, *l.c.*, p. 182-183, nr. 20: "Indien de rechtsopvolger niet in het geding wil opkomen om de eis van zijn rechtsvoorganger te ondersteunen, maar om een veroordeling formeel te zijnen gunste te verkrijgen, zou dit enkel mogelijk zijn door gedinghervatting. In ieder geval is (een agressieve) tussenkost uitgesloten in hoger beroep (art. 812, 2de lid B.W.). De rechtsopvolger zou echter wel steeds kunnen tussenkomen om de eis van zijn rechtsvoorganger te ondersteunen. De(ze) regeling lijkt consistent: door de veroordeling

te zijnen gunste te vorderen geeft de tussenkomende partij immers impliciet kennis van het wegvallen van de hoedanigheid van haar rechtsvoorganger, en deze wijziging van hoedanigheid dient te leiden tot 1° het ontoelaatbaar worden van de vordering van de rechtsvoorganger en dus tot 2° gedinghervatting, niet tot tussenkomst. Tussenkomst dient te worden beperkt tot derden en blijft uitgesloten voor vertegenwoordigde partijen.”).

Zoals vermeld, is de verhouding tussen de uitwinnende kredietverlener en de veilingkoper er geen van rechtsovervolgving te bijzonderen titel, zodat de veilingkoper enkel kan tussenkomen (artt. 811-814 Ger.W.).

Dit gebeurde ook: de veilingkoper kwam vrijwillig tussen in hoger beroep en vorderde (mede) de bevestiging van de door de eerste rechter, op vordering van de uitwinnende kredietverlener, uitgesproken ‘nietigverklaring’ van de litigieuze huurovereenkomst.

(3) Aldus rijst de vraag of het in het onderhavige geval wel gaat om een louter ‘conservatoire’ tussenkomst dan wel om een ‘agressieve’ tussenkomst, die niet voor de eerste maal kan plaatsvinden in hoger beroep (art. 812, 2de lid Ger.W.).

Beide soorten tussenkomst onderscheiden zich door het ermee beoogde doel.

* Er is sprake van een agressieve tussenkomst zodra door/ten laste van de tussenkomende partij enige veroordeling te eigen behoefte wordt gevraagd. De minste vorm van veroordeling volstaat, al was het omwille van ‘de evolutie van het geschil’ (zie voor een toepassing: Luik 4 november 1996, *J.L.M.B.* 1997, 1024²; vgl. de Franse regeling: K. BROECKX, *Het recht op hoger beroep en het beginsel van de dubbele aanleg in het civiele geding*, Antwerpen, Maklu, 1995, p. 319-322, nrs. 708-713).

De tussenkomst blijft agressief, ook al is het voorwerp van de vordering in/tot tussenkomst hetzelfde als dat van een reeds hangende vordering (Cass., 22 februari 1960, *Arr. Verbr.* 1959-60, 582; Cass. 11 januari 2001, inzake met A.R. nr. C.99.0388.N).

In zekere zin kan de vordering in/tot tussenkomst worden vergeleken met een vordering die evengoed te zelfstandigen titel zou kunnen worden ingesteld: maar nu er reeds een geding hangende is, wordt hiervan ‘geprofiteerd’ (A. FETTWIS, *o.c.*, p. 411, nr. 567; R.P.D.B., v° *Intervention en matière civile*, Brussel, Bruylant, 1935, p. 178, nr. 54).

Het is een autonome vordering die weliswaar een zekere samenhang vertoont met de gedinginleidende vordering maar er niet aan ondergeschikt is (Cass., 11 maart 1991, *Arr.*

2 Voor een beter begrip van de in onderhavige zaak gestelde problematiek kan verwezen worden naar een interessant arrest van het Hof van Beroep te Luik van 4 november 1996 (*J.L.M.B.* 1997, 1024). In het raam van art. 1280 Ger.W. (procedure ‘voorlopige maatregelen’ tussen echtgenoten in echtscheiding) vordert de vrouw een persoonlijke onderhoudsgeld van de man (art. 213 B.W.). De eerste rechter willigt de vordering in. De man tekent hoger beroep aan. In de loop van de procedure in hoger beroep komt het O.C.M.W. vrijwillig tussen: het O.C.M.W. wil toezien op het verloop van de procedure ten einde nadien de door het O.C.M.W. ten behoeve van de vrouw voorgeschoten gelden te kunnen recupereren van de man (mogelijkheid die de O.C.M.W.-Wet biedt). Het O.C.M.W. sluit zich dan ook aan bij de stelling van de vrouw, wat haar tussenkomst een conservatoir karakter verleent. In de loop van het hoger beroep duikt evenwel een geschrift op waarbij de vrouw afziet van haar aanspraak op het bedoelde persoonlijke onderhoudsgeld. In die optiek past het O.C.M.W. zijn tussenkomst aan en vordert (rechtstreeks) de veroordeling van de man tot terugbetaling van de voorgeschoten gelden. Ondergeschikt beoogt het O.C.M.W. de niet-tegenwerpbaarheid van het litigieuze stuk. De appelrechters verklaren de aldus geëvolueerde tussenkomst (in globo) onontvankelijk. Evenals de in het thans bestreden arrest illustreert voormelde zaak het weinig proceseconomische resultaat waartoe een stringente toepassing van art. 812, 2^{de} lid Ger.W. kan leiden.

Vergelijk met de Franse Code de Procédure Civile, alwaar een agressieve tussenkomst in hoger beroep mogelijk, bij wijze van uitzondering, ‘als de evolutie van het geschil dit eist’ (zie voor een bespreking: K. BROECKX, *o.c.*, p. 319-322, nrs. 708-713).

Zonder wettekst (die in een afwijking voorziet van art. 812, 2^{de} lid Ger.W.), kan die nuance, spijtig genoeg, in België geen toepassing vinden.

Cass. 1990-91, 721). Ze leidt dan ook een eigen leven en wordt niet noodzakelijk aangetast als de hoofdvordering onontvankelijk zou zijn (om 'persoonlijke redenen' aan de zijde van de oorspronkelijke eiser, bv. bij gebrek aan hoedanigheid of belang; Cass. 21 november 1958, *Arr. Verbr.* 1958-59, 254), evenmin wanneer de hoofdvordering ongegrond zou zijn of 'vervallen' ingevolge afstand of berusting.

Niettemin moet de vordering in'tot tussenkomst, zoals elke tussenvordering, op het ogenblik dat ze wordt ingesteld zich kunnen enten op een hangende hoofdvordering\tegenvordering: is de procedure op hoofdvordering ab initio nietig, dan vervalt ook elke tussenvordering (A. FETTWEIS, *o.c.*, p. 413, nr. 570; J. VAN COMPERNOLE en G. CLOSSET-MARCHAL, "Examen de jurisprudence (1985-1996): Droit judiciaire privé", *R.C.J.B.* 1997, p. 553, nr. 77).

* Er is daarentegen sprake van een conservatoire tussenkomst zolang door'ten laste van de tussenkomende partij geen veroordeling wordt gevraagd: de tussenkomende partij sluit zich alleen maar aan bij de stelling van een andere (reeds in het geding zijnde) partij (Cass. 26 oktober 1987, *Arr. Cass.* 1987-88, 234; Cass. 28 oktober 1994, *Arr. Cass.* 1994, 894; Cass. 5 februari 1998, *Arr. Cass.* 1998, nr. 71; A. FETTWEIS, *o.c.*, p. 414, nr. 573).

De aldus tussenkomende partij kan te eigen behoefte geen vordering laten gelden, ook al gaat het voorwerp ervan het debat tussen de andere partijen niet te buiten (Vergelijk met A. FETTWEIS, *o.c.*, p. 415, nr. 577; zie voor een toepassing: Luik 12 februari 1998, *J.L.M.B.* 1998, 502).

Het geding kan voor de tussenkomende partij dan ook geen andere gevolgen hebben dan voor de partij bij wie zij zich heeft aangesloten: het resultaat van de tussenkomst is steeds ondergeschikt aan het resultaat van het geding voor de partij bij wie de tussenkomende partij zich heeft aangesloten.

De conservatoire tussenkomst is immers accessoir, zij deelt het lot van de vordering waarop ze geënt is (*R.P.D.B.*, v° *Intervention en matière civile, l.c.*, p. 173, nr. 10). Indien deze laatste vordering wordt afgewezen, heeft de conservatoire tussenkomst geen voorwerp meer (P. VANLERSBERGHE, "Het belang als toelaatbaarheidsvereiste voor het instellen van tussenvorderingen", in M. STORME en P. TAELEMAN (eds.), *Het proces in meervoud*, Kluwer Rechtswetenschappen België, Diegem, 1997, p. 70-71, nr. 19).

Hetzelfde geldt indien de partij van wie de tussenkomende partij 'afhankelijk' is, afstand doet van haar vordering of erin berust.

Volgens FETTWEIS blijven de met de conservatoire tussenkomst gepaard gaande kosten steeds ten laste van de tussenkomende partij: hij vindt steun in art. 882 B.W. (A. FETTWEIS, *o.c.*, p. 415, nr. 578; zie voor een toepassing: Brussel 4 mei 2000, *DAOR* 2000, 237; vgl.: Cass., 5 februari 1998, 169).

De tussenkomst in'tot gemeenverklaring van een te wijzen beslissing heeft in essentie een conservatoir karakter: de tussenkomst strekt ertoe de bedoelde beslissing tegenwerpbaar is, ook door'ten laste van de tussenkomende partij (die geen 'derdenverzet' kan aantekenen; Cass., 20 oktober 1988, *Arr. Cass.* 1988-89, 212; Cass., 9 november 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 1287; Cass., 25 november 1996, *Arr. Cass.* 1996, 1081; S. CNUDE, "Tussenkomst", in E. BREWAEYS (ed.), *Bestendig handboek burgerlijk procesrecht*, VII, *Tussengeschieden*, Mechelen, Kluwer, 2000, p. 40-42, nrs. 27.130-27.150).

* Het onderscheid is van belang, vooral omdat een agressieve tussenkomst niet kan voor het eerst in hoger beroep (Cass., 4 maart 1955, *Arr. Verbr.* 1954-55, 567; Cass. 24 april 1961, *Pas.* 1961, I, 904; Cass., 11 februari 1974, *Arr. Cass.*, 1973-74, 626; Cass., 26 oktober 1987, *Arr. Cass.* 1987-88, 234; zie voorts ook: S. CNUDE, "Tussenkomst", *l.c.*, p. 30-31, nrs. 26.910-26.920).

Art. 812, 2de lid Ger.W. verbiedt zulks uitdrukkelijk (A. FETTWEIS, *o.c.*, p. 424-426, nrs.

600-603).

Het verbod van agressieve tussenkomst in hoger beroep is een wettelijke bevestiging van het beginsel van de dubbele aanleg (K. BROECKX, *o.c.*, p. 310-311, nr. 686, p. 313-314, nr. 693 en p. 316, nr. 701).

In die optiek is de tussenkomst in\tot gemeenverklaring van een te wijzen beslissing mogelijk in elke stand van het geding, ook in hoger beroep (zie bv. : Gent 20 november 1997, *R.H.A.* 1998, 229) en zelfs voor het Hof van Cassatie (Cass., 9 november 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 1287; Cass. 20 oktober 1995, *Arr. Cass.*, 1995, 907). Zij is mogelijk zodra een partij in het geding er belang bij heeft dat de te wijzen beslissing tegenwerpbaar is aan een derde (Cass., 8 maart 1972, *Arr. Cass.* 1971-72, 639; Cass., 8 februari 1973, *Arr. Cass.* 1972-73, 572; Cass., 28 juni 1973, *Arr. Cass.* 1972-73, 1063; Cass., 4 oktober 1973, *Arr. Cass.* 1973-74, 135; Cass., 27 juni 1974, *Arr. Cass.* 1973-74, 1219; Cass., 31 januari 1975, *Arr. Cass.* 1974-75, 621; Cass., 17 april 1975, *Arr. Cass.* 1974-75, 908; Cass., 29 mei 1975, *Arr. Cass.* 1974-75, 1033; Cass., 18 september 1975, *Arr. Cass.* 1975-76, 88; Cass., 7 september 1979, *Pas.* 1980, I, 24; Cass., 28 februari 1980, *Arr. Cass.* 1979-80, 801; Cass., 23 oktober 1981, *Arr. Cass.* 1981-82, 285; Cass. 10 december 1981, *Arr. Cass.* 1981-82, 500; Cass., 4 januari 1990, *Arr. Cass.* 1989-90, 583; Cass., 11 oktober 1995, *Arr. Cass.* 1995, 871; Cass., 20 oktober 1995, *Arr. Cass.* 1995, 907).

+++++

In het onderhavige geval komt, zoals gezegd, de veilingkoper voor het eerst in hoger beroep vrijwillig tussen : in hoofdorde vraagt hij de bevestiging van de door de eerste rechter, op vordering van de uitwinnende kredietverlener, uitgesproken 'nietigverklaring' van de litigieuze huurovereenkomst; in ondergeschikte orde vraagt hij "in elk geval te zeggen voor recht dat" die huurovereenkomst hem niet-tegenwerpbaar is.

De appèlrechters verklaren (p. 6 en 15) die vrijwillige tussenkomst ontvankelijk "in zoverre hierbij wordt aangesloten bij de stelling van de oorspronkelijk eisende partij die resulteerde in de vernietiging van het notariële huurcontract uitgesproken in het bestreden vonnis".

Tot hier rijst geen probleem: dergelijke tussenkomst heeft een conservatoir karakter in voormelde zin.

De appelrechters overwegen echter ook (p. 7) dat de in ondergeschikte orde geformuleerde aanspraak strekkende tot de niet-tegenwerpbaarheid 'te haren opzichte' van de litigieuze huurovereenkomst, 'in essentie' conservatoir is, "gezien dit voorwerp reeds impliciet vervat ligt in de vordering tot nietigverklaring van de oorspronkelijk eisende partij".

Deze overweging lijkt in strijd te zijn met de hoger vermelde beginselen die 'de conservatoire tussenkomst' beheersen.

Vooreerst doet het enkele feit dat het voorwerp van de vordering in\tot tussenkomst overeenstemt met het voorwerp van de reeds hangende vordering geen afbreuk aan het gebeurlijk agressieve karakter van de tussenkomst. Vervolgens verliest de tussenkomst haar gebeurlijk conservatoir karakter zodra de tussenkomende partij te eigen behoefte enige vorm van veroordeling vraagt. Tot slot kan het geding voor de tussenkomende partij hoe dan ook geen andere gevolgen hebben dan voor de partij bij wie zij zich heeft aangesloten: de tussenkomst staat en valt met de vordering waarop ze geënt is.

Waar de appèlrechters dan ook:

- vaststellen (p. 6-7 en 8) dat de vordering van de oorspronkelijk eisende partij, bij gebrek aan belang (bij de voortzetting van de procedure), zonder voorwerp is geworden,
- overwegen (p. 7) dat "de bedenking dat de (oorspronkelijk eisende partij) geen belang meer (heeft) niet van aard is de toelaatbaarheid van een aansluitende conservatoire

tussenkomst in het gedrang te brengen”,

- en aldus de bedoelde (oorspronkelijke) vordering verder beoordelen (p. 8-9) “zowel vanuit het oogpunt van de kostenbeoordeling van de tussenvorderingen en tevens (...) met betrekking tot het voorwerp van de vrijwillige tussenkomst”,

- om te besluiten (p. 15) tot de ontvankelijkheid van de vrijwillige tussenkomst, vervolgens tot de bevestiging van het beroepen vonnis “weze het op andere gronden” ondanks het feit dat de vordering van de oorspronkelijk eisende partij zonder voorwerp is geworden en tot de gemeenverklaring van het tussengekomen arrest (aan de tussengekomende partij),

miskennen zij art. 812, 2de lid Ger.W.

Zoals de eisers terecht aanvoeren (p. 17), zijn de bijkomende beschouwingen:

- dat het in art. 812, 2de lid Ger.W. bepaalde voorschrift niet van openbare orde is “en dienvolgens bezwaarlijk tot een manifeste sanctionering aanleiding kan geven” (p. 6),

- dat in het onderhavige geval “niet aan het normdoel van art. 812, 2de lid Ger.W. wordt getornd” nu de huurders door (het voorwerp van) de vrijwillige tussenkomst niet ‘verrast’ kunnen zijn en evenmin ‘gekrenkt’ in hun recht van verdediging (p. 9),

ter zake irrelevant.

4. Besluit

VERNIEGING van het bestreden arrest, behalve in zoverre de appèlrechters het hoger beroep toelaatbaar verklaren en zeggen voor recht dat de oorspronkelijke vordering aan de zijde van de uitwinnende kredietverlener –de 2de verweerster– zonder voorwerp is geworden.

De grieven verwoord onder het 2de middel kunnen niet tot een ruimere cassatie *leiden*.

ARREST

(A.R. C.02.0108.N)

I. Bestreden beslissing

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, op 4 oktober 2001 gewezen door het Hof van Beroep te Gent.

II. Rechtspleging voor het Hof

Raadsheer Eric Dirix heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Dirk Thijs heeft geconcludeerd.

III. Middelen

De eisers voeren in hun verzoekschrift twee middelen aan.

1. Eerste middel

Geschonden wettelijke bepalingen

- artikel 149 van de Grondwet;
- artikel 812 van het Gerechtelijk Wetboek.

Aangevochten beslissingen

In de bestreden beslissing oordeelt het hof van beroep dat de vrijwillige tussenkomst van eerste verweerder toelaatbaar is "in zoverre hierbij wordt aangesloten bij de stelling van de oorspronkelijk eisende partij die resulteerde in de vernietiging van het notarieel huurcontract uitgesproken in het bestreden vonnis". Op grond van de theorie van de "derde-medeplichtigheid aan contractbreuk" bevestigen de appèlrechters vervolgens het

beroepen vonnis in zoverre daarin de notariële huurovereenkomst van 6 juni 1990 nietig werd verklaard, en zeggen ze voorts voor recht "dat de oorspronkelijke vordering in hoofde van (tweede verweerster) zonder voorwerp is geworden", terwijl het arrest bovendien gemeen wordt verklaard aan eerste verweerster. De appelrechters baseren zich daarbij op de volgende overwegingen:

"Waar (eerste eiser) voorhoudt dat de procedure zonder voorwerp zou zijn geworden ingevolge de openbare verkoop door (derde verweerster) ten gevolge van het wegvallen van het belang bij de vordering in hoofde van de hypothecaire schuldeiser, is dit alhier (m. n. op het vlak van de regelmatigheid ontoelaatbaarheid van het hoger beroep) niet relevant;

Het belang wordt immers beoordeeld op het ogenblik van het instellen van een rechtsvordering (...), desgevallend het ogenblik van het instellen van een rechtsmiddel. Op beide ogenblikken te dezen was het belang in hoofde van de hypothecaire schuldeiser nog intact. Het feit dat deze naderhand, d.i. na het beoordelmingsmoment van de toelaatbaarheid, ten gevolge van de openbare verkoop werd voldaan, is desgevallend van aard de vordering haar 'voorwerp' te ontnemen of zonder voorwerp te maken - hetgeen een beoordeling ten gronde impliceert - doch ontnemt het belang of de toelaatbaarheid niet van de betrokken partij of haar vordering.

De curator (te dezen eerste verweerster) heeft ontegensprekelijk belang bij deze tussenkomst, gelet op de last die op het patrimonium rust door het huurcontract en het nadeel aldus aan de schuldeisers berokkend.

Overigens werd te dezen de oorspronkelijke vordering van de hypothecaire schuldeiser ingewilligd en de voorhanden zijnde titel van verhuring van de villa met o.m. (eerste eiser) vernietigd, er is een titel tot nietigverklaring voorhanden.

(...) Toelaatbaarheid vrijwillige tussenkomst (eerste verweerster).

(Eerste eiser) beroept zich op de 'manifeste' niet-toelaatbaarheid van voormelde tussenkomst op grond van art. 812, tweede lid Ger.W.

Afgezien van de vaststelling dat voormeld voorschrift niet van openbare orde is en dienvolgens bezwaarlijk tot een 'manifeste' sanctionering aanleiding kan geven, is de in voormeld artikel geviseerde tussenkomst beperkt tot de 'tussenkomst tot het verkrijgen van een veroordeling', m.n. de zgn. agressieve tussenkomst, en geenszins tot het geval waarbij de tussenkommende partij zich louter aansluit bij het standpunt van een andere partij (...).

In zoverre de vrijwillig tussenkommende partij te dezen - en dit overigens in hoofdorde - zich tegenover het hoger beroep van (eerste eiser) enkel verweert door de bevestiging te vragen van het bestreden vonnis en zich aldus louter aansluit bij het standpunt van de oorspronkelijke eisende partij (te dezen tweede verweerster), aangenomen in het door (eerste eiser) bestreden vonnis en ook bevestigd in conclusies voor (tweede verweerster), is de vrijwillige tussenkomst volkomen regelmatig en toelaatbaar.

Evenmin vereist dergelijk aansluiten een bijkomende kantmelding overeenkomstig art. 5 Hyp. W.

Hoger is reeds gebleken dat het feit dat de oorspronkelijke schuldeiser (te dezen tweede verweerster) inmiddels is uitbetaald de beoordeling ten gronde raakt (het al dan niet nog voorhanden zijn van een voorwerp van de vordering) doch niet de toelaatbaarheid in het gedrang vermag te brengen. Deze dient beoordeeld op het ogenblik van het instellen van de vordering.

De bedenking dat de hypothecaire schuldeiser geen 'belang' meer zou hebben gehad is niet van aard de toelaatbaarheid van een aansluitende, conservatoire tussenkomst in het gedrang te brengen.

Het feit dat de oorspronkelijk eisende (partij, te dezen tweede verweerster) voorafgaand aan het neerleggen van het verzoekschrift tot vrijwillige tussenkomst nog geen stelling had genomen in hoger beroep doet hieraan niets af.

Evenmin het feit dat de curator (te dezen eerste verweerster) aldus - op begrijpelijke wijze - de procedure heeft poged te deblokken.

Hierbij buiten beschouwing latend de vraag of het bestreden vonnis gerechtigd was de nietigverklaring van de gezegde notariële huurovereenkomst uit te spreken, is ook de aanspraak van de vrijwillig tussenkomende partij in subsidiaire orde - strekkende tot de niet-tegenstelbaarheid te haren opzichte van kwestieuze overeenkomst - in essentie conservatoir, gezien dit voorwerp reeds impliciet vervat ligt in de vordering tot nietigverklaring van de oorspronkelijk eisende partij. Overigens zal infra blijken of deze subsidiaire aanspraak aan de orde is, evenals deze met betrekking miskenning van art. 1575 Ger. W.

(...) Beoordeling ten gronde;

De oorspronkelijke vordering was onmiskenbaar en duidelijk gebaseerd op de derde-medeplichtigheid, de actio pauliana en art. 45 Hyp. W.

De vordering werd door de eerste rechter ingewilligd op grond van art. 1167 B.W., die op deze basis tot de 'nietigverklaring' - en inderdaad niet de niet-tegenstelbaarheid - van de huurovereenkomst heeft beslist.

Hoger is reeds gewezen op het verweer van (eerste eiser) omtrent de uitbetaling van de oorspronkelijke hypothecaire schuldeiser. Hoger is tevens reeds gesteld dat dit de toelaatbaarheid van de vrijwillige tussenkomst geenszins belet.

Wel dient vastgesteld dat ten gevolge van de openbare verkoop, de hypothecaire schuldeiser in de loop van 1994 volledig werd vergoed en de oorspronkelijke vordering dienvolgens - na het hoger beroep - zonder voorwerp is geworden.

Nu de vergoeding evenwel slechts met het instellen van het rechtsmiddel (neerlegging op 23 juli 1993) is gebeurd dient de gegrondheid van de grieven nog steeds onderzocht. Dit zowel vanuit het oogpunt van de kostenbeoordeling van de tussenvorderingen en tevens - naar het oordeel van het hof - met betrekking tot het voorwerp van de vrijwillige tussenkomst.

Waar en in zoverre dit de bevestiging vordert van het bestreden vonnis en zich aldus aansluit hij de oorspronkelijke vordering, beoogt deze partij - die hiertoe ontegensprekelijk belang heeft - niets anders dan een gemeenverklaring te haren opzichte van de uitspraak. Weze het dat in tegenstelling tot de eigenlijke vordering tot gemeenverklaring de curatele hier als verzoekende partij optreedt en niet als 'gedaagde', minstens zijn beide rechtsfiguren uiterst gelijklopend.

Waar de vrijwillige tussenkomst in werkelijkheid de gemeenverklaring beoogt van de tussen te komen uitspraak kan het verzoek worden ingewilligd.

Hierbij kan nog volledigheidshalve worden gewezen op het feit dat hierdoor ook niet aan het normdoel van art. 812, tweede lid, wordt getornd. Onverminderd het feit dat de 'dubbele aanleg' geen algemeen rechtsbeginsel uitmaakt in burgerlijke zaken, kan de huurder (te dezen de eisers) bezwaarlijk voorhouden verrast te zijn geweest of beknot in zijn verdedigingsrechten, nu ten gevolge van de vrijwillige tussenkomst enkel een vroegere - in eerste aanleg reeds geformuleerde aanspraak - wordt bijgetreden, zonder meer, en hij zich hierop reeds heeft verdedigd. Het feit dat deze vordering zonder voorwerp wordt, doet hieraan niets af.

Het hof is evenwel de overtuiging toegedaan dat de vordering tot nietigverklaring behoorde ingewilligd, evenwel op grond van de rechtsfiguur van de derde-medeplichtigheid.

De theorie van de derde-medeplichtigheid veronderstelt vooreerst het bewijs van een contractbreuk door de schuldenaar. Dit is te dezen manifest, nu door het afsluiten van de notariële huurovereenkomst voor 36 jaar voor een luttele huurprijs van 1.000 BEF per maand bij akte van 6 juni 1990 dit duidelijk in strijd is met de (overigens ook anterieure) verbintenissen opgenomen door (derde verweerster), in o.m. de art. 8 en 12 van het modelkohier dat integraal deel uitmaakt van de kredietverlening. Aldaar was o.m. voorzien dat er - zonder toestemming van (tweede verweerster), d(ie) alhier zelfs niet tijdig op de hoogte werd gebracht - geen huurovereenkomsten mochten worden afgesloten voor langer dan 3 jaar, noch bepalingen mochten worden opgenomen 'waardoor de waarborgen van (tweede verweerster) kunnen worden afgezwakt' en niet met enig zakelijk recht mocht (...) worden bezwaard.

Zowel de duur van de huurovereenkomst als de prijs zijn strijdig met voormelde bepalingen en zijn van aard een manifest nadeel te berokkenen aan de kredietverlener en hypothecaire schuldeiser (te dezen tweede verweerster) die de realisatiemogelijkheden en de onmiddellijke waarderaming van het onroerend goed aldus zwaar ziet verminderen. Het feit dat er mogelijks andere realisatiemogelijkheden zouden zijn doet aan het vorengestelde niets af.

De rechtstreekse deelname aan deze contractbreuk door de derde(n), te dezen (eisers) kan evenmin ter discussie staan, gezien voormeld huurcontract precies tot stand kwam tussen de oorspronkelijke schulde(nares) (...) van (tweede verweerster) en (de eisers).

Ondanks de karige bewijsmedewerking wat de precieze feitelijke elementen betreft, de afwezigheid van enig (wellicht zeer vruchtbaar) opzoekingswerk door de betrokken partijen o.m. wat bvb. het wirwar van vennootschappen en hun onderlinge banden betreft (bvb. omtrent de mede-gebruikers van telefoon en elektriciteit vermeld in het huurcontract), kan in de gegeven omstandigheden de medeplichtigheid van de derden evenmin ernstig worden in vraag gesteld nu (de eisers) wisten of behoorden te weten dat zij door voormeld contract af te sluiten aan andermans contractbreuk deelnamen, m.n. deze door (hun) verhuurder (te dezen derde verweerster).

Dit blijkt o.m. uit de volgende elementen:

Uit deze concrete omstandigheden blijkt afdoende dat (eisers) niet als te goeder trouw, kunnen worden beschouwd. De uitleg die terzake door (eerste eiser) wordt gegeven is volstrekt ongeloofwaardig.

Gelet op al deze gegevens samengenomen is het huurcontract aan de gezegde (lange tijd fictieve, want niet opgevraagde) prijs en voor een dergelijke lange duur, mede gelet op de leeftijd van de huurders (te dezen de eisers), hun in werkelijkheid lang onbetaald gebleven permanente bezetting van het pand en het noodzakelijk handelsdoel dat de vennootschap-eiseres (te dezen derde verweerster) dient na te streven, noodzakelijkerwijze een constructie in het uitsluitende voordeel van de huurders, waarin de aankopende vennootschap bereid werd gevonden de constructie (mede) op te zetten en/of er aan mee te werken. In die omstandigheden is het uit te sluiten dat dit buiten het medeweten van de huurders zou zijn gebeurd, en is het integendeel aan te nemen dat dit op hun uitsluitende verzoek is tot stand gekomen. Het feit dat naderhand gepoogd werd de huurster (te dezen tweede eiseres) nu als zaakvoerster in de eigendomsvennootschap binnen te loodsen, bevestigt slechts de bedoeling van partijen in hun poging om dit systeem te bestendigen.

Waar uit de notariële akte huurverlening blijkt, dat er bovendien een hypothecaire inschrijving voorhanden was - overigens expliciet toegevoegd in de rand en bijkomend geparafeerd door elk der partijen - en bovendien algemeen gebruikelijk is dat hierin een bepaling wordt opgenomen waarbij verzwarende lasten zoals langere huurcontracten worden uitgesloten en/of aan banden gelegd, behoorde het (de eisers) hieromtrent informatie in te winnen bij de eigenares (te dezen derde verweerster), voor zover zij niet moed-

willig hun medewerking hebben verleend om de bepalingen ten laste van de eigenares te overtreden. Dit laatste is in het licht van hetgeen voorafgaat, aan te nemen.

Minstens wisten (de eisers) of behoorden zij te weten dat door de langdurige onbeschikbaarheid te beogen of eraan mede te werken zij de gebruikelijke vorderings- en zekerheidsrechten van de hypothecaire schuldeiser en/of latere eigenaars nadelig beïnvloeden.

De vordering in zoverre gebaseerd op de derde-medeplichtigheid komt dan ook gegrond voor. De fout was onmiskenbaar oorzaak van de zware moeilijkheden bij de uitwinning (...) en van het feit dat de nieuwe koper nog steeds de vrije beschikking ontzegd wordt van het onroerend goed, nu (de eisers) volgens de laatst neergelegde conclusies nog steeds aldaar wonen.

De meest correcte herstelwijze van deze fout is in de gegeven omstandigheden de opheffing of nietigverklaring van de litigieuze akte.

Het eerste vonnis dient dan ook bevestigd waar het tot de nietigverklaring van de notariële akte besloot, weze het op andere gronden.

Het feit dat een en ander notarieel gebeurde doet hieraan niets af. Het hoort niet tot de taak van de notaris de oogmerken van de contracterende partijen te acteren, laat staan deze op hun waarachtigheid te toetsen.

Ook het feit dat de huurovereenkomst kennelijk verder werd uitgevoerd is - zoals hoger gebleken - enkel van aard hetgeen voorafgaat te bevestigen. Een dergelijke nietigheid kan geenszins worden 'gedekt' door de houding van de partijen, laat staan in de alhier gegeven bijzondere omstandigheden.

Meteen dient niet verder ingegaan op de al dan niet toelaatbaarheid van de vrijwillige tussenkomst van de curatele in hoger beroep waar dit andere - minder conservatoire - aanspraken nastreefde" (p. 5-14. folio's 1786-1795 van het bestreden arrest).

Grieven

(...)

1.2. Tweede onderdeel

Te dezen staat vast dat de initiële vordering in eerste aanleg werd ingesteld door tweede verweerster, die als kredietverleenster en hypothecaire schuldeiseres haar schuldenares, te dezen derde verweerster, samen met eisers had gedagvaard teneinde de nietigverklaring te horen uitspreken van de notariële overeenkomst van 6 juni 1990 waarbij derde verweerster de door haar aangekochte en in het voordeel van tweede verweerster gehypothekeerde villa met garage verhuurde aan eisers. In het beroepen vonnis van 22 juni 1993 werd deze vordering gegrond verklaard en werd voor recht gezegd dat de notariële huurovereenkomst van 6 juni 1990 nietig is.

Zo ook staat vast dat de gehypothekeerde villa, samen met het eveneens ten voordele van tweede verweerster gehypothekeerde "complex fabrieksgebouwen", naar aanleiding van het door tweede verweerster benaarstigde uitvoerend beslag op deze goederen, in augustus 1994 openbaar werd verkocht aan eerste verweerster, die nadien failliet werd verklaard en werd vertegenwoordigd door haar curator, terwijl evenmin werd betwist dat de hypothecaire schuldvordering van tweede verweerster door de opbrengst van deze openbare verkoop volledig werd voldaan.

Dit laatste noopte de appèlrechtters ertoe te oordelen dat de oorspronkelijke vordering van tweede verweerster - d.w.z. de vordering tot nietigverklaring van de huurovereenkomst van 6 juni 1990 - te dezen "zonder voorwerp" was geworden. De vrijwillige tussenkomst van eerste verweerster werd evenwel toelaatbaar verklaard "inzoverre hierbij wordt aangesloten bij de stelling van de oorspronkelijk eisende partij die resulteerde in de

vernietiging van het notarieel huurcontract uitgesproken in het bestreden vonnis". Op grond van de theorie van de "derde-medeplichtigheid aan contractbreuk" verklaart het hof van beroep de notariële huurovereenkomst van 6 juni 1990 vervolgens nietig, nu die huurovereenkomst was verboden door de bepalingen van de tussen tweede verweerster als uitlener en derde verweerster als ontlener gesloten hypothecaire leningovereenkomst.

In die context kon het hof van beroep niet wettig oordelen dat de huurovereenkomst van 6 juni 1990 nietig moet worden verklaard en dat die beslissing "gemeen" is aan eerste verweerster, die immers slechts voor het eerst in hoger beroep vrijwillig tussenkwam. Op die manier verkrijgt eerste verweerster, die te dezen niet optrad als rechtsopvolger van tweede verweerster, immers voor het eerst in hoger beroep een veroordeling, nl. een beslissing tot nietigverklaring van de huurovereenkomst. Dit laatste is onwettig, nu artikel 812 van het Gerechtelijk Wetboek voorschrijft dat tussenkomst tot het verkrijgen van een veroordeling niet voor de eerste maal kan plaatsvinden in hoger beroep.

De bedenking van de appèlrechters dat het in artikel 812 van het Gerechtelijk Wetboek neergelegde voorschrift niet van openbare orde is (p. 6, folio 1787 van het bestreden arrest), evenals de bedenking dat de eisers door de vrijwillige tussenkomst van eerste verweerster niet "verrast" konden worden of niet werden gekrenkt in hun rechten van verdediging (p. 9, folio 1790 van het bestreden arrest), is in dit verband niet relevant en doet geen afbreuk aan het in het tweede lid van artikel 812 van het Gerechtelijk Wetboek omschreven verbod van een agressieve tussenkomst voor het eerst in hoger beroep. Een dergelijke agressieve tussenkomst wordt te dezen door het hof van beroep wel toegekend: nu de vordering van tweede verweerster "zonder voorwerp" werd verklaard, is eerste verweerster de enige in wiens voordeel de veroordeling - te dezen de nietigverklaring van de huurovereenkomst van 6 juni 1990 - werd uitgesproken.

De appèlrechters miskennen derhalve het aangehaalde artikel 812 van het Gerechtelijk Wetboek door ten voordele van eerste verweerster voor het eerst in hoger beroep een veroordeling uit te spreken.

(...)

IV. Beslissing van het Hof

1. Eerste middel

(...)

1.2. Tweede onderdeel

Overwegende dat in burgerlijke zaken, overeenkomstig artikel 812 van het Gerechtelijk Wetboek, een partij voor de eerste maal in hoger beroep kan tussenkomen als haar tussenkomst niet strekt tot het bekomen van een veroordeling maar tot het bevestigen van het beroepen vonnis en zich daarbij alleen aansluit bij de stelling van andere partijen;

Dat de tussenkomst in de grenzen moet blijven van het debat zoals het gevoerd is voor de appèlrechter;

Dat wanneer in de loop van het geding in hoger beroep de partij bij wie de tussenkomende partij aansluit, haar vordering wijzigt omdat zij ondertussen betaling heeft verkregen, dit feit niet tot gevolg heeft dat de tussenkomst niet ontvankelijk wordt;

Dat het onrechtstreeks nuttig gevolg van een vrijwillige tussenkomst de toelaatbaarheid ervan niet beïnvloedt;

Overwegende dat de appèlrechters vaststellen dat tweede verweerster in

conclusie voor de appèlrechters gevraagd heeft dat haar oorspronkelijke stelling ingenomen voor de eerste rechter gegrond zou worden bevonden en dat de eerste verweerder zich enkel aansluit bij die vordering;

Dat zij hieruit afleiden dat de vrijwillige tussenkomst volkomen regelmatig en toelaatbaar is;

Dat zij aldus hun beslissing naar recht verantwoordend;

Dat het onderdeel niet kan worden aangenomen;

(...)

OM DIE REDENEN,

HET HOF,

Verwerpt het cassatieberoep;

Veroordeelt de eisers in de kosten.

8 april 2005 - 1° kamer – Voorzitter: de h. Verougstraete, voorzitter – Verslaggever: de h. Dirix – Andersluidende conclusie van de h. Thijs, advocaat-generaal – Advocaat: mr. Geinger.

Nr. 213

1° KAMER - 8 april 2005

BELASTING OVER DE TOEGEVOEGDE WAARDE - NIET VOOR AFTREK IN AANMERKING KOMENDE BELASTING - BELASTING OP KOSTEN VAN ONTHAAL - KOSTEN VAN ONTHAAL – BEGRIP.

Als kosten van onthaal, waarvan de erop geheven B.T.W. niet aftrekbaar is, komen in aanmerking, de kosten gedaan voor onthaal en ontvangst, desgevallend gepaard gaande met vermaak of ontspanning, van aan het bedrijf vreemde bezoekers, inzonderheid klanten en leveranciers, met het oog op het bestendigen of verstevigen van zakelijke relaties; wanneer de betrokken activiteit evenwel hoofdzakelijk en rechtstreeks tot doel heeft de eindkoper in te lichten over het bestaan en de hoedanigheden van een product of dienst met de bedoeling de verkoop ervan te bevorderen, is zij een reclame waarvan de kosten niet van aftrek uitgesloten zijn¹. (Art. 45, §1, 1° en §3, 4° W.B.T.W.)

(BELGISCHE STAAT - Minister van Financiën T. SANOMA MAGAZINES BELGIUM N.V.)

Conclusie van de heer advocaat-generaal D. Thijs:

1. Het Hof van Beroep te Antwerpen diende in deze zaak te beoordelen of de B.T.W. op de door verweerster in 1990 en 1991 betaalde facturen voor het inrichten van feestelijkheden in het kader van de promotie van door haar uitgegeven tijdschriften, waarop cliënten en toekomstige cliënten uitgenodigd waren, als publiciteitskosten voor aftrek in aanmerking kwamen op grond van artikel 45, §1, 1° van het B.T.W.-Wetboek, dan wel diende gekwalificeerd te worden als B.T.W. op “kosten van onthaal”, waarvan de aftrek door artikel 45, §3, 4° van dat wetboek niet wordt toegestaan.

In eerste aanleg had de Eerste Rechter op basis van de feitelijke elementen besloten dat de B.T.W. wel degelijk betrekking had op publicitaire acties strekkende tot een verhoogde

¹ Zie de conclusie van het O.M.

verkoop en er van “kosten van onthaal” in de zin van bedoeld artikel 45, §3, 4° geen sprake kon zijn, onder meer gelet op het gebrek aan definitie van dit laatste begrip in de Belgische rechtsorde en verwijzend naar rechtspraak van het Europees Hof van Justitie van 17 november 1993.

Het hof van beroep bevestigde het vonnis a quo met het thans bestreden arrest.

2. In het enig middel tot cassatie verwijt eiser het arrest de toepassing van artikel 45, §3, 4° van de hand te hebben gewezen op grond van het publicitair karakter van de litigieuze uitgaven, doch zonder na te gaan of de uitgaven al dan niet naar hun aard als uitgaven van onthaal aan te merken zijn. Volgens eiser kan bestaan van publicitaire doeleinden immers niet volstaan om de B.T.W. op uitgaven, die materieel als kosten van onthaal aan te merken zijn, aan bedoeld voorschrift te doen ontsnappen. Essentieel is volgens eiser, dus niet het doel, dat wellicht altijd publicitair zal zijn, maar wel de aard van de uitgaven: bij een onthaal wordt aan de gasten spijs en drank aangeboden, met naargelang de gevallen bloemen, vermaak en dergelijke.

(...)

4. Het begrip ‘kosten van onthaal’ wordt noch in de wet, noch in de voorbereidende werken omschreven.

De B.T.W.-Administratie omschrijft dit begrip in zijn Aanschrijving nr. 103 van 31 december 1970 als “de kosten op het stuk van public-relations gedaan voor onthaal, ontvangst en vermaak of ontspanning van aan het bedrijf vreemde bezoekers, inzonderheid leveranciers en klanten. Hiermee wordt alle B.T.W. bedoeld die betrekking heeft op onthaal.” (“aanschrijving nr. 103 van 31 december 1970”, *B.T.W. Gecoördineerde aanschrijvingen*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1988, nr. 103/1970, §15).

De bedoeling van de wetgever is geweest de B.T.W. geheven van kosten die geen louter professioneel karakter hebben, van de aftrek uit te sluiten.

Kosten die wél een louter professioneel karakter hebben, volgen immers de algemene regel van artikel 45, §1 van het B.T.W.-Wetboek: de B.T.W. betaald op kosten voor het verrichten van aan de B.T.W. onderworpen leveringen of diensten, komt integraal voor aftrek in aanmerking.

In deze zin bepaalt ook artikel 17, 6° van de Zesde E.E.G. – richtlijn – bepaling analoog aan art. 45, §1 van het B.T.W.-Wetboek – dat “ (...) de uitgaven die geen strikt professioneel karakter hebben, zoals weelde-uitgaven en uitgaven voor ontspanning of representatie, (...) van aftrek zullen zijn uitgesloten.

In dit verband kan ook verwezen worden naar het Eerste Rapport bij de Zesde Richtlijn dat aangaande de niet-aftrekbaarheid van bepaalde uitgaven van de belastingplichtige het volgende opmerkt:

“Het recht om zekere categorieën van uitgaven als niet-aftrekbaar te beschouwen, is toegelaten sedert de aanvaarding van de Tweede Richtlijn van 11 april 1967, artikel 11 (4) welk voorziet in de optie om uit het aftreksysteem uit te sluiten de goederen en diensten welke ‘uitsluitend of gedeeltelijk kunnen gebruikt worden voor de private noden van de belastbare persoon of van zijn staff’ (Zie B. TERRA en J. KAJUS, *A guide to the Sixth VAT Directive-Commentary to the Value Added Tax of the European Community*, IBFD Publications, 1991, p. 929).

Ter zake weze gepreciseerd dat de aftrekbeperking van artikel 45, §3, 4° van het B.T.W.-Wetboek in uitvoering van de Tweede Richtlijn reeds sinds 1969 is opgenomen in het B.T.W.-Wetboek en dat bedoelde beperking ook na de inwerkingtreding van de Zesde B.T.W.-richtlijn gehandhaafd blijft (cfr. infra).

Een en ander impliceert aldus dat de feitenrechter aan de hand van de feitelijke

gegevens van de zaak zal dienen na te gaan of de gemaakte kosten al dan niet betrekking hebben op goederen of diensten welke uitsluitend of gedeeltelijk kunnen gebruikt worden voor 'de private noden van de belastbare persoon of van zijn staff'.

5. Voorts kan verwezen worden naar het antwoord van de Minister van Financiën op een parlementaire vraag van senator Destexhe dd. 20 juni 1997 (*Vr. en Antw. Senaat*, 9 september 1997, p. 2700-2701, nr. 1-53):

“Artikel 45, §3, 4° van het B.T.W.-Wetboek sluit het recht op aftrek uit voor de B.T.W. geheven van kosten van onthaal. De kosten die door deze bepaling worden beoogd, zijn de door een bedrijf op het stuk van public relations gedane kosten voor onthaal, ontvangst en vermaak van aan het bedrijf vreemde bezoekers, met name de leveranciers en de klanten. Het betreft onder meer hotel- en restaurantkosten, kosten van traiteurs, kosten voor aankoop van dranken en levensmiddelen, bloemen, enz.

Dit is duidelijk het geval in de door het geachte lid geschetste situatie, waarbij door een handelaar kosten worden gemaakt met het oog op de organisatie van een receptie in zijn inrichting teneinde een grotere lokale bekendheid te krijgen.

Ook al kan niet ontkend worden dat de betreffende handelaar op die manier zijn verkoop wenst te stimuleren, toch gaat het niet om een eigenlijke publiciteitsverrichting, aangezien deze, volgens het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, het overbrengen van een boodschap impliceert waarin de kwaliteiten van een product of een dienst uitdrukkelijk worden aangeprezen.”

De Minister van Financiën erkent aldus dat wel degelijk de bedoeling van de gemaakte kosten moet nagegaan worden. De in het tweede lid van het antwoord gebruikte termen “met het oog op” en “ten einde” wijzen dit klaar en duidelijk uit, evenals het tegenover elkaar plaatsen van het krijgen van een lokale bekendheid en het overbrengen van een boodschap.

De Minister laat er voorts geen twijfel over bestaan dat ten aanzien van kosten van onthaal een onderscheid moet worden gemaakt tussen enerzijds kosten voor een receptie zonder uitdrukkelijke boodschap ter aanprijzing van een product en anderzijds kosten voor een publiciteitsverrichting die de overbrenging van een dergelijke boodschap impliceert.

6. Het standpunt van eiser in cassatie dat louter dient gekeken te worden naar de aard van de kosten, zonder verder acht te slaan op de bedoeling van de belastingplichtige of de context waarin de kosten werden gedaan, blijkt ook in de fiscale praktijk niet te worden gevolgd.

6.1. Zo besliste de B.T.W.-Administratie dat de kosten betreffende de terbeschikkingstelling van hostessen die op het Autosalon mooi staan te wezen naast de tentoongestelde auto's om een voor het publiek aangenaam klimaat te scheppen, niet als kosten van onthaal worden aangemerkt (Besl. van 14 januari 1977, nr. E.T. 23.318, nr. 676, *B.T.W.-Revue*, p. 905, nr. 37), terwijl bedoelde kosten door enkel acht te slaan op hun aard automatisch als kosten van onthaal zouden dienen te worden gekwalificeerd;

6.2. Terzake kan tevens verwezen worden naar de stellingname van de B.T.W.-Administratie ten aanzien van het gebruik van business-seats en loges, in volgende bewoordingen:

“Daarentegen worden niet als kosten van onthaal bedoeld in bovengenoemd artikel 45, §3, 4°, maar als publiciteitskosten aangemerkt de door ondernemingen gedane uitgaven met betrekking tot het gebruik van business-seats en loges voor zover bedoelde ondernemingen door middel van die business-seats en loges onder één of andere vorm publiciteit voeren” (Besl. van 7 en 10 juli 1989, nr. E.T. 63.540, *B.T.W.-Revue*, Nr. 88/11/89, p. 433, nr. 915);

6.3. Bij beslissing van 22 januari 1991 oordeelde de B.T.W.- Administratie verder dat “(...) de voormelde regels mutatis mutandis van toepassing zijn ten aanzien van andere sportmanifestaties (tennis, volleybal, enz.) en van culturele manifestaties (theater, bioscoop, concerten, enz.) waarvan de organisatie onderworpen is aan de B.T.W.” (Besl. van 22 januari 1991, nr. E.T. 70.979, *B.T.W.-Revue*, Nr. 94/3/91, p. 147, nr. 940).

7. De verwerping van de aftrek van de B.T.W. betaald voor kosten van onthaal betreft een uitzondering op de algemene regel van artikel 45 van het B.T.W.-Wetboek, krachtens welke bepaling de B.T.W. in aftrek kan worden gebracht, wanneer deze wordt betaald voor het verkrijgen van goederen of diensten in zover diezelfde goederen of diensten worden gebruikt voor het verrichten van handelingen die zelf onderworpen zijn aan de B.T.W.. De beperking van het recht op aftrek waarin artikel 45, §3, 4^o van het B.T.W.-Wetboek voorziet ten aanzien van de kosten van onthaal, dient dan ook strikt te worden geïnterpreteerd, mede gelet op het legaliteitsbeginsel neergelegd in artikel 170 van de Grondwet (cfr. Cass., 28 mei 1942, *J. Prat. Dr. Fisc.* 1942, 45).

8. Het Hof van Justitie boog zich in het verleden reeds over de problematiek van de aftrek van voorbelasting op publiciteitskosten (H.v.J., zaak C-73/92 van 17 november 1993, *Jur. H.v.J.* 1993, I, 6009; *B.T.W.-revue*, 1994, 769 en zaak C-69/92 van 17 november 1993, *B.T.W.-revue* 1994, 769). In drie arresten van 17 november 1993 gaf het Hof een definitie van het begrip diensten op het gebied van reclame. Het is volgens het Hof voldoende dat een promotieactiviteit, zoals de verkoop van goederen tegen kortingprijzen, het gratis uitdelen van producten, de levering van diensten tegen een gereduceerd tarief of om niet, de organisatie van een cocktailparty of een banket, neerkomt op een boodschap om het publiek in te lichten over het bestaan en de kwaliteiten van het aangeprezen product of de aangeprezen dienst met het doel de verkoop ervan te doen toenemen, om deze promotieactiviteit te kunnen aanmerken als een dienst op het gebied van reclame in de zin van artikel 9, tweede lid, sub c, van de Zesde richtlijn. Vallen derhalve op grond van deze definitie onder het begrip reclame van artikel 9 van de Zesde richtlijn:

- de diensten van een reclamebedrijf in het kader van diverse manifestaties zoals recreatieve bijeenkomsten, cocktailparty's en dergelijke;
- de diensten die worden verricht in het kader van “public-relations”-manifestaties, zoals persconferenties, seminars enz. ...
- promotieactiviteiten.

Het is wel noodzakelijk dat deze activiteiten neerkomen op een boodschap om het publiek in te lichten over het bestaan en de kwaliteiten van het aangeprezen product of de aangeprezen dienst met het doel de verkoop ervan te doen toenemen.

Volgens het Hof EG houdt het begrip “reclame” bijgevolg noodzakelijk de verspreiding van een boodschap in die tot doel heeft de consument op de hoogte te brengen van het bestaan en de hoedanigheden van een product of dienst teneinde de verkoop ervan te bevorderen. Normaliter gebeurt de verspreiding van een reclameboodschap door middel van woord en beeld (in de pers, op radio of televisie of door middel van folders e.d.m.). Door de mogelijkheid te scheppen om publiciteit te voeren door andere middelen zou het Hof, volgens de rechtsleer, de deur op een kier gezet hebben voor een onderscheid tussen kosten van onthaal (BTW niet aftrekbaar) en kosten van publiciteit waarvan de B.T.W. aftrekbaar is (T. VANHALLE en S. REYNERS, “Het onderscheid tussen de begrippen kosten van onthaal en publiciteitskosten in de B.T.W.-administratie: de nieuwe toren van Babel?”, noot onder Antwerpen, 15 maart 1999, *T.F.R.* 1999, 660).

In het licht van deze rechtspraak is het mogelijk om kosten die gemaakt zijn voor het organiseren van een receptie of een banket met als doel de verkoop te stimuleren, te kwalificeren als een publiciteitskost zolang er een duidelijk en rechtstreeks verband is

tussen de uitgave en de reclamedoeleinden.

9. Men mag niet uit het oog verliezen dat het Hof EG in 1993 slechts oordeelde over de B.T.W.-technische kwalificatie van een aantal handelingen rekening houdend met begrip “diensten op het gebied van de reclame”, zoals bedoeld in artikel 9.2.e van de Zesde B.T.W.-richtlijn. De omstandigheid dat het Hof van Justitie in deze arresten een zeer brede omschrijving heeft gegeven van het begrip “diensten op het gebied van de reclame” lijkt niet onmiddellijk relevant voor de interpretatie van het begrip “kosten van onthaal” naar Belgisch recht (Anders o.m. P. VANDENDRIESSCHE, “Kosten van onthaal of publiciteit: waar ligt de grens?”, *Fiskoloog* 1997, p. 6-7, nr. 634; T. VANHALLE en S. REYNDERS, “Het onderscheid tussen de begrippen kosten van onthaal en publiciteitskosten in de B.T.W.-administratie: de nieuwe toren van Babel?”, *T.F.R.* 1999, 660 en 662).

Daarnaast moet worden beklemtoond dat de beperking van artikel 45, §3, 4° W.B.T.W. reeds sinds 1969 is opgenomen in het BTW-wetboek. Deze oude uitsluiting van het recht op aftrek is niet strijdig met de Zesde B.T.W.-richtlijn. Artikel 17.6 Zesde B.T.W.-richtlijn luidt als volgt: “Uiterlijk binnen vier jaar te rekenen vanaf de datum van inwerkingtreding, van deze richtlijn, bepaalt de Raad, op voorstel van de Commissie, met eenparigheid van stemmen, voor welke uitgaven geen recht op aftrek van de belasting over de toegevoegde waarde bestaat. De uitgaven die geen strikt professioneel karakter hebben, zoals weelde-uitgaven en uitgaven voor ontspanning of representatie zijn in elk geval van het recht op aftrek uitgesloten. Totdat de hierboven bedoelde voorschriften in werking treden kunnen de Lidstaten elke uitsluiting handhaven waarin hun wetgeving ten tijde van de inwerkingtreding van deze richtlijn voorzagt”. In een belangrijk arrest van 18 juni 1998 was de interpretatie van deze bepaling aan de orde. Het Hof EG oordeelde dat een nationale regeling inzake belasting over de toegevoegde waarde, die reeds bestond bij de inwerkingtreding van de Zesde richtlijn en die de aftrekbaarheid van belasting uitsluit voor vervoermiddelen die het gereedschap van de werkzaamheid van de belastingplichtige vormen, niet in strijd is met artikel 17, tweede lid van de richtlijn, aangezien artikel 17, zesde lid, van die richtlijn de lidstaten toestaat, tot de inwerkingtreding van door de Raad vast te stellen voorschriften elke uitsluiting van het recht op aftrek te handhaven waarin hun wetgeving ten tijde van de inwerkingtreding van de richtlijn voorzagt (H.v.J., zaak C-43/96 van 18 juni 1998, *Jur. H.v.J.* 1998, I, 3903, met conclusie Advocaat-generaal F.G. JACOBS; Vgl. K.M. BRAUN, *Aftrek van voorbelasting in de B.T.W.*, p. 237, nr. 11.3.2).

In het licht van deze rechtspraak kan er geen twijfel over bestaan dat de reeds in 1969 bestaande aftrekbeperking van artikel 45, §3, 4° W.B.T.W. ook na de Zesde B.T.W.-richtlijn onveranderd kan worden toegepast.

De voorziening van de Belgische Staat merkt dan ook terecht op dat het bestreden arrest ten onrechte stelt dat de bepaling die de aftrek van de terzake betaalde BTW verbiedt, moet geïnterpreteerd worden conform aan de Zesde richtlijn. De richtlijn is inderdaad niet relevant voor de interpretatie van artikel 45, §3, 4° W.B.T.W.

10. Uit het voorgaande volgt dat het middel faalt naar recht nu het ervan uitgaat dat, om na te gaan of bepaalde kosten als kosten van onthaal dienen te worden gekwalificeerd, enkel de aard van de kosten relevant is, zonder verder acht te slaan op de bedoeling van de belastingplichtige of de context waarin de kosten werden gedaan.

Besluit: Verwerping.

ARREST

(A.R. C.02.0419.N)

I. Bestreden beslissing

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, op 15 maart 1999 gewezen door

het Hof van Beroep te Antwerpen.

II. Rechtspleging voor het Hof

Raadsheer Ghislain Londers heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Dirk Thijs heeft geconcludeerd.

III. Feiten

De feiten worden in het verzoekschrift als volgt omschreven: Verweerster heeft in 1990 en 1991 diverse facturen betaald voor het inrichten van feestelijkheden waarop cliënten (afnemers of verhoopte toekomstige afnemers van haar publicaties) uitgenodigd waren. In het arrest wordt gepreciseerd dat gezorgd werd voor spijs en drank, vermaak en ontspanning, ten bate van de genodigden.

De vraag is of deze uitgaven moeten aangemerkt worden als "kosten van onthaal" in de zin van artikel 45, §3, 4° van het BTW-Wetboek, in welk geval de daarop betaalde BTW, door de betrokken belastingplichtige niet in aftrek mag gebracht worden van de BTW die hij aan de Schatkist moet afdragen.

Verweerster hield voor dat de besproken uitgaven integraal als publiciteitskosten aan te merken waren en dat de daarop slaande BTW daarom niet als "kosten van onthaal" mochten behandeld worden, doch wel onder de algemene regel van de aftrekbaarheid vielen.

Op de vordering van de administratie heeft verweerster de BTW, die zij in haar aangifte in aftrek had opgenomen, onder voorbehoud betaald, waarna zij terugbetaling ervan heeft gevorderd.

De eerste rechter heeft deze aanspraak ingewilligd, daarin gevolgd door het hof van beroep in het aangevochten arrest.

IV. Middel

Eiser voert in zijn verzoekschrift een middel aan.

Geschonden wettelijke bepalingen

- artikel 45, §1, 1° en §3, 4° van de wet van 3 juli 1969 houdende invoering van het wetboek van de belasting op de toegevoegde waarde, in de tekst in voege in de jaren 1990 en 1991, hetzij vóór het in werking treden van de wijzigingen aangebracht bij de wet van 28 december 1992;

- en voor zoveel als nodige artikel 16, punt 6 van de Zesde Richtlijn van de Raad van Ministers van de Europese Gemeenschappen van 17 mei 1977, betreffende de harmonisatie van de wetgevingen der Lid-Staten inzake omzetbelasting - Gemeenschappelijk stelsel van belasting over de toegevoegde waarde: uniforme grondslag (hierna: Zesde Richtlijn).

Aangevochten beslissingen

Het Hof van Beroep te Antwerpen, rechtdoende op het hoger beroep van eiser, verklaart dit beroep ongegrond en bevestigt de uitspraak van de eerste rechter op grond van de volgende motieven:

"De betwisting tussen de partijen handelt over de preciese draagwijdte van het begrip 'kosten van onthaal'.

De fiscus omschrijft het begrip 'kosten van onthaal' als kosten die een bedrijf maakt op het stuk van public relations voor onthaal, ontvangst en vermaak of ontspanning van aan het bedrijf vreemde bezoekers, inzonderheid leveranciers en klanten. NV Medixaxis verde-

digd dat de uitgaven die met reclamedoeleinden worden gemaakt een professioneel karakter hebben, en dan moeten worden uitgesloten van de 'kosten van onthaal'.

Artikel 45, §1 van het BTW-Wetboek bevat het principe dat elke belastingplichtige de belasting die geheven werd op aan hem geleverde goederen en verleende diensten in aftrek mag brengen op de belasting die hij verschuldigd is. Artikel 45, §3, 4^o, dat de aftrek verbiedt van de BTW terzake van kosten van onthaal houdt hierop een uitzondering in, en moet daarom restrictief worden geïnterpreteerd.

Bij gebreke aan wettelijke omschrijving van dit begrip moet deze bepaling, die het recht op aftrek beperkt, worden geïnterpreteerd conform aan de Zesde Europese Richtlijn. In artikel 17.6 bepaalt deze richtlijn onder meer dat de uitgaven die geen strikt professioneel karakter hebben zoals weelde-uitgaven voor ontspanning of representatie, in elk geval van het recht op aftrek uitgesloten zijn.

Gelet op het onderscheid dat in deze richtlijn wordt gemaakt tussen uitgaven met een professioneel karakter en uitgaven voor ontspanning en representatie, moet het toepassingsveld van het begrip 'kosten van onthaal' worden beperkt tot die kosten die ten behoeve van klanten of gasten worden gemaakt, zonder dat een ander voordeel wordt nagestreefd dan het creëren van een algemeen gunstige atmosfeer ten overstaan van de onderneming.

Indien de kosten daarentegen de directe verkoop beogen of worden gemaakt met het oog op de publiciteit voor welbepaalde producten, gaat het om publiciteit. Het gaat dan om uitgaven met een strikt professioneel karakter en niet om uitgaven voor ontspanning of representatie. Dat deze publiciteit wordt gebracht onder omstandigheden die aan de genietter van de uitgave vermaak of ontspanning bieden en deze uitgave zich in de sfeer van het eindgebruik bevindt, doet dan aan het strikt professioneel karakter van de uitgave geen afbreuk.

Het hof stelt vast dat ook de fiscus deze interpretatie toepast, wat blijkt uit:

1. de administratieve beslissing van 7 en 10 juli 1989 nr. E.T. 63.540, waarbij niet als kosten van onthaal worden aangemerkt maar als publiciteitskosten, de door ondernemingen gedane uitgaven met betrekking tot het gebruik van business-seats en loges voor zover deze ondernemingen door middel van die business-seats en loges onder één of andere vorm publiciteit voeren (*BTW revue* nr. 88/11/89, 433);

2. het antwoord van de minister van Financiën op parlementaire vraag nr. 269 van de heer D. van 20.06.1997, waaruit blijkt dat de minister als voorwaarde, opdat een uitgave als publiciteitsverrichting zou worden beschouwd in plaats van als kost van onthaal, stelt dat de verrichting het overbrengen van een boodschap impliceert waarin de kwaliteiten van een product of een dienst uitdrukkelijk worden aangeprezen. (*Vr. en Antw.* Senaat, 9 september 1977, (nr. 1-53), blz. 2700-2701).

Een nauwkeurig en concreet onderzoek van de voorgelegde stukken brengt aan het licht dat de gebeurtenissen, waarvan NV Mediaxis de organisatie toevertrouwd aan NV Any Time en die het voorwerp zijn van de voorliggende betwisting, daadwerkelijk dit effectief en concreet publicitair karakter hadden.

Lancering tijdschrift Feeling: NV Mediaxis heeft op 31 januari 1991 een lanceringsfeest ingericht naar aanleiding van haar nieuw tijdschrift Feeling, waarvan het eerste nummer op 1 februari 1991 verscheen. Uit de factuur van NV Any Time blijkt dat het om een gebeurtenis ging waar artiesten uit uiteenlopende genres optraden, waar voor spijs en drank werd gezorgd (zie de post 'catering') en waar 'Feeling' - regenschermen werden verspreid. De verkoop van de nummers van een nieuw tijdschrift hangt vanzelfsprekend af van de bekendheid die dit tijdschrift verwerft door de andere media. Een feest, speciaal georganiseerd om een nieuw tijdschrift bekend te maken, is in hoofdte van een uitgeverij duidelijk een loutere daad van publiciteit. De kosten die dergelijke gebeurtenis meebrengt

zijn zuivere professionele publiciteitskosten, en geen kosten van onthaal.

De gouden prosper en man en vrouw van het jaar: Uit de voorgebrachte stukken blijkt dat het weekblad Panorama/De Post jaarlijks een prijs uitreikt aan iemand die zich (volgens de door de redactie benoemde jury) verdienstelijk heeft gemaakt in het Belgische popmilieu (de gouden prosper), terwijl de lezers worden uitgenodigd jaarlijks de man en de vrouw van het jaar te kiezen. De verkiezing van de winnaar van de gouden prosper, en de huldiging van de mannen en vrouwen van het jaar vinden plaats tijdens een evenement dat door NV Mediaxis wordt georganiseerd. Naar aanleiding van de uitreiking van de gouden prosper worden popconcerten georganiseerd.

Uit het door NV Mediaxis neergelegde dossier blijkt dat deze beide verkiezingen bijzonder veel aandacht krijgen, zowel in het eigen weekblad - waar reeds weken vooraf artikels aan deze gebeurtenis worden besteed - als in de nationale pers, waar over de verkiezingen wordt bericht, telkens met de melding dat het om prijzen gaat die door Panorama worden uitgereikt.

In die omstandigheden moet worden besloten dat deze prijzen rechtstreeks de publicatie van het tijdschrift zelf betreffen en ertoe strekken te doen geloven dat het weekblad zich in het bijzonder interesseert aan, enerzijds, de popmuziek, anderzijds, maatschappelijk belangrijke geachte personen. Aldus grijpt NV Mediaxis deze gebeurtenissen aan om het eigen lezerspubliek aan zich te binden, en om een bredere lezerskring te verwerven. De kosten die gepaard gaan met de organisatie van de uitreiking van de prijzen zijn daarom geenszins als kosten van onthaal te beschouwen (des te minder overigens nu uit de publiciteit blijkt dat toegangstickets moeten worden gekocht), maar zijn zuivere publiciteitskosten.

De eerste rechter heeft dus terecht de vordering van NV Mediaxis gegrond bevonden".

Grievens

De kosten van onthaal omvatten, naar algemeen spraakgebruik, onder meer de kosten die door een natuurlijk persoon of door een vennootschap worden uitgegeven aan spijs, drank, bloemen of vermaak voor gasten en bezoekers.

De overweging, in het arrest, dat de bepaling die de aftrek van de terzake betaalde BTW verbiedt moet worden geïnterpreteerd conform aan de Zesde Europese Richtlijn, berust op een misverstand. De besproken bepaling van artikel 45, §3, 4° BTW-Wetboek bestond reeds voor het in werking treden van de genoemde Richtlijn. Artikel 17.6 van deze Richtlijn houdt in: a) dat in de toekomst een algemene maatregel op dit punt zal moeten uitgevaardigd worden; b) dat inmiddels de in de nationale wetten bestaande voorschriften mogen behouden worden. De bepaling betreffende de uitgaven die geen strikt professioneel karakter hebben, zoals weelde-uitgaven en uitgaven voor ontspanning of representatie, geldt als aanwijzing van hetgeen de aangekondigde toekomstige maatregelen in elk geval buiten de sfeer van de aftrekbare BTW zullen moeten laten. Zij heeft geenszins de betekenis dat de BTW die op andere uitgaven geheven werd wel aftrekbaar zal zijn.

Voor de interpretatie van het terzake toepasselijk artikel 45, §3, 4°, moet dus gezocht worden naar de bedoeling van de Belgische wetgever. Gelet op de samenhang met de andere in artikel 45 opgelegde uitsluitingen (tabak, logies, voeding en dranken), en met de algemene betekenis van het woord "onthaal" moet aangenomen worden dat het gaat om uitgaven die normaliter consumptie-uitgaven uitmaken voor de afnemer van de betrokken levering of dienstverrichting en dat de wetgever, met deze bepaling, heeft willen vermijden dat aldus zulke consumptie-uitgaven zouden ontsnappen aan de BTW, die fundamenteel elke privéverbruik moet treffen.

De bepaling van artikel 45, §3, 4°, moet dus begrepen worden als een uitzondering op de aftrekbaarheid van de BTW, in gevallen die anders in toepassing van artikel 45, §1,

wel aftrekbaar zouden zijn. Onder zulke uitgaven vallen normaal de uitgaven voor publiciteit. De vermelde uitzondering slaat dus ook op de uitgaven met publiciteitskarakter. Artikel 45, §3, 4°, anders interpreteren zou aan deze bepaling elke betekenis ontnemen.

De toepassing van artikel 45, §3, 4°, kan immers enkel in aanmerking komen voor uitgaven die ab initio aan de voorwaarden van artikel 45, §1, voldoen. Voor andere uitgaven zou de in artikel 45, §3, 4°, omschreven uitzondering geen zin hebben.

De beschouwing, dat de uitgaven in hoofde van de verstrekker een publicitair karakter vertonen, kan bijgevolg de toepassing van de besproken bepaling niet beïnvloeden. Voor de uitgaven van de beoogde categorie, met name kosten door een onderneming uitgegeven voor onthaal van personen die geen deel uitmaken van haar eigen bedrijfspersoneel, zal dit publicitair karakter inderdaad wellicht altijd aanwezig zijn. Zoniet zouden deze kosten immers niet aan het voorschrift van artikel 45, §1, voldoen, en zou er a priori geen recht op aftrek bestaan.

Het bestaan van publicitaire doeleinden kan dan ook niet volstaan om de BTW op uitgaven, die materieel als kosten van onthaal aan te merken zijn, aan het voorschrift van artikel 45, §3, 4° BTW-Wetboek te doen ontsnappen.

Essentieel is dus niet het doel, dat wellicht altijd publicitair zal zijn, maar wel de aard van de uitgaven: bij een onthaal wordt aan de gasten spijs en drank aangeboden, met naargelang de gevallen bloemen, vermaak en dergelijke.

De gevallen, waarin volgens het arrest de administratie zelf van haar stelling zou afwijken omwille van het publicitair karakter van de uitgave kunnen de hierboven omschreven stelling niet tegenspreken.

In het eerste geval (*BTW-Revue* nr. 109, blz. 641) wordt verduidelijkt dat het verlenen van het recht op aftrek ten aanzien van de BTW geheven van kosten voor het gebruik van business-seats en logies, die worden ter beschikking gesteld door sportclubs, een administratieve toegeving betreft die van het principe afwijkt, rekening houdend met bijzondere omstandigheden eigen aan dergelijke manifestaties, maar niet veralgemeenbaar is.

In het tweede geval wordt slechts gesteld dat de in de vraag beoogde (specifieke) situatie geen eigenlijke publiciteitsverrichting betreft. Het standpunt van de administratie, dat het bestaan van publicitaire doeleinden niet volstaat om de BTW op uitgaven die materieel als kosten van onthaal aan te merken zijn aan het voorschrift van artikel 45, §3, 4° van het BTW-Wetboek te doen ontsnappen, wordt hierdoor geenszins tegengesproken.

Hoe dan ook, een toegevend houding in het beoordelen van grensgevallen kan de correcte toepassing van het principe niet beïnvloeden.

Uit hetgeen voorafgaat blijkt dat de vaststellingen van de appèlrechters, bedoeld om het publicitair karakter van de besproken uitgaven aan te tonen, de uitspraak niet kunnen verantwoorden.

Hieruit volgt dat het arrest, waarbij de toepassing van artikel 45, §3, 4°, van de hand gewezen worden op grond van dit publicitair karakter doch zonder na te gaan of de uitgaven al dan niet naar hun aard als uitgaven van onthaal aan te merken zijn, bijgevolg in hoofdde artikel 45, §3, 4° BTW-Wetboek, en bijkomend de andere in de aanhef van dit middel aangeduide wetsbepalingen schendt.

IV. Beslissing van het Hof

Overwegende dat, krachtens artikel 45, §1.1° BTW-Wetboek, op de belasting die hij verschuldigd is terzake van de door hem verrichte leveringen en diensten, de belastingplichtige in aftrek mag brengen de belasting geheven van de aan hem geleverde goederen en verleende diensten en van de door hem ingevoerde goederen, voorzover hij die goederen en diensten gebruikt voor het verrichten

van handelingen onderworpen aan de belasting;

Dat, overeenkomstig artikel 45, §3, 4° van hetzelfde wetboek, niet voor aftrek in aanmerking komt de belasting ter zake van kosten van onthaal;

Dat als kosten van onthaal in aanmerking komen de kosten gedaan voor onthaal en ontvangst, desgevallend gepaard gaande met vermaak of ontspanning, van aan het bedrijf vreemde bezoekers, inzonderheid klanten en leveranciers, met het oog op het bestendigen of verstevigen van zakelijke relaties;

Dat evenwel wanneer de betrokken activiteit hoofdzakelijk en rechtstreeks tot doel heeft de eindkoper in te lichten over het bestaan en de hoedanigheden van een product of dienst met de bedoeling de verkoop ervan te bevorderen, zij een reclame is waarvan de kosten niet van aftrek uitgesloten zijn;

Overwegende dat het arrest oordeelt dat:

1. het toepassingsgebied van het begrip "kosten van onthaal" zich beperkt tot die kosten van ontspanning en vermaak die ten behoeve van klanten of gasten worden gemaakt, zonder dat een ander voordeel wordt nagestreefd dan het creëren van een algemeen gunstige atmosfeer ten overstaan van de onderneming;
2. indien de gedane kosten de directe verkoop beogen of worden gemaakt met het oog op de publiciteit voor welbepaalde producten, het om publiciteit en uitgaven gaat met een strikt professioneel karakter;

Dat het arrest vervolgens, op grond van de feitelijke omstandigheden van de zaak, oordeelt dat de voor rekening van verweerster door de NV Any Time Communication Event georganiseerde evenementen daadwerkelijk een effectief en concreet publicitair karakter hadden en dat het feit dat die publiciteit werd gebracht onder omstandigheden die aan de bezoeker van de evenementen vermaak of ontspanning bieden en dat de uitgaven zich in de sfeer van het eindverbruik bevinden, geen afbreuk doet aan het strikt professioneel karakter van die uitgaven;

Dat door aldus te oordelen, het arrest zijn beslissing dat de kosten van het organiseren van de bedoelde evenementen geen kosten van onthaal zijn in de zin van artikel 45, §3, 4° BTW-Wetboek, naar recht verantwoordt;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

OM DIE REDENEN,

HET HOF,

Verwerpt het cassatieberoep;

Veroordeelt eiser in de kosten.

8 april 2005 - 1° kamer – *Voorzitter*: de h. Verougstraete, voorzitter – *Verslaggever*: de h. Londers – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. Thijs, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. Claeys Bouúaert en Wouters.

Nr. 214**1° KAMER - 8 april 2005**

WRAKING - INCIDENT TER ZITTING - SCHORSING VAN DE ZITTING OM NAAR DE EERSTE
VOORZITTER VAN HET HOF TE GAAN - VERZOEK VAN EEN ADVOCaat OM NAAR DE STAFHOUDER TE
GAAN - AFWIJZING – GEVOLGEN.

De rechter die zijn verantwoordelijkheid met betrekking tot de leiding van de zitting uitoefent op een wijze die ten overstaan van de partijen en derden de indruk wekt dat hij niet geschikt is om met de nodige sereniteit, onafhankelijkheid en onpartijdigheid te oordelen, kan wegens gewettigde verdenking worden gewraakt. (Art. 828, 1° Ger.W.)

(B.)

ARREST

(A.R. C.05.0155.N)

I. Verzoek

Bij een met redenen omklede en ondertekende akte die op 25 maart 2005 ter griffie van het Hof van Beroep te Antwerpen is neergelegd, vraagt verzoeker de wraking van E. L., raadsheer in het Hof van Beroep te Antwerpen.

Die magistraat heeft op 29 maart 2005 de in artikel 836, tweede lid van het Gerechtelijk Wetboek voorgeschreven verklaring gesteld waarin zijn met redenen omklede weigering om zich van de zaak te onthouden vervat is.

II. Rechtspleging voor het Hof

Voorzitter Ivan Verougstraete heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Dirk Thijs heeft geconcludeerd.

III. Beslissing van het Hof

Overwegende dat het verzoek gegrond is op artikel 828, 1° en 12° van het Gerechtelijk Wetboek;

Overwegende dat verzoeker de betrokken magistraat volgende verwijten richt:

a. hij heeft verzoeker verplicht ter zitting bepaalde middelen uit zijn eerder neergelegde conclusie te schrappen zonder rechtvaardiging;

b. hij heeft verzoeker verweten te laat in de rechtspleging een klacht met stelling als burgerlijke partij te hebben neergelegd tegen de wederpartij, wat volgens de magistraat een gewoonte zou zijn van verzoeker;

c. hij heeft geweigerd dat zijn griffier zou acteren wat verzoeker wenste te laten acteren op de zitting;

d. hij heeft geweigerd in te gaan op het verzoek van verzoeker de stafhouder op de zitting te laten komen;

e. hij heeft de advocaat van verzoeker verplicht hem te volgen bij de eerste voorzitter van het Hof te Antwerpen;

f. hij heeft de zaak willen behandelen ondanks het feit dat de klacht door verzoeker neergelegd dit belette;

g. hij heeft geweigerd op het zittingsblad melding te maken van het verzoek tot

wraking;

h. hij heeft de versie van de feiten verdraaid op het zittingsblad;

i. hij heeft de advocaat van verzoeker willen verplichten onmiddellijk ter griffie een akte van wraking neer te leggen;

Overwegende dat de gronden tot wraking betrekking hebben op incidenten die zich voorgedaan hebben tussen de voorzitter van de kamer, raadsheer L., en de advocaat van verzoeker op de zittingen van 11 maart 2004 (feit a) en 17 februari 2005 (overige feiten);

Overwegende dat de gegevens vermeld op het proces-verbaal van de terechtzitting en genotuleerd door de griffier van de zitting in de regel de weergave zijn van het verloop van de feiten;

Overwegende dat uit het zittingsblad van 17 februari 2005 blijkt dat raadsheer L. het verzoek van de advocaat van W.B. naar de stafhouder te gaan, heeft afgewezen "omdat er daartoe geen aanleiding was";

Dat de beslissing van de rechter tijdens het debat geen opschorting toe te laten om de stafhouder te raadplegen behoort tot zijn bevoegdheid;

Dat evenwel uit datzelfde zittingsblad blijkt dat raadsheer L., na aanhoudende incidenten, de zitting heeft geschorst en de advocaten heeft uitgenodigd hun standpunt uiteen te zetten ten opzichte van de eerste voorzitter van het hof;

Dat raadsheer L. aldus zijn verantwoordelijkheid met betrekking tot de leiding van de zitting heeft uitgeoefend op een wijze die ten opzichte van de partijen en derden de indruk kon wekken dat hij niet geschikt is om te oordelen met de nodige sereniteit, onafhankelijkheid en onpartijdigheid;

Dat het verzoek in zoverre gegrond is;

OM DIE REDENEN,

HET HOF,

Zegt dat E.L., voorzitter van de kamer 5bis van het Hof van Beroep te Antwerpen, zich van de zaak n° 2002/AR/1100 zal onthouden;

Stelt gerechtsdeurwaarder R.R. aan, om het arrest ten verzoeken van de griffier binnen de achtenveertig uren aan de partijen te betekenen;

Gelet op artikel 841, lid 2 van het Gerechtelijk Wetboek, veroordeelt E.L. in de kosten;

8 april 2005 - 1° kamer – *Voorzitter en Verslaggever*: de h. Verougstraete, voorzitter – *Gelijklopende conclusie* van de h. Thijs, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. D. De Boeck, Brussel en F. Van Leemput, Antwerpen.

Nr. 215

3° KAMER - 11 april 2005

1° HUUR VAN GOEDEREN — HANDELSHUUR — EINDE (OPZEGGING.

HUURHERNIEUWING. ENZ.) - HUURHERNIEUWING - VOORWAARDEN - VERHUURDER - ANTWOORD ONDER ONTBINDEnde VOORWAARDE - GEVOLG.

2^o FAILLISSEMENT, FAILLISSEMENTSAKKOORD EN GERECHTELIJK AKKOORD — ALGEMEEN - FAILLISSEMENTSWET 18 APRIL 1851 - HANDELSHUURWET — ART. 14 — DRAAGWIJDTE.

3^o FAILLISSEMENT, FAILLISSEMENTSAKKOORD EN GERECHTELIJK AKKOORD — ALGEMEEN - FAILLISSEMENT - GOED BEHEER - CURATOR - HANDELSHUUROVEREENKOMST - GEFAILLEERDE VERHUURDER - HUURHERNIEUWING - ANTWOORD ONDER ONTBINDEnde VOORWAARDE - GEVOLG.

1^o *Wanneer op een regelmatige aanvraag om huurhernieuwing, het antwoord van de verhuurder gesteld is onder de ontbindende voorwaarde dat in het geval van de verkoop van het verhuurde goed, de koper nog het in voormeld artikel 14, tweede lid, bepaalde antwoord zal kunnen geven, is dit geen bindend antwoord¹.* (Art. 14, tweede lid Handelshuurwet)

2^o en 3^o *De Faillissementswet van 18 april 1851 houdt geen van het artikel 14 van de Handelshuurwet afwijkende bepalingen in; het goede beheer van een faillissement verleent de curator niet het recht aan de huurder die regelmatig een huurhernieuwing heeft gevraagd, een antwoord met een voorbehoud of een ontbindende voorwaarde te geven, evenmin als dit hem het recht ontzegt op het laatste van de antwoordtermijn antwoord te geven.* (Art. 14 Handelshuurwet; Faillissementswet 18 april 1851)

(BROUWERIJ CORSENDONK DISTRIBUTIE N.V. T. H.)

ARREST

(A.R. C.03.0383.N)

I. Bestreden beslissing

Het cassatieberoep is gericht tegen een vonnis, op 14 februari 2003 in hoger beroep gewezen door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen.

II. Rechtspleging voor het Hof

Bij beschikking van de eerste voorzitter van 15 februari 2005 werd deze zaak naar de derde kamer verwezen.

Afdelingsvoorzitter Ernest WaÛters heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Anne De Raeve heeft geconcludeerd.

III. Middelen

Eiseres voert in haar verzoekschrift een middel aan.

Geschonden wettelijke bepalingen

- de artikelen 1168, 1179, 1183, 1319, 1320 en 1322 van het Burgerlijk Wetboek;
- de artikelen 13, 14 en 18 van de wet van 30 april 1951, die afdeling IIbis "regels betreffende de handelshuur in het bijzonder" van Boek III, Titel VIII, Hoofdstuk II van het Burgerlijk Wetboek vormt (hierna: Handelshuurwet);
- de artikelen 444, 466 en 470 van de Faillissementswet van 18 april 1851, die boek III van het Wetboek van Koophandel vormt, zoals van kracht vóór de opheffing ervan bij wet van 8 augustus 1997;
- de artikelen 11, 16, 40, dit laatste artikel in zijn versie zoals van toepassing vóór de

1 Zie Cass., 18 sept. 1975, A.C. 1975, 91; 2 mei 1980, A.C. 1979-80, nr. 558.

wet van 4 september 2002, en 46 van de Faillissementswet van 8 augustus 1997.

Aangevochten beslissing

De rechtbank van eerste aanleg oordeelt in het bestreden vonnis dat het antwoord van curator Bosmans van 3 oktober 1997 op de door eiseres geformuleerde aanvraag tot huurhernieuwing rechtsgeldig is, beslist dat de handelshuurovereenkomst hernieuwd wordt voor een termijn van negen jaar ingaand op 1 februari 1999 aan dezelfde voorwaarden als de oorspronkelijke huur en veroordeelt eiseres tot betaling van achterstallige huurgelden vanaf mei 1999 tot december 2001 ten belope van 537.779 BEF (13.331,19 euro), meer intresten.

De rechtbank van eerste aanleg steunt deze beslissing, mede door overname van de redenen van het vonnis van de Vrederechter van het vijfde kanton te Antwerpen van 11 december 2001, op volgende gronden:

- Eigen gronden van het bestreden vonnis:

"De eerste rechter oordeelde in hoofdzaak dat het antwoord dat de curator van de failliete verhuurder aan (eiseres) gaf op de aanvraag van (eiseres) om huurhernieuwing, duidelijk is, te weten dat hij akkoord gaat met de aanvraag maar aan de geldende voorwaarden, ook wat de geïndexeerde huurprijs betreft. De eerste rechter oordeelt dat het voorbehoud van de curator diende beschouwd te worden als een ontbindende voorwaarde, nl. de mogelijk andersluidende houding van de nieuwe eigenaar die zich dan in casu wel diende te realiseren vóór 30 november 1997. De curator - zo oordeelt de eerste rechter verder - heeft daarbij de belangen van (eiseres) niet geschaad aangezien zij bij niet-akkoord onmiddellijk reeds kon dagvaarden, wat (eiseres) ook heeft gedaan". (vonnis, p. 4, in fine)

(...)

"De eerste rechter heeft om oordeelkundige redenen die in hoger beroep niet weerlegd worden en die de rechtbank tot de hare maakt, gevonnist zoals hiervoren samengevat.

De rechtbank benadrukt en voegt enkel nog toe wat volgt.

De curator heeft niets anders gedaan dan (eiseres) tijdig duidelijk te antwoorden dat de huur werd voortgezet aan de geldende voorwaarden, maar onder de ontbindende voorwaarde dat een opvolgende eigenaar-verhuurder, eveneens tijdig, een ander standpunt kon innemen. (Eiseres) wist dat zij zich met haar aanvraag om huurhernieuwing tot de curator van haar failliete verhuurder wendde en dat deze curator niet anders kon antwoorden.

Het antwoord van de curator is naar het oordeel van de rechtbank, gegeven de omstandigheden waarvan (eiseres) perfect op de hoogte was en de specifieke wettelijke opdracht eigen aan de curator van een faillissement, derhalve duidelijk en niet dubbelzinnig.

Het antwoord van de curator op de aanvraag om huurhernieuwing, nl. de voortzetting van de huur aan de toen geldende voorwaarden, is derhalve volkomen geldig". (vonnis, pp. 6-7),

- Gronden van het vonnis a quo van de vrederechter, die door de rechtbank worden overgenomen:

"(...) dat (eiseres) voorhoudt dat het antwoord de dato 3 oktober 1997 van de rechtsvoorganger van (verweerder) op de huurhernieuwingsaanvraag nietig is, zodat de huurhernieuwing als verworven dient beschouwd aan de voorwaarden, gesteld in de huurhernieuwingsaanvraag van 29 augustus 1997: alles blijft behouden, behalve de huurprijs die à 27.453 BEF per maand plus indexkoppeling werd voorgesteld.

(...) dat als reden van de nietigheid wordt voorgehouden dat het antwoord van 3 oktober 1997 dubbelzinnig was: het staat enerzijds de huurhernieuwing toe maar aan dezelfde voorwaarden als de lopende; anderzijds wordt voorbehoud gemaakt 'van verzet tegen de

huurhernieuwing of andere voorwaarden of aanbiedingen van derden, die desgevallend nog zouden betekend worden door de eventuele nieuwe eigenaar van het onroerend goed'.

(...) dat (eiseres) wist dat haar verhuurster NV Interbel failliet was gegaan, en zij terecht de huurhernieuwingsaanvraag heeft gericht tot de curator Mr. H. Bosmans.

(...) dat deze slechts over de wettelijke termijn van drie maanden beschikte om te antwoorden, zegge tot 29 november 1997.

(...) dat het antwoord van de curator de dato 3 oktober 1997 duidelijk is: hij gaat akkoord met de hernieuwingsaanvraag, maar dan aan de geldende voorwaarden, ook wat de (geïndexeerde) huurprijs betreft.

(...) dat voormeld voorbehoud van de curator in zijn brief dient beschouwd als een ontbindende voorwaarde, namelijk een andersluidende houding door een nieuwe eigenaar, maar die zich dan vanzelfsprekend dient te realiseren vóór 30 november 1997.

(...) dat een handelshuurder een periode van maximum drie maanden na zijn aanvraag tot huurhernieuwing moet dulden, gedurende dewelke hij onzeker is over de positie die de verhuurder zal innemen.

(...) dat de curator derhalve niets anders gedaan heeft dan de huurders tijdig duidelijk te antwoorden op zijn aanvraag, maar onder ontbindende voorwaarde dat een opvolgende eigenaar-verhuurder, eveneens tijdig, een ander standpunt zou innemen.

(...) dat (eiseres) zulke houding van de curator dient te aanvaarden, omdat het de plicht is van elke curator (gerechtelijk mandataris met een vereffeningsoverdracht) zowel de belangen van de (ge)failliteerde als deze van zijn schuldeisers te verdedigen, in casu het niet zonder meer hypothekeren van een onroerend goed van de massa met een nog lang lopende handelshuur.

(...) dat de curator daarbij de belangen van (eiseres) niet heeft geschaad: zij kon bij niet-akkoord onmiddellijk reeds dagvaarden, hetgeen zij heeft gedaan, juist omwille van het slechts ontbindende karakter van het geformuleerde voorbehoud.

(...) dat, mocht de ontbindende voorwaarde zich hebben vervuld vóór 30 november 1997, en (eiseres) in de wettelijke vormen de uiteindelijke houding van een nieuwe eigenaar ter kennis had gekregen, een nieuw verzet door (eiseres) perfect toelaatbaar zou zijn geweest.

(...) dat een duidelijke verbintenis onder een duidelijke ontbindende voorwaarde geen dubbelzinnig karakter heeft.

(...) dat uit de overgelegde stukken blijkt dat (verweerder) lang na 29 november 1997 de nieuwe eigenaar is geworden (definitieve toewijzing in publieke verkoop op 9 december 1998: ingenottreding vanaf 18 mei 1999), zodat de ontbindende voorwaarde zich niet heeft kunnen vervullen, en het voorbehoud uit de brief van 3 oktober 1997 van de curator derhalve zonder voorwerp is geworden, zonder daarbij (eiseres) enige schade te hebben toegebracht, nu haar verzet na het antwoord van de curator naar vorm en tijd regelmatig is". (vonnis van de Vrederechter van het vijfde kanton te Antwerpen van 11 december 2001, pp. 3-5).

Grieven

1. Overeenkomstig artikel 13 van de Handelshuurwet heeft de huurder het recht, bij voorkeur boven alle andere personen, de hernieuwing van zijn huurovereenkomst te verkrijgen om dezelfde handel voort te zetten, hetzij bij het verstrijken ervan, hetzij bij het verstrijken van de eerste of de tweede hernieuwing voor de duur van negen jaar.

De huurder die het recht op hernieuwing verlangt uit te oefenen, moet zulks overeenkomstig artikel 14 van de Handelshuurwet op straffe van verval bij exploit van gerechtsdeurwaarder of bij aangetekende brief ter kennis van de verhuurder brengen, ten vroegste

18 maanden en ten laatste 15 maanden vóór het eindigen van de lopende huur. De kennisgeving moet op straffe van nietigheid de voorwaarden opgeven waaronder de huurder zelf bereid is om de nieuwe huur aan te gaan en de vermelding bevatten dat de verhuurder geacht zal worden met de hernieuwing van de huur onder de voorgestelde voorwaarden in te stemmen, indien hij niet op dezelfde wijze binnen de drie maanden kennis geeft ofwel van zijn met redenen omklede weigering van hernieuwing, ofwel van andere voorwaarden of van het aanbod van een derde.

Artikel 18 van de Handelshuurwet bepaalt dat indien uit het in artikel 14 bedoelde antwoord blijkt dat de verhuurder de hernieuwing afhankelijk stelt van voorwaarden betreffende de huurprijs, de bijdrage in de lasten, de wijze van genot of andere modaliteiten van de huur, en indien omtrent die voorwaarden onenigheid blijft bestaan, de huurder zich tot de rechter wendt binnen dertig dagen na het antwoord van de verhuurder, op straffe van verval. De rechter doet uitspraak naar billijkheid.

2. In antwoord op de aanvraag tot huurhernieuwing kan de verhuurder die niet instemt met deze aanvraag, aldus binnen drie maanden na ontvangst ervan één van de drie in artikel 14 van Handelshuurwet voorziene standpunten innemen: hij kan kennis geven van zijn met redenen omklede weigering van huurhernieuwing, ofwel van andere voorwaarden of van het aanbod van een derde.

Indien de verhuurder binnen de wettelijke termijn van drie maanden niet reageert op de huurhernieuwingsaanvraag of een antwoord formuleert dat niet overeenstemt met één van de drie in artikel 14 van de Handelshuurwet voorziene hypothesen, wordt hij geacht met de hernieuwing van de huur onder de door de huurder voorgestelde voorwaarden in te stemmen en is de huurhernieuwing onder die voorwaarden door de huurder verworven.

Het is de verhuurder niet toegestaan zijn antwoord op de huurhernieuwingsaanvraag te formuleren onder voorbehoud of aan zijn aanvaarding van de huurhernieuwing een ontbindende voorwaarde te verbinden waardoor zijn aanvaarding later betwistbaar zou worden.

Het antwoord van de verhuurder op de huurhernieuwingsaanvraag is niet rechtsgeldig indien de verhuurder op de aanvraag van de huurder antwoordt de huurhernieuwing toe te staan, al dan niet onder andere voorwaarden dan deze die door de huurder werden voorgesteld, doch "onder voorbehoud van verzet tegen de huurhernieuwing of andere voorwaarden of aanbiedingen van derden die desgevallend nog zouden betekend worden door de eventuele nieuwe eigenaar van het onroerend goed".

Door dergelijk antwoord te formuleren, maakt de verhuurder niet duidelijk of al dan niet de huurhernieuwing wordt toegestaan en, zo ja, onder welke voorwaarden, zodat dit antwoord geen zekerheid aan de huurder verschaft. Met dergelijk antwoord geeft de verhuurder aldus geen kennis "ofwel van zijn met redenen omklede weigering van hernieuwing, ofwel van andere voorwaarden of van het aanbod van een derde", zoals voorgeschreven door artikel 14 van de Handelshuurwet.

Het antwoord "onder voorbehoud" of "onder ontbindende voorwaarde" impliceert de afwezigheid van een antwoord in de zin van artikel 14 van de Handelshuurwet en heeft tot gevolg dat de verhuurder geacht wordt met de huurhernieuwing onder de door de huurder voorgestelde voorwaarden in te stemmen.

3. Eiseres voerde in haar verzoekschrift tot hoger beroep en conclusie aan dat zij aan de curator van het faillissement van de NV Interbel, toenmalige eigenares van het gehuurde pand, een aanvraag tot huurhernieuwing richtte tegen dezelfde voorwaarden als deze die voorheen golden behalve wat de huurprijs betreft, die zij aanbood op 27.453 BEF per maand, geïndexeerd, te brengen.

De curator antwoordde op deze aanvraag, waarvan de geldigheid niet werd betwist, dat de huurhernieuwing kon worden toegestaan aan dezelfde voorwaarden als de lopende

huur met inbegrip van de geldende huurprijs. In dit antwoord maakte hij tevens in volgende termen een voorbehoud "Deze mededeling wordt u gedaan onder voorbehoud van verzet tegen de huurhernieuwing of andere voorwaarden of aanbiedingen van derden die desgevallend nog zouden betekend worden door de eventuele nieuwe eigenaar van het onroerend goed".

Eiseres betwistte de rechtsgeldigheid van het antwoord van curator Bosmans op haar verzoek tot huurhernieuwing. Aangezien het antwoord aan de zittende huurder geen enkele rechtszekerheid bood dient dit antwoord volgens eiseres als onbestaande, ongeldig en nietig te worden beschouwd en dient derhalve te worden besloten dat de huurhernieuwing aan eiseres verworven is aan de voorwaarden zoals voorgesteld in de aanvraag tot huurhernieuwing.

Eiseres voerde aldus aan:

"Aangezien conluante met betrekking tot een pand, gelegen te Antwerpen, Vlassenmarkt 8-10, huurhernieuwing had gevraagd welke in principe in diende te gaan op 1 februari 1999 om te eindigen op 31 januari 2008;

Dat deze huurhernieuwing werd gevraagd tegen dezelfde voorwaarden als diegene die voorheen golden met uitzondering evenwel van de huurprijs waar conluante in haar huurhernieuwingsaanvraag een gewijzigde huurprijs had aangeboden, te weten een verlaging van de huurprijs tot het bedrag van 680,54 euro per maand te koppelen aan de index, terwijl de overige voorwaarden ongewijzigd zouden blijven;

Aangezien de toenmalige eigenaar NV Interbel, in faling was verklaard en conluante de vraag tot huurhernieuwing dan ook richtte aan de curator, zijnde Mr. H. Bosmans;

De geldigheid van de huurhernieuwingsaanvraag werd en wordt niet betwist;

Aangezien de curator antwoordde dat de huurhernieuwing kon worden toegestaan tegen dezelfde voorwaarden als de lopende huur, en dit met inbegrip van de geldende huurprijs, maar anderzijds in dit antwoord voorbehoud werd gemaakt in volgende termen:

'Deze mededeling wordt U gedaan onder voorbehoud van verzet tegen de huurhernieuwing of andere voorwaarden of aanbiedingen van derden die desgevallend nog zouden betekend worden door de eventuele nieuwe eigenaar van het onroerend goed (...)'.

Dat zowel op grond van de dubbelzinnigheid vervat in het antwoord van de curator, als op grond van de onenigheid met betrekking tot de eventueel aan te rekenen huurprijs, conluante dagvaardde voor het Vredegerecht vijfde kanton Antwerpen in geldigverklaring van de huurhernieuwing mits toepassing van de huurprijs zoals door (eiseres) vooropgesteld ten belope van 680,54 euro per maand;

Dat vooraleer recht te doen, de eerste rechter een deskundig onderzoek heeft bevolen;

Dat uit het deskundig onderzoek bleek dat de lopende, vroegere huurprijs licht onder de door (de) deskundige beraamde marktwaarde lag;

Aangezien conluante evenwel niet alleen de door de curator voorgestelde huurprijs betwist, doch eveneens de rechtsgeldigheid van diens antwoord op de gevraagde huurhernieuwing; Dat precies in dit verband de eerste rechter totaal ten onrechte het standpunt van conluante niet heeft gevolgd;

Dat inderdaad diende vastgesteld te worden dat het antwoord van de curatele dubbelzinnig was;

Aangezien inderdaad rechtspraak en rechtsleer bijzonder streng zijn met betrekking tot de beoordeling of en in welke mate het antwoord van de eigenaar en verhuurder ondubbelzinnig is;

(zie o.a. J. VAN KERCKHOVE, *Les Nouvelles, Droit civil*, Tome VI, "Le louage des choses, Les baux commerciaux",

- nr. 1779: 'A fortiori, le bailleur ne peut, dans la même réponse prendre plusieurs (attitudes) contradictoires, son option doit être nette et son attitude précise; (...)',

- nr. 1782: "'la réponse doit être claire; toute (ambiguïté) (est) de nature à la (discréditer)'.

PAUWELS en RAES, 'Bestendig handboek, huishuur en handelshuur, nr. 455': '... maar opgelet, de verhuurder mag in éénzelfde antwoord geen tegenstrijdige houding aannemen ...').

Beide auteurs zijn terzake duidelijk, de minste dubbelzinnigheid is van aard om de geldigheid van het antwoord op de huurhernieuwingsaanvraag te hypothekeren;

De eerste rechter heeft terzake de door concludante gebruikte term 'dubbelzinnigheid' blijkbaar foutief geïnterpreteerd;

De eerste rechter was van oordeel dat het voorbehoud van de curator, als ontbindende voorwaarde, duidelijk was geformuleerd en daarom niet als dubbelzinnig kon worden gekarakteriseerd,

De dubbelzinnigheid zit evenwel niet in de formulering van de tekst, maar in het feit dat de huurhernieuwing wordt toegestaan tegen welbepaalde voorwaarden maar onder het voorbehoud dat een derde (nieuwe eigenaar) desgevallend nog andere voorwaarden zou opleggen die zwaarder zouden kunnen uitvallen voor de zittende huurder;

Zelfs de mogelijkheid dat een derde (nieuwe eigenaar) alsnog de huurhernieuwing zou weigeren wordt door de curator voorbehouden;

De Handelshuurwet beschermt de belangen van de zittende huurder;

Indien de zittende (huurder) niet onmiddellijk op een correcte wijze kan inschatten wat het antwoord van de verhuurder/eigenaar inhoudt, zijn zijn belangen geschaad;

Aangezien het antwoord van de curator aan dit strikte criterium, in de zin begrepen zoals hoger uiteengezet, geenszins voldoet;

Dat immers de curator enerzijds de huurhernieuwing heeft toegestaan tegen dezelfde voorwaarden als voorheen, dan waar de huurhernieuwing in de navolgende paragraaf volledig wordt ondergraven en afhankelijk wordt gemaakt van hetgeen een eventuele nieuwe eigenaar als voorwaarden zou kunnen opleggen, afhankelijk wordt gemaakt van een eventueel aanbod van derden, zelfs de mogelijkheid tot weigering huurhernieuwing wordt nog opengelaten;

Aangezien de brief van de curator geen enkele rechtszekerheid aan de zittende huurder biedt, zodat het antwoord als onbestaande, ongeldig en nietig dient te worden beschouwd;

Dat derhalve de huurhernieuwing aan concludante verworven is aan de voorwaarden zoals voorgesteld in de aanvraag tot huurhernieuwing;

Dat ten onrechte de eerste rechter dit niet heeft weerhouden;

Aangezien de eerste rechter integendeel ten onrechte heeft geoordeeld dat het voorbehoud dat door de curator werd uitgedrukt, te beschouwen is als een zogezegde 'ontbindende voorwaarde', ontbindende voorwaarde die evenwel op zichzelf genomen al niet zou kunnen (behoudens misschien indien ze in het voordeel van de huurder zou zijn gesteld);

Dat de eerste rechter voorhoudt dat een curator een precaire, tijdelijke bevoegdheid heeft waardoor de voorwaarden die door de curator zouden worden opgelegd slechts 'voorlopig' zouden zijn, in afwachting van de houding die een nieuwe eigenaar zou kunnen innemen;

Dit is evenwel onjuist, gezien immers de curator de enige is die hoedanigheid heeft op het ogenblik van de aanvraag om de huurhernieuwing te beantwoorden;

Als de curator heeft geantwoord, kan een eventuele nieuwe eigenaar geen ander

antwoord meer formuleren - behoudens misschien één dat gunstiger is voor de huurder - zelfs niet indien de nieuwe eigenaar zich manifesteert binnen de termijn van drie maanden na de huurhernieuwingsaanvraag;

Integendeel is de nieuwe eigenaar volledig gebonden door het antwoord van de curator,

Een nieuwe eigenaar zou géén andere voorwaarden meer kunnen opleggen zoals in het dubbelzinnige antwoord van de curator wordt aangegeven;

Aangezien de eerste rechter ook ten onrechte heeft voorggehouden dat de curator slechts een precare bevoegdheid zou hebben en dat dit de ontbindende voorwaarde in het antwoord van de curator precies zou kunnen verantwoorden;

Dat integendeel degene die op dat ogenblik bevoegdheid heeft om te daarop te antwoorden, dan ook dient te antwoorden op de wijze zoals hij het wenst of zelfs niet dient te antwoorden indien er akkoord is omtrent de door de huurder voorgestelde voorwaarden;

Dat verder het antwoord dat wordt gegeven onmiddellijk bindend is, niet alleen voor de curator zelf, maar ook voor zijn rechtsopvolgers, hoe goed of slecht het antwoord ook zou mogen zijn;

Er is geen enkele mogelijkheid voor een nieuwe, latere eigenaar om het antwoord van de curatele opnieuw te ondergraven of een ander antwoord te geven dan dat van de curator, behoudens indien het gunstiger zou uitvallen voor de zittende huurder;

Precies om die reden is het antwoord van de curator gegeven 'onder voorbehoud van' nietig, conform de termen van de handelshuurwet;

Ten onrechte werd door de eerste rechter anders beslist". (conclusie, pp. 2-5).

4. De rechtbank van eerste aanleg beslist dat:

- de curator, door een voorbehoud te formuleren in zijn antwoord op de huurhernieuwingsaanvraag, duidelijk heeft geantwoord doch onder een ontbindende voorwaarde, nl. een andersluidende houding van de nieuwe eigenaar, maar die zich eveneens tijdig dient te realiseren (m.a.w. vóór 30 november 1997),

- eiseres zulke houding van de curator dient te aanvaarden nu de curator gelet op zijn wettelijke opdracht oog moet hebben voor de belangen zowel van de gefailleerde als van diens schuldeisers en niet zonder meer een onroerend goed van de massa met een nog lang lopende handelshuur kan hypothekeren, en dat eiseres wist dat de curator niet anders kon antwoorden,

- de handelshuurder een periode van maximum drie maanden na zijn aanvraag tot huurhernieuwing moet dulden, gedurende dewelke hij onzeker is over de positie die de verhuurder zal innemen,

- mocht de ontbindende voorwaarde zich vóór 30 november 1997 hebben gerealiseerd en eiseres in de wettelijke vormen de uiteindelijke houding van de nieuwe eigenaar ter kennis had gekregen, een nieuw verzet vanwege eiseres toelaatbaar zou zijn geweest,

- de ontbindende voorwaarde zich niet heeft gerealiseerd en het voorbehoud derhalve zonder voorwerp is geworden zonder dat daarbij eiseres enige schade werd toegebracht, nu haar verzet na het antwoord van de curator naar vorm en tijd regelmatig is.

5. De rechtbank van eerste aanleg miskent in het bestreden vonnis de in de aanhef van het middel aangehaalde bepalingen van de Handelshuurwet, in het bijzonder artikel 14, door het door de curator van de NV Interbel geformuleerde antwoord op de huurhernieuwingsaanvraag rechtsgeldig te verklaren.

Door aan de huurder mede te delen dat de huurhernieuwing wordt toegestaan aan dezelfde voorwaarden als de lopende, onder voorbehoud van verzet tegen de huurhernieuwing of andere voorwaarden of aanbiedingen van derden, die desgevallend nog zouden

betekend worden door de eventuele nieuwe eigenaar van het onroerend goed, heeft de verhuurder geen kennis gegeven, zoals vereist door artikel 14 van de Handelshuurwet, "ofwel van zijn met redenen omklede weigering van hernieuwing, ofwel van andere voorwaarden of van het aanbod van een derde", zodat dit antwoord niet rechtsgeldig is en de verhuurder geacht wordt met de hernieuwing onder de door de huurder voorgestelde voorwaarden in te stemmen.

6.1 De omstandigheid dat de curator zowel de belangen van de gefailleerde als deze van de schuldeisers moet verdedigen, doet geenszins afbreuk aan de wettelijke regeling inzake de hernieuwing van de handelshuurovereenkomst die de gefailleerde met een derde huurder had gesloten.

Het is de curator derhalve niet toegelaten de huurhernieuwing toe te staan onder een ontbindende voorwaarde waardoor het mogelijk zou zijn voor de (nieuwe) eigenaar van het gehuurde goed om nadien de hernieuwing alsnog te weigeren of aan andere voorwaarden te onderwerpen dan deze die door de curator werden vooropgesteld.

6.2 Artikel 14 van de Handelshuurwet waaruit, zoals hiervoren uiteengezet, blijkt dat de verhuurder die niet instemt met de aangevraagde huurhernieuwing aan de door de huurder voorgestelde voorwaarden, binnen drie maanden na de aanvraag ofwel kennis dient te geven van zijn met redenen omklede weigering van hernieuwing, ofwel van andere voorwaarden of van het aanbod van een derde, heeft een algemene draagwijdte.

Noch uit deze wetsbepaling, noch uit de faillissementswetgeving, blijkt dat deze regeling niet zou gelden voor de curator van de gefailleerde verhuurder en de curator meer bepaald zijn instemming zou kunnen verlenen onder voorbehoud van verzet tegen de huurhernieuwing of andere voorwaarden of aanbiedingen van derden die desgevallend nog zouden betekend worden door de eventuele nieuwe eigenaar van het onroerend goed.

6.3. De faillissementswetgeving kent aan de curator het beheer toe van het vermogen dat aan de gefailleerde wordt ontnomen te rekenen van de dag van het vonnis van faillietverklaring (artikel 16 van de Faillissementswet van 8 augustus 1997 en artikel 444 van de Faillissementswet van 18 april 1851). De curator zal dat beheer als een goed huisvader waarnemen onder toezicht van de rechter-commissaris (artikel 40 van de Faillissementswet van 8 augustus 1997, in zijn versie zoals van toepassing vóór zijn wijziging bij wet van 4 september 2002, en artikel 470 van de Faillissementswet van 18 april 1851).

Het faillissement stelt in beginsel geen einde aan de door de gefailleerde vóór diens faillissement gesloten overeenkomsten.

De tussen een huurder en een verhuurder gesloten handelshuurovereenkomst wordt derhalve door het faillissement niet automatisch beëindigd.

Naar luid van artikel 46 van de Faillissementswet van 8 augustus 1997 beslist de curator onverwijld na zijn ambtsaanvaarding of hij de overeenkomsten die gesloten zijn vóór de datum van het vonnis van faillietverklaring al dan niet verder uitvoert.

In het raam van de uitvoering van zijn opdracht treedt de curator op als een gerechtelijk lasthebber die de bij de wet bepaalde machten uitoefent in het belang zowel van de gezamenlijke schuldeisers als van de gefailleerde.

In toepassing van voornoemde wetsbepalingen zal het de curator behoren te beslissen of hij al dan niet de vóór het faillissement door de gefailleerde gesloten handelshuurovereenkomst verder zal uitvoeren evenals standpunt in te nemen over het door de huurder geformuleerd verzoek tot hernieuwing van de met de gefailleerde gesloten handelshuurovereenkomst. Met andere woorden, het zal de curator toekomen te beslissen of hij deze aanvraag al dan niet inwilligt en onder welke voorwaarden. Hij dient hierbij de bepalingen van de Handelshuurwet, meer bepaald van artikel 14 van deze wet, na te leven. De curator behoeft dienvolgens, indien hij niet akkoord gaat met de aanvraag van de huurder, binnen

de drie maanden van het verzoek kennis te geven van zijn met redenen omklede weigering van hernieuwing, ofwel van andere voorwaarden of van het aanbod van een derde.

Door te beslissen dat de curator, nu hij zowel de belangen van de gefailleerde als deze van zijn schuldeisers dient te verdedigen, niet zonder meer het onroerend goed met een nog lang lopende handelshuurovereenkomst kan belasten, hij, indien de huurder om hernieuwing van de overeenkomst verzoekt, niet anders kan doen dan een antwoord formuleren "onder voorbehoud van verzet tegen de huurhernieuwing of andere voorwaarden of aanbiedingen van derden die desgevallend nog zouden betekend worden door de eventuele nieuwe eigenaar van het onroerend goed" en eiseres hiervan op de hoogte was, miskent de rechtbank van eerste aanleg in het bestreden vonnis derhalve de in de aanhef van het middel aangehaalde bepalingen van de Faillissementswet van 8 augustus 1997 en van de Faillissementswet van 18 april 1851, alsmede artikel 14 van de Handelshuurwet.

7.1. De rechtsgeldigheid van het antwoord van de curator kan niet worden afgeleid uit de omstandigheid dat de ontbindende voorwaarde zich slechts "tijdig", d.i. binnen de wettelijke termijn van drie maanden na de huurhernieuwingsaanvraag kon realiseren, en de huurder alsdan de mogelijkheid had om hiertegen verzet te formuleren.

7.2. Vooreerst miskent de rechtbank van eerste aanleg de bewijskracht van de brief van 3 oktober 1997 van curator Bosmans aan eiseres, in zoverre zij beslist dat de curator niets anders heeft gedaan dan eiseres tijdig duidelijk te antwoorden dat de huur werd voortgezet aan de geldende voorwaarden, maar onder de ontbindende voorwaarde dat een opvolgende eigenaar-verhuurder, eveneens tijdig, een ander standpunt kon innemen en dus (het) in deze brief van 3 oktober 1997 geformuleerde voorbehoud dient te worden beschouwd als een ontbindende voorwaarde, nl. een andersluidende houding door de nieuwe eigenaar, die zich vóór 30 november 1997 dient te realiseren.

De rechter miskent de bewijskracht van een stuk, en schendt de artikelen 1319, 1320 en 1322 van Burgerlijk Wetboek, indien hij aan dit stuk een uitlegging geeft die volstrekt onverenigbaar is met de bewoordingen en de draagwijdte ervan. Dit is het geval indien hij beslist dat het stuk iets inhoudt dat er niet in voorkomt.

Uit de brief van 3 oktober 1997 van curator Bosmans aan eiseres blijkt niet dat de betekening door de eventuele nieuwe eigenaar van het onroerend goed van verzet tegen de huurhernieuwing of andere voorwaarden of aanbiedingen van derden, waarvoor voorbehoud werd geformuleerd, zich tijdig, of vóór 30 november 1997, diende te realiseren.

Door te beslissen dat de curator in de brief van 3 oktober 1997 de huurhernieuwing toestond onder de ontbindende voorwaarde dat een opvolgende eigenaar-verhuurder, eveneens tijdig, een ander standpunt zou innemen, nl. onder de ontbindende voorwaarde van een andersluidende houding door de nieuwe eigenaar, die zich vóór 30 november 1997 diende te realiseren, beslist de rechtbank dat deze brief iets inhoudt

- een termijn waarbinnen de ontbindende voorwaarde zich diende te realiseren
- dat er niet in voorkomt en miskent aldus de bewijskracht van deze brief (schending van artikelen 1319, 1320 en 1322 van het Burgerlijk Wetboek).

7.3.1 Doch zelfs indien de rechtbank zonder miskenning van de bewijskracht van de brief van 3 oktober 1997 kon beslissen dat de curator een antwoord formuleerde onder een ontbindende voorwaarde die zich vóór 30 november 1997 diende te realiseren, is de beslissing van de rechtbank van eerste aanleg niet naar recht verantwoord.

Weliswaar is het aan de verhuurder toegelaten om, binnen de wettelijke termijn van drie maanden, op de aanvraag tot huurhernieuwing verschillende achtereenvolgende antwoorden te geven, doch dit is slechts mogelijk indien deze antwoorden onderling niet tegenstrijdig zijn en geen afbreuk wordt gedaan aan door de huurder verworven rechten.

Aldus kan de verhuurder onmogelijk in een eerste antwoord verklaren akkoord te gaan met de huurhernieuwing en in een tweede antwoord deze hernieuwing weigeren of afhankelijk maken van andere, voor de huurder zwaardere, voorwaarden dan deze die in het eerste antwoord werden vooropgesteld.

Het antwoord van de verhuurder op de aanvraag tot huurhernieuwing, waarbij hij verklaart akkoord te gaan met de hernieuwing tegen de geldende voorwaarden, doch onder voorbehoud van verzet tegen de huurhernieuwing of andere voorwaarden of aanbiedingen van derden die desgevallend (het weze binnen de wettelijke termijn van drie maanden na de aanvraag) nog zouden betekend worden door de eventuele nieuwe eigenaar van het onroerend goed is derhalve niet rechtsgeldig, daar het opeenvolgende antwoorden vanwege de eigenaar van het onroerend goed mogelijk maakt die tegenstrijdig zijn en de huurder aldus in de onzekerheid laten omtrent de hernieuwing en de eventuele voorwaarden ervan.

7.3.2 Overeenkomstig artikel 1168 van het Burgerlijk Wetboek is een verbintenis voorwaardelijk, wanneer men deze doet afhangen van een toekomstige en onzekere gebeurtenis, hetzij door de verbintenis op te schorten totdat de gebeurtenis zal plaatshebben, hetzij door ze teniet te doen, naargelang de gebeurtenis plaatsheeft of niet plaatsheeft.

De vervulde voorwaarde werkt overeenkomstig artikel 1179 van het Burgerlijk Wetboek terug tot op de dag waarop de verbintenis is aangegaan.

Een ontbindende voorwaarde is luidens artikel 1183 van het Burgerlijk Wetboek die welke, bij haar vervulling, de verbintenis teniet doet, en de zaken herstelt in dezelfde toestand alsof er geen verbintenis had bestaan. Zij schort de uitvoering van de verbintenis evenwel niet op; alleen verplicht zij de schuldeiser om, ingeval de door de voorwaarde bedoelde gebeurtenis plaatsheeft, terug te geven hetgeen hij ontvangen heeft.

De ontbindende voorwaarde heeft aldus bij haar vervulling het tenietgaan van de verbintenis tot gevolg met terugwerkende kracht tot op het ogenblik dat de verbintenis is aangegaan.

Wanneer de curator van de gefailleerde verhuurder aan de huurder ter kennis brengt dat hij akkoord gaat met de huurhernieuwing aan de geldende voorwaarden "onder voorbehoud van verzet tegen de huurhernieuwing of andere voorwaarden of aanbiedingen van derden die desgevallend nog zouden betekend worden door de eventuele nieuwe eigenaar van het onroerend goed", en dit voorbehoud wordt aangezien als een ontbindende voorwaarde, verkrijgt de huurder derhalve geen zekerheid omtrent de hernieuwing en de eventuele voorwaarden ervan.

De ontbindende voorwaarde schort de uitvoering van de door de curator aangegane verbintenis niet op, zodat de huurhernieuwing in beginsel aan de geldende voorwaarden is verworven, doch indien de ontbindende voorwaarde zich realiseert zal deze verbintenis evenwel tenietgaan met terugwerkende kracht tot op het ogenblik dat ze is aangegaan.

De huurder verkrijgt ingevolge dit antwoord van de curator derhalve geen zekerheid omtrent de huurhernieuwing en de eventuele voorwaarden ervan, nu, zo het antwoord van de curator onder ontbindende voorwaarde onmiddellijk uitwerking heeft en vanaf dat antwoord van de curator de huurhernieuwing aan de huurder onder de geldende voorwaarden is verworven, de door de curator aangegane verbintenis evenwel met terugwerkende kracht teniet gaat wanneer de ontbindende voorwaarde zich realiseert (doordat de nieuwe eigenaar van het onroerend goed zich bijvoorbeeld verzet tegen de hernieuwing). De huurhernieuwing is met andere woorden niet definitief verworven op datum van het antwoord van de curator en de weigering van hernieuwing zal pas vaststaan op het ogenblik dat de nieuwe eigenaar hiervan later aan de huurder kennis geeft.

De huurder wordt alsdan geconfronteerd met een antwoord op zijn huurhernieuwingsaanvraag dat mogelijk nog met terugwerkende kracht kan worden tenietgedaan en

vervangen door een ander, ermee onverenigbaar, antwoord.

Dienvolgens laat een antwoord van de curator luidens welk hij akkoord gaat met de huurhernieuwing aan de geldende voorwaarden onder de ontbindende voorwaarde van verzet tegen de huurhernieuwing of andere voorwaarden of aanbiedingen van derden die desgevallend nog zouden betekend worden door de eventuele nieuwe eigenaar van het onroerend goed, de huurder volkomen in de onzekerheid of de huurhernieuwing al dan niet is verworven en, zo ja, aan welke voorwaarden de overeenkomst zal worden hernieuwd en maakt derhalve geen antwoord uit in de zin van artikel 14 van de Handelshuurwet.

7.4. Uit voormelde kritiek volgt meteen ook dat de beslissing niet verantwoord wordt door de overweging dat de huurder na zijn huurhernieuwingsaanvraag een periode van maximaal drie maanden moet dulden gedurende dewelke hij onzeker is over de positie die de verhuurder zal innemen.

De omstandigheid dat de verhuurder over een termijn van drie maanden beschikt om te antwoorden op de huurhernieuwingsaanvraag van de huurder en de huurder derhalve gedurende een termijn van maximaal drie maanden in onzekerheid kan verkeren omtrent het antwoord op zijn aanvraag, heeft immers niet tot gevolg dat het de verhuurder toegelaten is om binnen de periode van drie maanden verschillende antwoorden te formuleren die tegenstrijdig zijn. Eens de verhuurder een antwoord heeft geformuleerd mag er voor de huurder geen onzekerheid meer bestaan omtrent het standpunt van de verhuurder.

8.1 De vaststelling dat de huurder tijdig verzet heeft aangetekend tegen het antwoord van de curator en de ontbindende voorwaarde die in het litigieuze antwoord werd geformuleerd zich niet realiseerde, zodat de belangen van eiseres niet zouden zijn geschaad, en dat, mocht de ontbindende voorwaarde zich hebben vervuld, een nieuw verzet door eiseres toelaatbaar zou zijn geweest, verantwoordt de beslissing evenmin naar recht.

8.2 Deze vaststelling doet immers geen afbreuk aan het feit dat de huurder, op het ogenblik dat deze het antwoord van de verhuurder ontving, geen zekerheid had omtrent het hernieuwen van de huurovereenkomst en omtrent de eventuele voorwaarden waaronder de overeenkomst zou worden hernieuwd. Dit antwoord maakt immers geen antwoord uit, zoals voorgeschreven door artikel 14 van de Handelshuurwet, namelijk waarbij kennis wordt gegeven ofwel van de met redenen omklede weigering van hernieuwing, ofwel van andere voorwaarden of van het aanbod van een derde, en binnen de wettelijke termijn van drie maanden werd overigens geen ander, rechtsgeldig antwoord door de verhuurder aan de huurder medegedeeld.

9. Om al de hiervoor uiteengezette redenen dient te worden besloten dat de rechtbank:

- door te beslissen dat het voorbehoud dat de curator in zijn brief van 3 oktober 1997 formuleerde dient te worden beschouwd als een ontbindende voorwaarde van een andersluidende houding van de nieuwe eigenaar, die zich tijdig, voornoemde d.i. vóór 30 november 1997, dient te realiseren, de bewijskracht, gehecht aan de brief van 3 oktober 1997, miskent (schending van de artikelen 1319, 1320 en 1322 van het Burgerlijk Wetboek)

- door tevens te oordelen dat het in de brief van 3 oktober 1997 geformuleerde antwoord op de huurhernieuwingsaanvraag rechtsgeldig is, zodat de verhuurder niet geacht wordt met de hernieuwing onder de door de huurder voorgestelde voorwaarden in te stemmen, te beslissen dat de huurovereenkomst hernieuwd wordt aan dezelfde voorwaarden als de oorspronkelijke huur en eiseres derhalve te veroordelen tot betaling van achterstallige huurgelden ten belope van 537.779 BEF (13.331,19 euro), de artikelen 13, 14 en 18 van de wet van 30 april 1951 op de handelshuurovereenkomsten, die afdeling IIbis van Boek III, Titel VIII, Hoofdstuk II van het Burgerlijk Wetboek vormt, 444, 466 en 470 van de Faillissementswet van 18 april 1851, die boek 111 van het Wetboek van

Koophandel vormt, zoals van kracht vóór haar opheffing bij wet van 8 augustus 1997, 11, 16, 40, dit laatste artikel in zijn versie zoals van toepassing vóór de wet van 4 september 2002, en 46 van de Faillissementswet van 8 augustus 1997, 1168, 1179 en 1183 van het Burgerlijk Wetboek schendt.

IV. Beslissing van het Hof

Overwegende dat, krachtens artikel 14, tweede lid van de Handelshuurwet, de verhuurder die van de huurder, binnen de in het eerste lid van dit artikel bepaalde termijn en de in dit eerste lid en het tweede lid van dit artikel bepaalde vorm, de kennisgeving heeft ontvangen van de voorwaarden waaronder de huurder bereid is om de nieuwe huur aan te gaan, geacht wordt met de vraag tot huurhernieuwing in te stemmen onder de door de huurder voorgestelde voorwaarden, indien hij niet op dezelfde wijze binnen drie maanden kennis geeft ofwel van zijn met redenen omklede weigering van hernieuwing, ofwel van andere voorwaarden of van het aanbod van een derde;

Dat het antwoord van de verhuurder dat is gesteld onder de ontbindende voorwaarde dat in het geval van de verkoop van het verhuurde goed, de koper nog het in voormeld artikel 14, tweede lid, bepaalde antwoord zal kunnen geven, geen bindend antwoord is, zoals vereist in het tweede lid van dit artikel;

Overwegende dat de Faillissementswet van 18 april 1851 geen van het artikel 14 van de Handelshuurwet afwijkende bepalingen inhoudt;

Dat het goede beheer van een faillissement de curator niet het recht verleent aan de huurder die regelmatig een huurhernieuwing heeft gevraagd, een antwoord met een voorbehoud of een ontbindende voorwaarde te geven, evenmin als dit hem het recht ontzegt zijn antwoord uit te stellen tot de laatste dag;

Overwegende dat het bestreden vonnis, mede met overname van de redenen van het beroepen vonnis, oordeelt dat:

1. de vraag tot huurhernieuwing werd gedaan op 29 augustus 1997, waarin werd gesteld dat alles blijft behouden, behalve de huurprijs die aan 27.453 BEF per maand plus indexkoppeling werd voorgesteld;

2. de wettelijke termijn voor het antwoord van de verhuurder verstreek op 29 november 1997;

3. de curator van het faillissement, rechtsvoorganger van verweerder die het gehuurde goed nadien heeft verworven, geantwoord heeft op 3 oktober 1997, enerzijds, dat hij akkoord gaat met de huurhernieuwing, maar dan onder de geldende voorwaarden, ook wat de geïndexeerde huurprijs betreft en anderzijds, dat hij voorbehoud maakt van verzet tegen de huurhernieuwing of andere voorwaarden of aanbiedingen van derden, die eventueel nog zouden betekend worden door de eventuele nieuwe eigenaar;

4. verweerder het goed lang na het verstrijken van de antwoordtermijn op 9 december 1998 heeft verworven met ingenottreding vanaf 18 mei 1999;

5. het voorbehoud van de curator moet worden aangezien als een ontbindende voorwaarde;

6. de verplichting van goed beheer van het faillissement in het belang van de

failliet en van de schuldeisers de curator oplegt een onroerend goed van de massa niet zonder meer te hypothekeken met een nog lang lopende huur;

7. eiseres een drie maanden durende onzekerheid moest aanvaarden, wist dat er een faillissement was, dat zij ook haar vraag tot huurhernieuwing heeft gericht aan de curator en dat haar belangen niet werden geschaad doordat zij onmiddellijk kon optreden en ook na de kennisgeving van het nieuwe antwoord opnieuw verzet zou kunnen doen;

Dat het bestreden vonnis op grond van die redenen het verweer van eiseres dat het antwoord van de curator niet voldoet aan de vereisten van artikel 14 van de Handelshuurwet verwerpt;

Dat het bestreden vonnis aldus artikel 14 van de Handelshuurwet schendt;

Dat het middel gegrond is;

OM DIE REDENEN,

HET HOF,

Vernietigt het bestreden vonnis, behalve in zoverre dit de zaken voegt;

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het gedeeltelijk vernietigde vonnis;

Houdt de kosten aan en laat de beslissing daaromtrent aan de feitenrechter over;

Verwijst de aldus beperkte zaak naar de Rechtbank van Eerste Aanleg te Turnhout, zitting houdende in hoger beroep.

11 april 2005 - 3^o kamer – *Voorzitter*: de h. Boes, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Waüters – *Gelijkkluidende conclusie* van mevr. De Raeve, advocaat-generaal – *Advocaat*: mr. Geinger.

Nr. 216

3^o KAMER - 11 april 2005

1^o ARBEIDSOVEREENKOMST — EINDE — OPZEGGING - NIETIGHEID – GEVOLG.

2^o ARBEIDSOVEREENKOMST — EINDE — OPZEGGING - NIETIGHEID - ONTSLAG - BESTAAN – DATUM.

3^o ARBEIDSOVEREENKOMST — EINDE — OPZEGGING - NIETIGHEID - ONTSLAG - PARTIJEN - VERDERE UITVOERING OVEREENKOMST - AFSTAND VAN RECHT VAN AANVOERING VAN BEËINDIGING - REDELIJKE TERMIJN – GEVOLG.

4^o AFSTAND VAN RECHT - ARBEIDSOVEREENKOMST - OPZEGGING - NIETIGHEID - ONTSLAG - VERDERE UITVOERING OVEREENKOMST - AFSTAND VAN AANVOERING VAN BEËINDIGING OVEREENKOMST - REDELIJKE TERMIJN – GEVOLG.

1^o De nietigheid van de opzegging tast de geldigheid van het ontslag niet aan; geen enkele wetsbepaling maakt de geldigheid van het ontslag afhankelijk van bepaalde normen¹.

(Art. 37, §1, eerste en tweede lid Arbeidsovereenkomstenwet)

2° Wanneer de opzegging nietig is, bevat het ontslag geen geldige tijdsbepaling, zodat de arbeidsovereenkomst in beginsel onmiddellijk is beëindigd, ook al vermeldt de ontslagbrief een latere datum². (Art. 37, §1, eerste en tweede lid Arbeidsovereenkomstenwet)

3° en 4° Wanneer zowel de werkgever als de werknemer zich na de kennisgeving van de ongeldige opzegging verder hebben gedragen alsof er geen onmiddellijk ontslag heeft plaatsgevonden, wordt de nietigheid van de opzegging niet gedekt, maar kunnen de partijen na een redelijke termijn beschouwd worden als afstand te hebben gedaan van het recht het onmiddellijk ontslag in te roepen; in deze omstandigheden de arbeidsovereenkomst blijft voortduren totdat ze op een andere wijze wordt beëindigd³. (Art. 37, §1, eerste en tweede lid Arbeidsovereenkomstenwet)

(D. T. ING BELGIË N.V.)

ARREST

(A.R. S.04.0113.N)

I. Bestreden beslissing

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, op 19 december 2003 gewezen door het Arbeidshof te Gent.

II. Rechtspleging voor het Hof

Afdelingsvoorzitter Robert Boes heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Anne De Raeve heeft geconcludeerd.

III. Middelen

Eiseres voert in haar verzoekschrift een middel aan.

Geschonden wettelijke bepalingen

- de artikelen 32, 3°, 37, §1, 39, §1 en 82, §3, eerste en laatste lid, in de versie van toepassing vóór de wijziging ervan bij koninklijk besluit van 20 juli 2000, van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten;

- artikel 1134 van het Burgerlijk Wetboek;

- artikel 149 van gecoördineerde Grondwet van 17 februari 1994.

Aangevochten beslissing

In de bestreden beslissing verklaart het arbeidshof, recht sprekend over de hoofdvordering van verweerster, het hoger beroep van verweerster ontvankelijk en gegrond, vernietigt het dienvolgens het vonnis van 13 december 2000 in de mate dat het werd bestreden en enkel met betrekking tot de toekenning van één Belgische frank provisioneel meer de interest, en veroordeelt het eiser tot betaling van 17.218,91 euro meer de interest, op grond van de volgende motieven:

"1. Niet (verweerster) doch (eiser) heeft de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, tussen hen aangegaan, onregelmatig beëindigd op 31 augustus 1999. (Eiser) bewijst niet dat (verweerster) haar akkoord heeft betuigd met zijn vertrek op 1 september 1999. Wel werd vastgesteld dat (eiser) zich niet meer vertoonde en zich dus niet meer aanbood op het werk. Het feit dat (eiser) gesprekken had met zijn gebiedsleider in de toenmalige Bank Brussel Lambert (BBL), waarin hij meedeelde dat hij overwoog om de bank te verlaten,

² *Ibid.*

³ Zie Cass., 17 juni 2002, A.R. S.99.0144.F, nr. 363.

geldt niet als een opzegging of een minnelijk akkoord met betrekking tot de beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

(...)

3. De brief van 29 juli 1999, waarin (eiser) zijn werkgeefster meedeelt dat de arbeidsovereenkomst een einde zou nemen op 1 september 1999, is geen opzegging maar een ontslagbrief. Er is hierin geen sprake van een opzegging, opzeggingstermijnen, begin- en einddatum van de opzeggingstermijn, enz. ... Trouwens als opzeggingsbrief zou zij nietig en onregelmatig zijn. Deze brief kon trouwens pas uitwerking hebben de derde werkdag na de verzending (...) indien zou aanvaard worden dat deze brief van 29 juli 1999 een opzeggingstermijn inhoudt, quod non. Er is geen effectief ontslag gevolgd op 29 juli 1999 (noch door (eiser), noch door (verweerster)) en de arbeidsovereenkomst is gewoon blijven doorlopen tot zij door (eiser) werd beëindigd op 1 september 1999. (Eiser) heeft dus gewoon verder gewerkt tot en met 31 augustus 1999. Hij heeft het ten onrechte over de overeengekomen opzeggingstermijn in zijn brief van 7 september 1999. Het is niet omdat (eiser) er van uit gaat dat (verweerster) deze opzeggingstermijn aanvaardt, dat dit ook zo is.

4. (Eiser) dient het akkoord van (verweerster) met een (gebrek aan) opzeggingstermijn aan te tonen, waarin hij faalt. Het stuk 3 van (eiser) bewijst dat (verweerster) het geenszins eens was met het vertrek van haar werknemer zonder de prestatie van enige opzeggingstermijn. De stukken 4 en 5 van (verweerster) tonen aan dat er helemaal geen akkoord was. (Eiser) wilde vertrekken omdat hij vanaf 1 september 1999 kantoorhouder is geworden van een Centeakantoor te Reninge. De brief van (eiser) van 29 juli 1999 gewaagt niet van een onderling akkoord om de arbeidsovereenkomst op 1 september (1999) te beëindigen. Nu het Arbeidshof de brief van 29 juli 1999 ziet als een ontslagbrief - maar een ontslag dat op deze datum niet werd doorgevoerd - en deze niet erkent als een opzeggingsbrief, is de ganse argumentatie nopens de nietige opzegging en het dekken ervan weinig relevant.

(Eiser) is blijven werken zonder dat dienaangaande enige opmerking werd geformuleerd tot 31 augustus 1999. (...)

5. (Eiser) heeft na 29 juli 1999 de arbeidsovereenkomst gewoon verder gezet tot hij deze op 1 september 1999 verbrak. (...)

6. Overeenkomstig artikel 39 van de arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978 is (eiser), die de arbeidsovereenkomst beëindigde zonder dringende reden of zonder voldoende opzeggingstermijn, (...) gehouden aan (verweerster) een vergoeding te betalen die gelijk is aan het lopende loon dat overeenstemt met de duur van de opzeggingstermijn.

(...)

8. (Eiser) verdiende meer dan het geïndexeerd bedrag van 650.000 BEF (947.000 BEF in 1999) zodat, bij gebrek aan overeenkomst, de in acht te nemen opzeggingstermijn door de rechter wordt bepaald (artikel 82, §3 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten). Het derde lid van dit artikel bepaalt dat indien de opzegging door de bediende wordt gegeven, de opzeggingstermijn niet langer mag zijn dan vier en een halve maand. Gelet op de feitelijke omstandigheden waarin (eiser verweerster) verliet komt een bedrag van vier en een halve maand zeker niet overdreven voor. Er zijn geen redenen voorhanden om die termijn in te korten.

(...)

11. De brief van 29 juli 1999 uitgaande van (eiser) is geen opzeggingsbrief (zie "beknopte mededeling": "Hierbij verzoek ik U beleefd mijn ontslag in de BBL te willen noteren en dit met ingang van 01 september 1999. Met de meeste Hoogachting,"), zodat het geen belang heeft of deze brief ook werd ontvangen of niet. (Verweerster) houdt

immers voor dat zij pas deze brief ontving na ontvangst van de aangetekende brief van 3 september 1999, waar hij als bijlage was gevoegd. Door het moedwillig wegblijven van het werk vanaf 1 september 1999 en het niet meer verder presteren voor (verweerster), heeft (eiser) de arbeidsovereenkomst verbroken en beëindigd. (Eiser) toont evenmin aan dat (verweerster) sociale zekerheid "opzegging" van 29 juli 1999 heeft aanvaard. Er wordt zelfs betwist dat (verweerster) deze brief ontving. Feit is dat zij na ontvangst van de brief van 3 september 1999 wel kennis kreeg van de aangetekende brief van 29 juli 1999 daar deze als bijlage was bijgevoegd.

13. Cijfermatig vordert (verweerster) terecht een bedrag van 694.609 BEF (1.852.291 BEF x 4,5/12) meer de interesten, rekening houdend met het jaarloon van (eiser) dat (cijfermatig) niet wordt betwist en waarvan de berekening gedetailleerd werd in de gedinleidende dagvaarding" (blz. 7, midden, - 11, tweede volledige alinea).

Grievens

1. Eerste onderdeel

1. Krachtens artikel 32, 3° van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, hieronder afgekort als Arbeidsovereenkomstenwet, nemen de verbintenissen voortspuitende uit een arbeidsovereenkomst die voor een onbepaalde tijd werd gesloten, een einde door de wil van een van de partijen. Ieder van de partijen bij een arbeidsovereenkomst kan met andere woorden op elk ogenblik overgaan tot ontslag, zijnde een handeling waarbij zij aan de andere partij ter kennis brengt dat zij besloten heeft de arbeidsovereenkomst te beëindigen.

Is de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd gesloten, dan heeft ieder van de partijen krachtens artikel 37, §1 van de Arbeidsovereenkomstenwet, het recht om die te beëindigen door opzegging aan de andere partij. Opzegging is de voorafgaande mededeling door de ene partij bij een arbeidsovereenkomst aan de andere partij van de termijn na verloop waarvan de arbeidsovereenkomst een einde zal nemen. Om als regelmatige opzegging in aanmerking te komen, moet de opzegging voldoen aan de voorwaarden van artikel 37 van de Arbeidsovereenkomstenwet en moet de kennisgeving daarvan het begin en de duur van de opzeggingstermijn vermelden en gebeuren op de door de wet voorgeschreven wijze.

Uit de artikelen 32, 30 en 37, §1 van de Arbeidsovereenkomstenwet volgt dat het ontslag uitgaande van een van de partijen bij een arbeidsovereenkomst dat geen regelmatige opzegging is, onmiddellijk een einde maakt aan de arbeidsovereenkomst, ook al vermeldt de ontslagbrief een latere datum. Die onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst is onherroepelijk en kan niet worden ongedaan gemaakt dan met instemming van beide partijen.

Het arbeidshof overweegt dat de brief van eiser van 29 juli 1999, waarin eiser aan verweerster mededeelde dat de arbeidsovereenkomst een einde zou nemen op 1 september 1999, geen opzeggingstermijn maar een ontslagbrief is, omdat daarin geen sprake is van een opzegging, opzeggingstermijnen en begin- en einddatum van de opzeggingstermijn (blz. 7, onderaan, en blz. 8, punt 4, midden, van het arrest).

Het arbeidshof overweegt voorts dat geen effectief ontslag gevolgd is op 29 juli 1999, noch door eiser, noch door verweerster en dat de arbeidsovereenkomst gewoon is doorgelopen tot zij door eiser werd beëindigd op 1 september 1999 (blz. 8, eerste alinea van het arrest). Een ontslag is op 29 juli 1999 niet doorgevoerd, aldus het arbeidshof nog (blz. 8, punt 4, midden, van het arrest). Het arbeidshof stelt daarbij niet vast dat beide partijen ermee akkoord zijn gegaan het ontslag van 29 juli 1999 ongedaan te maken. Het overweegt integendeel dat er "helemaal geen akkoord was" (blz. 8, punt 4, midden, van het arrest). De overweging van het arbeidshof dat op datum van 29 juli 1999 geen effectief ontslag gevolgd is, noch door eiser, noch door verweerster, kan niet gelden als de vaststel-

ling van de wil van beide partijen het ontslag ongedaan te maken, evenmin als de overweging dat de arbeidsovereenkomst gewoon is doorgelopen tot 1 september 1999.

Het arbeidshof beslist dan ook niet wettig dat geen effectief ontslag gevolgd of doorgevoerd is op 29 juli 1999 en dat eiser de arbeidsovereenkomst verbrak op 1 september 1999, aangezien het niet de wil van beide partijen vaststelt het door het arbeidshof zelf vastgestelde ontslag bij brief van 29 juli 1999 uitgaande van eiser ongedaan te maken (schending van de artikel 32, 3° en 37, §1 van de Arbeidsovereenkomstenwet en van artikel 1134 van het Burgerlijk Wetboek).

2. Krachtens artikel 39, §1 van de Arbeidsovereenkomstenwet, is de partij die een voor onbepaalde tijd gesloten arbeidsovereenkomst beëindigt zonder inachtneming van de wettelijk voorgeschreven opzeggingstermijn, gehouden de andere partij een vergoeding te betalen die gelijk is aan het lopend loon en de voordelen verworven krachtens de overeenkomst dat overeenstemt hetzij met de duur van de opzeggingstermijn, hetzij met het resterend gedeelte van die termijn.

De door een bediende wiens jaarlijks loon hoger is dan het in artikel 82, §3, eerste lid van de Arbeidsovereenkomstenwet bepaalde bedrag, in acht te nemen opzeggingstermijn wordt volgens die bepaling, bij gebreke van een overeenkomst gesloten ten vroegste op het ogenblik waarop de opzegging wordt gegeven, vastgesteld door de rechter. Artikel 82, §3, derde lid van de Arbeidsovereenkomstenwet bepaalt dat indien de opzegging wordt gegeven door een bediende wiens jaarlijks loon het in die bepaling aangegeven bedrag niet overschrijdt, de opzeggingstermijn niet langer mag zijn dan vier en een halve maand.

De opzeggingsvergoeding is verschuldigd op het ogenblik van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst zonder dringende reden of inachtneming van de wettelijke opzeggingstermijn.

Volgens de hierboven besproken vaststellingen van het arbeidshof dagtekent de ontslagbrief uitgaande van eiser van 29 juli 1999, zonder dat uit de vaststellingen van het arbeidshof blijkt dat het ontslag werd ongedaan gemaakt. De door verweerster gevorderde en door het arbeidshof toegekende opzeggingsvergoeding overeenstemmende met vier en een halve maand loon en voordelen verworven krachtens de overeenkomst, dekt dan ook een periode van vier en een halve maand te rekenen vanaf 29 juli 1999.

Het arbeidshof stelt voorts vast dat eiser nog tot en met 31 augustus 1999 gewoon heeft verder gewerkt voor verweerster (blz. 8, eerste alinea, van het arrest).

Het arbeidshof overweegt dat, wat de door verweerster gevorderde opzeggingsvergoeding betreft, een bedrag van vier en een halve maand zeker niet overdreven voorkomt en dat er geen redenen zijn om die termijn in te korten (blz. 9, punt 8, van het arrest). Het overweegt voorts dat verweerster cijfermatig terecht een bedrag vordert van 694.609 BEF (1.852.381 BEF x 4,5/12) meer de interest (blz. 11, punt 13, van het arrest) en veroordeelt eiser tot het aldus met vier en een halve maand loon en voordelen verworven krachtens de overeenkomst overeenstemmende bedrag, in euro omgezet, zijnde 17.218,91 euro, vermeerderd met de interest.

Voor dezelfde periode kunnen evenwel niet tegelijkertijd door een werknemer arbeidsprestaties worden geleverd én een opzeggingsvergoeding verschuldigd zijn die overeenstemt met het loon (en de voordelen verworven krachtens de overeenkomst) voor die arbeidsprestaties in dezelfde periode.

Het arbeidshof veroordeelt eiser derhalve niet wettig tot betaling aan verweerster van een opzeggingsvergoeding overeenstemmende met vier en een halve maand loon en voordelen verworven krachtens de overeenkomst, aangezien het aldus geen rekening houdt met de periode die eiser nog voor verweerster gewerkt heeft in de periode volgend op het ontslag van 29 juli 1999 en derhalve met betrekking tot eenzelfde periode een opzeggingsvergoeding toekent die overeenstemt met het loon voor het verrichten van arbeid

(schending van de artikelen 39, §1 en 82, §3, eerste en derde lid, in de versie van toepassing vóór de wijziging ervan bij koninklijk besluit van 20 juli 2000, van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten).

Het arbeidshof beslist niet wettig dat op 29 juli 1999 geen effectief ontslag is gevolgd en doorgevoerd en dat de arbeidsovereenkomst na 29 juli 1999 gewoon is doorgelopen tot zij op 1 september 1999 door eiser werd beëindigd en veroordeelt eiser niet wettig tot betaling aan verweerster van 17.218,91 euro meer de moratoire interest vanaf 7 september 1999 en de gerechtelijke interest vanaf 29 juli 2000 tot de datum van betaling (schending van de artikelen 32, 30, 37, §1, 39, §1 en 82, §3, eerste en laatste lid, in de versie van toepassing vóór de wijziging ervan bij koninklijk besluit van 20 juli 2000, van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten en van artikel 1134 van het Burgerlijk Wetboek).

(...)

IV. Beslissing van het Hof.

1. Eerste onderdeel

Overwegende dat, krachtens artikel 37, §1, eerste lid van de Arbeidsovereenkomstenwet, ieder der partijen in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur het recht heeft om die te beëindigen door opzegging aan de andere; dat, krachtens artikel 37, §1, tweede lid, de kennisgeving van de opzegging op straffe van nietigheid het begin en de duur van de opzeggingstermijn dient te vermelden;

Overwegende dat de nietigheid van de opzegging de geldigheid van het ontslag niet aantast; dat geen enkele wetsbepaling de geldigheid van het ontslag afhankelijk maakt van bepaalde vormen;

Dat, wanneer de opzegging nietig is, het ontslag geen geldige tijdsbepaling bevat, zodat de arbeidsovereenkomst in beginsel onmiddellijk is beëindigd, ook al vermeldt de ontslagbrief een latere datum;

Dat evenwel, in geval zowel de werkgever als de werknemer zich na de kennisgeving van de ongeldige opzegging verder hebben gedragen alsof er geen onmiddellijk ontslag heeft plaatsgevonden, de nietigheid van de opzegging niet wordt gedekt, maar de partijen na een redelijke termijn kunnen beschouwd worden als afstand te hebben gedaan van het recht het onmiddellijk ontslag in te roepen; dat in deze omstandigheden de arbeidsovereenkomst blijft voortduren totdat ze op een andere wijze wordt beëindigd;

Overwegende dat het arrest oordeelt dat de brief van 29 juli 1999 waarbij eiser aan verweerster ter kennis bracht dat de arbeidsovereenkomst een einde zou nemen op 1 september 1999 geen geldige opzegging was maar een ontslagbrief;

Dat het arrest voorts vaststelt dat eiser na die brief gewoon verder gewerkt heeft, er geen effectief ontslag is gevolgd op 29 juli 1999, noch op initiatief van eiser, noch van verweerster, en de arbeidsovereenkomst gewoon is doorgelopen "zonder dat dienaangaande enige opmerking werd geformuleerd" totdat eiser vanaf 1 september 1999 moedwillig van het werk is weggebleven en van dan af niet meer wilde presteren voor verweerster en voor een andere bankinstelling is gaan werken;

Overwegende dat het arrest te kennen geeft dat, in zoverre verweerster de ontslagbrief heeft ontvangen, de partijen in de gegeven omstandigheden het

onmiddellijk ontslag van 29 juli 1999 niet hebben willen doorvoeren en als ongedaan hebben willen beschouwen;

Dat het arrest op grond hiervan en zonder schending van de aangewezen wetsbepalingen vermocht te oordelen dat de arbeidsovereenkomst slechts op 1 september 1999 werd beëindigd door de verbreking ervan door eiser, op grond waarvan eiser de betaling van een verbrekingsvergoeding verschuldigd is;

Dat het onderdeel niet kan worden aangenomen;

(...)

OM DEZE REDENEN,

HET HOF,

Verwerpt het cassatieberoep;

Veroordeelt eiser in de kosten.

11 april 2005 - 3^o kamer – *Voorzitter en Verslaggever*: de h. Boes, afdelingsvoorzitter – *Gelijkkluidende conclusie* van mevr. De Raeve, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. van Eeckhoutte en Nelissen Grade.

Nr. 217

2^o KAMER - 12 april 2005

1^o WETTEN. DECRETEN. ORDONNANTIES. BESLUITEN — WERKING IN DE TIJD EN IN DE RUIMTE - WERKING IN DE TIJD - MINDER ZWARE STRAFWET — WEGVERKEERSWET.

2^o WEGVERKEER — WEGVERKEERSWET — WETSBEPALINGEN — ART. 34 — ART. 34, §2, 3^o - NIEUWE BEPALINGEN INZAKE VERKEERSVEILIGHEID - WERKING IN DE TIJD - MINDER ZWARE STRAFWET — TOEPASSING.

3^o WEGVERKEER — WEGVERKEERSWET — WETSBEPALINGEN — ART. 69 — ART. 69BIS - NIEUWE BEPALINGEN INZAKE VERKEERSVEILIGHEID - WERKING IN DE TIJD - MINDER ZWARE STRAFWET — TOEPASSING.

1^o, 2^o en 3^o Nu krachtens artikel 69bis Wegverkeerswet, ingevoegd bij wet van 7 februari 2003 en in werking getreden op 1 maart 2004, in afwijking van artikel 40 Strafwetboek, de geldboete, bij gebrek aan betaling, voor hen die veroordeeld worden wegens het wanbedrijf van artikel 34, §2, 3^o Wegverkeerswet, kan vervangen worden door een verval van het recht tot het besturen van een motorvoertuig, is de door de nieuwe wet bepaalde straf lichter dan deze bepaald door de wet die ten tijde van het plegen van het feit van toepassing was. (Art. 2, tweede lid Sw.; Artt. 34, §2, 3^o en 69bis Wegverkeerswet)

(D. T. R. e.a.)

ARREST

(A.R. P.04.1292.N)

I. Bestreden beslissing

Het cassatieberoep is gericht tegen het vonnis, op 7 september 2004 in hoger

beroep gewezen door de Correctionele Rechtbank te Gent.

II. Rechtspleging voor het Hof

Raadsheer Dirk Debruyne heeft verslag uitgebracht

Procureur-generaal Marc De Swaef heeft geconcludeerd.

III. Cassatiemiddelen

Eiser stelt geen middel voor.

IV. Beslissing van het Hof

A. Ontvankelijkheid van het cassatieberoep

Overwegende dat de beslissingen over de civielrechtelijke vorderingen van de verweerders, behalve deze over het beginsel van aansprakelijkheid, geen eindbeslissingen zijn;

Dat het cassatieberoep in zoverre niet ontvankelijk is;

B. Ambtshalve middel

Geschonden wettelijke bepalingen

- artikel 2, tweede lid Strafwetboek;

- artikel 34, §2, 3° Wegverkeerswet;

- artikel 69bis Wegverkeerswet, zoals ingevoegd door artikel 33 van de wet van 7 februari 2003 houdende verschillende bepalingen inzake verkeersveiligheid.

Overwegende dat, krachtens artikel 69bis Wegverkeerswet, ingevoegd bij voornoemde wet van 7 februari 2003, dat in werking getreden is op 1 maart 2004, voor de toepassing van deze wet en, in afwijking van artikel 40 van het Strafwetboek, de geldboete, bij gebreke van betaling, voor hen die wegens een wanbedrijf worden veroordeeld, kan vervangen worden door een verval van het recht tot het besturen van een motorvoertuig waarvan de duur zal worden bepaald door het vonnis en die niet langer dan een maand en niet korter dan acht dagen zal zijn;

Overwegende dat het bestreden vonnis eiser voor het feit E veroordeelt tot een geldboete van 200 euro, verhoogd met 40 opdecimen, of een vervangende gevangenisstraf van 14 dagen, waarvan 50 euro of 6 dagen met uitstel gedurende één jaar, en tot een rijverbod van 15 dagen;

Overwegende dat de door de nieuwe wet bepaalde straf lichter is dan deze bepaald door de wet die ten tijde van het plegen van het feit van toepassing was;

Overwegende dat door voor de uitgesproken geldboete een vervangende gevangenisstraf uit te spreken, het bestreden vonnis een zwaardere straf uitspreekt dan deze die krachtens de nieuwe wet van toepassing is, dewelke voor de geldboete enkel voorziet in een vervangend rijverbod; dat het aldus de aangehaalde wetsbepalingen schendt;

C. Ambtshalve onderzoek van het overige van de strafvordering

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

OM DIE REDENEN,

HET HOF,

Vernietigt het bestreden vonnis in zoverre het eiser tot een vervangende gevangenisstraf veroordeelt hoofdens feit E;

Verwerpt het cassatieberoep voor het overige;

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het gedeeltelijk vernietigde vonnis;

Veroordeelt eiser in de helft van de kosten;

Laat de overige helft ten laste van de Staat;

Verwijst de aldus beperkte zaak naar de Correctionele Rechtbank te Gent, zitting houdende in hoger beroep, anders samengesteld.

12 april 2005 - 2° kamer – *Voorzitter*: de h. Forrier, afdelingsvoorzitter – *Verlaggever*: de h. Debruyne – *Gelijkluidende conclusie* van de h. De Swaef, procureur-generaal.

Nr. 218

2° KAMER - 12 april 2005

1° RECHTEN VAN DE MENS — VERDRAG RECHTEN VAN DE MENS —
ART. 6 — ART. 6.3 - BURGERLIJKE PARTIJ - CASSATIEBEROEP - VERTALING VAN DE
CASSATIEMIDDELEN.

2° CASSATIEMIDDELEN — STRAFZAKEN — ALLERLEI - BURGERLIJKE PARTIJ -
VERTALING VAN DE CASSATIEMIDDELEN.

3° CASSATIEBEROEP — STRAFZAKEN — VORMEN — VORM EN TERMIJN VOOR
MEMORIES EN STUKKEN - MEMORIE - TAAL VAN DE PROCEDURE.

4° TAALGEBRUIK — GERECHTSZAKEN (WET 15 JUNI 1935) — IN CASSATIE —
STRAFZAKEN - BURGERLIJKE PARTIJ - MEMORIE - TAAL VAN DE PROCEDURE.

1° en 2° Artikel 6.3 E.V.R.M. vereist niet dat het Hof de vertaling zou bevelen van de
middelen die een burgerlijke partij als eiseres voor het Hof wenst aan te voeren.

3° en 4° Niet ontvankelijk is de memorie in cassatie die niet in de taal van de procedure is
opgesteld¹. (Art. 27 Taalwet Gerechtszaken)

(IDEE-PROTECT-INTERNATIONALE v.z.w. T. V.)

ARREST

(A.R. P.04.1732.N)

I. Bestreden beslissing

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest, op 30 november 2004 gewezen door het Hof van Beroep te Brussel, kamer van inbeschuldigingstelling.

II. Rechtspleging voor het Hof

¹ Cass., 27 maart 2001, A.R. P.01.0410.N, nr. 172 en 23 okt. 2001, A.R. P.01.1170.N, nr. 567.

Afdelingsvoorzitter Edward Forrier heeft verslag uitgebracht.

Procureur-generaal Marc De Swaef heeft geconcludeerd.

III. Cassatiemiddelen

Eiseres stelt in een memorie grieven voor.

IV. Beslissing van het Hof

A. Ontvankelijkheid van de memorie

Overwegende dat, anders dan de memorie in het Nederlands aanvoert, artikel 6.3 E.V.R.M. niet vereist dat het Hof de vertaling zou bevelen van de middelen die eiseres, burgerlijke partij, wenst aan te voeren;

Overwegende dat de memorie voor het overige niet in het Nederlands, dit is de taal van de procedure, is opgesteld;

Dat de memorie in zoverre die in strijd met de dwingende bepalingen van de Belgische taalwetgeving is opgesteld, niet ontvankelijk is;

OM DIE REDENEN,

HET HOF,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt eiseres in de kosten.

12 april 2005 - 2° kamer – *Voorzitter en Verslaggever*: de h. Forrier, afdelingsvoorzitter – *Gelijklopende conclusie* van de h. De Swaef, procureur-generaal.

Nr. 219

2° KAMER - 12 april 2005

1° TAALGEBRUIK — GERECHTSZAKEN (WET 15 JUNI 1935) — BETEKENING EN TENUITVOERLEGGING — STRAFZAKEN - DAGVAARDING - GEMEENTE VAN GEBOORTE EN VAN WOONPLAATS VAN GEDAAGDE - VERMELDING IN DE TAAL VAN DE PLAATS — GEVOLG.

2° DAGVAARDING - GEMEENTE VAN GEBOORTE EN VAN WOONPLAATS VAN GEDAAGDE - VERMELDING IN DE TAAL VAN DE PLAATS — GEVOLG.

1° en 2° *Het feit dat de dagvaarding de gemeente van de geboorte en van de woonplaats van de gedaagde vermeldt in de taal van deze plaats in plaats van in de taal van de rechtspleging, heeft geen nietigheid van de dagvaarding tot gevolg*¹.

(D.)

ARREST

(A.R. P.05.0149.N)

¹ Het O.M. concludeerde ook tot de verwerping van het cassatiemiddel, maar op de grond dat de gedingleidende akte van dagvaarding in zijn geheel moet worden gelezen en dat het vereist is maar volstaat dat enige vermelding voldoet aan de wet op het gebruik der talen in gerechtszaken, wat door het bestreden vonnis te dezen werd vastgesteld.

I. Bestreden beslissing

Het cassatieberoep is gericht tegen het vonnis, op 17 december 2004 in hoger beroep gewezen door de Correctionele Rechtbank te Oudenaarde.

II. Rechtspleging voor het Hof

Afdelingsvoorzitter Edward Forrier heeft verslag uitgebracht.

Procureur-generaal Marc De Swaef heeft geconcludeerd.

III. Cassatiemiddelen

Eiser stelt in een memorie een middel voor. Die memorie is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

IV. Beslissing van het Hof

A. Onderzoek van het middel

Overwegende dat het feit dat de dagvaarding de gemeente van de geboorte en van de woonplaats van de gedaagde vermeldt in de taal van deze plaats in plaats van in de taal van de rechtspleging, geen nietigheid van de dagvaarding tot gevolg heeft;

Dat het middel faalt naar recht;

B. Ambtshalve onderzoek van de beslissing op de strafvordering

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

OM DIE REDENEN,

HET HOF,

Verwerpt het cassatieberoep;

Veroordeelt eiser in de kosten.

12 april 2005 - 2^o kamer – *Voorzitter en Verslaggever*: de h. Forrier, afdelingsvoorzitter – *Gelijklopende conclusie* van de h. De Swaef, procureur-generaal – *Advocaat*: mr. P. Vande Weghe, Oudenaarde.

Nr. 220

2^o KAMER - 12 april 2005

1^o VEROORDELING MET UITSTEL EN OPSCHORTING VAN DE
VEROORDELING — PROBATIEUITSTEL - HERROEPING WEGENS NIET-NALEVING VAN
DE OPGELEGDE VOORWAARDEN - VERJARING VAN DE VORDERING - STUITING OF SCHORSING VAN DE
VERJARING.

2^o VERJARING — STRAFZAKEN — STRAFVORDERING — SCHORSING - PROBATIEUITSTEL
- HERROEPING WEGENS NIET-NALEVING VAN DE OPGELEGDE VOORWAARDEN.

3^o VERJARING — STRAFZAKEN — STRAFVORDERING — STUITING - PROBATIEUITSTEL -
HERROEPING WEGENS NIET-NALEVING VAN DE OPGELEGDE VOORWAARDEN.

4^o VERJARING — STRAFZAKEN — STRAFVORDERING — STUITING - STRAFRECHTER -
BESLISSING VAN UITSTEL VAN ZAAK.

1^o, 2^o en 3^o *De verjaringstermijn van de vordering tot herroeping van het probatieuitstel wegens niet-naleving van de opgelegde voorwaarden komt in aanmerking voor stuiting of schorsing*¹. (Artt. 22 e.v. V.T.Sv.; Art. 14, §3 Probatielwet)

4^o *De regelmatige en te gepasten tijde gewezen beslissing van de rechters waarbij de zaak wordt uitgesteld, om welke reden ook, stuit de verjaring*². (Art. 22 V.T.Sv.)

(P.)

ARREST

(A.R. P.05.0249.N)

I. Bestreden beslissing

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest, op 14 januari 2005 gewezen door het Hof van Beroep te Gent, correctionele kamer.

II. Rechtspleging voor het Hof

Raadsheer Jean-Pierre Frère heeft verslag uitgebracht.

Procureur-generaal Marc De Swaef heeft geconcludeerd.

III. Cassatiemiddelen

Eiser stelt in een verzoekschrift een middel voor. Dit verzoekschrift is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

IV. Beslissing van het Hof

A. Onderzoek van het middel

1. Eerste onderdeel

Overwegende dat naar luid van artikel 14, §3, Probatielwet, de vordering tot herroeping van het probatie-uitstel wegens niet-naleving van de opgelegde voorwaarden verjaart een vol jaar na de dag waarop zij bij het bevoegde gerecht is aangebracht;

Overwegende dat zodanige vordering een onderdeel is van de strafvordering vermits zij betrekking heeft op de bestraffing en de daarvoor te bepalen modaliteiten;

Overwegende dat uit de bewoordingen van het vermelde artikel niet volgt dat de daarin bedoelde verjaringstermijn in werkelijkheid een vervaltermijn is die niet in aanmerking komt voor stuiting of schorsing, overeenkomstig de bepalingen van de artikelen 21 en volgende, Voorafgaande Titel Wetboek van Strafvordering;

Dat het onderdeel dat uitgaat van een andere rechtsopvatting, faalt naar recht;

2. Tweede onderdeel

Overwegende dat de regelmatige en te gepasten tijde gewezen beslissing van de rechters waarbij de zaak wordt uitgesteld, om welke reden ook, de verjaring

1 Zie Cass., 7 feb. 1978, A.C. 1978, 674 en de noot A.T.; 6 jan. 2004, A.R. P.03.0777.N, nr. 1.

2 Cass., 4 jan. 2000, A.R. P.98.1384.N, nr. 2.

stuit;

Dat het onderdeel faalt naar recht;

B. Ambtshalve onderzoek van de beslissing op de strafvordering

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

OM DIE REDENEN,

HET HOF,

Verwerpt het cassatieberoep;

Veroordeelt eiser in de kosten.

12 april 2005 - 2° kamer – *Voorzitter*: de h. Forrier, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Frère – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. De Swaef, procureur-generaal – *Advocaten*: mrs. N. Ruckebusch, Ieper en K. Bosmans, Brussel.

Nr. 221

2° KAMER - 13 april 2005

1° BEWIJS — STRAFZAKEN — GETUIGEN - ANONIEME GETUIGENISSEN BUITEN HET TOEPASSINGSGBIED VAN DE ARTT. 47DECIES, 75BIS, 75TER EN 86BIS TOT 86QUINQUIES Sv. VERKREGEN — BEWIJSWAARDE.

2° RECHTEN VAN DE MENS — VERDRAG RECHTEN VAN DE MENS — ART. 6 — ART. 6.3 - GETUIGENVERHOOR - BEOORDELING DOOR DE BODEMRECHTER.

3° BEWIJS — STRAFZAKEN — GETUIGEN — BEOORDELING DOOR DE RECHTER - WEIGERING - RECHTEN VAN DE MENS - VERDRAG RECHTEN VAN DE MENS.

4° VONNISSEN EN ARRESTEN — STRAFZAKEN — ALGEMEEN - HEROPENING VAN HET DEBAT - TOEPASSELIJKE WETTELIJKE BEPALINGEN.

5° ONAANTASTBARE BEOORDELING DOOR DE FEITENRECHTER - STRAFZAKEN - STRAFVORDERING - VERZOEK TOT HEROPENING VAN HET DEBAT.

6° REDENEN VAN DE VONNISSEN EN ARRESTEN — ALLERLEI - STRAFZAKEN - STRAFVORDERING - VERZOEK TOT HEROPENING VAN HET DEBAT - ONAANTASTBARE BEOORDELING DOOR DE BODEMRECHTER.

1° De anonieme getuigenissen die buiten het toepassingsgebied van de artt. 75bis, 75ter en 86bis tot 86quinquies Sv. betreffende de anonimiteit van getuigen of van art. 47decies van hetzelfde wetboek zijn verkregen, kunnen in overweging worden genomen om een onderzoek te openen of te oriënteren en om op autonome wijze bewijzen te vergaren, of om de samenhang ervan te beoordelen¹.

2° en 3° Art. 6 E.V.R.M. ontnemt de bodemrechter niet de bevoegdheid om de

¹ Cass., 23 maart 2005, A.R. P.04.1528.F, nr. 180 en de conclusie van de h. adv.-gen. VANDERMEERSCH.

*gegrondheid van een verzoek tot getuigenverhoor te beoordelen*². (Art. 6.3 E.V.R.M.)

*4° De bepalingen van het Ger.W. betreffende de heropening van het debat zijn, als dusdanig, niet van toepassing in strafzaken*³. (Artt. 771, 772 en 774 Ger.W.)

*5° en 6° De bodemrechter oordeelt op onaantastbare wijze over de noodzakelijkheid of de gepastheid van een door een partij gedaan verzoek tot heropening van het debat; wanneer hij beslist dat er geen grond is tot heropening van het debat, dient hij zijn beslissing niet met redenen te omkleden*⁴.

(B.A.)

ARREST (vertaling)

(A.R. P.05.0263.F)

I. Bestreden beslissing

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, dat op 13 januari 2005 is gewezen door het Hof van Beroep te Brussel, correctionele kamer.

II. Rechtspleging voor het Hof

Raadsheer Paul Mathieu heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal met opdracht Pierre Cornelis heeft geconcludeerd.

III. Cassatiemiddelen

Eiser voert drie middelen aan in een memorie, waarvan een voor eensluidend verklaard afschrift aan dit arrest is gehecht.

IV. Beslissing van het Hof

Over het eerste middel:

Overwegende dat de anonieme getuigenissen die buiten het toepassingsgebied van de artikelen 75bis, 75ter en 86bis tot 86quinquies van het Wetboek van Strafvordering betreffende de anonimiteit van getuigen of van artikel 47decies van hetzelfde wetboek zijn verkregen in aanmerking kunnen worden genomen om een onderzoek te openen of te oriënteren en om op autonome wijze bewijzen te vergaren, of om de samenhang ervan te beoordelen;

Dat het middel dat aanvoert dat de appèlrechters de "informatie die bij de genaamde 'Jim' is verkregen" niet in aanmerking mochten nemen aangezien zijn identiteit niet was bekendgemaakt, ofschoon diens verklaringen buiten het toepassingsgebied van de voormelde bepalingen vielen, faalt naar recht;

Over het tweede middel:

Overwegende dat artikel 6 van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden de bodemrechter de bevoegdheid niet ontnemt de gegrondheid van het verzoek tot getuigenverhoor te beoordelen;

Overwegende dat het middel, in zoverre het kritiek uitoefent op de onaantastbare beoordeling van de appèlrechters, niet ontvankelijk is;

2 Cass., 29 april 2003, A.R. P.02.1461.N, nr. 269 en 16 juni 2004, A.R. P.04.0281.F, nr. 333.

3 Cass., 16 jan. 2002, A.R. P.01.0948.F, nr. 30 en 9 okt. 2002, A.R. P.02.1183.F, nr. 522.

4 Cass., 6 dec. 1988, A.R. 2490, nr. 202 en 24 sept. 2002, A.R. P.02.1110.N, nr. 475.

Overwegende dat de appèlrechters, voor het overige, door het verzoek tot verhoor van twee getuigen te verwerpen om de redenen die zij vermelden, noch het recht van eiser om een dergelijk bewijs aan te brengen, noch de aangevoerde verdragsbepaling schenden;

Dat het middel, in zoverre, niet kan worden aangenomen;

Over het derde middel:

Overwegende dat het middel uiteenzet dat eiser om de heropening van het debat had verzocht na het vernietigingsarrest van het Arbitragehof van 21 december 2004 betreffende de bijzondere opsporingsmethodes;

Overwegende dat het middel, in zoverre het de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de heropening van het debat aanvoert, die als dusdanig niet toepasselijk zijn in strafzaken, faalt naar recht;

Overwegende dat het middel, in zoverre het de appèlrechters verwijt dat zij hebben nagelaten "de vraag over de invloed van een internationale rechtsnorm die rechtstreeks van toepassing is en die als grondslag heeft gediend voor de vernietiging van een wettelijke bepaling die in een zaak die voor hem is gebracht werd toegepast, aan de tegenspraak van de partijen te onderwerpen", terwijl het bestreden arrest vaststelt "dat de onwettigheid van het vertrouwelijk dossier, in zoverre het een internationale rechtsnorm miskent die rechtstreeks van toepassing is (artikel 6 E.V.R.M.) en een algemeen rechtsbeginsel, die in het verzoekschrift is aangevoerd, reeds in een conclusie door de beklagden is aangevoerd", feitelijke grondslag mist;

Overwegende dat de bodemrechter, voor het overige, op onaantastbare wijze over de noodzakelijkheid of de gepastheid van een door een partij gedaan verzoek tot heropening van het debat oordeelt; dat wanneer hij beslist dat er geen grond is tot heropening van het debat, hij deze beslissing niet met redenen dient te omkleden;

Dat het middel, in zoverre, niet kan worden aangenomen;

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

OM DIE REDENEN,

HET HOF

Verwerpt het cassatieberoep;

Veroordeelt de eiser in de kosten.

13 april 2005 - 2° kamer – *Voorzitter*: de h. Fischer, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Mathieu – *Gelijklopende conclusie* van de h. Cornelis, advocaat-generaal met opdracht – *Advocaten*: mrs. C. Marchand, Brussel, A. Schaus, Brussel en D. Bosquet, Brussel.

Nr. 222**2° KAMER - 13 april 2005**

- 1° ONDERZOEKSGERECHTEN - HOGER BEROEP TEGEN DE BESCHIKKINGEN VAN DE RAADKAMER - INVERDENKINGGESTELDE - VERZUIM IN DE VERWIJZINGSBESCHIKKING - ONTVANKELIJKHEID VAN HET HOGER BEROEP.**
- 2° HOGER BEROEP — STRAFZAKEN (DOUANE EN ACCIJNZEN INBEGREPEN) — BESLISSINGEN EN PARTIJEN - BESCHIKKING VAN DE RAADKAMER - INVERDENKINGGESTELDE - VERZUIM IN DE VERWIJZINGSBESCHIKKING - NIET-ONTVANKELIJKHEID VAN HET HOGER BEROEP.**
- 3° REDENEN VAN DE VONNISSEN EN ARRESTEN — OP CONCLUSIE — STRAFZAKEN (GEESTRIJKE DRANKEN EN DOUANE EN ACCIJNZEN INBEGREPEN) - RAADKAMER - VORDERING VAN HET O.M. - OVERNAME VAN DE REDENEN.**
- 4° CASSATIEBEROEP — STRAFZAKEN — BESLISSINGEN VATBAAR VOOR CASSATIEBEROEP — STRAFVORDERING — ALGEMEEN - BESLISSINGEN AL DAN NIET ONMIDDELLIJK VATBAAR VOOR CASSATIEBEROEP - INVERDENKINGGESTELDE - VERWIJZING DOOR DE RAADKAMER - HOGER BEROEP - BESLISSING VAN DE KAMER VAN INBESCHULDIGINGSTELLING — ONTVANKELIJKHEID.**
- 1° Het ontbreken, in de verwijzingsbeschikking, van redengeving betreffende het bestaan van voldoende bezwaren maakt een verzuim uit van deze beschikking, zodat het hoger beroep dat door de inverdenkinggestelde tegen deze beschikking is ingesteld ontvankelijk is wanneer het middel tot staving van voormeld hoger beroep met recht een dergelijk verzuim aanvoert¹.*
- 2° Het hoger beroep van de inverdenkinggestelde is niet ontvankelijk wanneer de kamer van inbeschuldigingstelling, ondanks het feit dat een dergelijk verzuim wordt aangevoerd, vaststelt dat de beroepen beschikking dienaangaande met redenen is omkleed.*
- 3° De beschikking van de raadkamer is met redenen omkleed wanneer zij met overname van de redenen van de vordering van het O.M. ten aanzien van de inverdenkinggestelde voldoende aanwijzingen van schuld vaststelt en hem naar de correctionele rechtbank verwijst².*
- 4° Het cassatieberoep is niet ontvankelijk, wanneer het is ingesteld tegen een arrest dat het hoger beroep van eiser naar recht niet ontvankelijk verklaart door vast te stellen dat er geen enkele onregelmatigheid, verzuim of nietigheid van de beschikking tot verwijzing is zoals bedoeld in art. 135, §2 Sv. (Artt. 129, 130, 131, §1, 135, §2, 416, tweede lid en 539 Sv.)*

(T.)

Conclusie van de heer advocaat-generaal met opdracht Cornelis (vertaling):

In de onderhavige rechtspleging werd eiser naar de correctionele rechtbank verwezen met een beschikking die naar de redenen van de vordering van het O.M. verwees dat concludeerde dat er voldoende bezwaren jegens de inverdenkinggestelde bestonden.

Eiser heeft tegen de beschikking hoger beroep ingesteld en beroept zich in conclusie voor de kamer van inbeschuldigingstelling op art. 135, §2 Sv., waarbij hij aanvoert dat de beschikking geenszins met redenen was omkleed.

De kamer van inbeschuldigingstelling heeft het hoger beroep om twee redenen niet-

1 Zie Cass., 5 sept. 2000, A.R. P.00.0988.N, nr. 441.

2 Zie concl. O.M. in A.C. 2005, nr. 222.

ontvankelijk verklaard:

- enerzijds heeft zij conform uw rechtspraak geoordeeld, dat de raadkamer de redenen van de vorderingen van het O.M. mocht overnemen, zonder deze uitdrukkelijk weer te geven³;

- anderzijds heeft zij, wat het bestaan van voldoende bezwaren betreft, geoordeeld dat het onderzoeksgerecht dat de rechtspleging regelt, op voldoende wijze de betwistingen beantwoordde door de onaantastbare beoordeling dat dergelijke bezwaren al dan niet bestaan⁴;

Eiser voert voor U twee middelen aan.

Het onderzoek van die middelen is afhankelijk van de ontvankelijkheid van het cassatieberoep.

Het onmiddellijk rechtsmiddel dat door de inverdenkinggestelde in het kader van een verwijzingsprocedure is ingesteld, is slechts ontvankelijk in zoverre het hoger beroep voor de kamer van inbeschuldigingstelling zelf ontvankelijk is.

De kwestie van de ontvankelijkheid van het hoger beroep wordt ontwikkeld in het tweede middel van eiser die aanvoert dat het hof van beroep door het hoger beroep niet ontvankelijk te verklaren art. 135, tweede lid Sv., schendt dat bepaalt dat de inverdenkinggestelde hoger beroep kan instellen in het geval van een verzuim in de verwijzingsbeschikking.

Deze stelling spoort met de rechtspraak van uw Hof, zoals die blijkt uit twee arresten die op 7 juni 2000⁵ en 23 mei 2001⁶ in het kader van eenzelfde procedure zijn geweest.

In die zaak had de raadkamer te Doornik, die het bestaan van bezwaren had vastgesteld, de verwijzing van de inverdenkinggestelde naar de correctionele rechtbank bevolen, zonder te antwoorden op de conclusie die met feitelijke gegevens de bezwaren betwistte.

De kamer van inbeschuldigingstelling te Bergen had het hoger beroep van de inverdenkinggestelde tegen de beschikking tot verwijzing niet ontvankelijk verklaard. In uw arrest van 7 juni 2000 heeft U deze beslissing vernietigd omdat de appelrechters waarvoor een conclusie werd aangebracht die het totaal gebrek aan redengeving van de verwijzingsbeschikking van de raadkamer aanvoerde, hun beslissing waarbij zij het hoger beroep van eiser niet ontvankelijk verklaren niet naar recht verantwoordden.

Een noot van O. KLEES en D. VANDERMEERSCH bespreekt dit arrest in de volgende bewoordingen:

“Ce que la Cour de cassation a justement sanctionné, c’est la seule décision d’irrecevabilité de l’appel de l’inculpé. Il est vraisemblable que si la chambre des mises en accusation avait déclaré cet appel recevable mais non fondé, avec la même motivation quant aux charges, son arrêt aurait pu échapper à la censure de la haute juridiction ...

Est-ce dire que pour être déclaré recevable, l’appel devrait en outre être fondé? En d’autres termes, suffit-il à l’inculpé d’alléguer l’un des motifs prévus par la loi pour que son appel doive être déclaré recevable, ou la recevabilité de celui-ci dépend-elle de la pertinence de son argumentation?

La Cour de cassation nous paraît heureusement opter pour la première branche de l’alternative: dès lors que les juges d’appel étaient saisis de conclusions alléguant, à tort ou à raison, l’absence totale de motivation de l’ordonnance de renvoi de la chambre du

3 Cass., 5 juni 1996, A.R. P.96.0735.F, nr. 217; 20 okt. 1999, A.R. P.99.1431.F, nr. 553 en 26 maart 2003, A.R. P.03.0136.F, nr. 206.

4 Cass., 23 mei 2001, A.R. P.01.0317.F, nr. 307 en de concl. van adv.-gen. LOOP; 2 nov. 2004, A.R. P.04.1021.N, nr. 523.

5 Cass., 7 juni 2000, J.T. 2000, 699, met commentaar van O. KLEES en D. VANDERMEERSCH.

6 Cass., 23 mei 2001, A.R. P.01.0317.F, nr. 307.

conseil, ils devaient déclarer recevable l'appel de l'inculpé, quitte à le juger ensuite non fondé."

Deze analyse wordt bevestigd door het vervolg van de rechtspleging.

De anders samengestelde kamer van inbeschuldigingstelling te Bergen, waarbij de vernietigde zaak aanhangig was gemaakt, besliste in haar arrest van 25 januari 2001, dat het hoger beroep tegen de beschikking ontvankelijk was en vernietigde die beslissing om reden dat zij de conclusie van de inverdenkinggestelde niet beantwoordde in zoverre daarin het bestaan van voldoende bezwaren werd betwist.

Op de voorziening van de procureur-generaal te Bergen heeft U, bij arrest van 23 mei 2001, beslist dat het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling in overeenstemming was met de wet in zoverre dit het hoger beroep ontvankelijk verklaarde. U heeft daarentegen de beslissing vernietigd in zoverre zij uitspraak deed over de grond van het hoger beroep, d.w.z. in zoverre zij de beschikking vernietigde omdat die de conclusie niet beantwoordde.

Eisers tweede middel ligt in de lijn van beide arresten, omdat daarin inderdaad, per conclusie voor de kamer van inbeschuldigingstelling, het ontbreken van enige redengeving werd aangevoerd.

Indien men zich letterlijk aan uw rechtspraak houdt, leidt het aannemen van de ontvankelijkheid van het hoger beroep zowel tot ontvankelijkheid van het cassatieberoep als tot vernietiging van het bestreden arrest.

Het is het O.M. niet verboden om vooruit te lopen op wat, in dat geval, het vervolg van de rechtspleging zou zijn. Door het onderscheid te maken tussen de ontvankelijkheid en de grond, zou de kamer van inbeschuldigingstelling van het hof waarnaar de zaak is verwezen, het hoger beroep ontvankelijk doch ongegrond moeten verklaren aangezien de rechtspraak, volgens het bestreden arrest en in tegenstelling tot hetgeen eiser aanvoert, zegt dat het onderzoeksgerecht de redenen van de vordering mag overnemen zonder ze te moeten weergeven.

Buiten onderhavig geschil om moet rijst de algemene vraag of die procedurezijsprong zin heeft: volstaat het louter, op quasi-magische wijze, aanvoeren van een totaal gebrek aan redengeving van de verwijzingsbeschikking om het hoger beroep en bijgevolg het cassatieberoep ontvankelijk te maken? Toegegeven, het verzuim van enige redengeving spoot met artikel 135, § 2, en de verwarring tussen de ontvankelijkheid en de grond kan tot een abusieve vereenvoudiging van het gerechtelijk debat leiden. Betekent dat evenwel dat een eenvoudige verwijzing naar een wettekst volstaat om de rechtspleging te gijzelen?

Het lijkt mij dat uw Hof, mits het zijn vroegere rechtspraak verduidelijkt, de abusievelijke rechtsmiddelen, of deze die zoals hier de zin van de rechtspleging niet kunnen wijzigen, zou kunnen verhinderen. U zou, bijvoorbeeld, een formulering kunnen gebruiken, die de abusieve of kennelijk ongegronde vorderingen uitsluiten.

In de veronderstelling dat uw Hof zijn rechtspraak aldus zou doen evolueren, is er grond om het rechtsmiddel van eiser niet ontvankelijk te verklaren. Dat is mijn voorstel.

Indien U daarentegen uw rechtspraak ongewijzigd laat, dan moet, zoals ik heb aangegeven, het tweede middel worden aangenomen en het bestreden arrest met verwijzing worden vernietigd.

ARREST (*vertaling*)

(A.R. P.05.0275.F)

I. Bestreden beslissing

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, op 9 februari 2005 gewezen

door het Hof van Beroep te Brussel, kamer van inbeschuldiging-stelling.

II. Rechtspleging voor het Hof

Raadsheer Frédéric Close heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal met opdracht Pierre Cornelis heeft geconcludeerd.

III. Cassatiemiddelen

Eiser voert twee middelen aan in een memorie, waarvan een voor eensluidend verklaard afschrift aan dit arrest is gehecht.

IV. Beslissing van het Hof

Overwegende dat het ontbreken, in de verwijzingsbeschikking, van redengeving betreffende het bestaan van voldoende bezwaren een verzuim uitmaakt van deze beschikking, zodat het hoger beroep dat door de inverdenkinggestelde tegen deze beschikking is ingesteld ontvankelijk is wanneer het middel tot staving van voormeld hoger beroep met recht een dergelijk verzuim aanvoert;

Dat, het hoger beroep van de inverdenkinggestelde daarentegen niet ontvankelijk is wanneer de kamer van inbeschuldigingstelling, ondanks het feit dat een dergelijk verzuim wordt aangevoerd, vaststelt dat de beroepen beschikking dien-aangaande met redenen is omkleed;

Overwegende dat eiser hoger beroep heeft ingesteld tegen de beschikking waarbij hij naar de correctionele rechtbank was verwezen en in een conclusie voor de kamer van inbeschuldigingstelling heeft aangevoerd dat voormelde beschikking door de gronden van de vordering van het openbaar ministerie over te nemen "geenszins met redenen was omkleed" en een verzuim inhield in de zin van artikel 135, §2 van het Wetboek van Strafvordering;

Overwegende dat het bestreden arrest oordeelt dat de raadkamer de gronden van het openbaar ministerie mocht overnemen, dat zij daardoor heeft vastgesteld dat er tegen eiser voldoende aanwijzingen van schuld waren en dat zij deze niet nader diende te omschrijven; dat het daaruit afleidt dat eiser tevergeefs een gebrek aan motivering aanvoerde en zegt dat zijn hoger beroep niet ontvankelijk is;

Overwegende, bijgevolg, dat het cassatieberoep niet ontvankelijk is wanneer het is ingesteld tegen een arrest dat het hoger beroep van eiser naar recht niet ontvankelijk verklaart door vast te stellen dat er geen enkele onregelmatigheid, verzuim of nietigheid van de beschikking tot verwijzing is zoals bedoeld in voormeld artikel 135, §2;

En overwegende dat er geen grond is om acht te slaan op de memorie van eiser, die geen verband houdt met de ontvankelijkheid van zijn cassatieberoep;

OM DIE REDENEN,

HET HOF

Verwerpt het cassatieberoep;

Veroordeelt eiser in de kosten.

13 april 2005 - 2° kamer – *Voorzitter*: de h. Fischer, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Close – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. Cornelis, advocaat-generaal met

opdracht – *Advocaat*: mr. J.-L. Bosteels, Brussel.

Nr. 223

2° KAMER - 13 april 2005

ONDERZOEKSGERECHTEN - KAMER VAN INBESCHULDIGINGSTELLING -
HOGER BEROEP DOOR DE INVERDENKINGGESTELDE TEGEN EEN VERWIJZINGSBESCHIKKING -
ONTVANKELIJK HOGER BEROEP - MIDDEL NIET GEGROND - BESLISSING OVER DE BEZWAREN TEGEN
DE INVERDENKINGGESTELDE - KAMER VAN INBESCHULDIGINGSTELLING NIET BEVOEGD.

De kamer van inbeschuldigingstelling is niet bevoegd om uitspraak te doen over het bestaan van voldoende bezwaren tegen de inverdenkinggestelde als zij, nadat laatstgenoemde bij haar een hoger beroep heeft aanhangig gemaakt tegen de verwijzingsbeschikking van de raadkamer, heeft beslist dat dit beroep ontvankelijk was, maar dat het aangevoerde middel niet gegrond was¹. (Art. 135 Sv.)

(Procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Bergen T. D.)

ARREST (*vertaling*)

(A.R. P.05.0312.F)

I. Bestreden beslissing

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, dat op 26 januari 2005 is gewezen door het Hof van Beroep te Bergen, kamer van inbeschuldigingstelling.

II. Rechtspleging voor het Hof

Raadshoer Benoît Dejemepe heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal met opdracht Pierre Cornelis heeft geconcludeerd.

III. Cassatiemiddelen

Eiser voert een middel aan in een memorie, waarvan een voor eensluidend verklaard afschrift aan dit arrest is gehecht.

IV. Beslissing van het Hof

Overwegende dat de kamer van inbeschuldigingstelling, waarbij het hoger beroep van verweerder tegen de beschikking van de raadkamer waarbij hij naar de correctionele rechtbank wordt verwezen is aanhangig gemaakt, dat hoger beroep bij arrest van 21 april 2004 ontvankelijk heeft verklaard en het middel afgeleid uit een gebrek aan motivering van de beschikking heeft verworpen; dat zij, niettegenstaande deze beslissing, eveneens aanvullende onderzoeksverrichtingen heeft bevolen;

Overwegende dat zij, met het bestreden arrest, voormelde beschikking nietig heeft verklaard en beslist heeft dat er geen grond was om verweerder te vervolgen;

¹ Cass., 23 okt. 1991, A.R. 9420, niet gepubliceerd, geciteerd door R. DECLERCO, *R.P.D.B., Complément*, t. IX, 2004, v° *Procédure pénale*, p. 579. Zie ook *ibid.*, p. 580-581.

Overwegende evenwel dat zij, gelet op haar beslissing van 21 april 2004, daartoe niet bevoegd was; dat immers de omstandigheid alleen dat het hoger beroep van inverdenkinggestelde ontvankelijk is niet tot gevolg mag hebben de beoordeling van de aanwijzingen van schuld opnieuw in het geding te brengen waarvan het onderzoek niet tot de opdracht van de kamer van inbeschuldigingstelling behoort aangezien zij het middel tot staving van het hoger beroep van de inverdenkinggestelde niet gegrond heeft bevonden;

Dat het middel in zoverre gegrond is;

OM DIE REDENEN,

HET HOF

Vernietigt het bestreden arrest;

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het vernietigde arrest;

Laat de kosten ten laste van de Staat;

Verwijst de zaak naar het Hof van Beroep te Bergen, kamer van inbeschuldigingstelling, anders samengesteld.

13 april 2005 - 2° kamer – *Voorzitter*: de h. Fischer, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Dejemeppe – *Gelijkluidende conclusie* van de h. Cornelis, advocaat-generaal met opdracht.

Nr. 224

2° KAMER - 13 april 2005

TAALGEBRUIK — GERECHTSZAKEN (WET 15 JUNI 1935) — IN EERSTE AANLEG
— ALGEMEEN - STRAFZAKEN - GERECHTELIJK ARRONDISSEMENT BRUSSEL - AANHOUDINGSBEVEL
- INVERDENKINGGESTELDE DIE HET FRANS NOCH HET NEDERLANDS MACHTIG IS.

Niettegenstaande de inverdenkinggestelde bij zijn eerste verhoor door de politie een andere taal heeft verkozen, mag, wanneer de inverdenkinggestelde noch het Frans noch het Nederlands machtig is, het aanhoudingsbevel dat door de onderzoeksrechter te Brussel tegen hem is afgeleverd, alleen in de taal van de rechtspleging worden gesteld¹.
(Art. 16 Taalwet Gerechtszaken)

(A.)

ARREST (vertaling)

(A.R. P.05.0436.F)

I. Bestreden beslissing

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, dat op 24 maart 2005 is gewezen door het Hof van Beroep te Brussel, kamer van inbeschuldigingstelling.

II. Rechtspleging voor het Hof

¹ Zie concl. O.M. in *Pas.* 2005, nr. 224.

Raadsheer Jean de Codt heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal met opdracht Pierre Cornelis heeft geconcludeerd.

III. Cassatiemiddelen

Eiser voert twee middelen aan in een memorie, waarvan een voor eensluidend verklaard afschrift aan dit arrest is gehecht.

IV. Beslissing van het Hof

Over het eerste middel:

Overwegende dat het middel aanvoert dat de appèlrechters de nietigheid van het aanhoudingsbevel hadden moeten vaststellen op grond van het feit dat het in het Frans is gesteld, ofschoon eiser bij zijn eerste verhoor door de politie op 5 november 2004 had verklaard het Nederlands te kiezen voor de rechtspleging;

Overwegende dat krachtens artikel 16, §1 van de wet van 15 juni 1935 betreffende het gebruik der talen in gerechtszaken, indien de verdachte in de Brusselse agglomeratie woonachtig is, de rechtspleging in het Frans of in het Nederlands wordt gevoerd naar gelang hij zich voor zijn verklaringen van de een of ander dezer talen heeft bediend;

Overwegende dat, volgens diezelfde bepaling, in alle andere gevallen, de rechtspleging in het Frans of het Nederlands wordt gevoerd volgens de noodwendigheden der zaak; dat deze hypothese met name de onderzoeken betreft die tegen verdachten die zich in geen van beide talen uitdrukken zijn ingesteld;

Overwegende dat uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan blijkt dat eiser zich voor zijn verklaringen alleen van het Albanees heeft bediend en dat hij noch Frans noch Nederlands kent, hetgeen het bestreden arrest vaststelt;

Dat het arrest bijgevolg wettig beslist dat niettegenstaande de aanvankelijke keuze van eiser voor het Nederlands, het onderzoek, volgens de beoordeling van de noodwendigheden van de zaak door het openbaar ministerie, in het Frans kon worden gevorderd;

Dat aangezien eiser noch Frans noch Nederlands kent, het aanhoudingsbevel alleen in de taal van de rechtspleging kon worden opgesteld;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

Over het tweede middel:

Overwegende dat het arrest niet betwist dat eiser heeft verklaard het Nederlands te kiezen voor de rechtspleging doch vaststelt, wat niet hetzelfde is, dat hij zich voor zijn verklaringen noch van die taal noch van het Frans heeft bediend;

Dat het middel, dat op een onjuiste interpretatie van het arrest steunt, feitelijke grondslag mist;

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

OM DIE REDENEN,

HET HOF

Verwerpt het cassatieberoep;

Veroordeelt eiser in de kosten.

13 april 2005 - 2° kamer – *Voorzitter*: de h. Fischer, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. de Codt – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. Cornelis, advocaat-generaal met opdracht – *Advocaten*: mrs. S. Mary, Brussel en L. Kennes, Brussel.

Nr. 225

1° KAMER - 14 april 2005

RECHTBANKEN — BURGERLIJKE ZAKEN — ALGEMEEN - VORDERING IN RECHTE -
DOOR PARTIJEN AANGEVOERDE FEITEN EN REDENEN - JURIDISCHE AARD - OPDRACHT VAN DE
RECHTER.

De rechter is gehouden de juridische aard van de door de partijen aangevoerde feiten na te gaan en hij kan, ongeacht de omschrijving ervan door de partijen, de voor hem aangevoerde redenen ambtshalve door andere vervangen, mits hij geen geschil opwerpt waarvan het bestaan door de partijen is uitgesloten, zijn beslissing uitsluitend grondt op regelmatig aan zijn beoordeling onderworpen feiten en noch het onderwerp noch de oorzaak van de vordering wijzigt¹. (Art. 1138, 3° Ger.W.)

(Garage SPINOIT B.V.B.A. T. GECIMA B.V.B.A.)

ARREST (*vertaling*)

(A.R. C.03.0148.F)

I. Bestreden beslissing

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest, op 13 mei 2002 gewezen door het Hof van Beroep te Brussel.

II. Rechtspleging voor het Hof

Raadsheer Daniel Plas heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal met opdracht Philippe de Koster heeft geconcludeerd.

III. Cassatiemiddel

Eiseres voert een middel aan.

Geschonden wettelijke bepalingen

- de artikelen 5, 774 en 1138, 3° van het Gerechtelijk Wetboek;
- de artikelen 1142 tot 1151, 1319, 1320, 1322 en 1797 van het Burgerlijk Wetboek;
- algemeen rechtsbeginsel krachtens hetwelk de rechter gehouden is om, mits hij het recht van verdediging eerbiedigt, de rechtsnorm te bepalen die van toepassing is op de bij hem ingestelde rechtsvordering en die regel, welke onder meer vervat ligt in artikel 774 van het Gerechtelijk Wetboek, toe te passen.

Aangevochten beslissingen en redenen

Het bestreden arrest verklaart het incidenteel beroep van verweerster ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond, doet het beroepen vonnis teniet, behalve in zoverre het de vorderingen ontvankelijk verklaart en de kosten begroot, verklaart, met wijziging van dat

¹ Zie concl. O.M. in *Pas.* 2005, nr. 225.

vonnis, de door eiseres tegen verweerster ingestelde tegenvordering niet gegrond, wijst haar af, veroordeelt bijgevolg eiseres om aan verweerster het bedrag van 6.300,96 euro te betalen, verhoogd met de bedongen interest tegen 8 pct. met ingang van 12 april 1991 tot de volledige betaling, en veroordeelt haar in de kosten van beide instanties, en dit om alle redenen die hier geacht worden volledig weergegeven te zijn, en met name om de volgende redenen:

"Het deskundigenonderzoek heeft, naar het oordeel van het hof [van beroep], de precieze en zekere technische oorzaken van het ongeval niet aan het licht kunnen brengen;

Op bladzijde 10 van het verslag van de deskundige De Lange staat het volgende te lezen:

'Gelet op de uiteenlopende verklaringen van de partijen is het haast onmogelijk te achterhalen wat er juist gebeurd is op het ogenblik van het ongeval: wie heeft de stropleng aangebracht? Met welke gebaren heeft men instructies gegeven aan de kraanbestuurder? Heeft de vracht platen de zijkant van het tweede gebouw (de bestaande werkplaats) geraakt waardoor de balken aan het schuiven zijn gebracht? Zijn de platen vanzelf aan het schuiven gegaan omdat de stropleng niet stevig genoeg was vastgemaakt?'

Daar er geen antwoord is op die verschillende vragen, dient men als loutere hypothesen die niet bewezen zijn te beschouwen;

- de eventuele fout van [verweerster] of van Vanderlinden die erin bestaat dat ze maar één stropleng in plaats van twee hebben aangebracht om de platen onderling vast te maken;

- een eventuele fout van de chauffeur van de [vennootschap] Vanderlinden bij het vastmaken van de stropleng of bij het geven van aanwijzingen voor het manoeuvre;

- een eventuele fout van de kraanbestuurder in de uitvoering van het manoeuvre;

Onder die voorwaarden is het derhalve niet mogelijk om bij de bepaling van de respectievelijke aansprakelijkheid van de betrokkenen en de daarop gegronde veroordelingen, de subjectieve indruk te bekrachtigen die de deskundige op bladzijde 10 van zijn verslag als volgt heeft weergegeven:

'Persoonlijk denk ik dat de vracht platen de zijkant van het gebouw heeft geraakt en dat de platen daardoor aan het schuiven zijn gegaan. Indien het gebruik van één enkele riem of het feit dat ze niet stevig genoeg was bevestigd, de oorzaak was dat de platen uit de stropleng gegleden zijn, denk ik dat zulks reeds zou gebeurd zijn toen de vracht voor de eerste maal uit de vrachtwagen werd gehesen';

Uit die indruk die de deskundige hierop baseert dat, zijns inziens, de platen reeds bij het eerste optillen ervan aan het schuiven zouden zijn gegaan, indien maar één riem zou zijn gebruikt of indien deze niet stevig genoeg zou zijn vastgemaakt, kan niet met de vereiste mate van zekerheid worden opgemaakt dat het manoeuvre van de kraanbestuurder noodzakelijkerwijs de oorzaak is van het ongeval;

Bovendien maakt die veronderstelling het nog altijd niet mogelijk te achterhalen of het eventuele verkeerde manoeuvre van de kraanbestuurder niet het gevolg is van verkeerde aanwijzingen van de chauffeur van Vanderlinden, zoals de deskundige zelf suggereert;

De verklaring van de chauffeur van Vanderlinden, die op 9 augustus 1991 aan de deskundige Hellio was toegezonden, heeft trouwens geen afdoende bewijswaarde binnen het kader van diens onderzoek naar de oorzaken van het ongeval;

Die verklaring, welke vier maanden na de feiten binnen het kader van het deskundigenonderzoek was afgelegd, mist bovendien bewijswaarde omdat de [vennootschap] Vanderlinden tevoren nooit een verkeerd manoeuvre van de kraanbestuurder heeft aangevoerd en niet heeft gereageerd op de brief die haar nog de dag zelf van het ongeval door [verweer-

ster] was gezonden en waarin het gebruik van één enkele riem vermeld werd als de oorzaak van het ongeval;

De niet gedagtekende verklaring van de leerjongen van [eiseres] volgens welke hij 'een slag heeft gehoord vooraleer de balken door het dak van de tentoonstellingsruimte vielen', is niet relevant, aangezien de gehoorde slag heel goed afkomstig kon zijn van de eerste balk, die voor de andere gevallen was;

Het is van essentieel belang erop te wijzen dat [eiseres] zich nergens beroept op de contractuele aansprakelijkheid van de met de bouw van de loods belaste [verweerster], maar uitsluitend op haar quasi-delictuele aansprakelijkheid;

Derhalve kan op grond van de beginselen van de contractuele aansprakelijkheid niet worden nagegaan of [verweerster], gelet op het feit dat de precieze oorzaken van het ongeval niet konden worden bepaald, - aangezien het hoe dan ook vaststaat dat een fout is begaan door één of meer bij de bouw betrokken personen -, contractueel aansprakelijk is voor hun eventuele fout;

Er moet worden vastgesteld dat [eiseres] niet aantoont dat [verweerster], de [vennootschap] Vanderlinden of de [vennootschap] Trama een fout hebben begaan die in verband staat met de door haar geleden schade;

Het feit alleen dat het ongeval zich heeft voorgedaan is geen voldoende reden om te stellen dat het manoeuvre dat de balken aan het schuiven heeft gebracht, is uitgevoerd door onbevoegde of onbekwame personen;

Uit de bovenstaande overwegingen volgt dat [eiseres] aan [verweerster] de niet betaalde facturen betreffende de bouw van de loods moet betalen".

Grieven

Teneinde de door eiseres tegen verweerster, haar medecontractant, ingestelde vordering tot vergoeding niet gegrond te verklaren, stelt het bestreden arrest vast "dat het hoe dan ook vaststaat dat een fout is begaan door één of meer bij de bouw betrokken personen", maar beslist het "dat op grond van de beginselen van de contractuele aansprakelijkheid niet kan worden nagegaan of verweerster, gelet op het feit dat de precieze oorzaken van het ongeval niet konden worden bepaald, niet contractueel aansprakelijk is voor hun eventuele fout", aangezien eiseres "zich nergens beroept op de contractuele aansprakelijkheid van de met de bouw van de loods belaste [verweerster], maar uitsluitend op haar quasi-delictuele aansprakelijkheid".

1. Eerste onderdeel

(...)

2. Tweede onderdeel

Het staat aan de rechter om, mits hij het recht van verdediging eerbiedigt, de rechtsregel op grond waarvan hij de vordering zal toewijzen of verwerpen, toe te passen op de regelmatig aan hem voorgelegde feiten, zonder het onderwerp of de oorzaak van de vordering te wijzigen.

De rechter kan niet zonder dat, onder meer in artikel 774 van het Gerechtelijk Wetboek vastgelegde, algemeen rechtsbeginsel te miskennen, de vordering afwijzen op de enige grond dat de door de eiseres aangevoerde rechtsregel niet van toepassing is op het geschil, terwijl hij tegelijkertijd vaststelt dat die vordering op grond van een andere rechtsregel kan worden toegewezen.

Te dezen stelt het bestreden arrest vast dat:

1. de precieze oorzaken van het ongeval dat op 8 april 1991 gebeurd is bij de bouw van de loods die verweerster krachtens overeenkomst aan eiseres diende te leveren, onmogelijk kunnen worden vastgesteld,

2. het echter vaststaat dat een fout is begaan door een of meer bij de bouw betrokken personen, namelijk verweerster en de twee vennootschappen waarop verweerster een beroep heeft gedaan voor die bouw,

3. verweerster in haar hoedanigheid van medecontractant van eiseres en algemeen aannemer, contractueel aansprakelijk kan worden gesteld voor de eventuele fout van de bij de bouw betrokken personen.

Het bestreden arrest beslist niettemin dat niet kan worden nagegaan of verweerster, in haar hoedanigheid van algemeen aannemer, contractueel aansprakelijk is voor de fouten van een of meer bij de bouw betrokken personen, aangezien eiseres zich nergens beroept op de contractuele aansprakelijkheid van eiseres maar enkel op haar quasi-delictuele aansprakelijkheid.

Nochtans zijn het dezelfde feiten die, enerzijds, door eiseres tot staving van haar tegenvordering waren aangevoerd en die, anderzijds, volgens het bestreden arrest, kunnen leiden tot de contractuele aansprakelijkheid van verweerster.

Het bestreden arrest was dus gehouden om, mits het de rechten van de verdediging eerbiedigde, de rechtsregel te bepalen die van toepassing was op de tegenvordering van eiseres en die regel toe te passen, ook al was die rechtsregel een andere dan die welke door eiseres was aangevoerd.

Aangezien het bestreden arrest uitdrukkelijk weigert na te gaan of de door eiseres tegen verweerster ingestelde tegenvordering kan worden toegewezen op grond van de regels van de contractuele aansprakelijkheid, verzuimt het de rechtsregel toe te passen op de feiten die aan de vordering ten grondslag liggen, en schendt het derhalve de artikelen 5, 774 en 1138, 3° van het Gerechtelijk Wetboek alsook het voornoemd algemeen rechtsbeginsel.

Het bestreden arrest schendt tevens de artikelen 1142 tot 1151 alsook artikel 1797 van het Burgerlijk Wetboek, in zoverre het weigert na te gaan of verweerster, in haar hoedanigheid van algemeen aannemer en enige medecontractant van eiseres, gelet op het feit dat de precieze oorzaken van het ongeval niet konden worden bepaald, contractueel aansprakelijk kan worden gesteld, aangezien het hoe dan ook vaststaat dat een fout is begaan door een of meer bij de bouw betrokken personen en eiseres, krachtens die wetsbepalingen, aansprakelijk is voor de personen die het werk in haar plaats hebben uitgevoerd of die zij heeft ingezet om haar overeenkomst met eiseres uit te voeren.

IV. Beslissing van het Hof

Tweede onderdeel:

Overwegende dat de rechter gehouden is het geschil te beslechten overeenkomstig de daarop toepasselijke rechtsregel; dat hij, mits hij het recht van verdediging eerbiedigt, de plicht heeft ambtshalve de rechtsmiddelen op te werpen waarvan de toepassing geboden is door de feiten, die door de partijen in het bijzonder worden aangevoerd tot staving van hun eisen;

Overwegende dat uit de vaststellingen van het arrest blijkt dat er een ongeval is gebeurd bij de bouw van de loods die verweerster krachtens overeenkomst verplicht was te leveren aan eiseres en dat laatstgenoemde, teneinde de vergoeding van haar schade te krijgen, heeft gepoogd verweerster en twee ondernemingen waarop verweerster voor de bouw een beroep had gedaan, aansprakelijk te doen verklaren;

Overwegende dat het arrest erop wijst dat eiseres zich niet beroept op de contractuele aansprakelijkheid van verweerster, maar enkel op haar quasi-delic-

tuele aansprakelijkheid en beslist dat het derhalve niet kan nagaan of verweerster contractueel aansprakelijk was;

Dat het arrest, door aldus te beslissen zonder daarbij na te gaan of verweerster contractueel aansprakelijk is op grond van de feiten die eiseres tot staving van haar vordering aanvoerde, zijn beslissing niet naar recht verantwoordt;

Dat het onderdeel in zoverre gegrond is;

Overwegende dat de vernietiging van de beslissing waarbij de vorderingen van eiseres niet gegrond worden verklaard, zich, wegens het door het arrest tussen die beslissingen gelegde verband, uitstrekt tot de beslissing waarbij de vordering van verweerster tegen eiseres gegrond wordt verklaard alsook tot de beslissing volgens welke de "vorderingen tot vrijwaring en de vordering tot bepaling van haar aandeel in de veroordeling" geen bestaansredenen meer hebben;

De overige grieven:

Overwegende dat er geen redenen zijn om het overige gedeelte van het tweede onderdeel en het eerste onderdeel van het middel te onderzoeken, daar zij toch niet tot ruimere cassatie kunnen leiden;

En overwegende dat eiseres belang erbij heeft dat het arrest bindend zou worden verklaard voor de partij, die te dien einde in de zaak is opgeroepen voor het Hof;

OM DIE REDENEN,

HET HOF

Vernietigt het bestreden arrest, behalve in zoverre het uitspraak doet over de ontvankelijkheid van de hogere beroepen en de vorderingen, aan de tot bindend-verklaring van het arrest opgeroepen partij akte verleent van haar vrijwillige tussenkomst in het geding voor de appèlrechter en de op de aquiliaanse aansprakelijkheid gegronde vordering van eiseres afwijst;

Verklaart het arrest bindend voor de coöperatieve vennootschap P& V Verzekeringen;

Beveelt dat van het arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het gedeeltelijk vernietigde arrest;

Houdt de kosten aan en laat de uitspraak daaromtrent aan de feitenrechter over;

Verwijst de aldus beperkte zaak naar het Hof van Beroep te Bergen.

14 april 2005 - 1^o kamer – *Voorzitter*: de h. Parmentier, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Plas – *Gelijklopende conclusie* van de h. de Koster, advocaat-generaal met opdracht – *Advocaten*: mrs. Gérard en Houtekier.

- INKOMSTEN UIT EEN LANDBOUWBEDRIJF.

De houder van het jachtrecht is jegens de eigenaar aansprakelijk voor de schade die door grof wild aan diens velden, vruchten en oogsten wordt aangericht, zonder dat wordt vereist dat die eigenaar daaruit inkomsten haalt'. (Art. 1 Wet 14 juli 1961)

(G. e.a. T. D. e.a.)

ARREST (vertaling)

(A.R. C.04.0130.F)

I. Bestreden beslissing

Het cassatieberoep is gericht tegen het vonnis, op 18 november 2003 in hoger beroep gewezen door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Luik.

II. Rechtspleging voor het Hof

Afdelingsvoorzitter Claude Parmentier heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Philippe de Koster met opdracht heeft geconcludeerd.

III. Cassatiemiddel

De eisers voeren een middel aan.

Geschonden wettelijke bepalingen

- het artikel 700 van het Gerechtelijk Wetboek;
- de artikelen 1, eerste lid en 3, derde lid van de wet van 14 juli 1961 tot regeling van het herstel der door grof wild aangerichte schade.

Aangevochten beslissingen en redenen

De verweerders vragen op grond van de wet van 14 juli 1961 tot regeling en herstel van door grof wild aangericht schade, van eiser vergoeding voor de schade die everzwijnen hebben aangericht aan het grasperk en aan de tuin naast hun woning te Chaudfontaine. Het beroepen vonnis van de vrederechter te Fléron verklaart die eis van verweerders, respectievelijk advocaat en magistraat, ontvankelijk. Het bestreden vonnis bevestigt die beslissing en verwijst de zaak terug naar de eerste rechter.

Het bestreden vonnis baseert zich daartoe op de volgende gronden:

"De wet van 14 juli 1961 beoogt de schade aan 'velden, vruchten en oogsten'. In een uitspraak over de toepassing van de wet van 1882 heeft het Hof van Cassatie in verband met de door konijnen aangerichte schade het begrip 'oogsten' in de ruime betekenis opgevat. Het besliste namelijk dat dit begrip 'alle gewassen insluit zonder uitzondering met inbegrip van de bomen en de planten in een park'. Hoewel de wettelijke bepalingen inzake grof wild en inzake konijnen niet volledig vergelijkbaar zijn, daar met name de wet van 1882 op de door konijnen aangerichte schade niet voorziet in een objectieve aansprakelijkheid, betreft het in beide gevallen regelingen die afwijken van het gemene recht en er is geen objectieve reden categorieën van teelten verschillend te omschrijven naargelang de schade is aangericht door klein dan wel door grof wild.

Te dezen omvat de beschadigde eigendom grasvelden, een boomgaard met verschillende fruitboomsoorten en een moestuin. Op grond van de leer van het Hof van Cassatie valt de door de [verweerders] geleden schade wel degelijk onder het begrip 'oogsten' als bedoeld in artikel 1 van de wet van 14 juli 1961".

Grieven

1 Zie concl. O.M. in *Pas.* 2005, nr. 226.

Een vordering tegen de houder van een jachtrecht strekkende tot vergoeding van de schade welke "aan de velden, vruchten en oogsten wordt toegebracht door herten, reeën, damherten, wildschapen en everzwijnen, welke te voorschijn komen uit de bospercelen waarop hij het jachtrecht heeft", kan op grond van artikel 1, eerste lid van voormelde wet van 14 juli 1961 worden ingesteld "door de eigenaar van de oogst" volgens de bijzondere rechtspleging op verzoek als bedoeld in artikel 7bis van de jachtwet van 28 februari 1882, waarnaar artikel 3, derde lid van voornoemde wet van 14 juli 1961 verwijst.

Zowel uit de tekst van de artikelen 1, eerste lid en 3, derde lid van de wet van 14 juli 1961 als uit de parlementaire voorbereiding van die wet blijkt dat de door die wet ingevoerde regeling van objectieve aansprakelijkheid enkel kan worden aangevoerd door landbouwers en boeren, met inbegrip van tuinbouwers en boomkwekers, die inkomsten halen uit de "velden, vruchten en oogsten". Alleen die personen, die "eigenaar zijn van de oogst" kunnen een beroep doen op de in artikel 3, derde lid van die wet bedoelde procedure, die afwijkt van het gemeen recht volgens hetwelk de vorderingen in rechte bij dagvaarding worden ingesteld (artikel 700 van het Gerechtelijk Wetboek).

Te dezen blijkt uit de vaststellingen van het bestreden vonnis en uit de stukken van de rechtspleging waarop het Hof vermag acht te slaan, dat de verweerders respectievelijk advocaat en magistraat zijn en dat de schade door de everzwijnen is aangericht aan het grasperk en aan de tuin naast de woning van de verweerders.

Door de rechtsvordering ontvankelijk te verklaren die de verweerders bij verzoekschrift tegen eiser hadden ingesteld volgens de procedure bedoeld in artikel 7bis van voormelde wet van 28 februari 1882 inzake konijnenschade, naar welk artikel het artikel 3, derde lid van voormelde wet van 14 juli 1961 verwijst, schendt het bestreden vonnis alle, in de aanhef van het middel vermelde bepalingen.

IV. Beslissing van het Hof

Overwegende dat, krachtens artikel 1, eerste lid van de wet van 14 juli 1961 tot regeling van het herstel der door grof wild aangerichte schade de houders van het jachtrecht instaan voor de schade welke aan de velden, vruchten en oogsten wordt toegebracht door herten, reeën, damherten, wildschapen en everzwijnen welke te voorschijn komen uit de bospercelen waarop zij het jachtrecht hebben en dat zij noch toeval noch heikracht kunnen invoeren;

Dat artikel 3, derde lid van die wet bepaalt dat de eigenaar van de beschadigde oogst zijn toevlucht kan nemen tot de procedure omschreven in artikel 7bis van de wet van 28 februari 1882 op de jacht, met het oog op de vergoeding van konijnenschade;

Overwegende dat, volgens die bepalingen, de houder van het jachtrecht jegens de eigenaar van rechtswege aansprakelijk is voor de schade die door grof wild aan diens velden, vruchten en oogsten wordt aangericht, zonder dat wordt vereist dat die eigenaar daaruit inkomsten haalt;

Dat het middel dat het tegendeel aanvoert, faalt naar recht;

OM DIE REDENEN,

HET HOF

Verwerpt het cassatieberoep;

Veroordeelt de eisers in de kosten.

14 april 2005 - 1^o kamer – *Voorzitter en Verslaggever*: de h. Parmentier, afdelingsvoorzitter – *Gelijklopende conclusie* van de h. de Koster, advocaat-generaal met opdracht –

Advocaat: mr. Kirkpatrick.

Nr. 227

1° KAMER - 14 april 2005

1° NATIONALITEIT - NATIONALITEITSVERKLARING - ADVIES VAN DE PROCUREUR
DES KONINGS - TERMIJN — AANVANG.

2° NATIONALITEIT - NATIONALITEITSVERKLARING - OVERZENDING ERVAN AAN DE
PROCUREUR DES KONINGS - GEEN ONMIDDELLIJKE ONTVANGSTMELDING — GEVOLG.

1° *De termijn van één maand na het verstrijken waarvan de procureur des Konings wettelijk wordt vermoed zich niet te verzetten tegen de aanvraag tot verkrijging van nationaliteit wordt berekend vanaf de dag waarop die magistraat de ontvangst heeft gemeld van de door de ambtenaar van de burgerlijke stand overgezonden verklaring*¹. (Art. 12bis, §2, eerste, derde en vijfde lid Wetboek van de Belgische nationaliteit)

2° *De verplichting van de procureur des Konings om onverwijld de ontvangst te melden van de door de ambtenaar van de burgerlijke stand overgezonden verklaring is niet voorgeschreven op straffe van verval*². (Art. 12bis, §2 Wetboek van de Belgische nationaliteit)

(K. T. Procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Brussel)

ARREST (*vertaling*)

(A.R. C.04.0205.F)

I. Bestreden beslissing

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest, op 3 februari 2004 gewezen door het Hof van Beroep te Brussel.

II. Rechtspleging voor het Hof

Raadsheer Albert Fettweis heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal met opdracht Philippe de Koster heeft geconcludeerd.

III. Cassatiemiddel

Eiser voert een middel aan:

Geschonden wettelijke bepalingen

- het artikel 12bis, §2 van de wet van 28 juni 1984 betreffende sommige aspecten van de toestand van de vreemdelingen en houdende invoering van het Wetboek van de Belgische nationaliteit, inzonderheid het eerste, derde, vierde en vijfde lid;

- het algemeen rechtsbeginsel volgens hetwelk, inzake termijnen, ongeacht de uitdrukkelijk bij de wet bepaalde gevallen, de termijnen worden verlengd met de duur waarin de partij die de handeling moet verrichten in de volstreckte onmogelijkheid verkeert te handelen;

- de artikelen 1147, 1148 en 1315 van het Burgerlijk Wetboek;

¹ Zie concl. O.M. in *Pas.* 2005, nr. 227.

² *Ibid.*

- het artikel 870 van het Gerechtelijk Wetboek.

Aangevochten beslissingen en redenen

Het bestreden arrest herinnert vooreerst eraan dat "artikel 12bis, §2 van het Wetboek van de Belgische nationaliteit, dat is ingevoegd bij de wet van 13 juni 1991 en gewijzigd bij de wet van 1 maart 2000, luidt als volgt 'de verklaring wordt afgelegd voor de ambtenaar van de burgerlijke stand van de plaats waar de belanghebbende zijn hoofdverblijf heeft; een afschrift van de verklaring wordt door de ambtenaar van de burgerlijke stand onmiddellijk voor advies overgezonden aan het parket van de rechtbank van eerste aanleg van het rechtsgebied. De procureur des Konings geeft hiervan onverwijld ontvangstmelding (...)

De procureur des Konings kan, binnen één maand te rekenen van de ontvangstmelding, een negatief advies uitbrengen inzake de verkrijging van de Belgische nationaliteit wanneer er een beletsel is wegens gewichtige feiten, eigen aan de persoon, die hij in de motivering van zijn advies dient te omschrijven, of wanneer de grondvoorwaarden bedoeld in §1, die hij moet aanduiden, niet vervuld zijn'.

Te dezen is het afschrift van de door (eiser) ondertekende verklaring van verkrijging van de Belgische nationaliteit op 5 juni 2001 overgezonden aan de procureur des Konings te Brussel die de ontvangst daarvan gemeld heeft op 14 januari 2002.

(Eiser) betoogt dat het openbaar ministerie de verplichting niet is nagekomen die het krachtens voormelde bepaling heeft, namelijk om onverwijld de ontvangst te melden van het door de ambtenaar van de burgerlijke stand overgezonden afschrift van de verklaring, dat bijgevolg het negatief advies van het openbaar ministerie niet-ontvankelijk moet worden geacht en dat derhalve moet worden vastgesteld dat (eiser) de Belgische nationaliteit verkregen heeft op de dag van zijn verklaring".

Het bestreden arrest oordeelt vervolgens dat

"het woord 'onverwijld', bij ontstentenis van een meer nauwkeurige omschrijving door de wetgever, in de gebruikelijke betekenis moet worden opgevat. (Eiser) verwijst terecht naar de parlementaire voorbereiding en naar de verschillende ministeriële circulaires om te betogen dat de wetgever, met de goedkeuring van de wet van 1 maart 2000 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de Belgische nationaliteit, het voornemen had de procedures te bespoedigen, onder meer door de termijn, die aan het openbaar ministerie was opgelegd om, eventueel, een negatief advies uit te brengen waardoor de Belgische nationaliteit niet kan worden verkregen, in alle gevallen terug te brengen tot één maand.

Hoewel het maximumaantal dagen waarbinnen de ontvangstmelding nog als 'onverwijld' kan worden beschouwd, niet in het algemeen kan worden vastgesteld, toch lijkt het duidelijk dat een termijn van bijna zeven maanden tussen de ontvangst van het afschrift van de verklaring en het ogenblik waarop daarvan ontvangstmelding wordt gegeven, niet meer binnen de grenzen van het door de wetgever gebruikte begrip 'onverwijld' valt. Te dezen is het bepaalde in artikel 12bis, §2, eerste lid, in fine, dus niet in acht genomen door de diensten van de procureur des Konings".

Niettemin verwerpt het bestreden arrest het hoger beroep van eiser en bevestigt dat arrest het gehele beroepen vonnis, op de volgende gronden:

"In strijd met wat (eiser) betoogt, heeft de wetgever nochtans niet voorzien in een sanctie ingeval de procureur des Konings zich niet houdt aan het bepaalde in artikel 12bis, §2, eerste lid, in fine.

Bij de parlementaire voorbereiding van de wet van 13 juli 1991 waarbij onder meer artikel 12bis van het Wetboek van de Belgische nationaliteit werd gewijzigd, heeft de Minister van Justitie nochtans tijdens een discussie over de wenselijkheid om de termen

'onverwijld' of 'onmiddellijk' te vervangen (...) door termen die een nauwkeurigere termijn zouden aangeven, toegegeven dat 'het woord onmiddellijk de wil van de wetgever moet weerspiegelen om die procedure dadelijk te doen verlopen', maar dat, 'hoe dan ook, de sanctie altijd zeer moeilijk te organiseren zal zijn (...)'.

(Eiser) betoogt in zijn conclusie na de heropening van de debatten dat het 'niet relevant en voorbijgestreefd' is om, zoals het hof van beroep in een arrest van 16 september 2003 in een soortgelijke zaak gedaan heeft (de zaak G.R. - AR. 2003/QR/2) en zoals het ook in de onderhavige zaak doet, te verwijzen 'naar de parlementaire voorbereiding van een oude tekst waardoor het niet mogelijk is rekening te houden met latere wetwijzigingen, en met name met de wil om de procedure te bespoedigen, bij niet-inachtneming waarvan het recht van het openbaar ministerie om een negatief advies uit te brengen vervalt na de termijn van één maand'.

In strijd met wat (eiser) blijkt te insinueren, bepaalde reeds de tekst van artikel 12bis, die bij de wet van 13 juli 1991 was opgenomen in het Wetboek van de Belgische nationaliteit, dat de verkrijging van de nationaliteit ambtshalve zou worden ingeschreven ingeval de procureur des Konings in gebreke zou blijven zijn advies uit te brengen binnen de hem opgelegde termijn vanaf het ogenblik waarop de ontvangstmelding was gegeven; de enige wijziging die de wet van 1 maart 2000 op dat punt heeft aangebracht, bestaat erin dat die termijn van twee maanden op één maand is teruggebracht. De verwijzing naar voormelde parlementaire voorbereiding, waarin wordt aangegeven dat de wetgever geen sanctie oplegt aan het openbaar ministerie ingeval dit in gebreke blijft om 'onverwijld' ontvangstmelding te geven van de door de ambtenaar van de burgerlijke stand overgezonden verklaring, blijft dus actueel.

(Eiser) betoogt ten onrechte dat voor de niet-naleving van artikel 12bis, §2, eerste lid, in fine, de sanctie zou moeten worden opgelegd waarin de wetgever uitdrukkelijk heeft voorzien in het geval dat de procureur des Konings geen negatief advies zou uitbrengen binnen de maand na de ontvangstmelding, namelijk de ambtshalve inschrijving van de verklaring van verkrijging van de Belgische nationaliteit door de ambtenaar van de burgerlijke stand, zonder dat de procureur des Konings nog de mogelijkheid heeft om advies uit te brengen (artikel 12bis, §2, vijfde lid).

Aangezien een dergelijke sanctie een verval van het aan het openbaar ministerie toegekende recht impliceert, kan zij niet bij analogie worden toegepast in situaties waarin de wetgever ze niet heeft voorzien.

In strijd met wat (eiser) in zijn conclusie na de heropening van de debatten aanvoert, komt de uitlegging die hij aan de bepalingen van artikel 12bis, §2, eerste lid, in fine, en van artikel 12bis, §2, vijfde lid, wil geven, niet erop neer dat hij aan die bepalingen 'de enige uitlegging geeft die de nuttige gevolgen van de wet eerbiedigt', maar dat hij aan de bepaling van artikel 12bis, §2, eerste lid, in fine een sanctie wil toevoegen waarin de wet niet uitdrukkelijk heeft voorzien.

Weliswaar kan de rechter de houding van het openbaar ministerie niet goedkeuren wanneer het, door verzuim of schuldige nalatigheid, systematisch en zonder geldige reden de ontvangstmelding uitstelt, zodat het zichzelf een termijn voor advies toekent die onverenigbaar is met het snelle verloop van de procedure, zoals dit door de wetgever is gewild.

Te dezen echter voert het openbaar ministerie aan dat het parket te Brussel, na de inwerkingtreding van de wet van 1 maart 2000 die de voorwaarden voor het verkrijgen van de Belgische nationaliteit aanzienlijk heeft versoepeld, plotseling een enorme toevloed van aanvragen (meer dan tienduizend) te verwerken kreeg, zonder dat daartoe specifieke menselijke en materiële middelen waren vrijgemaakt en ofschoon het bekend is dat een derde van de vastgestelde personeelsbezetting altijd ontbreekt.

Onder die voorwaarden is het te begrijpen dat de ontvangstmeldingen die de termijn

van één maand doen ingaan, niet 'onverwijld' konden gegeven zijn in de zin van voormelde wetbepaling, terwijl de termijn van zeven maanden, die te dezen nodig was, gelet op de hierboven beschreven bijzondere omstandigheden, noch als een misbruik van recht noch als onredelijk kan worden beschouwd.

Verre van te oordelen dat het openbaar ministerie zich naar eigen goeddunken kan ontslaan van zijn verplichting om 'onverwijld' de ontvangst te melden van de door de ambtenaar van de burgerlijke stand overgezonden verklaringen van verkrijging van nationaliteit, zoals (eiser) aanvoert in zijn conclusie na de heropening van de debatten, stelt het hof [van beroep] vast dat het openbaar ministerie te dezen die verplichting niet is nagekomen, maar dat de wet aan die handelwijze geen enkele sanctie verbindt, en dat die handelwijze in casu niet volgt uit een schuldige nalatigheid of een misbruik van recht, maar uit een uitzonderlijke samenloop van omstandigheden die verband hielden met het feit dat, binnen een relatief kort tijdsbestek, een massaal aantal nieuwe aanvragen werden ingediend die de diensten van de procureur des Konings, zonder de nieuwe, nochtans in het vooruitzicht gestelde middelen onmogelijk konden verwerken.

Hoewel de wetgever met de goedkeuring van de wet van 1 maart 2000 het voornemen had de procedures te bespoedigen, toch kan redelijkerwijs niet worden verondersteld dat hij daarom het voornemen had om personen die niet aan de vereisten (en met name aan de voorwaarde betreffende gewichtige feiten, eigen aan de persoon) zouden voldoen, in staat te stellen de Belgische nationaliteit te verkrijgen louter en alleen op grond van buitengewone omstandigheden, die te dezen verband hielden met een massale toevloed van aanvragen en een gebrek aan middelen, waardoor het openbaar ministerie in de onmogelijkheid verkeerde de opdracht, die het in het algemeen belang was opgedragen, met de gewenste spoed te vervullen".

Bijgevolg "dient het advies van het openbaar ministerie niet als niet ontvankelijk te worden beschouwd op grond dat het openbaar ministerie de ontvangst van het afschrift van de verklaring (van eiser) pas had gemeld ongeveer zeven maanden na de verzending ervan door de ambtenaar van de burgerlijke stand. Evenmin dient te worden geoordeeld dat (eiser), ten gevolge van die omstandigheid, het recht had te eisen dat zijn aanvraag tot verkrijging van de Belgische nationaliteit op de dag van zijn verklaring zou worden ingewilligd".

Tot staving van zijn beslissing voegt het bestreden arrest eraan toe dat "de door (eiser) in zijn aanvullende conclusie aangevoerde omstandigheid dat het parket van de procureur des Konings, vooraleer het melding gaf van de ontvangst op 4 januari 2002, een uittreksel uit het strafregister (van eiser) heeft opgevraagd, de bovenstaande overwegingen niet kan ontkrachten en niet kan leiden tot de door (eiser) gevorderde sanctie";

Grieven

Artikel 12bis van de wet van 28 juni 1984 betreffende sommige aspecten van de toestand van de vreemdelingen en houdende invoering van het Wetboek van de Belgische nationaliteit (hierna het Wetboek van de Belgische nationaliteit) bepaalt dat de Belgische nationaliteit kunnen verkrijgen door een verklaring af te leggen overeenkomstig §2 van dit artikel, indien zij de leeftijd van achttien jaar hebben bereikt:

1° de in België geboren vreemdeling, die er sedert zijn geboorte zijn hoofdverblijf heeft;

2° de in het buitenland geboren vreemdeling, van wie een ouder op het tijdstip van de verklaring de Belgische nationaliteit bezit;

3° de vreemdeling die sedert ten minste zeven jaar zijn hoofdverblijf in België heeft gevestigd en die, op het tijdstip van de verklaring, gemachtigd is of toegelaten werd tot een verblijf van onbepaalde duur in het Rijk of toegelaten werd om er zich te vestigen.

Volgens §2, eerste lid van dat artikel 12bis, moet de in §1 bedoelde verklaring worden afgelegd voor de ambtenaar van de burgerlijke stand van de plaats waar de belanghebbende zijn hoofdverblijf heeft. Een afschrift van de verklaring wordt door de ambtenaar van de burgerlijke stand onmiddellijk voor advies overgezonden aan het parket van de rechtbank van eerste aanleg van het rechtsgebied. De procureur des Konings geeft hiervan onverwijld ontvangstmelding.

Dezelfde bepaling preciseert voorts in het derde lid dat de procureur des Konings, binnen één maand te rekenen van de ontvangstmelding, een negatief advies kan uitbrengen inzake de verkrijging van de Belgische nationaliteit wanneer er een beletsel is wegens gewichtige feiten, eigen aan de persoon, die hij in de motivering van zijn advies dient te omschrijven, of wanneer de grondvoorwaarden, bedoeld in artikel 12bis, §1, niet vervuld zijn. Het vierde lid bepaalt dat de procureur des Konings, indien hij meent geen negatief advies te moeten uitbrengen, aan de ambtenaar van de burgerlijke stand een attest zendt dat er geen negatief advies wordt uitgebracht.

Het vijfde lid van dat artikel bepaalt dat, bij het verstrijken van de termijn van één maand en bij ontstentenis van een negatief advies van de procureur des Konings of overzending van een attest dat er geen negatief advies wordt uitgebracht, de verklaring ambtshalve ingeschreven en vermeld wordt zoals bepaald bij artikel 22, §4 van het Wetboek van de Belgische nationaliteit.

1. Eerste onderdeel

Het vijfde lid van het bovenaangehaalde artikel 12bis, §2, preciseert het aanvangstijdstip niet van de termijn van één maand, na het verstrijken waarvan de procureur des Konings wettelijk vermoed wordt zich niet te verzetten tegen de aanvraag tot verkrijging van de nationaliteit. De aanvang van die termijn moet derhalve worden vastgesteld op de dag waarop de verklaring van de vreemdeling door de ambtenaar van de burgerlijke stand aan de procureur des Konings wordt overgezonden voor het advies als bedoeld in het eerste lid van het bovenvermelde artikel 12bis, §2. Te rekenen van die dag immers is de procureur des Konings in staat zijn opdracht te vervullen en is de ambtenaar van de burgerlijke stand op de hoogte van de datum vanaf wanneer hij de verklaring ambtshalve moet inschrijven overeenkomstig artikel 22, §4 van het Wetboek van de Belgische nationaliteit.

Daaruit volgt dat het bestreden arrest, na te hebben vastgesteld dat de verklaring van eiser "op 5 juni 2001 is overgezonden aan de procureur des Konings te Brussel", niet wettig heeft kunnen beslissen dat het advies van het openbaar ministerie niettemin ontvankelijk was zonder daardoor voormeld artikel 12bis, §2 van het Wetboek van de Belgische nationaliteit, inzonderheid het eerste, derde en vijfde lid ervan, te schenden, aangezien het litigieuze advies, dat dagtekent van 11 januari 2002, is uitgebracht na het verstrijken van de wettelijke termijn van één maand, bedoeld in voormeld artikel 12bis, §2, vijfde lid, die ingaat vanaf de dag waarop de verklaring van de vreemdeling door de ambtenaar van de burgerlijke stand is overgezonden aan de procureur des Konings.

2. Tweede onderdeel

Uit artikel 12bis, §2 van het Wetboek van de Belgische nationaliteit blijkt dat het parket in de procedure tot verkrijging van de Belgische nationaliteit door het afleggen van een verklaring, "onverwijld" de ontvangst moet melden van het door de ambtenaar van de burgerlijke stand overgezonden afschrift van de verklaring en, zo nodig, binnen de termijn van één maand te rekenen vanaf de bovenvermelde ontvangstmelding, een negatief advies kan uitbrengen over de verkrijging van de Belgische nationaliteit. Bij ontstentenis van een negatief advies binnen die, op straffe van verval, voorgeschreven termijn van één maand, wordt de verklaring ambtshalve ingeschreven.

Het bestreden arrest onderstreept dat de wetgever met de goedkeuring van de wet van 1

maart 2000 het voornemen had om de procedures tot verkrijging van de nationaliteit te bespoedigen. De omstandigheid dat de wetgever niet uitdrukkelijk voorziet in een welbepaalde sanctie ingeval het parket zijn verplichting niet nakomt om "onverwijld" de ontvangst te melden van het door de ambtenaar van de burgerlijke stand overgezonden afschrift van de verklaring neemt niet weg, enerzijds, dat de wetgever duidelijk de bedoeling had de procedures te bespoedigen en, anderzijds, dat het verval wegens niet-naleving van een termijn kan voortvloeien uit een geheel van bepalingen waaruit de wil van de wetgever blijkt om strikte termijnen op te leggen. Aangezien de termijn van één maand, die aan het parket is opgelegd om een negatief advies uit te brengen, op straffe van verval is voorgeschreven, zou het in strijd zijn met de opzet en de geest van de wet om de aanvang van die dwingende termijn te laten afhangen van een formaliteit, namelijk de toezending van een ontvangstmelding, op de niet-naleving waarvan geen sanctie staat, ook al heeft de wetgever bepaald dat die ontvangstmelding "onverwijld", dat wil zeggen onmiddellijk, diende te geschieden.

Te dezen stelt het bestreden arrest vast dat het verstrijken van een termijn van bijna zeven maanden tussen de ontvangst van het afschrift van de verklaring en de ontvangstmelding ervan, niet meer [binnen] de perken valt van het door de wetgever gebruikte begrip "onverwijld" en dat artikel 12bis, §2, eerste lid, in fine van het Wetboek van de Belgische nationaliteit niet is nageleefd door de diensten van de procureur des Konings.

Daaruit volgt dat het bestreden arrest, na te hebben vastgesteld dat de diensten van de procureur des Konings artikel 12bis, §2, eerste lid, in fine van het Wetboek van de Belgische nationaliteit hadden overtreden, niet wettig heeft kunnen beslissen dat het advies van het openbaar ministerie toch ontvankelijk was, zonder daardoor voornoemd artikel 12bis, §2 van het Wetboek van de Belgische nationaliteit, inzonderheid het eerste, derde en vijfde lid, te schenden, aangezien uit het geheel van die bepalingen blijkt dat de aan het parket opgelegde verplichting om "onverwijld" de ontvangst te melden van het afschrift van de verklaring eveneens op straffe van verval is voorgeschreven, net zoals de termijn van één maand bedoeld in het derde lid van die bepaling.

3. Derde onderdeel

Wanneer de diensten van de procureur des Konings in verband met een aanvraag tot verkrijging van de nationaliteit een handeling verrichten teneinde het bij de wet voorgeschreven advies uit te brengen of de verklaring af te leggen dat, naar hun oordeel, geen negatief advies hoeft te worden uitgebracht, betekent zulks noodzakelijkerwijs dat zij het afschrift van de verklaring, bedoeld in artikel 12bis, §2, eerste lid van het Wetboek van de Belgische nationaliteit hebben ontvangen en dat zij derhalve daarvan de ontvangst moeten melden. Anders erover beslissen zou uiteindelijk erop neerkomen dat, in strijd met de wet, de diensten van de procureur des Konings de termijn van één maand, die hun is opgelegd om advies uit te brengen over de aanvraag en die loopt vanaf de ontvangstmelding die geacht wordt "onverwijld" te zijn gegeven, op onwettige wijze en naar eigen goeddunken zouden kunnen verlengen, terwijl zij het onderzoek van de aanvraag tot verkrijging van de nationaliteit al begonnen zijn.

Met verwijzing naar een arrest van het Hof van Beroep te Luik van 24 april 2003 bekleemde eiser in de door hem na de heropening van de debatten neergelegde conclusie die regelmatig is voorgelegd aan het hof van beroep dat (...) "hij immers voor de sluiting der debatten het afschrift heeft neergelegd van een uittreksel uit het strafregister (van eiser) dat het parket had opgevraagd naar aanleiding van de verklaring van nationaliteit.

Dat uittreksel uit het strafregister draagt de vermelding 'BR10565. OPT-2001' die wel degelijk aangeeft dat het is afgegeven naar aanleiding van het onderzoek van (eisers) naturalisatieaanvraag door het parket.

Dat uittreksel, dat op 5 december 2001 is afgegeven, is door het parket uiteraard voor die datum opgevraagd.

Uit de nieuwe rechtspraak blijkt dat genoemd stuk 'althans op die datum', dat is 5 december 2001, 'aantoont dat het afschrift van de verklaring van nationaliteit van 28 mei 2001 in ontvangst is genomen' en dat 'in samenhang met de nieuwe rechtspraak, dat uittreksel uit het strafregister noodzakelijkerwijs impliceert dat het parket, door zijn negatief advies pas uit te brengen op 11 januari 2002, dat is (veel) meer dan één maand na de effectieve ontvangst van (eisers) verklaring, een wettelijk niet-ontvankelijk advies heeft uitgebracht'.

Daaruit volgt dat de appèlrechters, door te beslissen dat de omstandigheid dat het parket een uittreksel uit eisers strafregister heeft gevraagd vóór de op 4 januari 2002 gegeven ontvangstmelding, geen reden is om het advies van het parket als niet-ontvankelijk te beschouwen, artikel 12bis, §2, inzonderheid het eerste, derde en vijfde lid van het Wetboek van de Belgische nationaliteit schenden, aangezien het op 5 december 2001 afgegeven uittreksel uit het strafregister, dat door eiser regelmatig wordt overgelegd en door hem in zijn conclusie wordt aangevoerd, op zijn minst duidelijk aantoonde dat het parket op die datum wel degelijk het afschrift van eisers verklaring had ontvangen, zodat de termijn van één maand, bedoeld in voormeld artikel 12bis, §2, derde lid, op zijn minst begon te lopen vanaf 5 december 2001 en dat het parket op 11 januari 2002 niet langer een ontvankelijk negatief advies kon uitbrengen.

4. Vierde onderdeel

Krachtens een algemeen rechtsbeginsel inzake termijnen en ongeacht de uitdrukkelijk bij de wet bepaalde gevallen, worden de termijnen, verlengd met de duur waarin de partij die de handeling moet verrichten, in de volstreekte onmogelijkheid verkeert te handelen.

Die onmogelijkheid moet echter volstrekt zijn en een geval van overmacht opleveren, die enkel kan voortvloeien uit een gebeurtenis buiten de wil van de mens om, die hij niet kon voorkomen of bezweren. Daar het begrip overmacht een grond tot vrijstelling is, dient het op beperkende wijze te worden uitgelegd en dient het te worden bewezen door de partij die zich daarop beroept. De omstandigheid alleen dat een der partijen een feit aanvoert, levert niet het bewijs op van bedoeld feit.

Daaruit volgt dat het bestreden arrest, indien het aldus moet worden uitgelegd dat het een geval van overmacht in aanmerking heeft genomen waardoor het parket in de onmogelijkheid verkeerde om "onverwijld" de ontvangst te melden van het afschrift van de verklaring, en dat het die overmacht heeft afgeleid "uit een uitzonderlijke samenloop van omstandigheden die verband hielden met het feit dat, binnen een relatief kort tijdsbestek, een massaal aantal nieuwe aanvragen waren ingediend die de diensten van de procureur des Konings zonder de nieuwe, nochtans in het vooruitzicht gestelde middelen, onmogelijk konden verwerken" "en zodoende uitzonderlijke omstandigheden in aanmerking heeft genomen die te dezen verband hielden met een massale toevloed van aanvragen en een gebrek aan middelen waardoor het openbaar ministerie in de onmogelijkheid verkeerde de opdracht die het in algemeen belang is opgedragen, met de gewenste spoed te vervullen", zijn beslissing niet naar recht verantwoordt en het hierboven bedoelde beginsel volgens hetwelk, inzake termijnen, ongeacht de bij de wet uitdrukkelijk bepaalde gevallen, de termijnen worden verlengd met de duur waarin de partij die de handeling moet verrichten, in de volstreekte onmogelijkheid verkeert te handelen, miskent alsook het in de artikelen 1147 en 1148 van het Burgerlijk Wetboek vastgelegde wettelijk begrip overmacht en de regels betreffende de bewijslast (schending van de artikelen 1315 van het Burgerlijk Wetboek en 870 van het Gerechtelijk Wetboek), aangezien die beweringen, die niet op een andere wijze worden gestaafd, niet het bewijs opleveren van overmacht, dat is de volstreekte onmogelijkheid waarin de diensten van de procureur des Konings verkeerden

om te handelen binnen de door de wet voorgeschreven termijn.

IV. Beslissing van het Hof

Eerste onderdeel:

Overwegende dat uit artikel 12bis, §2, eerste, derde en vijfde lid van het Wetboek van de Belgische nationaliteit volgt dat de termijn van één maand na het verstrijken waarvan de procureur des Konings wettelijk wordt vermoed zich niet te verzetten tegen de aanvraag tot verkrijging van de Belgische nationaliteit, pas mag worden berekend vanaf de dag waarop die magistraat de ontvangst heeft gemeld van de door de ambtenaar van de burgerlijke stand overgezonden verklaring;

Dat het onderdeel stelt dat de aanvang van die termijn moet worden vastgesteld op de dag van de verzending zelf; dat het bijgevolg faalt naar recht;

Tweede onderdeel:

Overwegende dat, krachtens artikel 12bis, §2, eerste lid van het Wetboek van de Belgische nationaliteit, de nationaliteitsverklaring wordt afgelegd voor de ambtenaar van de burgerlijke stand die onmiddellijk een afschrift voor advies overzendt aan het parket van de rechtbank van eerste aanleg en dat de procureur des Konings hiervan onverwijld ontvangstmelding geeft;

Overwegende dat uit geen van de in dit onderdeel aangegeven bepalingen van artikel 12bis, §2, blijkt dat de verplichting van de procureur des Konings om onverwijld de ontvangst te melden van de door de ambtenaar van de burgerlijke stand overgezonden verklaring, op straffe van verval is voorgeschreven;

Dat het onderdeel het tegenovergestelde betoogt en derhalve faalt naar recht;

Derde onderdeel:

Overwegende dat uit het antwoord op het eerste onderdeel volgt dat het arrest wettig beslist dat de omstandigheid dat het parket, vóór die ontvangstmelding, een uittreksel uit eisers strafregister heeft opgevraagd, geen reden is om het negatief advies van het parket als niet-ontvankelijk te verklaren;

Dat het onderdeel niet kan worden aangenomen;

Vierde onderdeel:

Overwegende dat de motivering die het onderdeel weergeeft en bekritiseert, de overweging van het arrest staft volgens welke de procureur des Konings niet verkeerd heeft gehandeld of misbruik van recht heeft begaan door de verplichting om onverwijld ontvangstmelding te geven van de door de ambtenaar van de burgerlijke stand overgezonden verklaring, niet na te komen;

Dat het arrest de uitspraak over de ontvankelijkheid van het negatief advies van de procureur des Konings niet grondt op die beweegredenen;

Dat het onderdeel feitelijke grondslag mist;

OM DIE REDENEN,

HET HOF

Verwerpt het cassatieberoep;

Veroordeelt eiser in de kosten.

14 april 2005 - 1° kamer – *Voorzitter en Verslaggever*: de h. Parmentier, afdelingsvoorzitter – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. de Koster, advocaat-generaal met opdracht – *Advocaat*: mr. Wouters.

Nr. 228

1° KAMER - 15 april 2005

OVERHEIDSOPDRACHTEN (WERKEN. LEVERINGEN. DIENSTEN) -
 INSCHRIJVING - ABNORMALE PRIJZEN - KENNISGEVING DOOR HET BESTUUR – AARD.

De kennisgeving door het bestuur aan de inschrijver dat het zijn inschrijving afwijst wegens klaarblijkelijk abnormale prijzen, is een substantieel vormvoorschrift; het overleggen van stukken in de gerechtelijke procedure kan niet met die kennisgeving gelijkgesteld worden¹. (Art. 25, §§2 en 3 KB 22 april 1977, zoals van kracht na de wijziging bij K.B. 19 aug. 1985 en voor de opheffing bij KB 29 jan. 1997)

(KERKFABRIEK VAN DE PAROCHIE SINT-ELIGIUS T. NATUURSTEEN VLAMINCK N.V.)

ARREST

(A.R. C.03.0200.N)

I. Bestreden beslissing

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, op 15 november 2002 gewezen door het Hof van Beroep te Gent.

II. Rechtspleging voor het Hof

Raadsheer Greta Bourgeois heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Guido Bresseleers heeft geconcludeerd.

III. Feiten

Het arrest stelt volgende feiten vast:

1. op 6 november 1995 neemt verweerster deel aan de openbare aanbesteding voor de restauratie van glasramen en gevels van de Sint- Eligiuskerk te Kruis-houtem;

2. op 15 november 1995 vraagt de architect-ontwerper die toezicht uitvoert op de aanbesteding, (overeenkomstig de artikelen 20 en 25 van het koninklijk besluit van 22 april 1977) aan verweerster bepaalde prijzen die hetzij abnormaal hoog, hetzij abnormaal laag zijn, te verantwoorden; bij brief van 21 november 1995 verantwoordt verweerster haar prijzen;

3. in het proces-verbaal van nazicht van de aanbestedingen van 15 december 1995 besluit de architect dat de inschrijving van verweerster moeilijk kan aanvaard worden wegens haar te lage eenheidsprijzen, die ondanks verantwoording van de prijs nog als te laag zijn te beschouwen (art. 6 en 14); voor artikel 11

¹ Zie D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, Die Keure 1997, nr. 1395; M. FLAMME, P. MATHEI, P. FLAMME, A. DELVAUX en C. DARDENNE, *Praktische commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten*, dl IA, 6de uitgave, 1087.

werd geen verantwoording opgegeven;

4. op 7 januari 1996 oordeelt het bureel van kerkmeesters dat het advies van de architect niet integraal kan gevolgd worden en beslist de werken aan verweerster te gunnen; het dossier van aanbesteding wordt aan de hogere overheid voor advies en definitieve goedkeuring overgemaakt;

5. op 21 juni 1996 laat het Vlaams Gewest aan eiseres weten dat zij het advies van de ontwerper slechts gedeeltelijk heeft gevolgd en daardoor zonder enige motivering de verschillende biedingen niet op een gelijke basis heeft beoordeeld;

6. op 27 juni 1996 stelt de architect een nieuw advies op en herhaalt dat de meeste evenwichtige offerte van de NV Monument Van de Kerckhove uitgaat;

7. op 28 juni 1996 beslist eiseres haar besluit van 7 januari 1996 in te trekken en de werken te gunnen aan de NV Monument Van de Kerckhove; bij koninklijk besluit van 6 januari 1997 machtigt het Vlaams Gewest eiseres tot uitvoering van de werken door de NV Monument Van de Kerckhove;

8. op 13 juni 1997 vraagt verweerster naar de stand van het dossier en merkt op dat zij nooit een bericht van niet-aanvaarding van verantwoording van haar prijzen heeft ontvangen;

9. bij brief van 23 juli 1997 van eiseres verneemt verweerster dat de werken niet aan haar maar aan de NV Monument Van de Kerckhove zijn gegund.

IV. Middelen

Eiseres voert in haar verzoekschrift twee middelen aan.

(...)

2. Tweede middel

Geschonden wettelijke bepalingen

- artikel 1138, 2^o van het Gerechtelijk Wetboek;

- het algemeen rechtsbeginsel van de autonomie der procespartijen in het burgerlijk geding (het beschikkingsbeginsel);

- artikel 12, §1 van de wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, zoals van kracht na de wijziging bij koninklijk besluit van 19 augustus 1992 tot goedkeuring van het eerste beheerscontract van de Regie van Telegrafie en Telefonie en betreffende de vaststelling van de maatregelen tot rangschikking van bedoelde Regie bij de autonome overheidsbedrijven en voor de opheffing bij de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten;

- de artikelen 25, §2 en 25, §3 van het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, zoals van kracht na de wijziging bij koninklijk besluit van 19 augustus 1985 tot wijziging van het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en voor de opheffing bij koninklijk besluit van 29 januari 1997 tot bepaling van de datum van inwerkingtreding van sommige bepalingen van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en van hun uitvoeringsmaatregelen;

(...)

Aangevochten beslissingen

De appèlrechters verklaren de door verweerster ingestelde vordering die er toe strekte eiseres in toepassing van artikel 12, §1 van de wet van 14 juli 1976, zoals van kracht na de wijziging bij koninklijk besluit van 19 augustus 1992 en voor de opheffing bij de wet van 24 december 1993, te horen veroordelen tot betaling van schadevergoeding zoals forfaitair bepaald op 10 pct. van het bedrag van haar inschrijving om reden dat verweerster op onregelmatige wijze als laagste inschrijver werd geweerd, gegrond en verwerpen het door eiseres ingeroepen verweer dat verweerster behoorlijk kennis werd gegeven van de prijzen van de inschrijving die ook na verantwoording als abnormaal werden beschouwd, op grond van volgende motieven:

"Belangrijker is echter vast te stellen dat het eerst op 23 juli 1997 is dat (verweerster) wordt verwittigd dat de werken uiteindelijk aan een derde aannemer werden gegund omdat het Vlaams Gewest (eiseres) had opgemerkt dat het besluit waarbij de werken aan (verweerster) werden gegund 'gebeurde zonder enige motivering, zodat de bidingen niet op gelijke basis werden behandeld' omdat ook zij, zoals de laagste inschrijfster, abnormaal lage eenheidsprijzen hanteerde.

Het besluit van de architect ontwerper, zoals vervat in zijn proces-verbaal van nazicht van de inschrijvingen en hierboven sub A.1 aangehaald, wees weliswaar de prijzen aan die volgens hem abnormaal bleven en ook die waaromtrent geen verantwoording werd gegeven maar (...) (eiseres) heeft nagelaten (verweerster) daarvan ooit in kennis te stellen.

De brief van (eiseres) d.d. 23 juli 1997 maakt inderdaad gewag van abnormaal lage prijzen voor 'bepaalde posten' maar duidt ze niet aan, hetgeen eveneens neerkomt op een miskennis van art. 3 van de wet van 29 juli 1991 inzake de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen die het bestuur verplicht elke beslissing op een dergelijke wijze, zowel in feite als naar recht, te motiveren dat de betrokkene op dat ogenblik een duidelijk inzicht in de exacte motieven kan krijgen" (bladzijde 5-6 van het bestreden arrest).

Grieven

2.1. Eerste onderdeel

Luidens artikel 25, §2 van het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten (zoals van kracht na de wijziging bij koninklijk besluit van 19 augustus 1985 en voor de opheffing bij koninklijk besluit van 29 januari 1997) is het bestuur verplicht de aannemer te informeren over de prijzen die het, na onderzoek van de door de aannemer verstrekte toelichting bij abnormaal geachte prijzen, nog steeds abnormaal vindt.

Indien het bestuur vervolgens om deze reden beslist de werken niet te gunnen aan de aannemer in kwestie, is het bestuur krachtens artikel 25, §3 van bovenvermeld koninklijk besluit (zoals van kracht na de wijziging bij koninklijk besluit van 19 augustus 1985 en vóór de opheffing bij koninklijk besluit van 29 januari 1997) tevens gehouden tot kennisgeving van de aannemer dat zijn inschrijving om die reden als onregelmatig wordt geweerd.

Deze dubbele kennisgevingsplicht is een substantiële vormvereiste die evenwel op gelijk welk ogenblik door het bestuur kan worden vervuld en zelfs na het inleiden door de aannemer van een procedure in rechte.

Eiseres voerde aan dat het advies van de architect deel uitmaakte van haar stukkenbundel en dat zij verweerster hiervan derhalve hangende de procedure in kennis heeft gesteld (bladzijde 7 synthesebesluiten van eiseres, ingediend ter griffie van het Hof van Beroep te Brussel op 12 juni 2002). Eiseres voerde aan dat een dergelijke kennisgeving niet laattijdig was.

Verweerster stelde op bladzijde 3-4, 7, 8 en 9 van haar derde (hernemende) conclusie in beroep dat zij het besluit van de architect-ontwerper hangende de procedure in eerste

aanleg van eiseres heeft ontvangen, doch dat de kennisgeving tijdens de procedure laat-tijdig was.

De appèlrechters beslissen dat er geen termijn bepaald is binnen dewelke de kennisgeving moet gebeuren en dat die ook nog kan gebeuren na de toewijzing van de opdracht aan een derde en zelfs na het inleiden van het beroep.

De appèlrechters beslissen evenwel dat eiseres heeft nagelaten verweerster ooit in kennis te stellen van het besluit van de architect-ontwerper, zoals vervat in het proces-verbaal van nazicht van 15 december 1995.

Uit deze vaststelling leiden de appèlrechters een tekortkoming af aan de zijde van eiseres aan de kennisgevingsplicht welke op de aanbestedende overheid rust krachtens artikel 25, §2 van het koninklijk besluit van 22 april 1997 (zoals van kracht na de wijziging bij koninklijk besluit van 19 augustus 1985 en voor de opheffing bij koninklijk besluit van 29 januari 1997). De appèlrechters beslissen vervolgens dat verweerster, nu eiseres heeft nagelaten verweerster in kennis te stellen van de prijzen die ook na verantwoording als abnormaal laag werden beschouwd, op onregelmatige wijze als laagste inschrijver werd geweerd.

Door te beslissen dat eiseres nagelaten heeft verweerster ooit in kennis te stellen van het besluit van de architect-ontwerper, werpen de appèlrechters een betwisting op die tussen de partijen niet bestond (schending van artikel 1138, 2° van het Gerechtelijk Wetboek en van het algemeen rechtsbeginsel van de autonomie der procespartijen, het beschikkingsbeginsel genoemd), door hieruit af te leiden dat verweerster op onregelmatige wijze als laagste inschrijver werd geweerd, schenden zij artikel 25, §2 en §3 van het koninklijk besluit van 22 april 1977 (zoals van kracht na de wijziging bij koninklijk besluit van 19 augustus 1985 en voor de opheffing bij koninklijk besluit van 29 januari 1997) betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en door eiseres tenslotte op grond van deze overwegingen in toepassing van artikel 12, §1 van de wet van 14 juli 1976 te veroordelen tot betaling aan verweerster van schadevergoeding zoals forfaitair bepaald op 10 pct. van het bedrag van de inschrijving van verweerster, verantwoordt de appèlrechters hun beslissing niet naar recht (schending van artikel 12, §1 van de wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, zoals van kracht na de wijziging bij koninklijk besluit van 19 augustus 1992 en voor de opheffing bij de wet van 24 december 1993).

(...)

IV. Beslissing van het Hof

1. Tweede middel

1.1. Eerste onderdeel

Overwegende dat eiseres concludeerde dat verweerster in het kader van de procedure mededeling kreeg van haar stukken, onder meer het verslag van 15 december 1995 van de architect-ontwerper met zijn bevindingen bij het nazicht van de inschrijvingen en zijn beoordeling van de uitleg die verweerster in haar brief van 21 november 1995 had gegeven over de posten met abnormale hoge of lage eenheidsprijzen en totaalprijzen; dat zij aanvoerde dat verweerster hierdoor weet welke prijzen uit haar inschrijving, na onderzoek van haar verantwoording, nog als abnormaal werden beschouwd en waarom zij nog steeds als abnormaal worden beschouwd;

Overwegende dat verweerster concludeerde:

- dat eiseres nooit had meegedeeld welke prijzen zij nog als abnormaal zou hebben beschouwd, meer nog: zij wees de werken aan verweerster toe;

- dat het vaststaat dat eiseres de twee substantiële voorwaarden niet heeft nageleefd: zij vertrouwde de werken zonder meer toe aan de NV Monument Van de Kerckhove, dit zonder verweerster in kennis te stellen van het feit dat zij geweerd werd wegens abnormale prijzen, en al evenmin door desbetreffend enig detail te geven;

- dat in de brief van 23 juli 1997 daarenboven nergens werd vermeld welke prijzen eiseres nog als abnormaal beschouwde, wat nochtans vereist is en dat artikel 25 van het koninklijk besluit dit uitdrukkelijk stelt;

Overwegende dat het arrest oordeelt dat in het proces-verbaal van nazicht van de inschrijvingen van 15 december 1995 de architect-ontwerper weliswaar de prijzen aanwees die volgens hem abnormaal bleven en ook die waaromtrent geen verantwoording was gegeven, en beslist dat eiseres nagelaten heeft verweerster daarvan ooit in kennis te stellen;

Dat het arrest aldus geen betwisting opwerpt die door de partijen in conclusie was uitgesloten en het beschikkingsbeginsel niet miskent;

Overwegende dat, krachtens het te dezen toepasselijk artikel 25, §2 van het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, het bestuur vooraleer het een inschrijving afwijst inzonderheid met verwijzing naar artikel 20, §5, wegens haar klaarblijkelijk abnormaal hoge of abnormaal lage eenheidsprijzen of totale prijzen, de betrokken inschrijver per aangetekende brief moet verzoeken hierover, binnen een termijn van 12 kalenderdagen de noodzakelijke verantwoording te verstrekken; dat na onderzoek van de gegeven uitleg het bestuur de betrokken inschrijver laat weten welke prijzen nog als abnormaal worden beschouwd;

Dat, krachtens het laatste lid van §3 van hetzelfde artikel, het bestuur, alvorens eventueel een inschrijving af te wijzen wegens het klaarblijkelijk abnormaal karakter van de prijs, de inschrijver bij aangetekend schrijven moet uitnodigen binnen twaalf kalenderdagen de noodzakelijke verantwoordingen te verstrekken; dat die verantwoordingen enkel mogen steunen op een of meer gegevens die eigen zijn aan de inschrijving, de inschrijver of aan de opdracht; dat, indien na onderzoek van deze verantwoordingen, de prijs van de opdracht als abnormaal beschouwd blijft, het bestuur, in afwijking van §1, de inschrijving als onregelmatig en niet bestaande moet beschouwen; dat het bestuur hierover de betrokkene inlicht;

Dat de van het bestuur vereiste kennisgeving van de als abnormaal beschouwde prijzen aan de inschrijver een substantieel vormvoorschrift is; dat het door de partijen aan elkaar overleggen van stukken in een gerechtelijke procedure niet met die kennisgeving kan gelijkgesteld worden;

Overwegende dat het arrest oordeelt dat:

1. eiseres nagelaten heeft verweerster in kennis te stellen van het proces-verbaal van nazicht van de inschrijvingen van de architect-ontwerper van 15 december 1995;

2. de brief van 23 juli 1997 van eiseres gewag maakt van abnormale lage prijzen voor "bepaalde posten" maar deze niet aanduidt;

Dat het arrest beslist dat verweerster op een onregelmatige wijze als laagste inschrijver werd geweerd en moet aangenomen worden dat zij te dezen als laagste regelmatige inschrijver is te aanzien en aanspraak kan maken op de forfaitair bepaalde vergoeding van 10 pct. van het bedrag van de inschrijving;

Dat het arrest zodoende noch artikel 25, §§2 en 3 van het koninklijk besluit van 22 april 1977, noch artikel 12, §1 van de wet van 14 juli 1976 schendt;

Dat het onderdeel niet kan worden aangenomen;

(...)

OM DIE REDENEN,

HET HOF,

Verwerpt het cassatieberoep;

Veroordeelt eiseres in de kosten.

15 april 2005 - 1^o kamer – *Voorzitter*: de h. Verougstraete, voorzitter – *Verslaggever*: mevr. Bourgeois – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. Bresseleers, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. Verbist en Geinger.

Nr. 229

1^o KAMER - 15 april 2005

RECHTERLIJKE ORGANISATIE — BURGERLIJKE ZAKEN - SAMENSTELLING VAN
HET RECHTSCOLLEGE - MEERDERE GESCHILPUNTEN - EINDBESLISSING OVER EEN GESCHILPUNT -
WIJZIGING VAN HET RECHTSCOLLEGE - BEHANDELING VAN ANDERE GESCHILPUNTEN — WETTIGHEID.

Uit de bepaling dat het vonnis enkel kan worden gewezen door het voorgeschreven aantal rechters die alle zittingen over de zaak hebben bijgewoond volgt niet dat wanneer de rechtsmacht van een rechter over een geschilpunt is uitgeput en over dit geschilpunt dan ook een eindbeslissing is gewezen, de behandeling van de andere geschilpunten enkel door dezelfde rechters kan geschieden als die welke over het eerste geschilpunt uitspraak hebben gedaan¹. (Art. 779 Ger.W.)

(INTERNATIONAL PETROLEUM N.V. T. C. e.a.)

ARREST

(A.R. C.03.0285.N)

I. Bestreden beslissing

Het cassatieberoep is gericht tegen een vonnis, op 7 februari 2003 in hoger beroep gewezen door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brugge.

II. Rechtspleging voor het Hof

¹ Zie Cass., 21 maart 2003, A.R. C.01.0091.N, nr. 189; *R.W.* 2003-2004, 183 met noot B. ALLEMEERSCH, "De samenstelling van de zetel na een heropening van het debat".

Raadsheer Greta Bourgeois heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Guido Bresseleers heeft geconcludeerd.

III. Middelen

Eiseres voert in haar verzoekschrift drie middelen aan.

1. Eerste middel

Geschonden wettelijke bepalingen

- artikel 779 van het Gerechtelijk Wetboek.

Aangevochten beslissingen

Het bestreden vonnis:

"Veroordeelt (eiseres) en derde (verweerster) solidair tot betaling opzichtens (eerste en tweede verweerders) van de som van 298.876,78 euro meer de vergoedende gerechtelijke intresten aan de wettelijke rentevoet vanaf de gemiddelde datum van 01.07.1997 tot aan de gehele betaling.

Verleent voorbehoud aan (eerste en tweede verweerders) voor hun eventuele schade voor de periode 01.05.2000 tot en met 23.09.2001.

Verklaart de nieuwe vorderingen van (eiseres) en van (eerste en tweede verweerders) zoals gesteld na de heropening der debatten bij tussenvonnis dd. 16.10.1999, onontvankelijk en wijst ze uit dien hoofde af.

Verklaart de vordering in vrijwaring van (eiseres) opzichtens derde (verweerster), zoals voor het eerst gesteld in graad van hoger beroep, onontvankelijk en wijst deze uit dien hoofde af.

Bevestigt het eerste vonnis voor wat betreft de kosten. Veroordeelt (eiseres) tot de kosten van het hoger beroep, (...) aan de zijde van (eerste en tweede verweerders) te begroten als volgt: (...)"

Grievens

Krachtens artikel 779 van het Gerechtelijk Wetboek kan het vonnis enkel geweest worden door het voorgeschreven aantal rechters, die op straffe van nietigheid, alle zittingen over de zaak bijgewoond moeten hebben.

Het tussenvonnis van 22 oktober 1999 in onderhavige zaak, waarbij o.m. "de nieuwe vorderingen in graad van hoger beroep ontvankelijk verklaard (werden), doch (...) de beoordeling nopens de grond (aangehouden wordt) tot na uitvoering van de (...) deskundigenopdracht", alsook "de beoordeling over de overige vorderingen en de beslissing nopens de gerechtskosten (...)", werd gewezen door de rechters E.D.,

E.D.H. en P.D.K..

Het bestreden eindvonnis werd gewezen door de rechters E.D., C.L. en D.D., dewelke uitspraak deden over de in het tussenvonnis aangehouden punten van de vorderingen van eiseres, waaromtrent een debat gevoerd was geworden voor dezelfde rechtbank in een andere samenstelling.

Hieruit volgt dat het bestreden vonnis geweest werd, - zonder dat uit enig procedurestuk waarop het Hof regelmatig vermag acht te slaan blijkt dat de zaak ab initio hernomen werd -, door de rechters C.L. en D.D., dewelke niet alle zittingen over de zaak bijgewoond hebben en meer bepaald niet dat deel van de debatten over de bij het tussenvonnis aangehouden vorderingen, die voor hen werden voortgezet (schending van artikel 779 van het Gerechtelijk Wetboek).

(...)

IV. Beslissing van het Hof

1. Eerste middel

Overwegende dat artikel 779 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat het vonnis enkel kan worden gewezen door het voorgeschreven aantal rechters die alle zittingen over de zaak hebben bijgewoond;

Dat uit die bepaling niet volgt dat wanneer de rechtsmacht van de rechter over een geschilpunt is uitgeput en over dit geschilpunt dan ook een eindbeslissing is gewezen, de behandeling van de andere geschilpunten enkel door dezelfde rechters kan geschieden als die welke over het eerste geschilpunt uitspraak hebben gedaan;

Dat wanneer een rechter uitspraak doet over de aansprakelijkheid van een partij en een provisioneel bedrag toekent, en vervolgens een gerechtsdeskundige aanstelt om de schade te bepalen, het debat dat over de schade wordt gevoerd niet noodzakelijk voor dezelfde rechter moet worden gebracht; dat het debat over de schade in dergelijk geval betrekking heeft over de gehele schade van het slachtoffer en niet zou kunnen hernomen worden ab ovo wat de aansprakelijkheid betreft en het toegekend provisioneel bedrag;

Overwegende dat het tussenvonnis van 22 oktober 1999 de in het middel bedoelde vordering aanhoudt tot na het deskundigen onderzoek;

Dat het aldus daaromtrent geen debat heeft aangevat dat werd voortgezet bij de behandeling van de zaak die heeft geleid tot het bestreden vonnis;

Dat het bestreden vonnis derhalve niet diende te worden gewezen door dezelfde rechters die het tussenvonnis hebben gewezen;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

(...)

OM DIE REDENEN,

HET HOF,

Verwerpt het cassatieberoep;

Veroordeelt eiseres in de kosten.

15 april 2005 - 1^o kamer – *Voorzitter*: de h. Verougstraete, voorzitter – *Verslaggever*: mevr. Bourgeois – *Andersluidende conclusie*² van de h. Bresseleers, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. Wouters en Houtekier.

Nr. 230

1^o KAMER - 15 april 2005

1^o HOGER BEROEP — BURGERLIJKE ZAKEN (HANDELSZAKEN EN

² Het O.M. was met de appèlrechters van mening dat het tussenvonnis de heropening van het debat bevolen had, en concludeerde tot cassatie, nu bleek het debat alsdan over bepaalde punten werd voortgezet, zodat de latere beslissing had moeten worden gewezen door de rechters die de vorige terechtzittingen hebben bijgewoond of, zoniet, door een rechtscollege waarvoor het debat in zijn geheel is hervat (Cass., 30 maart 2000, A.R. C.99.0144.N, nr. 215).

SOCIALE ZAKEN INBEGREPEN) — BESLISSINGEN EN PARTIJEN - BESLISSING NIET VATBAAR VOOR HOGER BEROEP - UITVOEREND BESLAG OP ONROEREND GOED - UITSpraak OVER ZWARIGHEDEN OMTRENT DE TENUITVOERLEGGING — BEGRIP.

2° CASSATIEBEROEP — BURGERLIJKE ZAKEN — BESLISSINGEN VATBAAR VOOR CASSATIEBEROEP — ALGEMEEN - UITSpraak OVER ZWARIGHEDEN OMTRENT DE TENUITVOERLEGGING - BESLISSING IN LAATSTE AANLEG GEWEZEN.

3° BESLAG — GEDWONGEN TENUITVOERLEGGING - UITVOEREND BESLAG OP ONROEREND GOED - BESLISSING NIET VATBAAR VOOR HOGER BEROEP - UITSpraak OVER ZWARIGHEDEN OMTRENT DE TENUITVOERLEGGING — BEGRIP.

4° BESLAG — GEDWONGEN TENUITVOERLEGGING - UITVOEREND BESLAG OP ONROEREND GOED - OPENBARE VERKOOP - HOGER BOD - WEIGERING DOOR DE NOTARIS - UITEINDELIJKE TOEWIJZING.

1°, 2° en 3° Inzake uitvoerend beslag op onroerend goed is de beslissing van de beslagrechter over de geldigheid van de toewijzing van het in beslag genomen onroerend goed, die werd aangevochten op grond van beweerd ongeldige biedingen in strijd met de voorwaarden, een uitspraak over zwarigheden omtrent de tenuitvoerlegging; tegen die in laatste aanleg gewezen beschikking kan cassatieberoep worden ingesteld¹. (Art. 1624, tweede lid, 2° Ger.W.)

4° De notaris kan het bod respectievelijk het hoger bod weigeren van personen die hij niet kent of van wie de identiteit of de goeioheid hem niet bewezen lijkt; hij hoeft dit niet noodzakelijk te doen meteen nadat zij een bod respectievelijk een hoger bod doen, maar wel bij de uiteindelijke toewijzing². (Artt. 1589, eerste lid en 1592, vijfde lid Ger.W.)

(TRADIHOME N.V. e.a. T. NEBO N.V. e.a.)

Conclusie van de heer advocaat-generaal G. Bresseleers:

1. De eisers beogen de nietigverklaring, minstens de ongedaanmaking van de verrichtingen die op de laatste zitdag van een openbare verkoop (in het raam van een gedwongen tenuitvoerlegging) ertoe leidden dat het geveilde onroerend goed uiteindelijk aan hen werd toegewezen. Zij laten hun vordering steunen op de beweerde onregelmatigheid van de biedingen die een andere kandidaat-koper, in strijd met de algemene verkoopvoorwaarden had gedaan. Volgens die voorwaarden dienden de kandidaat-kopers die op de zitdag een hoger bod wensten te doen, in het bezit te zijn van een bankcheque van 125.000 euro. Op de zitdag deden nagenoeg enkel de eiser (die verklaarde te bieden en kandidaat-koper te zijn ten behoeve van de eiseres) en een andere kandidaat-koper verschillende biedingen. Deze laatste deed uiteindelijk het hoogste bod; het bleek echter dat hij de vereiste bankcheque niet kon voorleggen en de instrumenterende notaris (derde verweerder) wees toe aan de eiser die het op een na hoogste bod had uitgebracht. Zodoende stelden de eisers vast dat geen enkele van de biedingen van de andere kandidaat-koper die de aanleiding waren om hun biedingen op te drijven, voldeed aan het vereiste dat men in het bezit diende te zijn van een bankcheque. Volgens de eisers weigerde de notaris ten onrechte enkel het laatste bod van die andere kandidaat-koper, terwijl hij al zijn biedingen had moeten weigeren. De eisers wensen dan ook dat de procedure van toewijzing zou worden overgedaan.

2. De beslagrechter verklaart de vordering ongegrond. Hij oordeelt inzonderheid dat het mogelijk is dat een notaris bij een openbare verkoop het bod van de hoogste bieder weigert wanneer de identiteit of de goeioheid van de kandidaat-koper hem niet bewezen

¹ Zie de conclusie van het openbaar ministerie.

² *Ibid.*

schijnen (art. 1589 Ger.W.), dat bij een dergelijke weigering het goed aan de op een na hoogste bieder wordt toegewezen en dat dergelijke weigering geenszins tot gevolg heeft dat de hele procedure van bieding moet worden overgedaan. De beslagrechter oordeelt verder dat de eisers wetens en willens hun verschillende biedingen hebben gedaan ten einde eigenaar te kunnen worden van het geveilde goed, dat zij handelden met kennis van zaken en het hun steeds vrijstond hun biedingen te staken, dat een bod immers steeds is gedaan in het raam van de gekende algemene verkoopsvoorwaarden.

3. De eisers hebben hoger beroep ingesteld voor het Hof van Beroep te Antwerpen en, te bewaren titel, ook cassatieberoep “voor zover zou worden geoordeeld dat de bestreden beschikking is te aanzien als een beslissing zoals bedoeld in art. 1624, tweede lid Ger.W. en derhalve in laatste aanleg is geweest”.

4. De vraag rijst dan ook of het cassatieberoep ontvankelijk is. De derde en vierde verweerders werpen trouwens een middel van niet-ontvankelijkheid op: naar hun mening doet de bestreden beschikking geen uitspraak over zwaarigheden omtrent de tenuitvoerlegging in de zin van art. 1624, tweede lid Ger.W. zodat zij niet in laatste aanleg is geweest.

Luidens art. 616 Ger.W. kan tegen ieder vonnis hoger beroep worden ingesteld, tenzij de wet anders bepaalt. Aldus bepaalt art. 1624, tweede lid, 2° Ger.W. dat hoger beroep niet kan worden ingesteld tegen vonnissen of beschikkingen die uitspraak doen over zwaarigheden omtrent de tenuitvoerlegging. Deze bepaling strekt ertoe een snelle oplossing te verzekeren voor de incidenten die rijzen in het raam van de gedwongen tenuitvoerlegging op onroerende goederen en aldus ook de kandidaat-koper in een zo zeker mogelijke positie te plaatsen (G. DE LEVAL, “Surenchère faite à l’aide d’un chèque barré – Les voies de recours et les nullités, en matière de saisie-exécution immobilière”, noot onder Cass. 28 april 1988, *Ann. Dr. Louvain* 1989, 193-194; E. GUTT en A.-M. STRANART, “Examen de jurisprudence concernant le droit judiciaire privé”, *R.C.J.B.* 1974, 697-699, nr. 153).

Wanneer wordt uitspraak gedaan over ‘zwaarigheden omtrent de tenuitvoerlegging’ in de zin van art. 1624, tweede lid Ger.W.? Het verslag VAN REEPINGHEN is te dezen weinig-zeggend: “beroep is niet geoorloofd wanneer het gaat om een beschikking waarin uitspraak wordt gedaan over een moeilijkheid bij de uitvoering” (p. 582-583).

Gaandeweg heeft de rechtspraak de contouren van art. 1624, tweede lid, 2° Ger.W. afgebakend. Het concept ‘zwaarigheden omtrent de tenuitvoerlegging’ heeft niet dezelfde draagwijdte als het concept ‘zwaarigheden bij de tenuitvoerlegging’ in art. 1498 Ger.W. dat mede dient tot omschrijving van de materiële bevoegdheid van de beslagrechter. De in art. 1498 Ger.W. bedoelde zwaarigheden zijn ruimer. In wezen gelden er voor art. 1624, tweede lid, 2° Ger.W. twee beperkingen (G. DE LEVAL, *l.c.*, 195-198; E. DIRIX, “Zwaarigheden bij uitvoerend beslag op onroerend goed”, noot onder Cass. 8 oktober 1992, *R.W.* 1992-93, 1092-1093; H. LENAERTS, conclusie voor Cass. 6 november 1989, *A.C.* 1989-90, 314-315). Vooreerst moet het gaan om zwaarigheden omtrent de tenuitvoerlegging die rijzen na de beschikking tot benoeming van de notaris (in de zin van art. 1623 Ger.W.; Cass. 28 april 1988, *A.C.* 1987-88, 1088). Ten tweede moet het gaan om zwaarigheden omtrent de regelmatigheid van de tenuitvoerlegging, niet om zwaarigheden omtrent de rechtmatigheid van de tenuitvoerlegging. Die tweede beperking betekent dat de zwaarigheden ‘de eigenlijke procedurevormen van de gedwongen tenuitvoerlegging op onroerende goederen’ moeten betreffen (zie hierover o.m.: Cass. 3 mei 1985, *A.C.* 1984-85, 1192; Cass. 29 september 1986, *A.C.* 1986-87, 128; zie ook: Cass. 15 januari 1999, *A.C.* 1999, nr. 26).

Samenvattend kan dan ook worden gesteld dat art. 1624, tweede lid, 2° Ger.W. ertoe strekt, met het oog op het snelle en efficiënte verloop van de gedwongen tenuitvoerleg-

ging op onroerende goederen, hoger beroep uit te sluiten tegen beslissingen over zwaarigheden die rijzen na de benoeming van de notaris en die betrekking hebben op de regelmatigheid van de tenuitvoerlegging.

Over de toepassing hiervan liggen meerdere cassatiearresten voor. In zijn arrest van 29 juni 1987 (*A.C.* 1986-87, 1484) beslist het Hof dat de beschikking van de beslagrechter op een verzoekschrift tot benoeming van de notaris door een schuldeiser die uitvoerend onroerend beslag op een onroerend goed heeft gelegd, vatbaar is voor hoger beroep. In zijn arrest van 4 februari 1988 (*A.C.* 1987-88, 696) preciseert het Hof dat art. 1624, tweede lid, 2° *Ger.W.* enkel incidenten betreft in het raam van een procedure van onroerend beslag. In zijn arrest van 28 april 1988 (*A.C.* 1987-88, 1088) beslist het Hof dat de beschikking van de beslagrechter over de geldigheid van het meer gebodene na toewijzing van het in beslag genomen onroerend goed (hoger bod na toewijzing onder opschortende voorwaarde) niet vatbaar is voor hoger beroep. In zijn arrest van 6 november 1989 (*A.C.* 1989-90, 314) beslist het Hof dat de beschikking van de beslagrechter over een geschil betreffende de eisbaarheid van de schuldvordering op basis waarvan de schuldeiser onroerend beslag heeft gelegd, vatbaar is voor hoger beroep. In zijn arrest van 14 januari 1991 (*A.C.* 1990-91, 494) beslist het Hof dat een beschikking van de beslagrechter betreffende het bestaan van een schuldvordering in een procedure tot gedwongen tenuitvoerlegging op onroerende goederen, vatbaar is voor hoger beroep. In zijn arrest van 8 oktober 1992 (*A.C.* 1991-92, 1182) beslist het Hof dat de beschikking van de beslagrechter over een vordering tot nietigverklaring van de toewijzing (een vordering die berust op een akkoord tussen de beslagen schuldenaar en de vervolgende hypothecaire schuldeiser om de openbare verkoop op te schorten, zij het onder bepaalde voorwaarden), niet vatbaar is voor hoger beroep (E. DIRIX, "Zwaarigheden bij uitvoerend beslag op onroerend goed", noot onder *Cass.* 8 oktober 1992, *R.W.* 1992-93, 1090-1093; J.-M. PIRET, conclusie voor *Cass.* 8 oktober 1992, *Pas.* 1992, 1135-1139). En in zijn arrest van 25 januari 2002 (*C.01.0025.F* – nr. 55) beslist het Hof dat de beschikking van de beslagrechter over de vordering van de notaris die strekt tot veroordeling van een schuldeiser die de betaling van een provisie vordert, vatbaar is voor hoger beroep.

Bij het voormelde past evenwel een bijkomende nuance. Art. 1624, tweede lid, 2° *Ger.W.* doet geen afbreuk aan de mogelijkheid om hoger beroep in te stellen tegen vonnissen of beschikkingen die uitspraak doen over een vordering tot nietigverklaring van een proceshandeling omwille van de niet-naleving van de in art. 1622, eerste lid *Ger.W.* opgesomde artikelen (G. DE LEVAL, *l.c.*, inz. 195 en 198). Dit blijkt mede uit art. 1643, tweede lid *Ger.W.* (Brussel 5 maart 1997, *T. Not.* 1998, 240, noot F. TOP m.b.t. een vordering tot nietigverklaring van de toewijzing op grond van art. 1622 *Ger.W.*).

Voor het onderhavige geval is dit echter niet relevant. Uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, blijkt dat de derde verweerder, overeenkomstig art. 1580 *Ger.W.*, op verzoekschrift van de eerste verweerder door de beslagrechter is benoemd en belast met de veiling ten laste van de rechtsvoorganger van de tweede verweerder van een in beslag genomen onroerend goed en met de verrichtingen tot rangregeling: de bedoelde zwaarigheden situeren zich na de beschikking tot benoeming van de notaris. Voorts blijkt dat de bestreden beschikking uitspraak doet over de vordering (van de eisers) tot nietigverklaring van de toewijzing, minstens tot ongedaanmaking van de verrichtingen die op de laatste zitdag leidden tot de toewijzing van het geveilde goed door de derde verweerder aan de eisers: de bedoelde zwaarigheden betreffen derhalve de regelmatigheid van de tenuitvoerlegging en niet de rechtmatigheid ervan. Tot slot blijkt dat de vordering stoelt op de beweerde onregelmatige biedingen van een kandidaat-koper, in strijd met de algemene verkoopvoorwaarden: de vordering strekt zodoende niet tot nietigverklaring van een proceshandeling omwille van de niet-naleving van de in art. 1622, eerste lid *Ger.W.* opgesomde artikelen.

Dit alles maakt dat de bestreden beschikking die uitspraak doet over voormelde vordering, uitspraak doet over zwaarigheden omtrent de tenuitvoerlegging in de zin van art. 1624, tweede lid, 2° Ger.W. en in laatste aanleg is geweest. Het middel van niet-ontvankelijkheid kan niet worden aangenomen. Het cassatieberoep is ontvankelijk.

5. Wat de grond van de zaak betreft.

In het eerste onderdeel van het enig cassatiemiddel voeren de eisers aan dat de beslagrechter die hun vordering afwijst en die hierbij nalaat alle met miskenning van de algemene verkoopsvoorwaarden gedane biedingen van een kandidaat-koper als onregelmatig af te doen, de verbindende kracht van die algemene verkoopsvoorwaarden miskent.

Opmerking verdient vooreerst dat de beslagrechter de vordering van de eisers afwijst, niet alleen op grond van de in het onderdeel bestreden redengeving, maar ook op grond van de niet-bekritiseerde zelfstandige redenen dat de tweede eiser het proces-verbaal van toewijzing heeft getekend, de bedoelde bankcheque in betaling heeft gegeven, zich command heeft verklaard voor de eerste eiseres en geen enkele verdere opmerking heeft gemaakt. Derhalve kan het onderdeel niet tot cassatie leiden; bij gebrek aan belang is het niet ontvankelijk.

In de veronderstelling dat het onderdeel toch ontvankelijk zou zijn, lijkt het hoe dan ook ongegrond.

De verkoopsvoorwaarden die bij toepassing van art. 1582 Ger.W. door de benoemde notaris worden opgemaakt, bepalen de rechtsverhouding tussen de beslagene en diens schuldeisers en de uiteindelijke koper, inzonderheid de wijze van de totstandkoming van de verkoop en het voorwerp van de verkoop. Het is mogelijk dat deze verkoopsvoorwaarden, benevens de op straffe van nietigheid voorgeschreven vermeldingen van artikel 1582, zoals te dezen vereisen dat in geval van hoger bod de kandidaat-kopers in het bezit moeten zijn van een bankcheque van een bepaald bedrag. Krachtens de artikelen 1589, eerste lid en 1592, vijfde lid Ger.W. kan de notaris het bod respectievelijk het hoger bod weigeren van personen die hij niet kent of van wie de identiteit of de goedgeheid hem niet bewezen lijkt. Welnu, de notaris kan die personen weigeren, niet noodzakelijk meteen nadat zij een bod respectievelijk een hoger bod doen, maar wel met het oog op de uiteindelijke toewijzing. Wanneer dan de notaris het hoogste bod weigert omdat de bieder niet in het bezit is van de krachtens de verkoopsvoorwaarden vereiste bankcheque (en derhalve de goedgeheid van de bieder hem niet bewezen lijkt), kan hij toewijzen aan de op een na hoogste bieder die wel in het bezit is van de vereiste bankcheque. Het feit dat de geweigerde hoogste bieder op de bedoelde zitdag eerdere biedingen heeft gedaan waarop de uiteindelijk op een na hoogste bieder telkenmale een hoger bod heeft gedaan, doet hieraan geen afbreuk. Zoals voormeld, oordeelt de beslagrechter dat de derde verweerder als instrumenterende notaris het geveilde onroerend goed correct heeft toegewezen aan de tweede eiser als de op een na hoogste bieder omdat de hoogste bieder niet in het bezit was van de krachtens de verkoopsvoorwaarden vereiste bankcheque, en dit zelfs al zou de tweede eiser op de biedingen van de hoogste bieder telkens opnieuw een hoger bod hebben gedaan om het goed te verwerven. Die beslissing is naar recht verantwoord. Het onderdeel dat ervan uitgaat dat de niet-weigering van alle biedingen van een kandidaat-koper die niet, zoals de algemene verkoopsvoorwaarden vereisen, in het bezit is van een bankcheque van een bepaald bedrag, de miskenning van de verbindende kracht van die algemene verkoopsvoorwaarden impliceert, kan niet worden aangenomen.

In het concrete geval verdient nog opmerking dat de beslagrechter vaststelt dat de bedoelde algemene verkoopsvoorwaarden bepalen dat de kandidaat-kopers in het bezit moeten zijn van een bankcheque van 125.000 euro; de beslagrechter legt de bedoelde algemene verkoopsvoorwaarden niet aldus uit dat de instrumenterende notaris elk bod van

een kandidaat-koper moet toetsen aan de vermelde voorwaarde. De beslagrechter oordeelt, zoals voormeld, dat de notaris vermocht enkel het hoogste bod te weigeren van de kandidaat-koper die niet in het bezit was van de krachtens de verkoopsvoorwaarden vereiste bankcheque en zodoende het goed toe te wijzen aan de op een na hoogste bieder, zonder de hele procedure van biedingen te moeten overdoen. De beslagrechter die mede op die grond de vordering van de eisers afwijst, kent aan de algemene verkoopsvoorwaarden de gevolgen toe die zij hebben in de lijn van zijn vaststellingen en uitlegging. Zodoende miskent de beslagrechter de verbindende kracht van de verkoopsvoorwaarden niet.

(...)

Conclusie: verwerping

ARREST

(A.R. C.04.0324.N)

I. Bestreden beslissing

Het cassatieberoep is gericht tegen een beschikking, op 9 maart 2004 gewezen door de beslagrechter in de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen.

II. Rechtspleging voor het Hof

Afdelingsvoorzitter Ernest WaÛters heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Guido Bresseleers heeft geconcludeerd.

III. Middel

De eisers voeren in hun verzoekschrift een middel aan.

Geschonden wettelijke bepalingen

(...)

- de artikelen (...), 1134 en (...) van het Burgerlijk Wetboek;

- de artikelen 1580, 1582, 1589, (...) van het Gerechtelijk Wetboek.

Aangevochten beslissing

Bij de bestreden beschikking van 9 maart 2004 verklaart de beslagrechter in de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen de vorderingen van de eisers, die ertoe strekten te zeggen voor recht dat alle verrichtingen van definitieve toewijzing op 15 december 2003, met inbegrip van de akte van toewijzing van de woning gelegen te B., door het ambt van geassocieerd notaris J.R., ingevolge een procedure van uitvoerend onroerend beslag, benaarstigd op verzoek van de NV Nebo ten laste van de heer E. nietig zijn, minstens als ongedaan moeten worden beschouwd, te bevelen dat alle verrichtingen gedaan in het raam van deze rechtspleging op de derde zitdag van 15 december 2003 moeten worden overgedaan binnen een door de beslagrechter te bepalen termijn, te bevelen dat alle door de eisers of een van hen in het raam van de vernietigde c.q. ongedane toewijzing betaalde bedragen aan degene die betaling deed dienen terugbetaald te worden binnen een termijn van 48 uur na betekening van de tussen te komen uitspraak aan de instrumenterende notaris, toelaatbaar, maar ongegrond.

Deze beschikking is gestoeld op volgende overwegingen:

"De kandidaat-kopers van het tweede onroerend goed werden door de instrumenterende notaris, partij R.J., gevraagd om in het bezit te zijn van een bankcheque van 125.000 euro. Het gaat hier om de uitvoering van een bepaling uit de algemene voorwaarden voor gerechtelijke openbare verkopen van onroerende goederen bij uitvoerend beslag, meer bepaald artikel vijf, waarnaar werd verwezen in de verkoopsvoorwaarden. Een en ander

werd tevens opgenomen in de publiciteit die werd gevoerd voor de zitdag van 15 december 2003. Op de zittingsdag van 15 december 2003 werd haast enkel geboden door partij R.L. en een andere, onbekende, heer. Op een bepaald ogenblik was het hoogste bod uitgebracht door de onbekende heer 1.975.000 euro. Vooraleer toe te wijzen werd deze heer gevraagd naar de bankcheque en bleek dat deze heer niet in het bezit was van een dergelijke cheque. Daarop, en om die reden, heeft de notaris het hoogste bod niet aanvaard en werd het onroerend goed toegewezen aan partij R. L. voor een bedrag van 1.950.000 euro.

Het is mogelijk dat een notaris bij een openbare verkoop het bod van de hoogste bidder weigert wanneer de identiteit of de goedgeheid van de kandidaat-koper hem niet bewezen schijnen (artikel 1589 van het Gerechtelijk Wetboek). Bij een dergelijke weigering wordt het goed toegewezen aan de op één na hoogste bidder. Een dergelijk weigering heeft geenszins tot gevolg dat de hele procedure van bieding dient herdaan te worden. De toepassing van artikel 1589 van het Gerechtelijk Wetboek is, overeenkomstig artikel 1622 van het Gerechtelijk Wetboek, niet op straffe van nietigheid voorgeschreven zodat van enige nietigheid op basis van de artikel 860 van het Gerechtelijk Wetboek geen sprake kan zijn.

Partij R.L. stelt dat hij gedwaald heeft doordat hij op de biedingen van de, achteraf afgewezen, kandidaat-kopers telkens opnieuw een hoger bod heeft uitgebracht teneinde het onroerend goed te verwerven. Deze dwaling zou dan de nietigheid van de overeenkomst met zich meebrengen.

Deze redenering kan niet gevolgd worden. In de eerste plaats is het duidelijk dat hier geenszins sprake is van een overeenkomst van koop-verkoop maar van een toewijzing in het kader van een gedwongen uitvoering waarbij de eigendom wordt verworven door toewijzing van het goed aan de hoogste bidder. Er is geen enkele wederkerigheid bij de eigendomsoverdracht. Daarbij heeft partij R.L. wetens en willens een bod uitgebracht teneinde eigenaar te kunnen worden van het onroerend goed ter zake. Er is geen enkele twijfel mogelijk dat partij R.L. handelde met kennis van zaken over het onroerend goed en het stond hem steeds vrij het bieden te staken. Een bod is immers steeds gedaan in het kader van de gekende algemene voorwaarden waaronder de verkoop plaatsvindt. Wanneer in de algemene voorwaarden staat opgenomen dat om een of andere reden een bod kan worden geweigerd, is elk bod een aanvaarding van de verkoopsvoorwaarden met inbegrip van de mogelijkheid tot weigering van het bod door de notaris. Ook de andere bidders weten dat.

Daarenboven is duidelijk gesteld dat een eventuele kandidaat-koper in het bezit diende te zijn van een bankcheque. De hoogste bidder bezat een dergelijke cheque niet en werd om die reden door de notaris geweigerd. Het goed werd dan ook terecht aan partij R.L. toegewezen. Deze heeft daarenboven zonder meer het proces-verbaal van toewijzing getekend. Partij R.L. heeft de cheque in betaling gegeven en heeft zich command verklaard voor partij Tradihome. Geen enkele verdere opmerking werd daarbij gemaakt.

De vorderingen van partij Tradihome en partij R.L. zijn dan ook niet gegrond".

Grieven

1. Eerste onderdeel

De openbare verkoop is per definitie een verkoop die plaats vindt op een welbepaald uur en een welbepaalde plaats, die vooraf werden aangekondigd, in aanwezigheid van meerdere personen, waarbij ieder van de aanwezigen zich kandidaat kan stellen om het te koop gestelde goed te verwerven door het uitbrengen van een bod onder de in de algemene voorwaarden gestelde voorwaarden, met dien verstande dat het goed uiteindelijk zal worden toegewezen aan de persoon die het hoogste bod uitbracht.

Luidens artikel 1589 van het Gerechtelijk Wetboek kan een notaris weliswaar het bod

weigeren van personen die hem onbekend zijn of van wie de identiteit of de goedgeheid hem niet bewezen schijnen.

Artikel 1592 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt voorts dat de notaris het hoger bod kan weigeren van personen die hij niet kent of van wie de identiteit of de goedgeheid hem niet bewezen lijkt.

Indien de notaris in principe over een absolute vrijheid beschikt om een bepaald bod te weigeren, beschikt hij weliswaar niet langer meer over die vrijheid wanneer de verkoopsvoorwaarden hiervan afwijken.

De verkoopsvoorwaarden, die bij toepassing van artikel 1582 van het Gerechtelijk Wetboek door de notaris worden opgemaakt, bepalen immers op verbindende wijze de rechtsverhouding tussen de beslagene, diens schuldeisers en de uiteindelijke koper, evenals de wijze waarop de verkoop tot stand zal komen.

In afwezigheid van tegenspraak tegen die verkoopsvoorwaarden door de ingeschreven schuldeisers, degenen die een bevel hebben doen overschrijven en de schuldenaar binnen acht dagen, te rekenen vanaf de aanmaning om inzage te nemen van die verkoopsvoorwaarden en aanwezig te zijn bij de toewijzing, zullen dan ook de door de notaris opgestelde verkoopsvoorwaarden bindend zijn voor eenieder die bij de openbare verkoop is betrokken, het weze de ingeschreven schuldeisers, degenen die een bevel hebben doen overschrijven, de schuldenaar, de derde kandidaat-koper of de instrumenterende notaris, en niet meer kunnen gewijzigd worden, behoudens akkoord van alle betrokkenen.

Te dezen stelt de beslagrechter expliciet vast dat blijkens artikel 5 van de algemene voorwaarden voor gerechtelijke openbare verkopen van onroerende goederen bij uitvoerend beslag, waarnaar werd verwezen in de verkoopsvoorwaarden, de kandidaat-kopers van het bewuste onroerend goed in het bezit dienden te zijn van een bankcheque van 125.000 euro.

Uit voornoemde voorwaarde volgt dat een bod op de derde zitdag slechts op geldige wijze kon worden uitgebracht voorzover de bieder in het bezit was van een bankcheque van 125.000 euro.

Hieruit volgt dat ieder bod van een persoon die niet voldeed aan voornoemde voorwaarde diende te worden geweigerd door de notaris, op straffe van miskennen van de verbindende kracht van de algemene verkoopsvoorwaarden.

Bovendien vloeit uit die algemene verkoopsvoorwaarden voort dat aan voornoemde voorwaarde reeds moest zijn voldaan op het ogenblik van het eerste bod, zodat de notaris zich er niet toe kon beperken alleen het laatste bod van de betrokken persoon te weigeren, handelswijze die tot gevolg had het spel der biedingen te ontregelen en de prijs, waarvoor het goed uiteindelijk aan een regelmatige deelnemer werd toegewezen, kunstmatig op te drijven doordat deze regelmatige deelnemer door het weerhouden van dat eerste bod evenals van alle andere daaropvolgende biedingen van diezelfde persoon ertoe werd gebracht om telkens zelf nog een hoger bod uit te brengen.

Hieruit volgt dat de beslagrechter, die zelf in de bestreden beschikking uitdrukkelijk vaststelt dat blijkens artikel 5 van de algemene voorwaarden voor gerechtelijke openbare verkopen van onroerende goederen bij uitvoerend beslag, waarnaar werd verwezen in de verkoopsvoorwaarden, de kandidaat-kopers van het bewuste onroerend goed in het bezit dienden te zijn van een bankcheque van 125.000 euro en op de zittingdag van 15 december 2003 haast enkel werd geboden door tweede eiser en een andere, onbekende heer, die op een bepaald ogenblik het hoogste bod ten bedrage van 1.975.000 euro uitbracht, hetwelk werd geweigerd omdat deze heer niet in het bezit bleek te zijn van een bankcheque, vaststelling waaruit volgde dat ook de voorgaande biedingen van deze persoon op de kwestieuze zitdag door dezelfde onregelmatigheid waren behept, zijnde de afwezigheid van voornoemde bankcheque, kon niet wettig besluiten, zonder aldus de

verbindende kracht van de algemene verkoopsvoorwaarden, die de notaris zelf had opgesteld, te miskennen, dat enkel het laatste bod ten bedrage van 1.975.000 euro diende te worden geweigerd en het onroerend goed derhalve op rechtsgeldige wijze kon worden toegewezen aan de bieder van het op één na hoogste bod (schending van de artikelen 1134 van het Burgerlijk Wetboek, 1580, 1582, 1589 en 1592 van het Gerechtelijk Wetboek).

(...)

IV. Beslissing van het Hof

1. Middel van niet-ontvankelijkheid

Over het door de derde en vierde verweerders opgeworpen middel van niet-ontvankelijkheid van het cassatieberoep: de bestreden beschikking is niet in laatste aanleg geweest:

Overwegende dat, krachtens artikel 616 van het Gerechtelijk Wetboek, tegen ieder vonnis hoger beroep kan worden ingesteld, tenzij de wet anders bepaalt;

Dat artikel 1624, tweede lid, 2° van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat geen hoger beroep kan worden ingesteld tegen vonnissen of beschikkingen die uitspraak doen over zwaarigheden omtrent de tenuitvoerlegging;

Dat die bepaling hoger beroep uitsluit tegen beslissingen over zwaarigheden die rijzen na de benoeming van de notaris en die betrekking hebben op de regelmatigheid en niet op de rechtmatigheid van de gedwongen tenuitvoerlegging op onroerende goederen, onverminderd de mogelijkheid om hoger beroep in te stellen tegen vonnissen of beschikkingen die uitspraak doen over een vordering tot nietigverklaring van een proceshandeling wegens niet-naleving van de in artikel 1622, eerste lid van het Gerechtelijk Wetboek opgesomde wettelijke bepalingen;

Overwegende dat de bestreden beschikking uitspraak doet over de vordering van de eisers tot nietigverklaring van de toewijzing, minstens tot het als ongedaan doen beschouwen van de verrichtingen die op de laatste zitdag hebben geleid tot de toewijzing van het geveilde goed door de derde verweerder aan eiser;

Dat de bestreden beschikking vaststelt dat de vordering steunt op beweerd ongeldige biedingen van een kandidaat-koper, in strijd met de algemene veilingvoorwaarden;

Dat daaruit volgt dat:

1. de vordering niet strekt tot nietigverklaring van een proceshandeling wegens de niet-naleving van de in artikel 1622, eerste lid van het Gerechtelijk Wetboek opgesomde wettelijke bepalingen;

2. de bestreden beschikking uitspraak doet over zwaarigheden omtrent de tenuitvoerlegging in de zin van artikel 1624, tweede lid, 2° van het Gerechtelijk Wetboek;

Dat het cassatieberoep aldus is gericht tegen een in laatste aanleg geweest beschikking;

Dat het middel van niet-ontvankelijkheid niet kan worden aangenomen;

2. Middel zelf

1.1. Eerste onderdeel

Overwegende dat, krachtens de artikelen 1589, eerste lid en 1592, vijfde lid van het Gerechtelijk Wetboek, de notaris het bod respectievelijk het hoger bod kan weigeren van personen die hij niet kent of van wie de identiteit of de gegoedheid hem niet bewezen lijkt;

Dat de notaris die personen kan weigeren, niet noodzakelijk meteen nadat zij een bod respectievelijk een hoger bod doen, maar wel bij de uiteindelijke toewijzing;

Dat de notaris, wanneer hij het hoogste bod weigert omdat de bieder niet voldoet aan de verkoopsvoorwaarde in het bezit te zijn van een bankcheque van een bepaald bedrag, kan toewijzen aan de op een na hoogste bieder die wel in het bezit is van de vereiste cheque;

Dat het feit dat de geweigerde hoogste bieder op de bedoelde zitdag eerdere biedingen heeft gedaan waarop de uiteindelijk op een na hoogste bieder telkenmale een hoger bod heeft gedaan, hieraan geen afbreuk doet;

Overwegende dat de bestreden beslissing oordeelt dat de derde verweerder het geveilde onroerend goed naar recht heeft toegewezen aan eiser als de op een na hoogste bieder omdat de hoogste bieder niet voldeed aan de in de algemene verkoopsvoorwaarden bepaalde vereiste in het bezit te zijn van een bankcheque van een bepaald bedrag, zelfs al zou de eiser op de biedingen van de hoogste bieder telkens opnieuw een hoger bod hebben gedaan om het goed te verwerven;

Dat de bestreden beslissing naar recht is verantwoord;

Dat het onderdeel dat volledig erop steunt dat de toewijzing van het geveilde goed aan eiser onregelmatig is omdat alle biedingen van de hoogste bieder, waarop eiser telkens hoger heeft geboden, onregelmatig waren, niet kan worden aangenomen;

2.2. Tweede onderdeel

Overwegende dat de beslagrechter het in het onderdeel bedoelde verweer verworpt en beantwoordt door te oordelen dat:

1. de notaris het bod van de hoogste bieder kon weigeren omdat hij niet in het bezit was van de krachtens de verkoopsvoorwaarden vereiste bankcheque;

2. de notaris alsdan het goed kon toewijzen aan de op een na hoogste bieder en met name de eiser die wel in het bezit was van de vereiste cheque; 3. eiser wetens en willens een bod heeft uitgebracht teneinde eigenaar te kunnen worden van het bedoelde goed, dat hij handelde met kennis van zaken en dat het hem steeds vrij stond het bieden te staken;

4. een bod steeds is gedaan in het raam van de gekende algemene voorwaarden waaronder de verkoop plaatsvindt;

5. wanneer in de algemene voorwaarden staat opgenomen dat om een of andere reden het bod kan worden geweigerd, elk bod een aanvaarding van de verkoopsvoorwaarden is met inbegrip van de mogelijkheid tot weigering van het bod door de notaris; dat ook andere bidders dit weten;

6. de notaris derhalve enkel het hoogste bod kon weigeren van de persoon die

niet in het bezit was van de krachtens de verkoopsvoorwaarden vereiste bankcheque zonder de hele procedure van biedingen te moeten overdoen;

Dat het onderdeel feitelijke grondslag mist;

2.3. Derde onderdeel

Overwegende dat het onderdeel niet aangeeft hoe en waardoor het leidt tot de onwettigheid van de beslissing;

Dat het onderdeel bij gebrek aan nauwkeurigheid niet ontvankelijk is;

OM DIE REDENEN,

HET HOF,

Verwerpt het cassatieberoep;

Veroordeelt de eisers in de kosten.

15 april 2005 - 1^o kamer – *Voorzitter*: de h. Verougstraete, voorzitter – *Verslaggever*: de h. Waüters – *Gelijkluidende conclusie* van de h. Bresseleers, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. Geinger en Mahieu.

Nr. 231

3^o KAMER - 18 april 2005

1^o VREEMDE WET - CASSATIEMIDDEL - BURGERLIJKE ZAKEN - VEREISTE VERMELDINGEN - GESCHONDEN WETTELIJKE BEPALINGEN - TOEPASSELIJKE CONFLICTREGEL.

2^o CASSATIEMIDDELEN — BURGERLIJKE ZAKEN — VEREISTE VERMELDINGEN - GESCHONDEN WETTELIJKE BEPALINGEN - VREEMDE WET - TOEPASSELIJKE CONFLICTREGEL.

1^o en 2^o *Niet ontvankelijk is het cassatiemiddel dat de bestreden beslissing verwijt verschillende bepalingen van een vreemde wet te schenden maar de schending van de toepasselijke conflictregel niet aanvoert*¹. (Art. 1080 Ger.W.)

(GECAMINES, vennootschap naar Congolees publiek recht T. H.)

ARREST (*vertaling*)

(A.R. S.04.0018.F)

I. Bestreden beslissing

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest, dat op 29 oktober 2003 is gewezen door het Arbeidshof te Brussel.

II. Rechtspleging voor het Hof

Raadsheer Christine Matray heeft verslag uitgebracht.

Eerste advocaat-generaal Jean-François Leclercq heeft geconcludeerd.

¹ Cass., 14 feb. 2005, A.R. S.03.0135.F, nr. 89, met concl. O.M. Het O.M. concludeerde weliswaar tot verwerping maar meende enerzijds dat het enige middel feitelijke grondslag miste, in zoverre het de schending van bepalingen van het Arbeidswetboek 2002 aanvoerde, en anderzijds dat het middel voor het overige faalde naar recht of op zijn minst niet kon worden aangenomen (zie voormelde concl. O.M. en de in die concl. vermelde verwijzingen).

III. Middelen

Eiser voert in zijn verzoekschrift volgend middel aan:

Geschonden wetsbepalingen

- de artikelen 47, c, 48, 50, 58 tot 60, 62 en 128, derde lid, 3° van het Arbeidswetboek van de Democratische Republiek Congo, dat de bijlage vormt bij de Congolese besluitwet nr. 67/310 van 9 augustus 1967 houdende het Arbeidswetboek, zoals het van kracht was vóór de opheffing ervan bij de Congolese wet nr. 015/2002 van 16 oktober 2002;

- de artikelen 60, c, 61, 62, 64, 72 tot 74, 76 en 149, derde lid, 3° van de Congolese wet nr. 015/2002 van 16 oktober 2002 houdende het Arbeidswetboek (hierna het Arbeidswetboek 2002);

- artikel 82 van deel II, boek III van het Burgerlijk Wetboek van de Democratische Republiek Congo.

Aangevochten beslissingen

Het bestreden arrest stelt vast dat verweerder als bediende in dienst van eiseres heeft gewerkt vanaf 28 maart 1981; dat eiseres [verweerder] op 24 september 1999 een "tijdelijke arbeidsvrijstelling" ter kennis heeft gebracht en de uitvoering van de arbeidsovereenkomst heeft geschorst; dat verweerder voor de Arbeidsrechtbank te Brussel een rechtsvordering heeft ingesteld teneinde de ontbinding van de overeenkomst in het nadeel van eiseres te verkrijgen en haar te doen veroordelen tot betaling van een schadevergoeding, alsook van verschillende andere bedragen die hem krachtens de arbeidsovereenkomst verschuldigd zijn,

Vervolgens spreekt het bestreden arrest de gerechtelijke ontbinding uit van de arbeidsovereenkomst tussen de partijen op de datum van de betekening van het arrest en op initiatief van de meest gerede partij, en veroordeelt het eiseres tot betaling, aan verweerder, van een schadevergoeding van 175.000 euro, alsook van de gerechtelijke interest.

Het arrest grondt die beslissing op de volgende redenen:

"De Congolese wet blijkt van toepassing te zijn op de verhoudingen tussen de partijen (...); het Congolese Arbeidswetboek voorziet niet uitdrukkelijk in de beëindiging van de arbeidsovereenkomst op grond van gerechtelijke ontbinding. Voor zover het het [arbeids]hof en de partijen bekend is, bestaat er geen Congolese rechtspraak over die kwestie. Bijgevolg gaat de vennootschap ervan uit dat, aangezien het Congolese Arbeidswetboek niet verwijst naar de algemene wijzen waarop verbintenissen tenietgaan, de arbeidsovereenkomst niet gerechtelijk kan worden ontbonden. (...) Artikel 82 van boek III van het Burgerlijk Wetboek bevat een bepaling waarvan de tekst identiek is aan die van artikel 1184 van het Belgisch Burgerlijk Wetboek: 'In wederkerige contracten is de ontbindende voorwaarde altijd stilzwijgend begrepen, voor het geval dat een van de partijen haar verbintenis niet nakomt. In dit geval is het contract niet van rechtswege ontbonden. De partij jegens wie de verbintenis niet is uitgevoerd, heeft de keus om ofwel de andere partij te noodzaken de overeenkomst uit te voeren, wanneer de uitvoering mogelijk is, ofwel de ontbinding van de overeenkomst te vorderen, met schadevergoeding. De ontbinding moet in rechte gevorderd worden, en aan de verweerder kan, naar gelang van de omstandigheden, uitstel worden verleend'. De arbeidsovereenkomst is een wederkerige overeenkomst en aangezien het Congolese Arbeidswetboek die wijze van beëindiging niet uitdrukkelijk uitsluit, (...), staat niets eraan in de weg dat de gerechtelijke ontbinding gevorderd en verkregen wordt. Die redenering wordt niet ontkracht door het feit dat het Arbeidswetboek een bepaald aantal wijzen van beëindiging, zoals overmacht, vermeldt".

Grievens

De rechter die kennisneemt van een vordering die gegrond is op bepalingen van buiten-

lands recht, dient de betekenis en de draagwijdte van die bepalingen te definiëren. Dat onderzoek naar de inhoud van de vreemde wet dient te gebeuren door inzonderheid rekening te houden met de interpretatie die aan dat recht in het land van oorsprong gegeven wordt.

In het Congolese recht zijn de wijzen van beëindiging van de arbeidsovereenkomst die welke uitdrukkelijk en beperkend zijn bepaald in het Arbeidswetboek, met uitsluiting van de in het Congolese Burgerlijk Wetboek bepaalde wijzen waarop verbintenissen tenietgaan: artikel 61 van het Arbeidswetboek 2002 bepaalt dat de overeenkomst op initiatief van een partij kan worden beëindigd.

De werkgever kan de arbeidsovereenkomst alleen door opzegging beëindigen om een geldige, in artikel 48 van het Arbeidswetboek 1967 of in artikel 62 van het Arbeidswetboek 2002 opgesomde redenen, in geval van een ernstige fout van de werknemer, zonder opzegging beëindigen overeenkomstig de artikelen 58 en 60 van het Arbeidswetboek of overeenkomstig de artikelen 72 en 74 van het Arbeidswetboek 2002.

De werknemer kan de overeenkomst, zonder redenen, door opzegging beëindigen overeenkomstig artikel 50 van het Arbeidswetboek 1967 of overeenkomstig artikel 64 van het Arbeidswetboek 2002, en in geval van een ernstige fout van de werkgever, zonder opzegging beëindigen overeenkomstig de artikelen 58 en 59 van het Arbeidswetboek 1967 of overeenkomstig de artikelen 72 en 73 van het Arbeidswetboek 2002.

Voorts vermeldt het Congolese Arbeidswetboek uitdrukkelijk de beëindiging van de overeenkomst in onderlinge overeenstemming (artikel 128, derde lid, 3° van het Arbeidswetboek 1967 en artikel 149, derde lid, 3° van het Arbeidswetboek 2002) en beëindiging door overmacht (artikel 47, c van het Arbeidswetboek 1967 of artikel 60, c van het Arbeidswetboek 2002).

Uit die bepalingen van het Arbeidswetboek blijkt dat de beëindiging, in het Congolese recht, moet worden beslist door ten minste één van de partijen bij de overeenkomst. Zowel artikel 62 van het Arbeidswetboek 1967 als artikel 76 van het Arbeidswetboek 2002 bepalen daarenboven dat elke beëindiging van de overeenkomst door de initiatiefnemende partij schriftelijk ter kennis moet worden gebracht van de andere partij. De rechter is bijgevolg niet bevoegd om de beëindiging uit te spreken door zijn beslissing in de plaats van die van een partij te stellen. Hij mag alleen a posteriori onderzoeken of de partij die het initiatief voor de beëindiging heeft genomen, dat terecht heeft gedaan en daarbij de in het Arbeidswetboek voorgeschreven vormen en voorwaarden heeft nageleefd.

Het Congolese Arbeidswetboek bevat geen bepaling die identiek is aan artikel 32 van de Belgische wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, dat uitdrukkelijk voorbehoud maakt omtrent de algemene wijzen waarop verbintenissen tenietgaan en het de rechter dus mogelijk zou maken om op grond van artikel 82 van deel II, boek III van het Congolese Burgerlijk Wetboek (het equivalent, in het Congolese recht, van artikel 1184 van het Belgische Burgerlijk Wetboek) de gerechtelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst uit te spreken.

Het bestreden arrest verantwoordt zijn beslissing om de gerechtelijke ontbinding uit te spreken van de arbeidsovereenkomst die de partijen bindt, derhalve niet naar recht (schending van de in het aanhef van het middel aangewezen bepalingen van het Arbeidswetboek 1967 en van het Arbeidswetboek 2002 van de Democratische Republiek Congo en van artikel 82 van boek III van het Burgerlijk Wetboek van de Democratische Republiek Congo).

IV. Beslissing van het Hof

Overwegende dat de feitenrechter die de vreemde wet toepast, de draagwijdte ervan dient te bepalen door rekening te houden met de interpretatie die eraan

gegeven wordt in het land van oorsprong;

Overwegende dat het Hof de overeenstemming van de beslissing van de feitenrechter met die interpretatie nagaat;

Dat zij evenwel alleen kan kennismaken van de schending van de vreemde wet door toepassing van de verwijzingsregel;

Overwegende dat het middel, dat het arrest verwijt verschillende bepalingen van het Arbeidswetboek en van het Burgerlijk Wetboek van de Democratische Republiek Congo te hebben geschonden, de schending van de toepasselijke verwijzingsregel niet aanvoert;

Dat het middel derhalve niet ontvankelijk is;

OM DIE REDENEN,

HET HOF,

Verwerpt het cassatieberoep;

Veroordeelt eiseres in de kosten.

18 april 2005 - 3^o kamer – *Voorzitter*: de h. Echement, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: mevr. Matray – *Gedeeltelijk andersluidende conclusie* van de h. Leclercq, eerste advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. Kirkpatrick en van Eeckhoutte.

Nr. 232

3^o KAMER - 18 april 2005

RECHTBANKEN — BURGERLIJKE ZAKEN — ALGEMEEN - BESCHIKKINGSBEGINSEL —
MISKENNING.

De rechter die ambtshalve een geschil opwerpt dat de openbare orde niet raakt en waarvan de partijen het bestaan hadden uitgesloten, miskent het beschikkingsbeginsel¹.
(Beschikkingsbeginsel; Art. 1138, 2^o Ger.W.)

(SENIOR'S FLATEL N.V. T. S.)

ARREST (*vertaling*)

(A.R. S.04.0174.F)

I. Bestreden beslissing

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest, dat op 26 mei 2004 is gewezen door het Arbeidshof te Brussel.

II. Rechtspleging voor het Hof

Raadsheer Christian Storck heeft verslag uitgebracht.

Eerste advocaat-generaal Jean-François Leclercq heeft geconcludeerd.

III. Middelen

¹ Cass., 30 nov. 2000, A.R. C.00.0067.F, nr. 657; zie Cass., 25 juni 1990, A.R. 8613, nr. 624, en noot 1 p. 1377.

Eiser voert in zijn verzoekschrift volgend middel aan:

Geschonden wetsbepalingen

- de artikelen 1319, 1320 en 1322 van het Burgerlijk Wetboek;
- artikel 1138, 2° van het Gerechtelijk Wetboek;
- artikel 6.1 van het Verdrag van 4 november 1950 tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, goedgekeurd bij de wet van 13 mei 1955;
- de artikelen 32, inzonderheid 3°, 37, §1 en 39, inzonderheid §1 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten;
- artikel 149 van de gecoördineerde Grondwet;
- algemeen rechtsbeginsel betreffende de autonomie der procespartijen, beschikkingsbeginsel genoemd, volgens hetwelk in burgerlijke zaken alleen de partijen het proces sturen;
- algemeen beginsel van het recht van verdediging;
- algemeen rechtsbeginsel volgens hetwelk de afstand van een recht niet kan worden vermoed, strikt moet worden geïnterpreteerd en alleen kan worden afgeleid uit handelingen of feiten die niet voor een andere interpretatie vatbaar zijn.

Aangevochten beslissingen

Het arrest beslist, met wijziging van het beroepen vonnis, dat eiseres stilzwijgend afstand heeft gedaan van de wettelijke opzeggingstermijn en verklaart haar tegenvordering bijgevolg ontvankelijk maar niet-gegrond, verwerpt ze en veroordeelt haar in de appèlkosten.

Het arrest beslist daartoe op grond dat:

"1. Uit het dossier heel duidelijk blijkt dat [eiseres], al vanaf de eerste weken na de brand, zijn personeel te kennen heeft gegeven dat zij beter elders werk konden zoeken, aangezien de mogelijke hervatting van de activiteiten op een onbepaalde datum zeer problematisch zou zijn;

Mevrouw R., mevrouw M., de heer I. en mevrouw E. hebben soortgelijke verklaringen afgelegd;

2. Onder die voorwaarden mag de brief die [verweerder] aan [eiseres] heeft gericht op 8 april 1999 - terwijl [verweerder] arbeidsgeschiedt was sinds oktober 1998 maar nog steeds niet wist hoe hij opnieuw aan het werk zou worden gezet - niet gelezen worden als de kennisgeving van een beslissing tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke uitwerking, maar als de uiting van de wens om de overeenkomst te beëindigen op 15 april, datum waarop [verweerder] een nieuwe betrekking had gevonden ("Ik wens zijn [lees: mijn] overeenkomst te beëindigen"). Die brief vroeg om een snel antwoord teneinde [verweerder] in staat te stellen zijn verbintenis ten aanzien van zijn nieuwe werkgever zonder risico na te komen;

[Eiseres] heeft nagelaten die brief tijdig te beantwoorden (de brief van de raadsman van [eiseres] van 24 juni 1999 komt twee maanden later aan en is kennelijk slechts een reactie op de vraag van [verweerder] om een verzekeringsvergoeding vanaf oktober 1998 te verkrijgen), en zodoende laat [eiseres] [verweerder] in de rechtmatige overtuiging dat zijn werkgever afzag van de prestatie van een opzeggingstermijn. Die prestatie kon hij in elk geval niet leveren, aangezien de 'Seniors' Flatel' pas in juli 1999 opnieuw geopend zou worden en dan nog met een gehalveerde personeelsbezetting;

Uit al die omstandigheden kan het [arbeids]hof afleiden dat het gedrag [van eiseres] voor [verweerder] overeenkomt met een stilzwijgende maar vaststaande afstand van de wettelijke opzeggingstermijn en dat de tegenvordering in antwoord op [verweerdere]

vordering tot betaling van achterstallig loon en vakantiegeld, niet gegrond is".

Grieven

1. Eerste onderdeel

Het arrest leidt de stilzwijgende afstand van de wettelijke opzeggingstermijn, die het aan eiser toeschrijft, af uit een geheel van omstandigheden, waaronder het feit dat "de brief die [verweerder] aan [eiseres] heeft gericht op 8 april 1999 - terwijl [verweerder] arbeidsgeschikt was sinds oktober 1998 maar nog steeds niet wist hoe hij opnieuw aan het werk zou worden gezet - niet gelezen mag worden als de kennisgeving van een beslissing tot beëindiging met onmiddellijke uitwerking, maar als de uiting van de wens om de overeenkomst te beëindigen op 15 april, datum waarop [verweerder] een nieuwe betrekking had gevonden".

In hun appèlconclusies, zowel in hun hoofdconclusie als in hun aanvullende conclusie, hadden beide partijen evenwel geoordeeld dat de brief van 8 april 1999 de overeenkomst beëindigde.

Verweerder had aldus geconcludeerd

"Dat hij [eiseres] door een aangetekende brief op de hoogte heeft gebracht van zijn beslissing om de arbeidsovereenkomst op 15 april 1999 te beëindigen en tevens zijn vakantiegeld en de betaling van de acht niet-genomen inhaaldagen heeft gevorderd";

"Dat verweerder te dezen aan [eiseres] zijn ontslag heeft aangeboden op 8 april 1999",
en dat

"[Verweerder] naar een nieuwe betrekking is beginnen te zoeken en toen hij deze gevonden had, zijn ontslag heeft ingediend op 8 april 1999".

Eiseres had in diezelfde zin geconcludeerd dat verweerder

"zijn ontslag door middel van een aangetekende brief van 8 april 1999 als volgt had ingediend:

'Geachte heer,

Bij dezen wens ik u te melden dat ik mijn overeenkomst wens te beëindigen op 15 april 1999.

Ik verzoek u dus om mij, overeenkomstig de wet, mijn enkel en dubbel vakantiegeld voor de jaren 1998 en 1999 en de betaalde vakantie voor die jaren toe te kennen.

Ik heb ook nog acht inhaaldagen te nemen. De data vindt u in bijlage.

Mag ik u tevens vragen mij de documenten te bezorgen die ik nodig heb voor mijn belastingaangifte?

Ik dank u bij voorbaat",

en "dat [eiseres] op 8 april 1999 het recht heeft verkregen om een vergoeding te eisen, aangezien [verweerder] op die datum zijn ontslag heeft ingediend", dat dit ontslag een "brief tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst" was en dat "rekening dient te worden gehouden met de datum waarop [verweerder] zelf zijn ontslag heeft ingediend, d.w.z. op 8 april 1999".

Beide partijen hadden aldus geconcludeerd dat verweerder in zijn brief van 8 april 1999 eenzijdig de wil heeft geuit om de overeenkomst te beëindigen, ongeacht het feit dat zulks is geschied door het geven of het nemen van het ontslag.

Welnu, de rechter kan in burgerlijke zaken geen geschil opwerpen dat niet indruist tegen de openbare orde, maar waarvan de partijen in hun conclusie het bestaan hebben uitgesloten (algemeen rechtsbeginsel betreffende de autonomie der procespartijen, beschikkingsbeginsel genoemd, aangewezen in het middel).

Hij kan geen uitspraak doen over niet-gevraagde zaken (artikel 1138, 2° van het Gerechtelijk Wetboek).

Uit artikel 6.1 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden volgt daarenboven dat de partijen bij het proces de mogelijkheid moeten krijgen tegenspraak te voeren over alle stukken of argumenten die een invloed kunnen hebben op de beslissing van de rechter.

Het arrest, nu het op dat ambtshalve, tot staving van zijn beslissing dat de brief van 8 april 1999 "niet mag gelezen worden als de kennisgeving van een beslissing tot beëindiging met onmiddellijke uitwerking, maar als de uiting van de wens om de overeenkomst te beëindigen op 15 april", terwijl de conclusies van beide partijen een dergelijke interpretatie uitsloten, schendt artikel 1138, 2° van het Gerechtelijk Wetboek en miskent het in het middel aangewezen algemeen rechtsbeginsel betreffende de autonomie der procespartijen, beschikkingsbeginsel genoemd.

Het arrest, nu het op dat ambtshalve aangevoerde middel acht slaat zonder het te onderwerpen aan de tegenspraak van de partijen, miskent daarenboven het recht van verdediging van eiseres (miskening van het algemeen beginsel van het recht van verdediging) evenals het recht van eiseres op een eerlijk proces door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie (schending van artikel 6.1 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden van 4 november 1950 en, voor zover nodig, van de wet van 13 mei 1955 tot goedkeuring van dat internationaal verdrag).

Het arrest miskent daarenboven de bewijskracht van de in het middel aangegeven conclusies, door te weigeren acht te slaan op de daarin vermelde bewering dat de brief van 8 april 1999 verweerders wil uitte om zijn overeenkomst te beëindigen en aan die conclusies aldus een betekenis te geven die niet verenigbaar is met de bewoordingen ervan (schending van de artikelen 1319, 1320 en 1322 van het Burgerlijk Wetboek).

(...)

IV. Beslissing van het Hof

Eerste onderdeel

Overwegende dat het arbeidshof beslist dat eiseres afstand heeft gedaan van haar recht om van verweerder een opzeggingsvergoeding te vorderen, op grond van de omstandigheid dat eiseres verzuimd heeft "tijdig" de brief te beantwoorden die verweerder haar op 8 april 1999 had verstuurd en die vroeg om een "snel antwoord, aangezien ze niet gelezen mag worden als de kennisgeving van een beslissing tot beëindiging met onmiddellijke uitwerking, maar als de uiting van de wens om de overeenkomst te beëindigen op 15 april, datum waarop [verweerder] een nieuwe betrekking had gevonden";

Overwegende dat uit de conclusies die de partijen genomen hebben voor het arbeidshof, blijkt dat de partijen eensgezind oordeelden dat verweerder, met die brief, de wil heeft geuit om zijn ontslag in te dienen;

Dat het arbeidshof, nu het tot staving van zijn beslissing ambtshalve een geschil opwerpt dat geen verband houdt met de openbare orde en waarvan het bestaan door de conclusies van de partijen werd uitgesloten, zonder het daaruit afgeleide middel te onderwerpen aan de tegenspraak van de partijen, artikel 1138, 2° van het Gerechtelijk Wetboek schendt en het algemeen rechtsbeginsel betreffende de autonomie der procespartijen, beschikkings-beginsel genoemd, miskent;

Dat het onderdeel in zoverre gegrond is;

En overwegende dat er geen grond bestaat tot onderzoek van de rest van het eerste onderdeel of van de andere onderdelen van het middel, die niet kunnen leiden tot ruimere cassatie;

OM DIE REDENEN,
HET HOF

Vernietigt het bestreden arrest, in zoverre het het hoger beroep wat dat betreft gegrond verklaart, over de tegenvordering van eiseres uitspraak doet en haar veroordeelt in de appèlkosten;

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het gedeeltelijk vernietigde arrest;

Houdt de kosten aan en laat de beslissing daaromtrent aan de feitenrechter over;

Verwijst de aldus beperkte zaak naar het Arbeidshof te Luik.

18 april 2005 - 3° kamer – *Voorzitter*: de h. Echement, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Storck – *Gedeeltelijk andersluidende conclusie* van de h. Leclercq, eerste advocaat-generaal – *Advocaat*: mr. Simont.

Nr. 233

2° KAMER - 19 april 2005

- 1° CASSATIEBEROEP — STRAFZAKEN — TERMIJNEN VOOR CASSATIEBEROEP EN BETEKENING — STRAFVORDERING — VOORBARIG CASSATIEBEROEP (GEEN EINDBESLISSING) - ONDERZOEKSGERECHTEN - BESCHIKKING VAN VERWIJZING - HOGER BEROEP - ONTVANKELIJKHEID – VOORWAARDE.
- 2° CASSATIEBEROEP — STRAFZAKEN — BESLISSINGEN VATBAAR VOOR CASSATIEBEROEP — STRAFVORDERING — BESLISSINGEN UIT HUN AARD NIET VATBAAR VOOR CASSATIEBEROEP - UITZONDERINGEN - ONDERZOEKSGERECHTEN - BESCHIKKING VAN VERWIJZING - HOGER BEROEP - ONTVANKELIJKHEID – VOORWAARDE.
- 3° ONDERZOEK IN STRAFZAKEN - BESCHIKKING VAN VERWIJZING - HOGER BEROEP VAN DE INVERDENKINGGESTELDE - KAMER VAN INBESCHULDIGINGSTELLING - ARREST - CASSATIEBEROEP - ONTVANKELIJKHEID – VOORWAARDE.
- 4° VONNISSEN EN ARRESTEN — STRAFZAKEN — STRAFVORDERING - ONDERZOEK IN STRAFZAKEN - BESCHIKKING VAN VERWIJZING - HOGER BEROEP VAN DE INVERDENKINGGESTELDE - KAMER VAN INBESCHULDIGINGSTELLING - ARREST - CASSATIEBEROEP - ONTVANKELIJKHEID – VOORWAARDE.
- 5° ONDERZOEKSGERECHTEN - RAADKAMER - REGELING VAN DE RECHTSPLEGING - INVERDENKINGGESTELDE - ONREGELMATIGHEID, VERZUIM OF NIETIGHEID - DESKUNDIGENONDERZOEK - BESCHIKKING VAN VERWIJZING - HOGER BEROEP – ONTVANKELIJKHEID.
- 6° ONDERZOEKSGERECHTEN - RAADKAMER - REGELING VAN DE RECHTSPLEGING - INVERDENKINGGESTELDE - ONREGELMATIGHEID, VERZUIM OF NIETIGHEID - HEROPENING VAN HET

GERECHTELIJK ONDERZOEK - NIEUWE BEZWAREN - BESCHIKKING VAN VERWIJZING - HOGER BEROEP – ONTVANKELIJKHEID.

7^o ONDERZOEKSGERECHTEN - RAADKAMER - REGELING VAN DE RECHTSPLEGING - INVERDENKINGGESTELDE - ONREGELMATIGHEID, VERZUIM OF NIETIGHEID - BEZWAREN - VERZOEK OM NIEUWE ONDERZOEKSHANDELINGEN - BESCHIKKING VAN VERWIJZING - HOGER BEROEP – ONTVANKELIJKHEID.

1^o, 2^o, 3^o en 4^o *Een inverdenkinggestelde kan slechts onmiddellijk cassatieberoep instellen tegen het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling dat gewezen is op zijn hoger beroep tegen de beschikking van de raadkamer die hem naar de correctionele rechtbank verwijst op voorwaarde dat hij tegen deze beschikking hoger beroep kon instellen*^{1 2}. (Artt. 131, §1, 135, §2, 235bis, 416, tweede lid en 539 Sv.)

5^o *Het aanvoeren van de onregelmatigheid van het deskundigenonderzoek is een betwisting betreffende een verzuim of onregelmatigheid in de zin van artikel 131, §1 Wetboek van Strafvordering of met betrekking tot de verwijzingsbeschikking*^{3 4}. (Artt. 131, §1, 135, §2 en 235bis Sv.)

6^o *Het aanvechten van de regelmatigheid van de heropening van het gerechtelijk onderzoek wegens nieuwe bezwaren is een betwisting betreffende een verzuim of onregelmatigheid in de zin van artikel 131, §1 Wetboek van Strafvordering of met betrekking tot de verwijzingsbeschikking*. (Artt. 131, §1, 135, §2, 235bis, 247 en 248 Sv.)

7^o *Het aanvechten van het louter bestaan van bezwaren en het verzoeken om nieuwe onderzoekshandelingen zijn betwistingen die, strijdig met de eis van artikel 135, §2 Wetboek van Strafvordering, geen verzuim of onregelmatigheid in de zin van artikel 131, §1 Wetboek van Strafvordering of met betrekking tot de verwijzingsbeschikking opleveren*^{5 6 7}. (Artt. 131, §1, 135, §2 en 235bis Sv.)

(D. T. D. e.a.)

ARREST

(A.R. P.05.0317.N)

I. Bestreden beslissing

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest op 28 januari 2005 gewezen door het Hof van Beroep te Antwerpen, kamer van inbeschuldigingstelling.

II. Rechtspleging voor het Hof

Raadsheer Luc Van hoogebemt heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Marc Timperman heeft geconcludeerd.

III. Cassatiemiddelen

De eiser stelt geen middelen regelmatig voor.

IV. Beslissing van het Hof

A. Ontvankelijkheid van het cassatieberoep

1 Cass., 11 jan. 2000, A.R. P.99.0905.N, nr. 20.

2 Cass., 4 sept. 2001, A.R. P.01.0685.N, nr. 442; Cass., 9 maart 2004, A.R. P.03.1551.N, nr. 133.

3 Zie voetnoot 1.

4 *Jaarverslag Hof van Cassatie* 2003, 181.

5 Zie voetnoot 1.

6 Cass., 5 sept. 2000, A.R. P.00.0988.N, nr. 441.

7 *Jaarverslag Hof van Cassatie* 2003, 183 en 184.

Overwegende dat een inverdenkinggestelde slechts onmiddellijk cassatieberoep kan instellen tegen het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling dat gewezen is op zijn hoger beroep tegen de beschikking van de raadkamer die hem naar de correctionele rechtbank verwijst, op voorwaarde dat hij tegen deze beschikking hoger beroep kon instellen;

Overwegende dat het arrest het hoger beroep van de eiser tegen de beschikking die hem naar de correctionele rechtbank verwijst, terecht ontvankelijk verklaart in zoverre de eiser:

- de regelmatigheid van de heropening van het gerechtelijk onderzoek wegens nieuwe bezwaren aanvecht,
- het verval van de strafvordering inroept wegens verjaring,
- de onregelmatigheid van het deskundigenonderzoek aanvoert;

Dat eiser deze grieven bij schriftelijke conclusie had ingeroepen voor de raadkamer;

Dat het cassatieberoep in zoverre ontvankelijk is;

Overwegende dat het arrest voor het overige terecht het hoger beroep niet ontvankelijk verklaart in zoverre de eiser louter het bestaan van bezwaren aanvecht en om nieuwe onderzoekshandelingen verzoekt, omdat deze betwistingen, strijdig met de eis van artikel 135, §2 Wetboek van Strafvordering, geen verzuim of onregelmatigheid in de zin van artikel 131, §1 Wetboek van Strafvordering of met betrekking tot de verwijzingsbeschikking opleveren;

Overwegende dat het cassatieberoep in zoverre niet ontvankelijk is;

B. Ontvankelijkheid van de memorie

Overwegende dat de memorie die "loco Mr. Raf Van Goethem" is ondertekend zonder vermelding van de hoedanigheid van de ondertekenaar, niet ontvankelijk is;

C. Ambtshalve onderzoek van de beslissing op de strafvordering

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

OM DIE REDENEN,

HET HOF,

Verwerpt het cassatieberoep;

Veroordeelt de eiser in de kosten.

19 april 2005 - 2^o kamer – *Voorzitter*: de h. Forrier, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Van hoogenbemt – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. Timperman, advocaat-generaal.

Nr. 234**2° KAMER - 20 april 2005**

1° WETTEN. DECRETEN. ORDONNANTIES. BESLUITEN — WERKING IN DE TIJD EN IN DE RUIMTE - WEGVERKEERSWET — ART. 69BIS - WET 7 FEB. 2003 - VERVANGING VAN DE VERVANGENDE GEVANGENISSTRAF DOOR VERVANGEND VERVAL VAN HET RECHT TOT STUREN — GEVOLG.

2° WEGVERKEER — WEGVERKEERSWET — WETSBEPALINGEN — ART. 69 — ART. 69BIS - WET 7 FEB. 2003 - VERVANGING VAN DE VERVANGENDE GEVANGENISSTRAF DOOR VERVANGEND VERVAL VAN HET RECHT TOT STUREN — GEVOLG.

3° WEGVERKEER — WEGVERKEERSWET — WETSBEPALINGEN — ART. 33 — ART. 33.1 - WET 7 FEB. 2003 - VERVANGING VAN DE VERVANGENDE GEVANGENISSTRAF DOOR VERVANGEND VERVAL VAN HET RECHT TOT STUREN — GEVOLG.

4° STRAF — ZWAARSTE STRAF - WEGVERKEERSWET — ART. 69BIS - WET 7 FEB. 2003 - VERVANGING VAN DE VERVANGENDE GEVANGENISSTRAF DOOR VERVANGEND VERVAL VAN HET RECHT TOT STUREN — GEVOLG.

5° WETTEN. DECRETEN. ORDONNANTIES. BESLUITEN — WERKING IN DE TIJD EN IN DE RUIMTE - WEGVERKEERSWET - WET 7 FEB. 2003 — ART. 33 - VERVANGING VAN DE VERVANGENDE GEVANGENISSTRAF DOOR VERVANGEND VERVAL VAN HET RECHT TOT STUREN — GEVOLG.

6° WEGVERKEER — WEGVERKEERSWET — WETSBEPALINGEN — ART. 69 — ART. 69BIS - WET 7 FEB. 2003 - VERVANGING VAN DE VERVANGENDE GEVANGENISSTRAF DOOR VERVANGEND VERVAL VAN HET RECHT TOT STUREN — GEVOLG.

7° WEGVERKEER — WEGVERKEERSWET — WETSBEPALINGEN — ART. 34 — ART. 34.2 - WET 7 FEB. 2003 - VERVANGING VAN DE VERVANGENDE GEVANGENISSTRAF DOOR VERVANGEND VERVAL VAN HET RECHT TOT STUREN — GEVOLG.

8° STRAF — ZWAARSTE STRAF - WEGVERKEERSWET — ART. 69BIS - WET 7 FEB. 2003 - VERVANGING VAN DE VERVANGENDE GEVANGENISSTRAF DOOR VERVANGEND VERVAL VAN HET RECHT TOT STUREN — GEVOLG.

9° WEGVERKEER — WEGVERKEERSREGLEMENT VAN 01-12-1975 — REGLEMENTSBEPALINGEN — ART. 19 — ART. 19.1 — DRAAGWIJDTE.

1°, 2°, 3° en 4° Krachtens art. 69bis Wegverkeerswet, ingevoegd bij art. 33 W. 7 feb. 2003 houdende verschillende bepalingen inzake verkeersveiligheid, in werking getreden op 1 maart 2004, kan de boete bij gebreke van betaling binnen de voorgescreven termijn, voor de toepassing van de Wegverkeerswet, in afwijking van art. 40 Sw., door een verval van het recht tot het besturen van een motorvoertuig worden vervangen; hieruit volgt dat voor vluchtmisdrijf als bepaald in art. 33, §1, 1° Wegverkeerswet, gepleegd vóór 1 maart 2004, de vervangende straf die door de nieuwe wet is bepaald lichter is dan deze die vóór de inwerkingtreding ervan toepasselijk was¹. (Art. 2, tweede lid Sw.; Artt. 33, §1, 1° en 69bis Wegverkeerswet)

5°, 6°, 7° en 8° Krachtens art. 69bis Wegverkeerswet, ingevoegd bij art. 33 W. 7 feb. 2003 houdende verschillende bepalingen inzake verkeersveiligheid, in werking getreden op 1 maart 2004, kan de boete bij gebreke van betaling binnen de voorgescreven termijn, voor de toepassing van de Wegverkeerswet, in afwijking van art. 40 Sw., door een verval

¹ Zie Cass., 2 nov. 2004, A.R. P.04.0857.N, nr. 522; 2 nov. 2004, A.R. P.04.1023.N, nr. 524; 2 nov. 2004, A.R. P.04.1027.N, nr. 525 en 12 april 2005, A.R. P.04.1292.N, nr. 217.

van het recht tot het besturen van een motorvoertuig worden vervangen; hieruit volgt dat voor het misdrijf als bepaald in art. 34, §2, 1° Wegverkeerswet, gepleegd vóór 1 maart 2004, de vervangende straf die door de nieuwe wet is bepaald lichter is dan deze die vóór de inwerkingtreding ervan toepasselijk was². (Art. 2, tweede lid Sw.; Artt. 34, §2, 1° en 69bis Wegverkeerswet)

9° De bestuurder die naar links wil afslaan om de rijbaan te verlaten moet zich vooraf ervan vergewissen of hij dit kan doen zonder gevaar voor de andere weggebruikers, in het bijzonder rekening houdende met de vertragungsmogelijkheden van de achterliggers; die verplichting houdt op als de bestuurder, na zijn voornemen tijdig genoeg kenbaar te hebben gemaakt, zich daadwerkelijk naar links heeft begeven³. (Art. 19.1 Wegverkeersreglement 1975)

(G. e.a. T. S. e.a.)

ARREST (vertaling)

(A.R. P.04.1615.F)

I. Bestreden beslissing

De cassatieberoepen zijn gericht tegen een vonnis, dat op 8 november 2004 door de Correctionele Rechtbank te Dinant in hoger beroep is geweest.

II. Rechtspleging voor het Hof

Raadsheer Sylviane Velu heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Raymond Loop heeft geconcludeerd.

III. Cassatiemiddelen

De eisers voeren een middel aan in een memorie, waarvan een voor eensluidend verklaard afschrift aan dit arrest is gehecht.

IV. Beslissing van het Hof

A. In zoverre het cassatieberoep van eiser is gericht tegen de beslissing van schuldigverklaring:

Overwegende dat de substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven rechtsvormen zijn nageleefd en de beslissing overeenkomstig de wet is geweest;

B. Over het overige van het cassatieberoep van eiser tegen de beslissing op de strafvordering:

Over het ambtshalve aangevoerde middel afgeleid uit de schending van artikel 2, tweede lid van het Strafwetboek en van artikel 69bis van de Wegverkeerswet, ingevoegd bij artikel 33 van de Wet van 7 februari 2003 houdende verschillende bepalingen inzake verkeersveiligheid:

Overwegende dat naar luid van artikel 40 van het Strafwetboek, bij gebreke van betaling binnen twee maanden te rekenen van het arrest of van het vonnis, indien het op tegenspraak, of te rekenen van de betekening, indien het bij verstek is geweest, de geldboete kan worden vervangen door gevangenisstraf, waarvan de duur bij het vonnis of het arrest van veroordeling wordt bepaald, en die drie maanden niet zal te boven gaan voor hen die wegens een wanbedrijf zijn veroordeeld;

² *Ibid.*

³ Zie Cass., 14 maart 2001, A.R. P.00.1737.F, nr. 132.

Dat krachtens artikel 69bis van de Wegverkeerswet, ingevoegd bij artikel 33 van de voormelde wet van 7 februari 2003, in werking getreden op 1 maart 2004, de boete bij gebreke van betaling binnen de voorgeschreven termijn, voor de toepassing van de Wegverkeerswet, in afwijking van artikel 40 van het Strafwetboek, door een verval van het recht tot het besturen van een motorvoertuig kan worden vervangen;

Overwegende dat het bestreden vonnis, door het beroepen vonnis te bevestigen, de telastleggingen bewezen verklaart van, op 27 april 2003, het in artikel 34, §2, 1° van de voormelde Wegverkeerswet bepaalde misdrijf te hebben gepleegd (telastlegging A), alsook de artikelen 10.1.1° en 8.3, tweede lid van het Wegverkeersreglement te hebben overtreden (telastleggingen B en C) en eiser wegens die telastleggingen veroordeelt tot een geldboete van 200 euro, gebracht op 1000 euro, met gedeeltelijk uitstel, of een vervangende gevangenisstraf van 45 dagen en tegen hem een vervallenverklaring van het recht tot sturen uitspreekt voor de duur van een maand, eveneens met een gedeeltelijk uitstel, in toepassing van artikel 38, §1, 1° van de voormelde wet;

Dat het bestreden vonnis, door het beroepen vonnis te bevestigen, de telastlegging D eveneens bewezen verklaart van op dezelfde datum het in artikel 33, §1, 1° van dezelfde wet bepaalde misdrijf van vluchtmisdrijf te hebben gepleegd en eiser, uit dien hoofde, veroordeelt tot een geldboete van 250 euro, gebracht op 1250 euro, met gedeeltelijk uitstel, of een vervangende gevangenisstraf van 45 dagen en tegen hem een vervallenverklaring van het recht tot sturen uitspreekt voor de duur van twee maanden, eveneens met een gedeeltelijk uitstel;

Overwegende dat de vervangende straf die door de nieuwe wet is bepaald lichter is dan de straf die door de van kracht zijnde wet was opgelegd op het ogenblik dat de feiten werden gepleegd; dat de appèlrechters aldus verplicht waren om krachtens artikel 2, tweede lid van het Strafwetboek, de nieuwe wet toe te passen;

Dat zij door eiser tot een vervangende gevangenisstraf voor de geldboete te veroordelen, hem een zwaardere straf hebben opgelegd dan deze die door de nieuwe wet is bepaald;

Dat zij, bijgevolg, hun beslissing dienaangaande niet naar recht hebben verantwoord;

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

C. In zoverre de cassatieberoepen gericht zijn tegen de beslissingen op de burgerlijke rechtsvorderingen die door de eisers tegen verweerder zijn ingesteld en door de tweede en derde verweersters tegen eiser:

Over het middel:

Overwegende dat het middel, in zoverre het de schending van de artikelen 19.3.1° en 19.3.2°, a van het Wegverkeersreglement aanvoert, zonder dat het daarbij aangeeft in hoeverre het bestreden vonnis die bepalingen schendt, niet ontvankelijk is;

Overwegende dat, voor het overige, de bestuurder die naar links wil afslaan om de rijbaan te verlaten zich weliswaar, krachtens artikel 19.1 van voormeld reglement, vooraf ervan moet vergewissen of hij dit kan doen zonder gevaar voor de andere weggebruikers, in het bijzonder rekening houdende met de vertragingmogelijkheden van de achterliggers; dat die verplichting evenwel ophoudt als de bestuurder, na zijn voornemen tijdig genoeg kenbaar te hebben gemaakt, zich daadwerkelijk naar links heeft begeven;

Overwegende dat het bestreden vonnis vaststelt dat verweerder, die naar links wilde afslaan, heeft moeten "halt houden wegens het opduiken van voertuigen die uit tegengestelde richting kwamen en [dat hij] nadat deze waren gepasseerd, [zich opnieuw] in beweging heeft gezet"; dat "op dat ogenblik [eiser is] opgedoken die [was beginnen] in te halen en [dat die is] ingereden op de wagen" van verweerder;

Dat het vonnis vermeldt dat "een derde, niet geïdentificeerd voertuig, tussen de wagens (van verweerder en eiser) was ingevoegd", dat "dit voertuig is gestopt" achter dat van verweerder "en het niet heeft ingehaald";

Dat het oordeelt dat de bedoeling van verweerder "om op elk ogenblik naar links af te slaan voor de andere weggebruikers bijgevolg herkenbaar was" en dat "daaruit volgt dat hij zijn voornemen wel degelijk had aangekondigd door het gebruik van zijn richtingaanwijzers en door zich naar het midden van de weg te begeven";

Dat de appèlrechters aldus hun beslissing om de aansprakelijkheid voor het ongeval alleen aan eiser ten laste te leggen naar recht verantwoorden;

Dat het middel, in zoverre, niet kan worden aangenomen;

OM DIE REDENEN,

HET HOF,

Vernietigt het bestreden arrest in zoverre het eiser veroordeelt tot vervangende gevangenisstraffen wegens de telastleggingen A, B, C, en D;

Verwerpt de cassatieberoepen voor het overige;

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het gedeeltelijk vernietigde vonnis;

Veroordeelt eiser in de helft van de kosten van zijn cassatieberoep en laat de andere helft ten laste van de Staat;

Veroordeelt eiseres in de kosten van haar cassatieberoep;

Verwijst de aldus beperkte zaak naar de correctionele rechtbank te Namen, zitting houdende in hoger beroep.

20 april 2005 - 2^o kamer – *Voorzitter*: de h. Fischer, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: mevr. Velu – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. Loop, advocaat-generaal – *Advocaat*: mr. De Bruyn.

Nr. 235

1° KAMER - 21 april 2005

HUUR VAN GOEDEREN — PACTH — EINDE (OPZEGGING. VERLENGING. TERUGKEER. ENZ.) - OPZEGGING - DUIDELIJKE REDEN - ONTBREKEN - GELDIGVERKLARING - BEVOEGDHEID VAN DE RECHTER.

Het vonnis dat beslist een opzegging geldig te verklaren en daartoe enkel vermeldt dat zij gedaan is om de verpachte goederen te gebruiken overeenkomstig hun bestemming, verantwoordt die beslissing naar recht wanneer het, aan de hand van de omstandigheden die het vermeldt, oordeelt dat de pachters wisten welke bestemming de verpachter aan hun percelen wilde geven¹. (Art. 12.8, tweede lid Pachtwet)

(J. e.a. T. SERVICES PROMOTION INITIATIVES EN PROVINCE DE LIEGE C.V.B.A.)

ARREST (vertaling)

(A.R. C.03.0413.F)

I. Bestreden beslissing

Het cassatieberoep is gericht tegen een vonnis, op 4 februari 2003 in hoger beroep gewezen door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Luik.

II. Rechtspleging voor het Hof

Raadsheer Didier Batselé heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal André Henkes heeft geconcludeerd.

III. Middel

De eisers voeren in hun verzoekschrift een middel aan.

Geschonden wetsbepalingen

- de artikelen 6, §1, 5° en 12.1, vervat in artikel 1 van de wet van 4 november 1969 tot wijziging van de Pachtwetgeving.

Aangevochten beslissingen

Het bestreden vonnis bekrachtigt de opzegging die de verweerster aan de eisers heeft gedaan " om de goederen te gebruiken overeenkomstig hun bestemming" en verwerpt, bijgevolg, het middel tot nietigverklaring van de opzegging die de eisers hierop grondten dat de juiste reden of redenen waarom die opzegging hun werd gedaan, niet was of waren opgegeven.

Het verantwoordt die beslissing aan de hand van de onderstaande overwegingen:

"De motivering van de opzegging geeft inderdaad geen enkel concreet detail over het industrieel project met het oog op de realisatie waarvan de opzegging wordt gedaan. (Verweerster) heeft in werkelijkheid in de opzegging alleen maar melding gemaakt van de algemene reden op grond waarvan zij binnen drie maanden een einde kan maken aan de huurovereenkomst, namelijk de wil om de verpachte goederen te gebruiken overeenkomstig hun eindbestemming.

Luidens artikel 12.1, eerste lid van de wet, moeten, op straffe van nietigheid, in de opzegging duidelijk de juiste reden of redenen opgegeven worden waarom zij wordt gedaan. De bedoeling van die bepaling is dat de pachter het voornemen van de verpachter precies kent teneinde de geldigheid en de uitvoeringsvoorwaarden ervan na te gaan. In het licht van die bedoeling, heeft het Hof van Cassatie geoordeeld dat de opzegging regel-

¹ Zie concl. O.M. in *Pas.* 2005, nr. 235.

matig is wanneer de pachters niet misleid konden zijn over aangevoerde opzeggingsredenen (Cass., 10 oktober 1975, A.C. 1976, 184).

In deze zaak, zoals de eerste rechter erop wees, kenden de [eisers] perfect de identiteit van de koper en het industrieel project dat hij op touw wilde zetten. De litigieuze opzegging is immers het gevolg van een vorige opzegging van 20 januari 2000 betreffende een ander gedeelte van de verpachte percelen en verantwoord door het voornemen om fase 1 en 2 van het industrieel project van de vennootschap Prologis te realiseren. Die percelen werden pas enkele dagen vóór de kennisgeving van de litigieuze opzegging (op 6 april 2001) door de (eisers) vrijgegeven, nadat op 26 maart 2001 een overeenkomst van minnelijke beëindiging was gesloten waarvan artikel 3.b) vermeldt dat de realisatie van het industrieel project op de verpachte percelen in 4 fases zal gebeuren. Met andere woorden, toen de [eisers] de overeenkomst van minnelijke beëindiging sloten, moesten zij wel weten dat de realisatie van het project van Prologis inhield dat zij op termijn de nog gebruikte percelen moesten vrijgeven zodat de industrieel fase 3 en 4 van zijn project kon realiseren. Dienaangaande wijst de rechtbank erop dat de [eisers] in hun brief van 13 april 2001, als antwoord op de opzeggingsbrief, voorstelden voor de overige door hen gebruikte percelen een nieuwe overeenkomst van minnelijke beëindiging te sluiten. Dat voorstel impliceert dat zij duidelijk de band tussen die twee verrichtingen hebben aangevoeld, anders gezegd, dat zij wisten welke bestemming de verpachter aan die percelen wilde geven.

Voorts wijzen de (eisers) erop dat er in deze zaak een gebrek aan redengeving is en niet een vage of en door een fout aangetaste reden. Dit standpunt kan niet worden gevolgd: er zou sprake zijn van een compleet gebrek aan redengeving indien de opzeggingsbrief enkel het voornemen van de verpachter om de pacht te beëindigen zou vermelden. Dat is hier niet het geval. De opzeggingsbrief bevat wel degelijk een reden, namelijk de wil om 'de goederen te gebruiken overeenkomstig hun bestemming'. In de hierboven omschreven context konden de [eisers] niet misleid worden over die bestemming, waaraan uitdrukkelijk wordt herinnerd in de huurovereenkomst van 20 januari 1994.

aldus volgt uit de omstandigheden van de zaak dat de voorwaarden waarin artikel 12.1 van de wet voorziet, voldoende zijn nageleefd".

Grievens

Luidens artikel 12.1 van de Pachtwet, moeten in de opzegging duidelijk de juiste reden of redenen opgegeven worden waarom zij wordt gedaan. Die bepaling waarin een voorwaarde is neergelegd voor de geldigheid van de opzegging, is van toepassing op de opzegging die de verpachter "op ieder ogenblik kan doen om de verpachte goederen te gebruiken overeenkomstig hun eindbestemming indien (...) de pachtovereenkomst is aangegaan met een openbaar bestuur of een publiekrechtelijk rechtspersoon en betrekking heeft op gronden die vóór het sluiten van de overeenkomst door dat bestuur of die persoon zijn onteigend of verkregen, op grond van een koninklijk besluit dat de onteigening ten algemenen nutte beveelt of toestaat" (artikel 6, §1, 5° van de Pachtwet).

Uit het onderling verband van die bepalingen volgt dat, wanneer met toepassing van artikel 6, §1, een opzegging ter kennis wordt gebracht, de vermelding dat zij wordt gedaan "om de verpachte goederen te gebruiken overeenkomstig hun eindbestemming" niet voldoet aan het vereiste van artikel 12.1 volgens hetwelk in de opzegging "duidelijk de juiste reden of redenen (opgegeven worden) waarom zij wordt gedaan". De opzegging moet de pachter immers in staat stellen, op het ogenblik dat hij ze ontvangt, aan de hand van de tekst van de akte na te gaan of het gebruik van de verpachte goederen, dat de beëindiging van de pacht rechtvaardigt, in concreto, daadwerkelijk overeenstemt met hun eindbestemming en, naderhand, na te gaan of het door de verpachter aangekondigde voornemen op grond waarvan hij de opzegging heeft gedaan, gerealiseerd werd binnen de

termijn waarin artikel 13 van de wet voorziet.

In deze zaak stelt het bestreden vonnis vast dat verweerster " in de opzegging alleen maar melding heeft gemaakt van de algemene reden op grond waarvan zij binnen drie maanden een einde kan maken aan de huurovereenkomst, namelijk de wil om de verpachte goederen te gebruiken overeenkomstig hun eindbestemming" zonder enig "concreet detail over het industrieel project met het oog op de realisatie waarvan de opzegging wordt gedaan" te geven.

Hieruit volgt dat het bestreden vonnis, ongeacht de omstandigheid dat "de [eisers], zoals de eerste rechter erop wees, perfect de identiteit van de koper en het industrieel project kenden dat hij op touw wilde zetten", niet naar recht heeft kunnen beslissen dat de litigieuze opzegging voldeed aan het vereiste van artikel 12.1 van de Pachtwet.

IV. Beslissing van het Hof

Overwegende dat luidens artikel 12.1. vervat in artikel 1 van de wet van 4 november 1969 tot wijziging van de Pachtwetgeving, op straffe van nietigheid in de opzegging duidelijk de juiste reden of redenen opgegeven worden waarom zij wordt gedaan: dat volgens artikel 12.8, tweede lid, vervat in hetzelfde artikel 1, een opzegging die naar de vorm onregelmatig verklaard zou moeten worden, door de rechter toch geldig kan worden verklaard indien de betrokken onregelmatigheid geen twijfel kan doen rijzen over de aard of de ernst van de opzegging noch over de identiteit van de persoon in wiens voordeel de opzegging wordt verricht;

Overwegende dat het bestreden vonnis vermeldt: "zoals de eerste rechter erop wees, kenden [de eisers] perfect de identiteit van de koper en het industrieel project dat hij op touw wilde zetten. De litigieuze opzegging is immers het gevolg van een vorige opzegging van 20 januari 2000 betreffende een ander gedeelte van de verpachte percelen en verantwoord door het voornemen om fase 1 en 2 van het industrieel project van de vennootschap Prologis te realiseren. Die percelen werden pas enkele dagen vóór de kennisgeving van de litigieuze opzegging (op 6 april 2001) door de [eisers] vrijgegeven, nadat op 26 maart 2001 een overeenkomst van minnelijke beëindiging was gesloten waarvan artikel 3.b) vermeldt dat de realisatie van het industrieel project op de verpachte percelen in vier fases zal gebeuren. Met andere woorden, toen de [eisers] de overeenkomst van minnelijke beëindiging sloten, moesten zij wel weten dat de realisatie van het project van Prologis inhield dat zij op termijn de nog gebruikte percelen moesten vrijgeven zodat de industrieel fase 3 en 4 van zijn project kon realiseren. Dienaangaande wijst de rechtbank erop dat de [eisers] in hun brief van 13 april 2001, als antwoord op de opzeggingsbrief, voorstelden voor de overige door hen gebruikte percelen een nieuwe overeenkomst van minnelijke beëindiging te sluiten. Dat voorstel impliceert dat zij duidelijk de band tussen die twee verrichtingen hebben gevoeld, anders gezegd, dat zij wisten welke bestemming de verpachter aan die percelen wilde geven";

Overwegende dat het bestreden vonnis aan de hand van die overwegingen zijn beslissing om de opzegging geldig te verklaren, naar recht verantwoordt;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

OM DIE REDENEN,

HET HOF,

Verwerpt het cassatieberoep;
Veroordeelt de eisers in de kosten.

21 april 2005 - 1^o kamer – *Voorzitter*: de h. Parmentier, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Batselé – *Gelijklopende conclusie* van de h. Henkes, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. Gérard en Draps.

Nr. 2361^o KAMER - 21 april 2005

VONNISSEN EN ARRESTEN — BURGERLIJKE ZAKEN — ALGEMEEN - REDENEN -
BEGRIP - DICTUM — BEGRIP.

*Elke beslissing van een rechter over een geschil is een dictum, ongeacht de plaats van die beslissing in de tekst van het vonnis of arrest en ongeacht de vorm waarin zij is gesteld*¹. (Art. 149 G.W. 1994)

(L. e.a. T. L. e.a.)

ARREST (*vertaling*)

(A.R. C.03.0555.F)

Met de notitie overeenstemmend arrest.

21 april 2005 - 1^o kamer – *Voorzitter*: de h. Parmentier, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Fettweis – *Gelijklopende conclusie* van de h. Henkes, advocaat-generaal – *Advocaat*: mr. Simont.

Nr. 2371^o KAMER - 21 april 2005

INKOMSTENBELASTINGEN — PERSONENBELASTING — BEDRIJFSINKOMSTEN —
BATEN UIT VRIJE BEROEPEN EN UIT WINSTGEVENDE BEZIGHEDEN - HUUROVEREENKOMSTEN - OP
KUNSTMATIGE WIJZE ONDSCHIEDEN AKTEN - HERKVALIFICATIE - BEVOEGDHEID VAN DE
ADMINISTRATIE.

*Art. 344, §1 W.I.B. 1992 staat de administratie een verrichting toe in haar geheel te herkwalficeren die op kunstmatige wijze in afzonderlijke akten is opgesplitst, teneinde de verrichting die de partijen in werkelijkheid tot stand hebben gebracht, te belasten*¹. (Art. 344, §1 W.I.B. 1992)

¹ Cass., 28 april 1994, A.R. C.93.0245.F, nr. 206; zie ook Cass., 10 nov. 1997, A.R. S.97.0050.F, nr. 465.

¹ Betreffende de Engelse "step by step" rechtsleer die in het Belgische belastingrecht is ingevoerd bij art. 16 W. 22 juli 1993 houdende fiscale en financiële bepalingen (art. 344, §1 W.I.B. 1992), zie parlementaire voorbereiding, *Gedr. St. Senaat* 1992-1993, nr. 762/3; J. MALHERBE, *Droit fiscal international*, Larcier, Brussel, 1994, p. 685.

(D. e.a. T. BELGISCHE STAAT – Minister van Financiën)

ARREST (*vertaling*)

(A.R. F.03.0065.F)

I. Bestreden beslissing

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, op 5 september 2003 gewezen door het Hof van Beroep te Bergen.

II. Rechtspleging voor het Hof

Afdelingsvoorzitter Claude Parmentier heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal André Henkes heeft geconcludeerd.

III. Middel

De eisers voeren in hun verzoekschrift een middel aan.

Geschonden wetsbepalingen

- de artikelen 32, tweede lid, 3^o en 344, §1 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992;

- artikel 149 van de Grondwet;

- de bewijskracht van de akten.

Aangevochten beslissingen

Het bestreden arrest stelt eerst vast " dat de [eisers] de herkwalificering betwisten van de huurprijzen die zij ontvangen voor het beroepsgedeelte van het op het adres van hun woonplaats gelegen pand, dat hun toebehoort en waarin [eiser] het beroep van geneesheer uitoefent; (...) dat voornoemd pand verhuurd werd aan de b.v.b.a. Comed waarvan [eiser] de zaakvoerder is; dat het vervolgens gehuurd is door de b.v.b.a. Franco-belge de Gestion Immobilière [afgekort FBGI] die het heeft onderverhuurd aan de b.v.b.a. Comed (...) " en beschikt vervolgens afwijzend op de voorziening die de eisers hadden ingesteld tegen de beslissing van de directeur der belastingen te Bergen van 27 augustus 1998, die, met toepassing van de artikelen 32, tweede lid, 3^o en 344, §1 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992, beslist had de door de b.v.b.a. FBGI aan de eisers betaalde huurprijzen te belasten als "bezoldigingen van bestuurders", op grond dat "de [eisers] niet de bedoeling hebben gehad aan de hoofdhuurder het genot van de zaak te verlenen, ook al is dat een essentieel kenmerk van een huurovereenkomst; dat een vennootschap voor vastgoedbeheer immers niets te maken heeft met lokalen die als dokterspraktijk worden gebruikt; dat het daarentegen voor de [eisers] onontbeerlijk is dat de b.v.b.a. Comed waarvan [eiser] de zaakvoerder is, het genot heeft van het litigieuze pand waarin hij zijn beroep uitoefent; dat de onderhandse akte van 30 juni 1993 met name bepaalt dat de hoofdhuurder de huurprijs betaalt binnen twee werkdagen na ontvangst van het bedrag dat de onderhuurder hem heeft betaald en dat de eigenaar, ingeval van achterstallige betaling, zijn rechtsmiddel bij voorrang tegen de onderhuurder instelt; dat de hoofdhuurder zijn verplichting om de huurlast te dragen dus niet ten volle nakomt; (...) dat in tegenstelling tot hetgeen de [eisers] aanvoeren, er wel degelijk sprake is van de juridische kwalificatie van de litigieuze verrichtingen, aangezien [verweerder], door de betwiste beslissing te nemen, geoordeeld heeft dat de hoofdverhuring en de onderverhuring als verhuring zonder meer dienden te worden omschreven; dat de gevolgen van de akten worden nageleefd; dat de [eisers] immers, zowel in het ene geval als in het andere, de mogelijkheid hebben de b.v.b.a. Comed te dwingen de huur te betalen; dat de uitdrukkelijke bedoeling trouwens is de verhuurde lokalen ter beschikking te stellen van die vennootschap en zeker niet van de hoofdhuurder; (...) dat (...) de [eisers] zich op geen enkele rechtmatige finan-

ciële of economische behoefte kunnen beroepen en dat hun bedoeling de belasting te ontwijken en meer bepaald de toepassing van artikel 32 tweede lid, 3° van het Wetboek van de inkomstenbelastingen, duidelijk is; (...) dat [verweerder], gelet op de bovenstaande beschikkingen, door de betwiste beslissing te nemen, de voornoemde bepalingen juist heeft toegepast".

Grieven

1. Eerste onderdeel

In conclusie voerden de eisers aan dat artikel 344, §1 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 de administratie der directe belastingen toestaat de door de partijen gegeven juridische kwalificatie van een akte (of van afzonderlijke akten die een zelfde verrichting tot stand brengen) niet-tegenwerpelijk te verklaren wanneer die kwalificatie ertoe strekt de belasting te vermijden, tenzij de belastingplichtige bewijst dat die kwalificatie aan rechtmatige financiële of economische behoeften beantwoordt; dat het dus niet de akte zelf maar wel de kwalificatie ervan is die niet kan worden tegengeworpen; dat "de administratie, om te kunnen 'herkwalificeren', noodzakelijkerwijs een kwalificatie moet vinden die de rechtsgevolgen van de akten moet respecteren, d.w.z. die dezelfde rechtsgevolgen heeft"; dat "de akten in dit geval de volgende uitwerking hebben: de b.v.b.a. FBGI betaalt aan [eiser] een maandelijks huur van 56.000 BEF; [eiser] kan de b.v.b.a. FBGI dwingen, desnoods via gerechtelijke weg, die huur te betalen; de vennootschap FBGI kan [eiser] dwingen zijn verplichtingen als verhuurder uit te voeren (verplichtingen inzake levering, onderhoud en herstelling, andere dan die welke ten laste van de huurder vallen); [eiser] is geen bestuurder van zijn vennootschap-huurder; de vennootschap Comed betaalt 58.000 BEF huur aan de b.v.b.a. FBGI; de b.v.b.a. FBGI kan de b.v.b.a. Comed dwingen, desnoods via gerechtelijke weg, die huur te betalen; de b.v.b.a. Comed kan de b.v.b.a. FBGI dwingen haar verplichtingen als verhuurder uit te voeren (verplichtingen inzake levering, onderhoud en herstelling, andere dan die welke ten laste van de huurder vallen)"; dat "de administratie, door de verhuring/onderverhuring te herkwalificeren als verhuring zonder meer, tussen [eiser] en de b.v.b.a. Comed, die gevolgen niet respecteert"; dat "een dergelijke verhuring zonder meer, immers de volgende gevolgen zou hebben: de vennootschap Comed zou 58.000 BEF betalen aan [eiser] (terwijl deze slechts 56.000 BEF huur van de b.v.b.a. FBGI ontvangt); [eiser] zou de b.v.b.a. Comed kunnen dwingen, desnoods via gerechtelijke weg, haar huur te betalen; de vennootschap Comed zou [eiser] kunnen dwingen zijn verplichtingen als verhuurder uit te voeren; [eiser] zou bestuurder zijn van de vennootschap die geacht wordt huurder te zijn; er zou geen enkele reden meer zijn dat de vennootschap FBGI aan [eiser] huur betaalt; [eiser] en de vennootschap FBGI zouden geen enkele juridische band hebben; in werkelijkheid zou de vennootschap FBGI uitgesloten zijn uit elke rechtsverhouding tussen [eiser] en de vennootschap Comed"; dat "anders gezegd, de rechtsgevolgen van een eventuele verhuring tussen [eiser] en de b.v.b.a. Comed helemaal niet dezelfde zijn als die van een verhuring tussen [eiser] en de b.v.b.a. FBGI gevolgd door een onderverhuring door die vennootschap aan de b.v.b.a. Comed, waardoor artikel 344, §1, niet kan worden toegepast"; dat de administratie uiteindelijk, "wanneer ze meent twee akten te 'herkwalificeren', een persoon (FBGI) en twee rechtsverhoudingen die nochtans werkelijk bestaan (C. / b.v.b.a. FBGI en b.v.b.a. FBGI / b.v.b.a. Comed) buiten beschouwing laat"; dat het bestreden arrest, door te beslissen dat "de gevolgen van de akten worden gerespecteerd" omdat de [eisers], zowel in het ene geval als in het andere, de mogelijkheid hebben "de b.v.b.a. Comed te dwingen de huur te betalen" en "dat de uitdrukkelijke bedoeling trouwens is de lokalen ter beschikking te stellen van die vennootschap en zeker niet van die van de hoofdhuurder", die conclusie niet beantwoordt; dat het feit dat eiser in de beide gevallen de b.v.b.a. Comed kan dwingen de huurprijzen te betalen en dat het doel is de lokalen ter beschikking van die vennootschap te stellen, daarom nog niet impliceert dat de rechtsgevolgen van de huur-

overeenkomst gevolgd door de overeenkomst van onderverhuring, zoals de eisers ze vermelden en onderzoeken in hun voornoemde conclusie, dezelfde zijn als de gevolgen van een enkele huurovereenkomst; dat het hof van beroep de conclusie van de eisers op dat punt niet heeft beantwoord (schending van artikel 149 van de Grondwet).

2. Tweede onderdeel

(...)

3. Derde onderdeel

Artikel 344, §1 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 staat de administratie der directe belastingen toe de door de partijen gegeven juridische kwalificatie van een akte (of van afzonderlijke akten die een zelfde verrichting tot stand brengen) niet-gegenwerplijk te verklaren wanneer die kwalificatie ertoe strekt de belasting te vermijden, tenzij de belastingplichtige bewijst dat die kwalificatie aan rechtmatige financiële of economische behoeften beantwoordt; het is dus niet de akte zelf maar wel de kwalificatie ervan die niet kan worden tegengeworpen; om te kunnen herkwalificeren moet de administratie noodzakelijkerwijs een kwalificatie vinden die de rechtsgevolgen van de aangegane akten respecteert, d.w.z. die dezelfde rechtsgevolgen heeft; in dit geval hadden de akten de volgende uitwerking: de b.v.b.a. FBGI betaalt aan [eiser] een maandelijksse huur van 56.000 BEF; eiser kan de b.v.b.a. FBGI dwingen, desnoods via gerechtelijke weg, die huur te betalen; de vennootschap FBGI kan eiser dwingen zijn verplichtingen als verhuurder uit te voeren (verplichtingen betreffende levering, onderhoud en herstelling, andere dan die welke ten laste van de huurder vallen); eiser is geen bestuurder van zijn vennootschap-huurder; de vennootschap Comed betaalt 58.000 BEF huur aan de b.v.b.a. FBGI; de b.v.b.a. FBGI kan de b.v.b.a. Comed dwingen, desnoods via gerechtelijke weg, die huur te betalen; de b.v.b.a. Comed kan de b.v.b.a. FBGI dwingen haar verplichtingen als verhuurder uit te voeren (verplichtingen betreffende levering, onderhoud en herstelling, andere dan die welke ten laste van de huurder vallen); een verhuuring zonder meer zou de volgende gevolgen hebben: de vennootschap Comed zou 58.000 BEF betalen aan eiser (terwijl deze slechts 56.000 BEF huur van de b.v.b.a. FBGI ontvangt); eiser zou de b.v.b.a. Comed kunnen dwingen, desnoods via gerechtelijke weg, haar huur te betalen; de vennootschap Comed zou [eiser] kunnen dwingen zijn verplichtingen als verhuurder uit te voeren; [eiser] zou bestuurder zijn van de vennootschap die geacht wordt huurder te zijn; er zou geen enkele reden meer zijn dat de vennootschap FBGI aan eiser huur betaalt; tussen eiser en de vennootschap FBGI zou geen enkele juridische band bestaan; in werkelijkheid zou de vennootschap FBGI uitgesloten zijn uit elke rechtsverhouding tussen eiser en de vennootschap Comed; anders gezegd, de rechtsgevolgen van een eventuele verhuring tussen [eiser] en de b.v.b.a. Comed zouden helemaal niet dezelfde zijn als die van een verhuring tussen eiser en de b.v.b.a. FBGI gevolgd door een onderverhuring door die vennootschap aan de b.v.b.a. Comed.

Door evenwel te beslissen dat "de gevolgen van de akten worden gerespecteerd" omdat "de [eisers], zowel in het ene geval als in het andere, de mogelijkheid hebben de b.v.b.a. Comed te dwingen de huur te betalen" en "dat de uitdrukkelijke bedoeling trouwens is de lokalen ter beschikking te stellen van die vennootschap en zeker niet van die van de hoofdhuurder", stelt het bestreden arrest niet vast dat de rechtsgevolgen van een enkele huurovereenkomst tussen de eisers en hun vennootschap, dezelfde zouden zijn als de rechtsgevolgen van de door de partijen daadwerkelijk aangegane akten; dat het feit dat eiser in de beide gevallen de b.v.b.a. Comed kan dwingen de huurprijzen te betalen en dat het doel is de lokalen ter beschikking van die vennootschap te stellen, daarom nog niet impliceert dat de rechtsgevolgen van de huurovereenkomst gevolgd door de overeenkomst van onderverhuring, zoals ze hierboven worden vermeld, dezelfde zijn als de gevolgen van een enkele huurovereenkomst; die twee toestanden hebben dus niet dezelfde rechtsgevolgen; het feit -zoals het hof van beroep vaststelt - dat "[eiser], zowel in het ene geval

als in het andere, de b.v.b.a. Comed kan dwingen de huurprijzen te betalen" en dat "de uitdrukkelijke bedoeling (...) is de verhuurde lokalen ter beschikking te stellen van die vennootschap en zeker niet van de hoofdhuurder" niet impliceert dat de rechtsgevolgen van een verhuring gevolgd door een onderverhuring dezelfde zijn die van een enkele verhuring; inzonderheid door de huur- en onderverhuringsovereenkomst die de partijen in deze zaak hebben gesloten, te herkwalficeren als een enkele huurovereenkomst, respecteert het hof van beroep dus niet het geheel van de rechtsgevolgen van de akten die de partijen hebben aangegaan; het bestreden arrest schendt bijgevolg artikel 344, §1 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992.

(...)

IV. Beslissing van het Hof

1. Eerste en derde onderdeel

Overwegende dat uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, blijkt dat:

1° de eisers, bij een overeenkomst van 30 juni 1993, het beroepsgedeelte van een pand, waarin eiser de geneeskunde beoefent, hebben verhuurd aan de b.v.b.a. Franco-belge de Gestion Immobilière, die het heeft onderverhuurd aan de b.v.b.a. Comed, waarvan eiser zaakvoerder is;

2° op 7 september 1993 voor dezelfde notaris drie akten werden verleden met als voorwerp:

- de beëindiging van de mondelinge huurovereenkomst die oorspronkelijk tussen eiser en de b.v.b.a. Comed was gesloten;

- het sluiten van een huurovereenkomst tussen de eisers en de b.v.b.a. Franco-belge de Gestion Immobilière;

- het sluiten van een huurovereenkomst tussen laatstgenoemde vennootschap en de b.v.b.a. Comed;

3° de gewestelijk directeur der belastingen in zijn beslissing geoordeeld heeft dat "wanneer de fiscus vaststelt dat een mechanisme van verhuring/onderverhuring in samenwerking met een derde persoon (...) ertoe strekt de belasting te ontwijken of de last ervan te verminderen, hij de anti-rechtsmisbruikbepaling [van artikel 344 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen] mag aanvoeren en de overeenkomsten herkwalficeren als huurovereenkomsten zonder meer";

Artikel 344, §1 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 bepaalt dat aan de administratie der directe belastingen niet kan worden tegengeworpen, de juridische kwalificatie door de partijen gegeven aan een akte alsook aan de afzonderlijke akten die een zelfde verrichting tot stand brengen, wanneer de administratie door vermoedens of door andere in artikel 340 vastgestelde bewijsmiddelen vaststelt dat die kwalificatie tot doel heeft de belasting te ontwijken, tenzij de belastingplichtige bewijst dat die kwalificatie aan rechtmatige financiële of economische behoeften beantwoordt;

Dat die wetsbepaling de administratie toestaat een verrichting in haar geheel te herkwalficeren die op kunstmatige wijze in afzonderlijke akten is opgesplitst, teneinde de verrichting te belasten die de partijen in werkelijkheid tot stand hebben gebracht;

Overwegende dat het arrest erop wijst dat "zoals de [eisers] het zelf toegeven, het hier wel degelijk gaat om onderscheiden akten die een zelfde verrichting tot stand brengen";

Dat het vermeldt dat "de [eisers] niet de bedoeling hebben gehad aan de hoofdhuurder het genot van de zaak te verlenen, ook al is dat een essentieel kenmerk van een huurovereenkomst; dat een vennootschap voor vastgoedbeheer immers niets te maken heeft met lokalen die als dokterspraktijk worden gebruikt; dat het daarentegen voor de [eisers] onontbeerlijk is dat de b.v.b.a. Comed waarvan [eiser] de zaakvoerder is, het genot heeft van het litigieuze pand waarin hij zijn beroep uitoefent" en dat de "onderhandse akte van 30 juni 1993 (...) bepaalt (...) dat de eigenaar, ingeval van achterstallige betaling, zijn rechtsmiddel bij voorrang tegen de onderhuurder instelt";

Dat het oordeelt dat "in tegenstelling tot hetgeen de [eisers] aanvoeren, er wel degelijk sprake is van de juridische kwalificatie van de litigieuze verrichtingen, aangezien [verweerder], door de betwiste beslissing te nemen, geoordeeld heeft dat de hoofdverhuring en de onderverhuring als verhuring zonder meer dienden te worden omschreven; dat de uitwerking van de akten wordt nageleefd; dat de [eisers] immers, zowel in het ene geval als in het andere, de mogelijkheid hebben de b.v.b.a. Comed te dwingen de huur te betalen";

Dat het ten slotte oordeelt dat de eisers zich op geen enkele rechtmatige financiële of economische behoefte kunnen beroepen zoals vereist door voornoemd artikel 344, §1;

Overwegende dat het arrest, met die redenen, zijn beslissing dat de belastingadministratie een juiste toepassing heeft gemaakt van artikel 344, §1, naar recht verantwoordt, en de in het eerste onderdeel beoogde conclusie van de eisers beantwoordt door ze tegen te spreken;

Dat de onderdelen niet kunnen worden aangenomen;

(...)

OM DIE REDENEN,

HET HOF

Verwerpt het cassatieberoep;

Veroordeelt de eisers in de kosten.

21 april 2005 - 1^o kamer – *Voorzitter en Verslaggever*: de h. Parmentier, afdelingsvoorzitter – *Gelijklopende conclusie* van de h. Henkes, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. T. Afschrift, Brussel en T'Kint.

Nr. 238

1^o KAMER - 22 april 2005

1^o HUUR VAN GOEDEREN — HUISHUUR — EINDE (OPZEGGING. VERLENGING. ENZ.)

- OPZEGGING - NIET TIJDIG — GEVOLG.

2° CASSATIE — ALGEMEEN. OPDRACHT EN BESTAANSREDEN VAN HET HOF. AARD VAN HET CASSATIEGEDING - OPDRACHT VAN HET HOF - REDENEN - INDEPLAATSTELLING DOOR HET HOF.

3° CASSATIEMIDDELEN — BURGERLIJKE ZAKEN — BELANG - REDENEN - INDEPLAATSTELLING DOOR HET HOF — GEVOLG.

1° *Een opzegging die niet tijdig voor de vervalddag van de huurovereenkomst is gegeven is daarom niet nietig maar kan de huurovereenkomst op die vervalddag niet beëindigen.* (Art. 3, §2 Huurwet 1991)

2° *Het Hof kan in de plaats van redenen waartegen het cassatiemiddel opkomt en waarop de bestreden beslissing steunt redenen stellen die deze beslissing naar recht verantwoorden¹.*

3° *Wanneer het Hof redenen in de plaats stelt die de bestreden beslissing naar recht verantwoorden, is het middel, al was het gegrond, niet ontvankelijk bij gebrek aan belang². (Impliciet)*

(V. T. G. e.a.)

ARREST

(A.R. C.04.0194.N)

I. Bestreden beslissing

Het cassatieberoep is gericht tegen een vonnis, op 11 september 2003 in hoger beroep gewezen door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen.

II. Rechtspleging voor het Hof

Afdelingsvoorzitter Ernest WaÛters heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Guy Dubrulle heeft geconcludeerd.

III. Middel

Eiser voert in zijn verzoekschrift een middel aan.

Geschonden wettelijke bepalingen

- artikel 3, §2, eerste, derde en vierde lid, §6 van de wet van 20 februari 1991 houdende wijziging van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek inzake huishuur, (het artikel 1, §2, eerste lid, zowel vóór als na de wijziging door de wet van 13 april 1997, het artikel 3, §2, derde lid en het artikel 3, §6, gewijzigd bij de wet van 13 april 1997).

Aangevochten beslissingen

Het bestreden vonnis veroordeelt eiser tot betaling aan de verweerders van het bedrag van 8.180,49 euro op de volgende gronden:

De oorspronkelijke vordering van verweerders strekte ertoe eiser te veroordelen tot het betalen van het bedrag van 330.000 BEF of 8.180,49 euro zijnde 18 maanden huur. Bij aangetekende brief van 27 maart 1997 zegde eiser de huurovereenkomst op omdat de dochter van eiser vanaf oktober 1997 het appartement zelf wilde betrekken. De verweerders stelden vervolgens in november 1998 vast dat het appartement opnieuw te huur stond en vanaf 1 mei 1999 werd het appartement door een nieuwe huurster bewoond. De verweerders meenden bijgevolg dat zij overeenkomstig artikel 3, §2, 4° van de Woninghuurwet recht hadden op 18 maanden huur aangezien de dochter van eiser het apparte-

1 Zie Cass., 24 okt. 2003, A.R. C.02.0219.F, nr. 528.

2 *Ibid.*

ment niet ten minste twee jaar werkelijk en doorlopend betrokken heeft. Partijen ondertekenden op 6 mei 1995 een huurovereenkomst voor een periode van één jaar met ingang van 1 juni 1995 om te eindigen op 31 mei 1996. Artikel 2 van de huurovereenkomst stelde dat beide partijen de mogelijkheid hadden om een einde aan de huur te stellen mits de andere partij er per aangetekend schrijven minstens drie maand op voorhand van te verwittigen. Geen van beide partijen hebben van deze mogelijkheid gebruik gemaakt zodat de huurovereenkomst vanaf 1 juni 1996 verlengd werd. Eiser stelt dat hij de huurovereenkomst rechtsgeldig heeft opgezegd tijdens de eerste huurverlenging bij schrijven van 27 maart 1997, dat er geen huurovereenkomst van 9 jaar tot stand is gekomen zodat artikel 3, §2, 4° van de Woninghuurwet niet van toepassing is. De verweerders stellen dat aangezien partijen geen gebruik hebben gemaakt van de mogelijkheid om de initiële huurovereenkomst van één jaar op te zeggen er een huurovereenkomst van 9 jaar tot stand is gekomen zodat artikel 3, §2, 4° van de Woninghuurwet wel van toepassing is. Minstens is artikel 3, §6 van de Woninghuurwet zoals gewijzigd bij wet van 13 april 1997 van toepassing zodat de kwestieuze huurovereenkomst wel onderworpen is aan artikel 3, §2 van de Woninghuurwet. De initiële huurovereenkomst van 6 mei 1995 werd, zoals reeds gezegd, verlengd met een periode van één jaar en werd door eiser tijdens de eerste verlenging aangetekend opgezegd bij schrijven van 27 maart 1997 met een opzeggingstermijn van 6 maanden eindigend op 30 september 1997. Eiser is ten onrechte van mening dat hij de huurovereenkomst rechtsgeldig heeft opgezegd conform de bepalingen van de wet van 20 februari 1991. Volgens voormelde wet kon de huurovereenkomst van korte duur worden opgezegd mits de opzegging betekend werd tenminste 1 maand voor het verstrijken van een periode van drie jaar die ingaat op de datum waarop de aanvankelijke huurovereenkomst van korte duur is gesloten. Deze regel van opzegging van één maand voor het verstrijken van de overeengekomen duur geldt niet alleen voor huurovereenkomsten van korte duur met een duur van drie jaar, maar ook voor alle andere huurovereenkomsten van korte duur (D. MEULEMANS, *De nieuwe Woninghuurwet. Praktijkgerichte commentaar bij de wet van 20.02.1991*, Biblo, 1991, Kalmthout, nr. 93). Partijen kunnen in de huurovereenkomst afwijken van de termijn van één maand voor zover deze termijn niet wordt ingekort. In casu kwamen partijen overeen dat de opzeg drie maanden op voorhand moest betekend worden. Indien eiser derhalve de huurovereenkomst had wensen te beëindigen tijdens de eerste verlenging dan diende de opzeg drie maanden voor het einde van de verlengde huur te worden betekend. M.a.w. ten laatste op 1 maart 1997. De opzeg van 27 maart 1997 tegen 1 oktober 1997 is derhalve nietig. Eiser kan zich uiteraard niet beroepen op artikel 1739 B.W. aangezien zijn opzeg nietig is. Aangezien de opzeg van eiser van 27 maart 1997 nietig is, werd de huurovereenkomst derhalve verlengd na 31 mei 1997 zodat artikel 3, §6 van de Woninghuurwet zoals gewijzigd bij wet van 13 april 1997 van toepassing is. De verlenging kan overeenkomstig voormeld artikel slechts verlengd worden indien voldaan werd aan vier voorwaarden. Zo kan de verlenging slechts geschieden indien zij schriftelijk gebeurde. Aangezien aan deze voorwaarde niet is voldaan, wordt huurovereenkomst geacht te zijn aangegaan voor een periode van negen jaar te rekenen vanaf de datum van inwerkingtreding van de aanvankelijke huurovereenkomst van korte duur. Bijgevolg zijn de artikelen 3, §2, 3° en 4° van de Woninghuurwet van toepassing. Eiser betwist niet dat zijn dochter het pand niet gedurende twee jaar betrokken heeft doch stelt dat er buitengewone omstandigheden zijn waardoor hij geen vergoeding verschuldigd is aan de verweerders. Deze bijzondere omstandigheid bestaat er volgens eiser in dat zijn dochter tegen alle verwachtingen in, tijdens haar stage, reeds vanaf 1 juni 1999 op de lijst van wachtdiensten werd opgenomen. Met het oog op deze wachtdienst diende de dochter van eiser over een eigen nooddakbent te beschikken. Eiser brengt desbetreffend slechts één stuk voor, een schrijven van de Koninklijke Geneeskundige Kring van Antwerpen van 9 september 1999, waaruit blijkt dat de dochter van eiser tijdens de weekends van 20 juni 1999 en 31 juli 1999 werd ingeschakeld in de wachtdiensten in de regio Hemiksem-

Schelle-Niel-Aartselaar. Uit dit schrijven van de Koninklijke Geneeskundige Kring van Antwerpen blijkt dat de dochter van eiser slechts gedurende twee weekends werd ingeschakeld in de wachtdienst. Uit voormeld schrijven blijkt niet of de dochter van eiser verplicht werd mee te werken aan deze wachtdienst of dat zij vrijwillig aan deze weekenddienst heeft meegewerkt. Ook de reden waarom de dochter van eiser werd ingeschakeld in de wachtdienst wordt niet meegedeeld in dit schrijven. De rechtbank kan derhalve niet beoordelen of de inschakeling in de weekenddienst werkelijk een bijzondere omstandigheid is.

Het wordt dan ook niet bewezen door eiser dat ingeroepen omstandigheid beantwoordt aan de notie "buitengewone omstandigheden" van artikel 3, §2, 4° van de Woninghuurwet.

Grieven

1. Eerste onderdeel

Ingevolge het artikel 3, §2, eerste lid van de Woninghuurwet van 20 februari 1991, zowel vóór als na de wijziging door de wet van 13 april 1997, kan de verhuurder de huurovereenkomst te allen tijde beëindigen met inachtneming van een opzeggingstermijn van zes maanden, indien hij voornemens is het goed persoonlijk en werkelijk te betrekken of het op dezelfde wijze te laten betrekken door zijn afstammelingen.

Het bestreden vonnis stelt vast dat eiser bij aangetekende brief van 27 maart 1997 de huurovereenkomst met de verweerders heeft opgezegd omdat zijn dochter het verhuurde appartement vanaf oktober 1997 zelf wilde betrekken.

Ingevolge het artikel 3, §2, derde lid van de Woninghuurwet van 20 februari 1991, zoals gewijzigd door de wet van 13 april 1997, moet het goed binnen een jaar na het verstrijken van de opzegging door de verhuurder worden betrokken en moet het goed gedurende ten minste twee jaar werkelijk en doorlopend betrokken blijven.

Indien de verhuurder, zonder het bewijs te leveren van buitengewone omstandigheden, binnen de gestelde termijn en voorwaarden de betrekking van het goed niet verwezenlijkt, heeft de huurder recht op een vergoeding die gelijk is aan achttien maanden huur ingevolge het artikel 3, §2, vierde lid van de Woninghuurwet van 20 februari 1991.

Het bestreden vonnis beslist echter dat de opzeg van eiser bij aangetekend schrijven van 27 maart 1997 nietig is en volgens het bestreden vonnis werd de huurovereenkomst derhalve verlengd na 31 mei 1997 voor een periode van negen jaar te rekenen vanaf de datum van inwerkingtreding van de aanvankelijke huurovereenkomst van korte duur die aanving op 1 juni 1995. Wanneer de opzeg van de huurovereenkomst, gegeven door eiser op grond van artikel 3, §2, eerste lid van de wet van 20 februari 1991, nietig wordt verklaard en wanneer de huurovereenkomst tussen partijen aldus geacht wordt te zijn aangegaan voor een periode van negen jaar te rekenen vanaf de datum van inwerkingtreding van de aanvankelijke huurovereenkomst van korte duur die inging vanaf 1 juni 1995, dan kan eiser als verhuurder niet wettelijk veroordeeld worden tot betaling van de vergoeding die gelijk is aan achttien maanden huur ingevolge artikel 3, §2, vierde lid van de wet van 20 februari 1991 omdat zijn dochter het goed niet gedurende ten minste twee jaar werkelijk en doorlopend heeft betrokken vanaf oktober 1997 overeenkomstig artikel 3, §2, derde lid van de wet van 20 februari 1991 vermits de huurovereenkomst met verweerders geacht werd voor diezelfde periode te zijn aangegaan ingevolge de nietigheid van de opzeg van 27 maart 1997.

Eiser werd dan ook ten onrechte veroordeeld tot het betalen van een vergoeding gelijk aan 18 maanden huur omdat zijn dochter het pand niet gedurende twee jaar betrokken heeft vanaf oktober 1997 nu de opzeg gegeven door eiser op 27 maart 1997 nietig werd verklaard en de huurovereenkomst met de verweerders als gevolg daarvan geacht werd te zijn aangegaan voor negen jaar vanaf 1 juni 1995 en dus ook voor de periode waarin de

afstammeling van eiser het goed had moeten betrekken (schending van artikel 3, §2, eerste, derde en vierde lid en §6 van de wet van 20 februari 1991).

2. Tweede onderdeel

Ingevolge het artikel 3, §2, eerste lid van de Woninghuurwet van 20 februari 1991, zowel vóór als na de wijziging door de wet van 13 april 1997, kan de verhuurder de huur-overeenkomst te allen tijde beëindigen met inachtneming van een opzeggingstermijn van zes maanden, indien hij voornemens is het goed persoonlijk en werkelijk te betrekken of het op dezelfde wijze te laten betrekken door zijn afstammelingen.

Ingevolge het artikel 3, §2, derde lid van de Woninghuurwet van 20 februari 1991, zoals gewijzigd door de wet van 13 april 1997, moet het goed binnen een jaar na het verstrijken van de opzegging door de verhuurder worden betrokken en moet het goed gedurende ten minste twee jaar werkelijk en doorlopend betrokken blijven.

Indien de verhuurder, zonder het bewijs te leveren van buitengewone omstandigheden, binnen de gestelde termijn en voorwaarden de betrekking van het goed niet verwezenlijkt, heeft de huurder recht op een vergoeding die gelijk is aan achttien maanden huur ingevolge het artikel 3, §2, vierde lid van de Woninghuurwet van 20 februari 1991.

Het bestreden vonnis stelt vast dat eiser bij aangetekende brief van 27 maart 1997 de huurovereenkomst met de verweerders heeft opgezegd omdat zijn dochter het verhuurde appartement vanaf oktober 1997 zelf wilde betrekken.

De appèlrechters konden eiser echter niet wettelijk veroordelen tot betaling van een vergoeding gelijk aan achttien maanden huur op grond van artikel 3, §2, derde en vierde lid van de Woninghuurwet van 20 februari 1991 omdat de voorwaarden van de opzeg niet werden verwezenlijkt vermits die opzeg door de appèlrechters nietig verklaard werd (schending van het artikel 3, §2, eerste, derde en vierde lid en §6 van de wet van 20 februari 1991).

IV. Beslissing van het Hof

Eerste en tweede onderdeel

Overwegende dat het bestreden vonnis oordeelt, zonder daaromtrent te worden bekritiseerd, dat:

1. de partijen op 6 mei 1995 een huurovereenkomst ondertekenden voor een periode van één jaar, met ingang van 1 juni 1995 om te eindigen op 31 mei 1996;

2. artikel 2 van de huurovereenkomst aan de beide partijen de mogelijkheid verleende om een einde aan de huur te stellen mits de andere partij per aangetekend schrijven minstens drie maanden op voorhand te verwittigen;

3. de wet van 20 februari 1991 houdende regels betreffende de huurovereenkomst met betrekking tot de hoofdverblijfplaats van de huurder in het bijzonder, hierna genaamd de Woninghuurwet, op de huurovereenkomst toepasselijk is;

4. geen van de beide partijen van de onder punt 2 vermelde mogelijkheid gebruik hebben gemaakt, zodat de huurovereenkomst vanaf 1 juni 1996 verlengd werd;

5. eiser tijdens die verlenging bij schrijven van 27 maart 1997 de huur heeft opgezegd met een opzeggingstermijn van 6 maanden, eindigend op 30 september 1997 teneinde het goed te laten bewonen door zijn dochter;

6. eiser, indien hij de huurovereenkomst had wensen te beëindigen tijdens de eerste verlenging ervan, de opzegging vóór het einde van de verlengde huur

diende te worden betekend, te weten ten laatste op 1 maart 1997;

7. eiser niet betwist dat zijn dochter het pand niet gedurende twee jaar betrokken heeft en niet het bewijs levert van buitengewone omstandigheden;

Overwegende dat een opzegging die niet tijdig voor de vervaldag van de huurovereenkomst is gegeven, daarom niet nietig is, maar de huurovereenkomst op die vervaldag niet kan beëindigen;

Dat eisers opzegging van 27 maart 1997 aldus niet nietig is, maar de verlengde huurovereenkomst op 1 juni 1997 niet heeft kunnen beëindigen;

Overwegende dat, krachtens artikel 3, §6, eerste en derde lid van de Woninghuurwet, de huurovereenkomst die is gesloten voor een duur die korter is dan of gelijk aan drie jaar, slechts eenmaal, enkel schriftelijk en onder dezelfde voorwaarden, kan worden verlengd, zonder dat de totale duur van de huur meer dan drie jaar mag zijn;

Dat, krachtens §6, vijfde lid van dit artikel, bij onstentenis van een tijdige betekende opzegging, de huurovereenkomst geacht wordt te zijn aangegaan voor een duur van negen jaar te rekenen van de datum waarop de aanvankelijke huurovereenkomst van korte duur in werking is getreden en derhalve onderworpen is aan de bepalingen van de paragrafen 1 tot 5 van dit artikel;

Dat, krachtens artikel 15, vijfde lid van de wet van 13 april 1997 tot wijziging van sommige bepalingen betreffende de huurovereenkomsten, waarbij voormelde paragraaf 6 werd vervangen, die vervanging van toepassing is op de overeenkomsten van korte duur die gesloten, verlengd of vernieuwd zijn na de inwerkingtreding van die wet, op 31 mei 1997;

Dat aldus, bij gebrek aan tijdige beëindiging van de huurovereenkomst tijdens de verlenging ervan, artikel 3, §2 van de Woninghuurwet op de huurovereenkomst tussen de partijen van toepassing is;

Overwegende dat, krachtens artikel 3, §2, eerste lid van de Woninghuurwet de verhuurder de huurovereenkomst te allen tijde kan beëindigen met inachtneming van een opzeggingstermijn van zes maanden, indien hij voornemens is het goed persoonlijk en werkelijk te betrekken of het op dezelfde wijze te laten betrekken door zijn afstammelingen;

Dat, krachtens het derde lid van die paragraaf, het goed binnen een jaar na het verstrijken van de opzegging door de verhuurder moet worden betrokken en het goed gedurende ten minste twee jaar werkelijk en doorlopend moet betrokken blijven;

Dat, krachtens het vierde lid van die paragraaf, de huurder, indien de verhuurder, zonder het bewijs te leveren van buitengewone omstandigheden, binnen de gestelde termijn en voorwaarden de betrekking van het goed niet verwezenlijkt, recht heeft op een vergoeding die gelijk is aan achttien maanden huur;

Dat op de voormelde in de plaats gestelde redenen het bestreden vonnis eiser naar recht veroordeelt tot betaling van een vergoeding aan de verweerders, gelijk aan achttien maanden huur;

Dat de onderdelen niet ontvankelijk zijn;

OM DIE REDENEN,
HET HOF,
Verwerpt het cassatieberoep;
Veroordeelt eiser in de kosten.

22 april 2005 - 1^o kamer – *Voorzitter*: de h. Boes, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Waüters – *Gelijklopende conclusie* van de h. Dubrulle, advocaat-generaal – *Advocaat*: mr. Houtekier.

Nr. 239

3^o KAMER - 25 april 2005

1^o AANSPRAKELIJKHEID BUITEN OVEREENKOMST — HERSTELPLICHT — ZAKEN - GEBREK VAN DE ZAAK — BEGRIP.

2^o AANSPRAKELIJKHEID BUITEN OVEREENKOMST — HERSTELPLICHT — ZAKEN - GEBREK VAN DE ZAAK — BEOORDELING.

1^o Een zaak is door een gebrek aangetast wanneer zij een abnormaal kenmerk vertoont waardoor zij in bepaalde omstandigheden schade kan veroorzaken¹. (Art. 1384, eerste lid B.W.)

2^o De rechter moet nagaan of het kenmerk van de zaak, waarvan het slachtoffer beweert dat het een gebrek is dat hem schade heeft berokkend, een abnormale dan wel een normale gesteldheid is op het ogenblik van de feiten; het abnormale karakter van een zaak kan slechts worden beoordeeld door een vergelijking te maken met zaken van dezelfde soort en van hetzelfde type op het ogenblik van de feiten, dit in het licht van de mogelijkheid om in bepaalde omstandigheden schade te berokkenen. (Art. 1384, eerste lid B.W.)

(V. T. FIDEA N.V. e.a.)

ARREST

(A.R. C.03.0400.N)

I. Bestreden beslissing

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, op 19 maart 2003 gewezen door het Hof van Beroep te Antwerpen.

II. Rechtspleging voor het Hof

Bij beschikking van de eerste voorzitter van 14 maart 2005 werd deze zaak naar de derde kamer verwezen.

Afdelingsvoorzitter Robert Boes heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Anne De Raeve heeft geconcludeerd.

III. Middelen

Eiseres voert in haar verzoekschrift een middel aan.

Het verzoekschrift is aan dit arrest en maakt er deel van uit.

IV. Beslissing van het Hof

1. Middel

Overwegende dat een zaak door een gebrek is aangetast wanneer zij een abnormaal kenmerk vertoont waardoor zij in bepaalde omstandigheden schade kan veroorzaken;

Dat de rechter moet nagaan of het kenmerk van de zaak, waarvan het slachtoffer beweert dat het een gebrek is dat hem schade heeft berokkend, een abnormale dan wel een normale gesteldheid is op het ogenblik van de feiten; dat het abnormale karakter van een zaak slechts kan worden beoordeeld door een vergelijking te maken met zaken van dezelfde soort en van hetzelfde type op het ogenblik van de feiten, dit in het licht van de mogelijkheid om in bepaalde omstandigheden schade te berokkenen;

Overwegende dat het arrest oordeelt dat de verzekerde van verweerster, als bewaarster van de automatische deur en de plaats die daartoe toegang verleent, niet aansprakelijk is op grond van artikel 1384, eerste lid van het Burgerlijk Wetboek, omdat eiseres in gebreke zou zijn gebleven het bewijs te leveren dat de automatisch openende en sluitende deur en de toegang daartoe, kenmerken vertoonde die afweken, niet van zaken van dezelfde soort en van hetzelfde type op het ogenblik van de feiten, maar met het model van de automatisch openende en sluitende deur en de toegang daartoe op het ogenblik waarop de deur vroeger, in 1994, werd geplaatst of in dienst werd genomen;

Dat het arrest zodoende artikel 1384, eerste lid van het Burgerlijk Wetboek schendt;

Dat het middel gegrond is;

2. Vordering tot bindendverklaring

Overwegende dat de vordering tot bindendverklaring gegrond is;

OM DIE REDENEN,

HET HOF,

Vernietigt het bestreden arrest, behalve in zoverre dit het hoger beroep ontvankelijk verklaart;

Verklaart dit arrest bindend voor de tot bindendverklaring van het arrest opgeroepen partij;

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het gedeeltelijk vernietigde arrest;

Houdt de kosten aan en laat de beslissing daaromtrent aan de feitenrechter over;

Verwijst de aldus beperkte zaak naar het Hof van Beroep te Brussel.

25 april 2005 - 3^o kamer – *Voorzitter en Verslaggever*: de h. Boes, afdelingsvoorzitter – *Gelijklopende conclusie* van mevr. De Raeve, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs.

Geinger en De Gryse.

Nr. 240

3° KAMER - 25 april 2005

1° WEGVERKEER — WEGVERKEERSREGLEMENT VAN 01-12-1975 —
REGLEMENTSBEPALINGEN — ART. 17 — ART. 17.2 - INHALEN - KRUISPUNTEN - VOORRANG
VAN RECHTS - UITVOEREN VAN INHAALMANOEUVER — DRAAGWIJDTE.

2° WEGVERKEER — WEGVERKEERSREGLEMENT VAN 01-12-1975 —
REGLEMENTSBEPALINGEN — ART. 2 — ART. 2.9 - KRUISPUNT — BEGRIP.

1° Uit de regel dat het links inhalen van een voertuig met meer dan twee wielen verboden is op de kruispunten waar de voorrang van rechts geldt, volgt dat de vaststelling van een overtreding van deze verbodsbepaling onder meer noodzakelijk vereist dat blijkt dat een inhaalmanoeuvre is uitgevoerd op een kruispunt; zulks is niet het geval wanneer een eerste voertuig het kruispunt volledig heeft verlaten op het ogenblik dat een tweede voertuig dit kruispunt oprijdt, zelfs al begeeft het eerste voertuig zich na dit oprijden opnieuw op het kruispunt¹. (Art. 17.2.2°, a Wegverkeersreglement 1975)

2° Onder het wettelijk begrip "kruispunt" wordt de ruimte aangeduid die, over de gehele breedte van de betrokken samenlopende wegen, wordt begrensd door de denkbeeldige verlengden van de gevels of afsluitingen van de gebouwen of van de gronden die langs de openbare wegen zijn gelegen op de plaats waar deze samenkomen of in elkaar overgaan². (Art. 2.9 Wegverkeersreglement 1975)

(V. T. H.)

ARREST

(A.R. C.03.0586.N)

I. Bestreden beslissing

Het cassatieberoep is gericht tegen een vonnis, op 2 juni 2003 in hoger beroep gewezen door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Tongeren.

II. Rechtspleging voor het Hof

Bij beschikking van de eerste voorzitter van 14 maart 2005 werd deze zaak naar de derde kamer verwezen.

Afdelingsvoorzitter Robert Boes heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Anne De Raeve heeft geconcludeerd.

III. Middelen

Eiseres voert in haar verzoekschrift een middel aan.

Het verzoekschrift is aan dit arrest gehecht en maakt er deel van uit.

IV. Beslissing van het Hof

1. Eerste onderdeel

¹ Zie Cass., 22 nov. 1977, A.C. 1978, 339.

² Cass., 14 maart 1989, A.C. 1988-89, A.R. nr. 2578, nr. 396.

(...)

2. Tweede en derde onderdeel

Overwegende dat, krachtens artikel 17.2.2°, a) van het Wegverkeers-reglement, het links inhalen van een voertuig met meer dan twee wielen verboden is op de kruispunten waar de voorrang van rechts geldt;

Dat hieruit volgt dat de vaststelling van een overtreding van deze verbodsbepaling onder meer noodzakelijk vereist dat blijkt dat een inhaalmanoeuvre is uitgevoerd op een kruispunt;

Dat zulks niet het geval is wanneer een eerste voertuig het kruispunt volledig heeft verlaten op het ogenblik dat een tweede voertuig dit kruispunt oprijdt, zelfs al begeeft het eerste voertuig zich na dit afrijden opnieuw op het kruispunt;

Overwegende dat, luidens artikel 2.9 van het voornoemd reglement, onder een kruispunt wordt verstaan, de plaats waar twee of meer openbare wegen samenlopen;

Dat aldus de ruimte wordt aangeduid die, over de gehele breedte van de betrokken samenlopende wegen, wordt begrensd door de denkbeeldige verlengden van de gevels of afsluitingen van de gebouwen of van de gronden die langs die openbare wegen zijn gelegen op de plaats waar deze samenkomen of in elkaar overgaan;

Overwegende dat de appèlrechters in feite vaststellen dat:

- de personenwagen van eiseres het denkbeeldige verlengstuk van de Pauwengraaf volledig verlaten heeft, en zich rechts ten aanzien van dit verlengstuk heeft begeven;

- het kruispunt bijgevolg vrij was voor verweerder;

Dat zij oordelen dat er geen sprake is van inhalen wanneer het voorbijgestoken voertuig, zoals in onderhavige zaak, aanstalten gemaakt heeft om rechts af te slaan en het verlengstuk van de rechte weg verlaten heeft, alsook dat de laatstgenoemde verordenende bepaling niet tot gevolg heeft dat een achterligger niet links langs een voorligger mag rijden wanneer de voorligger aanstalten gemaakt heeft om rechts af te slaan en het kruispunt heeft vrijgemaakt;

Overwegende dat de appèlrechters aannemen dat de personenwagen van eiseres het kruispunt volledig had verlaten op het ogenblik dat verweerder het kruispunt is opgereden en zich nadien opnieuw op het kruispunt heeft begeven en dat verweerder in deze omstandigheden geen inhaalmanoeuvre uitvoert;

Dat zij zodoende hun beslissing naar recht verantwoorden;

Dat de onderdelen niet kunnen worden aangenomen;

OM DIE REDENEN,

HET HOF,

Verwerpt de voorziening;

Veroordeelt eiseres in de kosten.

25 april 2005 - 3° kamer – *Voorzitter en Verslaggever*: de h. Boes, afdelingsvoorzitter – *Gelijkkluidende conclusie* van mevr. De Raeve, advocaat-generaal – *Advocaat*: mr.

Houtekier.

Nr. 241

3° KAMER - 25 april 2005

1° ARBEIDSOVEREENKOMST — EINDE — OPZEGGING - NIETIGHEID — GEVOLG.

2° ARBEIDSOVEREENKOMST — EINDE — OPZEGGING - NIETIGHEID - ONTSLAG -
BESTAAN — DATUM.

3° ARBEIDSOVEREENKOMST — EINDE — OPZEGGING - NIETIGHEID - ONTSLAG -
PARTIJEN - VERDERE UITVOERING OVEREENKOMST - AFSTAND VAN RECHT VAN AANVOERING VAN
BEËINDIGING - REDELIJKE TERMIJN — GEVOLG.

4° AFSTAND VAN RECHT - ARBEIDSOVEREENKOMST - OPZEGGING - NIETIGHEID
- ONTSLAG - VERDERE UITVOERING OVEREENKOMST - AFSTAND VAN AANVOERING VAN BEËINDIGING
OVEREENKOMST - REDELIJKE TERMIJN — GEVOLG.

5° AFSTAND VAN RECHT — BEWIJS.

*1° De nietigheid van de opzegging tast de geldigheid van het ontslag niet aan; geen enkele
wetsbepaling maakt de geldigheid van het ontslag afhankelijk van bepaalde vormen¹.
(Art. 37, §1, eerste en tweede lid Arbeidsovereenkomstenwet)*

*2° Wanneer de opzegging nietig is, bevat het ontslag geen geldige tijdsbepaling, zodat de
arbeidsovereenkomst in beginsel onmiddellijk is beëindigd, ook al vermeldt de
ontslagbrief een latere datum². (Art. 37, §1, eerste en tweede lid
Arbeidsovereenkomstenwet)*

*3° en 4° Wanneer zowel de werkgever als de werknemer zich na de kennisgeving van de
ongeldige opzegging verder hebben gedragen alsof er geen onmiddellijk ontslag heeft
plaatsgevonden, kunnen de partijen na een redelijke termijn door de rechter beschouwd
worden afstand te hebben gedaan van het recht het onmiddellijk ontslag in te roepen; uit
deze omstandigheden alleen kan geen afstand van het invoeren van de nietigheid van de
opzegging worden afgeleid en de arbeidsovereenkomst blijft gewoon voortduren totdat ze
op een andere wijze wordt beëindigd³. (Art. 37, §1, eerste en tweede lid
Arbeidsovereenkomstenwet)*

*5° Elke afstand van recht moet strikt worden uitgelegd en mag slechts worden afgeleid uit
feiten en gedragingen die voor geen andere uitlegging vatbaar zijn⁴.*

(HANSTRA PACKAGING N.V. T. H.)

ARREST

(A.R. S.03.0101.N)

I. Bestreden beslissing

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, op 12 maart 2003 gewezen door

1 Cass., 6 jan. 1997, A.R. S.96.0105.F, nr. 10; Cass., 28 jan. 2002, A.R. S.00.0014.F, nr. 58.

2 *Ibid.*

3 Zie Cass., 17 juni 2002, A.R. S.99.0144.F, nr. 363; 11 april 2005, A.R. S.04.0113.N, nr. 216.

4 Cass., 19 dec. 1991, A.R. 9067, nr. 216.

het Arbeidshof te Antwerpen.

II. Rechtspleging voor het Hof

Raadsheer Ghislain Dhaeyer heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Anne De Raeve heeft geconcludeerd.

III. Middelen

Eiseres voert in haar verzoekschrift een middel aan.

Geschonden wettelijke bepalingen

- de artikelen 20, 3^o, 37, §1, 39, §1, 81, 82, dit laatste artikel in zijn versie vóór de wijziging bij koninklijk besluit van 20 juli 2000, en 87 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten;

- artikel 1134 van het Burgerlijk Wetboek;

- artikel 14 van het koninklijk besluit van 18 april 1974 tot bepaling van de algemene wijze van uitvoering van de wet van 4 januari 1974 betreffende de feestdagen, in zijn versie vóór de wijziging bij koninklijk besluit van 25 mei 1999;

- artikel 46 van het koninklijk besluit van 30 maart 1967 tot bepaling van de algemene uitvoeringsmodaliteiten van de wetten betreffende de jaarlijkse vakantie van de werknemers, in zijn versie vóór de wijziging bij koninklijke besluiten van 29 maart 1999, 10 en 13 juni 2001 en 12 maart 2003;

- artikel 1045 van het Gerechtelijk Wetboek;

- het algemeen rechtsbeginsel betreffende de afstand van recht.

Aangevochten beslissing

Het arbeidshof beslist in het bestreden arrest dat eiseres de arbeidsovereenkomst met verweerder op 1 april 1998 éézijdig en onmiddellijk heeft beëindigd, dit is na het verstrijken van de in de arbeidsovereenkomst voorziene proeftermijn van drie maanden, en veroordeelt eiseres dienvolgens tot betaling van:

- een opzeggingsvergoeding gelijk aan drie maanden loon (13.780,40 euro),

- loon voor 1 april 1998 en hierop becijferd vakantiegeld einde dienst (158,21 euro),

- feestdagenloon, zowel voor 13 april als voor 1 mei 1998 (291,77 euro), en,

- een conventioneel bedongen vergoeding voor verplaatsingskosten (42,27 euro),

bedragen te verminderen met de wettelijk voorgeschreven bijdragen voor de sociale zekerheid en de bedrijfsvoorheffing in zoverre verschuldigd, het overeenstemmende netto gedeelte te vermeerderen met de wettelijke en de gerechtelijke intresten.

Het arbeidshof veroordeelt eiseres tevens tot afgifte binnen de wettelijk voorgeschreven termijnen van een loonbrief, een fiscale fiche 281.10 een individuele rekening en een verbeterd werkloosheidsattest C4 conform de toegekende bedragen.

Het arbeidshof stoelt deze beslissing op volgende redengeving:

"1. De feiten

Op 9 december 1997 sloten partijen een arbeidsovereenkomst waarin de indiensttreding van de heer H. werd bedongen vanaf 1 januari 1998 als handelsvertegenwoordiger.

Deze overeenkomst bevat een proefbeding met een duur van 3 maanden.

Op 20 maart 1998 verzond de NV (= NV Cartonages Hanstra et Ets. Greyson Reunis) een aangetekende brief aan de heer H. waarin zij, met verwijzing naar een gesprek dat plaatsvond op 17 maart 1998, haar beslissing ter kennis bracht om een einde te stellen aan de arbeidsovereenkomst.

De brief vermeldt verder dat de opzegging een aanvang neemt op woensdag 25 maart 1998.

De duur van de opzeggingstermijn werd niet vermeld.

Het staat niet ter discussie dat de heer H. na 20 maart 1998 zijn arbeidsprestaties heeft verder gezet.

Met een brief van 26 maart 1998 verzond de NV aan de heer H. een aantal sociale documenten, onder meer een vakantieattest, een werkloosheidsattest en een attest van tewerkstelling.

Op deze documenten is telkens sprake van een tewerkstelling tot en met 31 maart 1998.

Op 1 april 1998 begaf de heer H. zich naar het werk en werd hij in de lokalen van de NV aan een bureel aangetroffen door de gerechtsdeurwaarder die hij had aangezocht om deze vaststelling te doen.

Eveneens op 1 april 1998 verzond de NV een aangetekende brief aan de heer H. waarin zij haar verbazing uitdrukte over de aanwezigheid van de heer H. op het werk gelet op het feit dat de arbeidsovereenkomst reeds was beëindigd op 31 maart 1998, feit waarvan de heer H. volgens de NV op de hoogte was.

2. De beoordeling

2.1. Opzeggingsvergoeding

Overeenkomstig het bepaalde in artikel 37 Arbeidsovereenkomstenwet moet de kennisgeving van de opzegging op straffe van nietigheid het begin en de duur van de opzeggingstermijn vermelden.

Deze nietigheid is relatief, zodat zij enkel door de partij die door de nietigheid wordt beschermd kan worden ingeroepen.

Nu de aangetekende brief van 20 maart 1998 noch expliciet, noch impliciet de duur van de opzeggingstermijn vermeldt is deze opzegging nietig.

Of de heer H. al dan niet wist dat de NV de bedoeling had om een opzeggingstermijn van 7 kalenderdagen in acht te nemen, is daarbij volstrekt irrelevant, nu de wet vereist dat de duur van de opzeggingstermijn in de kennisgeving van de opzegging zelf moet worden vermeld.

Wanneer de opzegging nietig is bevat het ontslag geen geldige tijdsbepaling zodat de arbeidsovereenkomst onmiddellijk is beëindigd, ook al vermeldt de ontslagbrief een latere datum.

(vgl. Cass., 14 december 1992, *R.W.* 1992-93, 1193; Cass., 6 januari 1997, *J.T.T.* 1997, 119; Cass., 12 oktober 1998, *R.W.* 1998-99, 1351).

Hoewel de heer H. de mogelijkheid had om deze onmiddellijke en onregelmatige beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de NV in te roepen, heeft hij van deze mogelijkheid geen gebruik gemaakt en heeft hij er integendeel mee ingestemd om de arbeidsovereenkomst verder uit te voeren, wat blijkt uit het feit dat hij ook effectief verder arbeidsprestaties is blijven leveren.

Hieruit volgt noodzakelijk dat de arbeidsovereenkomst verder is blijven bestaan na het ontslag gegeven met brief van 20 maart 1998.

Rest vervolgens de vraag op welke wijze en op welk tijdstip de arbeidsovereenkomst dan wel daadwerkelijk is beëindigd.

Volgens de NV is dit gebeurd op 31 maart 1998, na het verstrijken van de opzeggingsstermijn van 7 kalenderdagen, die weliswaar niet werd vermeld in de opzegging, maar die door beide partijen zou zijn gekend.

Dit standpunt steunt op de overweging dat de heer H. afstand zou hebben gedaan van

zijn recht om de nietigheid van de opzegging in te roepen.

Volgens de heer H. werd de arbeidsovereenkomst daadwerkelijk beëindigd op 1 april 1998, datum waarop hij door de NV werd ontslagen.

Het (arbeidshof) is daarbij van oordeel dat de afstand van de werknemer om de onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst in te roepen omdat het ontslag niet werd vergezeld van een geldige opzegging, niet impliceert dat hij meteen ook afstand doet van zijn recht om de nietigheid van de opzegging in te roepen. (Dit is overigens in het geval van een nietige opzegging wegens miskenning van artikel 37, §1, vierde lid Arbeidsovereenkomstenwet niet eens mogelijk.)

Het (arbeidshof) kan zich evenmin terugvinden in het standpunt dat de werknemer moet worden geacht verzaakt te hebben aan het inroepen van de nietigheid van de opzegging, wanneer hij zulks niet onmiddellijk doet na de ontvangst van de nietige opzegging of minstens voor het verstrijken van de in de nietige opzegging gegeven opzeggingstermijn.

In casu blijkt niet dat de heer H. op enig ogenblik de nietigheid van de hem gegeven opzegging heeft bevestigd, wat zou impliceren dat hij akkoord ging met het feit dat zijn arbeidsovereenkomst een einde zou nemen na het verstrijken van een termijn van 7 kalenderdagen, te rekenen vanaf 25 maart 1998.

De vaststelling dat hij zich er na de ontvangst van de nietige opzegging toe beperkte de arbeidsovereenkomst verder uit te voeren, zonder voorbehoud of protest, volstaat daartoe niet. Het feit dat hij zich op 1 april 1998 heeft aangeboden op het werk wijst er integendeel op dat de heer H. geenszins akkoord ging met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst per 31 maart 1998 en dat hij de verdere uitvoering van de arbeidsovereenkomst nastreefde.

Eenzelfde redenering geldt mutatis mutandis (voor) het afleveren van de sociale documenten met brief van 26 maart 1998, sociale documenten die 31 maart 1998 vermelden als datum van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

Uit het verzenden van deze documenten blijkt weliswaar de wil van de NV om de arbeidsovereenkomst te beëindigen, maar opnieuw moet worden vastgesteld dat ook dit ontslag niet werd vergezeld van een geldige opzegging.

Meteen moet ook worden vastgesteld dat dit onmiddellijk ontslag geen gevolgen heeft gesorteerd, dat de NV de heer H. de gelegenheid heeft gegeven om de arbeidsovereenkomst verder te zetten en dat de heer H. hiermee kennelijk heeft ingestemd.

De arbeidsovereenkomst is bijgevolg ook niet beëindigd op 26 maart 1998.

Het blijkt verder niet dat tussen 26 maart en 1 april 1998 nog enige handeling werd gesteld waardoor de arbeidsovereenkomst daadwerkelijk een einde nam. Aldus moet worden besloten dat de arbeidsovereenkomst daadwerkelijk werd beëindigd op 1 april 1998, datum waarop de NV duidelijk en ondubbelzinnig haar beslissing ter kennis bracht om de arbeidsovereenkomst te beëindigen. Vermits de arbeidsovereenkomst aldus eenzijdig en onmiddellijk werd beëindigd door de NV op 1 april 1998 zonder opzeggingsstermijn en zonder dringende reden en dit ontslag zich situeert na het verstrijken van de overeengekomen proeftijd, maakt de heer H. terecht aanspraak op de betaling van een opzeggingsvergoeding overeenstemmend met een opzeggingstermijn van 3 maanden conform het bepaalde in de artikelen 39 en 82 van de Arbeidsovereenkomstenwet.

Wat de becijfering van de gevorderde opzeggingsvergoeding betreft bestaat als zodanig geen betwisting.

Het hoger beroep is bijgevolg wat dit punt betreft gegrond, het incidenteel beroep ongegrond.

De overige argumenten van de NV en het bewijsaanbod dat zij in ondergeschikte orde

formuleert zijn niet van aard om afbreuk te kunnen doen aan hoger vermelde overwegingen en besluitvorming zodat hierop niet moet worden ingegaan.

2.2 Loon voor 1 april 1998 en hierop becijferd vakantiegeld einde dienst.

Met betrekking tot dit onderdeel van de oorspronkelijke vordering wordt geen ander verweer gevoerd dan het niet door dit (arbeidshof) bijgetreden standpunt dat de arbeidsovereenkomst reeds daadwerkelijk een einde nam op 31 maart 1998.

Voor het overige wordt niet betwist dat de heer H. zich op 1 april 1998 heeft aangeboden op het werk en arbeidsprestaties heeft geleverd, zodat hij terecht aanspraak maakt op het voor die dag gevorderde loon.

Het hoger beroep is ook wat dit punt betreft gegrond.

(...)

(2).4. Feestdagloon 1 mei 1998

Overeenkomstig het bepaalde in artikel 14, 2^o Feestdagenwet blijft de werkgever gehouden tot betaling van het loon voor de feestdagen die vallen in een periode van dertig dagen die volgt op het einde van de arbeidsovereenkomst. Nu om de hiervoor uiteengezette redenen het einde van de arbeidsovereenkomst zich situeerde op 1 april 1998, maakt de heer H. terecht aanspraak op de betaling van het gevorderde feestdagloon voor 1 mei 1998.

Het hoger beroep is ook wat dit punt betreft gegrond.

(2).5. Verplaatsingsvergoeding

Nu de NV slechts een einde stelde aan de arbeidsovereenkomst nadat de heer H. zich naar zijn werk had begeven en zijn arbeidsprestaties had aangevat, maakt hij terecht aanspraak op de betaling van de conventioneel bedongen vergoeding voor zijn verplaatsingskosten verbonden aan het traject van zijn woonplaats naar de NV.

Het hoger beroep is ook wat dit punt betreft gegrond.

(2).6 Afgifte van sociale en fiscale documenten

De aan de heer H. in het kader van deze procedure toegekende bedragen rechtvaardigen de afgifte van bijkomende of verbeterde sociale documenten, zoals gevorderd". (arrest, pp. 4-7 en 9).

Grieven

1.1 Overeenkomstig artikel 37, §1, eerste lid van de Arbeidsovereenkomstenwet heeft iedere partij, wanneer de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is gesloten, het recht om die overeenkomst te beëindigen door opzegging aan de andere.

De kennisgeving van de opzegging dient, luidens het tweede lid van deze wetsbepaling, op straffe van nietigheid het begin en de duur van de opzeggingstermijn te vermelden.

Artikel 37, §1, vierde lid van de Arbeidsovereenkomstenwet bepaalt dat indien de opzegging uitgaat van de werkgever, de kennisgeving van de opzegging op straffe van nietigheid enkel kan geschieden hetzij bij een ter post aangetekende brief die uitwerking heeft de derde dag na de datum van verzending, hetzij bij gerechtsdeurwaardersexploot, met dien verstande dat de werknemer die nietigheid niet kan dekken en ze door de rechter van ambtswege wordt vastgesteld.

1.2 De duur van de opzeggingstermijn die de werkgever die een voor onbepaalde tijd gesloten arbeidsovereenkomst beëindigt in acht dient te nemen, wordt bepaald in artikel 82 van de Arbeidsovereenkomstenwet.

Deze termijn bedraagt voor een "lagere bediende" (d.w.z. een bediende wiens jaarlijks loon niet hoger is dan het in artikel 82, §2, vermelde grensbedrag; in 1998: 928.000 BEF) die minder dan vijf jaar in dienst is, ten minste drie maanden. Voor een "hogere bediende"

(d.w.z. een bediende wiens jaarlijks loon het grensbedrag overschrijdt) wordt de opzeggingstermijn bij overeenkomst vastgesteld of bepaald door de rechter.

Artikel 82 van de Arbeidsovereenkomstenwet is ingevolge artikel 87 van deze wet ook toepasselijk op de arbeidsovereenkomst voor handels-vertegenwoordigers.

Is de overeenkomst voor onbepaalde tijd gesloten, dan is de partij die de overeenkomst beëindigt zonder dringende reden of zonder inachtneming van de opzeggingstermijn vastgesteld in artikel 82, overeenkomstig artikel 39, §1 van de arbeidsovereenkomstenwet gehouden de andere partij een vergoeding te betalen die gelijk is aan het lopende loon, met inbegrip van de voordelen verworven krachtens de overeenkomst, dat overeenstemt met de duur van de opzeggingstermijn, hetzij met het resterende gedeelte van die termijn.

1.3 Artikel 81, §1 van de Arbeidsovereenkomstenwet bepaalt dat tijdens de proeftijd de arbeidsovereenkomst zonder dringende reden niet eenzijdig kan worden beëindigd dan met inachtneming van een opzeggingstermijn van zeven dagen waarvan kennis wordt gegeven in de vorm bepaald in artikel 37 (§1), tweede tot vierde lid.

Artikel 81, §2 van de Arbeidsovereenkomstenwet voorziet dat de partij die de overeenkomst beëindigt zonder dringende reden of zonder inachtneming van de opzeggingstermijn gesteld in §1, gehouden is de andere partij een vergoeding te betalen die gelijk is aan het lopend loon en de voordelen verworven krachtens de overeenkomst, overeenstemmend hetzij met de duur van de opzeggingstermijn, hetzij met het resterende gedeelte van die termijn.

Artikel 81 is ingevolge artikel 87 van de Arbeidsovereenkomstenwet ook toepasselijk op de arbeidsovereenkomst voor handelsvertegenwoordigers.

2. Artikel 14 van het koninklijk besluit van 18 april 1974 tot bepaling van de algemene wijze van uitvoering van de wet van 4 januari 1974 betreffende de feestdagen, in zijn versie vóór de wijziging bij koninklijk besluit van 25 mei 1999, bepaalt dat de werkgever gehouden blijft tot betaling van het loon voor de feestdagen die vallen in de periode van dertig dagen die volgt op het einde van de arbeidsovereenkomst of van de verrichting van arbeid.

3. Artikel 46 van het koninklijk besluit van 30 maart 1967 tot bepaling van de algemene uitvoeringsmodaliteiten van de wetten betreffende de jaarlijkse vakantie van de werknemers, in zijn versie vóór de wijziging bij koninklijke besluiten van 29 maart 1999, 10 en 13 juni 2001 en 12 maart 2003, bepaalt dat, wanneer het contract van de bediende een einde neemt, zijn werkgever hem, bij zijn vertrek, 14,80 pct. van de bij hem tijdens het lopend vakantie dienstjaar verdiende brutowedde betaalt.

4. De werkgever is overeenkomstig artikel 20, 3° van de Arbeids-overeenkomstenwet verplicht het loon te betalen op de wijze, tijd en plaats zoals is overeengekomen. Het loon is de tegenprestatie van de arbeid, die ter uitvoering van de arbeidsovereenkomst wordt verricht.

Wanneer de (ex-)werknemer na beëindiging van de arbeidsovereenkomst ingevolge ontslag door de werkgever, zich op het werk aanbiedt en arbeidsprestaties levert, verricht hij geen arbeid ter uitvoering van die arbeids-overeenkomst en kan hij geen aanspraak maken op loon, evenmin als op het hierop verschuldigde vakantiegeld einde dienst.

Evenmin kan de ex-werknemer alsdan aanspraak maken op een in de arbeidsovereenkomst bedongen vergoeding voor verplaatsingskosten verbonden aan het traject van zijn woonplaats naar de werkplaats. De overeenkomst heeft immers, na beëindiging, geen verbindende kracht meer tussen partijen (artikel 1134 van het Burgerlijk Wetboek).

5. Het arbeidshof stelt in het aangevochten arrest vast dat:

- verweerder, ingevolge een op 9 december 1997 met eiseres gesloten arbeidsovereenkomst, op 1 januari 1998 als handelsvertegenwoordiger in dienst van eiseres trad,

- de arbeidsovereenkomst een proefbeding met een duur van drie maanden bevat (arrest, p. 4, V.1).

Indien de arbeidsovereenkomst vóór 1 april 1998 door eiseres werd beëindigd, d.w.z. vóór het verstrijken van de proefperiode, diende overeenkomstig de hiervoren aangehaalde bepalingen een opzeggingstermijn van zeven dagen in acht te worden genomen, of een overeenstemmende opzeggingsvergoeding te worden betaald. Het feestdagenloon voor 1 mei 1998, welke feestdag meer dan 30 dagen na het einde van de overeenkomst viel, was in die hypothese niet verschuldigd. Loon voor 1 april 1998, vakantiegeld einde dienst op dit loon en een verplaatsingsvergoeding voor 1 april 1998 waren, in geval van beëindiging van de arbeidsovereenkomst vóór 1 april 1998, evenmin verschuldigd.

Zoals hierna zal worden uiteengezet, beslist het arbeidshof ten onrechte dat de arbeidsovereenkomst op 1 april 1998, d.w.z. na de proefperiode, door eiseres werd beëindigd, en veroordeelt eiseres derhalve ten onrechte tot betaling van een opzeggingsvergoeding gelijk aan vier maanden loon, loon, vakantiegeld einde dienst en een verplaatsingsvergoeding voor 1 april 1998 en feestdagenloon voor 1 mei 1998.

6. De nietigheid van de opzegging tast de geldigheid van het ontslag niet aan. De wet stelt immers geen vormvereisten voor de geldigheid van het ontslag.

Wordt het ontslag met een nietige opzegging gegeven omdat de duur van de opzeggingstermijn in de kennisgeving niet is vermeld (artikel 37, §1, tweede lid van het Arbeidsovereenkomstenwet), dan is de arbeidsovereenkomst onmiddellijk beëindigd.

De nietigheid die voortvloeit uit de niet-vermelding van de duur van de opzeggingstermijn in de kennisgeving van de opzegging, is evenwel een relatieve nietigheid, zodat de werknemer kan verzaken deze nietigheid in te roepen.

7.1 De werknemer die ontslagen wordt met een opzegging die nietig is omdat de duur van de opzeggingstermijn niet in de opzeggingsbrief wordt vermeld, kan derhalve twee houdingen aannemen.

Ofwel roept de werknemer de nietigheid van de opzegging in op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag met nietige opzegging, of na een korte bedenktijd, en alleszins vóór de datum die door de werkgever als einddatum van de arbeidsovereenkomst werd vooropgesteld. De overeenkomst is alsdan onmiddellijk beëindigd en de werknemer zal aanspraak kunnen maken op een opzeggingsvergoeding die overeenstemt met de niet in acht genomen opzeggingstermijn.

Ofwel roept de werknemer niet in dat de arbeidsovereenkomst onmiddellijk is beëindigd ingevolge de nietige opzegging en voert hij de arbeidsovereenkomst verder uit tot de door de werkgever, eventueel na de nietige opzegging, vastgestelde einddatum van de arbeidsovereenkomst.

In die hypothese zal de werknemer zich achteraf niet meer kunnen beroepen op de nietigheid van de opzegging om aanspraak te maken op een opzeggingsvergoeding. Door de overeenkomst verder uit te voeren heeft de werknemer er immers aan verzaakt de nietigheid in te roepen.

Uit het algemeen rechtsbeginsel betreffende de afstand van recht, evenals uit artikel 1045 van het Gerechtelijk Wetboek, volgt dat afstand van recht, in het bijzonder afstand van het recht de nietigheid van de opzegging in te roepen, slechts kan worden afgeleid uit feiten die niet op een andere wijze kunnen worden uitgelegd.

Indien de werknemer na een ontslag met nietige opzegging de overeenkomst verder uitvoert tot de door de werkgever vooropgestelde einddatum van de opzeggingstermijn, kan zijn houding op geen andere wijze worden uitgelegd dan als een verzaking aan het recht de nietigheid in te roepen.

Door het verstrijken van de opzeggingstermijn komt de arbeids-overeenkomst immers

ten einde, zodat onmogelijk nog de nietigheid van de opzegging kan worden ingeroepen nu deze nietigheid noodzakelijk tot gevolg heeft dat de overeenkomst onmiddellijk op datum van het ontslag met nietige opzegging reeds zou zijn beëindigd.

Het is niet mogelijk tegelijkertijd een handeling in (relatieve) nietigheid te bestrijden en toe te laten dat zij haar uitwerking heeft.

7.2 Zelfs indien het Hof zou oordelen dat de werknemer, wanneer hij na ontslag met nietige opzegging de arbeidsovereenkomst verder heeft uitgevoerd, niet noodzakelijk heeft verzaakt aan het recht de nietigheid van de opzegging in te roepen en hij deze nietigheid derhalve nadien nog kan opwerpen - quod non -, dan heeft deze nietigheid tot gevolg dat de arbeidsovereenkomst geacht wordt onmiddellijk, op datum van kennisgeving van de nietige opzegging, te zijn beëindigd.

De werknemer kan alsdan echter geen aanspraak maken op een opzeggingsvergoeding gelijk aan het loon verschuldigd voor de opzeggings-termijn die in acht diende te worden genomen, nu tijdens deze opzeggings-termijn effectief loon aan de werknemer werd uitbetaald.

Zelfs indien de werknemer, ondanks het feit dat hem gedurende de nietige opzeggings-termijn loon werd uitbetaald, nog aanspraak zou kunnen maken op een opzeggingsvergoeding, - quod non -, werd de arbeidsovereenkomst alleszins beëindigd op datum van de kennisgeving van de nietige opzegging, of minstens op de door de werkgever bepaalde datum voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst, zodat die datum dient in aanmerking te worden genomen om uit te maken welke de door de wet voorgeschreven duur van de opzeggingstermijn (en de overeenstemmende opzeggingsvergoeding) is.

7.3 Het is voor de werknemer alleszins niet mogelijk voor te houden dat de nietigheid van de opzegging tot gevolg heeft dat geen einde komt aan de arbeidsovereenkomst op de door de werkgever gestelde datum, zodat de arbeidsovereenkomst helemaal niet is beëindigd en deze na het einde van de nietige opzeggingstermijn blijft bestaan.

Aangezien de nietigheid van de opzegging de geldigheid van het ontslag niet aantast, kan immers onmogelijk worden voorgehouden dat, wanneer de werknemer zich niet beroept op de onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst, deze overeenkomst verder blijft bestaan, ook na de door de werkgever vooropgestelde beëindigingsdatum.

De overeenkomst wordt ingevolge het ontslag, waarvan de geldigheid niet wordt aangetaast door de nietigheid van de opzegging, alleszins beëindigd, ten laatste op de door de werkgever vooropgestelde beëindigingsdatum.

7.4 Het feit dat de werknemer niet akkoord gaat met het door de werkgever tegen een bepaalde datum gegeven ontslag (met nietige opzegging), hij de verdere uitvoering van de arbeidsovereenkomst nastreeft en zich zelfs de dag na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst op het werk aanbiedt, doet geen afbreuk aan het feit dat de arbeidsovereenkomst alleszins ingevolge het ontslag op de door de werkgever bepaalde datum is beëindigd.

De geldigheid van het ontslag door de werkgever is geenszins afhankelijk van het akkoord of aanvaarding door de werknemer.

8. Het arbeidshof beslist in het bestreden arrest dat:

- de arbeidsovereenkomst onmiddellijk is beëindigd wanneer de opzegging, zoals in casu, nietig is,
- verweerder de onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst door eiseres niet heeft ingeroepen, doch ermee instemde de arbeidsovereenkomst verder uit te voeren,
- de vaststelling dat verweerder zich na ontvangst van de nietige opzegging ertoe beperkte de arbeidsovereenkomst verder uit te voeren zonder voorbehoud of protest, niet impliceert dat hij de nietige opzegging bevestigde,

- verweerder de nietigheid aldus niet heeft bevestigd en het feit dat hij zich op 1 april 1998 op het werk heeft aangeboden erop wijst dat hij niet akkoord ging met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst per 31 maart 1998,

- de afstand van de werknemer om de onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst in te roepen omdat het ontslag niet werd vergezeld van een geldige opzegging, niet impliceert dat hij meteen ook afstand doet van het recht om de nietigheid van de opzegging in te roepen.

Het arbeidshof besluit dat de arbeidsovereenkomst derhalve pas daadwerkelijk werd beëindigd op 1 april 1998, datum waarop eiseres duidelijk en ondubbelzinnig haar beslissing ter kennis bracht de arbeidsovereenkomst te beëindigen.

Eerste onderdeel

9. Indien de werknemer de arbeidsovereenkomst verder uitvoert tot de door de werkgever vooropgestelde datum van beëindiging van de overeenkomst, heeft de werknemer de nietige opzeggingstermijn gerespecteerd en wordt de arbeidsovereenkomst op die datum beëindigd, zodat onmogelijk nog kan worden aangevoerd dat de opzegging nietig is, hetgeen immers impliceert dat de overeenkomst reeds bij kennisgeving van de opzegging onmiddellijk zou zijn beëindigd.

De werknemer die toelaat dat de nietige opzegging uitwerking heeft, kan nadien haar nietigheid niet meer inroepen.

Het arbeidshof stelt in het aangevochten arrest bovendien niet alleen vast dat verweerder ermee instemde de arbeidsovereenkomst verder uit te voeren, doch tevens dat verweerder geen gebruik maakte van zijn mogelijkheid om de onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst in te roepen (arrest, p. 5, in fine), m.a.w. ervan afstand deed om de onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst in te roepen (arrest, p. 6, zesde alinea).

De nietigheid van de opzegging heeft, zoals het arbeidshof overigens zelf vaststelt (arrest, p. 5, voorlaatste alinea), noodzakelijk tot gevolg dat de arbeidsovereenkomst onmiddellijk is beëindigd. Indien de werknemer er afstand van doet om de onmiddellijke beëindiging van de overeenkomst in te roepen, doet hij derhalve ook afstand van zijn recht zich op de nietigheid van de opzegging te beroepen.

Door te beslissen dat verweerder, hoewel hij ervan afstand deed de onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst ingevolge nietigheid van de opzegging in te roepen en hij de arbeidsovereenkomst verder is blijven uitvoeren tot 31 maart 1998, zijnde de door de werkgever vooropgestelde datum van beëindiging van de arbeidsovereenkomst, geen afstand deed van het recht de nietigheid van de opzegging in te roepen, miskent het arbeidshof derhalve het algemeen rechtsbeginsel betreffende de afstand van recht evenals artikelen 1045 van het Gerechtelijk Wetboek en 37, §1 van de arbeidsovereenkomstenwet.

(...)

IV. Beslissing van het Hof

1. Eerste onderdeel

Overwegende dat, krachtens artikel 37, §1, eerste lid van de Arbeids-overeenkomstenwet, ieder der partijen in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur het recht heeft om die te beëindigen door opzegging aan de andere;

Dat, krachtens artikel 37, §1, tweede lid, de kennisgeving van de opzegging op straffe van nietigheid het begin en de duur van de opzeggings-termijn dient te vermelden;

Dat de nietigheid in dit geval relatief is en enkel kan worden ingeroepen door de partij aan wie de opzegging is betekend;

Overwegende dat de nietigheid van de opzegging de geldigheid van het ontslag niet aantast; dat geen enkele wetsbepaling de geldigheid van het ontslag afhankelijk maakt van bepaalde vormen;

Dat, wanneer de opzegging nietig is, het ontslag geen geldige tijdsbepaling bevat, zodat de arbeidsovereenkomst in beginsel onmiddellijk is beëindigd, ook al vermeldt de ontslagbrief een latere datum;

Dat evenwel, in geval zowel de werkgever als de werknemer zich na de kennisgeving van de ongeldige opzegging verder hebben gedragen alsof er geen onmiddellijk ontslag heeft plaatsgevonden, de partijen na een redelijke termijn door de rechter kunnen beschouwd worden afstand te hebben gedaan van het recht het onmiddellijk ontslag in te roepen;

Dat uit deze omstandigheden alleen geen afstand van het inroepen van de nietigheid van de opzegging kan worden afgeleid en de arbeidsovereenkomst gewoon blijft voortduren totdat ze op een andere wijze wordt beëindigd;

Overwegende dat, zoals het arrest vaststelt, verweerder na de nietige opzegging niet slechts tot 31 maart 1998, zijnde de door de werkgever vooropgestelde datum van beëindiging van de arbeidsovereenkomst, is blijven verder werken, maar zich nog op 1 april 1998 aangeboden heeft op het werk en eiseres hem alsdan niet meer toegelaten heeft tot het werk;

Dat het arrest oordeelt dat eiseres de arbeidsovereenkomst verbroken heeft op 1 april 1998;

Overwegende dat het onderdeel, in zoverre het aanvoert dat verweerder slechts tot 31 maart 1998 is blijven werken en alsdan zonder voorbehoud gestopt is met werken, feitelijke grondslag mist;

Overwegende dat elke afstand van recht strikt moet worden uitgelegd en slechts mag worden afgeleid uit feiten en gedragingen die voor geen andere uitlegging vatbaar zijn;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat niet blijkt dat verweerder op enig ogenblik de nietigheid van de hem gegeven opzegging heeft gedekt, wat zou impliceren dat hij akkoord ging met het feit dat zijn arbeidsovereenkomst een einde zou nemen na het verstrijken van een termijn van zeven kalenderdagen, te rekenen vanaf 25 maart 1998;

Dat het arrest oordeelt dat het feit dat hij na de opzegging is blijven werken en zich op 1 april 1998 op het werk heeft aangeboden, er integendeel op wijst dat verweerder geenszins akkoord ging met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst op 31 maart 1998;

Dat het arrest vervolgens oordeelt dat uit deze feiten en gedragingen, noch uit de omstandigheid dat verweerder afstand deed van zijn recht de onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst in te roepen, kan worden afgeleid dat verweerder afstand deed van zijn recht de nietigheid van de gegeven opzegging in te roepen;

Dat het arrest aldus het begrip afstand van recht niet miskent, noch de in het

onderdeel aangewezen wetsbepalingen schendt;

Dat het onderdeel niet kan worden aangenomen;

(...)

OM DIE REDENEN,

HET HOF,

Verwerpt het cassatieberoep;

Veroordeelt eiseres in de kosten.

25 april 2005 - 3^o kamer – *Voorzitter*: de h. Boes, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Dhaeyer – *Gelijklopende conclusie* van mevr. De Raeve, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. Geinger en De Gryse.

Nr. 242

2^o KAMER - 26 april 2005

1^o STEDENBOUW — HERSTEL VAN PLAATS IN DE VORIGE STAAT.

BETALING VAN EEN MEERWAARDE - HERSTELVORDERING - STEDENBOUWKUNDIG INSPECTEUR — BELANG.

2^o STEDENBOUW — HERSTEL VAN PLAATS IN DE VORIGE STAAT.

BETALING VAN EEN MEERWAARDE - HERSTELVORDERING - TOETSING VAN DE WETTIGHEID DOOR DE RECHTER - ONAANTASTBARE BEOORDELING DOOR DE FEITENRECHTER - TOETSING DOOR HET HOF VAN CASSATIE.

1^o De stedenbouwkundig inspecteur heeft, als herstellende overheid, slechts belang de strafbare instandhouding van het stedenbouwsmisdrijf op te werpen als noodzakelijk steunpunt van zijn vordering.

2^o De rechter oordeelt onaantastbaar in feite of, gelet op de gegevens van de zaak, het herstellende bestuur zijn vordering heeft afgewogen aan de hand van werkelijk bestaande feiten waarvan het zich een duidelijke voorstelling heeft kunnen vormen en die van zulke aard zijn dat zij de gevorderde maatregel naar recht en redelijkheid kunnen verantwoorden; het Hof van cassatie gaat alleen na of de rechter uit zijn vaststellingen geen gevolgen afleidt die daarmee geen verband houden of op grond daarvan niet kunnen worden verantwoord'. (Art. 149 Decr. VI. Parlement 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening)

(GEWESTELIJK STEDENBOUWKUNDIG INSPECTEUR bevoegd voor de provincie Oost-Vlaanderen T. W. e.a.)

ARREST

(A.R. P.04.1469.N)

I. Bestreden beslissing

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest, op 8 oktober 2004 gewezen door het Hof van Beroep te Gent, correctionele kamer.

¹ Zie Cass., 3 nov. 2004, A.R. P.04.0730.F, nr. 526; 12 okt. 2004, A.R. P.04.0476.F, nr. 473; 15 juni 2004, A.R. P.04.0237.N, nr. 323.

II. Rechtspleging voor het Hof

Raadsheer Etienne Goethals heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Damien Vandermeersch heeft geconcludeerd.

III. Cassatiemiddelen

Eiser stelt in een memorie twee middelen voor. Die memorie is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

IV. Beslissing van het Hof

A. Onderzoek van de middelen

1. Eerste middel

Overwegende dat eiser, als herstellvorderende overheid, slechts belang heeft de strafbare instandhouding van het stedenbouwmisdrijf op te werpen als noodzakelijk steunpunt van zijn vordering;

Overwegende dat de appèlrechters vaststellen dat de onderdelen 3 en 4 van de telastlegging, nl. de instandhouding van de illegale werken vermeld in de onderdelen 1 en 2, zijn gepleegd in een ruimtelijk kwetsbaar gebied en bijgevolg ook na het arrest nr. 136/2004 van 22 juli 2004 van het Arbitragehof strafbaar blijven; dat zij vervolgens de gegrondheid van de herstellvordering van eiser onderzoeken;

Dat gelet op deze beslissingen, eiser geen belang heeft daarnaast nog een bijkomend misdrijf van instandhouding aan te voeren;

Dat het middel niet ontvankelijk is;

2. Tweede middel

Overwegende dat de rechter onaantastbaar in feite oordeelt of, gelet op de gegevens van de zaak, het bestuur zijn vordering heeft afgewogen aan de hand van werkelijk bestaande feiten waarvan het zich een duidelijke voorstelling heeft kunnen vormen en die van zulke aard zijn dat zij de gevorderde maatregel naar recht en redelijkheid kunnen verantwoorden; dat het Hof alleen nagaat of de rechter uit zijn vaststellingen geen gevolgen afleidt die daarmee geen verband houden of op grond daarvan niet kunnen worden verantwoord;

Overwegende dat de rechters niet alleen vaststellen dat de gevorderde maatregel zware financiële gevolgen zou hebben voor de verweerders, maar ook de doelmatigheid van deze maatregel in de context van de plaatselijke toestand onderzoeken, en afwegen met de door eiser beoogde goede ruimtelijk ordening; dat zij op grond van de door hen vermelde gegevens, wettig vermochten te oordelen dat de herstellvordering kennelijk onredelijk is;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

OM DIE REDENEN,

HET HOF,

Verwerpt het cassatieberoep;

Veroordeelt eiser in de kosten.

26 april 2005 - 2^o kamer – *Voorzitter*: de h. Forrier, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Goethals – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. Vandermeersch, advocaat-

generaal – *Advocaat*: mr. V. Tollenaere, Gent.

Nr. 243

2° KAMER - 26 april 2005

1° RECHTEN VAN DE MENS — VERDRAG RECHTEN VAN DE MENS —

ART. 6 — ART. 6.3 — ART. 6.3.E - STRAFZAKEN - VERTALING VAN STUKKEN - BURGERLIJKE RECHTSVORDERING — TOEPASSING.

2° TAALGEBRUIK — ALGEMEEN - STRAFZAKEN - VERTALING VAN STUKKEN —

ART. 6.3.E E.V.R.M. - BURGERLIJKE RECHTSVORDERING — TOEPASSING.

1° en 2° Artikel 6.3.e E.V.R.M. bepaalt dat eenieder die wegens een strafbaar feit wordt vervolgd, het recht heeft zich kosteloos te doen bijstaan door een tolk indien hij de taal welke ter zitting wordt gebezigd, niet verstaat of niet spreekt; deze bepaling houdt niet in dat een partij voor de afhandeling van de burgerlijke rechtsvordering het recht heeft bepaalde stukken van het strafdossier die in een vreemde taal zijn opgesteld, te doen vertalen.

(B. T. FORTIS N.V.)

ARREST

(A.R. P.04.1707.N)

I. Bestreden beslissing

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest, op 17 november 2004 gewezen door het Hof van Beroep te Antwerpen, correctionele kamer.

II. Rechtspleging voor het Hof

Raadsheer Paul Maffei heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Damien Vandermeersch heeft geconcludeerd.

III. Cassatiemiddelen

Eiser stelt in een memorie een middel voor. Die memorie is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

IV. Beslissing van het Hof

A. Onderzoek van het middel

Overwegende dat artikel 6.3.e) E.V.R.M. bepaalt dat eenieder die wegens een strafbaar feit wordt vervolgd, het recht heeft zich kosteloos te doen bijstaan door een tolk indien hij de taal welke ter zitting wordt gebezigd, niet verstaat of niet spreekt;

Dat deze bepaling niet inhoudt dat een partij voor de afhandeling van de burgerlijke rechtsvordering het recht heeft bepaalde stukken van het strafdossier die in een vreemde taal zijn opgesteld, te doen vertalen;

Dat het middel in zoverre faalt naar recht;

Overwegende dat eiser in zijn voor de appèlrechters genomen conclusie niet

heeft aangevoerd dat hij de Duitse taal niet machtig is; dat het enkele feit dat het arrest niet ingaat op eisers verzoek om een vertaling te verkrijgen van in het Duits afgelegde verklaringen of opgestelde stukken, geen miskennen van zijn recht van verdediging of van zijn recht op een eerlijk proces oplevert;

Dat het middel in zoverre niet kan worden aangenomen;

OM DIE REDENEN,

HET HOF,

Verwerpt het cassatieberoep;

Veroordeelt eiser in de kosten.

26 april 2005 - 2° kamer – *Voorzitter*: de h. Forrier, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Maffei – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. Vandermeersch, advocaat-generaal – *Advocaat*: mr. R. Verstaeten, Brussel.

Nr. 244

2° KAMER - 26 april 2005

1° WEGVERKEER — WEGVERKEERSWET — WETSBEPALINGEN — ART. 34 - PROCES-VERBAAL - BIJZONDERE BEWIJSWAARDE - INFORMATIEPLICHT - NIET-NALEVING - GEVOLG - ART. 35 WEGVERKEERSWET.

2° WEGVERKEER — WEGVERKEERSWET — WETSBEPALINGEN — ART. 35 - ART. 38 - WET 7 FEB. 2003 - WERKING IN DE TIJD - TOEPASSING OP MISDRIJVEN GEPLEEGD VÓÓR 1 MAART 2004 - SCHENDING VAN DE ARTT. 10 EN 11 G.W.

3° WETTEN. DECRETEN. ORDONNANTIES. BESLUITEN — WERKING IN DE TIJD EN IN DE RUIMTE - WEGVERKEERSWET - WET 7 FEB. 2003 - TOEPASSING OP MISDRIJVEN GEPLEEGD VÓÓR 1 MAART 2004 - SCHENDING VAN DE ARTT. 10 EN 11 G.W.

1° *Het feit dat een proces-verbaal van vaststelling wegens niet-naleving van de informatieplicht bepaald in art. 7, vierde lid K.B. 18 feb. 1991 betreffende analysetoestellen voor de meting van de alcoholconcentratie, met betrekking tot het misdrijf bedoeld in art. 34, §2, 1° Wegverkeerswet, geen bewijswaarde heeft, belet niet dat ditzelfde proces-verbaal wel bewijswaarde heeft met betrekking tot andere misdrijven waarvoor geen bijzondere bewijsregels gelden, zoals dat van dronkenschap aan het stuur bedoeld in art. 35 Wegverkeerswet¹.*

2° en 3° *Het vonnis dat toepassing maakt van de artt. 35 en 38, §4, vierde lid Wegverkeerswet, zoals gewijzigd bij de wet van 7 feb. 2003 houdende verschillende bepalingen inzake verkeersveiligheid, op een misdrijf gepleegd vóór 1 maart 2004, schendt de artt. 10 en 11 van de Grondwet².*

(V.)

ARREST

(A.R. P.05.0129.N)

¹ Zie Cass., 25 mei 1999, A.R. P.97.1008.N, nr. 305.

² Zie Arbitragehof, 23 feb. 2005, nr. 45/2005.

I. Bestreden beslissing

Het cassatieberoep is gericht tegen het vonnis, op 10 december 2004 in hoger beroep gewezen door de Correctionele Rechtbank te Brussel.

II. Rechtspleging voor het Hof

Raadsheer Paul Maffei heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Damien Vandermeersch heeft geconcludeerd.

III. Cassatiemiddelen

Eiser stelt in een memorie een middel voor. Die memorie is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

IV. Beslissing van het Hof

A. Onderzoek van het middel

Overwegende dat het bestreden vonnis niet oordeelt dat het proces-verbaal van vaststelling nietig is maar wel dat het met betrekking tot de alcoholintoxicatie geen bewijswaarde heeft daar de verbalisanten hun actieve informatieplicht bepaald in artikel 7, vierde lid van het koninklijk besluit van 18 december (lees: februari) 1991 betreffende de analysetoestellen voor het meten van de alcoholconcentratie in de uitgeademde alveolaire lucht, niet zijn nagekomen;

Dat het middel in zoverre feitelijke grondslag mist;

Overwegende dat het feit dat een proces-verbaal van vaststelling wegens niet-naleving van de in artikel 7, vierde lid van het voormelde koninklijk besluit van 18 december (lees: februari) 1991 bepaalde informatieplicht, met betrekking tot het misdrijf bedoeld in artikel 34 §2, 1° Wegverkeerswet, geen bewijswaarde heeft, niet belet dat ditzelfde proces-verbaal wel bewijswaarde heeft met betrekking tot andere misdrijven waarvoor geen bijzondere bewijsregels gelden, zoals dat van dronkenschap aan het stuur bedoeld in artikel 35 Wegverkeerswet;

Dat het middel, in zoverre het uitgaat van een andere rechtsopvatting, faalt naar recht;

B. Ambtshalve aangevoerd middel

Geschonden wettelijke bepalingen

- artikelen 10 en 11 Grondwet.

Overwegende dat het Arbitragehof in zijn arrest nr. 45/2005 van 23 februari 2005, op hem gestelde prejudiciële vragen, heeft geoordeeld dat de artikelen 29, §1, 35 en 38, §4, vierde lid Wegverkeerswet, zoals gewijzigd bij de wet van 7 februari 2003 houdende verschillende bepalingen inzake verkeersveiligheid, in zoverre zij van toepassing zijn op vóór 1 maart 2004 gepleegde misdrijven, de artikelen 10 en 11 Grondwet schenden;

Overwegende dat het bestreden vonnis eiser wegens de telastlegging B, zijnde inbreuk op artikel 35 Wegverkeerswet gepleegd vóór 1 maart 2004, veroordeelt tot een geldboete van 200 euro, bij toepassing van de wet op de opdecieinen verhoogd tot 1.000 euro, en, bij gebreke van betaling binnen de wettelijke termijn, te vervangen door een verval van het recht tot sturen waarvan de duur wordt bepaald op 30 dagen; dat het eiser eveneens een verval van het recht tot sturen van alle categorieën voertuigen oplegt gedurende een termijn van een

maand en het herstel in dat recht afhankelijk maakt van het welslagen voor een medisch en psychologisch onderzoek;

Dat het bestreden vonnis aldus toepassing maakt van de artikelen 35 en 38, §4, vierde lid Wegverkeerswet, zoals gewijzigd bij de wet van 7 februari 2003 voormeld;

Dat het aldus de vermelde grondwettelijke bepalingen schendt;

Overwegende dat, voor het overige, de substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven rechtsvormen in acht zijn genomen en de beslissing overeenkomstig de wet is geweest;

OM DIE REDENEN,

HET HOF,

Vernietigt het bestreden vonnis in zoverre het eiser tot straf veroordeelt;

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het gedeeltelijk vernietigde vonnis;

Verwerpt het cassatieberoep voor het overige;

Veroordeelt eiser in twee derden van de kosten en laat de overige kosten ten laste van de Staat;

Verwijst de aldus beperkte zaak naar de Correctionele Rechtbank te Leuven, zitting houdend in hoger beroep;

26 april 2005 - 2° kamer – *Voorzitter*: de h. Forrier, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Maffei – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. Vandermeersch, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. J. Vanderstraeten, Brussel en M. Vandevelde, Brussel.

Nr. 245

2° KAMER - 27 april 2005

HOGER BEROEP – STRAFZAKEN (DOUANE EN ACCIJNZEN INBEGREPEN)

– RECHTSPLEGING IN HOGER BEROEP – EENSTEMMIGHEID – WERKSTRAF – VERVANGENDE STRAF VAN LANGERE DUUR DAN DE HOOFDGEVANGENISSTRAF DIE DOOR DE EERSTE RECHTER WERD UITGESPROKEN – GEEN STRAFVERZWARING.

De appèlrechter verzwart de straf niet wanneer hij, op het hoger beroep tegen een vonnis dat een gevangenisstraf oplegt, de beklaagde veroordeelt tot een werkstraf of, in geval van niet-uitvoering, tot een gevangenisstraf van langere duur dan de straf die door de eerste rechter werd uitgesproken¹. (Impliciet) (Artt. 37ter en 37quinquies Sw.; Art. 211bis Sv.)

¹ Eiser, die vervolgd werd wegens overtreding van art. 400 Sw., was, na aanneming van verzachtende omstandigheden, door de eerste rechter veroordeeld tot een gevangenisstraf van drie maanden, met drie jaar uitstel.

Op het hoger beroep van eiser en vande procureur des Konings, heeft het Hof van Beroep te Luik eiser veroordeeld tot een werkstraf van 200 uur of, ingeval van niet-uitvoering, tot een gevangenisstraf van twee jaar, zonder te vermelden dat het daartoe eenstemmig had beslist. Impliciet had het dus geoordeeld dat het de straf niet verzwaaarde.

De beslissing verwerpt het cassatieberoep tegen het arrest van het hof van beroep.

(D. T. L. e.a.)

ARREST

(A.R. P.04.1622.F)

Met de notitie overeenstemmend arrest.

27 april 2005 - 2° kamer – *Voorzitter*: de h. Fischer, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Close – *Gelijkluidende conclusie* van de h. Cornelis, advocaat-generaal met opdracht – *Advocaten*: mrs. G. Goubau, Brussel en A. Lebrun, Luik.

Nr. 246

2° KAMER - 27 april 2005

1° VONNISSEN EN ARRESTEN — STRAFZAKEN — STRAFVORDERING —
CORRECTIONELE ZAKEN EN POLITIEZAKEN - AFZONDERLIJKE BESLISSING OVER SCHULD EN STRAF.

2° CASSATIE — VERNIETIGING. OMVANG — STRAFZAKEN — STRAFVORDERING —
BEKLAAGDE EN VERDACHTE - AMTSHALVE VERNIETIGING - UITBREIDING - BURGERLIJKE
RECHTSVORDERING — VOORWAARDEN.

1° *De bepalingen die van toepassing zijn op de procedure in correctionele zaken en in politiezaken, verbinden de beoordeling van de schuld en die van de straf zo nauw met elkaar dat er in de regel niet door afzonderlijke beslissingen uitspraak mag worden gedaan over, enerzijds, de schuld en, anderzijds, de op te leggen straf¹. (Artt. 163, 195 en 211 Sv.)*

2° *De ambtshalve vernietiging, op het cassatieberoep van de beklaagde, van de beslissing op de strafvordering brengt de vernietiging mee van de eindbeslissing over het beginsel van de aansprakelijkheid en van de niet-definitieve beslissing over de omvang van de schade, die het gevolg zijn van de eerste beslissing².*

(M. e.a. T. A. e.a.; A. e.a. T. M. e.a.)

ARREST (*vertaling*)

(A.R. P.05.0173.F)

I. Bestreden beslissing

De cassatieberoepen zijn gericht tegen het vonnis, dat op 10 december 2004 in hoger beroep is gewezen door de Correctionele Rechtbank te C.

II. Rechtspleging voor het Hof

Raadsheer Benoît Dejemepe heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal met opdracht Pierre Cornelis heeft geconcludeerd.

III. Beslissing van het Hof

A. Op het cassatieberoep van P. M.:

1 Cass., 18 mei 1993, A.R. 6224, nr. 243; 17 feb. 1998, A.R. P.96.0312.N, nr. 95 en 17 feb. 1998, A.R. P.96.0963.N, nr. 96.

2 Cass., 25 nov. 1997, A.R. P.95.1350.N, nr. 500.

1. In zoverre het cassatieberoep gericht is tegen de beslissing op de strafvordering:

Over het ambtshalve aangevoerde middel: schending van de artikelen 195 en 211 van het Wetboek van Strafvordering;

Overwegende dat het bestreden vonnis eiser schuldig verklaart aan onopzettelijk doden en onopzettelijke slagen en verwondingen en voor het overige het verval van de strafvordering vaststelt; dat het de heropening van het debat beveelt om uitspraak te doen over de straf;

Overwegende dat de bepalingen die van toepassing zijn op de procedure in correctionele zaken en in politiezaken, de beoordeling van de schuld en die van de straf zo nauw met elkaar verbinden dat er in de regel niet door afzonderlijke beslissingen uitspraak mag worden gedaan over, enerzijds, de schuld en, anderzijds, de op te leggen straf;

Overwegende dat de correctionele rechtbank bijgevolg de voormelde telastleggingen niet wettig bewezen heeft kunnen verklaren en de uitspraak van de aan eiser op te leggen straf heeft kunnen bevelen;

2. In zoverre het cassatieberoep gericht is tegen de beslissingen op de tegen hem ingestelde burgerlijke rechtsvorderingen:

Overwegende dat de hierna uit te spreken vernietiging van de beslissing op de strafvordering de vernietiging meebrengt van de eindbeslissing over het beginsel van de aansprakelijkheid en van de niet-definitieve beslissing over de omvang van de schade, die het gevolg van de eerste beslissing zijn;

(...);

OM DIE REDENEN,

HET HOF,

Vernietigt het bestreden vonnis, in zoverre het uitspraak doet over de strafvordering die tegen P.M. is ingesteld wegens de telastleggingen A en B en over de tegen hem en tegen de onderlinge verzekeringsvereniging Ethias ingestelde burgerlijke rechtsvorderingen, behalve in zoverre het beslist dat J.-M. B. een fout heeft begaan die zijn aansprakelijkheid in het gedrang brengt;

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het gedeeltelijk vernietigde vonnis;

Laat de kosten van de cassatieberoepen van P.M. en van de onderlinge verzekeringsvereniging Ethias ten laste van de Staat;

Veroordeelt P.A. en de naamloze vennootschap Axa Belgium, elk van hen, in de kosten van hun cassatieberoep;

Verwijst de aldus beperkte zaak naar de Correctionele Rechtbank te D., zitting houdende in hoger beroep.

27 april 2005 - 2^o kamer – *Voorzitter*: de h. Fischer, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Dejemeppe – *Gelijklopende conclusie* van de h. Cornelis, advocaat-generaal met opdracht.

Nr. 247**2° KAMER - 27 april 2005**

HERZIENING – ALGEMEEN – ZAAK – NIEUW FEIT OF OMSTANDIGHEID DIE DE VEROORDEELDE NIET HEEFT KUNNEN AANTONEN TIJDENS HET GEDING – VALSE GETUIGENIS OVER DE FEITEN DIE TOT DE VEROORDELING HEBBEN GELEID – GERECHTELIJKE VASTSTELLING VAN DE VALSE GETUIGENIS NA DE VEROORDELING.

De aanvraag tot herziening is ontvankelijk, wanneer ze gegrond is op een nieuw feit, bestaande in de gerechtelijke vaststelling, na de veroordeling waarvan de herziening wordt gevraagd, van een valse getuigenis, die eveneens na het veroordelend arrest en in een andere procedure is afgelegd, maar die betrekking heeft op de feiten die tot de veroordeling hebben geleid¹. (Art. 443, 3° Sv.)

(B. T. S. e.a.)

ARREST (*vertaling*)

(A.R. P.05.0215.F)

I. Beslissing waarvan de herziening gevraagd wordt

Bij verzoekschrift ondertekend door Meester Michel Mahieu, advocaat bij het Hof, en op de griffie neergelegd op 16 februari 2005, vraagt eiser om herziening van het in kracht van gewijsde gegane arrest dat op 18 november 1994 is gewezen door het Hof van Assisen van de provincie H., dat hem tot de doodstraf veroordeelt wegens twee moorden, opsluiting met doodsb bedreigingen en omkoping, maar alleen in zoverre dat arrest de beschuldiging van moord op S.S. jegens hem bewezen verklaart.

Van dit verzoekschrift is een eensluidend verklaard afschrift aan dit arrest gehecht.

II. Rechtspleging voor het Hof

Eiser voegt bij zijn verzoekschrift een met redenen omkleed gunstig advies van de meesters Georges de Kerchove d'Exaerde, Denis Bosquet en Roland Menschaert, advocaten bij de balie te Brussel, die elk tien jaar ingeschreven zijn op de tabel van de Orde.

Op 10 februari 2005 heeft hij de burgerlijke partijen aangemaand tot tussenkomst.

Een verzoekschrift tot tussenkomst is op 2 maart 2005 op de griffie neergelegd in naam van F.S. en van J.R.

Advocaat-generaal met opdracht Pierre Cornelis heeft een schriftelijke conclusie neergelegd.

Op de terechtzitting van 27 april 2005 heeft raadsheer Frédéric Close verslag uitgebracht en heeft advocaat-generaal met opdracht Pierre Cornelis mondeling conclusie genomen.

III. De voorafgaande rechtspleging en de oorzaken van de aanvraag

Bij arrest van 17 maart 2004 heeft het Hof, enerzijds, een voorgaande aanvraag van C.B. tot herziening van het voormelde arrest van 18 november

¹ Zie concl. O.M. in *Pas.* 2005, nr. 247.

1994 niet-ontvankelijk verklaard, op grond dat de getuigenis waarop die aanvraag gegrond is, buiten het toepassingsgebied viel van artikel 443, eerste lid, 2°, van het Wetboek van Strafvordering, het enige aangevoerde artikel. Dat arrest heeft anderzijds de subsidiair ingestelde aanvraag tot herziening ontvankelijk verklaard, die alleen betrekking had op de veroordeling wegens moord op J.-C. B.

Dit verzoekschrift is gegrond op de artikelen 443, eerste lid, 3°, en 445 van het voormelde wetboek.

IV. Beslissing van het Hof

Overwegende dat het voormelde artikel 443, eerste lid, 3°, de ontvankelijkheid van de aanvraag tot herziening van in kracht van gewijsde gegane veroordelingen afhankelijk maakt van het bestaan van een nieuw feit dat zich sedert zijn veroordeling heeft voorgedaan of van een omstandigheid die de veroordeelde niet heeft kunnen aantonen ten tijde van het geding en waaruit het bewijs van zijn onschuld blijkt te volgen;

Overwegende dat eiser uiteenzet dat dit nieuwe feit bestaat in de gerechtelijke vaststelling, na de veroordeling waarvan de herziening wordt gevraagd, van een valse getuigenis die P.H., eveneens na het veroordelend arrest, in een andere procedure heeft afgelegd, maar die betrekking heeft op de feiten die hebben geleid tot de veroordeling wegens de moord waarvan de herziening wordt gevraagd;

Dat de aanvraag tot herziening ontvankelijk is;

OM DIE REDENEN,

HET HOF,

Gelet op de artikelen 443, eerste lid, 3°, 444, 1°, en 445 van het Wetboek van Strafvordering,

Verklaart de aanvraag tot herziening van het arrest dat op 18 november 1994 is gewezen door het Hof van Assisen van de provincie H. ontvankelijk, in zoverre het eiser veroordeelt wegens moord op S.S. ;

Beveelt dat de aanvraag onderzocht zal worden door het Hof van Beroep te B., teneinde na te gaan of de feiten die tot staving van die vordering zijn aangebracht, doorslaggevend genoeg zijn om tot herziening over te gaan ;

Houdt de kosten aan.

27 april 2005 - 2° kamer – *Voorzitter*: de h. Fischer, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Close – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. Cornelis, advocaat-generaal met opdracht – *Advocaten*: mrs. Mahieu en J.-P. Mayence, Charleroi.

- HOGER BEROEP VAN DE INVERDENKINGGESTELDE TEGEN DE VERWIJZINGSBESCHIKKING VAN DE RAADKAMER - TOETSING VAN DE REGELMATIGHEID VAN DE RECHTSPLEGING - ONREGELMATIGHEDEN, VERZUIJEN OF NIETIGHEDEN DIE VOOR HET EERST VOOR DE KAMER VAN INBESCHULDIGINGSTELLING WORDEN AANGEVOERD - AMBTSHALVE TOEZICHT.

2^o VONNISSEN EN ARRESTEN — STRAFZAKEN — STRAFVORDERING - KAMER VAN INBESCHULDIGINGSTELLING - HOGER BEROEP VAN DE INVERDENKINGGESTELDE TEGEN DE VERWIJZINGSBESCHIKKING VAN DE RAADKAMER - TOETSING VAN DE REGELMATIGHEID VAN DE RECHTSPLEGING - ONREGELMATIGHEDEN, VERZUIJEN OF NIETIGHEDEN DIE VOOR HET EERST VOOR DE KAMER VAN INBESCHULDIGINGSTELLING WORDEN AANGEVOERD - AMBTSHALVE TOEZICHT.

3^o HOGER BEROEP — STRAFZAKEN (DOUANE EN ACCIJNZEN INBEGREPEN) — BESLISSINGEN EN PARTIJEN - ONDERZOEKSGERECHTEN - VERWIJZINGSBESCHIKKING VAN DE RAADKAMER - HOGER BEROEP VAN DE INVERDENKINGGESTELDE - KAMER VAN INBESCHULDIGINGSTELLING - TOETSING VAN DE REGELMATIGHEID VAN DE RECHTSPLEGING - ONREGELMATIGHEDEN, VERZUIJEN OF NIETIGHEDEN DIE VOOR HET EERST VOOR DE KAMER VAN INBESCHULDIGINGSTELLING WORDEN AANGEVOERD - AMBTSHALVE TOEZICHT.

4^o ONDERZOEKSGERECHTEN - KAMER VAN INBESCHULDIGINGSTELLING - HOGER BEROEP VAN DE INVERDENKINGGESTELDE TEGEN DE VERWIJZINGSBESCHIKKING VAN DE RAADKAMER - EXCEPTIES DIE VOOR HET EERST VOOR DE KAMER VAN INBESCHULDIGINGSTELLING WORDEN OPGEWORPEN — NIET-ONTVANKELIJKHEID.

5^o VONNISSEN EN ARRESTEN — STRAFZAKEN — STRAFVORDERING - KAMER VAN INBESCHULDIGINGSTELLING - HOGER BEROEP VAN DE INVERDENKINGGESTELDE TEGEN DE VERWIJZINGSBESCHIKKING VAN DE RAADKAMER - EXCEPTIES DIE VOOR HET EERST VOOR DE KAMER VAN INBESCHULDIGINGSTELLING WORDEN OPGEWORPEN — NIET-ONTVANKELIJKHEID.

6^o HOGER BEROEP — STRAFZAKEN (DOUANE EN ACCIJNZEN INBEGREPEN) — BESLISSINGEN EN PARTIJEN - ONDERZOEKSGERECHTEN - VERWIJZINGSBESCHIKKING VAN DE RAADKAMER - HOGER BEROEP VAN DE INVERDENKINGGESTELDE - KAMER VAN INBESCHULDIGINGSTELLING - EXCEPTIES DIE VOOR HET EERST VOOR DE KAMER VAN INBESCHULDIGINGSTELLING WORDEN OPGEWORPEN — NIET-ONTVANKELIJKHEID.

1^o, 2^o en 3^o Art. 235bis Sv. *verplicht de kamer van inbeschuldigingstelling die met toepassing van art. 135, §2 van datzelfde wetboek uitspraak doet, niet de onregelmatigheden, verzuimen of nietigheden te onderzoeken die voor het eerst door de inverdenkinggestelde voor haar worden aangevoerd, noch om ambtshalve tot toetsing ervan over te gaan*¹. (Artt. 135, §2 en 235bis Sv.)

4^o, 5^o en 6^o *De kamer van inbeschuldigingstelling, die op grond van art. 135, §2 Sv. kennisneemt van een zaak, verantwoordt haar arrest naar recht door te beslissen dat zij geen rekening houdt met de excepties die door de eiser in zijn appelconclusie zijn opgeworpen, doch die niet voor de raadkamer waren aangevoerd.* (Art. 135, §2 Sv.)

(L.)

ARREST (vertaling)

(A.R. P.05.0283.F)

I. Bestreden beslissing

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, dat op 9 februari 2005 op verwijzing is gewezen door het Hof van Beroep te Luik, kamer van inbeschuldi-

¹ Zie concl. O.M. in *Pas.* 2005, nr. 248.

gingstelling, ten gevolge van het arrest van 24 november 2004 van het Hof.

II. Rechtspleging voor het Hof

Raadsheer Benoît Dejemeppe heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal met opdracht Pierre Cornelis heeft geconcludeerd.

III. Cassatiemiddelen

Eiser voert negen middelen aan in een memorie, waarvan een voor eensluidend verklaard afschrift aan dit arrest is gehecht.

IV. Beslissing van het Hof

Over het eerste middel:

Overwegende dat eiser de kamer van inbeschuldigingstelling verwijt niet alle middelen van nietigheid of onregelmatigheid die hij in een conclusie voor haar had aangevoerd te hebben beantwoord, inbegrepen deze die hij niet schriftelijk voor de raadkamer had aangevoerd;

Overwegende dat de kamer van inbeschuldigingstelling krachtens artikel 235bis, §§1 en 2 van het Wetboek van Strafvordering, de regelmatigheid van de haar voorgelegde procedure ambtshalve kan onderzoeken en het op vordering van het openbaar ministerie of op verzoek van een van de partijen moet doen, zowel bij de regeling van de rechtspleging als in de andere gevallen waarin ze kennis neemt van de zaak;

Overwegende evenwel dat, met toepassing van artikel 135, §2 van hetzelfde wetboek, de kamer van inbeschuldigingstelling die regelmatig kennis neemt van een zaak door het hoger beroep van de inverdenkinggestelde tegen een beschikking waarbij deze naar de correctionele rechtbank wordt verwezen alleen de onregelmatigheden, verzuimen of nietigheden met betrekking tot een onderzoeksdaad, bewijsverkrijging of de ontvankelijkheid van de strafvervolgning moet onderzoeken, indien deze bij schriftelijke conclusie voor de raadkamer zijn ingeroepen;

Overwegende dat uit de combinatie van de voormelde bepalingen volgt dat wanneer de kamer van inbeschuldigingstelling met toepassing van artikel 135, §2, uitspraak doet, zij niet verplicht is de onregelmatigheden, verzuimen of nietigheden te onderzoeken die voor het eerst door de inverdenkinggestelde voor haar worden aangevoerd; dat zij dit evenmin ambtshalve dient te doen;

Overwegende dat eiser bij beschikking van de raadkamer van 31 oktober 2003 naar de correctionele rechtbank is verwezen;

Overwegende dat hij voor dat rechtscollege een conclusie had neergelegd die de vervolgingen niet ontvankelijk wilde doen verklaren door aan te voeren dat er geen inventaris van het beslag werd opgemaakt en dat de redelijke termijn is overschreden;

Overwegende dat de kamer van inbeschuldigingstelling door haar beslissing om geen acht te slaan op de andere excepties die door eiser in zijn appelconclusie worden opgeworpen, doch die niet voor de raadkamer waren aangevoerd, haar beslissing naar recht heeft verantwoord;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

Over het derde middel:

Overwegende dat het middel aanvoert dat de verdwijning van een gedeelte van de administratieve en boekhoudkundige documenten die in beslag zijn genomen hem de waarborg op een eerlijk proces in de zin van artikel 6.1. van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden ontnemt;

Overwegende dat de onderzoeksgerechten zich niet hoeven uit te spreken over de gegrondheid van een beschuldiging in strafzaken en in de regel niet onderworpen zijn aan de vereisten van artikel 6.1 van voormeld verdrag;

Dat de voorwaarden van dat artikel evenwel een rol kunnen spelen vooraleer de zaak bij de bodemrechter aanhangig wordt gemaakt in zoverre de aanvaankelijke niet-naleving ervan ernstig het eerlijk karakter van het proces kan schaden;

Overwegende dat het arrest vermeldt, met overname van de redenen van de vordering van het openbaar ministerie en door een feitelijke beoordeling, "dat de overlegging van de verdwenen stukken niet nuttig blijkt, noch ter ondersteuning van de beschuldiging, noch voor de uitoefening van het recht van verdediging [van eiser]";

Dat het arrest aldus zijn beslissing naar recht verantwoordt;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

Over het tweede middel:

Overwegende dat eiser kritiek uitoefent op het arrest dat het de onregelmatigheden bij de huiszoekingen en de inbeslagnemingen tijdens het onderzoek niet bestraft;

Overwegende dat het middel, in zoverre het kritiek uitoefent op de feitelijke beoordeling door de appèlrechters of een onderzoek ervan een onderzoek van feitelijke gegevens vereist, waarvoor het Hof niet bevoegd is, niet ontvankelijk is;

Overwegende dat de vormvereisten met betrekking tot het beslag van overtuigingsstukken niet op straffe van nietigheid zijn voorgeschreven, behalve de eerbiediging van het recht van verdediging; dat uit het antwoord op het derde middel volgt dat het arrest, door een feitelijke beoordeling, naar recht beslist dat dit niet is miskend;

Overwegende dat, voor het overige, het arrest in essentie vermeldt, met overname van de redenen van de vordering van het openbaar ministerie, dat de stukken met betrekking tot de telastleggingen waarvoor eiser wordt vervolgd zijn verkregen op grond van huiszoekingsbevelen die door de onderzoeksrechter te Neufchâteau op 10 oktober 1995 zijn afgeleverd, waarin nauwkeurig de doelstelling en de feiten waarop zij betrekking hebben staan vermeld, en dat een afschrift van deze stukken als bijlage aan de processen-verbaal werd gevoegd waarop deze telastleggingen steunen of op de griffie zijn neergelegd;

Dat het arrest aldus zijn beslissing naar recht verantwoordt;

Dat het middel in zoverre niet kan worden aangenomen;

Over het vierde middel:

Overwegende dat het middel kritiek uitoefent op het arrest dat het de overschrijding van de redelijke termijn, volgens eiser, niet bestraft met niet-ontvankelijkheid van de strafvordering;

Overwegende dat de miskenning van de redelijke termijn geen grond van nietigheid of niet-ontvankelijkheid van de strafvordering is, zodat dit geen middel is dat ter staving van het hoger beroep van inverdenkinggestelde tegen de beschikking tot verwijzing kan worden aangevoerd, noch, bijgevolg, een middel dat eiser in cassatie kan doen gelden tot staving van het cassatieberoep dat krachtens artikel 416, tweede lid van het Wetboek van strafvordering is ingesteld;

Dat het middel niet ontvankelijk is;

Over het vijfde, zesde, zevende, achtste en negende middel:

Overwegende dat de middelen betrekking hebben op onregelmatigheden die niet met een schriftelijke conclusie voor de raadkamer zijn aangevoerd;

Dat deze om redenen die in antwoord op het eerste middel staan vermeld, niet ontvankelijk zijn;

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

OM DIE REDENEN,

HET HOF

Verwerpt het cassatieberoep;

Veroordeelt eiser in de kosten.

27 april 2005 - 2° kamer – Voorzitter: de h. Fischer, afdelingsvoorzitter – Verslaggever: de h. Dejemeppe – Gelijklopende conclusie van de h. Cornelis, advocaat-generaal met opdracht – Advocaat: mr. S. Guchez, Charleroi.

Nr. 249

1° KAMER - 28 april 2005

1° ECHTSCHIEDING EN SCHEIDING VAN TAFEL EN BED — GEVOLGEN
T.A.V. DE PERSONEN — T.A.V. DE ECHTGENOTEN - ECHTSCHIEDING OP GROND VAN
BEPAAALDE FEITEN - UITKERING — VASTSTELLING.

2° ECHTSCHIEDING EN SCHEIDING VAN TAFEL EN BED —
ECHTSCHIEDINGSPROCEDURE — ECHTSCHIEDING DOOR ONDERLINGE TOESTEMMING -
VOORAFGAANDE OVEREENKOMSTEN - AFSTAND VAN DE RECHTSPLEGING - ECHTSCHIEDING OP
GROND VAN BEPAAALDE FEITEN — GEVOLG.

1° en 2° *Het akkoord dat werd gesloten binnen het kader van de beëindigde procedure tot echtscheiding door onderlinge toestemming, kan niet in aanmerking worden genomen voor de beoordeling van de levensstandaard tijdens het samenleven teneinde de uitkering na echtscheiding op grond van bepaalde feiten vast te stellen*¹. (Art. 301, §1

¹ Zie Cass., 18 okt. 2002, A.R. C.00.0481.N, nr. 552.

B.W.; Art. 1287, §4 Ger.W.)

(B. T. S.)

ARREST (*vertaling*)

(A.R. C.03.0350.F)

I. Bestreden beslissing

Het cassatieberoep is gericht tegen het vonnis, op 11 februari 2003 in hoger beroep gewezen door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel.

II. Rechtspleging voor het Hof

Afdelingsvoorzitter Philippe Echement heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal met opdracht Philippe de Koster heeft geconcludeerd.

III. De feiten

De feiten van de zaak, zoals die blijken uit het bestreden vonnis, kunnen als volgt worden samengevat:

De partijen zijn gehuwd op 7 juli 1990. De echtscheiding is op 18 juni 2001 op de tegenvordering van verweerster uitgesproken tegen eiser na de mislukking van een procedure tot echtscheiding door onderlinge toestemming. Er is nog geen uitspraak gedaan over eisers hoofdvordering tot echtscheiding. De aan het Hof voorgelegde zaak betreft de voorlopige uitkering na echtscheiding die door verweerster wordt gevorderd.

IV. Cassatiemiddelen

Eiser voert drie middelen aan. Het eerste luidt als volgt:

Geschonden wettelijke bepalingen

- de artikelen 301, §1, 1161, 2044 en 2048 van het Burgerlijk Wetboek;
- de artikelen 1287 en 1288 van het Gerechtelijk Wetboek;
- artikel 149 van de Grondwet.

Aangevochten beslissingen en redenen

Het bestreden vonnis veroordeelt eiser om aan verweerster met ingang van 10 oktober 2001 een voorlopige uitkering na echtscheiding te betalen tot beloop van het geïndexeerde bedrag van 867,63 euro. Het beslist aldus op alle gronden die hier geacht worden volledig weergegeven te zijn en meer bepaald op de volgende gronden:

"de referentieperiode die voor de vaststelling van de door de partijen gedurende het samenleven gevoerde levensstandaard in aanmerking moet worden genomen is die gedurende welke de betrokkenen als gehuwden hebben samengewoond, te dezen van 7 juli 1990 tot januari 1999 (volgens [eiser]) of tot begin december 1998 (volgens [verweerster]);

(...)

de rechtbank heeft de gedurende de jaren van samenleven verkregen inkomsten kunnen reconstrueren aan de hand van de stukken, die verspreid in het dossier (van eiser) staken, en, wat de laatste jaren betreft, heeft zij die inkomsten ten dele kunnen reconstrueren;

(eiser) heeft aanslagbiljetten ingediend voor de inkomstenjaren 1993 (stuk 60 van zijn dossier), 1994 (stuk 61), 1995 (stuk 62), 1996 (stuk 63), 1997 (stuk 10), 1998 (stuk 11), 1999 (stuk 22); de aanslagbiljetten voor laatstgenoemde drie jaren zijn ook door (verweer-

ster) ingediend;

de totaal belastbare inkomsten bedroegen aldus;

-voor (het inkomstenjaar) 1993 1.028.957 frank voor het gezin,

-voor 1994 1.097.254 frank voor het gezin,

-voor 1995 1.310.345 frank voor het gezin

-voor 1996 2.330.456 frank voor het gezin,

-voor 1997 1.826.027 frank voor het gezin,

-voor 1998 2.254.095 frank voor het gezin (of 1.957.095 frank voor [eiser] en 297.000 frank voor [verweerster], of 15 pct. van het inkomen [van eiser],

-voor 1999 2.504.261 frank voor het gezin (of 2.230.733 frank voor [eiser] en 369.528 frank voor [verweerster]);

het is verantwoord het jaar 1998 als referentiejaar te nemen, daar dit jaar het laatste jaar van het samenleven was;

het totale budget bedroeg voor het inkomstenjaar 1998 2.254.095 frank of 55.877,56 euro; van dat bedrag dienen de fiscale lasten (belastingsaldo van 399.481 frank of 9.902,88 euro + voorafbetalingen ten bedrage van 320.000 frank of 7.932,59 euro + bedrijfsvoorheffing ten bedrage van 167.176 frank of 4.144,18 euro) en de sociale lasten (bijzondere sociale zekerheidsbijdrage van 27.253 frank of 675,58 euro) te worden afgetrokken, dat maakt een jaarlijks inkomen van 33.222,33 euro of 2.768,53 euro per maand;

het wordt niet betwist dat de ouders (van eiser) het paar hebben geholpen door hun een maandelijks bedrag van 10.000 frank of 247,89 euro te betalen;

de partijen beschikten daarenboven over de inkomsten uit de verhuur, aan studenten, van twee kamers in het in mei 1998 gekochte huis; die inkomsten bedroegen in totaal 16.000 frank per maand of 396,63 euro (die contracten liepen van september 1998 tot eind juni 1999);

geen enkel stuk is neergelegd betreffende de lasten gedurende het samenleven, tenzij dan het bedrag van de hypotheek die werd genomen voor een huis dat op 6 mei 1998 werd gekocht voor de prijs van 12.000.000 frank of 29.747,22 euro; de hypotheeklast werd door (eiser) in zijn conclusie geraamd op 67.000 frank per maand of 1.660,89 euro (bladzijde 15); de tijdens het samenleven gevoerde levensstandaard wordt niet alleen beoordeeld aan de hand van de ingediende boekhoudkundige en fiscale stukken, maar ook met inachtneming van de door de partijen verrichte handelingen, zoals de aankoop van een huis voor de prijs van 12.000.000 frank en het akkoord dat in een eerste fase door de partijen werd gesloten binnen het kader van een echtscheiding door onderlinge toestemming, waarbij werd bedongen dat (eiser) een niet in de tijd beperkte onderhoudsuitkering van 25.000 frank per maand of 619,73 euro zou betalen bovenop de betaling van een onderhoudsbijdrage van 10.000 frank of 247,89 euro voor C.".

Grievens

(...)

2. Tweede onderdeel

De echtscheiding door onderlinge toestemming is een algemene regeling tussen de echtgenoten; zij moeten overeenkomstig artikel 1287 van het Gerechtelijk Wetboek hun wederzijdse rechten vooraf regelen; het staat hun vrij daaromtrent een vergelijk te treffen en zij kunnen met name voor één van de echtgenoten een uitkering na de echtscheiding bedingen, die wordt bepaald volgens andere criteria dan die van artikel 301, §1 van het Burgerlijk Wetboek; zij zijn, overeenkomstig artikel 1288 van voornoemd wetboek, ertoe gehouden hun overeenkomst omtrent de in die bepaling opgesomde punten bij geschrift

vast te leggen; die overeenkomsten hebben krachtens artikel 1287 geen gevolg, indien afstand wordt gedaan van de procedure.

Zowel uit die bepalingen als uit de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek betreffende de uitlegging van de overeenkomsten in het algemeen (artikel 1161) en betreffende de dadingen in het bijzonder (de artikelen 2044 en 2048) kan worden afgeleid dat de verschillende bedingen van de overeenkomst niet kunnen gescheiden worden van hun doel, namelijk de echtscheiding door onderlinge toestemming, en dat zij bovendien met elkaar verweven zijn, zodat zij niet los van elkaar kunnen worden gelezen.

De rechter, die de uitkering na echtscheiding op grond van bepaalde feiten moet vaststellen op grond van artikel 301, §1 van het Burgerlijk Wetboek, mag dus voor de vaststelling van de door de partijen gedurende het samenleven gevoerde levensstandaard geen rekening houden met het binnen het kader van een mislukte procedure tot echtscheiding door onderlinge toestemming gesloten akkoord en a fortiori mag hij niet bepaalde bedingen scheiden van de regeling in haar geheel. Daar het bestreden vonnis dat akkoord niettemin gebruikt om de gedurende het samenleven gevoerde levensstandaard te beoordelen, schendt het derhalve de artikelen 301, §1, 1161, 2044 en 2048 van het Burgerlijk Wetboek, 1287 en 1288 van het Gerechtelijk Wetboek.

V. Beslissing van het Hof

Eerste middel:

Tweede onderdeel:

Overwegende dat, krachtens artikel 1287 van het Gerechtelijk Wetboek, de echtgenoten die besloten hebben tot echtscheiding door onderlinge toestemming over te gaan, hun wederzijdse rechten waaromtrent het hun evenwel vrijstaat een vergelijk te treffen, vooraf moeten regelen en dat deze overeenkomsten geen gevolg hebben indien afstand wordt gedaan van de procedure;

Dat de bestaansreden van die overeenkomsten uitsluitend gelegen is in de procedure tot echtscheiding door onderlinge toestemming en in die echtscheiding zelf;

Overwegende dat, krachtens artikel 301, §1 van het Burgerlijk Wetboek, de uitkering die de echtgenoot die de echtscheiding op grond van bepaalde feiten verkregen heeft, kan vorderen hem in staat moet stellen in zijn bestaan te voorzien op een gelijkwaardige wijze als tijdens het samenleven;

Overwegende dat het bestreden vonnis, om de door verweerster op grond van artikel 301 van het Burgerlijk Wetboek gevorderde uitkering vast te stellen, beslist dat "de tijdens het samenleven gevoerde levensstandaard wordt beoordeeld [...] met name [met inachtneming] [van] het akkoord dat in een eerste fase door de partijen werd gesloten binnen het kader van een echtscheiding door onderlinge toestemming waarbij werd bedongen dat [eiser] een niet in de tijd beperkte onderhoudsuitkering van [...] 619,73 euro zou betalen"; dat het bestreden vonnis derhalve voormelde wetsbepalingen schendt;

Dat het onderdeel in zoverre gegrond is;

OM DIE REDENEN,

HET HOF,

Vernietigt het bestreden vonnis;

Beveelt dat van het arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het

vernietigde vonnis;

Houdt de kosten aan en laat de uitspraak daaromtrent aan de feitenrechter over;

Verwijst de zaak naar de Rechtbank van Eerste Aanleg te Nijvel, zitting houdende in hoger beroep.

28 april 2005 - 1^o kamer – *Voorzitter en Verslaggever*: de h. Echement, afdelingsvoorzitter – *Gelijklopende conclusie* van de h. De Koster, advocaat-generaal met opdracht – *Advocaten*: mrs. Draps en De Bruyn.

Nr. 250

1^o KAMER - 28 april 2005

ECHTSCHIEDING EN SCHEIDING VAN TAFEL EN BED —

ECHTSCHIEDINGSPROCEDURE — VERANDERING VAN FEITELIJKE SCHEIDING (VAN EEN ZEKERE DUUR) - SCHULDVERMOEDEN - OMKERING - SCHEIDING MET ONDERLINGE TOESTEMMING — GEVOLG.

Opdat de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding van een zekere duur ook tegen de echtgenoot, verweerder, zou worden uitgesproken, is het voldoende dat de fouten en tekortkomingen die aan de oorsprong liggen van de scheiding of die hebben bijgedragen tot het voortduren ervan, zelfs ten dele, te wijten zijn aan de echtgenoot, verweerder, zelfs als de partijen in onderling akkoord uiteengegaan zijn of het wegens de omstandigheden van de breuk niet met zekerheid kan worden uitgemaakt wie van de echtgenoten oorspronkelijk verantwoordelijk is voor de scheiding¹. (Art. 306 B.W.)

(I. T. C.)

ARREST (*vertaling*)

(A.R. C.04.0286.F)

I. Bestreden beslissing

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest, op 19 februari 2004 gewezen door het Hof van Beroep te Brussel.

II. Rechtspleging voor het Hof

Afdelingsvoorzitter Philippe Echement heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal met opdracht Philippe de Koster heeft geconcludeerd.

III. Cassatiemiddel

Eiseres voert een middel aan:

Geschonden wettelijke bepalingen

- de artikelen 232, eerste lid (vóór de wijziging bij artikel 2 van de wet van 16 april 2000), 301 en 306 van het Burgerlijk Wetboek.

Aangevochten beslissingen en redenen

¹ Zie Cass., 13 sept. 2004, A.R. C.03.0005.F, nr. 403; Cass., 18 april 2002, A.R. C.00.0404.N, nr. 237.

Het bestreden arrest zegt voor recht dat verweerder het vermoeden van artikel 306 van het Burgerlijk Wetboek ten dele omkeert en dat de door hem op grond van artikel 232, eerste lid van dat wetboek verkregen echtscheiding, voor de toepassing van de artikelen 299, 300 en 301 van voornoemd wetboek wordt geacht tegen beide echtgenoten uitgesproken te zijn. Het verklaart bijgevolg de door eiseres ingestelde vordering tot onderhoudsuitkering na echtscheiding niet gegrond.

Het arrest verantwoordt die beslissingen als volgt:

"Krachtens artikel 306 van het Burgerlijk Wetboek wordt de echtgenoot die de echtscheiding verkrijgt op grond van artikel 232, eerste lid van het Burgerlijk Wetboek voor de toepassing van de artikelen 299, 300 en 301 van dat wetboek geacht de echtgenoot te zijn tegen wie de echtscheiding is uitgesproken;

Dat vermoeden kan volledig worden omgekeerd - in welk geval de echtscheiding wordt geacht uitsluitend uitgesproken te zijn tegen de verwerende echtgenoot - indien de eisende echtgenoot het bewijs levert dat zijn echtgenoot volledig verantwoordelijk is zowel voor het ontstaan als voor het voortduren van de feitelijke scheiding;

Het vermoeden kan ten dele worden omgekeerd - in welk geval de echtscheiding wordt geacht tegen beide echtgenoten uitgesproken te zijn - indien de eisende echtgenoot het bewijs levert dat zijn echtgenoot op zijn minst ten dele verantwoordelijk is voor het ontstaan of voor het voortduren van de feitelijke scheiding;

Te dezen berust het vermoeden van schuld op (verweerder) die de echtscheiding verkregen heeft op grond van artikel 232 van het Burgerlijk Wetboek;

(Verweerder) voert aan dat (eiseres) zich reeds vanaf de feitelijke scheiding van de partijen op een beledigende wijze jegens hem heeft gedragen door hem verschillende fictieve adressen te bezorgen waar zij in werkelijkheid nooit heeft gewoond, met de kennelijke bedoeling hem elke controle op haar relaties en haar financiële toestand te beletten;

Ook al staat vast dat (eiseres) geregeld van woonplaats is veranderd, toch staat het daarom niet vast dat die adressen fictief waren;

Op 19 juli 1988 werd zij weliswaar ambtshalve geschrapt uit de bevolkingsregisters van de gemeente Elsene en op 1 december 1993 uit de bevolkingsregisters van de gemeente Sint-Gillis, wat het vermoeden wekt dat (eiseres) haar werkelijke woonplaats wilde verbergen, maar die feiten, die dagtekenen van lang na de scheiding, kunnen in geen geval worden aangemerkt als een tekortkoming die aan de oorsprong lag van die scheiding;

Die feiten hebben nochtans ertoe bijgedragen dat de feitelijke scheiding is blijven voortduren, aangezien (verweerder) niet wist waar zijn echtgenote woonde;

(...)

Bovendien (...) legt (verweerder) een vaststelling van overspel over die op 10 maart 1989 bij gerechtsdeurwaarder tegen (eiseres) werd opgemaakt (...) overeenkomstig de met toepassing van artikel 1016bis van het Gerechtelijk Wetboek gewezen beschikking van de voorzitter van 28 februari 1989;

Uit de gedane materiële vaststellingen blijkt dat (eiseres) op dat ogenblik te Waterloo samenwoonde (...) met een zekere heer H.;

Bij zijn ondervraging door de gerechtsdeurwaarder gaf de heer H. trouwens toe 'al ongeveer een jaar' een overspelige verhouding te hebben gehad met (eiseres);

In strijd met wat (verweerder) betoogt, wordt het in artikel 306 van het Burgerlijk Wetboek bedoelde vermoeden van schuld niet automatisch omgekeerd door de overlegging van die vaststelling van overspel;

De aangevoerde tekortkoming, hoe reëel zij ook is, dagtekent immers van lang na de

feitelijke scheiding die teruggaat tot oktober 1984;

Gelet op het feit dat de overspelige verhouding van (eiseres) - volgens de verklaringen van de heer H. - een jaar voor de vaststellingen, namelijk in maart 1988, begonnen zijn, valt het niet in te zien hoe dat feit aan de oorsprong zou kunnen liggen van de in 1984 begonnen feitelijke scheiding;

Het staat nochtans vast dat de overspelige verhouding van (eiseres) heeft bijgedragen tot het voortduren van de scheiding, aangezien zij kennelijk een nieuw leven was begonnen met een andere man;

Voor het overige was de vordering tot echtscheiding (van verweerder) gegrond op het oud artikel 232 van het Burgerlijk Wetboek, dat indertijd een scheiding van meer dan vijf jaar vereiste;

Derhalve kan men, ook al is het niet mogelijk een bepaalde fout aan te wijzen op het ogenblik van de scheiding, zich toch beroepen op de fouten en tekortkomingen die ertoe hebben bijgedragen dat de scheiding meer dan vijf jaar heeft voortgeduurd, met dien verstande dat de rechter de opdracht heeft de gevolgen daarvan op onaantastbare wijze te beoordelen (...);

Gelet op het bovenstaande kan het hof [van beroep] uitspraak doen over de vraag wie schuld heeft aan de scheiding. Daarbij kan het alle feitelijke omstandigheden die aan het hof worden voorgelegd, beoordelen zonder een onderzoeksmaatregel te treffen, zoals een getuigenverhoor waarom (eiseres) heeft verzocht;

Te dezen toont (verweerder) niet aan dat hij geenszins verantwoordelijk is voor de scheiding, maar bewijst hij dat (eiseres) verschillende tekortkomingen heeft begaan die kennelijk hebben bijgedragen tot het voortduren van de feitelijke scheiding, namelijk het feit dat zij haar werkelijke woonplaats vele jaren verborgen heeft gehouden en de overspelige verhouding die op zijn minst reeds dagtekent van maart 1988, dat is gedurende de termijn van vijf jaar na de feitelijke scheiding;

Bijgevolg beslist het hof [van beroep] dat (verweerder) het vermoeden van artikel 306 van het Burgerlijk Wetboek ten dele omkeert en dat derhalve beide partijen verantwoordelijk zijn voor de echtscheiding;

(...)

Aangezien (verweerder) het vermoeden van artikel 306 van het Burgerlijk Wetboek ten dele omkeert, moet de echtscheiding geacht worden tegen beide partijen te zijn uitgesproken; aangezien (eiseres) niet onschuldig is in de zin van artikel 301 van het Burgerlijk Wetboek, kan zij geen aanspraak maken op een onderhoudsuitkering na echtscheiding".

Grieven

Krachtens artikel 232, eerste lid van het Burgerlijk Wetboek, voor de wijziging ervan bij de wet van 16 april 2000, kan ieder der echtgenoten de echtscheiding vorderen op grond van feitelijke scheiding van meer dan vijf jaar, indien daaruit de duurzame ontwrichting van het huwelijk blijkt.

Artikel 306 van voornoemd wetboek bepaalt dat voor de toepassing van artikel 301, de echtgenoot die de echtscheiding verkrijgt op grond van artikel 232, eerste lid, geacht wordt de echtgenoot te zijn tegen wie de echtscheiding is uitgesproken, maar dat de rechtbank er anders over kan beslissen indien de eisende echtgenoot het bewijs levert dat de feitelijke scheiding te wijten is aan de fouten en tekortkomingen van de andere echtgenoot. De eisende echtgenoot dient niet noodzakelijkerwijs te bewijzen dat de fouten en tekortkomingen uitsluitend te wijten zijn aan de andere echtgenoot; het is voldoende dat hij bewijst dat die fouten en tekortkomingen ten dele aan hem te wijten zijn.

De fouten en tekortkomingen die daartoe in aanmerking kunnen worden genomen zijn

die welke aan de oorsprong liggen van de feitelijke scheiding en die welke ertoe hebben bijgedragen dat zij meer dan vijf jaar heeft voortgeduurd. De fouten en tekortkomingen die eventueel tot het voortduren van de feitelijke scheiding hebben bijgedragen, dienen door de rechter evenwel enkel in aanmerking te worden genomen indien de echtgenoten in onderling akkoord uiteengegaan zijn of indien wegens de omstandigheden van de breuk niet met zekerheid kan worden uitgemaakt wie van de echtgenoten oorspronkelijk verantwoordelijk is voor de scheiding.

Te dezen heeft eiseres in haar conclusie aangevoerd "dat het niet (kon worden) betwist dat de scheiding en het voortduren ervan enkel te wijten zijn (...) aan de wil van (verweerder)". Zij betoogde wat dat betreft dat "(verweerder) zelf de echtelijke woonplaats heeft verlaten om met zijn vriendin te gaan samenwonen en (haar) aldus totaal berooid aan haar lot overliet" en dat "(verweerder) zich na die scheiding niets meer van het lot van zijn echtgenote heeft aangetrokken en niet de geringste verzoening met laatstgenoemde overwoog of daartoe zelfs maar een poging ondernam". In een voor de eerste rechter neergelegde conclusie gaf zij integendeel toe dat "hij al vele jaren geen genegenheid meer voor haar (had) gevoeld en dat hij onherroepelijk (afzag) van elke vorm van samenleven (...)".

Verweerder heeft de door eiseres aldus aangevoerde feiten niet betwist in zijn conclusie.

Het arrest beslist, enerzijds, dat verweerder niet heeft aangetoond dat hij "geenszins verantwoordelijk was voor de scheiding", wat betekent dat volgens de appèlrechters verweerder niet heeft bewezen dat hij in geen geval aan de oorsprong lag van de scheiding en van het feit dat zij meer dan vijf jaar heeft voortgeduurd.

Het arrest beslist, anderzijds, dat de door verweerder aan eiseres verweten fouten en tekortkomingen niet aan de oorsprong liggen van de scheiding maar, naar het oordeel van de feitenrechters, enkel ertoe hebben bijgedragen dat de scheiding meer dan vijf jaar heeft voortgeduurd.

Door de fouten en tekortkomingen van eiseres in aanmerking te nemen die volgens de appèlrechters hebben bijgedragen tot het voortduren van de scheiding gedurende meer dan vijf jaar, ofschoon zij vaststellen, enerzijds, dat verweerder niet heeft bewezen dat hij "geenszins verantwoordelijk was voor de scheiding" en, anderzijds, dat de aan eiseres verweten fouten en tekortkomingen niet aan de oorsprong liggen van de scheiding, verantwoordt de appèlrechters niet naar recht hun beslissing dat verweerder het op hem rustende vermoeden van artikel 306 van het Burgerlijk Wetboek ten dele heeft omgekeerd en dat derhalve, aangezien de echtscheiding moet worden geacht in het nadeel van beide echtgenoten te zijn uitgesproken, de door eiseres ingestelde vordering tot onderhoudsuitkering na echtscheiding niet gegrond is.

V. Beslissing van het Hof

Overwegende dat er geen acht dient te worden geslagen op de stukken, die door eiseres aan de griffie van het Hof zijn toegezonden zonder de bijstand van een advocaat bij het Hof van Cassatie;

Over het middel:

Overwegende dat artikel 306 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat voor de toepassing van de artikelen 299, 300 en 301, de echtgenoot die de echtscheiding verkrijgt op grond van feitelijke scheiding geacht wordt de echtgenoot te zijn tegen wie de echtscheiding is uitgesproken; dat de rechtbank evenwel er anders over kan beslissen indien de eisende echtgenoot het bewijs levert dat de feitelijke scheiding te wijten is aan de fouten en tekortkomingen van de andere echtge-

noot;

Overwegende dat de echtscheiding moet worden geacht tegen ieder der echtgenoten te zijn uitgesproken, wanneer de eisende echtgenoot, zonder het bij artikel 306 ingevoerde vermoeden om te keren, aantoonde dat de feitelijke scheiding tevens te wijten is aan de fouten en tekortkomingen van de andere echtgenoot; dat zulks het geval is, niet alleen wanneer de fouten en tekortkomingen van de verwerende echtgenoot aan de oorsprong liggen van de feitelijke scheiding, maar ook wanneer zij enkel hebben bijgedragen tot het voortduren ervan gedurende de in artikel 232, eerste lid van het Burgerlijk Wetboek bepaalde termijn;

Dat het middel waarin wordt aangevoerd dat de fouten en tekortkomingen die hebben kunnen bijdragen tot het voortduren van de feitelijke scheiding, enkel in aanmerking dienen te worden genomen, indien de echtgenoten in onderling akkoord uiteengegaan zijn of indien wegens de omstandigheden van de breuk niet met zekerheid kan worden uitgemaakt wie van de echtgenoten oorspronkelijk verantwoordelijk is voor de scheiding, faalt naar recht;

OM DIE REDENEN,

HET HOF,

Verwerpt het cassatieberoep;

Veroordeelt eiseres in de kosten.

28 april 2005 - 1^o kamer – *Voorzitter en Verslaggever*: de h. Echement, afdelingsvoorzitter – *Gelijkkluidende conclusie* van de h. De Koster, advocaat-generaal met opdracht – *Advocaten*: mrs. Gérard en Geinger.

Nr. 251

1^o KAMER - 28 april 2005

1^o HUUR VAN GOEDEREN — HUISHUUR — VERPLICHTINGEN VAN PARTIJEN -
VERPLICHTING VAN DE HUURDER - KOSTEN EN LASTEN - VERSCHULDIGD KARAKTER -
VOORWAARDEN - AARD VAN DE WETTELIJKE BEPALINGEN.

2^o HUUR VAN GOEDEREN — HUISHUUR — VERPLICHTINGEN VAN PARTIJEN - KOSTEN
VOOR WATERVERBRUIK - ONVERSCHULDIGDE BETALING — BEWIJSLAST.

3^o TERUGVORDERING VAN HET ONVERSCHULDIGD BETAALDE - HUUR
VAN GOEDEREN - HUISHUUR - VERPLICHTINGEN VAN PARTIJEN - KOSTEN VOOR
WATERVERBRUIK - ONVERSCHULDIGDE BETALING — BEWIJSLAST.

4^o BEWIJS — BURGERLIJKE ZAKEN — BEWIJSLAST. BEOORDELINGSVRIJHEID - HUUR
VAN GOEDEREN - HUISHUUR - VERPLICHTINGEN VAN PARTIJEN - KOSTEN VOOR WATERVERBRUIK -
ONVERSCHULDIGDE BETALING — BEWIJSLAST.

1^o De artt. 1728ter, §1, eerste tot derde lid en 1728quater, §1, eerste lid B.W. zijn van dwingend recht ten voordele van de huurder; laatstgenoemde kan derhalve daarvan geen afstand doen tijdens de lopende huur. (Artt. 1728ter, §§1 en 2, 1728quater, §§1 en 2 B.W.)

2°, 3° en 4° *Het vonnis dat oordeelt dat het in strijd is met de huurovereenkomst en met de wet om de oppervlakte te gebruiken als maatstaf voor de verdeling van het waterverbruik, verantwoord niet naar recht zijn beslissing waarbij de vordering van de huurder tot terugbetaling van de voor zijn waterverbruik betaalde bedragen niet gegrond verklaard wordt op grond dat het aan hem staat te bewijzen dat hij de door hem zonder voorbehoud betaalde bedragen niet verschuldigd was*¹. (Artt. 1315, 1728ter, §1, 1728quater, §1 B.W.; Art. 9, §1 B. W. Reg. 19 nov. 1993; Art. 8, §1 B. W. Reg. 25 feb. 1999)

(T. T. LOGIVESDRE C.V.B.A.)

ARREST (vertaling)

(A.R. C.04.0134.F)

I. Bestreden beslissing

Het cassatieberoep is gericht tegen het vonnis, op 24 oktober 2003 in laatste aanleg gewezen door de vrederechter van het tweede kanton Verviers.

II. Rechtspleging voor het Hof

Raadshere Didier Batselé heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Thierry Werquin heeft geconcludeerd.

III. Cassatiemiddel

Eiser voert een middel aan:

Geschonden wettelijke bepalingen

- artikel 149 van de gecoördineerde Grondwet;
- de artikelen 6, 1131, 1235, 1315, 1728ter en 1728quater van het Burgerlijk Wetboek;
- het artikel 9, §1 van het besluit van de Waalse regering van 19 november 1993 tot regeling van de huurkosten van woningen beheerd door de "Société régionale wallonne du Logement" (Waalse Gewestelijke Huisvestingsmaatschappij) of de door haar erkende vennootschappen;
- het artikel 8, §1 van het besluit van de Waalse regering van 25 februari 1999 tot regeling van de huurkosten van woningen beheerd door de "Société wallonne du Logement" (Waalse Huivestingsmaatschappij) of door openbare huisvestingsmaatschappen;
- het algemeen rechtsbeginsel volgens hetwelk afstand van recht niet wordt vermoed en allen kan worden afgeleid uit feiten die niet vatbaar zijn voor een andere uitlegging.

Aangevochten beslissingen en redenen

Het bestreden vonnis verklaart de hoofdvordering van eiser niet gegrond, wijst ze af en laat haar eigen kosten, die zijn begroot op het bedrag van 248,11 euro, te haren laste.

Het bestreden vonnis beslist aldus op de volgende gronden:

"[Verweerster] baseert de regeling krachtens welke zij de gefactureerde kosten voor het waterverbruik van het gebouw in de rue des Chapeliers 86 te 4800 Ensival onder de verschillende huurders verdeelt naar gelang van de oppervlakte van elk appartement, op het besluit van de Waalse regering van 19 november 1993;

Artikel 9 van dat besluit bepaalt dat het (water)verbruik moet verdeeld worden per kostencentrum, d.w.z. per gebouw; de uitgaven worden binnen elk kostencentrum verdeeld al naar gelang van het individuele verbruik van de huurders; die verdeling moet aan het advies van de adviesraad worden onderworpen;

¹ Zie Cass., 16 mei 2002, A.R. C.99.0555.N, nr. 300.

[Verweerster] legt het afschrift over van het proces-verbaal van de vergadering van de adviesraad van de huurders die heeft plaatsgevonden op dinsdag 19 maart 1985;

[Verweerster] oordeelt aldus het bewijs te hebben geleverd van het akkoord van die adviesraad van de huurders om de oppervlakte van de appartementen van het gebouw waar [eiser] woont als maatstaf te gebruiken voor de verdeling van het geheel van de lasten van die appartementen;

Die verdeelsleutel blijkt nergens uit de lezing van het proces-verbaal van die vergadering;

Het op 8 november 1984 door de bedrijfsrevisor opgemaakte verslag voorziet al evenmin in die wijze van berekening voor de appartementen gelegen in de rue des Chapeliers, 86 te Verviers;

Overigens is het op grond van de door de partijen ondertekende huurovereenkomst niet toegestaan de facturen voor waterverbruik op die wijze te verdelen;

Besluit:

De hoofdvordering

[Eiser], die tegenwoordig was ter zitting, heeft niet betwist dat hij gedurende de jaren 1998, 1999, 2000 en 2001 wel degelijk water van de S.W.D.E. heeft verbruikt; dat hij de van hem voor dat verbruik gevorderde bedragen heeft betaald zonder enige betwisting op te werpen;

Dat deed hij pas de eerste maal toen [verweerster] van hem een aanzienlijke regularisatie eiste;

Hij handhaaft niettemin zijn eis tot terugbetaling van alle, door hem betaalde bedragen, omdat hij van oordeel is dat het aan [verweerster] staat het bewijs te leveren van de hoeveelheid water die hij in werkelijkheid heeft verbruikt;

Het standpunt [van eiser] kan niet worden aangenomen;

Volgens artikel 1315 van het Burgerlijk Wetboek immers dient [eiser] die de teruggave vordert van de door hem onverschuldigd betaalde bedragen, aan te tonen dat hij de door hem zonder enig voorbehoud betaalde bedragen niet verschuldigd was;

[Eiser] blijft in gebreke dat bewijs te leveren; de hoofdvordering is aldus niet gegrond";

Het bestreden vonnis wijst overigens met betrekking tot de tegenvordering erop dat "uit de door [verweerster] verstrekte toelichting en uit de door haar overgelegde stukken blijkt dat het in strijd is zowel met de huurovereenkomst als met de voor haar bindende wetten de oppervlakte van de appartementen te gebruiken als maatstaf voor de verdeling van het waterverbruik;

[verweerster] verantwoordt haar vordering aldus niet naar recht".

Grievens

Artikel 1728ter, §1 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat, behalve wanneer overeengekomen is - wat te dezen niet het geval is - dat de kosten en lasten in vaste bedragen worden bepaald, ze met werkelijke uitgaven moeten overeenkomen.

De in de het middel vermelde artikelen 9, §1 van het besluit van de Waalse regering van 19 november 1993 en 8, §1 van het besluit van die regering van 25 februari 1999, verwijzen naar die regel waar ze vermelden dat de uitgaven worden verdeeld per kosten-centrum al naar gelang van het individuele verbruik van iedere huurder.

Artikel 1728ter, §1, tweede en derde lid van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat de kosten en lasten in een afzonderlijke rekening moeten worden opgegeven en dat de stukken die van deze uitgaven doen blijken moeten worden overgelegd.

Artikel 1728quater van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat, indien de huurder meer

betaald heeft dan hij in toepassing van de wet of de overeenkomst verschuldigd is, het teveel betaalde hem op zijn verzoek moet worden terugbetaald.

Die regels zijn van dwingend recht ten voordele van de huurder (artikelen 6, 1131, 1728ter, §2 en 1728quater, §2 van het Burgerlijk Wetboek).

Hieruit volgt dat, aangezien de bij artikel 1728quater bepaalde voorwaarden inzake vorm en termijn vervuld zijn - wat vaststond en te dezen niet wordt betwist - het voor de gegrondheid van de vordering tot terugbetaling van de huurder noodzakelijk en voldoende is dat de door hem betaalde kosten en lasten niet voldoen aan de dwingende voorwaarden van artikel 1728ter.

Die terugbetaling vormt immers de sanctie wegens een onrechtmatige daad, namelijk de inning van in strijd met dwingende wetsbepalingen gevorderde kosten en lasten.

Het staat vast en het wordt niet betwist dat, bij ontstentenis van bewijsstukken waaruit de werkelijke uitgaven van eiser zouden blijken, de door eiser betaalde kosten en lasten niet voldeden aan het vereiste van artikel 1728ter.

Het bestreden vonnis stelt dat trouwens uitdrukkelijk vast door in verband met de tegenvordering erop te wijzen "dat het in strijd is zowel met de huurovereenkomst als met de voor [verweerster] bindende wetten om de oppervlakte van de appartementen te gebruiken als maatstaf voor de verdeling van het waterverbruik".

Bijgevolg is het bestreden vonnis niet naar recht verantwoord, in zoverre het de hoofdvordering van eiser afwijst en de kosten te zijnen laste laat (schending van de artikelen 6, 1131, 1728ter, §§1 en 2, en 1728quater, §§1 en 2 van het Burgerlijk Wetboek en, voor zoveel nodig, van de in het middel aangegeven artikelen 9, §1 van het besluit van de Waalse regering van 19 november 1993 en 8, §1 van het besluit van de Waalse regering van 25 februari 1999).

De overweging van het bestreden vonnis dat " volgens artikel 1315 van het Burgerlijk Wetboek (eiser) die de teruggave vordert van de door hem onverschuldigd betaalde bedragen dient aan te tonen dat hij de door hem zonder enig voorbehoud betaalde bedragen niet verschuldigd was" en dat eiser "in gebreke blijft dat bewijs te leveren", de bestreden beslissing niet kan verantwoorden.

Het feit immers dat de huurder kosten en lasten die in strijd met artikel 1728ter van het Burgerlijk Wetboek zijn gevorderd, heeft betaald zonder een geschil op te werpen en zonder een voorbehoud te maken niet betekent dat hij afstand doet van zijn recht om aan te voeren dat de vorderingen van de verhuurder onrechtmatig waren en dat bijgevolg de ter uitvoering van die vorderingen gedane betalingen onverschuldigd waren (miskennis van het algemeen rechtsbeginsel volgens hetwelk afstand van recht niet wordt vermoed en enkel kan worden afgeleid uit feiten die niet vatbaar zijn een andere uitlegging).

Daar het bestreden vonnis niet heeft nagegaan of eiser rechtsgeldig afstand had gedaan van het hem door de artikelen 1728ter en 1728quater van het Burgerlijk Wetboek toegekende recht op terugbetaling en "a fortiori" geen dergelijke afstand heeft vastgesteld, verkeert het Hof op zijn minst in de onmogelijkheid zijn toezicht uit te oefenen en is het bestreden vonnis bijgevolg niet regelmatig met redenen omkleed (schending van artikel 149 van de gecoördineerde Grondwet).

Door de bij artikel 1728quater van het Burgerlijk Wetboek bepaalde terugbetaling te onderwerpen aan de voorwaarde dat de kosten en lasten waarvan de terugbetaling door de huurder wordt gevorderd, door hem onder voorbehoud zijn betaald, voegt het bestreden vonnis aan voormeld artikel 1728quater een voorwaarde toe die dat artikel niet bevat en schendt het derhalve dat artikel.

Door te beslissen dat het aan de huurder die de terugbetaling vordert, staat " aan te tonen dat hij de door hem zonder enig voorbehoud betaalde bedragen niet verschuldigd

was", verliest het bestreden vonnis bovendien uit het oog dat elke, door de verhuurder van de huurder in strijd met artikel 1728ter van het Burgerlijk Wetboek gevorderde betaling van kosten en lasten onrechtmatig is en dat het voor de huurder voldoende is die onrechtmatigheid te bewijzen om de terugbetaling te verkrijgen als bedoeld in artikel 1728quater van het Burgerlijk Wetboek.

Bijgevolg past het bestreden vonnis de gemeenrechtelijke regels betreffende de bewijslast inzake onverschuldigde betaling in strijd met de wet toe op eiser (schending van de artikelen 1235 en 1315 van het Burgerlijk Wetboek) en, door te weigeren de vordering tot terugbetaling van eiser toe te wijzen op grond dat hij geen bewijs leverde waartoe hij niet gehouden was, keert het bestreden vonnis de bewijslast op onwettige wijze om (schending van de artikelen 1315, 1728ter en 1728quater van het Burgerlijk Wetboek).

IV. Beslissing van het Hof

Overwegende dat, krachtens artikel 1728ter, §1, eerste tot derde lid van het Burgerlijk Wetboek, de aan de huurder opgelegde kosten en lasten met werkelijke uitgaven moeten overeenkomen behalve wanneer uitdrukkelijk overeengekomen is, wat te dezen niet het geval is, dat zij in vaste bedragen worden bepaald, dat zij in een afzonderlijke rekening moeten worden opgegeven en dat de stukken die van deze uitgaven doen blijken, moeten worden overgelegd;

Dat, krachtens artikel 1728quater, §1, eerste lid, indien de huurder meer betaald heeft dat hij in toepassing van de wet of de overeenkomst verschuldigd is, het teveel betaalde op zijn verzoek moet worden terugbetaald;

Dat uit de artikelen 1728ter, §2 en 1728quater, §2, blijkt dat die bepalingen van dwingend recht zijn ten voordele van de huurder en dat laatstgenoemde derhalve daarvan niet rechtsgeldig afstand kan doen tijdens de lopende huur;

Overwegende dat artikel 9, §1 van het besluit van de Waalse regering van 25 februari 1993 tot regeling van de huurkosten van woningen beheerd door de "Société régionale wallonne du Logement" (Waalse Gewestelijke Huisvestingsmaatschappij) of de door haar erkende maatschappen en artikel 8, §1 van het besluit van de Waalse regering van 25 februari 1999 tot regeling van de huurkosten van woningen beheerd door de "Société wallonne du Logement" (Waalse Huisvestingsmaatschappij) of door openbare huisvestingsmaatschappijen, overeenkomstig voormeld artikel 1728ter, eerste lid, bepalen dat de uitgaven binnen elk kostencentrum worden verdeeld al naar gelang van het individuele verbruik van de huurders;

Overwegende dat het bestreden vonnis beslist "dat uit de door [verweerster] verstrekte toelichting en uit de door haar overgelegde stukken blijkt dat het in strijd is zowel met de huurovereenkomst als met de voor haar bindende wetten dat de oppervlakte van de appartementen wordt gebruikt als maatstaf voor de verdeling van het waterverbruik";

Dat het bestreden vonnis, door de vordering van eiser tot terugbetaling van de voor zijn waterverbruik betaalde bedragen niet gegrond te verklaren op grond dat het volgens artikel 1315 van het Burgerlijk Wetboek aan eiser staat aan te tonen dat hij de door hem zonder enig voorbehoud betaalde bedragen niet verschuldigd was, zijn beslissing niet naar recht verantwoordt;

Dat het middel gegrond is;

OM DIE REDENEN,
HET HOF,

Vernietigt het bestreden vonnis, in zoverre het uitspraak doet over de hoofdvordering;

Beveelt dat van het arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het gedeeltelijk vernietigde vonnis;

Houdt de kosten aan en laat de beslissing daaromtrent over aan de feitenrechter;

Verwijst de aldus beperkte zaak naar de vrederechter van het eerste kanton Verviers.

28 april 2005 - 1^o kamer – *Voorzitter*: de h. Echement, afdelingsvoorzitter – *Verslaggever*: de h. Batselé – *Gelijklopende conclusie* van de h. Werquin, advocaat-generaal – *Advocaat*: mr. Simont.

Nr. 252

1^o KAMER - 29 april 2005

ADVOCAAT - TAAK VAN DE ADVOCAAT - BEËINDIGING – BEGRIP.

De advocaten zijn ontlast van hun beroepsaansprakelijkheid en zijn niet meer verantwoordelijk voor de bewaring van de stukken vijf jaar na het beëindigen van hun taak; de taak van de advocaat wordt beëindigd op het ogenblik waarop de opdrachtgever ondubbelzinnig een einde maakt aan zijn mandaat, ook al stelt de advocaat nadien handelingen ingevolge die beëindiging¹. (Art. 2276bis, §1, eerste lid B.W.)

(H. T. AXA BELGIUM N.V. e.a.)

ARREST

(A.R. C.03.0611.N)

I. Bestreden beslissing

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, op 17 juni 2003 gewezen door het Hof van Beroep te Antwerpen.

II. Rechtspleging voor het Hof

Raadsheer Eric Dirix heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Dirk Thijs heeft geconcludeerd.

III. Middelen

Eiser voert in zijn verzoekschrift twee middelen aan.

Het verzoekschrift is aan dit arrest gehecht en maakt er deel van uit.

IV. Beslissing van het Hof

1. Eerste middel

¹ Zie Cass., 20 maart 2003, A.R. C.02.0065.F, www.cass.be; *Jaarverslag van het Hof* 2002-2003, 31.

Overwegende dat, luidens artikel 2276bis, §1, eerste lid van het Burgerlijk Wetboek, de advocaten ontlast zijn van hun beroepsaansprakelijkheid en zij niet meer verantwoordelijk zijn voor de bewaring van de stukken, vijf jaar na het beëindigen van hun taak;

Dat de taak van de advocaat wordt beëindigd op het ogenblik waarop de opdrachtgever ondubbelzinnig een einde maakt aan zijn mandaat, ook al stelt de advocaat nadien handelingen ingevolge die beëindiging;

Overwegende dat de appèlrechters, benevens de vaststelling dat bij brief van 9 januari 1992 aan eiser werd gemeld dat hij zijn tussenkomst als beëindigd mocht beschouwen, vaststellen dat "bij voormelde brief van 9 januari 1992 eveneens (werd) gevraagd bij de gerechtsdeurwaarder te informeren of het beslag reeds was overgeschreven op het hypotheekkantoor" en voorts dat eiser nog "op 17 januari 1992 (...) een brief (schrijft) aan notaris Denis verband met de procedure van bewarend onroerend beslag";

Dat de appèlrechters aldus vaststellen dat de brief van 9 januari 1992 niet ondubbelzinnig een einde stelt aan het mandaat van eiser, maar uitnodigt tot bijkomende handelingen, andere dan deze ingevolge de beëindiging en die eiser op 17 januari 1992 volbrengt;

Dat de appèlrechters, op grond van deze vaststellingen, oordelen dat "uit de gevoerde briefwisseling tussen (advocaat J.C., de rechtsvoorganger van de tweede tot en met achtste verweerders) en (eiser) blijkt dat na 9 januari 1992 nog opdrachten door (eiser) werden vervuld" en dat "enkel na het vervullen van die opdrachten die taak als beëindigd (kon) worden beschouwd";

Dat de appèlrechters zodoende, zonder de in het middel aangewezen wetsbepalingen te schenden, beslissen dat "de verjaring ten vroegste een aanvang (nam) op 18 januari 1992 en nog niet (was) ingetreden op datum van de dagvaarding in tussenkomst en vrijwaring de dato 15 januari 1997";

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

(...)

OM DIE REDENEN,

HET HOF,

Verwerpt het cassatieberoep;

Veroordeelt eiser in de kosten.

29 april 2005 - 1^o kamer – *Voorzitter*: de h. Verougstraete, voorzitter – *Verslaggever*: de h. Dirix – *Gelijkluidende conclusie* van de h. Thijs, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. Kirkpatrick en De Gryse.

VAN HET BELASTBAAR NETTO-INKOMEN — BEDRIJFSVERLIEZEN - BEPERKINGEN INZAKE AFTREK - WINSTEN OF BATEN UIT ABNORMALE OF GOEDGUNSTIGE VOORDELEN - TOETSING DOOR DE RECHTER — DRAAGWIJDTE.

De rechter die geroepen wordt te toetsen of de door de belastingplichtige gerealiseerde fiscale voordelen als "abnormaal of goedgunstig" dienen aangemerkt in de zin van artikel 79 W.I.B. (1992) mag nagaan of bedoelde voordelen onder abnormale omstandigheden werden verkregen in het raam van verrichtingen die niet op grond van economische doelstellingen maar enkel op grond van fiscale oogmerken konden worden verklaard¹. (Artt. 79 en 207, tweede lid W.I.B. 1992)

(A.B.M. INTERNATIONAL N.V. T. BELGISCHE STAAT – Minister van Financiën)

Conclusie van de heer advocaat-generaal D. Thijs:

I. De feiten en procedurevoorgaanden

Eiseres was in 1991 een vennootschap met belangrijke verliezen met zetel op de hoofdzetel van de fiduciaire Moores Rowland N.V. (Rouppleplein 16). Het wordt niet betwist dat op dat ogenblik haar "handelswaarde" uitsluitend bestond uit de door haar gecumuleerde verliezen. De bestaande verliezen kenden geen andere werkelijkheid dan een boekhoudkundige en dit in een "lege schelp".

De N.V. Cocks Vleeswaren en de N.V. Vleeswarenfabriek De Cock werden op 7 augustus 1991 gesplitst. De bedrijfsgebouwen werden ingebracht bij eiseres, waarvan de aandeelhouders op dat ogenblik reeds J. D.C. en M.d.C. zijn. Als vergoeding van de inbreng worden nieuwe aandelen van de vennootschap ter hand gesteld van de respectieve vereffenaars. De overige activa en passiva werden ingebracht in twee nieuw opgerichte exploitatievennootschappen met dezelfde benaming als de vroeger gesplitste vennootschappen. De aandeelhouders van eiseres en de andere vennootschap vertegenwoordigen dezelfde belangen.

Eiseres verhuurt de gebouwen aan de uit de splitsing ontstane N.V. Cocks Vleeswaren en de N.V. Vleeswarenfabriek De Cock.

Ingevolge deze constructie trekt eiseres de voor de inbreng gecumuleerde fiscale verliezen af van de huurinkomsten, die zij verkrijgt uit de verhuurde gebouwen.

Het bestreden arrest oordeelt dat bedoelde constructie in hoofde van eiseres een abnormaal en goedgunstig voordeel doet ontstaan in de zin van artikel 79 van het W.I.B. 1992, zodat haar op die grond de aftrek dient geweigerd te worden van de bedrijfsverliezen die zij geleden heeft voor de inbreng.

II. De voorziening in cassatie

II.1. (...)

II.2. In het tweede onderdeel voert eiseres schending aan van artikel 79 W.I.B. 1992 en verwijt het arrest ter zake een onjuiste interpretatie te hebben gegeven aan het in deze wetsbepaling voorkomend begrip "abnormale of goedgunstige voordelen". Volgens eiseres veronderstelt bedoeld begrip een kwantitatieve beoordeling van het betrokken voordeel – in casu de huurgelden - in plaats van een economische beoordeling en verantwoording van de onderliggende verrichting of constructie in het kader waarvan het litigieuze voordeel effectief werd gerealiseerd.

Op grond van artikel 79 W.I.B. 1992 kunnen beroepsverliezen niet worden afgetrokken van het gedeelte van de winst of de baten dat voorkomt uit abnormale of goedgunstige voordelen die de belastingplichtige rechtstreeks of onrechtstreeks heeft verkregen uit een onderneming ten aanzien waarvan hij zich rechtstreeks of onrechtstreeks in enige band

¹ Zie de conclusie van het O.M.

van wederzijdse afhankelijkheid bevindt.

Inzake vennootschapsbelasting mag, overeenkomstig artikel 207, lid 2 van dat wetboek, geen aftrek van vorige verliezen worden verricht op het gedeelte van de winst dat voorkomt van abnormale of goedgunstige voordelen vermeld in artikel 79.

De tekst van artikel 79 W.I.B. 1992 komt overeen met die van het vroegere artikel 53 W.I.B. 1964. Aan de oorsprong van deze laatste bepaling ligt artikel 4 van de Wet van 13 juli 1959 tot wijziging van de op 15 januari 1948 samengeordende wetten betreffende de inkomstenbelastingen, tot bestrijding van de fiscale ontwijing (*B.S.* 27 juli 1959).

De tekst van artikel 4 Wet 13 juli 1959 werd opgenomen als artikel 32, §1, vierde lid S.W.I.B. en luidde als volgt: “Geen enkele vermindering mag gedaan worden in uitvoering van het tweede lid, op het gedeelte van de inkomsten dat van de abnormale voordelen en baten voorkomt die de onderneming in de loop van de belastbare periode, direct of indirect, in welke vorm of door welk middel ook, heeft bekomen uit een onderneming onder de afhankelijkheid of onder de controle waarvan zij gedurende voornoemde periode heeft bestaan”.

De bedoeling van de wetgever werd duidelijk verwoord tijdens de parlementaire voorbereiding: “Bij artikel 32 van de gecoördineerde wetten wordt bepaald dat de winsten van het belastbare jaar of boekjaar in voorkomend geval worden verminderd met de tijdens de vijf vorige jaren geleden verliezen. Ook deze regel, die niet meer dan logisch leek, heeft aanleiding gegeven tot betreuenswaardige misbruiken. Bedrijven die zeer grote winsten boeken hebben gepoogd andere bedrijven te kopen die verliezen geleden hadden. Door ingevolge verkopen tegen bespottelijke prijzen of door andere handelsvoordelen hun winstoverschot over te schrijven op het met het tekort sluitend bedrijf, bereikten zij het tweevoudig voordeel, in belastingopzicht hun eigen winst te verminderen, terwijl aan de filiaal de mogelijkheid werd verschaft ze door haar verliezen op te vangen. Het betreft zoals een commissielid zegde, de aankoop van verliezen met het oog op een fiscaal voordeel. Aan dit misbruik zal een einde gemaakt worden door de tekst van het nieuwe artikel 4 (vroeger artikel 2), waarbij de compensatie van winst en verlies slechts toegestaan wordt indien de winst niet voortkomt uit abnormale voordelen toegekend door het bedrijf zelf waarvan de filiaal afhankelijk was. Er weze echter aangestipt dat, om onder de vrij strenge toepassing van dit artikel te vallen, het voordelen moet betreffen die niet te verantwoorden zijn in het belang van de onderneming. Indien, bijvoorbeeld, een vennootschap de aandelen van een andere vennootschap opkoopt, terwijl deze vennootschap aan de rand van het failliet staat, ten einde de hand te leggen op een cliëntele of een markt, zijn de pogingen die zij zal doen om haar nieuwe filiale te saneren, verantwoord en moeten zij niet noodzakelijk onder toepassing vallen van de zoëven vermelde regel. Anders gezegd, zullen het Bestuur en in voorkomend geval het Hof dienen na te gaan of voormelde voordelen al dan niet “abnormaal” zijn. Kortom deze tekst is een andere toepassing van de beginselen die wij aanvaard hebben bij de goedkeuring van de wet op de buitenlandse vennootschappen” (*Parl. St. Kamer 1958-59, p. 9, nr. 194/1*).

DE MEY en WILMART besteden in hun commentaar bij de wet van 13 juli 1959 de nodige aandacht aan deze belangrijke passage uit de parlementaire voorbereiding en hanteren het volgende criterium om uit te maken of er al dan niet sprake is van een abnormaal en goedgunstig voordeel: “Si l’on comprend bien ce qu’a resumé le rapporteur de la Commission des finances de la Chambre, le législateur souhaite que l’on distingue, parmi les avantages et profits anormaux, ceux qui sont justifiables par l’intérêt économique de ceux qui ne le sont pas. C’est, en effet, selon ce critère que la Commission des finances semble avoir voulu se prononcer en donnant l’exemple qu’elle cite. Dans celui-ci, la société visée “qui fait des efforts (comprenons des sacrifices, notamment en lui cédant des marchandises à bas prix) pour assainir sa nouvelle succursale” ne rend pas nécessairement cette dernière passible des dispositions de l’article 4. Pourquoi en est-il ainsi? Parce que son

comportement, qui ne comprend ni “manoeuvres” ni “combinaisons”, lui est dicté par un intérêt économique normal (“elle veut accaparer une clientèle ou un marché”) et non par une volonté d'évasion fiscale. Nous croyons donc pouvoir dire que, pour décider s'il y a ou non profits ou avantages anormaux donnant lieu à l'application de la législation ici commentée, il ne suffira pas d'avoir égard à la hauteur de ces profits ou avantages; il conviendra, en outre, de sonder l'intention des parties qui ont rendu la réalisation de ces derniers possibles et d'y déceler une volonté d'évasion fiscale certaine” (“Commentaire de la loi du 13 juillet 1959 modifiant les lois relatives aux impôts sur les revenus, coordonnées le 15 janvier 1948, en vue de combattre l'évasion fiscale”, *J.P.D.F.* 1959, (256), 281).

In het arrest van 26 april 1966 inzake N.V. Craft (*Pas.* 1966, I, 1081; *Bull. Bel.* 1967, p. 1073, nr. 442; *R.P.S.* 1967, p. 220, nr. 5384) oordeelde Uw Hof dat de wetgever met de bepaling die bij artikel 4 van de wet van 13 juli 1959 is ingevoegd in paragraaf 1 van artikel 32 S.W.I.B. een einde heeft willen maken aan de belastingontduiking die men met toepassing van het tweede lid trachtte te bewerkstellingen door het batig saldo van een onderneming over te dragen aan een onderneming die haar vorige bedrijfsverliezen in mindering kon brengen. Volgens het Hof heeft de wetgever dit in mindering brengen afgeschaft in zover de voordelen en baten die rechtstreeks of zijdelings van de overheersende onderneming voortkomen, onder economisch abnormale omstandigheden verkregen zijn, ook al waren de aangewende middelen of procédés juridisch niet ongeoorloofd en al waren zij niet door simulatie aangetast.

Uit dat arrest kan worden afgeleid dat artikel 32, §1, vierde lid S.W.I.B. kan worden toegepast wanneer uit de feitelijke gegevens blijkt dat de winsten van of via een onderneming waarmee een band van wederzijdse afhankelijkheid bestaat, werden verkregen ten gevolge van niet normale handelingen of overeenkomsten, met als doel normaal fiscaal niet meer verhaalbare vorige bedrijfsverliezen toch nog te recupereren.

Artikel 53 W.I.B. 1964 (thans art. 79 W.I.B. 1992) wordt in de rechtsleer beschreven als een (bijkomende) anti-ontgaansbepaling, die de winstverschuiving naar vennootschappen met een overschot aan bepaalde aftrekbare bestanddelen wil verhinderen (VAN CROMBRUGGE, “Het arm's length –criterium bij multinationale groepen in het Blegisch fiscaal recht”, *T.R.V.* 1988, (75), 78).

De vraag of artikel 53 WIB 1964 een identieke draagwijdte heeft als artikel 32, §1, vierde lid S.W.I.B., - stelling die door de Administratie steeds werd verdedigd - en of de S.A. Craft-rechtspraak overtuigend was, is in de rechtsleer steeds erg omstreden geweest (Zie o.m. P. FAES, “Over het oneigenlijk karakter van artikel 79 W.I.B. als toetsingsgrond voor “omgekeerde fusies”, noot onder Cass., 23 februari 1995, *Rec. Cass.* 1996, 18-20; J.-L. GODEFROIT, “Le traitement fiscal des pertes”, *J.D.F.* 1982, (129), 142-143 met verdere verwijzingen; S. HUYSMAN, “De toepassing van artikel 79 W.I.B. 1992 op fusieverrichtingen”, *T.R.V.* 1994, 14-26; J. KIRKPATRICK, *Le régime fiscal des sociétés en Belgique*, Brussel, Bruylant, 1992, p. 96, nr. 2.105; Anders: P. COPPENS, noot onder het Craft-arrest, *R.P.S.* 1967, 222; M. DASSESE, “Le report des pertes fiscalement récupérables en cas d'absorption ou de fusion de sociétés: état actuel de la question et incidence sur celle-ci de la troisième directive concernant les fusion des sociétés anonymes”, noot onder Cass., 7 december 1979, *R.C.J.B.* 1984, p. 404, nr. 18 en 19; F. VAN ISTENDAEL, *De inkomstenbelasting en de fusie van vennootschappen*, II, Leuven, Acco, 1979, p. 848-858).

M. WAUMAN wees op de verschillende redactie van artikel 32, §1, vierde lid S.W.I.B. (abnormale voordelen en winsten) en artikel 53 W.I.B. 1964 (artikel 79 W.I.B. 1992). Vermits er in artikel 79 W.I.B. 1992 niet langer sprake is van abnormale winsten, is het voor de toepassing van deze bepaling naar zijn opvatting onontbeerlijk dat de winst afkomstig is van een toegestaan (abnormaal of goedgunstig) voordeel. De omstandigheid

dat een voorheen verlieslatende onderneming dank zij een fusie of inbreng later winsten maakt die zonder deze fusie of inbreng niet zouden zijn verwezenlijkt, zou op basis van artikel 79 niet de verliescompensatie kunnen verhinderen indien niet wordt aangetoond dat de fusie of inbreng op zich een bevoordeling heeft uitgemaakt van de verlieslatende vennootschap. Indien de fusie of inbreng normaal werd vergoed, kan de operatie op zich geen bevoordeling uitmaken voor de opslorpemde of inbrenggenietende vennootschap (M. WAUMAN, "Het bedrijf of de rechtspersoon: wat telt voor de verliesrecuperatie", *T.F.R.* 1996, (212), 217-218).

In het arrest van 23 februari 1995 (het tweede arrest inzake "Au Vieux Saint-Martin" , *A.C.* 1995, nr. 107) sloot het Hof zich aan bij de stelling van de administratie. Het Hof verwees naar de historische oorsprong van artikel 53 W.I.B. 1964 en oordeelde in verband met de overname door een verlieslatende vennootschap van een winstgevende vennootschap dat de beslissing van de appèlrechtters dat het abnormaal karakter van de voordelen voortvloeide uit het feit dat zij het gevolg zijn van de abnormale overdracht van de exploitatie van een bloeiende vennootschap, die uitsluitend ingegeven was door de bedoeling haar winsten over te dragen aan een verlieslatende vennootschap en om alzo de normaal niet recupereerbare verliezen te compenseren, naar recht verantwoord was.

Uit de rechtspraak van het Hof (Craft en Au Vieux Saint-Martin) blijkt zeer duidelijk dat artikel 53 W.I.B. 1964 (thans artikel 79 W.I.B. 1992) een ruime draagwijdte heeft en ook kan toegepast worden in geval van een inbreng. De voorwaarde van abnormaliteit wordt ruim geïnterpreteerd door niet alleen de tegenwaarde van de prestatie op zijn (ab)normaliteit te beoordelen, doch ook de transactie op zich.

Indien de fusie of inbreng plaatsvindt in economisch abnormale omstandigheden kan de verliesrecuperatie geweigerd worden. De verrichting kan abnormaal worden verklaard wanneer zij niet op grond van economische motieven verklaard kan worden, zodat de verlies- en winstcompensatie die eruit voortvloeit als artificieel voorkomt. Het is niet omdat een inbreng noodzakelijkerwijze een gelijkwaardige tegenprestatie met zich meebrengt, zijnde de ontvangst van aandelen die de inbreng vergoeden, dat de inbreng van een winstgevende bedrijvigheid in een verlieslatende onderneming, geen abnormaal voordeel kan inhouden.

Het abnormaal karakter van de voordelen kan blijken uit het feit dat ze te wijten zijn aan de abnormale overlating van een deel van een bloeiende vennootschap aan een ten dode opgeschreven vennootschap, indien dit gebeurt met de uitsluitende bedoeling om een deel van de winst over te dragen aan een ten dode opgeschreven vennootschap om deze vervolgens te compenseren met normaal niet verhaalbare verliezen van laatstgenoemde vennootschap.

Indien de belastingplichtige echter kan aantonen dat er zuiver economische motieven bestaan dan kan de inbreng of de fusie niet als een abnormaal of goedgunstig voordeel beschouwd worden omwille van het gunstige fiscale resultaat. De rechtspraak kan m.a.w. geen bedrijfsreorganisaties in de vorm van een fusie, opslorping, splitsing of inbreng die economisch verantwoord zijn, omwille van het belastingvoordeel dat de belastingwet aan zulke bona fide verrichting geeft, fiscaal bestraffen door toepassing van artikel 53 W.I.B. 1964 (F. VAN ISTENDAEL, *De inkomstenbelasting en de fusie van vennootschappen*, II, Leuven, Acco, 1979, p. 853-854).

Het bovenstaande impliceert bijgevolg dat de rechter, die geroepen wordt te toetsen of de door belastingplichtige gerealiseerde fiscale voordelen als "abnormaal of goedgunstig" dienen beschouwd in de zin van artikel 79 W.I.B. 1992, wel degelijk dient na te gaan of bedoelde voordelen werden verkregen onder economisch abnormale omstandigheden in het kader van verrichtingen die niet op grond van economische imperatieven kunnen verklaard worden.

Het middel, dat ervan uitgaat dat de rechter zich bij zijn beoordeling dient te beperken tot het onderzoek van de evenwaardigheid van de tegenprestatie in de litigieuze rechtshandeling, zonder acht te kunnen slaan op de economische verantwoording van de onderliggende verrichtingen in het kader waarvan het voordeel werd gerealiseerd, faalt dan ook naar recht².

Besluit: Verwerping.

ARREST

(A.R. F.03.0037.N)

I. Bestreden beslissing

2 Inzake voorliggende problematiek kan volgende rechtspraak en rechtsleer nuttig worden geraadpleegd: Cass., 10 april 2000, *A.C.* 2000, nr. 240; Cass., 23 februari 1995, *A.C.* 1995, nr. 107; Cass., 22 maart 1990, *A.C.* 1989-90, nr. 440; Cass., 3 december 1982, *A.C.* 1982-83, 465, conclusie Proc. gen. KRINGS; Cass., 7 december 1979, *A.C.* 1979-80, 446; Cass., 20 september 1972, *J.P.D.F.* 1972, 272, noot; Cass., 26 april 1966, *Bull. Bel.* 1967, p. 1073, nr. 442; *Pas.* 1966, I, 1081; *R.P.S.* 1967, p. 220, nr. 5384; Arbitragehof, nr. 70/96 van 11 december 1996; Antwerpen, 2 februari 1993, *A.F.T.* 1993, 225, noot NIBELLE, *T.R.V.* 1993, 240, noot VAN CROMBRUGGE; Luik, 17 februari 1993, *F.J.F.* 1993, 298; *Fisc. Koerier* 1993, 429, noot BEHAEGHE; *T.R.V.* 1994, 57, noot; Luik, 6 februari 1991, *Fisc. Koerier* 1991, 226, noot VAN HEESWUCK; P. BEGHIN en K. FLAMANT, *Handboek vennootschapsbelasting 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 295-300; K. CALLEWAERT en A. SMITS, "(Inter)nationale verliescompensatie", in W. MAECKELBERGH en P. CARLIER (eds.), *Fiscaal Praktijkboek '96-97, Directe belastingen*, Diegem, Kluwer, 1996, 1-40; I. CLAEYS BOÛUAERT, en S. VAN CROMBRUGGE, "Concern en belastingen", in *Vennootschap en belastingen*; H. COPPENS, "Artikelen 53 en 115 WIB terzake van abnormale of goedgunstige voordelen aan Belgische ondernemingen", *T.F.R.* 1987, 273-290; P. COPPENS, noot onder Cass., 26 april 1966, *R.P.S.* 1967, 223; P. COUGNON, *Beroepsverliezen en fiscus*, Diegem, CED-Samson, 1996, 93-105; M. DASSESE, "Le report des pertes fiscalement récupérables en cas d'absorption ou de fusion de sociétés: état actuel de la question et incidence sur celle-ci de la troisième directive concernant la fusion des sociétés anonymes", (noot onder Cass. 7 december 1979), *R.C.J.B.* 1984, p. 404, nr. 19; F. DELOBBE, "Het belastingstelsel van de aftrekbaarheid van de vorige verliezen in de personenbelasting en de vennootschapsbelasting", *Pacioli (N)* 2002, afl. 128, 1-4; C. DE MEY en J. WILMART, "Commentaire de la loi du 13 juillet 1959 modifiant les lois relatives aux impôts sur les revenus, coordonnées le 15 janvier 1948, en vue de combattre l'évasion fiscale", *J.P.D.F.* 1959, 256 e.v.; D. DESCHRIJVER, "Over abnormale of goedgunstige voordelen die zijn toegekend aan een zich fiscaal in een verliessituatie bevindende onderneming", (noot onder Antwerpen 15 juni 1999), *T.R.V.* 1999, 586-589; P. FAES, "Over het oneigenlijk karakter van artikel 79 W.I.B. als toetsingsgrond voor «omgekeerde fusies»", (noot onder Cass. 23 februari 1995), *Rec. Cass.* 1996, 18-20; D. GARABEDIAN, "Développements récents à propos de la déduction des pertes antérieures des sociétés", *R.G.F.* 1995, 233-250; J.-L. GODEFROIT, "Le traitement fiscal des pertes", *J.D.F.* 1982, 129-159; A. HAELTERMAN, "Fiscale consolidatie: De belasting van de vennootschappengroep naar de economische realiteit", *Fiskofoon* 1985, 209-230 (p. 215, nr. 57); S. HUYSMAN, "De toepassing van artikel 79 W.I.B. 1992 op fusieverrichtingen", *T.R.V.* 1994, 14-26; A. JONGSMA, *Compendium van de vennootschapsbelasting*, Kluwer, Deventer, 1980, 132 p.; J. KIRKPATRICK, *Le régime fiscal des sociétés en Belgique*, Brussel, Bruylant, 1992; J. KIRKPATRICK en D. GARABEDIAN, *Le régime fiscal des sociétés en Belgique*, Brussel, Bruylant, 2003; J.-P. MAGREMANNE, "Au Vieux Saint-Martin. Geen recuperatie van verliezen op abnormale of goedgunstige voordelen", *Fisc. Act.* 1995, 18/1-4; M. TAHOON, "Reorganisatieverrichtingen en verliesrekening", *T.F.R.* 1996, 219-227; R. VALENTIN, "Pertes professionnelles et avantages anormaux ou bénévoles", *J.D.F.* 1978, 65-74; VAN CROMBRUGGE, "Het arm's length-criterium bij multinationale groepen in het Belgisch fiscaal recht", *T.R.V.* 1988, 75-85; S. VAN CROMBRUGGE, *Beginselen van de vennootschapsbelasting*, Kalmthout, Biblio, 1999, 113-122; F. VAN ISTENDAEL, *De inkomstenbelasting en de fusie van vennootschappen*, II, Leuven, Acco, 1979, p. 848-852, nrs. 1354 en 1360 en p. 854-858, nrs. 1364-1372; P. VAN ROMPAEY, "Abnormale of goedgunstige voordelen in de vennootschapsbelasting. Overzicht van recente rechtspraak", *Fiscaal Praktijkboek 2002-2003, Directe belastingen*, 199-231; L. VERLINDEN, "Abnormale en goedgunstige voordelen in het binnenland, na de Wet van 22 december 1989", *Fiskofoon* 1990, 299-306; M. WAUMAN, "Het bedrijf of de rechtspersoon: wat telt voor de verliesrecupe-

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, op 2 april 2003 gewezen door het Hof van Beroep te Brussel.

II. Rechtspleging voor het Hof

Raadsheer Eric Stassijns heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Dirk Thijs heeft geconcludeerd.

III. Middel

Eiseres voert in haar verzoekschrift een middel aan.

Geschonden wettelijke bepalingen

- artikel 149 van de gecoördineerde Grondwet;

- artikel 79 van het Wetboek van Inkomstenbelastingen (1992).

Aangevochten beslissingen

Het bestreden arrest oordeelt dat aan eiseres "de aftrek dient geweigerd te worden van de bedrijfsverliezen die zij geleden heeft voor de inbreng en die volledig vreemd zijn aan haar economische activiteit sedert deze inbreng". De beslissing van de gewestelijke directeur om de bedrijfsverliezen te weigeren wordt bevestigd op grond van volgende motivering (p. 3-5 van het arrest):

"De aandeelhouders van de gesplitste bedrijven hebben zich de aandelen verschaft van (eiseres) op een ogenblik dat deze een lege schelp was met een belangrijk bedrijfsverlies.

De elementen van het dossier laten zonder enige twijfel toe, vast te stellen dat de bedrijfsgebouwen, binnen het kader van een, door een fiduciaire opgezette constructie, alleen bij (eiseres) werden ingebracht, om de winsten van de gesplitste bedrijven, langs het verhuren van de bedrijfsgebouwen om, te kunnen compenseren, met de, op het ogenblik van de inbreng bestaande, bedrijfsverliezen van (cliënte).

Artikel 79 van het W.I.B. (92) bepaalt dat geen aftrek wegens bedrijfsverliezen kan worden verricht op het gedeelte van de winst of de baten dat voortkomt van abnormale of goedgunstige voordelen die de belastingplichtige, in welke mate of vorm of door welk middel ook, rechtstreeks of onrechtstreeks, tijdens het belastbaar tijdperk, heeft behaald uit een onderneming ten aanzien waarvan hij zich rechtstreeks of onrechtstreeks in enigerlei band van wederzijdse afhankelijkheid bevindt.

In casu werden bedrijfsgebouwen niet ingebracht in een nieuwe vennootschap om ze door deze nieuwe vennootschap te laten exploiteren, maar werden ze ingebracht met het oog op exploitatie, in een zieltogende vennootschap, waarvan het bedrijfsverlies volledig vreemd is aan de gesplitste vennootschappen, met als enig doel ze te compenseren met de vroegere verliezen van deze zieltogende vennootschap, waarvan de enige handelswaarde deze was van gecumuleerde bedrijfsverliezen, die normalerwijze niet konden worden teruggewonnen.

Het kan niet redelijk betwist worden dat (eiseres) en de huurders zich in een band van wederzijdse afhankelijkheid bevinden.

Artikel 79 W.I.B. (92), dat art. 53, lid 1 W.I.B. (64) overnam, beperkt in dat geval de mogelijkheid om bedrijfsverliezen af te trekken op het gedeelte van de winsten of baten dat voortkomt van abnormale of goedgunstige voordelen in welke mate of vorm of door welk middel ook rechtstreeks of onrechtstreeks uit een onderneming bekomen.

Het abnormaal karakter van de voordelen volgt hieruit, dat eerder dan de bedrijfsgebouwen van het risico van de exploitatievennootschappen te onttrekken door ze in te

brenge in een vennootschap, ze werden ingebracht in een zieloende vennootschap waarvan de enige marktwaarde bestond uit de gecumuleerde verliezen, om deze vennootschap toe te laten deze vroegere verliezen, die normaal niet konden worden teruggevoonden, te compenseren met de winsten, die door de exploitatie van de gebouwen worden behaald.

De omvang van het abnormaal en goedgunstig voordeel is gelijk aan het bedrag van de op het ogenblik van de inbreng bij (eiseres) bestaande bedrijfsverliezen.

Het gedeelte van de jaarlijkse huurprijs dat dient om de bedrijfsverliezen te compenseren is het tijdens elk belastingtijdperk aan (eiseres) toegestaan abnormaal en goedgunstig voordeel.

Het abnormaal en goedgunstig voordeel bestaat in de constructie waarvan de huurovereenkomst maar dat onderdeel is dat erop gericht is jaarlijks het goedgunstig voordeel te officialiseren.

Tevergeefs stelt (eiseres), die daardoor zowel de geest als de letter van de hele complexe maar onlosmakelijk verbonden splitsing, inbreng en verhuur miskent, dat de aftrek maar mag verhindert worden tijdens het jaar van de splitsing. Ieder jaar wordt ten beloop van het gecompenseerd bedrijfsverlies een abnormaal en goedgunstig voordeel aan (eiseres) toegekend.

Tevergeefs stelt (eiseres) eveneens dat er verhuurd wordt tegen een normale huurprijs zodat er, wegens de evenredigheid van de wederzijdse prestaties, van enige abnormaal voordeel geen sprake kan zijn. Het abnormaal en goedgunstig voordeel situeert zich in de volledige abnormale constructie. De rechter mag zich niet beperken tot het onderzoek van de evenwaardigheid van de tegenprestatie in het huurcontract maar dient ook na te gaan of de gebouwen werden ingebracht in de vennootschap in economisch verantwoorde omstandigheden en niet alleen met het oog op belastingontduiking om de aftrek van bedrijfsverliezen, vreemd aan de economische activiteit van de gesplitste exploitatievennootschappen, mogelijk te maken en aldus aan (eiseres) een abnormaal voordeel toe te staan, door deze vennootschappen".

Grieven

(...)

2. Tweede onderdeel

Schending van artikel 79 W.I.B. 1992.

Zoals blijkt uit de middelen, ingeroepen in eiseres' conclusie en hierboven geciteerd in het eerste onderdeel, meent eiseres dat het arrest volledig stoelt op een onjuiste interpretatie van artikel 79 W.I.B., meer bepaald, van het daarin voorkomend begrip "abnormale of goedgunstige voordelen". Het arrest heeft derhalve deze wetsbepaling geschonden.

In de appelconclusie (aanvullende conclusie, p. 3-5) was op omstandige wijze uiteengezet waarom in de voorliggende hypothese de in het arrest geponeerde stelling noch met de letter, noch met de geest van de betrokken wetsbepaling te verenigen viel. Eiseres verwijst daaromtrent naar de bovengeciteerde middelen uit haar aanvullende beroepsconclusie.

Artikel 79 W.I.B. (92) luidt als volgt:

"Beroepsverliezen worden niet afgetrokken van het gedeelte van de winst of de baten dat voorkomt uit abnormale of goedgunstige voordelen die de belastingsplichtige, in welke vorm of door welk middel ook, rechtstreeks of onrechtstreeks heeft verkregen uit een onderneming ten aanzien waarvan hij zich rechtstreeks of onrechtstreeks in enige band van wederzijdse afhankelijkheid bevindt".

In voorliggend geval betreft de kernvraag de wijze waarop het "abnormaal" of "goed-

gunstig" karakter van het betrokken "voordeel" dient beoordeeld te worden. Volgens eiseres moet dit volgens de letter en de geest van artikel 79 W.I.B. (92) (het vroegere artikel 53 W.I.B. 1964) geschieden op grond van een kwantitatieve beoordeling van het betrokken " voordeel", in voorliggend geval, de huurgelden, en niet louter op grond van het door verweerder en het arrest gehanteerde criterium van een economische beoordeling en verantwoording van de onderliggende verrichting in het kader waarvan het litigieuze (v)oordeel effectief werd gerealiseerd.

Waarom die laatste opvatting volgens eiseres verkeerd is en derhalve wordt aangevochten in deze, heeft eiseres uiteengezet in haar aanvullende beroepsconclusie, meer bepaald in de bovenvermelde middelen uit haar conclusie die hier eveneens als herhaald worden beschouwd. Tot staving van haar stelling verwees en verwijst eiseres naar parlementaire documenten, rechtsleer en rechtspraak die ook voor het hof van beroep werden ingeroepen, o.m.:

- S. HUYSMAN, "De toepassing van artikel 79 W.I.B. (1992) op fusieverrichtingen", in *T.R.V.* 1994, (14) 17-22;

- D. GARABEDIAN, "Développements récents à propos de la déduction des pertes antérieures des sociétés", in *R.G.F.* 8-9, 1995, (233) 241, nr. 25;

- P. FAES, "Over het oneigenlijk karakter van artikel 79 W.I.B. als toetsingsgeval voor "omgekeerde" fusies. Het arrest van het Hof van Cassatie van 23 februari 1995", *Rec. Arresten Cass.* 1996, (18) 19;

- J.P. MAGREMANNE, *Au Vieux St. Martin, Geen recuperatie van verliezen op abnormale of goedgunstige voordelen*;

- J. KIRKPATRICK – D. GARABEDIAN, *Le régime fiscal des sociétés en Belgique*, 3^{ème} édition, 2003, 200-202.

Het feit dat het Hof van Cassatie zich m.b.t. specifieke, andere hypothesen, over het begrip "abnormale of goedgunstige voordelen" heeft uitgesproken (Cass. 23 februari 1995, *A.C.* 1995, 206; Cass. 10 april 2000, *A.C.* 2000, 759) acht eiseres geen beletsel om het Hof uit te nodigen de wettigheid van de toepassing van bedoeld rechtsbegrip door het bestreden arrest in de gegeven omstandigheden te toetsen en de draagwijdte van dit begrip desgevallend nader te bepalen in de door eiseres voorgestelde zin.

IV. Beslissing van het Hof

(...)

2. Tweede onderdeel

Overwegende dat, krachtens artikel 79 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen (1992), beroepsverliezen niet worden afgetrokken van het gedeelte van de winst of de baten dat voortkomt uit abnormale of goedgunstige voordelen die de belastingplichtige, in welke vorm of door welk middel ook, rechtstreeks of onrechtstreeks heeft verkregen uit een onderneming ten aanzien waarvan hij zich rechtstreeks of onrechtstreeks in enige band van wederzijdse afhankelijkheid bevindt;

Dat inzake vennootschapsbelasting, overeenkomstig artikel 207, tweede lid van hetzelfde Wetboek, zoals te dezen van toepassing, geen aftrek van vorige verliezen mag worden verricht op het gedeelte van de winst dat voortkomt van abnormale en goedgunstige voordelen vermeld in artikel 79;

Overwegende dat de bepaling die de grondslag vormt van genoemd artikel 79 in de vroegere wetgeving is ingevoegd door de wet van 13 juli 1959 tot wijziging van de op 15 januari 1948 samengeordende wetten betreffende de inkomstenbe-

lastingen tot bestrijding van de fiscale ontwijing, waarbij de wetgever aldus een einde heeft willen maken aan de ontwijing, die het gevolg was van de overdracht van de winstgevende resultaten van een onderneming naar een andere onderneming die wegens haar vroegere bedrijfsverliezen, de aftrek ervan kon doen;

Dat de rechter die geroepen wordt te toetsen of de door de belastingplichtige gerealiseerde fiscale voordelen als "abnormaal of goedgunstig" dienen aange-merkt in de zin van artikel 79 Wetboek van de Inkomstenbelastingen (1992) derhalve mag nagaan of bedoelde voordelen onder abnormale omstandigheden werden verkregen in het raam van verrichtingen die niet op grond van economische doelstellingen maar enkel op grond van fiscale oogmerken konden worden verklaard;

Dat het middel, dat ervan uitgaat dat de rechter zich bij zijn beoordeling dient te beperken tot het onderzoek van de evenwaardigheid van de tegenprestatie in de betwiste rechtshandeling, zonder acht te kunnen slaan op de economische verantwoording van de onderliggende verrichtingen in het raam waarvan het voordeel is gerealiseerd, faalt naar recht;

OM DIE REDENEN,

HET HOF,

Verwerpt het cassatieberoep;

Veroordeelt eiseres in de kosten.

29 april 2005 - 1^o kamer – *Voorzitter*: de h. Verougstraete, voorzitter – *Verslaggever*: de h. Stassijns – *Gelijklopende conclusie* van de h. Thijs, advocaat-generaal – *Advocaten*: mrs. De Gryse en Claeys Bouúaert.
