

uitbreidt, schept het niettemin een wettelijke grondslag voor vervolging in België. Terwijl voorheen geen wettelijke basis voor vervolging en dus *a fortiori* voor bestraffing in België voor dergelijke feiten bestond, is dat sinds de wet van 13 maart 2003 wel het geval.

Bijgevolg dient de wet van 13 maart 2003 te worden beschouwd als een bepaling van materieel strafrecht.

B.8.1. Overeenkomstig de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens huldigt art. 7 E.V.R.M. het wettigheidsbeginsel in strafzaken en verbiedt het in het bijzonder de retroactieve toepassing van de strafwet wanneer dit in het nadeel van de betrokkene is (Kokkinakis t/ Griekenland, arrest van 25 mei 1993, serie A, nr. 260-A, § 52; Coëme e.a. t/ België, arrest van 22 juni 2000, § 145). Zo is vereist dat er, op het ogenblik dat de beklaagde de handeling heeft gesteld die aanleiding geeft tot vervolging en veroordeling, een wettelijke bepaling bestond die die handeling strafbaar stelde (zie Coëme e.a. t/ België, *l. c.*, § 145).

B.8.2. Uit het bovenstaande blijkt dat er op het ogenblik waarop de verzoekster de feiten zou hebben gepleegd waarvan ze wordt verdacht, in België geen wettelijke basis aanwezig was op grond waarvan zij voor die feiten voor de Belgische strafrechtbanken kon worden vervolgd en berecht.

B.8.3. Het middel is gegrond.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 17 JANUARI 2003

Voorzitter: de h. Verougstraete

Rapporteur: de h. Boes

Openbaar ministerie: de h. Timperman

Advocaten: mrs. Verbist en Geinger

Onrechtmatige daad – Aansprakelijkheid – Gebrekkige zaken – Begrip gebrek – Abnormaal kenmerk – Samengestelde zaak

Om een zaak te beschouwen als gebrekkig in de zin als bedoeld in art. 1384, eerste lid, B.W., is het niet voldoende dat aan een zaak iets wordt toegevoegd waardoor schade ontstaat. Het is vereist dat de zaak in haar geheel een abnormaal kenmerk vertoont. De feitenrechter beoordeelt onaantastbaar in feite of een zaak een gebrek vertoont en of hetgeen eraan wordt toegevoegd deel uitmaakt van dit geheel.

T., P. en NV K. t/ Vlaams Gewest

I. Bestreden beslissing

Het cassatieberoep is gericht tegen een vonnis, op 18 mei 2001 in hoger beroep gewezen door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Turnhout.

...

IV. Beslissing van het Hof

Overwegende dat een zaak gebrekkig is in de zin van art. 1384, eerste lid, B.W., indien zij een abnormaal ken-

merk vertoont waardoor zij in bepaalde omstandigheden schade kan veroorzaken;

Dat eensdeels het abnormale kenmerk geen intrinsiek kenmerk moet betreffen of een blijvend element dat inherent is aan de zaak en zich voordoet buiten ieder toedoen van een derde;

Dat anderdeels het niet voldoende is om een zaak als gebrekkig te beschouwen wanneer aan een zaak iets wordt toegevoegd waardoor schade ontstaat; dat vereist wordt dat de zaak in haar geheel een abnormaal kenmerk zou vertonen; dat de feitenrechter onaantastbaar in feite oordeelt of de zaak een gebrek vertoont en of hetgeen eraan toegevoegd wordt deel uitmaakt van dit geheel;

Overwegende dat de appelrechters in feite oordelen dat een vrachtwagenwiel in onbekende omstandigheden op de rijbaan is terechtgekomen, maar dat dit voorwerp geen deel uitmaakt van de rijbaan waardoor die rijbaan zelf in haar normale structuur wordt aangetast;

Dat zij aldus het bestaan van een samengestelde zaak verwerpen en uitsluiten dat de rijbaan door het vrachtwagenwiel dat erop lag van aard geworden was dat de rijbaan schade kon veroorzaken;

Dat de appelrechters aldus hun beslissing naar recht verantwoorden;

Dat het middel niet kan worden aangenomen.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 4 FEBRUARI 2005

Voorzitter: de h. Verougstraete

Rapporteur: mevr. Bourgeois

Openbaar ministerie: de h. Bresseleers

Advocaat: mr. Geinger

Gerechtsdeurwaarder – Proces-verbaal van vaststelling – Vervanging wegens verhindering – Vaststelling van overspel – Begrip verhindering

Krachtens art. 524 Ger. W. moet de gerechtsdeurwaarder die vakantie neemt of die verhinderd is om zijn ambt uit te oefenen, zich laten vervangen door een confrater of door een plaatsvervangend gerechtsdeurwaarder. Verhindering in de zin van deze bepaling kan weliswaar berusten op gezondheidsredenen, maar niet op redenen van persoonlijk comfort of de wens de werkbelasting te verlagen.

W.P. t/ J.E. en B.L.

I. Bestreden beslissing

Het cassatieberoep is gericht tegen een op 29 januari 2001 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen arrest.

...

IV. Beslissing van het Hof

Overwegende dat krachtens art. 1016bis, eerste lid, Ger. W., het bewijs van overspel als grond tot echtschei-

ding kan worden geleverd door vaststelling bij gerechtsdeurwaarder;

Dat de voorzitter van de rechtbank krachtens het vierde lid van dit artikel een gerechtsdeurwaarder kan aanstellen om de nodige vaststellingen te doen;

Dat krachtens art. 524 Ger. W. de gerechtsdeurwaarder die vakantie neemt of verhinderd is om zijn ambt uit te oefenen, zich moet laten vervangen door een confrater of een plaatsvervangend gerechtsdeurwaarder;

Dat verhoging weliswaar kan berusten op gezondheidsredenen maar niet op redenen van persoonlijk comfort of de wens de werkbelasting te verlagen;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat de enige reden voor de vervanging van eiser door zijn confrater is dat hij om vijf uur 's morgens geen vaststellingen zou kunnen doen omdat een dergelijk vroeg uur in functie van zijn werkbelasting zijn gezondheid in gevaar zou kunnen brengen;

Dat het arrest op grond van die feitelijke gegevens op onaantastbare wijze oordeelt dat daaruit geenszins blijkt dat eiser de gerechtsdeurwaarder is die vakantie neemt of die verhinderd is om zijn ambt uit te oefenen in de zin van art. 524 Ger. W.; dat het oordeelt dat eiser niet persoonlijk verhinderd was om de betrokken vaststellingen te doen;

Dat het arrest aldus zijn beslissing naar recht verantwoordt.

NOOT – Het Hof van Cassatie tegen de vervanging van een gerechtsdeurwaarder bij de vaststelling van overspel: geen recht op slaap voor de gerechtsdeurwaarder!

1. Vooraleer over te gaan tot bespreking van het arrest, past een korte kritische kanttekening. Bij de maatschappelijke wenselijkheid van overspel als grondslag voor een (schuld)rechtscheiding – en bij het hele fenomeen van de schuldechtscheiding – kunnen ernstige vraagtekens worden geplaatst. Een uitgebreide stellingname in dat verband valt echter buiten het bestek van deze noot. Overspel kan in het raam van een echtscheidingsprocedure wellicht nog enige relevantie hebben, maar dan hooguit als een indicatie dat er sprake is van een duurzame huwelijksontwrichting, wat op zichzelf wel een aanvaardbare grondslag lijkt voor een (foutloze) echtscheiding.

Overspel afschaffen als grond tot (schuld)rechtscheiding zou meteen ook tot gevolg hebben dat de palavers over het beledigend karakter van het overspel de wereld worden uitgeholpen. Het vereiste dat het overspel beledigend moet zijn, geeft aanleiding tot rechtsonzekerheid en soms tot artificiële en willekeurige resultaten.

Een volgend hinderlijk fenomeen dat door de verdwijning van overspel als grond tot schuldechtscheiding meteen zou verdwijnen is... de vaststelling van overspel! Buiten het feit dat wat «straffe verhalen» van gerechtsdeurwaarders zouden verdwijnen over naakte mannen in dakgoten of halfnaakte minnaressen die zogezegd de poetsvrouw zijn om zes uur 's ochtends, zou niemand treuren om het verdwijnen van dat fenomeen – behalve natuurlijk de huwelijkspartner die de mammon dient en die een echtscheiding als een «business opportunity» beschouwt...

2. De vaststelling van overspel is een fenomeen dat aanleiding gaf tot vrij uitgebreide rechtspraak en rechtsleer (zie de verwijzingen bij: B. Allemeersch en K. Wagner,

«Stand van zaken en actuele ontwikkelingen inzake het geding», *R.W.* 2003-04, 1144-1145). In deze noot wordt slechts één aspect belicht, nl. de *vervanging* van de gerechtsdeurwaarder door een plaatsvervangend gerechtsdeurwaarder of door een confrater. Beknoptheidshalve wordt in deze noot naar degene die de gerechtsdeurwaarder vervangt, verwezen als de «*vervanger*», ongeacht of het gaat om een persoon met de hoedanigheid van gerechtsdeurwaarder of met de hoedanigheid van plaatsvervangend gerechtsdeurwaarder. De plaatsvervangend gerechtsdeurwaarder is iemand die beantwoordt aan alle voorwaarden om door de Koning te worden benoemd tot gerechtsdeurwaarder, maar die zo'n benoeming nog niet verkreeg, en die door de procureur des Konings tot plaatsvervangend gerechtsdeurwaarder werd benoemd (zie art. 525 Ger. W.).

3. Overdag liggen de meeste mensen niet in hun bed. Vanaf 7 uur 's ochtends stromen de autosnelwegen en de treinen vol. Krachtens art. 1016*bis* Ger. W. mag geen enkele vaststelling van overspel worden gedaan tussen 21 uur en 5 uur. Vaststellingen vóór 21 uur hebben weinig zin, aangezien vele overspeligen zich rond die tijd wijden aan activiteiten op allerlei zeer variabele plaatsen die het overspel niet zelden voorafgaan (bioscoop- en restaurantbezoek, parkwandelingen). Het gevolg van dit alles is dat vaststellingen van overspel, willen zij een redelijke slaagkans bieden, slechts zinvol zijn tussen ongeveer 5 en 7 uur 's ochtends.

Wanneer men beseft dat vele gerechtsdeurwaarderskantoren overbelast zijn, zodat nogal wat gerechtsdeurwaarders tot 9 uur 's avonds op de baan zijn, dient i.v.m. de vaststellingen van overspel een zekere redelijkheid en realiteitszin (en zin voor efficiëntie) aan de dag te worden gelegd. Wanneer bijvoorbeeld in een associatie van drie gerechtsdeurwaarders drie vaststellingen van overspel moeten gebeuren, heeft het toch weinig zin dat op een bepaalde ochtend de drie gerechtsdeurwaarders om 4 uur 's nachts moeten opstaan om elkaar dan bij wijze van spreken om 5 uur te ontmoeten in dezelfde straat of wijk. Zoiets is niet alleen onmenselijk en inefficiënt tegenover de gerechtsdeurwaarder, maar ook andere rechtsbeoefenaren en de burgers dreigen daarvan het slachtoffer te worden. De gerechtsdeurwaarder die kampt met hoofdpijn of slaperigheid ingevolge slaaptekort, zal onvermijdelijk meer fouten begaan, trager werken of minder geduldig blijven dan de uitgeslapen gerechtsdeurwaarder.

Welnu, wellicht lijkt het bovenstaande evident, maar na lectuur van het bovenstaande cassatiearrest is het dat alerm minst en blijkt het Hof van Cassatie de gerechtsdeurwaarder veeleer te beschouwen als een machine waar men probleemloos om 4 uur 's ochtends op de «on-switch» mag drukken om vervolgens perfecte efficiëntie te mogen verwachten tot 21 uur 's avonds.

4. De volgende overweging kan moeilijk anders dan als onredelijk worden gekwalificeerd: «Dat krachtens art. 524 Ger. W. de gerechtsdeurwaarder die vakantie neemt of verhinderd is om zijn ambt uit te oefenen, zich moet laten vervangen door een confrater of een plaatsvervangend gerechtsdeurwaarder; dat verhoging weliswaar kan berusten op gezondheidsredenen maar niet op redenen van persoonlijk comfort of de wens de werkbelasting te verlagen; overwegende dat het arrest vaststelt dat de enige

reden voor de vervanging van eiser door zijn confrater is dat hij om vijf uur 's morgens geen vaststellingen zou kunnen doen omdat een dergelijk vroeg uur in functie van zijn werkbelasting zijn gezondheid in gevaar zou kunnen brengen».

Natuurlijk is een vaststelling van overspel een delicate aangelegenheid, waarvoor een combinatie vereist is van tact, ervaring en doortastendheid. Dat zo'n delicate taak wordt toevertrouwd aan de gerechtsdeurwaarder, is bijgevolg geheel verantwoord. Niet verantwoord is echter dat men gerechtsdeurwaarders het recht zou ontzeggen zich op efficiënte wijze te organiseren en de corvee te spreiden, te verdelen, respectievelijk te bundelen door bv. een rolbeurt in te stellen onder collega's.

5. Cassatietechnische argumenten bieden geen verklaring voor het arrest of evenmin een middel om de draagwijdte ervan te beperken. Immers, het Hof doet uitspraak over de draagwijdte van art. 524 Ger. W. i.v.m. de plaatsvervanging in vrij algemene bewoordingen en bevestigt dat deze wettekst niet inhoudt dat «*redenen van persoonlijk comfort of de wens de werkbelasting te verlagen*» een vervanging kunnen rechtvaardigen, d.i. een overweging over de betekenis van deze wettekst, *in abstracto*, los van de concrete omstandigheden van de zaak.

De tekst van de wet noopt nochtans niet tot die interpretatie, want daarin is sprake van de «gerechtsdeurwaarder die vakantie neemt of verhinderd is om zijn ambt uit te oefenen». De wet geeft m.a.w. geen invulling van wat verhinderd zijn betekent. De wet vereist niet dat de gerechtsdeurwaarder zich enkel mag laten vervangen wanneer hij bv. doodziek in het ziekenhuis ligt. Allicht zal niemand betwisten dat de gerechtsdeurwaarder zich mag laten vervangen wanneer hij aanwezig wil zijn op een bijeenkomst in het raam van permanente vorming. Uit de wet zelf blijkt ook dat de gerechtsdeurwaarder op vakantie mag gaan: de gerechtsdeurwaarder is beoefenaar van een vrij beroep maar tegelijk een ministerieel ambtenaar. Hij mag m.a.w. op vakantie gaan wanneer hij wil en naar congressen en studiedagen gaan wanneer hij wil: precies door het feit dat hij zich moet laten vervangen, is de continuïteit van de dienstverlening gegarandeerd. Ingevolge het geannoteerde arrest, mag hij echter niet slapen wanneer hij wil...

In het licht van de tekst van art. 524 Ger. W. lijkt de enige aanvaardbare interpretatie dat de gerechtsdeurwaarder zich in zijn ambtsverrichtingen onbeperkt en naar eigen goedgevoelen mag laten vervangen door een confrater of door een plaatsvervangend gerechtsdeurwaarder, daar de wet geen opsomming omvat van de omstandigheden waarin de gerechtsdeurwaarder als «verhinderd» geldt. Of de beschikking waarin de gerechtsdeurwaarder gemachtigd wordt over te gaan tot het doen van de vaststelling van overspel melding maakt van enige vervanging of niet, mag als irrelevant gelden.

6. Wat dit arrest nog meer bevreedend maakt, is dat het Hof van Cassatie de gerechtsdeurwaarder zeker niet altijd een slaapttekort heeft toegewend. Bijna twaalf jaar lang gebeurden de vaststellingen van overspel rekening houdend met een arrest van het Hof van Cassatie van 29 april 1993 (R.W. 1993-94, 542), waarvan de cruciale overwegingen luiden: «Overwegende dat naar luid van art. 524 Ger. W., dat op het tijdstip van de litigieuze vaststelling

van kracht was, de gerechtsdeurwaarder die tijdelijk verhinderd was om zijn ambt uit te oefenen, zich moest laten vervangen onder de in dat artikel bepaalde voorwaarden; overwegende dat art. 1016bis van hetzelfde wetboek, luidens welk de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg een gerechtsdeurwaarder kan aanstellen om een overspel vast te stellen, niet afwijkt van genoemd art. 524 en niet op straffe van nietigheid van de vaststelling die verplichting oplegt daarin te vermelden dat de bij art. 524 voorgeschreven vereisten zijn in acht genomen; dat het arrest, door als bewijs van het overspel van eiseres de vaststelling aan te nemen die is opgemaakt door de gerechtsdeurwaarder A die optrad in vervanging van de gerechtsdeurwaarder B, die was aangesteld om de vaststelling te doen maar die verhinderd was om zulks te doen, de in dat onderdeel aangewezen wetsbepalingen niet schendt».

7. Het geannoteerde arrest dreigt een overloze en ergerlijke stroom van betwistingen op gang te brengen. Immers, talloze vaststellingen van overspel gebeurden de afgelopen jaren met het voormelde arrest van 29 april 1993 indachtig. In het licht van de nieuwe rechtspraak zou men de geldigheid van nogal wat van die vaststellingen kunnen aanvechten.

Gelet op de belangen die voor vele rechtzoekenden op het spel staan, is dus gewenst dat zo spoedig mogelijk een nieuw cassatiearrest wordt gewezen om de misstap recht te zetten.

In afwachting daarvan hebben wij twee aanbevelingen voor de gerechtsdeurwaarders, aangezien wij ter bestrijding van slechts milde tirannie niet geloven in revolutie of burgerlijke ongehoorzaamheid: zorg voor grote hoeveelheden pijnstillers, verwaarloos uw echtgenotes en ga toch maar om 21 u 30 slapen, zodat u om 4 uur 's ochtends monter en fris bent...

Kris Wagner
Assistent K.U. Leuven
Advocaat

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 7 APRIL 2005

Voorzitter: de h. Parmentier

Rapporteur: mevr. Matray

Openbaar ministerie: de h. Werquin

Advocaten: mrs. Verbist en De Bruyn

Alleenverkoopwet – Beëindiging – a) Redelijke opzeggingstermijn of billijke vergoeding – Door rechter in aanmerking te nemen elementen – b) Billijke bijkomende vergoeding – Door rechter in aanmerking te nemen elementen

a) *Noch de omstandigheid dat de redelijke opzeggingstermijn waarop de concessiehouder op grond van art. 2 van de Alleenverkoopwet recht heeft, wordt bepaald 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*