

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

REDACTIE : RIDDER RENE VICTOR, HOOFDREDACTEUR

E. BOONEN, C. CAENEPEEL

REDACTIEADRES : PROF. MR. RIDDER RENE VICTOR, BRITSELEI 40, 2000 ANTWERPEN

DE NIEUWE HUURWET DE HUURPRIJS — DE KOSTEN EN LASTEN — DE TERUGBETALING — DE BORGSTELLING EN DE PROCEDURE

1. Hoewel zij geen algehele hervorming van het huurrecht inhoudt, beoogt de wet van 29 december 1983 betreffende de huur van onroerende goederen¹ nochtans een definitieve hervorming te zijn². Hierin verschilt zij van de zogenaamde jaarwetten die sinds 1975 als nieuwjaarsgeschenk door het Parlement aan verhuurders en huurders en aan het interpretatievernuft van de jurist aangeboden werden en die steeds maar een tijdelijk karakter vertoonden³.

Maar de nieuwe huurwet houdt slechts een fragmentaire aanpassing van het huurrecht in. Zij beoogt voornamelijk een einde te maken aan de periode van blokkering van huurprijzen. Mede zijn zgn. «overgangsbepalingen» uitgewerkt ten einde de overgang tussen de regeling van de tijde-

lijke huurwetten, die de openbare orde raakten, en het herstel van de wilsautonomie ter zake zachtjes te laten verlopen⁴.

De bepalingen van het Burgerlijk Wetboek m.b.t. de huur worden behouden doch aangevuld met een aantal nieuwe bepalingen, die de thans vigerende opvattingen wensen te weerspiegelen.

2. Hierbij zijn een aantal bepalingen van dwingend recht wanneer een nietigheidssanctie op de niet-naleving ervan is gesteld⁵. In strijd met de tijdelijke wetten van de laatste jaren betreft de wet van 29 december 1983 noch de essentiële belangen van de Staat, noch bepaalt ze in het privaatrecht de juridische grondslagen waarop de economische orde van de samenleving rust⁶. Aldus raakt zij niet de openbare orde doch bevat slechts dwingende wetbepalingen wanneer de wetgever een afwijking op de door hem geformuleerde regel niet duldt. Dat betekent dat de rechter de geschonden bepalingen niet ambtshalve mag invoeren, doch dat slechts de partij die de wetgever beoogt te beschermen zulks kan, en dat hij dan ook van de hem geboden bescherming kan afzien. De nietigheid bij inbreuk is geen absolute nietigheid doch slechts een betrekkelijke nietigheid die kan worden gedekt⁷.

3. Hoewel de bij de wet van 29 december 1983 in het B.W. nieuw ingevoerde bepalingen werden ingelast in het hoofdstuk m.b.t. de huur van goederen in het algemeen, blijkt uit de titel van de nieuwe wet en uit de beweegredenen van de wetgever dat zij enkel van toepassing zijn op de huur van onroerende goederen. De huur van roerende goederen valt dus buiten het toepassingsveld ervan. Zij is evenmin toepasselijk op de huur van zgn. «sociale woningen»,

¹ *Staatsblad*, 30 december 1983; parlementaire voorbereiding: wetsontwerp, memorie van toelichting en advies van de Raad van State, *Parl. St., Senaat*, 1982-83, nr. 556/1; verslag namens de Commissie voor Justitie uitgebracht door de heer Van Rompaey, *Senaat*, 1982-83, nrs. 556/3 tot 12; ontwerp overgezonden door de Senaat, *Parl. St., Senaat*, 1982-83, nr. 556/2; amendementen, *Parl. St., Kamer*, 1983-84, nr. 807/1; verslag namens de Commissie voor Justitie uitgebracht door de heren BOURGEOIS en VAN BELLE, *Parl. St., Kamer*, 1983-84, nr. 807/9; amendementen, *Parl. St., Kamer*, 1983-84, nrs. 807/2 tot 807/8 en 807/10 tot 807/14.

² Zie verklaring van de vice-eerste minister en minister van Justitie, verslag BOURGEOIS en VAN BELLE, p. 9, 18. Wel werd een algehele hervorming van het huurrecht beoogd door het wetsontwerp betreffende de huurovereenkomsten van 30 mei 1978, *Parl. St., Kamer*, 1977-78, nr. 415/1, geamendeerd op 22 mei 1979, *Parl. St., Kamer*, BZ, 1979, nr. 120/2, dat opnieuw door de regering werd geamendeerd op 9 juni 1981, *Parl. St., Kamer*, nr. 120/22.

³ Wet van 10 april 1975 betreffende de huurprijzen van woningen; wet van 30 maart 1976 betreffende de economische herstelmaatregelen (hoofdstuk II, afdeling 3, artt. 38 tot 40); wet van 24 december 1976, betreffende het behoud van de tewerkstelling, de koopkracht en het concurrentievermogen van de economie (afd. 3, artt. 5 tot 10); wet van 27 december 1977 tot tijdelijke regeling van de huur en andere overeenkomsten die het genot van een onroerend goed verlenen, gewijzigd bij de wetten van 13 november 1978, 24 december 1979, 23 december 1980, 24 december 1981 en 30 december 1982 tot tijdelijke regeling van de huur- en andere overeenkomsten die het genot van een onroerend goed verlenen.

⁴ Zie verklaring van de minister in de kamercommissie, *Parl. St., Kamer*, 1983-84, nr. 807/9, p. 9, 51.

⁵ Memorie van toelichting, *Parl. St., Senaat*, 1982-83, nr. 556/1, p. 3.

⁶ Zie m.b.t. de jaarwetten: Cass., 10 november 1978, *R.W.*, 1979-80, 1479; Cass., 28 september 1979, *Arr. Cass.*, 1979-80, 118.

⁷ DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, Brussel, Bruylant 1962, I, nrs. 97 e.v.

op jachtpacht of op het recht van visvangst⁸, noch op andere gebruiksrechten zoals erfpacht of opstal.

I. De huurprijs en de indexering

Bepaling en indexering van de huurprijs — wilsautonomie

4. De volledige wilsautonomie wordt hersteld m.b.t. het bepalen van het bedrag van de huurprijs en m.b.t. het principe van de indexering ervan. Dit kan als een basisbeginsel van de huurwet 1983 worden beschouwd. Sinds 1975 waren de huurprijzen ononderbroken gereguleerd in het kader van de inflatiebestrijding. De regering is thans de mening toegedaan dat deze beperking van de huurprijzen en de daarmee samengaande reglementering, naast sommige andere wetgevende initiatieven⁹, aan de oorsprong liggen van de crisis die momenteel de vastgoedsector treft, en van de ernstige malaise in de bouwsector. Het is inderdaad voor niemand een geheim dat de vastgoedsector ineengestort is; de crisis die in 1976 is begonnen heeft vanaf 1980 catastrofale afmetingen aangenomen¹⁰. Anderzijds neemt het aantal faillissementen in de bouwsector steeds meer toe, zodat in deze sector het werkloosheidscijfer de werkgelegenheid met 40 % overstijgt. Door een einde te maken aan de blokkering van de huurprijzen hoopt de regering bij te dragen tot het herstel van die sectoren¹¹.

Anderzijds meent de regering dat het vrijmaken van de huurprijzen geen plotselinge stijging ervan zal veroorzaken.

Het inflatiepercentage voor 1983 schommelt tussen 7 % en 7,5 % en het voor 1984 voorziene inflatiepercentage rond 5,5 % à 6 %.

Er is ook in België een groot aantal onbewoonde woningen¹². Het overvloedige aanbod aan woningen zou dus regulerend moeten werken op de markt en voor een bruuske verhoging van de huurprijzen behoeden, daar uit de statistische gegevens blijkt dat de eigenaar die een woning verhuurt, door de toestand van de vastgoedmarkt zich helemaal niet in een gunstige positie bevindt t.o.v. aspirant-huurder¹³.

5. In beginsel is de huurprijs onveranderlijk tijdens de hele duur van de overeengekomen huur. Partijen zijn evenwel vrij door onderling akkoord de huurprijs te laten veranderen op grond van een of ander schommelingssysteem. De wilsautonomie is dienaangaande behouden¹⁴. Er dient

wel te worden onderstreept dat er geen indexering is zonder uitdrukkelijke overeenkomst dienaangaande. Het feit dat de wet van 29 december 1983 de indexering van de huurprijs met verwijzing naar de kosten van levensonderhoud dwingend regelt, betekent niet dat de wetgever een dergelijke indexering oplegt.

De contractuele vrijheid bestaat ook ten aanzien van de keuze van de maatstaf die als referentie wordt genomen om de huurprijs te laten schommelen. Zo kan dit gebeuren volgens het zakencijfer van de huurder, of nog met verwijzing naar de koers van een vreemde munt, e.a. Al deze indexeringsmethodes zijn geldig¹⁵.

Het merendeel van de in België gesloten huurcontracten bevat een of andere vorm van indexering, waarbij de huurprijs gekoppeld wordt aan een of andere maatstaf die verondersteld wordt de intrinsieke waarde van het bedrag van de huurprijs op peil te houden. Meestal gebeurt de indexering in de praktijk met verwijzing naar de kosten van levensonderhoud.

Indexering naar de kosten van levensonderhoud — Dwingend recht

6. Het nieuwe artikel 1728bis B.W. voert een dubbele dwingende regeling in m.b.t. de indexering met verwijzing naar de kosten van levensonderhoud: betreffende de berekeningsformule enerzijds en betreffende de uitwerking daarvan anderzijds. Deze dwingende regelen zijn van toepassing op de huur van onroerende goederen (de onroerende huur) waaronder dus de woonhuur en de handelshuur. De pachtovereenkomsten werden uitdrukkelijk uitgesloten (art. 1728bis, § 3): deze zijn immers m.b.t. de huurprijs onderworpen aan een eigen regeling (wet tot beperking van de pachtprijzen).

Indien de aanpassing van de huurprijs aan de kosten van levensonderhoud is bedongen, geschiedt zij op basis van de schommeling van het indexcijfer van de consumptieprijzen en wel met toepassing van de volgende dwingende door de wet opgelegde formule¹⁶:

$$\frac{\text{basishuurprijs} \times \text{nieuw indexcijfer}}{\text{aanvangsindexcijfer}}$$

7. De basishuurprijs is de huurprijs die volgt uit de overeenkomst of uit een vonnis (art. 1728bis, § 1, derde lid, B.W.).

In de regel is de basishuurprijs dus de huurprijs waaromtrent de partijen het bij het sluiten van de overeenkomst eens geworden zijn.

In sommige gevallen nochtans zal de basishuurprijs door de rechter worden bepaald. In de parlementaire voorbereiding is, wat dit laatste betreft, o.m. verwezen naar de huur-

⁸ Verslag BOURGEOIS en VAN BELLE, *Parl. St., Kamer*, 1983-84, nr. 807/9, p. 25.

⁹ Bv. de belastingheffing op de waardevermeerdering van de onroerende goederen, het ontwerp van wet inzake voorkoop, de ontwerpen om de betrekkingen tussen verhuurder en huurder dwingend te regelen.

¹⁰ Voor de eerste tien maanden van 1981 bedroeg de daling in de vraag naar nieuwe woningen 39 % voor eengezinswoningen en 40 % voor appartementen.

¹¹ Uiteenzetting van de minister, verslag VAN ROMPAEY, *Parl. St., Senaat*, 1982-83, nr. 556/2, p. 3 e.v.

¹² Volgens de algemene telling waren er op 1 maart 1981 152.382 onbewoonde woningen, d.i. een stijging met 50,7 % vergeleken met 1970.

¹³ Uiteenzetting van de minister, verslag VAN ROMPAEY, p. 9, 12.

¹⁴ Cf. verslag VAN ROMPAEY, p. 43-44.

¹⁵ SCHOENTJES-MERCHERS, Y., «Les clauses d'échelle mobile dans les baux commerciaux», *R.C.J.B.*, 1968, 422 (426), nrs. 7 e.v.

¹⁶ Deze formule is niet nieuw. Zij was reeds ingevoerd bij de eerste «jaarwet» van 10 april 1975 doch werd in de volgende jaarwetten niet meer opgenomen daar deze juist tot doel hadden de uitwerking van de indexering te beperken tot een jaarlijks door de wetgever vastgelegd percentage. Zij was in de wet van 10 april 1975 ingevoerd om toen heersende onnauwkeurige en onbillijke redacties te keer te gaan.

prijs door de rechter vastgesteld op grond van art. 6 Handelshuurwet¹⁷. De bepaling van artikel 1728bis B.W. is immers toepasselijk op de handelshuur. Bij het verstrijken van elke driejarige periode hebben de partijen het recht aan de vrederechter een verhoging of vermindering van de huurprijs te vragen, indien ten gevolge van nieuwe omstandigheden de normale huurwaarde van het gehuurde goed ten minste 15 % hoger of lager ligt dan de huurprijs die in de huurovereenkomst is bepaald of bij de laatste herziening is vastgesteld. De rechter zal de verhoging of verlaging slechts toestaan indien de nieuwe omstandigheden een zodanige bestendigheid vertonen, dat de vaststelling van een nieuwe huurprijs voor de gehele duur van de komende driejarige periode gerechtvaardigd is¹⁸. De indexering van de handelshuur is geen beletsel voor de herziening ervan op grond van art. 6 Handelshuurwet¹⁹. Maar het is duidelijk dat, de rechter, wanneer hij aldus het bedrag van de handelshuurprijs voor een nieuwe driejarige periode zal vaststellen, daarbij met de invloed van de indexering rekening zal houden. Om na te gaan of er zich een verhoging of vermindering van 15 % heeft voorgedaan zal de rechter als vergelijkingsbasis de geïndexeerde huurprijs op het ogenblik van de aanvraag in aanmerking moeten nemen.

Is de indexclausule waarmee de partijen de oorspronkelijke huurprijs hebben verbonden automatisch van toepassing op door de rechter op grond van art. 6 Handelshuurwet bepaalde prijzen? De tekst van art. 1728bis, § 1, derde lid, B.W. laat naar onze mening toe hierop bevestigend te antwoorden, ook wanneer de rechter de koppeling aan de index niet uitdrukkelijk zou overnemen in het vonnis. Er kan gesteld worden dat de rechter zich beperkt tot het vaststellen van het nieuw basisbedrag van de huurprijs en dat dit de oorspronkelijke overeenkomst van partijen m.b.t. het principe en de referentiemaatstaf voor de indexering onaangeroerd laat.

Er is een tweede, weliswaar in de praktijk minder voorkomend, geval waarin de basishuurprijs uit een vonnis kan voortvloeien: nl. dat van art. 1716 B.W. Wanneer bij huurovereenkomst een geschil bestaat over de prijs van een mondeling aangegane huur, waarvan de uitvoering is begonnen, doch geen kwijting aanwezig is, wordt de eigenaar op zijn eed gelooft, tenzij de huurder verkiest een schatting door deskundige te vragen. De door de deskundige bepaalde prijs zal uiteraard in het vonnis worden opgenomen.

Ook bij toepassing van artikel 2, § 2, van de wet van 30 december 1982 vloeit de basishuurprijs voort uit een vonnis, wanneer de vrederechter, naar billijkheid oordelend, een verhoging van de huurprijs heeft bepaald wegens het uitvoeren van verbeterings-, verbouwings- of grote onderhoudswerken, of omdat de respectieve sociale toestand van de partijen dit rechtvaardigde.

Uit de basishuurprijs dient te worden uitgesloten alle kosten en lasten die door de huurovereenkomst ten laste van de huurder gelegd zouden zijn (art. 1728bis, § 1, derde lid, in fine B.W.).

¹⁷ Memorie van toelichting, *Parl. St., Senaat*, 1982-83, nr. 556/1, p. 6.

¹⁸ Cass., 13 september 1964, *R.W.*, 1965-66, 55, *J.T.H.*, 1965, 152.

¹⁹ Cass., 1 december 1966, *R.C.J.B.*, 1968, 419, met noot SCHOENTJES-MERCHIERS, «Les clauses d'échelle mobile dans les baux commerciaux».

8. *Het nieuwe indexcijfer* is het indexcijfer van de consumptieprijzen van de maand die de huuraanpassing voorafgaat (art. 1728bis, § 1, vierde lid). Aangezien het indexcijfer der consumptieprijzen slechts op het einde van de maand bekend is, is het logisch dat de index waaraan gerefereerd wordt, die is van de vorige maand aangezien dit het laatst bekende indexcijfer is.

Het aanvangsindexcijfer is het indexcijfer van de consumptieprijzen van de maand die voorafgaat aan de maand tijdens welke de overeenkomst is afgesloten.

Als basisindexcijfer is dus de voorkeur gegaan naar het laatst bekende indexcijfer op het ogenblik van het sluiten van de huurovereenkomst en niet dat bekend op het ogenblik van de ingentreding²⁰.

Tussen het sluiten en de inwerkingtreding kan soms een hele tijd verlopen. De keuze van de wetgever is logisch, aangezien het bedrag van de huurprijs in onderling akkoord wordt bepaald bij het afsluiten van de overeenkomst. Het is dat bedrag dat men onmiddellijk wenst te laten fluctueren met verwijzing naar het dan bekende indexcijfer der consumptieprijzen en niet naar een later hypothetisch indexcijfer. Deze definitie van het aanvangsindexcijfer werd door de Raad van State gesuggereerd en is reeds door het Hof van Cassatie gehanteerd²¹.

In geval van betwisting zal de datum van het sluiten van de overeenkomst bepaald worden door de datum van de authentieke of onderhandse akte. Bedoeld is de datum van het sluiten van de overeenkomst en niet de datum waarop de huurovereenkomst vaste datum gekregen heeft (door registratie bv.), en toch zal, bij betwisting omtrent de datum, het verkrijgen van vaste datum van belang zijn. Er mag immers niet uit het oog worden verloren dat de verwijzing naar het indexcijfer van de maand die het sluiten van de huur voorafgaat als basisindexcijfer van dwingend recht is. Partijen mogen dus niet als basisindexcijfer een indexcijfer gebruiken dat op het ogenblik van het sluiten van de huur reeds enkele maanden of zelfs slechts één maand ouder zou zijn. Mocht zulks gebeuren, dan zou dit contractueel overeengekomen oudere basisindexcijfer immers tot gevolg hebben dat de indexering verder gaat dan de bij artikel 1728bis, § 1, B.W. toegelaten aanpassing en zou de rechter deze kunnen inkorten (cf. art. 1728bis, § 2, B.W.)²². Daarom is het bewijs van de datum van het sluiten van de huur van groot belang.

9. Indien aanpassing van de huurprijs aan de kosten van levensonderhoud is bedongen, is deze *slechts éénmaal per huurjaar toegelaten* en ten vroegste op de verjaardag van de inwerkingtreding van de huurovereenkomst. Hier wordt verwezen naar de «inwerkingtreding» van de huurovereenkomst en niet naar de verjaardag van het sluiten van de huurovereenkomst.

²⁰ Bij amendement was voorgesteld de woorden «is afgesloten» te vervangen door de woorden «in werking getreden». Naar aanleiding van de bespreking hiervan ontstond in de senaatscommissie een juridisch vrij verwarde en onnauwkeurige discussie m.b.t. de betekenis, het bewijs en de gevolgen van beide uitdrukkingen; verslag VAN ROMPAEY, p. 44-45.

²¹ Advies Raad van State, *Parl. St., Kamer*, 1977-78, nr. 415/1, p. 33, *Parl. St., Kamer*, 1979, nr. 120/16, p. 6; Cass., 20 december 1979, *J.T.*, 1980, 208, *Arr. Cass.*, 1979-80, 493; Cass., 16 jan. 1981, *Arr. Cass.*, 1980-81, 527.

²² Zie verder nr. 11.

In het verleden en nu nog is uitvoerig van gedachten gewisseld over de criteria «sluiten van de overeenkomst», «inwerkingtreding», «ingenottreding» e.d.²³. Na rijp beraad heeft men hier gekozen voor de «inwerkingtreding»: dit is de datum waarop de verplichtingen van de partijen van kracht worden en waarop de uitvoering ervan door elke partij kan worden geëist²⁴.

Aldus zal, wanneer de huur niet in werking is getreden op de dag van het sluiten van de overeenkomst, wat dikwijls gebeurt, de huurprijs voor het eerst pas na meer dan een jaar na het sluiten ervan — nl. op de verjaardag van de inwerkingtreding — mogen worden aangepast. Wanneer tussen beide data een lange tijdsspanne verloopt, dan zal daaruit voor de verhuurder een verlies en voor de huurder een winst voortvloeien.

De aanpassing is slechts maximum éénmaal per huurjaar toegelaten. Partijen kunnen dus wel overeenkomen de aanpassing minder frequent te laten geschieden (bv. om de achttien maanden of de twee jaar), doch niet na verloop van een kortere periode dan één huurjaar. Contractuele bepalingen die verder gaan dan de wettelijk bepaalde aanpassing, kunnen door de rechter worden ingekort.

10. De wet van 29 december 1983 bevat geen andere beperking aan de uitwerking van de indexering van de hierboven vermelde. De indexering kan volledige uitwerking hebben binnen de limiet van artikel 1728bis, § 1, B.W. Aan de Koning is evenwel de macht toegekend om, bij een in Ministerraad overlegd koninklijk besluit maatregelen te nemen tot regeling van de aanpassing van de huurprijzen en mede tot verlenging van de huurovereenkomsten (artikel 13, wet 29 december 1983). Een dergelijk K.B. kan enkel uitgevaardigd worden indien eveneens maatregelen genomen worden inzake de matiging van de inkomens. Op grond van artikel 13, 3°, wet 29 december 1983 is het zelfs mogelijk de datum van 30 december 1984 te overschrijden en maatregelen te nemen voor 1985 en verder. Zo zulks gebeurt, zal voor dit K.B. rekening worden gehouden met de bepalingen van de wet van 30 december 1982 tot tijdelijke regeling van de huur- en andere overeenkomsten die het genot van een onroerend goed verlenen.

De mogelijkheid die aldus aan de Regering geboden wordt, is het gevolg van een compromis tussen de regeringspartijen en kan, bij gebruik ervan, alle overige bepalingen van het ontwerp tenietdoen²⁵.

Sanctie bij overtreding van de dwingende indexeringsbepalingen, inkorting door de rechter

11. Contractuele bepalingen waarvan de uitwerking verder gaat dan de aanpassing aan de kosten van levensonderhoud, maximum éénmaal per huurjaar, volgens de door de wetgever opgelegde formule, «kunnen door de rechter worden ingekort» (art. 1728bis, § 2, B.W.).

²³ Zie *Parl. St., Kamer*, 1977-78, nr. 415/1, p. 7 e.v.; *Parl. St., Kamer*, 1979, nr. 120/14, p. 6 e.v.; *Parl. St., Kamer*, 1982-83, nr. 440/5, p. 1 e.v.; *Parl. St., Senaat*, 1982-83, nr. 374/2, p. 9 en 10. Ook de Raad van State heeft hierover advies verstrekt: *Parl. St., Kamer*, 1979, nr. 120/16, p. 5. Zie voor wet 29 december 1983, *Parl. St., Senaat*, 1982-83, nr. 556/2, p. 45 e.v.

²⁴ Memorie van toelichting, p. 5.

²⁵ Verslag VAN ROMPAEY, p. 49.

De redactie van artikel 1728bis, § 2, B.W. is misleidend en kan tot toepassingsmoeilijkheden aanleiding geven. De termen «kunnen ingekort worden», zouden bij een oppervlakkige lectuur kunnen laten vermoeden dat de rechter de bovenmatige indexering kan doch niet moet inkorten. De toedracht ervan is evenwel anders. De in artikel 1728bis, § 1, B.W. opgelegde indexeringsformule en uitwerkingsfrequentie is van dwingend recht. Elke verwijzing naar de kosten van levensonderhoud die de huurder zwaardere verbintenissen oplegt dan de in art. 1728bis, § 1, B.W. toegelaten schommeling is dus betrekkelijk nietig. De rechter zou dus normaal, wanneer de huurder zulks vraagt, de nietigheid van de clause moeten uitspreken. De rechter *moet* de nietigheid van een strengere clause evenwel niet uitspreken: hij kan de toepassing ervan inkorten tot het bij de wet toegelaten maximum²⁶. Maar heeft de rechter de keuze tussen nietigheid van de clause of inkorting? Indien de clause nietig wordt verklaard, dan vervalt de indexering; bij inkorting behoudt men de indexering tot de maximaal toegelaten grenzen van artikel 1728bis, § 1, B.W. De voorbereidende teksten brengen geen heldere oplossing. Het verslag van de senaatscommissie vermeldt dat de minister van oordeel is dat de rechter hier een «appreciatierecht» heeft²⁷. Appreciatierecht waaromtrent? Wellicht omtrent de volgende vraag: op de aanvraag tot nietigverklaring ingaan of inkorten. Bevestiging daarvan kan worden gevonden in de tekst van art. 1728bis, § 2, B.W., die spreekt van «kunnen tot die aanpassing ingekort worden» en niet «worden tot die aanpassing ingekort». De ratio legis is nochtans anders. Uit een andere verklaring van de minister blijkt dat de bepalingen, die in strijd zijn met art. 1728bis, § 2, B.W., niet nietig zijn maar dat de toepassing ervan niet verder mag strekken dan het resultaat van de toepassing van de bepalingen art. 1728bis, § 1, B.W. Indien dit toch zo zou zijn, wordt de aanpassing ingekort tot het resultaat van de toepassing van de bepalingen van art. 1728bis, § 1, B.W.²⁸. Er moet wellicht hieruit worden besloten dat de wetgever de rechter geen keuze laat, doch dat deze de met art. 1728bis, § 1, B.W. strijdige clauses moet inkorten tot het maximaal toegelaten bedrag en toepassingsfrequentie.

De rechter kan evenwel niet ambtshalve de nietigheid of de inkorting uitspreken, daar de tekst niet de openbare orde raakt doch slechts van dwingend recht is. De huurder kan afzien van de hem geboden bescherming, daar het hier gaat om een dwingende bepaling te zijner bescherming.

Indexering naar andere maatstaven dan de kosten van levensonderhoud

12. De vrijheid van indexering met verwijzing naar een of andere maatstaf is de regel, de beperking die bij de dwingende regel van art. 1728bis, B.W. aan deze vrijheid wordt gesteld is de uitzondering. Dit betekent dat deze dwingende regel beperkend moet worden geïnterpreteerd.

Het betreft enkel het beding dat een aanpassing van de huurprijs bepaalt met verwijzing naar het levensonderhoud

²⁶ Verklaring van de minister, verslag VAN ROMPAEY, p. 49.

²⁷ Verslag VAN ROMPAEY, p. 49.

²⁸ Verklaring van de minister, verslag VAN ROMPAEY, p. 49; in dezelfde zin: verslag BOURGEOIS en VAN BELLE, p. 32.

en geen andere vorm van indexering van de huurprijs, zelfs niet wanneer een criterium als referentiemaatstaf wordt gebruikt, dat, hoewel het elementen bevat die eventueel verband houden met de kosten van levensonderhoud (bv. de ontwikkeling van de omzet van de huurder), niet tot doel heeft deze te vertegenwoordigen²⁹.

Wanneer de partijen dus de huurprijs laten schommelen met verwijzing naar een ander criterium dan de kosten van levensonderhoud, zijn zij uiteraard niet gehouden door de opgelegde formule en kunnen zij een kortere duur bedingen voor de frequentie van de aanpassing. Zo kunnen zij bv. bedingen dat er een zesmaandelijke aanpassing zal zijn van de huurprijs naar het omzetcijfer van de huurder of naar de koers van de Belgische frank t.o.v. de Zwitserse frank of nog naar de vrije marktprijs van het goud, enz. In een dergelijk geval zullen de partijen er goed aan doen volledig en nauwkeurig de referentietermen alsmede de frequentie van de aanpassing te bepalen ten einde toepassingsmoeilijkheden te voorkomen.

Indexering bij mondelinge huur

13. Is een indexering van de huurprijs denkbaar bij mondelinge huurovereenkomst? In de senaatscommissie hadden verscheidene leden nogal voortvarend beweerd dat het probleem van de indexaangepassing zich niet kan voordoen bij mondelinge huurovereenkomst³⁰.

Dit werd gelukkig en terecht door de minister rechtgezet in de kamercommissie³¹. Indexering is ook bij mondelinge huur denkbaar, hoewel in zulk een geval wel bewijsproblemen rijzen. Dienaangaande moet worden verwezen naar de regelen die het bewijs van de mondelinge huur regelen.

Heeft de indexclausule reeds uitwerking gekregen en bestaan er bv. kwitanties of afrekeningen waaruit opeenvolgende aanpassingen aan de kosten van levensonderhoud blijken, dan zal daarmee het bestaan van een desbetreffende indexering bewezen zijn. Maar indien de indexering nog geen uitwerking heeft gehad, is het antwoord niet zo eenvoudig. Moet de indexering beschouwd worden als deeluitmakende van de huurprijs zodat, bij geschil, de bewijsmiddelen van art. 1716 B.W. van toepassing zijn, of, dient de indexering te worden gerangschikt onder de modaliteiten van het huurcontract waarop de gemeenrechtelijke bewijsmiddelen van toepassing zijn? Wij menen dat deze laatste bewijsmiddelen toepasselijk zijn m.b.t. het bewijs van de indexclausule en dat art. 1716 B.W. slechts slaat op de vaststelling van de basishuurprijs.

Uitwerking van de indexclausule — automatisme of niet?

14. Heeft een indexclausule automatische uitwerking in die zin dat op het overeengekomen tijdstip het bij toepassing van de indexclausule aangepast bedrag van de huurprijs eisbaar is of niet?

Met betrekking tot de indexering naar de kosten van levensonderhoud werd een amendement ingediend dat ertoe strekte te bepalen dat de aanpassing facultatief was, en slechts inging op vraag van de betrokken partij, zonder terugwerkende kracht, behalve voor de maand van de aanvraag³². Dit amendement werd verworpen, zodat de wilsautonomie ter zake gevrijwaard is.

De automatische toepassing van de indexclausule hangt af van de wil van de partijen aangezien de wetgever niet dwingend tussenbeide is gekomen³³. De partijen kunnen dus overeenkomen dat de aanpassing aan de referentiemaatstaf (index van de kleinhandelsprijsen of andere maatstaf) automatisch zal ingaan. Zij kunnen ook overeenkomen dat de aanpassing niet automatisch ingaat doch slechts na opvraging door de verhuurder. Bij betwisting zal men dus nauwkeurig moeten nagaan waaromtrent er wilsovereenstemming is geweest.

Wanneer de huurprijs zonder verdere vermelding gekoppeld wordt aan een index of maatstaf, dan vloeit daaruit de automatische aanpassing van de huurprijs bij schommeling van de maatstaf voort. Immers, de indexering is een modaliteit van vaststelling van de huurprijs³⁴.

Enkel wanneer de door de partijen gebruikte formulering het automatisme uitsluit, zoals bv. bij de vermelding dat bij schommeling van de index de huur «kan» worden aangepast, kan men besluiten dat de aangepaste huurprijs slechts verschuldigd is na aanvraag door de verhuurder.

15. Wat gebeurt er wanneer de huurder de aanpassing niet spontaan heeft betaald, en de verhuurder een tijdlang zonder protest de niet aangepaste huur heeft aanvaard? Kan uit de aanvaarding zonder protest van de betaling van de niet aangepaste huur de afstand ervan worden afgeleid? Dit probleem is niet nieuw. Volgens de meerderheid van de rechtspraak impliceert de eenvoudige aanvaarding van de huur volgens de oude index (of schaal) zonder de minste reserves, geen afstand aan de verschuldigde verhogingen. Men kan immers niet stilzwijgend aan een recht verzaken³⁵. De aanpassing van de huurprijs, volgens een bepaalde maatstaf geschiedt op grond van de oorspronkelijk, bij het sluiten van het contract, uitgedrukte wil der partijen. Behoudens andersluidende overeenkomst moet deze wil niet bij iedere mogelijke aanpassing opnieuw uitgedrukt worden³⁶. De minister heeft er terecht op gewezen dat men een

³² Amendement VAN DEN BOSSCHE, *Parl. St., Kamer*, nr. 807/4.3.

³³ Verklaring van de minister, verslag BOURGEOIS en VAN BELLE, p. 29.

³⁴ SCHOENTJES-MERCHERS, «Les clauses d'échelle mobile dans les baux commerciaux», *R.C.J.B.*, 1968, 422.

³⁵ Cass., 7 januari 1977, *J.T.*, 1977, 470. In dezelfde zin: Rb. Brussel, 15 februari 1973, *Res. Jura Imm.*, 1973, 103; Vred. Elseine, 13 april 1973, *T. Vred.*, 1974, 12; Vred. St. Truiden, 12 december 1972, *T. Not.*, 1973, 15; Vred. Merksem, 4 februari 1971, *R.W.*, 1971-72, 248; Vred. Grivegnée, 13 november 1974, *Res. Jura Imm.*, 1976, 23; Vred. Hasselt, 16 oktober 1974, *T. Vred.*, 1976, 22; anders: Vred. Namen, 8 mei 1970, *J. Liège*, 1969-70, 279.

³⁶ SCHOENTJES-MERCHERS, «Les clauses d'échelle mobile dans les baux commerciaux», *R.C.J.B.*, 1968, 422, nr. 18. Wanneer weliswaar kwijting werd gegeven voor de betaling van een niet geïndexeerde huurprijs «ter volledige afrekening», kan men daaruit afleiden dat de verhuurder van de aanpassing afgezien heeft.

²⁹ Memorie van toelichting, *Parl. St., Senaat*, 1982-83, nr. 556/1, p. 4.

³⁰ Verslag VAN ROMPAEY, p. 45-46.

³¹ Verslag BOURGEOIS en VAN BELLE, p. 24.

onderscheid dient te maken tussen de ingebrekestelling en de normale uitvoering van de overeenkomst. De ingebrekestelling komt er pas wanneer de overeenkomst (m.n. hier de aanpassing aan de wisseling van de maatstaf) niet is uitgevoerd³⁷ en om de huurder in gebreke te stellen is een uitdrukkelijke wilsuiking van de verhuurder vereist.

Wat het verschuldigd zijn van achterstallige huurprijsaanpassing betreft zal dienen rekening te worden gehouden met het nieuwe art. 2273 B.W. (art. 8 wet 29 december 1983) waarnaar de rechtsvordering van de verhuurder tot betaling van het bedrag dat volgt uit de aanpassing van de huurprijs aan de kosten van levensonderhoud, verjaart door verloop van een jaar. Deze bijzonder korte verjaringstermijn is naar de letter van de tekst slechts toepasselijk m.b.t. achterstallige huurprijs bij indexering met verwijzing naar de kosten van levensonderhoud. Achterstallige huurprijsbedragen op grond van indexering naar andere maatstaven vallen onder de vijfjarige verjaringstermijnen (art. 2277 B.W.).

Indexaanpassing van lopende huurovereenkomsten — zgn. overgangsregime

16. Kan de huurprijs van de bij de inwerkingtreding van de wet van 29 december 1983 lopende huurovereenkomsten worden aangepast volgens een of andere index? Het antwoord op deze vraag hangt ervan af of in de lopende huurovereenkomsten een indexering met verwijzing naar een of andere maatstaf (index der kleinhandelsprijzen of andere maatstaf) is bedongen of niet.

Is er in de lopende huurovereenkomst niet een of andere indexclausule opgenomen, dan is geen aanpassing mogelijk: de wetgever van 1983 voorziet niet in een indexering bij huurcontracten waarin geen indexering is overeengekomen, zoals dit bij de laatste jaarwetten wel het geval is geweest³⁸.

Is er in de lopende huurovereenkomst een indexering bedongen naar een andere maatstaf dan de kosten van levensonderhoud, dan heeft deze volledige uitwerking op de vervaldagen en volgens de wisseling van de maatstaf door de partijen overeengekomen³⁹.

17. Indien in de lopende huurovereenkomst een indexering naar de kosten van levensonderhoud is bedongen, dan wordt de toepassing ervan dwingend geregeld bij artikel 10 van de wet van 29 december 1983. Een onderscheid wordt gemaakt tussen de overeenkomsten die zijn gesloten vóór 1 januari 1981 en die gesloten na deze datum. Hiermee wordt aangesloten met de wetten van 24 december 1981 en 30 december 1982.

Is de huurovereenkomst vóór 1 januari 1981 gesloten, dan mag de huurprijs, bij toepassing van de indexering op de kosten van levensonderhoud, voor het eerst worden aangepast op de verjaardag van de laatste aanpassing. Aangezien dit in de regel 1 januari 1983 zal zijn, zullen deze huurovereenkomsten vanaf 1 januari 1984 kunnen worden aangepast. Is de datum van de laatste aanpassing niet bekend, dan wordt ook 1 januari genomen.

De aanpassing gebeurt volgens de formule van artikel 1728bis, § 1, B.W. De basishuurprijs is die welke voortvloeit uit de toepassing van de wet van 30 december 1982 (dus in de regel de huurprijs van het jaar 1983). Het aanvangsindexcijfer is dat van de maand december 1982 (171.95) en het nieuw indexcijfer dat van de maand vóór de aanpassing (zo de aanpassing gebeurt op 1 januari 1984: het indexcijfer van december 1983, dus 184.26).

Voor de huurovereenkomsten gesloten vanaf 1 januari 1981 geschiedt de aanpassing op de verjaardag van de inwerkingtreding (niet het sluiten⁴⁰ van de overeenkomst ook met toepassing van de formule van artikel 1728bis, § 1, B.W. De basishuurprijs is die welke voortvloeit uit de toepassing van de wet van 30 december 1982. Het aanvangsindexcijfer is dat van de maand die voorafgaat aan de maand tijdens welke de aanpassing op basis van de wet van 30 december 1982 had kunnen geschieden. De nieuwe index is die van de maand die voorafgaat aan de maand waarin de indexaanpassing gebeurt.

II. De kosten en lasten

Begrip — wilsautonomie

18. Wat moet worden verstaan onder «kosten en lasten» die meestal, in de huurcontracten en ook hier in de wet van 29 december 1983, in één adem worden genoemd? De kosten slaan o.a. op de water- (koud en warm), gas- en elektriciteitskosten, de kosten van onderhoud, verlichting, verwarming van de gemeenschappelijke delen in appartementsgebouwen, de kosten van beheer, eventueel de verwarmingskosten enz.

De lasten zijn alle belastingen en heffingen van staat, gemeenschap, provincie, gemeente enz.

Buiten het begrip kosten of lasten vallen de huurherstellingen die geregeld zijn bij de artikelen 1754, 1755 en 1756 B.W.⁴¹.

Partijen zijn vrij onderling overeen te komen, welke kosten en lasten huurder en verhuurder op zich zullen nemen. De wilsautonomie werd daaromtrent gevrijwaard ook door de wet van 29 december 1983. Het wetsontwerp hield in zijn artikel 7 het verbod in om de onroerende voorheffing betreffende het gehuurde goed ten laste te leggen van de huurder⁴². Na een uitgebreide discussie in de senaatscommissie werd dit artikel niet behouden en werd het vervangen door een tekst met een heel andere draagwijdte.

Forfaitaire vaststelling van de kosten en lasten

19. Partijen kunnen dus overeenkomen dat een forfaitair bedrag door de huurder zal verschuldigd zijn ter vergoeding van de kosten en lasten. Deze overeenkomst is geldig en volledig door de wilsautonomie van partijen geregeld. De forfaitaire som kan dus ook met verwijzing naar een of andere maatstaf schommelen.

³⁷ Verslag BOURGEOIS en VAN BELLE, p. 29.

³⁸ Zie wet 30 december 1982, art. 2.

³⁹ Zie boven nr. 12.

⁴⁰ Cf. boven nr. 9.

⁴¹ Zie memorie van toelichting, p. 7.

⁴² Parl. St., Senaat, 1982-83, nr. 556/1.

Aanrekening aan de huurder van de kosten en lasten

20. Behalve wanneer uitdrukkelijk een vast bedrag voor kosten en lasten wordt overeengekomen, moeten de door de verhuurder van de huurder teruggevorderde bedragen voor kosten en lasten met de werkelijke uitgaven overeenkomen en in een afzonderlijke rekening worden opgegeven. De bewijsstukken ervan moeten worden overgelegd. Deze bepalingen zijn dwingend (art. 1728ter, § 2, B.W.). Er kan daarvan niet afgeweken worden bij overeenkomst. Het overleggen van de bewijsstukken is soms moeilijk, zelfs onmogelijk, zonder bijkomende kosten, bij appartementsgebouwen⁴³ waar het beheer voor het gehele gebouw aan een bepaalde persoon of een firma is toevertrouwd. Ten einde onnodige en overdreven bijkomende kosten te vermijden, die dan meestal toch aan de huurder zullen worden doorgerekend, bepaalt art. 1728ter, § 1, in fine B.W. dat het voldoende is aan de huurder de mogelijkheid te bieden om de stavingsstukken in te zien ten huize of op de zetel van de beheerder van het appartementsgebouw. Deze regel is slechts van toepassing wanneer alle appartementen uit het betrokken gebouw door een zelfde persoon worden beheerd⁴⁴. Het is vanzelfsprekend dat de huurder, daar hij de documenten mag raadplegen, ze ook moet kunnen afschrijven of fotokopiëren. De rechter kan bij betwisting, de overlegging van de stukken eisen. Hij zal dat echter slechts doen wanneer de huurder met de stukken die hij overlegt de magistraat ertoe brengt, overlegging van alle documenten te bevelen⁴⁵.

21. Welke kosten en lasten mogen precies aan de huurder worden aangerekend? Indien tussen partijen dienaangaande een precieze overeenkomst is getroffen is er geen probleem: deze is toepasselijk daar de wetgever niet dwingend is opgetreden. Bij amendement was, ten einde een algemene regel te formuleren voor de rechtspraak, voorgesteld te bepalen dat alle kosten en lasten die betrekking hebben op de eigendom ten laste van de verhuurder vallen, terwijl alle lasten en kosten die betrekking hebben op een dienst van de huurder, ten laste van de huurder zijn.

Dit amendement werd niet aangenomen omdat het zeer moeilijk bleek een definitie te geven van wat moet verstaan worden onder kosten en lasten, en dat het daarom beter bleek het probleem door de rechtspraak te laten interpreteren. Wat de lasten betreft, werd er immers op gewezen dat de overheid die de belasting of taks oplegt, meteen zelf bepaalt wie daarvan de schuldenaar is. Wie uiteindelijk deze belasting zal betalen, moet duidelijk in de huurovereenkomst worden omschreven⁴⁶.

Geen splitsing

22. Wanneer één enkel bedrag voor huurprijs en kosten en lasten samen was bedongen, kon ingevolge de jaarwetten splitsing daarvan worden gevraagd. Dit was verant-

woord door het feit dat slechts de reële uitgaven mochten worden aangerekend (art. 2, § 3, wet 30 december 1982). Het recht om de splitsing te vragen is terecht in de nieuwe wet niet behouden. Dit had immers geen zin meer nu partijen vrij zijn overeen te komen m.b.t. een forfaitair bedrag voor kosten en lasten dat dus niet met de reële kosten en lasten moet overeenkomen.

Verskillende mogelijke gevallen

23. Verschillende geldige gevallen kunnen zich dus voordoen.

Partijen komen overeen omtrent een totaal bedrag «voor huurprijs en kosten en lasten». Deze overeenkomst is geldig, en de huurder kan geen splitsing vragen.

Partijen komen overeen omtrent een bedrag voor de huurprijs enerzijds en een vast bedrag voor kosten en lasten anderzijds; ook deze overeenkomst is geldig en aan geen dwingende regeling onderworpen.

Partijen komen overeen omtrent de huurprijs en bepalen tevens precies welke kosten en lasten door de huurder zullen worden gedragen. Deze overeenkomst is geldig, doch aan de dwingende bepaling van art. 1728ter, § 2, B.W. onderworpen.

Partijen komen overeen omtrent de huurprijs en het principe dat de huurder in de kosten en lasten zal moeten bijdragen, zonder precieze aanduiding in de overeenkomst om welke kosten en welke lasten het gaat. De rechter zal dan moeten uitmaken welke kosten en lasten van de huurder terugvorderbaar zijn. Hiervoor kan hij zich laten leiden door de vuistregel waarnaar, bij gebrek aan enige contractuele aanwijzing dienaangende, enkel de kosten m.b.t. een dienst van de huurder door deze laatste moeten worden gedragen (o.a. water-, gas-, elektriciteits- en verwarmingskosten, kosten van schoonmaken, verlichting, verwarming der gemeenschappelijke delen in appartementsgebouwen e.d.).

III. Terugbetalingen

24. Indien de huurder meer betaald heeft dan hij krachtens de wet of de overeenkomst verschuldigd is, moet hem het te veel betaalde op zijn verzoek worden terugbetaald (art. 1728quater, § 1, eerste lid, B.W.).

Dit beginsel is, naar de memorie van toelichting, gebaseerd op het principe van de niet verschuldigde betaling (art. 1235 B.W.)⁴⁷.

Het beginsel en de regeling vervat in artikel 1728quater B.W. is van dwingend recht (art. 1728quater, § 2, B.W.). De huurder kan dus de nietigheid inroepen van afwijkende contractuele bedingen. De wetgever bepaalt de voorwaarden en de termijnen van de uitoefening van deze vordering. De teruggave moet gebeuren op verzoek van de huurder bij ter post aangetekende brief. Bij onenigheid moet de huurder een vordering instellen. Deze vordering tot teruggave verjaart na verloop van één jaar na de verzending van de aangetekende brief (art. 1728quater, § 1, derde lid, en nieuw art. 2273 B.W., zoals vervangen bij art. 8 van de wet van 29 december 1983). Deze korte verjaringstermijn wil vermijden dat de eis gedurende te lange tijd zou kunnen worden ingesteld⁴⁷. Hierbij werd het advies van de Raad

⁴³ De tekst van art. 1728ter, § 1, in fine spreekt van «een onroerend goed bestaande uit meerdere appartementen». Naar de verklaring van de minister volstaat het dus dat er in een gebouw twee appartementen zijn (verslag Bourgeois en Van Belle, p. 36).

⁴⁴ Memorie van toelichting, p. 6.

⁴⁵ Verslag BOUREGOIS en VAN BELLE, p. 35.

⁴⁶ Verslag VAN ROMPAEY, p. 56 e.v.

⁴⁷ Memorie van toelichting p. 7.

van State gevolgd⁴⁸.

De teruggave mag slechts geëist worden voor bedragen die vervallen zijn en betaald werden tijdens de vijf jaren die aan het verzoek tot terugbetaling door de huurder voorafgaan (art. 1728*quater*, § 1, tweede lid, B.W.). De tekst van de wet spreekt wel van bedragen die «vervallen zijn en betaald werden tijdens de vijf jaar». Er kan dus geen teruggave gevraagd worden van de sommen die vervallen waren vóór de aanvang van die termijn van vijf jaar maar die slechts, wegens laattijdige betaling, in de loop van de termijn werden betaald⁴⁹.

Deze termijn is in overeenstemming met artikel 2277 B.W., dat een verjaringstermijn van vijf jaar bepaalt voor huur van huizen. Aldus wordt vermeden dat geschillen betrekking zouden hebben op reeds lang vóór de vordering betaalde bedragen.

25. Van welke sommen kan aldus door de huurder terugbetaling gevraagd worden? Naar een verklaring van de minister in de kamercommissie, gaat het niet om huurgelden of andere juridische betalingen maar om de terugbetaling van onverschuldigd betaalde sommen ten gevolge van te hoge indexering, waarop artikel 2277 B.W. niet van toepassing is⁵⁰. Deze beperkende interpretatie kan in elk geval niet uit de zeer ruime bewoordingen van artikel 1728*quater*, § 1, B.W. worden afgeleid, zodat men zich de vraag mag stellen of deze bepaling ook niet toepasselijk is op terugbetaling van te veel betaalde bedragen voor lasten en kosten. Het gebeurt immers niet zelden dat contractueel, samen met de huurprijs, een bepaalde som dient te worden voorafbetaald ter dekking van de kosten en lasten die pas op het einde van het jaar worden verrekend. M.b.t. de lasten en kosten, die eveneens bij de wet dwingend geregeld zijn kan de huurder ook meer betaald hebben dan hij in toepassing van de wet of de overeenkomst verschuldigd is en daar geldt de ratio legis van de korte verjaringstermijn van de artikelen 1728*quater*, § 1, en 2273 B.W. evenzeer als bij terugvorderingen van het te veel betaalde voor indexering.

26. Nu de wet een dwingende regeling inhoudt m.b.t. de terugvordering van het te veel betaalde, betekent dit dat de huurder niet meer het recht heeft om het te veel betaalde van zijn latere betalingen af te trekken krachtens het retentierecht? Krachtens de verklaring van de minister kan hij dit wel: in dit verband werd uitdrukkelijk verwezen naar artikel 1289 B.W., dat in de schuldvergelijking voorziet⁵¹.

Als de verhuurder het niet eens is met de aldus door de huurder van de betaling van zijn huurgeld gedane afhoudingen, zal hij zich tot de rechter moeten wenden. Deze vordering verjaart na verloop van vijf jaar op grond van art. 2274 B.W.

IV. De waarborg

27. Veelal eist de verhuurder van zijn huurder, die daarmee instemt, een waarborg tot zekerheid van de stipte naleving van de uit de huur voortvloeiende verbintenissen.

Deze waarborg kan uit een som geld, of uit iets anders (bv. een bankwaarborg of effecten) bestaan. Partijen zijn volkomen vrij, in onderling akkoord overeen te komen waaruit de waarborg zal bestaan.

De wetgever van 29 december 1983 heeft evenwel een dwingende bepaling ingevoerd, m.b.t. de waarborg die de huurder stelt in de vorm van een som geld. Bestaat de waarborg uit iets anders dan een som geld, bv. uit een bankwaarborg of uit effecten of kasbons, dan is de dwingende regel niet toepasselijk⁵².

Een amendement om de voorgeschreven regelen uit te breiden tot alle financiële waarborgen werd verworpen⁵³.

28. Deze dwingende regel is slechts toepasselijk op de waarborg gesteld in het kader van huurovereenkomsten die betrekking hebben op woningen die voor de huurder tot hoofdverblijfplaats dienen en wanneer de duur van de huur niet langer is dan negen jaar. Huurcontracten met betrekking tot bv. kantoorruimten of tot de tweede verblijfplaats zijn aan deze dwingende wetsbepalingen niet onderworpen; zo ook huurovereenkomsten m.b.t. de hoofdverblijfplaats van de huurder doch voor meer dan negen jaar gesloten.

De bestemming van het onroerend goed als hoofdverblijfplaats kan uitdrukkelijk in het huurcontract worden opgenomen. Bij gebrek hieraan wordt de bestemming tot hoofdverblijfplaats van de huurder aangetoond door diens inschrijving in het bevolkingsregister of in het vreemdelingenregister binnen drie maanden na de inwerkingtreding van de huurovereenkomst (art. 1752*bis*, § 1, in fine B.W.).

Quid wanneer de inschrijving in het bevolkingsregister of vreemdelingenregister niet binnen drie maanden na de inwerkingtreding van de huurovereenkomst geschied is? Artikel 1752*bis* B.W. is van dwingend recht. Het is duidelijk dat de algemene bepalingen ervan ter bescherming van de huurder zijn ingevoerd. Betekent dit dat de verhuurder zich niet zou kunnen beroepen op een meer dan drie maanden na de inwerkingtreding van de huur verrichte inschrijving om de hoedanigheid van hoofdverblijfplaats te betwisten? We menen van niet. Dit artikel moet zo begrepen worden dat de huurder de dwingende regeling van artikel 1752*bis* B.W. in zijn voordeel zal kunnen invoeren indien hij zelf aan de dwingende voorwaarden ervan voldoet. Voldoet hij aan de bij de wet dwingende opgelegde voorwaarden niet, dan kan hij de bescherming ervan niet invoeren, noch de dwingende regelen ervan aan de verhuurder tegenwerpen.

29. Is dit artikel ook toepasselijk op handelshuur of op pacht wanneer — quod plerumque fit — het gehuurde onroerend goed tevens tot hoofdverblijfplaats van de handelaar of pachter dienst doet? Het antwoord hierop is o.i. negatief. De wetgever bedoelt hier enkel woonhuur. Bij handelshuur of pacht is de hoofdbestemming van het gehuurde goed een andere dan dienst te doen als hoofdverblijfplaats, wat juist het dwingend uitzonderingsregime voor dit soort huurcontracten rechtvaardigt. Bevestiging van deze stelling vindt men in een verklaring van de minister in de kamercommissie⁵⁴.

⁴⁸ Advies van de Raad van State, *Parl. St., Senaat*, 1982-83, nr. 556/1, p. 22.

⁴⁹ Memorie van toelichting, p. 7.

⁵⁰ Zie verslag BOURGEOIS en VAN BELLE, p. 37.

⁵¹ Zie verslag BOURGEOIS en VAN BELLE, p. 38.

⁵² Zie verklaring van de minister, verslag VAN ROMPAEY, p. 74.

⁵³ Amendement DEJARDIN, MOTTARD en COLLIGNON, *Parl. St., Kamer*, 1983-84, nr. 807/6-1. Zie verslag BOURGEOIS en VAN BELLE, p. 44.

⁵⁴ Verslag BOURGEOIS en VAN BELLE, p. 46.

30. De wetgever bepaalt noch minimum - noch maximumbedrag voor de waarborg. Een amendement ten einde de waarborg te beperken tot drie maanden huur werd verworpen⁵⁵. Partijen blijven vrij het bedrag van de waarborg in onderling akkoord te bepalen.

31. De tot waarborg gegeven geldsom moet worden geplaatst op een geïndividualiseerde rekening op naam van de huurder bij een openbare kredietinstelling, een bank of een spaarkas.

Komen de partijen niet overeen omtrent de financiële instelling waar de rekening moet worden geopend, dan zal de rechter de financiële instelling moeten bepalen⁵⁶. De interest op het aldus geplaatste bedrag wordt gekapitaliseerd (art. 1752bis, § 1, tweede lid, B.W.). Hij doet aldus het basisbedrag toenemen en wordt onder dezelfde voorwaarden als het hoofdbedrag aan huurder of verhuurder toegevoegd.

32. Door het enkele feit van de plaatsing verkrijgt de verhuurder voor elke schuldvordering wegens de gehele of de gedeeltelijke niet-nakoming van de verplichtingen van de huurder een voorrecht op het actief van de rekening. Bij faillissement van de huurder op wiens naam de rekening geblokkeerd is, zal hij dit voorrecht dus aan de curator kunnen tegenwerpen. De financiële instelling waar de waarborg op een rekening is geplaatst, zal de som en de interest slechts kunnen betalen op overlegging van hetzij een geschreven akkoord tussen huurder en verhuurder, hetzij een voor eensluidend verklaard afschrift van de uitgifte van een rechterlijke beslissing. Het akkoord van partijen moet schriftelijk worden opgesteld om een ondubbelzinnig bewijsstuk te leveren. De rekening waarop de waarborg wordt gestort, is geen gemeenschappelijke rekening in de gewone betekenis van het woord, zodat het niet voldoende is dat verhuurder en huurder samen hun handtekening plaatsen⁵⁷. Het aan de financiële instelling voorgelegd geschreven akkoord van de partijen moet opgemaakt zijn na het sluiten van de overeenkomst.

De rechterlijke beslissing ter zake is uitvoerbaar bij voorraad, niettegenstaande verzet of hoger beroep en zonder borgtocht, noch kantonnement.

De rechter werd m.b.t. de al of niet uitvoerbaarheid bij voorraad geen appreciatie recht toegekend. Deze uitzondering op het gemene recht werd gerechtvaardigd door de bezorgdheid de waarborg niet onnodig lang geblokkeerd te zien, doch is niet vrij van gevaar bij wijziging van een uitspraak in hoger beroep⁵⁸.

Het schriftelijk akkoord van partijen of de rechterlijke uitspraak zal de bestemming van de te deblokken bedragen moeten aangeven: volledig aan de huurder, volledig aan de verhuurder of een bepaald bedrag aan de verhuurder en het saldo aan de huurder⁵⁹.

34. De dwingende bepalingen van artikel 1752bis B.W. zijn niet van toepassing op de lopende huurovereenkomsten (art. 12, wet 29 december 1983).

V. De rechtspleging

34. Artikel 9 van de wet van 29 december 1983 voert in deel IV, boek IV van het Gerechtelijk Wetboek een nieuw hoofdstuk XVbis in met de rechtspleging inzake huur van goederen. De procedure die omschreven is in het nieuwe artikel 1344bis Ger. W. is van toepassing op alle geschillen inzake de huur van goederen, bij uitsluiting van landpacht die aan een bijzondere regeling is onderworpen (nl. art. 1345 Ger. W.). Dit artikel neemt in grote mate de bepaling over van de tijdelijke huurwet van 30 december 1982.

Voortaan kan de inleiding geschieden bij verzoekschrift dat neergelegd wordt ter griffier van het vredegerecht. De wetgever somt de gegevens op die in het verzoekschrift dienen te worden vermeld. Het zijn:

1. de dag, de maand en het jaar;
2. de naam, de voornaam, het beroep en de woonplaats van de verzoeker;
3. de naam, de voornaam en de woonplaats of bij gebreke van een woonplaats de verblijfplaats van de persoon tegen wie de vordering is ingesteld. Een getuigschrift van de woonplaats van de gedaagde moet bij het verzoekschrift gevoegd worden. Dit getuigschrift mag niet vroeger gedagtekend zijn dan vijftien dagen vóór het verzoekschrift. Het getuigschrift wordt afgegeven door het gemeentebestuur. Woon- en verblijfplaats zijn niet altijd dezelfde. Indien de persoon tegen wie de vordering is ingesteld buiten zijn woonplaats een verblijfplaats heeft die de aanlegger bekend is, dan vermeldt de verzoeker beide in het verzoekschrift. Wanneer slechts de verblijfplaats bekend is, dan vervalt het vereiste van getuigschrift van woonplaats;
4. het onderwerp en de korte samenvatting van de midelen van de vordering;
5. de handtekening van de verzoeker of van zijn advocaat.

Het betreft dus een aantal gegevens die noodzakelijk zijn voor het verder verloop van de procedure en de behandeling van het geschil.

Na betaling van het rolrecht kan de zaak op de algemene rol worden ingeschreven. De partijen worden door de griffier per gerechtsbrief opgeroepen om binnen vijftien dagen na de inschrijving van het verzoekschrift op de algemene rol te verschijnen op de zitting die de rechter bepaalt. Bij de oproeping wordt een afschrift van het verzoekschrift gevoegd. Indien de opgeroepene naast zijn woonplaats ook een verblijfplaats heeft, zal de gerechtsbrief naar beide adressen verstuurd worden⁶⁰. Voor het geval dat de termijn om te verschijnen binnen vijftien dagen niet wordt geres-

⁵⁵ Amendement Van Den Bossche, *Parl. St., Kamer*, 1983-84, nr. 807/4, p. 8.

⁵⁶ Verklaring van de minister in kamercommissie, verslag BOURGEOIS en VAN BELLE, p. 47.

⁵⁷ Verslag BOURGEOIS en VAN BELLE, p. 47.

⁵⁸ Zie verklaring van de minister en discussie in de kamercommissie, verslag BOURGEOIS en VAN BELLE, p. 44-45.

⁵⁹ Zie memorie van toelichting, p. 9.

⁶⁰ Zie verklaring van de minister in de kamercommissie, verslag BOURGEOIS en VAN BELLE, p. 55.

pecteerd, blijkt dat geen enkele sanctie kan worden opgelegd⁶¹.

Conclusie

35. De wet van 29 december 1983 is duidelijk het gevolg van een compromis tussen de regeringspartijen.

Opvallend zijn de menigvuldige verklaringen van de minister van Justitie betreffende de bedoeling van de wetgever de wilsautonomie van partijen te herstellen⁶². En toch bevat deze wet niets dan dwingende bepalingen! Voorzeker wordt althans een schijn van wilsautonomie hersteld wanneer men deze wet vergelijkt met de vorige «jaarwetten». En het is ook duidelijk dat, bij de interpretatie ervan, de rechter met deze herhaalde wil rekening zal moeten houden. De wilsautonomie is de regel, de dwingende bepalingen de uitzondering, die beperkend moet worden geïnterpreteerd.

Het bereikte regeringscompromis heeft duidelijke sporen achtergelaten in de wet. De problemen van verlenging buiten beschouwing gelaten, die niet het voorwerp uitmaken van onze studie, dient te worden gewezen op het enorme gevaar dat schuilt in artikel 13 van de wet van 29 december 1983 voor de uitwerking van indexclausules in de toekomst. Voortaan is het op grond van dit artikel mogelijk bij gewoon in Ministerraad overlegd K.B. — en niet meer bij wet zoals voorheen — ingeval de Regering maatregelen tot inkomensmatiging uitvaardigt, de uitwerking van de indexclausules te matigen, ja zelfs —ingevolge de zeer ruime en onnauwkeurige verwoording van artikel 13, 3°, wet 29 december 1983 — volledig ongedaan te maken. Zo heeft de wetgever van 1983 in zijn voorlaatste artikel de Regering de mogelijkheid geboden om de toepassing van de meest belangrijke bepalingen uit de wet te schorsen om ze tijdelijk door andere te vervangen doch, zonder enige limiet in de tijd⁶³ en zonder enig toezicht van het Parlement.

36. Het is zeer duidelijk dat op het huurcontract de beginselen van het B.W. en die van de wilsautonomie toepas-

selijk zijn. Zeker dient bij onevenwichtige machtsverhoudingen tussen de contractpartijen de wetgever dwingend tussenbeide te komen ten einde het evenwicht te waarborgen. Belangen van verhuurder en huurder komen voornamelijk in conflict m.b.t. de huurprijs en de duur van de huur. Daar is de noodzaak aan duidelijke regeling het grootst. Nu merkt men dat juist m.b.t. die beide problemen, van alle in de wet geregelde problemen, voor de toekomst de grootste onzekerheid blijft bestaan wegens de zgn. overgangsmaatregelen die nog in de tijd kunnen worden verlengd, ja zelfs gewijzigd bij K.B.

De steeds grotere complexiteit van de economische betrekkingen moet de jurist tot bescheidenheid stemmen, en wij zijn ons bewust van de moeilijkheid die er bestaat om op duidelijke, eenvoudige, volledige en duurzame wijze toestanden te regelen waar vele belangen met elkaar in botsing komen. Inzake woonhuur is het nochtans duidelijk dat een beter begrip van de tegenover elkaar staande belangen moet kunnen leiden tot eenvoudige en coherente regelen. De belangen van de huurder zijn veelvuldig en complex, terwijl die van de verhuurder meestal slechts economisch zijn. De middelen om de rechtmatige belangen van de huurder te beschermen zijn veelvuldig. Zij zullen evenwel slechts aanvaard worden, indien men, om het evenwicht tussen de belangen te behouden aan de verhuurder een juiste vergoeding voor het aan de huurder toegestane gebruiksrecht toekent en hem de mogelijkheid biedt het gebruiksrecht terug te nemen, zij het onder voorwaarden.

Van dit evenwicht hangt de kwaliteit van de huisvesting af⁶⁴. De wet van 29 december 1983 is een poging geweest om het verbroken evenwicht te herstellen. Zij heeft evenwel haar doel gedeeltelijk gemist, wegens de rechtsonzekerheid voor de toekomst die voortvloeit uit de zgn. «overgangsbe-
palingen» en wegens de onduidelijkheid van sommige bepalingen die tot toepassingsmoeilijkheden aanleiding zullen geven.

Yvette MERCHERS
Gewoon hoogleraar R.U.G.

⁶¹ Een lid vroeg of de rechter zich dan eventueel schuldig maakte aan rechtswegering, wat door de minister werd ontkend.

⁶² Zie verslag senaatscommissie, p. 12, en verslag kamercommissie, p. 25, 29, 34, 45.

⁶³ Tenzij het vereiste dat er maatregelen tot inkomensmatiging worden uitgevaardigd.

⁶⁴ Cf. GUINAND, Jean, «Le Logement et le Propriétaire». Rapport général pour les Journées Mexicaines de l'association Henri Capitant, 1982.

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 10 OKTOBER 1983

Voorzitter-rapporteur : de h. Delva

Advocaat-generaal : de h. Lenaerts

Advocaten : mrs. De Bruyn en Bützler

Sociale zekerheid werknemers — Thuiswerkers — Arbeid «in gelijkaardige voorwaarden» als die van een arbeids-overeenkomst — In aanmerking te nemen gegevens.

De arbeidsgerechten oordelen op grond van de hun voorgelegde feitelijke gegevens of thuiswerkers arbeid verrichten «in gelijkaardige voorwaarden» als die van een arbeids-overeenkomst. Daarbij mag evenwel geen rekening worden gehouden met gegevens die niets te maken hebben met de voorwaarden en omstandigheden waarin de arbeid wordt verricht.

R.M.Z. t/ P.V.B.A. V.

Gelet op het bestreden arrest, op verwijzing op 21 oktober 1982 door het Arbeidshof te Brussel gewezen;

Gelet op het arrest door het Hof op 10 maart 1980 gewezen;

(...)

Overwegende dat, luidens artikel 3, 4°, van het koninklijk besluit van 28 november 1969, de sociale zekerheid voor werknemers toepasselijk is op «de personen die, op een door hen gekozen plaats, in gelijkaardige voorwaarden als die van een arbeidsovereenkomst, grondstoffen of gedeeltelijk afgewerkte produkten bewerken die één of verschillende handelaars hun hebben toevertrouwd en die alleen werken of gewoonlijk ten hoogste vier helpers tewerkstellen», alsmede op die handelaars;

Overwegende dat de arbeidsgerechten op grond van de hun voorgelegde feitelijke gegevens oordelen of thuiswerkers arbeid verrichten in gelijkaardige voorwaarden als die van een arbeidsovereenkomst; dat dit oordeel in cassatie weliswaar onaantastbaar is; dat de rechter daarbij evenwel geen rekening mag houden met gegevens die niets te maken hebben met de voorwaarden en omstandigheden waarin de arbeid wordt verricht;

Overwegende dat het arbeidshof onder meer in aanmerking neemt dat «de tapijtenstopsters een handelsregister en B.T.W.-nummer hebben, een rekening voor het geleverde werk aan de P.V.B.A. afleveren» en «aangesloten zijn bij een sociale verzekeringskas voor zelfstandigen»; dat deze gegevens geen verband houden met de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden; dat uit de redengeving van het arrest niet blijkt dat het arbeidshof ook zonder deze elementen in aanmerking te nemen tot het besluit zou zijn gekomen dat de arbeid niet werd verricht in de voorwaarden gesteld door artikel 3, 4°, van het koninklijk besluit van 28 november 1969;

Dat het arbeidshof zijn beslissing derhalve niet naar recht verantwoordt;

(...)

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 6 MEI 1983

Voorzitter : de h. Janssens

Raadsheer-rapporteur : de h. Caenepeel

Advocaat-generaal : de h. Tillekaerts

Advocaten : mrs. De Gryse en De Bruyn

Burgerlijke rechtspleging — Gedwongen tenuitvoerlegging — Uitvoerend beslag op onroerend goed — Beperking van de gevolgen van de overschrijving van het aan het uitvoerend beslag voorafgaande bevel — Geen geschil over de verkoopvoorwaarden.

Art. 1565 Ger. W. biedt de schuldenaar de mogelijkheid om, indien de waarde van de in de overschrijving van het aan het uitvoerend beslag voorafgaand bevel aangewezen goederen meer dan toereikend is om de schuld te voldoen, te vragen dat de gevolgen van deze overschrijving niet voor alle onroerende goederen zullen gelden. De schuldenaar kan die beperking niet meer vragen wanneer hij door de notaris die de verkoopvoorwaarden heeft opgemaakt, overeenkomstig art. 1582 Ger. W. is aangemaand om de geschillen over de verkoopvoorwaarden bij de notaris aan te brengen.

R. t/ N.V. A.

Gelet op de bestreden beschikking, op 29 juni 1982 in laatste aanleg gegeven door de beslagrechter in de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel;

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 1395, 1498, 1565 en 1582 van het Gerechtelijk Wetboek,

doordat het vonnis van 29 juni 1982 de bezwaren van de eisers tegen de verkoopvoorwaarden, inzonderheid het bezwaar volgens hetwelk de openbare verkoping van de gronden gelegen te K. de gehele opeisbare schuld zou kunnen dekken, en derhalve de openbare verkoping van het woonhuis gelegen te W. voorlopig diende te worden stopgezet, afwijst op grond «dat de beslagrechter niet bevoegd is om de opportuniteit na te gaan van het ten uitvoerleggen van uitvoerbare titels, zodat de eerste twee punten vermeld in het proces-verbaal van zwaarigheden dienen afgewezen te worden; dat de houding van (de eisers) erop neer komt thans (de verweersters) ten grieve te duiden dat zij hen zoveel respijt verleend hebben»;

terwijl, krachtens artikel 1565 van het Gerechtelijk Wetboek, de schuldenaar, indien de waarde van de in de overschrijving aangewezen onroerende goederen meer dan toereikend is om de schuld te voldoen, kan vragen dat de gevolgen van de overschrijving van het bevel niet voor alle onroerende goederen zullen gelden; krachtens de artikelen 1395, 1498 en 1582 van het Gerechtelijk Wetboek, de beslagrechter bevoegd is om kennis te nemen van alle zwaarigheden met betrekking tot de verkoopvoorwaarden, zoals onder meer die met betrekking tot de datum van de openbare verkoping; derhalve de vordering tot het voorlopig

opschorten van de verkoop met betrekking tot één onroerend goed geen geschil is over de opportuniteit van de tenuitvoerlegging, en de beslagrechter derhalve ten gronde diende te onderzoeken of aan het vereiste van toereikendheid van een deel van de onroerende goederen overeenkomstig artikel 1565 van het Gerechtelijk Wetboek voldaan was, zodat het bestreden vonnis de artikelen 1395, 1498, 1565 en 1582 van het Gerechtelijk Wetboek schendt door te beslissen dat de vordering tot opschorting van de verkoop van het woonhuis te W. ongegrond was op grond van de overweging «dat de beslagrechter niet bevoegd is om de opportuniteit na te gaan van het ten uitvoer leggen van uitvoerbare titels»:

Overwegende dat de eisers, tegen de voorwaarden van openbare verkoping van vier percelen grond en een woonhuis waarop eerste verweerster uitvoerend beslag had gelegd, vier zwaarigheden aanvoerden; dat de eerste twee zwaarigheden de vraag tot opschorting van de verkoping betroffen; dat daarin opgeworpen werd dat de openbare verkoping vermeden had moeten worden door een verkoop in der minne van de gronden en dat de eisers wensten dat de openbare verkoping beperkt zou blijven tot de vier gronden, daar zij er overtuigd van waren dat de verkoping van die gronden alle schulden zou dekken; dat de geschillen overeenkomstig artikel 1582 van het Gerechtelijk Wetboek bij de beslagrechter aanhangig werden gemaakt; dat de beschikking de eerste twee zwaarigheden afwijst op grond: «dat de beslagrechter niet bevoegd is om de opportuniteit na te gaan van het ten uitvoer leggen van uitvoerbare titels zodat de eerste twee punten in het proces-verbaal van zwaarigheden dienen afgewezen te worden; dat de houding van (de eisers) erop neerkomt thans (de verweersters) ten grieve te duiden dat zij hen zo veel respijt verleend hebben»;

Overwegende dat artikel 1582, laatste lid, van het Gerechtelijk Wetboek de beslagrechter opdracht geeft te beslissen over de tegen de verkoopvoorwaarden gerezen zwaarigheden;

Overwegende dat artikel 1565 van hetzelfde wetboek de schuldenaar de mogelijkheid biedt om, indien de waarde van de in de overschrijving aangewezen goederen meer dan toereikend is om de schuld te voldoen, te vragen dat de gevolgen van de overschrijving van het aan het uitvoerend beslag voorafgaande bevel niet voor alle onroerende goederen zullen gelden; dat die beperking van de gevolgen van de overschrijving niet meer kan worden gevraagd wanneer de schuldenaar door de notaris die de verkoopvoorwaarden heeft opgemaakt, overeenkomstig artikel 1582 van het Gerechtelijk Wetboek is aangemaand om de geschillen over de verkoopvoorwaarden bij de notaris aan te brengen;

Overwegende dat derhalve, in de stand van de procedure, de beslagrechter niet diende te onderzoeken of er grond was tot toepassing van artikel 1565, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek;

Overwegende dat ten deze de beslagrechter, door in de bestreden beschikking te zeggen «dat de beslagrechter niet bevoegd is ...», te kennen geeft dat hij, wanneer overeenkomstig artikel 1582 van het Gerechtelijk Wetboek een geschil is aangebracht, slechts tot taak heeft over de in die bepaling bedoelde zwaarigheden te oordelen en dat het door de eisers aangebrachte geschil niet een zwaarigheid is die in de stand van de procedure aan zijn oordeel kan worden

onderworpen; dat de beslagrechter door aldus te oordelen, de in het middel vermelde wettelijke bepalingen niet schendt;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;
(...)

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 24 FEBRUARI 1982

Voorzitter-rapporteur: de h. Screvens

Advocaat-generaal: de h. Janssens de Bisthoven

Advocaat: mr. Delfosse

Brandstichting — Onopzettelijke brandstichting — Nabijgelegen huis.

Art. 519 Sw. legt straffen op voor het veroorzaken van brand van andermans roerende of onroerende eigendommen door ouderdom of gebrek aan herstelling of reiniging van nabijgelegen huizen. Onder «nabijgelegen huizen» moet worden verstaan de panden gelegen in de nabijheid van de roerende of onroerende eigendommen waarop het vuur is overgeslagen.

Verzekeringsmaatschappij G. t/ G.

Gelet op het bestreden arrest, op 1 oktober 1981 door het Hof van Beroep te Luik gewezen;

A. In zoverre het cassatieberoep gericht is tegen de beslissing op de strafvordering:

Overwegende dat eiseres, burgerlijke partij, niet is veroordeeld in kosten van de strafvordering;

Dat het cassatieberoep niet ontvankelijk is;

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

Over het eerste middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 97 van de Grondwet, 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek,

eerste onderdeel, doordat het arrest, nu het enkel «beslist dat het goed van (verweerster) gelegen te (...), bestaat uit een huurwoning én de ertegenaan gebouwde hangar die in huur is gegeven», niet antwoordt op de conclusie van eiseres die vaststelde dat de oorzaak van de brand moest worden gezocht in het ontbreken van een afvoerpijp voor regenwater in het woonhuis dat toebehoorde aan (verweerster) doch niet gehuurd werd door de N.V. D., verzekeringneemster van eiseres, en op grond waarvan zij betoogde dat artikel 519 van het Strafwetboek moest worden toegepast daar de brand niet was ontstaan in het door de N.V. D. gehuurde pand, maar te wijten was aan een gebrek aan onderhoud van het «nabijgelegen» huis, dus het huis naast het door de N.V. D. gehuurde pand;

tweede onderdeel, doordat het arrest, na te hebben vastgesteld dat het eigendom van verweerster zowel een woonhuis als een ertegenaan gebouwde hangar omvat, vermeldt «dat men dus niet in ernst staande kan houden dat de onopzettelijk veroorzaakte brand van de goederen van de burgerlijke partijen te wijten is aan de ouderdom of een gebrek aan onderhoud van het ernaast gelegen pand: de gehuurde opslagplaats», en dus een tegenstrijdigheid bevat

aangezien niet de gehuurde opslagplaats doch het daaraan gebouwde woonhuis oud of gebrekkig onderhouden was :

Wat het eerste onderdeel betreft :

Overwegende dat het arrest benevens de in het middel aangegeven grond de motivering van de eerste rechter betreffende de toepassingsvoorwaarden van artikel 519 van het Strafwetboek overneemt ; dat volgens dit vonnis het Hof van Beroep te Luik in een arrest van 20 oktober 1900 waarvan de stelling moet worden aangenomen, beslist heeft dat artikel 519 van het Strafwetboek niet van toepassing is in het geval dat de roerende eigendommen die door een aan de nalatigheid van verweerster te wijten brand vernield zijn, zich bevinden in de door de brand geteisterde huizen zelf en «dat men ten deze de korte, klare en duidelijke overwegingen van dat arrest dient over te nemen», welk arrest door weglating van het woord «nabijgelegen» de toepassing van artikel 519 uitsluit en eraan toevoegt : «Overwegende voor het overige dat de wetgever niet dezelfde redenen had om de huurders of gebruikers van de in voormeld artikel vermelde panden op dezelfde wijze te beschermen als de burens ; dat de huurders en gebruikers immers zelf ervoor moeten waken dat het door hen gebruikte pand geen gevaar oplevert voor hun burens ; en dat zij bovendien, anders dan laatstgenoemden, zich over het algemeen reken-schap kunnen geven van de staat van onderhoud of herstelling enz. van de door hen gebruikte panden» ;

Dat het arrest aldus antwoordt op de in het middel aangegeven conclusie ;

Dat het feitelijke grondslag mist ;

Wat het tweede onderdeel betreft :

Overwegende dat het arrest nergens in de motivering vaststelt dat niet de in huur genomen opslagplaats doch het woonhuis oud of gebrekkig onderhouden was ;

Dat het arrest dus de in het middel aangevoerde tegenstrijdigheid niet bevat ;

Dat het middel feitelijke grondslag mist ;

Over het tweede middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 519 van het Strafwetboek, 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek,

doordat het arrest, door impliciet doch onmiskenbaar te beslissen dat het woonhuis geen «nabijgelegen» huis was ten opzichte van de ertegenaan gebouwde opslagplaats die als enig gedeelte van het pand aan de N.V. D. verhuurd was, artikel 519 van het Strafwetboek schendt, nu het aan de woorden «nabijgelegen huizen» een zin en een strekking geeft welke ze niet hebben, aangezien artikel 519 moet worden toegepast op degenen wier pand ten gevolge van ouderdom of gebrek aan onderhoud brand doet ontstaan in de goederen van hen die niet moeten instaan voor het onderhoud, toezicht en bewaking van dat oud of slecht onderhouden pand :

Overwegende dat het middel, in zoverre het schending aanvoert van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek, niet ontvankelijk is, nu het niet aangeeft waarin de schending van die artikelen bestaat ;

Overwegende dat artikel 519 van het Strafwetboek straffen oplegt voor het veroorzaken van brand van andermans roerende of onroerende eigendommen door ouderdom of gebrek aan herstelling of reiniging van nabijgelegen huizen ;

Dat onder «nabijgelegen huizen» moet worden verstaan de panden gelegen in de nabijheid van de roerende of onroerende eigendommen waarop het vuur is overgeslagen ;

Overwegende dat het arrest, door te beslissen dat het woonhuis geen nabijgelegen huis is in de zin van artikel 519 van het Strafwetboek, de zin en de strekking van die bevoordingen niet miskent, aangezien het niet vaststelt dat het vuur van dat woonhuis is overgeslagen naar de door de brand verwoeste roerende eigendommen ;

Dat het middel niet kan worden aangenomen ;

(...)

NOOT—*Onopzettelijke brandstichting*

1. Zij die nalaten ovens, schoorstenen of fabrieken waar gebruik wordt gemaakt van vuur, te onderhouden, te herstellen of te reinigen, worden luidens artikel 551, 1°, Sw. gestraft met geldboete van een frank tot tien frank. Het veroorzaken van brand van andermans roerende of onroerende eigendommen door ouderdom of gebrek aan herstelling of reiniging van nabijgelegen ovens, schoorstenen, smederijen, huizen of fabrieken wordt echter bestraft door artikel 519 Sw. met correctionele straffen.

2. In artikel 519 Sw. valt de klemtoon enerzijds op de omstandigheid dat er brand is ontstaan door de nalatigheid van de eigenaar of de bewoner en anderzijds op de beschadiging van nabijgelegen roerende of onroerende eigendommen.

Kon de verspreiding van de brand niet worden voorzien, dan is het gebrek aan voorzorg ook geringer en dan verdient de eventuele fout geen strafrechtelijk gevolg (A. Chauveau en F. Hélie, *Théorie du Code pénal*, éd. belge, II, nr. 3998 ; J. Nypels en J. Servais, *Le Code pénal belge interprété*, IV, art. 519, nr. 3).

3. De wetgever spreekt van roerende of onroerende eigendommen die zich bevinden in de nabijheid van ovens, schoorstenen, smederijen, huizen of fabrieken, maar niet van buurschap. Die stap zal gezet worden door L. Crahay, raadsheer in het Hof van Beroep te Luik, die van oordeel is dat art. 519 Sw. niet toepasselijk is wanneer de brand veroorzaakt wordt in een gehuurd huis zonder dat hij zich verspreidt bij de burens (L. Crahay, *Traité des contraventions de police*, 2e éd., p. 193, nr. 161). Art. 519 Sw. wordt also beperkt tot de bestraffing van een bepaalde vorm van burenhinder.

4. Deze visie komt ook tot uiting in een arrest van het Hof van Beroep te Luik van 20 oktober 1900, dat art. 519 Sw. niet toepasselijk acht wanneer de beschadigde goederen zich bevonden in het door brand geteisterde huis of gebouw (*Pas.*, 1901, II, 141 ; G. Beltjens, *Code pénal*, art. 519, nr. 8).

Uit de wettekst meende het Hof van Beroep te Luik te kunnen afleiden dat de ovens, schoorstenen, smederijen, huizen of fabrieken in de buurt moeten liggen van de beschadigde eigendommen, hetgeen niet kan worden gezegd wanneer de vernielde goederen zich in het gebouw zelf bevinden. De huurders en de gebruikers van een onroerend goed zouden niet dezelfde bescherming genieten als de burens, ze moeten zich maar zelf rekenschap geven van de toestand, het onderhoud of het herstel van de woning die ze bewonen.

5. Het hoeft ons niet te verwonderen dat P.E. Trousse

even de wenkbrauwen heeft gefronst en dat ook hij zich heeft afgevraagd waaruit L. Crahay, gevolgd door het Hof van Beroep te Luik, deze stellingen had gepuurd (M. Rigaux en P.E. Trousse, *Les codes de police*, I, p. 16).

Noch de parlementaire voorbereiding, noch de tekst zelf, noch de Franse rechtspraak of rechtsleer — en art. 519 Sw. werd bijna letterlijk overgenomen van het Franse art. 458 C.P. — bevatten enige aanwijzing in de zin die het Hof van Beroep te Luik aan dit misdrijf hebben gegeven.

6. Maar ten deze zet het Hof van Cassatie nog een stap verder. Thans wordt niet alleen meer vereist dat het beschadigde goed zich in een nabijgelegen huis of gebouw zou bevinden, maar wordt art. 519 Sw. zelfs niet meer toepasselijk geacht wanneer de schade aangericht wordt aan een nabijgelegen flat in hetzelfde flatgebouw.

Ontstaat er brand in een winkelpand of in een wooncomplex of een flatgebouw veroorzaakt door gebrek aan herstelling of reiniging of onderhoud van ovens, schoorstenen, huizen of fabrieken die in dit complex, torengedebouw of centrum gelegen zijn, dan zal de nalatige eigenaar of bewoner er met een politiestraf van af komen.

Qui sauve le loup tue les brebis...

A. Vandeplas

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

4e KAMER — 30 JANUARI 1980

Voorzitter: de h. Blockx

Raadsheren: de hh. Spaas en Verschueren

Advocaten: mrs. Wijffels, Buisseret en Delwaide

Burgerlijke rechtspleging — Internationale rechtsmacht — Art. 31 C.M.R.-Verdrag — Bevoegdheidsbeding.

De bewoordingen van art. 31 C.M.R.-Verdrag tonen aan dat de aanwijzing van bevoegdheden cumulatief is, en dat de aanwijzing bij beding tussen partijen de normale bevoegdheden niet uitsluit.

Verzekeringsmaatschappijen A. e.a.
t/ Rederijen O. e.a.

Overwegende dat uit de overgelegde stukken blijkt dat de koopwaar, die het voorwerp uitmaakt van de eis in schadevergoeding, vervoerd werd volgens de termen van een Combined Transport Bill of Lading van Macao (place of receipt) naar Antwerpen (place of delivery) via Hong Kong (port of loading) en Rotterdam (port of discharge);

Overwegende dat de eerste rechter terecht heeft vastgesteld dat het gedeelte van de reis dat uitgevoerd werd van Rotterdam naar Antwerpen, plaatshad door middel van wegvervoer; dat de bepalingen van het C.M.R.-Verdrag toepasselijk zijn op dit transport, daar de plaats van inontvangstneming der goederen en de plaats bestemd voor de aflevering gelegen zijn in twee verschillende landen, waarvan ten minste één een bij het verdrag partij zijnde land is;

Overwegende dat krachtens artikel 31 van het C.M.R.-Verdrag alle rechtsgedingen, waartoe het aan het verdrag onderworpen vervoer aanleiding geeft, door de eiser kun-

nen worden gebracht voor de gewone verblijfplaats van de gedaagde, voor de plaats van inontvangstneming der goederen of de plaats bestemd voor de aflevering der goederen, behalve voor de gerechten van de bij dit verdrag partij zijnde landen, bij beding tussen partijen aangewezen;

Overwegende dat de bewoordingen van artikel 31 aantonen dat de aanwijzing van bevoegdheden cumulatief is, en dat de aanwijzing bij beding tussen partijen de normale bevoegdheden niet uitsluit; dat de teksten in andere talen in min of meer gelijkaardige vertalingen deze gedachte weer geven; dat in de Franse tekst gebedigd wordt «en dehors» en niet «sauf»; dat de Duitse redactie weliswaar «ausser» gebruikt, vatbaar voor een dubbele interpretatie; dat de Italiaanse tekst «l'attore può adire oltre...» die in het Frans beter met «oltre» ware vertaald, en de Engelse echter alle dubbelzinnigheid oplossen met te zeggen «the plaintiff may bring an action in any court or tribunal of a contracting country designated by agreement between the parties and, in addition...»;

Overwegende dat de woorden «behalve voor de gerechten...» klaarblijkelijk beantwoorden aan de betekenis «be nevens voor de gerechten...» (en dehors, outre, in addition), hetgeen het cumulatief karakter duidelijk naar voren brengt;

Dat de keuze van de Belgische rechtsmacht aldus mogelijk gemaakt zijnde door de toepassing van artikel 31, het zonder belang is na te gaan in hoeverre met toepassing van artikel 17 van het E.E.G.-Verdrag de verwijzing naar een andere rechter, voorkomend in de cognosementen, geldig kan zijn;

(...)

ARBEIDSHOF TE GENT

1e KAMER — 1 SEPTEMBER 1983

Voorzitter: De Sutter

Raadsheren in sociale zaken: de hh. Paeme en Paeme

Advocaat-generaal: de h. Van der Steichel

Advocaten: mrs. Danneels en De Smedt

Arbeidsongeval — Begrip — Oorlogsisico's en oproer — Uitsluiting.

De arbeidsongevallenverzekering is in beginsel onderworpen aan de gewone regeling van de Verzekeringwet van 11 juni 1874. Deze wet dekt geen oorlogsisico's noch het verlies of de schade veroorzaakt door oproer, tenzij het tegendeel is bedongen. De Arbeidsongevallenwet wijkt niet af van die uitsluiting.

Verzekeringsmaatschappij F. t/ M.

In feite

Op 19 mei 1978 te Kolwezi, Shaba - Zaïre, werd B., op het ogenblik dat hij met twee anderen trachtte te vluchten naar de werf Kamoto, aangehouden door twee «tigres» in uniform (Katangese gendarmen).

Nadat de gendarmen hen in hun voertuig hadden doen stappen werden B. en zijn gezellen beroofd op een kleine weg, waarna de gendarmen hen voor zich uit dreven en hen

een tiental meters verder in de rug schoten. Eén ontving nog een genadeschot dat zijn doel miste.

(...)

In rechte

Uit het bijvoegsel van de arbeidsovereenkomst gesloten tussen de werkgever en de getroffene, blijkt dat de getroffene gedurende zijn verblijf in Zaïre gedekt was door een wetsverzekering onder dezelfde voorwaarden als werkte hij in België.

Zijn opdracht had een voorziene duur van zes maanden, eventueel verlengbaar, zodat de getroffene onderworpen bleef aan de Belgische sociale-zekerheidswetgeving, terwijl de werkgever zich ertoe verbonden had, indien de overzeese tewerkstelling bij gemeen akkoord zou worden verlengd, in geval van wijziging van de wetgeving, de getroffene in te schrijven bij de «Dienst van de Overzeese-Sociale Zekerheid».

Uit het voorgaande blijkt dat de getroffene of zijn rechthebbers, precies onder dezelfde voorwaarden als die van de Belgische arbeidsongevallenwetgeving, aanspraak konden maken op arbeidsongevallenuitkeringen, zowel wat betreft de omvang van het verzekerde risico als wat betreft de voorwaarden vereist voor het bestaan en het bewijs van een arbeidsongeval.

De Belgische arbeidsongevallenverzekering, die dus ter zake toepasselijk is, berust op een verzekeringscontract gesloten tussen een verzekeringsmaatschappij en de werkgever.

Dit contract is derhalve principieel onderworpen aan de gewone regeling van de wet op de verzekeringen, behoudens de bijzondere regelen bepaald in de Arbeidsongevallenwet (R. Vandeputte, *Handb. van verzekeringen en verzekeringsrecht*, 1967, blz. 108). De wet van 11 juni 1874 op de verzekeringen blijft dan ook toepasselijk, behalve voor de punten waarvoor de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971 afwijkingen of bijzondere regelingen inhoudt.

Overeenkomstig artikel 19 van de wet van 11 juni 1874, dekt de verzekering niet de oorlogsrisico's, noch het verlies of de schade veroorzaakt door oproer, tenzij het tegendeel is bedongen. Daar de Arbeidsongevallenwet, noch in artikel 49 — zelfs met inbegrip van de wijziging en uitbreiding van het gedekte risico door artikel 1 van het koninklijk besluit van 6 december 1978, noch in artikel 84 (K.B. nr. 39 van 31 maart 1982, artikel 10) — afwijkt van de uitsluiting van de risico's veroorzaakt door oorlog of oproer, moet derhalve worden vastgesteld dat artikel 19 van de wet van 11 juni 1874 tot op heden ook op arbeidsongevallen toepasselijk is gebleven (zie ook: *Parl. vragen en antw., Kamer*, nr. 32, 4 december 1975, Bulletin 20 januari 1976, blz. 745).

In casu blijkt uit de processen-verbaal van de R.W. te Ukkel, nr 1241, van 23 mei 1978, en van de R.W. te Seraing, nr 2628, van 15 juni 1978, dat in mei 1978, meer bepaald tussen 13 en 20 mei, Katangese ex-gendarmen in Kolwezi waren binnengedrongen om Shaba te heroveren. Uit dezelfde bescheiden blijkt dat alle geregeld sociaal-economisch leven tijdens die dagen was uitgeschakeld en het gezag van de wettige overheid niet bestaande, en dat tientallen burgers, vooral blanken, door de rebellen werden vermoord, zodat Franse en Belgische paratroepen werden gedropt tot bescherming en ontzetting van de aanwezige blanke bevolking.

Bedoelde bescheiden leveren in rechte het bewijs dat op 19 mei 1978 te Kolwezi, zo niet een begin van burgeroorlog gericht tegen het gevestigde gezag met het oog op het omverwerpen ervan, ten minste een ernstig oproer heerste gepaard met erge wanordelijkheden en geweld tegen personen en goederen (F. Monette, De Villé en André, *Traité des assurances terrestres*, I, 305 en 306).

Uit de vermelde processen-verbaal blijkt eveneens dat B., zoals tientallen andere blanken, vrouwen en kinderen inbegrepen, op andere plaatsen in de omgeving, door geuniformde «opstandelingen» op koelbloedige en systematische wijze werden gedood ten gevolge van de uitpattingen rechtstreeks voortspruitende uit de inval en het algemeen oproer van oud-Katangese gendarmen.

(...)

Verweerster in hoger beroep stelt dat de rechtspraak gekenmerkt wordt door een steeds ruimere interpretatie, zodat het voldoende is dat de gebeurtenissen een binding hebben met de tewerkstelling om als een arbeidsongeval te kunnen worden erkend.

Daar, zoals hiervoren is uiteengezet, de toepassings- en bewijsvoorwaarden van het arbeidsongeval in het onderhavige geval dezelfde zijn als ware de getroffene tewerkgesteld geweest in België, gelet op de duur van de overeengekomen zending welke overeengekomen werd voor ten hoogste zes maanden, kunnen ten deze geen gunstiger criteria worden toegepast dan voor een arbeidsongeval in België overkomen.

(...)

De loutere verplichte aanwezigheid gedurende zes maanden in Zaïre is niet voldoende opdat welk ongeval ook gedurende deze periode aldaar overkomen als een arbeidsongeval zou kunnen worden aangemerkt. Het is dus onjuist te stellen dat er een wettelijk vermoeden is dat de feiten zich voordeden «tijdens de tewerkstelling».

In tegenstelling met hetgeen wordt aangevoerd, blijkt ook niet uit de verklaring van R. dat de getroffene op de weg naar het werk was in de zin van de wet, nu er enkel wordt vermeld dat R., samen met de getroffene en een derde persoon, op de «vlucht» was om zich voor de «rebellens» te verbergen en zij de intentie hadden zich op de werf Kamoto te «verschuilen». De voorgelegde plattegrond van de stad Kolwezi en omstreken doet daaraan niets af.

(...)

Daar, zoals hiervoor reeds is opgemerkt tussen 13 mei en 20 mei 1978 te Kolwezi alle georganiseerd economisch leven niet bestaande was ten gevolge van het oproer, en de enige bekommernis van alle Europeanen erin bestond zich te verbergen voor de «rebellens» die hun leven bedreigden, moet uit de feiten worden besloten dat het overlijden van de getroffene geen verband hield met de uitvoering van de arbeidsovereenkomst of met de verplaatsing op de weg naar het werk in de zin van artikel 8 van de Arbeidsongevallenwet, maar te wijten was aan de toestand van heersend oproer, een risico dat, behoudens een uitdrukkelijk beding in de verzekeringspolis — wat ten deze niet het geval is — in de huidige stand van de Belgische wetgeving uit de arbeidsongevallenverzekering is uitgesloten.

CORRECTIONELE RECHTBANK TE KORTRIJK

2e KAMER — 21 DECEMBER 1983

Voorzitter: de h. Deceuninck

Rechters: de hh. Vercruyse en Oplinus

Openbaar ministerie: de h. Harrewyn

Bedrieglijk onvermogen — Aflopend misdrijf — Verjaring.

Met bedrieglijk onvermogen is een ogenblikkelijk misdrijf dat voltooid is zodra het bedrieglijk bewerken van het onvermogen en het niet voldoen aan zijn verplichtingen samen zijn verwezenlijkt. Wie beweert dat het misdrijf strafbaar blijft zolang de verplichtingen niet voldaan zijn, voegt iets toe aan de wettekst.

C.

1. Op penaal gebied:

1. Eerste beklagde betoogt bij conclusie dat in casu de strafvordering door verjaring is vervallen.

Het wanbedrijf van bedrieglijk onvermogen is een aflopend, veelal voortgezet misdrijf, en als laatst vermeende strafbare handeling kan enkel doorgaan de akte van 31 mei 1977 houdende verkoop van een woonhuis te Kuurne tegen de prijs van 300.000 fr. Sedert 31 mei 1977 zijn er meer dan zes jaar verlopen zodat verjaring is ingetreden.

De burgerlijke partij daarentegen meent dat art. 490bis Strafwetboek een voortdurend misdrijf bedoelt in zover de debiteur volhardt in het niet nakomen van zijn verplichtingen. Nu de debiteur nog steeds niet heeft betaald, kan de verjaring van de publieke vordering niet zijn ingetreden.

2. De vraag of het gaat om een aflopend of een voortdurend misdrijf is in rechtsleer en rechtspraak voorwerp van tegenspraak.

Art. 490bis Sw. stelt strafbaar degene die zijn onvermogen heeft bewerkt met het opzet om aan de op hem rustende verplichtingen niet te voldoen en die inderdaad de op hem rustende verplichtingen niet heeft voldaan.

De burgerlijke partij steunt op een arrest van het Hof van Beroep te Brussel dat oordeelde dat het wanbedrijf van bedrieglijk onvermogen een voortdurend misdrijf is.

Het arrest gebruikte hiervoor een tekstargument nl. het naast elkaar opgesteld zijn van de constitutieve elementen «hij die zijn onvermogen heeft bewerkt en aan de op hem rustende verplichtingen niet heeft voldaan».

Het hof leidde daaruit af dat het misdrijf van art. 490bis erin bestaat zijn onvermogen te hebben bewerkt, «mais aussi de n'avoir pas exécuté les obligations dont on est tenu».

Het misdrijf zou dan ook voortduren zolang de schuldege volhardt in zijn stilzitten, nl. het niet voldoen aan de op hem rustende verplichtingen (Brussel 19 juni 1975, onuitgegeven, aangehaald door Screvens R. en Bernard-Tulkens F. in «Chronique trimestrielle de jurisprudence», R.D.P., 1975-76, 1109-1110).

Het cassatieberoep tegen die beslissing werd verworpen, maar het cassatiearrest is enkel een niet nader gemotiveerd

formule-arrest (Cass., 17 nov. 1975, Pacot t/ S.C. Coopération Industrielle, onuitgegeven).

Verscheidene auteurs hebben zich zonder meer bij de opinie van het Hof van Beroep te Brussel aangesloten (Masson J.P., «Le délit d'organisation frauduleuse de l'insolvabilité», p. 248 in *Liber Amicorum H. Bekaert; pratique de droit criminel*, I, 440/S).

Andere auteurs houden integendeel staande dat het gaat om een aflopend zij het een ogenblikkelijk of een voortgezet misdrijf (Matthys J., «Repercussie en innovaties van het G.W. in verscheidene takken van het privaatrecht en publiekrecht», R.W., 1968-69, 160; Constant J., «La répression de l'insolvabilité frauduleuse et droit belge», in *Etudes en l'honneur de Jean Greven*, 1960, p. 36).

Een arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen deelt die mening (Antwerpen, 16 okt. 1980, *Limb. Rechtsleven*, 1981, 192 e.v.). Het cassatieberoep door de veroordeelde tegen dat arrest werd ook verworpen, maar eveneens door een niet nader gemotiveerd formule-arrest (Cass., 10 feb. 1981, Conings t/ S.V. Cera, onuitgegeven).

Tot staving van de stelling dat het gaat om een aflopend misdrijf, verwees voornoemd arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen naar een cassatiearrest van 16 mei 1978 in zake Uytterhoeven en Van Baelen tegen Beckers, onuitgegeven).

Het cassatiearrest in kwestie verwierp het middel afgeleid uit de schending van art. 490bis doordat het bestreden arrest de voor het bestaan van het misdrijf twee samen vereiste elementen, namelijk het bewerken van het onvermogen en tevens het niet voldaan hebben aan de betalingsverplichtingen op 17 okt. 1972 bewezen verklaart, terwijl de betalingsverplichtingen pas eisbaar werden op 1 juli 1973, met de volgende overwegingen: «... dat het arrest aldus uitdrukkelijk vaststelt dat eiseres op 17 oktober 1972 een daad heeft verricht om haar onvermogen te bewerken en dat zij inderdaad op 1 juli 1973 aan de op haar rustende verplichtingen niet heeft voldaan, zodat op laatst vermelde datum het bewijs aanwezig was van het bestaan van alle elementen van het misdrijf van bedrieglijk onvermogen dat zich tot laatst vermelde datum heeft voortgezet».

3. De rechtbank houdt het eveneens bij de mening dat het gaat om een aflopend misdrijf waarbij het misdrijf voltooid is zodra het bedrieglijk bewerken van het onvermogen en het niet voldoen aan de verplichtingen samen verwezenlijkt zijn.

Hierbij kan het bedrieglijk bewerken van het onvermogen het niet voldoen aan de verplichtingen voorafgaan of omgekeerd.

Tevens kan de bewerking van het onvermogen uit verschillende daden bestaan die, wanneer alle elementen van het misdrijf reeds aanwezig zijn, achtereenvolgende strafbare gedragingen opleveren, en een voortgezet misdrijf zullen vormen.

Het misdrijf van bedrieglijk onvermogen bestaat inderdaad essentieel in het bereiken van het resultaat van onvermogen door het stellen van bepaalde daden. Het bereikte resultaat is echter enkel strafbaar als men samengaand niet aan zijn verplichtingen heeft voldaan. Dat is de enige betekenis van de zin die begint met het voegwoord «en» vervolgend met de woorden «aan de op hem rustende verplichtingen niet heeft voldaan». Als men beweert dat men strafbaar blijft zolang men aan zijn verplichtingen niet heeft

voldaan, voegt men iets toe aan de wettekst dat er niet in staat en maakt men aldus van het «niet voldaan aan zijn verplichtingen» een afzonderlijk misdrijf, wat het niet is.

4. Nu de rechtbank aanneemt dat het gaat om een aflopend misdrijf, dient er te worden nagegaan of de strafvordering inderdaad door verjaring is komen te vervallen.

Indien dit niet het geval is moet ten gronde worden beslist over de telastlegging.

5. Nopens de verjaring

In casu is de laatste handeling die in aanmerking zou kunnen worden genomen als strekkende tot het bewerken van het onvermogen, inderdaad de verkoop voor 300.000 fr. van het woonhuis te Kuurne op 31 mei 1977 zoals eerste beklagde aanvoert.

Afgezien immers van elke beschouwing omtrent de strafbaarheid in België, als eventuele daad van bewerken van onvermogen, van de verkoop op 2, 3 of 4 mei 1979 te Genève van de aandelen S.A. Plafin, dient vastgesteld dat die verkoop niet als aantasting van het onderpand van de schuldeisers kan doorgaan. De aantasting van het pand kan zijn gebeurd toen eerste beklagde zijn villa te Cannes op 29 dec. 1976 voor 1.200.000 FF verkocht, aan ..., maar eens verkocht aan die vennootschap naar Zwitsers recht met onbekende aandeelhouders waren de aandelen aan toonder, die eigendom van beklagde(n) zouden zijn gebleven, buiten elk bereik van beslag of dwanguitvoering. Getoetst aan het begrip «onvermogen» was het dus onverschillig of die aandelen achteraf al dan niet ter beschikking bleven van beklagde(n).

Er wordt echter uit het oog verloren dat het slechts op 1 april 1978 is dat de laatste wissel voor 2.600.966 fr. op eerste beklagde getrokken en door hem voor accept ondertekend, kwam te vervallen.

In het kader van de telastlegging komt voornoemde wissel in aanmerking om na te gaan of op 1 april 1978 alle elementen van het misdrijf van bedrieglijk onvermogen al dan niet aanwezig waren.

De verjaring werd allerlaatst gestuit op 24 maart 1981, datum waarop de hoofdcommissaris voor gerechtelijke opdrachten het syntheseverslag van het dossier aan de onderzoeksrechter heeft toegestuurd (stukken 150 en volgende).

De strafvordering is zodoende niet door verjaring vervallen.

(...)

NOOT—Er is hoger beroep ingesteld tegen de bovenstaande beslissing.

CORRECTIONELE RECHTBANK TE BRUSSEL

20e KAMER — 30 JUNI 1983

Voorzitter: de h. Delvoie

Rechters: mevr. Van Cauwelaert en Leysen

Openbaar ministerie: de h. Cerckel

Poging — Ondeugdelijke poging.

Het feit dat een verdachte die poogde een hoeveelheid heroïne of morfine in zijn bezit te krijgen, slechts een wit poeder ontving dat geen verdovend middel was, maakt een omstandigheid uit onafhankelijk van de wil van de verdachte waardoor de uitwendige daden die hij stelde om in het bezit van de stof te komen en die daartoe méér waren dan alleen maar voorbereidende handelingen, de beoogde uitwerking niet hadden zodat het misdadig voornemen beperkt bleef tot een poging.

De afwijkende aard van de stof die de verdachte in zijn bezit kreeg, maakt het criterium uit om de handelingen slechts als een poging te kwalificeren, maar dat criterium is niet van dien aard dat die poging als volstrekt ondeugdelijk omschreven kan worden.

L. e.à.

Telastlegging: gepoogd te hebben, noch geneesheer, noch apotheker, noch veearts zijnde, en de substantie niet verkregen hebbende door middel van een geldend medisch getuigschrift, zonder voorafgaande vergunning van de minister van Volksgezondheid, onder bezwarende titel of om niet, slaapmiddelen, verdovende middelen of andere psychotropische stoffen die afhankelijkheid kunnen teweegbrengen en waarvan de lijst door de Koning wordt vastgesteld, zijnde een onbepaalde hoeveelheid heroïne of morfine, te vervaardigen, in het bezit te hebben, te verkopen of te koop te stellen, af te leveren of aan te schaffen; met de omstandigheid dat het misdrijf, een daad van deelneming aan de hoofd- of bijkomende bedrijvigheid van een vereniging is; terwijl het voornemen om de misdaad te plegen zich geopenbaard heeft door uitwendige daden die een begin van uitvoering van die misdaad uitmaken en alleen ten gevolge van omstandigheden, van de wil van de dader onafhankelijk, werden gestaakt of hun uitwerking hebben gemist.

Overwegende dat de eerste, de tweede en de vijfde beklagde ten onrechte de volstrekt ondeugdelijke poging inroepen;

Overwegende dat zij allen meer bepaald gepoogd hebben in de strafbare omstandigheden in de telastlegging aangehaald, een hoeveelheid heroïne of morfine in het bezit te hebben;

dat het feit dat zij geen morfine of heroïne in hun bezit kregen doch slechts een wit poeder dat geen verdovend middel was, ten deze de omstandigheid uitmaakt, onafhankelijk van de wil van de beklagden, waardoor de uitwendige daden die beklagden stelden om in het bezit van de stof te komen en die daartoe méér waren dan enkele voorbereidende handelingen, de beoogde uitwerking niet hadden waardoor het misdadig voornemen beperkt bleef tot een poging;

dat, indien aldus de afwijkende aard van de stof die beklagden in hun bezit kregen, het criterium uitmaakt dat toelaat de handelingen van beklagden slechts als een poging te kwalificeren, datzelfde criterium niet van aard is en kan zijn die poging als volstrekt ondeugdelijk te omschrijven;

Overwegende dat anderzijds ten laste van alle beklagden de verzwarende omstandigheid bewezen is aangezien ieder

van hen wetens functioneerde in een voorafbestaande of vooraf overeengekomen structuur van ofwel de «aankooplijn», die eerste beklagde contacteerde, ofwel de «verkooplijn» die dezelfde organiseerde;

Overwegende dat de voorwaarden van art. 6 van de wet van 24 februari 1921 niet vervuld zijn bij L. en B.;

Overwegende dat de tweede beklagde om de opschorting van de uitspraak van de veroordeling verzoekt; dat een dergelijke maatregel de doeleinden van de ingestelde vervolgingen niet zou verwezenlijken;

(...)

(bevestigd op 18 oktober 1983 door Hof Brussel 9e k.)

NOOT—Over het ondeugdelijk misdrijf

Het ondeugdelijk misdrijf vormt een leerstuk uit het strafrecht, waarvoor de doctrine verschillende theorieën heeft ontwikkeld zonder groot succes. Steeds heeft de dagelijkse rechtspraktijk aangetoond hoe deze theorieën te kort schoten.

Bij een ondeugdelijk misdrijf worden alle handelingen verricht nodig voor de voltooiing, doch net als bij het mislukt misdrijf hebben ze hun uitwerking gemist. Het mislukt misdrijf valt onder het regime van artikel 51 Sw. Het wordt soms ook de voltooid poging genoemd in tegenstelling met de gestaakte of onvoltooid poging. Daar het ondeugdelijk misdrijf met het mislukt misdrijf wordt gelijkgesteld, houdt het onmogelijk misdrijf ook verband met de strafbare poging en wordt soms gesproken van ondeugdelijke poging terwijl de uitdrukking onmogelijk (of ondeugdelijk) misdrijf de voorkeur verdient. Doch na deze assimilatie tussen onmogelijk en mislukt misdrijf, merkt de doctrine op dat bij een onmogelijk misdrijf het voornemen van de dader evenwel niet kon worden uitgevoerd.

Gezien de principiële gelijkstelling tussen het onmogelijk misdrijf en de voltooid poging is het niet verwonderlijk dat de verschillende pogingsleren het regime van het onmogelijk misdrijf hebben beïnvloed.

De objectieve leer

Voor de objectieve leer kan er geen sprake zijn van strafbaarheid der pogingshandelingen als de voltooiing van het misdrijf onmogelijk is. Deze handelingen zijn niet gevaarlijk voor een rechtsgoed. Overigens is er geen begin van uitvoering mogelijk wanneer de uitvoering zelf niet mogelijk is. Alles beperkt zich dus tot de niet-strafbare uiting van een opzet (Rubbrecht J., *Inleiding tot het Belgisch strafrecht*, blz. 163).

De oorsprong van deze stelling is terug te vinden bij Feuerbach. Deze ontwikkelde zijn standpunt aan de hand van een eigenaardig voorval. Een boer had een bedevaart ondernomen om de dood van een vijand te verkrijgen (Trousse P.E., *Les Nouvelles, Droit pénal*, 1, nrs. 2311 e.v.).

Deze streng objectieve leer wordt teruggevonden in de wetsgeschiedenis van het Strafwetboek. Oorspronkelijk werd de volgende wetsbepaling m.b.t. de poging voorgesteld: «La tentative sera considérée comme le crime même, si l'acte ou les actes nécessaires pour la consommation de ce crime ont été accomplis et n'ont manqué leur effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur.» In zijn verslag sprak Haus van het vereiste van het deugdelijk voorwerp en het deugdelijk middel: «Lors-

que le crime suppose un certain objet, l'existence de ce même objet est aussi une condition de la tentative de crime. Lorsque le crime exige, comme condition de son existence, l'emploi de certains moyens, il faut que l'accusé ait fait usage de ces mêmes moyens, pour pouvoir être déclaré coupable d'une tentative de ce crime» (Nypels, *Législation criminelle*, I, blz. 86, nr. 151). De woorden «l'acte ou les actes nécessaires pour la consommation» vielen weg uit de voorgestelde tekst, zonder dat hiervoor een uitleg kan worden gevonden (o.c., I, blz. 251, nr. 72).

Bepaalde rechtspraak heeft de objectieve leer m.b.t. het ondeugdelijke misdrijf stipt toegepast. Niet strafbaar is de gauwdief die zijn hand in andermans zak steekt om een voorwerp te bemachtigen, terwijl die zak leeg is (Brussel, 19 september 1898, *Pas.*, 1899, II, 135; Corr. Verviers, 24 oktober 1862, *B.J.*, 1863, 1416; Corr. Antwerpen, 7 september 1898, *Pas.*, 1899, III, 170). Ook is gevonnen dat er geen poging tot diefstal is, wanneer het voorwerp dat de dader bedoelt weg te nemen, zich niet bevindt ter plaatse waar hij het meende te zullen vinden (K.I. Gent, 4 mei 1948, *R.W.*, 1948-49, 142, noot Delahaye P.).

Uitspraken in die zin volgens streng objectieve maatstaven werden echter ook vernietigd (zie Cass. fr., 4 januari 1895, *D.P.*, 1896, I, 21, noot Garraud). De rechtsleer moest noodgedwongen haar weinig realistische stelling wijzigen. Garraud schrijft dienaangaande: «Une étude plus attentive de la question m'a fait modifier une opinion qui avait pour conséquence une impunité vraiment scandaleuse» (*Traité théorique et pratique de droit pénal*, I, blz. 509).

Absolute en relatieve ondeugdelijkheid

De rechtsleer zou voortaan een onderscheid tussen de volstrekt onmogelijke en relatief onmogelijke poging maken. Mittermayer had in Duitsland ook in die zin de stelling van Feuerbach verzacht. Ortolan (*Éléments de droit pénal*, blz. 455, nrs. 1005 e.v.) deed dit standpunt in Frankrijk ingang vinden. Ook in Nederland werd het overgenomen (Hazewinkel-Suringa, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, 8e herziene druk bewerkt door Rammelink, blz. 315-316). Haus verkondigde het in België (Principes généraux du droit pénal belge, 2e edruk, nrs. 424 en 425). De meeste auteurs volgden in zijn kielzog (Beltjens G., *Encyclopédie du droit criminel belge*, I, article 51, nr. 9; Goedseels J., *Commentaire du code pénal belge*, I, nr. 393; Nypels J. en Servais J., *Code pénal belge interprété*, 3e druk, articles 51-53, blz. 179-183, nrs. 9-11). Alleen de absolute ondeugdelijkheid laat de dader straffeloos. Absolute ondeugdelijkheid bestaat als middel of voorwerp, of beide, absoluut niet geschikt zijn om het misdrijf te plegen.

De Belgische rechtspraak heeft zich tot nog toe nogal formeel gehouden aan het onderscheid tussen absolute en betrekkelijke ondeugdelijkheid. Aldus werd strafbaar geacht de poging tot afpersing van een persoon zonder geld daar niets belette dat deze persoon op het ogenblik der feiten geld bij zich had. (Luik, 22 januari 1908, *R.D.P.*, 1909, 52). Een persoon die een bureau openbreekt om geld te stelen en er niets vindt is schuldig aan poging tot diefstal omdat deze onmogelijkheid slechts toevallig is (Krijgsraad Henegouwen, 8 maart 1907, *R.D.P.*, 1907, 338). Hij die binnendringt in een huis om te stelen en die verrast wordt terwijl hij een ledig meubel doorzoekt, verricht geen voor-

bereidingshandeling, doch is schuldig aan poging tot diefstal omdat zijn mislukking louter eventueel is (Luik, 24 juli 1872, *Pas.*, 1872, II, 421).

Uit die rechtspraak blijkt echter dat, hoewel het onderscheid tussen absolute en relatieve ondeugdelijkheid formeel wordt verdedigd, bij ondeugdelijke misdrijven niet zo gauw absolute ondeugdelijkheid van het begin van uitvoering wordt aangenomen (Trousse P.E. en Bernard F., «Chronique de jurisprudence», *R.D.P.*, 1970-71, 619). Dezelfde vaststelling geldt voor de Nederlandse (Hazewinkel-Suringa, *a.w.*, blz. 316) en de Franse rechtspraak («Chronique de jurisprudence», *Rev. sc. crim.*, 1981, 365-368). In geval van absoluut ondeugdelijk middel wordt ook strafbaarheid gewettigd wanneer men het gehele voorafgaande gedrag van de dader als gevaarzettend kan aanmerken. Dit kan het geval zijn, wanneer het oogmerk van de dader vast gericht is geweest op aantasting van het betreffend rechtsgoed en hij ook alles dienovereenkomstig adequaat heeft georganiseerd en uitgevoerd en de absolute ondeugdelijkheid van het middel slechts aan een toevallige niet in het handelingsplan passende omstandigheid is te wijten. De apotheker bij wie het vergif wordt gekocht, vergist zich en stopt in plaats van arsenicum een onschuldig poeder in het zakje. Wat het absoluut ondeugdelijk voorwerp betreft, kan men ook denken aan poging tot moord op een persoon die juist tevoren van een derde een dodelijk schot heeft gekregen (K.I. Parijs, 9 april 1946, geciteerd door P. Gulphe, «Délit impossible», *Rev. sc. crim.*, 1948, 147). Het voorwerp van het misdrijf is totaal verdwenen, doch de dood kan als een toevallig verhinderende omstandigheid beschouwd worden. Volgens de klassieke opvatting echter is de dader van het absoluut ondeugdelijke misdrijf straffeeloos.

Ter verduidelijking van die ontwikkeling in de rechtspraak kan een uitspraak m.b.t. een poging tot vruchtafdrijving in geval van buitenbaarmoederlijke zwangerschap worden vermeld (Luik, 14 juli 1949, *Jur. Liège*, 1949-1950, 49). De dader werd strafbaar geacht, al was een normale ontwikkeling van de zwangerschap uitgesloten. In het arrest werd geoordeeld dat de persoon die alle daden stelt die naar zijn mening het misdrijf dat hij wilde voltooien, normaal moesten verwekken, strafbaar is wegens poging, zelfs wanneer het misdrijf niet mogelijk was. Aldus wordt afgeweken van de klassieke stelling (Calewaert W., «De strafbare poging», *Rechtsk. T.*, 1949, 236; Simon J., «Un cas intéressant de délit manqué», *R.D.P.*, 1949-50, 673-680).

De meerderheid van de Belgische rechtsleer oordeelt dat het onderscheid tussen absoluut en relatieve ondeugdelijkheid geen verband heeft met de werkelijkheid. De ondeugdelijkheid is een begrip dat geen graden kent. Zowel de volstrekt als de relatief onmogelijke poging zijn ondernemingen die in concreto nooit tot een resultaat kunnen leiden (Constant J., *Manuel de droit pénal*, uitg. 1965, I, nr. 194; Leclercq P., «La tentative du crime impossible est-elle punissable?», *R.D.P.*, 1909, 154-154; *Pandectes belges*, tw. «Tentative (matière pénale)», nrs. 82-86; *R.P.D.B.*, tw. «Infractions et répression général», compl. IV, nr. 469; Robbrecht J., *a.w.*, blz. 164; Schuind G., *Traité pratique de droit criminel*, 4e druk bewerkt door Vandeplas A., blz. 139; Vanhoudt C.J. en Calewaert W., *Belgisch strafrecht*, II, nr. 741).

De subjectieve theorie

Als reactie op de byzantijnse discussies omtrent de graden van ondeugdelijkheid heeft de subjectieve leer het zwaartepunt gelegd op de gevaarlijkheid van de dader. Zij onderzoekt de betekenis van het handelen van de dader als uiting van zijn voornemen (Prins A., *Science pénale et droit positif*, blz. 140-143, nrs. 230-234; Gunzburg N., *La trajectoire du crime*, blz. 68-86). Voor de strafbaarheid wordt voldoende geacht dat de dader in de uitvoeringshandelingen zijn gevaarlijke gezindheid heeft geopenbaard. Dat hetgeen hij deed realiter niet tot de voltooiing van het misdrijf kan leiden is onverschillig, als de dader zelf maar meende met de uitvoering van zijn voorgenomen misdrijf te zijn begonnen.

Terwijl de objectieve leer zelf verzacht met het onderscheid tussen volstrekt en relatief ondeugdelijk misdrijf, daders ten onrechte vrijuit laat gaan, op grond van een werkelijkheidsvreemde redenering, zal de subjectieve opvatting, consequent toegepast, leiden tot veroordeling bij vermeende (putatieve) — of zelfs bij absurde — misdrijven. Strafbaar zal immers zijn zowel de persoon die meent een misdrijf te plegen terwijl zulks niet het geval is (vermeend misdrijf), als de dader die middelen aanwendt waaruit naar algemene bekendheid in geen geval enig gevolg kan voortvloeien zoals het Todtbeten geval van Fueuerbach (absurd misdrijf) (Calewaert W., «Strafbare poging naar Belgisch recht», *Jaarboek 1969-1970 van de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, blz. 271-175).

Feitelijke en juridische onmogelijkheid

Garraud heeft, ter vervanging van de streng objectieve leer betreffende het ondeugdelijk misdrijf, een stelling verdedigd waarbij hij de legale onmogelijkheid stelde tegenover de feitelijke onmogelijkheid. Hij neemt alleen de niet-strafbaarheid aan bij legale onmogelijkheid (*a.w.*, I, blz. 515).

De rechtsleer is het echter niet eens omtrent de inhoud van deze begrippen. De meest gezaghebbende hedendaagse Franse penalisten R. Merle en A. Vitu verstaan onder de juridische onmogelijkheid zowel het reeds geciteerde geval van het putatief misdrijf als wat in de Duitse rechtsleer onder de term «Mangel am Tatbestand» of in het Nederlands «ontoereikende delictsinhoud» wordt samengebracht. Een voorbeeld van putatief of vermeend misdrijf is hij die meent het misdrijf van dubbel huwelijk te begaan, overtuigd dat het eerste huwelijk niet ontbonden is, terwijl intussen zijn echtgenoot overleden is. Er is ontoereikende delictsinhoud wanneer de doodslag op een lijk gepleegd wordt (Merle R. en Vitu A., *Traité de droit criminel*, 4e druk, I, nr. 465). Andere auteurs zoals Constant (*a.w.*, I, nr. 197) en Rammelink (*a.w.*, blz. 317 en 318) maken dan weer een onderscheid tussen deze twee gevallen en geven er niet dezelfde voorbeelden van. Bovendien kan geredetwist worden over het al dan niet feitelijk of juridisch karakter van de onmogelijkheid in het geval van doodslag op een lijk, zoals in het geannoteerd vonnis m.b.t. de verdovende middelen die poeder bleken te zijn. Benevens betwisting over de kwalificatie van de onmogelijkheid rijst nog steeds de vraag van de straffeloosheid van doodslag op een lijk. Als iemand op een ander schiet, terwijl later komt vast te staan, dat het slachtoffer even tevoren aan een hartverlamming was over-

leden, kan bezwaarlijk aangenomen worden dat hij de dans zou ontspringen door de hem niet bekende toevallige omstandigheid dat het slachtoffer al dood was (Buiting T., *Strafbare poging*, proefschrift Utrecht, 1965, blz. 141-142).

De rechtspraak heeft in ons land naar ons bekend nooit formeel de begrippen juridische en feitelijke ondeugdelijkheid of de rechtsfiguur «Mangel am Tatbestand» gehanteerd. Wel werd geoordeeld dat er geen poging is zoals bepaald bij artikel 405 Sw., wanneer de hoeveelheid van de toegediende stof fysiologisch onvoldoende is om de dood teweeg te brengen of de gezondheid zwaar te kunnen schaden. Deze uitspraak lijkt zeer op de ontoereikendheid van de delictsinhoud (Corr. Luik, 23 januari 1920, *B.J.*, 1921, 372, noot A.B.).

In feite is het onderscheid tussen feitelijke en juridische onmogelijkheid kunstmatig en geeft het aanleiding tot subtiliteiten, net als het onderscheid tussen volstreckte en betrekkelijke ondeugdelijkheid (Calewaert, *a.w.*, *Rechtsk. T.*, 1949, 238).

Heeft het begrip onmogelijk misdrijf nog zin?

Volgens bepaalde auteurs mag de leer van het onmogelijk misdrijf ondanks de geuite kritiek niet volledig verlaten worden, omdat er nu eenmaal handelingen zijn, zoals het doodbidden, die — wat ook het voornemen was — de gemeenschap onberoerd laten (Trousse P.E., *Les Nouvelles, Droit pénal*, I, nr. 2320; Vanhoudt C.J. en Calewaert W., *a.w.*, II, nr. 748).

Deze stelling lijkt overtuigend wanneer aangehaakt wordt aan de objectieve of de subjectieve leer van de poging. De objectieve leer heeft behoefte aan het onderscheid tussen absolute en relatieve of tussen feitelijke en juridische onmogelijkheid op gevaar van straffeloosheid van de personen wier gevaarlijkheid door hun handelingen duidelijk is gebleken. De subjectieve leer moet ook concessies doen omdat anders alle gevallen waarin het opzet duidelijk aanwezig is en zelf blijkt uit een handeling, strafbaar worden.

Constant heeft opmerkelijk aangetoond hoe de subjectieve leer als de objectieve leer — met inbegrip, wat de laatste theorie betreft, van de verschillende schakeringen aangebracht door de criteria van de gevaarlijkheid, de aanwending van middelen, de gedeeltelijke uitvoering en de ondubbelzinnigheid — te kort schieten inzake de algemene probleemstelling van het onderscheid tussen voorbereidingshandelingen en begin van uitvoering. Hij is zelf gekomen tot een combinatie van beide leren. Hij definieert deze gemengde theorie als volgt: «Nous (l') appellerons le système de l'univocité circonstancielle par opposition au système de l'univocité purement objective, en ce sens que le caractère univoque de l'acte incriminé découle non de la seule inspection de l'acte, mais de l'examen de cet acte, éclairé par la prise en considération de toutes les circonstances qui l'accompagnent et spécialement par la recherche psychologique des intentions de l'agent» (*a.w.*, I, nrs. 187-188).

Ook in Frankrijk (Devèze M., «Le commencement d'exécution de l'infraction en jurisprudence», *Rev. sc. crim.*, 1981, 777-812; noot M.J. Cambassés onder Cass. fr., 15 mei 1979, *D.*, 1980, 409-411) en in Nederland (Keyzer N., *Strafbaarheid van voorbereidingshandelingen naar Nederlands recht*, preadvies voor de Vereniging van de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, 1982, blz. 17-19) kan de strijd tussen de aanhangers van de

objectieve en de subjectieve theorie thans als achterhaald worden beschouwd.

Heeft de opbouw van een gemengde theorie m.b.t. de algemene problemen van de poging geen gevolgen voor het geval van het onmogelijk misdrijf? Kan het systeem uitgewerkt door Constant niet de oplossing bieden en aldus het begrip onmogelijk misdrijf overbodig maken?

Met P. Leclercq kan aangenomen worden (*a.w.*, *R.D.P.*, 1909, 151) dat het onderscheid tussen poging tot misdrijf en poging tot onmogelijk misdrijf kunstmatig is. Alle pogingen zijn ondeugdelijk. Wanneer hij die het oogmerk heeft te doden, met een vuurwapen schiet, doch het slachtoffer mist, kan zijn oogmerk onmogelijk worden verwezenlijkt; evenzo in het geval dat hij met een niet-geladen wapen schiet. In beide gevallen is het misdrijf slechts mogelijk wanneer een gegeven gewijzigd wordt: het vuurwapen moet beter gericht zijn ofwel geladen worden. Vanzelfsprekend kan opgeworpen worden dat in het tweede geval, in tegenstelling met het eerste, het resultaat niet bereikt kan worden en de handelingen tot mislukking gedoemd waren. Dat is echter een gegeven dat alleen achteraf voor de dader kenbaar is. Men moet echter uitgaan van de kennis van de onderneming *ex ante* en zich dan afvragen wat de dader onder de gegeven omstandigheden *redelijkerwijze* kon verwachten. Zoals artikel 51 Sw. stelt m.b.t. het begrip begin van uitvoering, is in het geval van het ondeugdelijk misdrijf de omstandigheid die het resultaat verhindert, onafhankelijk van de wil van de dader. Als men *post factum* redeneert, zal men trouwens in de klassieke leer zelf van een relatief ondeugdelijk misdrijf zeggen dat het absoluut ondeugdelijk is omdat men alle omstandigheden van het geval kent.

De vraag rijst of de gevallen die als onmogelijk misdrijf werden beschreven, niet zonder meer kunnen worden opgelost aan de hand van het criterium uiteengezet door Constant om de voorbereidingshandelingen van het begin van uitvoering te onderscheiden. Het aangehaald arrest m.b.t. vruchtafdrijving in geval van buitenbaarmoederlijke zwangerschap (Luik, 14 juli 1949, *Jur. Liège*, 1949-50, 25) beoordeelt in navolging van Constant de gestelde handeling aan de hand van de begeleidende omstandigheden, waaronder het voornemen van de dader. Ook het geheel van de persoonlijkheid van de dader, zeker m.b.t. misdrijven gestraft door de wet inzake verdovende middelen, en de handelingen als geschikt middel tot de uitvoering van het misdrijf moeten in dit systeem van begeleidende omstandigheden in aanmerking worden genomen om te bepalen of het al dan niet gaat om een begin van uitvoering.

De aldus voorgestelde formule omtrent de uitvoeringshandeling geeft ook een maatstaf voor het vraagstuk van het zg. ondeugdelijke misdrijf. In deze gemengde theorie is er geen plaats voor de putatieve en de absurde misdrijven die het hele gebouw van de subjectieve leer gebaseerd op het opzet deden wankelen. Daarentegen is er wel plaats voor de misdrijven die de klassieke theorie geneigd is steeds ruimer te kwalificeren als relatief ondeugdelijk terwijl ze het absoluut zijn. Het doodbidden kan niet beschouwd worden als een begin van uitvoering, aangezien hiervoor vereist is dat de handeling de strekking heeft, naar haar aard geschikt is, om de voltooiing te doen intreden. Bij de putatieve misdrijven is er ook geen begin van uitvoering omdat men voor de uitlegging van dit begrip de delictom-

schrijving tot uitgangspunt moet nemen. In bedoelde gevallen ontbreekt de delictomschrijving en kan zij ook nooit verwezenlijkt worden.

Het belang van de delictomschrijving wordt trouwens ook aangetoond door het feit dat het onmogelijk misdrijf, net als het mislukt misdrijf, alleen strafbaar is in de gevallen bij de wet bepaald: dus steeds m.b.t. misdaden en enkel in de uitdrukkelijk omschreven gevallen m.b.t. wanbedrijven. I.v.m. de geannoteerde zaak is derhalve de verzwaring van de omstandigheid van deelneming aan de bedrijvigheid van een vereniging van groot belang, want anders is het bezit, de verkoop of het te koop stellen van verdovende middelen met correctionele straffen bestraft en dientengevolge is, bij gebrek aan bijzondere bepaling in de wet op de verdovende middelen, de poging tot dit wanbedrijf en bijgevolg het zg. ondeugdelijk misdrijf niet strafbaar.

Voorzeker mag niet gesteld worden dat aldus een toverformule is gevonden voor het zg. ondeugdelijk misdrijf, want de leer van de eenheid van begeleidende omstandigheden van Constant steunt op voor uiteenlopende beoordeling vatbare begrippen. Dat is stellig het geval met het voornemen van de dader en de persoonlijkheid van de delinquent. Zelfs voor de in aanmerking te nemen uitvoeringshandeling kan geen criterium gevonden worden dat bij elk misdrijf aangeeft wanneer men van uitvoeringshandelingen spreekt.

Het is de verdienste van de geannoteerde beslissing, in hoger beroep bevestigd bij arrest van het Hof van Beroep te Brussel op 18 oktober 1983, te hebben geponeerd dat de uitwendige daden die beklagden stelden meer dan enkele voorbereidende handelingen waren en aldus de discussie rond het zg. ondeugdelijk misdrijf te hebben gebracht op het terrein van het onderscheid tussen voorbereidingshandeling en begin van uitvoering.

Een zekere actualiteitswaarde kan worden toegekend aan het hier gestelde probleem m.b.t. de verdovende middelen, zoals blijkt uit gelijkaardige uitspraak van het Hof van Beroep te Brussel van 9 november 1982 (7e kamer, arrest nr. 1263).

A. De Nauw

VREDEGERECHT TE ZELZATE

9 JUNI 1983

Rechter: de h. Doudelet

Advocaten: mrs. Van de Gehuchte en Van Overloop

Huisvesting — 1. Huur van sociale woningen Vlaams Gewest — Huurlasten en voorschotten — Berekening — Toezicht Nationale Maatschappij voor de Huisvesting —

2. Verantwoording aangerekende huurlasten — Begrip openbare dienst — Bewijs, aanrekening en inzage recht voor huurder in stavingsstukken.

1. Bij de aanrekening van de huurlasten in sociale huurwoningen dient de erkende bouwmaatschappij zich te houden aan de onderrichtingen van de Nationale Maatschappij voor de Huisvesting. Bij ontstentenis daarvan geschiedt de

aanrekening op grond van de resultaten van de vorige periode onder de verantwoordelijkheid van de bouwmaatschappij zelf. De NMH kan zich tegen de beslissingen van de erkende vennootschap in dit verband verzetten (art. 34 Huisvestingscode).

2. Privaatrechtelijke beginselen, o.m. van bewijs en staving van schuldvorderingen, zijn toepasselijk op met een openbare dienst belaste instellingen, in zoverre verenigbaar met de noodwendigheden ervan. De huurders kunnen in de loop van de week na de afrekening van de huurlasten, kennis nemen van de stavingsstukken voor de aangerekende huurlasten: dit voorschrift is niet onverenigbaar met de noodwendigheden van de openbare dienst.

Gewestelijke Maatschappij Huisvesting Z. t/ P.

Overwegende dat de hoofdeis strekt tot betaling van de som van 6.000 fr. (1.500 fr. x 4), kosten voor de periode van 1 november 1982 tot 28 februari 1982 voor het appartement te (...) met twee slaapkamers; dat op tegeneis wordt gevraagd de verhoging te verminderen tot 600 fr. per maand, benevens informatie en controle, individuele opmeting van het verbruik, herstellingen en isolatiewerken, en in het bijzonder in het door de eiser op tegeneis bewoond appartement herstelling van ramen, van de afvoer van het balkon, van de WC, van kranen en plamuursel der muren;

Voorschot op verwarmingskosten

Overwegende dat eiseres op hoofdeis vanaf één november de provisie voor verwarmingskosten heeft verhoogd met 1.350 fr. per maand voor appartementen met één slaapkamer, 1.500 fr. per maand voor appartementen met twee slaapkamers, 1.630 fr. per maand voor appartementen met drie slaapkamers, zich beroepende op de gestegen olieprijzen en de brieven van de Nationale Maatschappij voor de Huisvesting;

Overwegende dat verweerder op hoofdeis voorstelt deze verhoging te brengen op respectievelijk 550, 600 en 650 fr. per maand voor appartementen resp. met één, twee en drie slaapkamers;

Overwegende dat in § 1 van art. 2 van het K.B. van 18 december 1979 wordt bepaald: «kostprijs, alle uitgaven door de verhurende vennootschap gedragen voor de stichting of de verwerving van de woning alsmede voor de uitgevoerde sanerings-, verbeterings- en aanpassingswerken. Deze kostprijs dient uitdrukkelijk door de Nationale Maatschappij voor de Huisvesting te worden goedgekeurd»; dat hier noch huurprijzen, noch huurlasten worden bedoeld;

Overwegende dat § 2 van art. 8 van hetzelfde besluit bepaalt: «De in de huurovereenkomst vermelde lasten en kosten die niet in de huurprijs begrepen zijn moeten tegen kostende prijs worden aangerekend volgens de onderrichtingen van de Nationale Maatschappij voor de Huisvesting»;

dat hier met onderrichting wordt bedoeld: normen volgens welke de lasten en kosten dienen te worden aangerekend;

dat het verstrekken van dergelijke onderrichtingen door het voogdij-orgaan niet inhoudt dat dit laatste de door het haar ondergeschikt bestuur ter zake getroffen beslissingen moet goedkeuren; ware zulks wel het geval dan zou deze bevoegdheid uitdrukkelijk dienen te worden toegekend, zoals in voornoemde tekst van § 1 van art. 2 voor uit te voeren werken;

dat de Nationale Maatschappij voor de Huisvesting zich wel kan verzetten tegen de uitvoering van alle maatregelen in strijd met de wet, de statuten of het algemeen belang (art. 34 van de Huisvestingscode); zodat, samengevat, de Nationale Maatschappij voor de Huisvesting, bij wege van onderrichtingen normen kan voorschrijven voor de berekening van lasten en kosten en zich kan verzetten tegen de door eiseres op hoofdeis ter zake getroffen beslissingen op de in art. 34 van de Huisvestingscode bepaalde gronden, doch de verantwoordelijkheid voor de vaststelling van die kosten en lasten rust op eiseres op hoofdeis, mede trouwens en wel in hoofdzaak uit hoofde van haar beheersaansprakelijkheid;

Overwegende dat, bij ontstentenis van gegeven norm, voor het bepalen van het voorschot op verwarmingskosten, dient te worden uitgegaan van de resultaten van de afgelopen stookperiode;

dat er voor het appartementsgebouw een tekort van 169.089 fr. was voor het jaar 1982, dus 224 fr. per appartement en per maand (224 fr. x 12 x 63); zodat de door verweerder op hoofdeis voorgestelde verhoging van 600 fr. per maand ruimschoots zal volstaan voor 1983;

Overwegende dat verweerder op hoofdeis zich beroept op art. 2 van het huurreglement tot bepaling van het tijdstip waarop de verhoging dient in te gaan; dat bewust artikel echter geen betrekking heeft op deze verhoging;

Verantwoording van de aangerekende huurlasten

Overwegende dat eiseres op hoofdeis een met een openbare dienst belaste instelling is (Cass., 5 april 1973, *Pas.*, 1973, I, 783);

Overwegende dat de beginselen die ten grondslag liggen aan het privaatrecht van toepassing zijn op de publiekrechtelijke rechtspersonen in zoverre zij verenigbaar zijn met de noodwendigheden van de openbare dienst en met eventuele aanpassing aan deze noodwendigheden (P. Wigny, *Principes généraux de droit administratif belge*, 2e uitgave, blz. 97); Overwegende dat een schuldeiser gehouden is het detail op te geven van zijn schuldvorderingen en deze te staven door bewijsstukken;

dat bewust voorschrift niet onverenigbaar is met de noodwendigheden van een openbare dienst, doch eraan dient te worden aangepast;

dat bij toepassing van art. 34 van de Huisvestingscode door de Nationale Maatschappij voor de Huisvesting uitgeoefende controle dit recht van de huurder onverkort laat, aangezien deze laatste niet onder de voogdij staat van deze maatschappij;

Overwegende dat het door de huurders betaalde maandbedrag is samengesteld uit: basishuurprijs, vergoeding voor diensten en leveringen, vergoeding voor verwarming en huurprijs per garage;

dat de voor alle van deze posten gevorderde bedragen worden opgegeven;

dat de vergoeding voor diensten en leveringen en de vergoeding voor verwarming echter dienen te worden beschouwd als voorschotten waarvoor jaarlijks een afrekening aan de huurder dient te worden overgelegd;

Overwegende dat het recht tot inzage in de stavingsstukken deze afrekening dient te worden aangepast aan de noodwendigheden van de openbare dienst;

dat aldus elke huurder de stavingsstukken moet kunnen

inzien in de loop van de week (van maandag tot vrijdag) volgend op de dag van de verzending der jaarlijkse afrekening, al dan niet bijgestaan door een advocaat of erdoor vertegenwoordigd, in dit laatste geval drager van een geschreven volmacht;

Overwegende dat hiervoor geen vertegenwoordiging der huurders dient te worden ingericht, aangezien een of meerdere van hen aan een medehuurder opdracht kunnen geven om de stavingsstukken in te zien, daar deze medehuurder reeds dit recht voor zichzelf heeft;

Individuele opmeting van het verbruik

Overwegende dat ter verwezenlijking van de individuele opmeting van het warmteverbruik werken dienen te worden uitgevoerd en het bevelen hiervan een inmenging zou zijn van de rechter in het beheer van de openbare dienst, iets waartoe hij niet bevoegd is (P. Wigny, *op. cit.*, blz. 91);

Herstellingen en isolatiewerken

Overwegende dat een onderscheid dient gemaakt tussen de werken, die herstellingen zijn ten laste van de verhuurder en de werken in het bijzonder bestemd tot isolatie;

Overwegende dat de overheid door het verlenen van subsidie het uitvoeren van deze laatste werken aanmoedigt, maar ertoe niet verplicht;

dat ook de rechter niet bevoegd is om hiertoe het bevel te geven (P. Wigny, *op. cit.*, blz. 91);

Overwegende dat de herstellingswerken die ten laste zouden vallen van eiseres op hoofdeis haar ter kennis worden gebracht in de in de onderhavige procedure neergelegde conclusies; dat deze kennisgeving geldt als ingebrekestelling; doch dat aan eiseres op hoofdeis in deze omstandigheden de nodige tijd dient te worden gegund om zodanige herstellingen uit te voeren, die zij acht te haren laste te zijn en de zaak wat dit onderdeel betreft dient te worden verwezen naar een latere zitting voor verder onderzoek;

Om die redenen,

Zeggen voor recht dat vanaf één november verweerder op hoofdeis aan eiseres op hoofdeis verschuldigd is de som van zeshonderd frank als verhoging van het voorschot op de verwarmingskosten;

Zeggen voor recht dat eiseres op hoofdeis aan verweerder op hoofdeis jaarlijks een afrekening dient over te zenden van de voor diensten, leveringen en verwarming verschuldigde bedragen, waarop maandelijks voorschotten werden betaald;

Zeggen voor recht dat gedurende de week volgend op de dag van de verzending der jaarlijkse afrekening eiseres op hoofdeis te haren kantore gedurende de kantooruren inzage dient te verlenen van de stukken die de overgezonde afrekening staven aan verweerder op hoofdeis, al dan niet bijgestaan door een advocaat of erdoor vertegenwoordigd, in dit laatste geval drager van een schriftelijke volmacht;

Verwijzen de kwestie der herstellingswerken voor verdere behandeling naar de zitting van donderdag, 8 september 1983 om tien uur.

NOOT—Het statuut van de «diensten» in de sociale huur en de juridische kwalificatie van de relatie huurder/verhurende maatschappij

1. De eis van de erkende vennootschap strekt ertoe van de huurders betaling te krijgen van de voorschotten op de kosten, die sinds 1 november behoorlijk werden opgetrokken en door een aantal huurders niet meer (volledig) werden betaald. De vrederechter stelt dat de aanrekening van kosten geschiedt «volgens de onderrichtingen van de Nationale Maatschappij voor de Huisvesting» (NMH); wanneer geen normen zijn gesteld, valt de «verantwoordelijkheid voor de vaststelling van de kosten en lasten» op de maatschappij. De NMH kan zich evenwel — op grond van art. 34 van de Huisvestingscode (K.B. van 10 december 1970 houdende de Huisvestingscode, *B.S.*, 17 december 1970, bekrachtigd door de wet van 2 juli 1971, *B.S.*, 6 augustus 1971) — tegen beslissingen in dat verband verzetten. De meest aanvaardbare wijze van berekening van verwarmingskosten is uit te gaan van de resultaten van de afgelopen stookperiode; op grond van die concrete gegevens beslist de Vrederechter dat het aangerekende voorschot van 600 fr. per maand voldoende is. Een tweede probleem betreft de «verantwoording der aangerekende huurlasten». De vrederechter huldigt het principe dat «de beginselen die ten grondslag liggen aan het privaatrecht van toepassing zijn op de publiekrechtelijke rechtspersonen» (en de NMH en de erkende vennootschappen zijn met een openbare dienst belaste instellingen) «voor zover zij verenigbaar zijn met de noodwendigheden van de openbare dienst en mits eventuele aanpassing aan deze noodwendigheden». Eén van die principes is dat de schuldeiser gehouden is het detail van zijn schuldvordering op te geven en te staven en dat het recht op inzage moet worden aangepast aan de noodwendigheden van de openbare dienst. Gedurende één week (volgend op de afrekening) krijgen de huurders, al dan niet bijgestaan of vertegenwoordigd door een advocaat, het recht de stavingsstukken in te kijken. Een vertegenwoordiging van de huurders wordt niet noodzakelijk, noch wenselijk geacht.

2. In dit vonnis wordt voor de eerste maal het principe van de verantwoording door de erkende bouwmaatschappij en het inzagerecht van de huurders erkend (voor andersluidende rechtspraak, *infra* nrs. 11-13). We behandelen uit het vonnis van de vrederechter van Zelzate van 9 juni 1983 vooral twee discussiepunten. Het eerste betreft het statuut van de kosten (voor de terminologie, *infra*, nr. 4). Hierbij stellen we de vraag welke kosten door de erkende bouwmaatschappijen kunnen worden aangerekend en tegen welke prijs. Verder zal ons bezighouden in hoeverre de maatschappijen bij de aanrekening ervan een bewijsvoerings-, afrekenings-, verantwoordings- en/of stavingsplicht hebben. Het aspect van de «huurdersvertegenwoordiging» behandelen we niet.

Kosten en lasten in de sociale huur: de hoofdprincipes

3. Zowel in het K.B. van 18 december 1979 (*B.S.*, 22 december 1979) op de sociale huurwoningen in het Vlaamse gewest als in het uitvoerend ministerieel besluit van 12 februari 1980 (*B.S.*, 13 mei 1980) vinden we aanknopingspunten in verband met de aanrekening van kosten en lasten aan de huurder.

4. De *definitie* van kosten en lasten vinden we in art. 2 van het K.B. van 18 december 1979, waar een aantal begripsbepalingen worden uiteengezet: «De basishuurprijs is

de prijs die bepaald wordt en ... waarin de kosten en lasten begrepen zijn die louter betrekking hebben op de eigendom»; in de basishuurprijs zijn niet begrepen de lasten en kosten die louter betrekking hebben op een dienst of voordeel voor de huurder en die benevens de huurprijs te zijnen laste zijn». In het vroegere Waalse ministerieel besluit van 31 maart 1981 (*B.S.*, 14 mei 1980) vond men vrij accurate definities van de verschillende begrippen (art. 1 had het over «retributies-redevances» voor een dienst van de maatschappij; «last-charge» voor uitgaven m.b.t. eigendom of gebruik, waaronder de «kosten-frais» voor door de maatschappij betaalde uitgaven i.v.m. gebruik en genot en «verbruik-consommation» voor het door de maatschappij betaald produkt). Voorschotten («provisions») zijn de periodiek verschuldigde bedragen die in mindering komen van retributies en lasten. In het recente K.B. van 13 mei 1983 (*B.S.*, 5 november 1983) wordt de uitwerking en vaststelling van de criteria voor de kosten die buiten de huurprijs kunnen worden aangerekend, nl. als betaling van de diensten en het gebruik van de uitrustingen, gereserveerd voor een na advies van de NMH te nemen ministerieel besluit. Men noemt ze «retributies, verbruikskosten en kosten die als lasten kunnen worden aangerekend». In Brussel heeft men het over «bijdragen en huurlasten» (M.B. 13 november 1981, *B.S.*, 27 november 1981). De NMH gewaagt in haar publikaties vaak van «huurlasten en vergoedingen» (zie o.m. X., «Huurlasten en vergoedingen», *NMH-Informatieblad*, 1983, afl. 62, 16-25; zie ook het NMH-Jaarverslag van 1982).

Het gaat alleszins om belangrijke bedragen: zo blijkt dat ongeveer 90 % van de verhuurde sociale woningen in Vlaanderen in 1982 gemiddeld 1.508 fr. huurlasten en vergoedingen per maand betalen. In het Brussels gewest ligt dit iets hoger: 70 % betalen ongeveer 2.465 fr. per maand aan lasten.

5. Uit bovengenoemde teksten die voor Vlaanderen gelden, kan met een aantal strikte voorwaarden voor de aanrekening van kosten en lasten afleiden.

6. *Welke diensten (kosten en lasten) kunnen aan de huurder worden aangerekend?* Drie principes staan hier centraal. a. Zij moeten een voordeel of een dienst inhouden voor de huurders (art. 2 M.B. 12 februari 1980). Hieruit volgt dat men beter van «diensten» gewaagt. b. Zij moeten in de huurovereenkomst vermeld zijn (dit volgt uit de bepaling van art. 8, § 2, van het K.B. van 18 december 1979 die luidt: «De in de huurovereenkomst vermelde lasten en kosten die niet in de huurprijs begrepen zijn, moeten tegen kostende prijs worden aangerekend volgens de onderrichtingen van de NMH»). c. Zij moeten ressorteren onder de opsomming van art. 2 van het M.B. van 12 februari 1980, dat een opsomming bevat van de «diensten» die «afzonderlijk mogen worden aangerekend»; het zijn vnl. verwarming, gas, water en elektriciteit; gebruik van de lift; verlichting van gemeenschappelijke delen; huisvuilophaling; onderhoud en controle van de liften, badverwarmer, waterverwarmer, centrale verwarming, collectieve radio- en TV-antenne; gebruik van koelkasten en kookfornuizen die eigendom zijn van de maatschappij; onderhoud van gemeenschappelijk groen.

Daartegenover bevat art. 1 van hetzelfde M.B. de opsomming van de kosten die niet afzonderlijk mogen worden aangerekend en dus in de huurprijzen zelf moeten be-

grepen zijn : de kostprijs van de woning en de interesten ; vaste installaties en verhuurdersherstellingen.

7. *Tegen welke prijs kunnen deze aan de huurder worden aangerekend?* In dit verband is art. 8, § 2, van het K.B. van 18 december 1979 erg duidelijk : ze moeten aangerekend worden «tegen kostende prijs» : de maatschappijen mogen dus geen hogere sommen aanrekenen dan die welke ze in werkelijkheid betalen voor de produktie of de levering van diensten. Verder moet dit geschieden volgens de onder-richtingen van de NMH, die evenwel daaromtrent tot op heden geen normen verspreidde.

8. Besluitend kunnen we stellen dat de voorwaarden voor aanrekening van «diensten» vrij strikt zijn geregeld, maar dat de wijze waarop (berekeningswijze) en de verantwoording (afrekeningswijze) niet expliciet behandeld zijn. Over enig inzage- of controlerecht voor de huurders vindt men in elk geval geen bepaling terug.

Vergelijking met de andere gewesten en de private huurwetgeving

9. Een blik naar de andere gewesten in ons land zal ons duidelijk maken dat in verband met het belangrijke knelpunt van de verantwoording van de aangerekende kosten en lasten andere normen gelden. Zo bepaalt art. 3 van het Brusselse M.B. van 13 november 1981 dat de bijdragen en huurlasten moeten overeenstemmen met reële uitgaven van de vennootschap en dat ze aan de huurder moeten worden aangerekend op basis van bewijskrachtige documenten. Voorschotten worden aangerekend en bij elke regularisatie van de referteperiode (die een jaar bedraagt) ontvangt de huurder een gedetailleerde afrekening en wordt hij in kennis gesteld van het nieuw te betalen voorschot (art. 4). Ten slotte heeft de huurder (of een vertegenwoordiger) het recht gedurende een maand na de kennisgeving van het regularisatiebedrag kennis te nemen van de bewijskrachtige documenten (art. 5). Het M.B. bepaalt verder welke lasten kunnen worden aangerekend buiten de huurprijs en hoe bijdragen en huurlasten over de verschillende huurders worden verdeeld (tellers voor verwarming, e.d.m.). In het stelsel van Wallonië bepaalt art. 7 van het M.B. van 31 maart 1980 dat de lasten worden opgelegd «tegen kostende prijs» op grond van facturen. In het nieuwe besluit vindt men een dergelijke bepaling niet terug, wel het recht van de huurder om in de zetel van de maatschappij eenmaal per jaar en volgens nog te bepalen modaliteiten, kennis te nemen van alle gegevens m.b.t. de berekening van de hem aangerekende lasten en retributies. Indien hij wenst kan hij zich laten vergezellen door een persoon van zijn keuze (art. 3, lid 3, K.B. 13 mei 1983 ; vgl. artt. 9 en 10 M.B. 31 maart 1980) : het begrip «bewijskrachtige stukken» is verdwenen.

10. Ook in het stelsel van de private huurovereenkomsten zijn bepalingen opgenomen over de aanrekening van kosten en lasten. In alle tijdelijke huurwetten sinds 1975 vindt men een gelijkaardige bepaling terug : «Alle kosten en lasten door de huurovereenkomst uitdrukkelijk opgelegd, moeten aan de werkelijkheid beantwoorden en in een afzonderlijke rekening opgegeven worden. Op verzoek van de huurder moeten ze worden gestaafd». Sinds de wet van 27 december 1977 werd een regeling i.v.m. de mogelijke splitsing tussen de «blote huurprijs» en de «bijkomende kosten en lasten» opgenomen. Ook in deze sector is de

vraag gerezen of er op de verhuurder — naast de verantwoordingsplicht — een mededelingsplicht bestond, dan wel enkel een inzage-recht voor de huurder. De vrederechter van Etterbeek opteerde voor het recht van de huurder om bij hem thuis het origineel of de kopie van de oorspronkelijke rekeningen te ontvangen (Vred. Etterbeek, 6 januari 1977, *T. Vred.*, 1977, 204 en *Res et Jura Immobilia*, 1977, p. 39, nr. 5583). De Rechtbank van Dendermonde ontkende daarentegen elk recht op inzage in de originele facturen van de kosten voor een appartementsgebouw (Rb. Dendermonde, 26 januari 1982, onuitg., *A.R.*, nr. 25998). De verhuurder heeft dus én een afrekeningsplicht én een stavingsplicht (Hubeau, B., Lippens, J., Van de Lanotte, J., en Vandenberghe, J., *Overzicht van rechtspraak tijdelijke huurwetgeving*, (1975-1983), TRD-dossier, 1983-3, 26-27).

Tendensen in de rechtspraak

11. Er is rond deze problematiek weinig rechtspraak voorhanden : uit de enkele vonnissen kan men erg uiteenlopende stellingen puren, die telkens impliciet of expliciet teruggaan naar de genoemde basisprincipes. In Gent en Antwerpen gaf deze materie aanleiding tot betwistingen die tot in hoger beroep zijn behandeld.

12. In eerste aanleg stelde de Gentse vrederechter dat de huurders, die niet overgingen tot betaling van een verhoogde kostenvergoeding, ten onrechte beweerden dat de kosten en lasten een dienst of een voordeel moeten betreffen uitdrukkelijk vermeld in de huurovereenkomst. Art. 8, § 2, van het K.B. van 18 december 1979 bepaalt juist het tegenovergestelde, zegt de vrederechter : enkel de kosten en lasten, die in de huurovereenkomst vermeld zijn, moeten tegen kostende prijs worden aangerekend ; voor de niet vermelde geldt dit principe dus niet. Verder betreft het een mondelinge huurovereenkomst, die dateert van 1974, zodat de vermelding onmogelijk als voorwaarde kan gelden in het licht van het type en de datum van de overeenkomst (Vred. Gent, 4e kanton, 13 oktober 1981, wat de huurverbreking betreft gepubliceerd in *Tegenspraak*, 1982, 413). De argumentatie dat uit de teksten niet kan worden afgeleid dat de «lasten uitdrukkelijk in de huurovereenkomst ... vermeld» moeten zijn, wordt in hoger beroep opnieuw gevolgd en er wordt geantwoord op de opwerping van de huurder dat nog nooit eerder kosten werden aangerekend, met het argument dat pas in 1980 tot splitsing tussen basishuurprijs (met eigendomslasten) en lasten en kosten (diensten en voordelen) is overgegaan (Rb. Gent, 2e kamer, 9 februari 1983, onuitg., *A.R.*, nr. 3080/81). Naast het hierboven opgenomen vonnis van Zelzate is dit het enige vonnis dat zich uitsprekt over de definitie en de aanrekeningsprincipes van diensten.

13. Een aantal andere vonnissen betreffen de verantwoordingsplicht van de maatschappijen, namelijk in hoeverre zij verplicht zijn bij de aanrekening van de diensten tot bewijsvoering en tot verantwoording ervan over te gaan. Reeds in 1976 moest de vrederechter van het zesde kanton te Gent zich uitspreken over de vraag of de huurders, gegroepeerd in een wijkcomité, het recht hadden inzage te krijgen van stukken in verband met een huurprijs- en inkostenverhoging in 1975. De vrederechter zegt duidelijk dat de huurder «in de huidige toestand geen recht op mede-beheer heeft», en daarom ook «geen verder investigatie-

recht in dit beheer heeft». Indien hij daarmee geen vrede neemt, zo wordt nog laconiek gesteld, dan kan hij «de conclusie trekken die zich opdringt, namelijk het huurcontract beëindigen». Wat de verantwoording van de huurprijsverhoging betreft, werd de jaarbalans meegedeeld, maar de vordering tot het voorleggen van de boekhouding aan de huurder noemt de vrederechter «niet gegrond, minstens zonder voorwerp» (Vred. Gent, 6e kanton, 7 december 1976, onuitg., *A.R.*, nr. 48/76, bijlage bij een rondschriven van de NMH aan de erkende vennootschappen van 27 april 1977). Gunstiger lijkt het vonnis van de Antwerpse vrederechter van 21 april 1982, waarin hij — hoewel hem gevraagd werd over de aanrekening en verantwoording van kosten en lasten uitspraak te doen — oordeelt dat «tussen partijen duidelijke afrekeningen» dienen te worden opgesteld om tot een vonnis te komen (Vred. Antwerpen, 4e kanton, 21 april 1982, onuitg., *A.R.*, nr. 8143). In hoger beroep werd evenwel elk inzagerecht ontzegd (Rb. Antwerpen, 10 mei 1983, verschijnt in nr. 33). Verder is er het akkoordvonnis van de vrederechter van het derde kanton van Antwerpen, waarbij een vergelijk tussen de huurder en de Hobokense vennootschap wordt bekrachtigd. Het houdt in dat de maatschappij jaarlijks een diensten- en kostenstaat zal opmaken per blok of per wijk en dat de huurder deze staat te allen tijde kan inzien, evenals de stavingsstukken van de onkosten en diensten op de zetel van de maatschappij (Vred. Antwerpen, 3e kanton, 2 december 1981, onuitg., *A.R.*, nr. 1609).

Een amalgamatie van reglementaire en contractuele bepalingen: de vraag naar de juridische kwalificatie van de huurrelatie

14. Bij de oplossing van heel wat vragen die het statuut van de kosten en lasten in de sociale huur betreffen, moeten we dieper ingaan op de vraag naar de juridische kwalificatie van de relatie huurder/verhurende vennootschap. Vast staat dat de erkende vennootschappen een taak vervullen in de huisvesting van minder begoede personen en dat deze overheidstaak als openbare dienst wordt gedefinieerd (Cass., 22 oktober 1970, *Rec. J. Dr. Adm.*, 1971, 144, concl. Ganshof van der Meersch, *J.T.*, 1972, 8, noot Cuvelliez M.-Th. en *R.C.J.B.*, 1972, 283, noot Vanwelkenhuyzen, A; Cass., 5 april 1973, *Pas*, 1973, I, 783; Cass., 10 februari 1983, *J.T.*, 1983, 540 en *Rev. Not. B.*, 1983, 310 in dit nummer opgenomen Vred. Zelzate, 9 juni 1983, hierboven opgenomen). Nochtans worden ook vaak nog huurovereenkomsten of -reglementen gesloten die — voor een aantal aspecten — ingrijpend in de huurrelatie doordringen. De vraag is nu of de verhouding vooral van reglementaire dan wel van contractuele aard is. Of hebben we met een combinatie van beide te maken? Is er geen tegenstrijdigheid tussen de principes van de contractuele vrijheid (art. 1134 B.W.) en een aantal administratiefrechtelijke principes, zoals de beginselen van continuïteit en veranderlijkheid? We moeten voor de beantwoording van deze vragen teruggaan naar de algemene theorieën over de aard van de betrekkingen tussen de openbare dienst en de gebruiker.

15. *De civilistische opvatting.* De civilistische opvatting vindt ook nog in de rechtspraak belangrijke weerklank. Ondanks de eigen kenmerken van de relatie tussen de openbare dienst en de gebruiker moet men de contractuele kwa-

lificatie aanhouden: het contract blijft de bron van rechten en verbintenissen (in de praktijk neemt dit echter vaak de vorm aan van een toetredingscontract) (De Page, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, Brussel, Bruylant, 1964, II, nr. 550; Vandeputte, R., *De overeenkomst*, Brussel, Larcier, 1977, 110; Orianne somt de rechtspraak op van rechtbanken en hoven die deze visie aankleven: Orianne, P., *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, Brussel, Larcier, 1961, nrs. 267-268; zie voor de schets van deze visie: Jadot, B., «La résiliation du bail des logements sociaux», *J.T.*, 1983, 710, nr. 7). Ook in de rechtspraak over sociale huur vindt men verdedigers van deze contractuele opvatting (Vred. Grivegnée, 17 oktober 1956, *Jur. Liège*, 1956-57, 101; Vred. Antwerpen, 4e kanton, 14 oktober 1981, onuitg., O.W. t. S.). Zelfs in adviezen vanwege het Nationaal Instituut voor de Huisvesting in verband met de Nationale Maatschappij voor de Huisvesting vindt men de opvatting dat de sociale huurovereenkomst de kenmerken vertoont van een gemeenrechtelijke huurovereenkomst (verslag over de verkooppolitiek van sociale woningen ten einde de financiële middelen van de NMH te verhogen, in *Adviezen van de Hoge Raad van het NIH*, 1974-75, 96 e.v., vnl. 113-114). Heel wat vonnissen i.v.m. de beëindiging van de sociale huurovereenkomst door de verhurende maatschappij kan men rangschikken onder de contractuele visie: enkel het gemene recht wordt er van toepassing geacht (Hubeau, B., «De beëindiging van de sociale huurovereenkomst door de verhurende maatschappij en de woon(on)zekerheid van de sociale huurder», *Tegenspraak*, 1982, (378), 391-395).

16. *De reglementaire opvatting.* Door de heel eigen aard van de relatie openbare dienst/gebruiker werd deze visie spoedig verlaten (Cass., 20 juni 1934, *Pas.*, 1934, I, 332; R.v.St., Buttgen, nr. 310, 31 maart 1950, *Rec. J. Dr. Adm.*, 1950, 40, noot Lespes, J.; R.v.St., Buffin de Chosal, nr. 13232, 21 november 1968; R.v.St., Widdershoven, nr. 11262, 28 mei 1965; R.v.St., s.p.r.l. Ferronneries Alexandre, nr. 18309, 9 juni 1977). Hierbij staat voorop dat het de wet of het reglement is die de openbare dienst tot stand brengen en de rechten en verbintenissen doen ontstaan tussen de betrokken partijen. Daarbij komt dat er niet over kan worden onderhandeld en dat de openbare dienst de voorwaarden eenzijdig kan wijzigen (Mast, A., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Gent, Story, 1973, p. 55, nr. 66; Wigny, P., *Droit administratif. Principes généraux*, Brussel, Bruylant, 1962, p. 247 e.v., nrs. 335 e.v., vnl. p. 252, nr. 340; Orianne, P., o.c., nrs. 279 en 285; De Cannart D'Hamale, «Les 'contrats' R.T.T. ou les rapports juridiques entre la Régie des télégraphes et téléphones et les usagers», *J.T.*, 1983, (109), 110; Domont-Naert, F. en Fallon, M., «De droit de la consommation et le droit des contrats», in *Droit des consommateurs, clauses abusives, pratiques de commerce et réglementation des prix*, Bourgoignie, T. en Gillardin, J., (ed.) UFSAL, Brussel, 1982, (85), nrs. 21 e.v.; Jadot, B., l.c., p. 710, nr. 8). Opvallend is dat deze heroriëntering vooral in het kader van het verbruikersrecht is gestimuleerd en uitgebreid.

17. Wat de sociale huisvesting in het bijzonder betreft is er het belangrijke arrest van de Raad van State van 25 juni 1965 (R.v.St., Le Logis, nr. 11333, 25 juni 1965, *Rec. J. Dr. Adm.*, 1965, 184, met advies en verslag Hoeffler, J.), waarin duidelijk gesteld wordt dat de verhouding hoofdzakelijk

kelijk van reglementaire aard is: «La loi charge le Roi de déterminer les taux des loyers des habitations appartenant à la Société Nationale du Logement et à ses sociétés agréés. Le taux des loyers ne trouve donc pas son fondement dans les conventions de bail, mais bien dans la volonté unilatérale du pouvoir exécutif. Le fait qu'il s'agit malgré tout de loyers (...) est sans incidence sur la source juridique de l'obligation imposée aux locataires; celle-ci réside dans un acte réglementaire. Les conventions de bail ne font qu'appliquer, dans les divers cas d'espèce, cet acte réglementaire sur lequel elles prennent appui. Elles tirent leur existence juridique de cet acte réglementaire» (zie voor een bespreking van dit arrest o.m. Speltinckx, H.J., *Geschiedkundig overzicht van de Belgische wetgeving betreffende de sociale huisvesting*, Brussel, NIH, 1982, 37-38). Verder kan worden vastgesteld dat het bovendien gaat om een erg strikte, vergaande reglementering. In de toewijzing van de sociale woningen aan de aspirant-huurders is immers zo weinig mogelijk ruimte gelaten voor de discretionaire appreciatie-bevoegdheid van de maatschappij zelf, o.m. door de toelatings- en prioriteitenregeling (artt. 3 tot 7 K.B. 18 december 1979) of de huurprijsbepaling (artt. 8 tot 20 van hetzelfde K.B.): dit steekt af tegen sommige bevoegdheden, verbonden aan de overheidstaak, waar wel een ruimere (door de Raad van State controleerbare) beoordelingsmarge aanwezig is, o.m. inzake de voordelen en toelagen i.v.m. huisvesting (Flamme, M.-A., *Droit administratif*, Brussel, P.U.B., 1981, nr. 493; Salmon, J., *Les subventions*, Brussel, Bruylant, 1976, 87 e.v.; Cass., 16 mei 1968, *J.T.*, 1968, 528).

18. *De sociale huurrelatie is een combinatie van beide.* Toch bevat de verhouding verhurende maatschappij/huurder nog een aantal contractuele elementen omdat de reglementaire materies beperkt blijven tot die, aangeduid in art. 31 van de Huisvestingscode. Dit zijn de toegang tot de sociale woning (inschrijving, toelatingsvoorwaarden, prioriteiten) en de huurprijs. Geregeld door de algemene beginselen van het Burgerlijk Wetboek, het verbintenissenrecht in het algemeen en de regelen van de huishuur in het bijzonder blijven o.m.: de beëindiging en de duur van de overeenkomst (hoewel art. 10, § 2, van het K.B. van 18 december 1979 hieromtrent een bijzondere regel bevat voor een huurder met te hoge inkomsten) (Hubeau, B., *l.c.*, 378 e.v., Jadot, B., *l.c.*, p. 710, 711, nrs. 7-10, met bibliografische verwijzingen). Andere aspecten zijn bijvoorbeeld de herstellingen en — wat ons vooral bezighoudt — materies zoals voorschotten op kosten en lasten en de bewijslast voor aangerekende kosten, waar men van de burgerrechtelijke principes moeilijk afstand kan doen. Men aanvaardde eerder reeds dat voor aspecten die in het koninklijk besluit, de ministeriële besluiten of reglementen geen specifieke regeling verkregen, de burgerrechtelijke regels van het verbintenissenrecht in het algemeen en van de «gewone huishuurwet» in het bijzonder gelden (Vred. Antwerpen, 21 mei 1982, onuitg., *A.R.*, nr. 8143). Voor de gewesten Wallonië en Brussel vermeldde we reeds dat een aantal principes van aanrekening wél reglementair zijn vastgelegd, niet enkel via ministeriële besluiten, maar voor Brussel ook via het verplichtend opgelegd standaardcontract. In Vlaanderen is door de NMH tevens een standaardcontract uitgewerkt (14 juli 1981), doch de toepassing ervan is niet verplicht gesteld: daarom zijn regelingen, die daarin m.b.t. de diensten werden uitgewerkt, niet «reglementair» van karakter.

19. Het Hof van Cassatie sprak zich over deze vraag recent uit en stelde op 10 februari 1983 dat het niet enkel zo is dat de burgerrechtelijke principes kunnen gelden, maar dat deze door de «opzet» en het «doel» («économie» in de Franse tekst) van art. 31 van de Huisvestingscode nog een bijzondere toepassing krijgen; i.c. leidt het Hof er de verplichting van de huurder uit af om de toegewezen woning persoonlijk en effectief te betrekken. Ter zake wierpen de huurders op dat zij op geen enkele manier een wettelijke, dan wel contractuele verplichting hadden de woning te betrekken: daarbij aanvaardt het Hof dat een «ernstige tekortkoming van de huurder» (het niet bewonen van de woning in dit geval) aanleiding kan geven tot de ontbinding van de overeenkomst (toepassing van de artt. 1184 en 1741 B.W.). Het Hof redeneert ongeveer als volgt: art. 31 van de Huisvestingscode legt de uitwerking van een aantal materies in handen van de uitvoerende macht, die reglementerend kan optreden o.m. om de toegang tot en de huurprijs van de sociale woning. Dit is noodzakelijk om de doelstelling «huisvesting van minvermogenen tegen huurprijzen in verhouding tot hun inkomen» te realiseren. Daarvoor zijn eigen regels onontbeerlijk: ze hebben een reglementair karakter. Maar het Hof van Cassatie beperkte zich niet tot het refereren aan de gemeenrechtelijke bepalingen, wanneer geen reglementaire tekst voorhanden is. Het stelt dat het doel van de huisvestingspolitiek rechtstreeks bepaalde juridische gevolgen heeft t.a.v. de sociale huurders. Uit de verplichting van de erkende vennootschappen om in het kader van een taak als «openbare dienst» woningen ter beschikking te stellen, kan het niet anders dan dat ze de huurders verplicht de woningen zelf en effectief te bewonen (Cass., 10 februari 1983, *J.T.*, 1983, 540 en *Rev. Not. B.*, 1983, 310; verschijnt ook in nr. 33). Aldus kwalificeert het Hof van Cassatie de sociale huurovereenkomst als een overeenkomst intuitu personae, terwijl de private huurovereenkomst algemeen beschouwd wordt als non intuitu personae (men leidt dit af uit art. 1717 B.W. in verband met het recht tot onderverhuur en overdracht).

20. Men kan als volgt besluiten. Twee categorieën van juridische principes zullen de behandelde huurrelatie beheersen. Toegepast op de materie van de kosten en lasten is het o.i. bijgevolg aannemelijk een onderscheid te maken (vgl. voor de toepassing op de beëindiging van de huurovereenkomst: Jadot, B., *l.c.*, p. 710-711, nrs. 9 en 10):

a. De aanrekening van de diensten: de principes, de verdeling tussen diensten, al of niet inbegrepen in de basis-huurprijs, hun weerslag op de basishuurprijs, e.d.m. zijn reglementaire materies: betwistingen daarrond moeten worden opgelost volgens de bepalingen van het koninklijk besluit en de ministeriële besluiten. Voor Brussel en Wallonië ressorteren daar in elk geval ook onder de modaliteiten van inzage en verantwoording naar de huurders toe omdat deze aldaar expliciet zijn geregeld (supra, nr. 9). In Vlaanderen zijn de afrekeningsprincipes evenwel niet vastgelegd. Uiteraard moeten we voor het Vlaamse gewest niet enkel de reglementaire teksten raadplegen: art. 2 verleent immers aan de NMH als voogdijorgaan de bevoegdheid om ook wat betreft kosten en lasten — die ze trouwens moet goedkeuren — «onderrichtingen» te formuleren naar de plaatselijke maatschappijen. Terecht merkt de vrederechter van Zelzate evenwel op dat deze in deze kwestie niet werden gemaakt. Het rondschriven, vermeld in nr. 13, dateert

van 1977 en is dus niet meer toepasbaar sinds de reglementering van 1979.

b. Daarom zijn de gemeenrechtelijke principes van toepassing op de afrekening en de bewijsvoering. We vinden enkel de specificatie «tegen kostende prijs» in art. 8 van het koninklijk besluit. We moeten de toepassing ervan in de huurrelatie uitwerken aan de hand van burgerrechtelijke principes (zie infra, nrs. 21 e.v.). Maar er is meer: in navolging van het recente arrest van het Hof van Cassatie van 10 februari 1983 zou men zelfs kunnen stellen dat de (andere) burgerrechtelijke verplichtingen strenger moeten worden beoordeeld ten aanzien van een sociale huisvestingsmaatschappij, die een «openbare dienst» is en een welomschreven maatschappelijk doel heeft. Ook het beperken van de omvang van de supplementaire kosten en lasten hoort dan tot de optimale realisatie van de doelstelling «huisvesting aan minderbegoeden». Er had met de totstandkoming van het nieuwe Waalse Besluit van 13 mei 1983 trouwens een discussie plaats tussen minister Bertouille en de Raad van State, die oordeelde dat art. 31 Huisvestingscode aan de Koning geen bevoegdheid geeft om de aard en het bedrag van de kosten die als lasten aan de bewoners kunnen worden aangerekend, te bepalen. Bij ontstentenis van zulk een bevoegdheidsverlening zal die bepaling voortvloeien uit het gemene recht (Advies Raad van State, B.S., 5 november 1983, 13915).

Welke principes moeten nu toegepast worden i.v.m. de aanrekening van de diensten?

21. *Principes.* De toepassing van de principes i.v.m. kosten en lasten van de private huurovereenkomsten (zoals deze voorkomen in de tijdelijke huurwetgeving, o.m. art. 2 van de wet van 30 december 1982) is onmogelijk. Vooreerst is dit zo omdat deze wetgeving een uitzonderingswetgeving is; verder zijn de sociale huurwoningen expliciet uitgesloten (o.m. Vred. Gent, 4 februari 1982, R.W., 1982-83, 946, noot Hubeau, B., en rechtspraak in noot onder Rb. Antwerpen, 3e Kamer bis, 10 mei 1983).

22. De vrederechter schetst zelf het algemeen principe, waarin hij zijn beslissing doet passen: «De beginselen die ten grondslag liggen aan het privaatrecht, zo stelt hij, zijn van toepassing op de publiekrechtelijke rechtspersonen, in zoverre zij verenigbaar zijn met de noodwendigheden van de openbare dienst.» Het principe dat de schuldeiser gehouden is het detail te geven van zijn schuldvordering en deze te staven, zo redeneert hij verder, is niet onverenigbaar met de noodwendigheden van een openbare dienst, doch dient eraan aangepast te worden. Ten onrechte verwijst de vrederechter naar Wigny, omdat deze laatste op de geciteerde plaats enkel handelt over het statuut van het personeel van de «sociétés et associations de droit public», dat reglementair is en «le système contractuel n'est qu'exceptionnel» (Wigny, P., o.c., 1947, p. 96, nr. 73; zie ook in de latere editie: Wigny, P., o.c., 1962, p. 177, nr. 227). Wel kunnen we inhoudelijk met het geschetste principe tewerkgaan als mogelijk werkinstrument voor de vraag welke aspecten van de huurrelatie met welke rechtsregelen benaderd dienen te worden. Dit aanvaarden is zeker geen «stap terug naar de contractuele opvatting van de relatie openbare

dienst/gebruiker», maar wel een functionele methode om adequate regels voor dit type huurrelaties te distilleren.

23. *De bewijsplicht bij een vordering tot betaling (art. 1315 B.W.).* Fundamenteel is de regel dat in een contractuele relatie enkel betaling van een som kan worden gevorderd, wanneer ook de nodige bewijsstukken worden overgelegd. De materiële bron van de gevraagde kosten zijn de «geleverde diensten en voordelen», maar de formele bron moet gezocht worden in een of ander bewijsstuk. Ook al wordt de omvang van voorschotten en de wijze van afrekening in de — al dan niet geldig ondertekende — huurovereenkomst geregeld, dan nog dienen ingevolge art. 1315 B.W., afzonderlijke bewijskrachtige documenten de aangerekende kosten te staven (ook voor de aanvaarding van de geldigheid van de contractuele bedingen is een strikte interpretatie noodzakelijk: voor een toepassingsgeval van bepalingen rond huurprijsverhogingen: Rb. Luik; 9 november 1981, *Jur. Liege*, 1982, 237). De algemene voorwaarde «tegen kostende prijs» moet dus geïnterpreteerd worden als zo nauw mogelijk aansluitend bij de burgerrechtelijke bewijsprincipes. Dit werd bevestigd door bovengenoemd vonnis van de Luikse Rechtbank van Eerste Aanleg, waarin uitdrukkelijk gezegd wordt dat «de zwakke positie van de sociale huur in het gemene recht moet worden gecorrigeerd door de strikte toepassing van de voorgeschreven vormvereisten» die gelden ter bescherming van de huurder.

24. Het principe van art. 1315 B.W. is eenvoudig: wat niet kan worden bewezen, kan niet worden opgeëist. De bewijslast kan worden omschreven als «de partijwerkzaamheid van diegene die het bewijsrisico draagt» (Storme, M., *De bewijslast in het Belgisch Privaatrecht*, Gent, Story, 1962, p. 432, nr. 469). Aanvaard wordt dat art. 1315 B.W. een absolute werkingssfeer heeft en dat slechts beperkt via overeenkomst kan worden afgeweken van de bewijslastverdeling, die deze last primair op de eiser legt («actori incumbit probatio»). «Eiser» moet niet altijd in zijn zuiver procesrechtelijke betekenis worden gebezigd: «De eiser is elkeen die zich op enig feit tot staving van zijn recht of tot tegenspraak van een recht van een andere beroept» (Storme, M., o.c., p. 95, nr. 90, vn. 1 en p. 154, nrs. 161 e.v.). Als we ons dan toch op het procesrechtelijk niveau bevinden, hebben heel wat theorieën gewezen op de verplichting van de partijen tot «samenwerking», «medewerking» en «fair play», ten einde het de rechter te vergemakkelijken zijn «speurtocht naar de objectieve waarheid» voort te zetten (Storme, M., o.c., p. 175 e.v., nrs. 183 e.v.). Aan de bewijslast gaat de «aanvoeringslast» of de «stelplicht» vooraf, d.w.z. dat die «feiten die de aanwending van de ingeroepen norm mogelijk maken, moeten gesteld worden»: de eiser moet dus de feiten aanvoeren, waarop zijn eis gebaseerd is, maar dit is onvoldoende (Storme, M., o.c., p. 37 e.v., nrs. 16 e.v.). In al deze elementen beperkte de gedingvoerende erkende vennootschap zich enkel tot de aanvoering van haar eis: schriftelijk vroeg deze naar de betaling van de kosten, of naar een afrekening eenmaal per jaar, na maandelijkse betaling van een voorschot. Ze beantwoordde noch aan de bewijsvoeringsplicht (aan de huurders werd geen enkel bewijsstuk bezorgd), noch aan de medewerkingsplicht in de loop van de procedure (ook tijdens de proceshandelingen werd geenszins aangeboden tot bewijsvoering over te gaan): om deze reden kwam de

vraag naar de bewijsvoeringsmodaliteiten dan ook niet aan bod.

25. Ten slotte rijst de problematiek van de modaliteiten van de bewijsvoering of de «verantwoordingsplicht», namelijk hoe en in welke vorm de eiser tot bewijs van zijn eis kan overgaan. We verwijzen hier naar de privé-huurwetgeving en de regeling in Brussel en Wallonië. Een minimale en aangepaste toepassing van de gemeenrechtelijke principes zou de erkende vennootschappen o.i. dwingen aan de volgende voorwaarden te voldoen:

a. De afrekeningsplicht. Het overzicht van alle kosten en lasten moet duidelijk en gedetailleerd zijn, zodat de huurder kan nagaan wat aangerekend wordt. Noodzakelijk zijn dus: aanduiding van de periode waarover het gaat; lijst van de facturen die ten laste worden gelegd; verdeling onder de huurders van een zelfde complex; afzonderlijke huurdersafrekening met globaal overzicht van de berekeningswijze en de saldo-verrekening (*Het Huurboek*, Mobiele Huurbrigade (ed.), Leuven, Kritak, 1982, 124-125). Deze afrekening kan uiteraard betwist worden wanneer de gegrondheid van een of meer aangerekende elementen in twijfel kan getrokken worden.

b. De verantwoordingsplicht. De kosten moeten reëel zijn, d.w.z. «tegen kostende prijs» worden aangerekend. In de privé-huursector is opzending van originele facturen of kopies daarvan verplicht. Een realistischer regeling, aangepast aan de eigen situatie van de sociale huursector (en de noodwendigheden van de openbare dienst) is hier noodzakelijk: voldoende denkwerk is in Wallonië en Brussel rond deze vraag verricht. Een inzagerecht gedurende een zekere periode na het verzoek tot betaling met mogelijkheid van bijstand of vertegenwoordiging is een valabele oplossing. Centraal moet staan de finaliteit van de regeling, nl. controle op de gegrondheid der aangerekende diensten. Het vermelden van vage gegevens of algemene cijfers (b.v. der olieprijsstijging lijkt ons onvoldoende). Ook is ontoereikend het loutere aanbod van inzagerecht, zonder dat tot een concrete toepassing wordt overgegaan. Deze beide handelingen werden in de Antwerpse procedure ingeroepen door de erkende vennootschap, die beweerde daarmee te hebben voldaan aan de verplichting tot verantwoording (zie *supra*, nr. 13).

26. Vaak wordt door de vennootschap op twee argumenten een beroep gedaan: het feit dat leveringen door derden gebeuren (dit maakt het juist mogelijk om voor die schuld-vorderingsrelatie opgemaakte stukken over te leggen) en de praktische moeilijkheden (die moeten wijken voor de suprematie van het basisbeginsel, neergelegd in art. 1315 B.W.). Over het argument van de NMH-controle op de kostenaanrekening, zie *infra*, nrs. 27 e.v.

27. *De relatieve werking van de huurovereenkomst (art. 1134 B.W.)*. De Vlaamse reglementering over kosten en lasten is duidelijk: het gaat om «voordelen en diensten die geleverd worden aan de huurder»: dit zijn bijkomende overeenkomsten, nauw verbonden aan de huurovereenkomst zelf. In die zin kan men stellen dat de normale regels van de overeenkomst daarop van toepassing zijn.

28. Toch heeft de Antwerpse rechtbank in haar vonnis van 10 mei 1983 een merkwaardige redenering opgebouwd. Er is eerst het argument dat, wanneer blijkt dat de kostenberekening ontoereikend is, de aanrekening van bijkomende vergoedingen en verhogingen

of zelfs de afschaffing van dienstverleningen toegelaten zijn. Voor dit alles zijn geen verantwoordingsstukken nodig, ten eerste omdat volgens de onderrichtingen van de NMH de maatschappij «niet is opgelegd verantwoordingsstukken aan haar huurders ter staving van de aangerekende bedragen voor te leggen» en verder omdat «de huurders, die nochtans voldoende waarborgen hebben gelet op het toezicht van de NMH», niet akkoord kunnen gaan, «dan maar een andere woning moeten zoeken». Wat het eerste aspect betreft verwijzen we naar de noot onder het geciteerde vonnis. Het tweede argument is merkwaardig omdat hier in een rechtsverhouding de controle door een «derde» die met de overeenkomst(en) (huur en levering van diensten) niets te maken heeft, een grondslag wordt gevonden voor het bewijs van de rechtmatigheid van de vordering van de medecontractant. De interne controle die binnen de sociale huisvestingssector is opgezet (o.m. art. 34 Huisvestingscode) wordt dus een rechtvaardigingsgrond voor het niet-naleven van een verbintenisrechtelijke verplichting. Dat is een foute toepassing van art. 1134 B.W., dat tegelijkertijd het bindend karakter, maar ook het relatieve karakter van de overeenkomst als rechtsfiguur beklemt. Uit de retroacta van het geciteerde vonnis moet verder ook blijken dat het vetorecht van de NMH als voogdijorgaan t.a.v. de erkende vennootschappen (wanneer er een schending is van de wet, de statuten of het algemeen belang) niet altijd correct wordt gehanteerd (voor art. 34 Huisvestingscode, zie: Heeren, G., *Juridische aspecten van het grondbeleid*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 265 e.v.).

29. De Vrederechter van Zelzate vindt dat dit controle-recht van de NMH t.a.v. de plaatselijke vennootschappen «het recht van de huurder onverkort laat, aangezien deze laatste niet onder de voogdij staat van deze maatschappij». De verhouding tussen de vennootschap en de huurders is dus van een kwalitatief totaal andere aard dan die tussen de vennootschap en de NMH, die een interne controletaak uitoefent.

30. De *exceptio non adimpleti contractus* in sociale huurzaken. Zowel naar aanleiding van de problematiek van de kosten als die van de basishuurprijsverhoging werd door de huurders gegrepen naar het middel van de «*exceptio non adimpleti contractus*»: zolang de erkende vennootschap geen verantwoordingsstukken overlegde, zouden de huurders het supplementaire gedeelte of een gevraagde som weigeren te betalen. Hoewel het vonnis daarop niet expliciet ingaat, moet ook hier verwezen worden naar de algemene beginselen van het verbintenisrecht. De «*exceptio non adimpleti contractus*» als verweermiddel kan dan ook slechts worden gehanteerd, wanneer een aantal voorwaarden zijn gerealiseerd:

a. Het moet gaan om een wederkerige overeenkomst of een verhouding van juridische wederkerigheid.

b. Er moet een gelijktijdigheid zijn in de uitvoering van de wederzijdse verbintenissen.

c. De omstandigheden moeten strijdig zijn met de goede trouw (o.m. een fout of nalatigheid van de excipiëns, die voldoende ernstig is en de *exceptio* als «laatste redmiddel» na een genoegzame aanmaning) (Cass., 30 september 1965, *Pas.*, 1966, I, 147; Cass., 18 maart 1971, *Arr. Cass.*, 1971, 697; Kruithof, R., Moons, H. en Paulus, C., «Overzicht van rechtspraak (1965-1973) Verbintenisrecht», *T.P.R.*, 1975, (439), p. 526-529, nrs. 88-91; Kruithof, R., «Over-

zicht van rechtspraak (1974-1980), *Verbintenissenrecht*», *T.P.R.*, 1983, (495), nrs. 127-130).

Mogelijke conflicten van de geschetste principes met de kenmerken van de openbare dienst

31. Hierboven werd een combinatie van reglementaire en contractuele principes en modaliteiten voorgesteld om de relatie huurder/vennootschap juridisch te definiëren. Daaruit vloeiden ook een aantal rechten voort voor de gebruiker van deze openbare dienst (sociale huisvesting) en daarop aansluitende verplichtingen voor de verhuurende maatschappij. Daartoe rekenden we een omstandige bewijs- en verantwoordingsplicht inzake kosten, lasten, diensten en vergoedingen. De vraag die ons nu bezighoudt is of en welke administratiefrechtelijke principes — die men eigen acht aan het specifiek statuut van de «openbare dienst» — zich eventueel verzetten tegen deze vereisten.

32. *Het beginsel van de veranderlijkheid van de openbare dienst.* «Het statuut, de organisatie en de werking van de openbare dienst kunnen steeds door de openbare macht worden gewijzigd en aan de wisselende eisen van het algemeen belang aangepast worden» (Mast, A., *o.c.*, p. 51-52, nr. 60). In die zin redeneerde de Antwerpse rechtbank: maatschappijen kunnen, wanneer financiële imperatieven dit vereisen, overgaan tot wijzigingen in de aanrekening van diensten, zelfs tot afschaffing van diensten (over de gevaren die aan deze handelwijze zijn verbonden wanneer de algemene beginselen van behoorlijk bestuur als toetssteen worden gehanteerd, zie noot onder Rb. Antwerpen, 10 mei 1983 (te verschijnen in nr. 33). De Vrederechter van Zelzate plaatste impliciet bij deze handelwijze ernstige vraagtekens en dwong de vennootschap zoveel mogelijk rekening te houden met de rechtspositie van de sociale huurder, zeker wanneer de NMH geen specifieke onderrichtingen in verband met een bepaalde materie uitvaardigde (zie ook voor een mogelijke strijdigheid met het beginsel van de rechtszekerheid: bovengenoemde noot en Vred. Antwerpen, 4e kanton, 21 april 1982, onuitg., *A.R.*, nr. 8143).

33. *Het beginsel van de continuïteit en de «privilege du préalable».* «Zolang de openbare macht oordeelt dat een openbare dienst aan een algemene behoefte beantwoordt, moet deze dienst bestaan en functioneren» (Mast, A., *o.c.*, p. 52, nr. 61). Hieruit leidt men vaak een aantal regels af. Ten eerste dat de werking van de openbare dienst niet mag worden onderbroken door een mogelijk verzet vanwege de geadmistreerden: daarom is de administratieve beslissing in beginsel verbindend en uitvoerbaar (Mast, A., *o.c.*, p. 4-5, nrs. 7 en 9). Dat betekent nog niet dat de administratie tot gedwongen tenuitvoerlegging kan overgaan zonder dat zij zich daarvoor tot de rechter moet wenden. Hier had de verhuurende maatschappij daarom het initiatief genomen om van de vrederechter een uitspraak te krijgen. De huurders hadden van hun kant besloten de «exceptio non adimpleti contractus» toe te passen die geen rechtstreekse belemmering vormt voor de continuïteit van de openbare dienst. Verder is er ook het zgn. «privilege du préalable», waardoor de «eenzijdige administratieve beslissing wordt geacht gelijkvormig te zijn met het recht en dit vermoeden geldt zonder dat het bestuur vooraf een beroep moet doen op de rechter» (Mast, A., *o.c.*, p. 5, nr. 8). Het is duidelijk dat de

contractuele visie zich verzet tegen dit vermoeden, omdat hieruit vnl. twee gevolgen zouden voortvloeien:

a. Allereerst dat de beslissing van een vennootschap om bepaalde kosten aan te rekenen op zich reeds zou geacht worden rechtmatig te zijn.

b. Aan de al dan niet goedkeuring van de beslissing door de NMH zou verder een zelfde vermoeden kleven, daar waar hierboven reeds ten overvloede is gesteld dat dit behoorlijk kan betwist worden. Dat is zo ongeacht het controlerecht bedoeld in art. 34 van de Huisvestingscode; wanneer hiervan immers geen, onvoldoende of op een onjuiste wijze gebruik wordt gemaakt, kan het een — behoorlijk verantwoordbare — externe controle noodzakelijk maken.

34. Wanneer de rechter zou aanvaarden dat de inhoud van het K.B. van 18 december 1979 (m.n. art. 8, § 2) en het M.B. van 12 februari 1980 — eventueel door het stilzwijgen ervan over de verantwoordingsplicht — strijdig is met de artt. 1134 en 1315 B.W., hetgeen op zich evenwel een vergaande interpretatie impliceert, zou hij zich op art. 107 Grondwet kunnen beroepen: hoven en rechtbanken mogen de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen slechts toepassen, in zoverre ze met de wetten overeenstemmen. Een procespartij in een burgerlijke procedure kan aldus de exceptie van onwettigheid invoeren: de rechtbank moet de rechtmatigheid van de administratieve rechtshandeling beoordelen en eventueel de toepassing weigeren. Het verschil met de vernietiging voor de Raad van State is dat art. 107 Grondwet de voor onwettig gehouden beslissing slechts inter partes en niet erga omnes ontoepasselijk verklaart. Hoewel de vennootschap zelf artikelen uit het genoemde K.B. aanvoert en de rechter zich er over zou kunnen uitspreken, lijkt een beroep op de procedure tot nietigverklaring van administratieve (ook niet-normatieve) rechtshandelingen bij de Raad van State bijgevolg aangewezen (Mast, A. en Dujardin, J., *Belgisch Grondwettelijk Recht*, Gent, Story, 1983, 436-437; Delva, J., «Het rechtstreeks bestrijden van overheidsdaden voor de burgerlijke rechter», *T.P.R.*, 1967, 390-393; Cass., 13 oktober 1965, *Pas.*, 1966, I, 204; R.v.St., Debolle, nr. 18880, 11 april 1978). Ten slotte is een beroep op de burgerlijke rechter, die uitspraak kan doen over burgerlijke rechten, ook al put de partij deze uit het administratief recht (R. v. St., 16 januari 1981, *Arr. R.v.St.*, nr. 20877, 1981; Vred. Marchienne-au-Pont, 26 december 1980, *J.T.*, 1981, 160; Jadot, B., *l.c.*, vn. 66).

35. *Het beginsel van de benuttigingsgelijkheid.* «Gebruikers van de openbare dienst die zich in dezelfde voorwaarden bevinden, kunnen gelijkelijk op de werking van de dienst aanspraak maken» (Mast, A., *o.c.*, p. 54-55, nr. 65; Buttgenbach, A., *Théorie générale des modes de gestion des services publics*, Brussel, Larquier, 1962, 84-94). Gedifferentieerde behandelingen moeten objectief te verantwoorden zijn in het licht van het algemeen belang. Dit is tevens een «beginsel van behoorlijk bestuur». De toegang tot de sociale huursector is streng gereguleerd, alsook de berekening van de huurprijs: voor de aanrekening van kosten en lasten zijn tevens duidelijke reglementaire richtlijnen en het K.B. van 18 december 1979 bevat zelf een aanduiding dat ze «tegen kostende prijs» moeten worden aangerekend. Huurders binnen een bepaalde vennootschap of van verschillende vennootschappen ongelijk behandelen, is een schending van het gelijkheidsbeginsel en

als overheidshandeling als dusdanig aanvechtbaar. Zeker gaat dit op wanneer er een zelfde reglementering aanwezig is, die de huurrelatie dwingend regelt. Men kan ook stellen dat de huurders van het Vlaamse gewest op dit vlak gedifferentieerd worden t.a.v. de huurders van de andere gewesten. Hieruit kan men evenwel geen juridisch argument putten, omdat de gewesten sinds 1975 de bevoegdheid kregen zelf hun sociale huisvesting te reglementeren (art. 6, IV, Bijzondere wet 8 augustus 1980 op de hervorming van de instellingen, B.S., 15 augustus 1980).

Besluit

36. De Vlaamse sociale huurder verkreeg tot nog toe noch in de rechtspraak, noch in de reglementering enig recht op verantwoording van de aangerekende kosten, lasten en diensten, terwijl dit in Brussel en Wallonië wél zo is. Omdat evenwel in het K.B. van 18 december 1979 een aanknopingspunt kan worden gevonden voor de wijze van aanrekening «tegen kostende prijs» is een wijziging van het besluit niet noodzakelijk om een verantwoordings- en inzage-recht te waarborgen: dit kan eventueel via het voorgestelde standaardcontract van de NMH gebeuren. Enkel voor de modaliteiten kan dit aangewezen zijn reglementerend op te treden: de gemeenschapsminister voor Huisvesting zal trouwens «normatieve voorstellen ter goedkeuring aan de Vlaamse Raad voorleggen, waarbij de belangen van de huurders correct zullen gevrijwaard worden». Hij belooft ook «inzake de kostencontrole rechtszekerheid» (*Parl. Vr. en Antw.*, VI. R., 1983-84, 4 oktober 1983, 700, Vr. nr. 58, De Batselier).

37. Ook al blijft de regeling echter formeel ongewijzigd, toch zijn er argumenten aan te voeren om nu reeds de maatschappijen te verplichten wél een volledige verantwoording voor te leggen; dit besliste de Vrederechter van Zelzate trouwens in het besproken vonnis. In de discussie of de relatie huurder/verhurende maatschappij van reglementaire dan wel van contractuele aard is, kozen we voor de (eclectische) combinatie van beide types van regels, afhankelijk van de bron, waaruit rechten en verplichtingen worden geput. In de problematiek van de kosten en lasten konden bepaalde aspecten als reglementair (verdeling kosten in en buiten basishuurprijs; de aanrekeningsprijs), een aantal andere bij gebrek aan expliciete regeling als contractueel worden aangemerkt (aanvoerings-, bewijs- en afrekeningsverplichting van de vennootschap; voorschotten). Er is het principe van art. 1315 B.W. dat iemand die betaling vordert van een som, de gegrondheid daarvan ook moet bewijzen. De controle die de NMH uitvoert op de aanrekening is geen voldoende argument. Hoewel enkele administratiefrechtelijke beginselen, eigen aan de werking van de openbare dienst, schijnbaar incompatibel zijn met de voorgestelde verantwoordingsplicht voor de maatschappij en het inzage-recht voor de huurder (met bijstand of vertegenwoordiging), kan enkel van de geschetste privaatrechtelijke beginselen worden afgeweken indien de noodwendigheden van de openbare dienst dit rechtvaardigen. Wat in Brussel en Wallonië mogelijk is en reeds bij sommige vennootschappen in Vlaanderen vrijwillig geschiedt, moet bijgevolg veralgemeend worden.

Bernard Hubeau

KANTTEKENINGEN

Prijsregeling voor ingevoerde geneesmiddelen en consumentenbescherming — Maatregelen van gelijke werking

Onlangs diende het Hof van Justitie zich voor het eerst te buigen over de zeer moeilijke materie van de geneesmiddelenprijzen en de nationale maatregelen ter zake op de geneesmiddelenmarkt (arrest van 29 november 1983, *R.W.*, 1983-84, 1925).

De geneesmiddelenmarkt is steeds meer een zorgenkind geworden: er kan aldaar immers geen natuurlijk prijsvormingsproces plaatshebben zoals wij dat kennen voor andere produkten op andere markten. In een aantal lid-staten wordt de prijs kunstmatig laag gehouden door middel van overheidsregulering (België, Frankrijk, Italië) en in andere landen liggen de prijzen daarentegen veel hoger, terwijl ook daar geen natuurlijk prijsvormingsproces mogelijk is.

De multinationale bedrijven zetten nochtans in al deze landen hun zelfde produkten af, maar tegen verschillende prijzen, en derhalve kan men spreken van «dual pricing». Uiteindelijk is dit het gevolg van de verschillende nationale systemen voor de berekening en bescherming van de geneesmiddelenprijzen, uitgevaardigd door de lid-staten.

De Nederlandse regering nu vond deze praktijken van de farmaceutische bedrijven onverantwoord. In die zin vaardigde zij op 8 juni 1982 een Prijzenbeschikking registergeneesmiddelen 1982 uit, met als doel de prijzen van de ingevoerde geneesmiddelen te doen dalen tot het relatief lage peil van de «goedkope» landen. Met deze vanuit het standpunt van de verbruiker bekeken sociale maatregel, wilde de Nederlandse regering meteen ook de kunstmatige segmentering wegnemen die intussen was ontstaan.

Hierbij stuitte zij op het verzet van deze multinationale ondernemingen, die nu plots hun prijzen voor de Nederlandse markt sterk moesten doen dalen, althans voor de produkten die ze er invoerden. Voor gelijkaardige produkten die in Nederland zelf worden gemaakt, werden de prijzen vastgesteld op een niveau waar de ondernemingen zelf voordien inspraak in hadden gehad.

Het ging hier dus om een discriminatoire maatregel, in de handelsfase. En dit is een domein waarvoor geen Europese regeling gold. Derhalve is een vergelijking nogal moeilijk met de anders wel voor de hand liggende arresten *Tasca* (H.v.J., 26 februari 1976, zaak 65/75, *Jur.*, 1976, 291), *Sadam* (H.v.J., 26 februari 1976, zaak 88-90/75, *Jur.*, 1976, 323) en *Danis* (H.v.J., 6 november 1979, zaken 16-20/79, *Jur.*, 1979, 3327), waar wel een gemeenschapsregeling gold. Bovendien gold die gemeenschapsregeling in kwestie slechts in het produktie- en groothandelstadium. De nationale maatregel, die aan de artt. 30 en 36 onderworpen werd, betrof het consumptiestadium net zoals in het hier besproken arrest.

In de voorgaande arresten besliste het Hof dat een maximum-prijs niet op zodanig peil mag worden vastgelegd dat de verkoop van ingevoerde produkten meer wordt bemoeilijkt dan die van nationale produkten. Hetzelfde principe, maar dan voor minimumprijzen, werd vastgesteld in de zaak *Van Tiggele* (H.v.J., 24 januari 1979, zaak 82/78, *Jur.*, 1978, 25). Het Hof nam deze arresten voor ogen toen het zijn oordeel velde in deze zaak.

En toch dient er m.i. op deze uitspraak van het Hof kritiek te worden uitgebracht. Om twee redenen:

1° Omdat het feitelijk resultaat van dit arrest merkwaardig genoeg zal zijn dat er uiteindelijk toch handelsbelemmeringen mogelijk zijn. Dit is dan te wijten aan de heel bijzondere constellatie van de geneesmiddelenmarkt. Deze zit volledig verstrend in maatregelen van sociale zekerheid, die nationaal sterk wisselen en tot een sterk variërend prijsbeleid aanleiding geven. Een Europese regeling op dit vlak bestaat helemaal niet.

Door het ongedaan maken van de Nederlandse beschikking en door na te laten enige richtlijnen mee te geven voor concrete interpretatie, geeft het Hof weer de volle vrijheid aan de farmaceutische reuzen, die over de grenzen heen nu weer kunnen profiteren van de verschillen in de prijsberekeningen. Dit komt erop neer dat dezelfde geneesmiddelen die in België goedkoop verkocht en geproduceerd worden, tegen een veel hogere prijs in Nederland op de markt gebracht mogen blijven.

De beïnvloeding tussen beide markten, die de Nederlandse regering wilde laten spelen, werd de pas afgesneden. Door het Hof werd aldus de weg vrijgemaakt voor een marktsegmentering, en dit lijkt toch wel zeer vreemd in het licht van de vroegere rechtspraak van dit Hof.

Slachtoffer van de hele affaire is de verbruiker, maar ook de Staat zelf, aangezien hij dit systeem van sociale zekerheid in de geneesmiddelensector in leven houdt.

2° Eveneens dient er op dit arrest van het Hof van Justitie kritiek te worden geuit in het licht van de vroeger gevestigde leer van interpretatie van de artikelen 30 en 36 van het EEG-Verdrag.

Maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve invoerbeperkingen zijn verboden door artikel 30, maar rechtvaardigingsgronden kunnen voor bepaalde maatregelen worden ingeroepen:

— op basis van de «rule of reason» onder artikel 30 (H.v.J., 20 februari 1979, zaak 120/78, Rewe, *Jur.*, 1979, 649; H.v.J., 26 juni 1980, zaak 788/79, Gilli, *Jur.*, 1980, 2077; H.v.J., 19 februari 1981, zaak 130/80, Kelderman, *Jur.*, 1982, 534) t.a.v. handelsbelemmeringen die zonder onderscheid van toepassing zijn zowel op ingevoerde als op nationale produkten, en dit wanneer er geen gemeenschapsregeling voorzien is. Het moet dan gaan om een maatregel die genomen is in het algemeen belang van de gemeenschap, en voor zover dringende behoeften, onder meer verband houdend met de doeltreffendheid van de fiscale controles, de eelijkheid der handelstransacties en de bescherming van de consumenten, ze noodzakelijk maken;

— op basis van de rechtvaardigingsgronden die in artikel 36 limitatief opgesomd zijn (H.v.J., 25 januari 1977, zaak 46/76, Bauhuis, *Jur.*, 1977, 197; H.v.J., 14 december 1968, zaak 13/68, Salgoil, *Jur.*, 1968, 543), t.a.v. maatregelen die zelfs niet gelijkelijk van toepassing zijn op ingevoerde en nationale produkten, anders genoemd de discriminatoire maatregelen.

De maatregel die in casu door de Nederlandse regering werd opgelegd was zulk een discriminatoire maatregel, aangezien hij enkel de ingevoerde geneesmiddelen betrof. Overeenkomstig de gevestigde rechtspraak van het Hof van Justitie worden discriminatoire maatregelen enkel onderworpen aan de toetsing van artikel 36, om na te gaan of de maatregel eventueel toch zou kunnen worden geduld ondanks het handelsbelemmerend karakter (H.v.J., 17 juni 1981, zaak 119/80, Commissie/Ierland, *Jur.*, 1981, 1625; zie M. Waelbroeck, «Examen de jurisprudence du droit européen de la CEE», *R.C.J.B.*, 1983, 273). Deze maatregelen mogen dan volgens artikel 36 zeker «geen middel tot willekeurige beperking» of «geen verkapt beperking van de handel» uitmaken.

Het Hof deed dit hier evenwel niet. Het toetste de maatregel enkel aan artikel 30, en zweeg in alle talen over artikel 36. Ook al stelden de verzoeksters dan nog in hun conclusie: «Ofschoon de verwijzende rechter geen vraag heeft gesteld omtrent artikel 36 EEG-Verdrag, zou het, om een tweede verwijzing naar het Hof te vermijden, zinvol zijn, indien het Hof tevens erop wijst dat de beschikking kennelijk niet is vastgesteld ter bescherming van de volksgezondheid maar een overheidsmaatregel van economische aard is, en derhalve evenmin gerechtvaardigd kan zijn uit hoofde van artikel 36.» Het Hof tastte artikel 36 dus niet af. Het antwoordde daarmee niet op die bemerking van verzoeksters, die trouwens geen officiële vraag was. Het was ook niet verplicht erop te antwoorden. Evenwel zou een antwoord deze materie hebben kunnen verduidelijken.

Immers, de litigieuze overheidsmaatregel, die duidelijk van discriminatoire aard is omdat hij niet gelijkelijk van toepassing is op nationale en ingevoerde produkten maar enkel op ingevoerde, kan voor een rechtvaardiging slechts zijn grondslag vinden in artikel 36. Dit limitatief te interpreteren artikel vermeldt evenwel niet de consumentenbescherming als grond.

Dergelijke maatregelen zoals consumentenbeschermende, waarvan men met het arrest Cassis-de-Dijon (H.v.J., 20 februari 1979, zaak 120/78, Rewe, *Jur.*, 1979, 649) dacht dat ze door een extensieve interpretatie van artikel 36 aldaar een rechtvaardigingsgrond konden vinden, moeten nu hun verantwoording zien te vinden in artikel 30 (zie M. Waelbroeck, *o.c.*, 273; P. Oliver, *Free movement of goods in the EEC under articles 30 to 36*, Londen, European Law Centre, 1982, 75; R. Barents, «New developments in measures having equivalent effect», *Common Market Law Review*, 1981, 291). Van de voorbeelden van «dringende behoeften» die in het arrest Cassis-de-Dijon werden vermeld, stond alleen de bescherming van de volksgezondheid ook in artikel 36. Consumenten-

tenbescherming viel er derhalve buiten. De maatregel in casu van de Nederlandse regering, die onder de kwalifikatie van consumentenbescherming kan worden beschouwd, maar enigszins ook onder die van bescherming van de volksgezondheid, valt echter buiten de ontsnappingsclausule van de «rule of reason» onder artikel 30. Toch is het Hof niet steeds consequent geweest op dit punt.

De idee dat een maatregel die niet gelijkelijk van toepassing is op ingevoerde en nationale produkten, kan worden gerechtvaardigd op grond van de consumentenbescherming, wordt als het ware langs de deur buitengezet, maar door het venster terug binnengelaten. Bovendien draagt dit in belangrijke mate bij tot het gevestigde principe dat maatregelen die slechts «in schijn» discriminatoir zijn (d.w.z. maatregelen die slechts van toepassing zijn op ingevoerde produkten of in belangrijkere mate, maar die desondanks door een objectief doel gerechtvaardigd zijn) onder artikel 30 vallen, maar gerechtvaardigd worden door artikel 36 (zie P. Oliver, *o.c.*, 75 en 128; H.v.J., zaak 13/63, Italië/Commissie, *Jur.*, 1963, 65).

Er is geen sprake van een willekeurige discriminatie indien een verschillende behandeling objectief gerechtvaardigd wordt. Het Hof heeft derhalve zijn werk maar half gedaan, zou men kunnen stellen, en had om een klaar beeld te scheppen de kwestie veeleer ook aan artikel 36 dienen te toetsen. Dan zou er wellicht een ander arrest gewezen zijn.

Onbeantwoord blijft ook de vraag of de beschikking van de Nederlandse regering door het Hof wel aanvaard zou zijn, indien de regering deze regeling gelijkelijk van toepassing had gemaakt op nationale en ingevoerde geneesmiddelen. De Nederlandse regering, en met haar de andere regeringen, kunnen er de nodige lessen uit trekken en het volgende keer oordeelkundiger aan boord leggen om zulk een beschikking op te leggen.

Maar intussen werd meteen de kans verkeken om de sector van de geneesmiddelenmarkt en haar opgelegde prijzenpolitiek open te gooien. De deur die op een kier was komen te staan door de Nederlandse beschikking, werd door het Hof dichtgegooid.

Herman Verbist

MEDEDELINGEN

Legal Decision Making (Rotterdam, 2 maart 1984)

Op 2 maart werd te Rotterdam een symposium georganiseerd over rechtsvinding. Er werden twee uiteenzettingen gegeven, telkens gevolgd door een discussie. Een zeventigtal deelnemers woonden het symposium bij.

De eerste voordracht werd gehouden door dr. Alan Paterson (Edinburgh) over «Appellate decision making in the Common Law world». Deze uiteenzetting was vooral gebaseerd op zijn doctoraatscriptie, gepubliceerd onder de titel *The Law Lords* (Macmillan, Londen, 1982).

Paterson analyseerde in hoofdzaak de verschillen in de rechterlijke besluitvorming die voortvloeien uit het mondeling, dan wel schriftelijk karakter van de procedure. Hiervoor onderzocht hij de rechtspraak van een aantal Britse en Amerikaanse gerechtshoven en nam hij interviews af van een groot aantal Britse magistraten. Uit het onderzoek bleek o.m. dat de mondelinge en schriftelijke argumenten van de raadslieden van de partijen een veel geringere invloed hebben op de rechterlijke besluitvorming van het hoogste gerechtshof in de Verenigde Staten dan dat dit het geval is in Groot-Brittannië. Een verklaring hiervoor ziet Paterson in het vrijwel uitsluitend schriftelijk karakter van de Amerikaanse procedure, het ontbreken van een gespecialiseerde «Supreme Court»-advocaatuur, en de mogelijkheid voor de raadsheren om een beroep te doen op hun «law clerks». In de Engelse hoven daarentegen wordt urenleng of zelfs dagenlang gepleit en zijn er veel meer, formele en informele, onderlinge contacten tussen de raadsheren onderling.

Uit een analyse van de besluitvorming in de Amerikaanse Supreme Court is verder nog gebleken dat deze besluitvorming essentieel een collectief proces is en in meerdere of mindere mate beheerst wordt door «sociale» of «professionele» leidersfiguren binnen het hof. «Sociale leiders» zijn magistraten die ernaar streven spanningen en meningsverschillen tussen hun collega's weg te werken.

«Professionele leiders» (task leaders) leiden de besluitvorming in de door hen gewenste richting, op basis van hun persoonlijkheid, intelligentie, vakbekwaamheid, gezag en/of overtuigingskracht.

Paterson stelde ook nog de laatste twintig jaar een wijziging vast in de motivering van de arresten van de Britse House of Lords sinds het zich niet meer gebonden acht aan zijn eigen preceden-ten. Ook wat het gebruik van beleidsargumenten betreft, merkte de spreker op dat dergelijke argumenten thans regelmatig voorkomen in de motivering van Britse vonnissen en arresten, hetgeen dertig jaar geleden nog ondenkbaar geweest zou zijn. Op het gebied van wetsinterpretatie verlaat men in Groot-Brittannië stilaan de traditionele letterlijke interpretatie om meer en meer gebruik te maken van een teleologische interpretatiemethode.

Uit Patersons onderzoek kwam ook naar voren dat de mogelijkheid om concurring en dissenting opinions naast het meerderheidsstandpunt van het hof te formuleren een gunstige invloed heeft op de logische coherentie van de arresten. Bij collegiale beslissingen, zoals bijvoorbeeld in de Engelse Privy Council, zijn de arresten vaak een weinig coherent compromis tussen uiteenlopende of zelfs tegenstrijdige standpunten.

In de namiddag hield prof. Aleksander Peczenik (Lund) een lezing onder de titel «A model of legal reasoning».

«Geldend recht», aldus Peczenik, is een mengeling van wetgeving, rechtspraak, rechtsleer en van persoonlijke waardeoordelen van de rechtstoepassers.

«Beredeneerd geldend recht» (reasoned valid law) is dan een netwerk van de volgende, onderling gerelateerde componenten:

- juridische teksten (wetgeving e.a.);
- de prima facie betekenis van deze teksten;
- feiten of handelingen die aan deze teksten hun juridische geldingskracht geven (bv. uitvaardiging door het parlement);
- de verhouding tussen normen op verschillende niveaus: de hiërarchie der rechtsbronnen, het probleem van de basisnorm, e.d.;
- de aanvaardbaarheid van (een bepaalde interpretatie van) de rechtsregels in het licht van de persoonlijke (coherente) overtuigingen van de interpretator;
- de aanvaardbaarheid van deze (interpretatie van de) rechtsregels voor de andere rechtsonderhorigen.

Volgens Peczenik weegt het vijfde element het zwaarst, met name de aanvaardbaarheid van de (interpretatie van de) rechtsregel voor de interpretator, de rechtstoepasser zelf. Elke interpretator hoopt dat de interpretatie die voor hem het meest overtuigend is, dit ook is voor de anderen (cf. het zesde element). Is dit inderdaad het geval dan zal zijn visie gelden als een interpretatie van het recht. Is dit niet het geval, dan zal zijn visie slechts beschouwd worden als een persoonlijke mening over het recht, niet als (een geldige interpretatie van) het recht zelf.

Ook in de rechtspraak fungeert de aanvaardbaarheid van de interpretatie vaak als uitgangspunt voor de rechterlijke beslissing. In dit verband merkte Paterson in de discussie op dat het perfect aanvaardbaar is eerst te beslissen en dan pas een motivering op te bouwen in functie van deze beslissing, op voorwaarde dat men de beslissing wijzigt indien men niet via algemeen aanvaarde juridische redeneringen tot de gewenste conclusie kan komen.

Peczenik stelde verder dat deze subjectieve inbreng van de interpretator in elk geval beperkt wordt door de eis dat dit subjectief standpunt minstens in algemene termen moet kunnen worden verantwoord. Het moet m.a.w. beantwoorden aan bepaalde minimumeisen van rationaliteit en van intersubjectiviteit.

Mark Van Hoecke
Ufsal Brussel

BERICHTEN

De aanschaf van computer of software

Op vrijdag 13 april 1984 wordt aan het Centrum Hoger Onderwijs, Werkgroep «Economie en Recht» te Brugge, een cursus gegeven van drie uur (van 17 tot 20 uur), over «De aanschaf van computer of software. Een inleiding op de contracten».

De lesgever is prof. dr. G. Vandenberghe, professor aan het Instituut voor Management aan de R.U.G. en aan de Vrije Universiteit te Amsterdam.

Inlichtingen bij: Centrum Hoger Onderwijs, tel. 050/33.94.16 ('s voormiddags).

Wetgeving afvalwater en vaste afval in Vlaanderen

Dit nieuw «wetboek», dat op 2 maart 1984 aan de pers werd voorgesteld, vult een grote lacune op die op dit gebied in Vlaanderen bestond.

Het werd geschreven door de heren Leopold Smout en Jan Heyman, juristen bij de Vlaamse Waterzuiveringsmaatschappij, en verzorgd uitgegeven door de v.z.w. Water.

De bedoeling is om een zo volledig mogelijk en overzichtelijk juridisch praktijkboek te brengen over alles wat verband houdt met de wet op de bescherming van de oppervlaktewateren en de vaste afvalstoffenwetgeving. De stof is bijgehouden tot het Staatsblad van 31 januari 1984.

De materie is, per hoofdstuk, rond enkele basisteksten opgebouwd. Kleinere uitvoeringsbesluiten zijn als noot in de basisteksten opgenomen. Niet opgenomen teksten worden, via het chronologisch register, naar hun vindplaats in het Belgisch Staatsblad verwezen. Voor de sectoriële normen is, om een vlot overzicht te vergemakkelijken, zelf telkens een samenvattende tabel bijgevoegd.

In zijn voorwoord schrijft de heer Jan Lenssens, gemeenschapsminister van Leefmilieu, Waterbeleid en Onderwijs, dat de waarde van dit boek en de verdienste van zijn auteurs precies liggen in het overzichtelijk weergeven van de voor velen op een doolhof lijkende wetgeving.

Kostprijs: 950 fr. (en 800 fr. voor wie geabonneerd is op het tweemaandelijks tijdschrift *Water*). Bestelling: door storting van het vermeld bedrag + 32 fr. verzendingskosten op nr. 411-8026561-07 van v.z.w. Water, Berchem. Inlichtingen: op het secretariaat v.z.w. Water, Sint Laurensstraat 14, bus 8, 1000 Brussel, tel. 02/218.12.90 (toestel 424).

TIJDSCHRIFTEN

Recueil général de l'enregistrement et du notariat, 1983 november

A.C., noot onder Hof Bergen, 16 juni 1982 (schenking — storting van geld door ouders op spaarboekje van hun minderjarig kind — schenking van hand tot hand).

Revue trimestrielle de droit civil, 1983

nr. 3, juli-september
M.-C. Boutard-Labarde, *Réflexions sur la contestation de la paternité légitime: analyse et prospective*; X., *Bibliographie des ouvrages sur le droit civil et ouvrages auxiliaires*; *Jurisprudence française en matière de droit civil: personnes et droits de famille* (R. Nerson en J. Rubellin-Devichi); *obligations et contrats spéciaux: obligations en général* (F. Chabas); *responsabilité civile* (G. Durry); *contrats spéciaux* (P. Remy); *propriété et droits réels* (C. Giverdon); *successions et libéralités* (J. Patarin); *jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé: organisation judiciaire et juridiction* (J. Normand); *procédure, jugements et voies de recours* (R. Perrot); P. Gode, *Législation française et communautaire* (1er avril-30 juin 1983); J.-M. Grossen en O. Guilloid, *Chronique de droit suisse: doctrine, jurisprudence et législation*.

Tijdschrift voor Notarissen, 1983

nr. 10, oktober
A. De Bounge, *Verkaveling — Sterkmake als sirenenzang*; J. Van Wiele, *Wijziging van huwelijksvermogensstelsel*; R. Celis, noot bij Hof Antwerpen, 2 juni 1981 (bewijs in burgerlijke zaken — gedingbeslissende eed — kan niet worden opgedragen tegen vermelding van koopprijs in notariële akte — gedekt door de notariële authenticiteit); R.R., *Notaris — twijfelachtige aard van een onroerende handeling — deontologisch voorbehoud* (noot bij Trib.gr.inst. Parijs, 23 februari 1982).