

DE EXTERNE CONTROLE OP DE STAATSBEGROTING DOOR HET REKENHOF

De externe controle op de aanwending van de door de Wetgevende Macht aan de Uitvoerende Macht ter beschikking gestelde middelen wordt uitgeoefend door de Wetgevende Macht zelf. Het Parlement wordt in deze complexe taak bijgestaan door een gespecialiseerde en door de Grondwet opgerichte instelling: het Rekenhof.

In de openbare financiën legt de Uitvoerende Macht rekening en verantwoording af aan de Wetgevende Macht.

De wetgevende vergaderingen moeten zich een oordeel over de ingediende rekeningen vormen. Indien het beheer van matige omvang zou zijn, dan konden zij de rekening door een commissie uit hun midden doen controleren. Daar het beheer zeer uitgebreid werd, brengt doorgaans een afzonderlijk staatsorgaan daarover verslag uit.

Hoewel de taak van deze instelling van groot belang is voor het publiek en ook voor de Uitvoerende Macht betekenis heeft, komt het vooral de volksvertegenwoordiging ten goede.

1. Ontstaan en historische ontwikkeling ¹

De oudste Rekenkamer in onze gewesten stamt uit de Bourgondische tijd. Zij werd in 1386 opgericht te Rijsel door Filips De Stoute en was bevoegd voor domeinzaken en het in ontvangst nemen en verifiëren van de door de algemene en particuliere ontvangers af te leggen verantwoordingen.

In 1404 werd door Antoon Van Bourgondië te Brussel een Rekenkamer voor Brabant in het leven geroepen.

In 1735 werden door een decreet van Karel VI van Oostenrijk de twee Kamers van Brussel en van Rijsel samengesmolten en gevestigd te Brussel.

Bij decreet van 1787 breidde Jozef II de controle van de Rekenkamer uit tot de gemeenten, de stichtingen en de publiekrechtelijke instellingen. In die tijd beschikte de Rekenkamer reeds in zekere mate over het recht van voorafgaande controle.

In 1792 werd België bij Frankrijk ingelijfd en werd de aldaar vigerende wetgeving op ons land toegepast. De wet van 16 september 1807 creëerde voor heel Frankrijk één enkel Rekenhof.

In 1814 onder het Hollandse bewind werd bij decreet van Willem I van 12 augustus 1814 een Rekenkamer voor de pas aangehechte Belgische Provinciën opgericht.

Op basis van de Grondwet van 24 april 1815, stichtte Willem I bij wet van 21 juni 1820 één Rekenkamer voor de Noordelijke en Zuidelijke Provinciën samen.

Na de Belgische omwenteling in 1830 werd, zelfs vóór de afkondiging van de Grondwet, door het Nationaal Congres een Rekenhof opgericht.

Het Nationaal Congres beraadslaagde in zijn vergadering van 13 december 1830 over het doel van de oprichting:

«In een merkwaardig verslag heeft de heer De Meulenaere in de vergadering van het congres op 23 december 1830 de redenen uiteengezet waarom, zelfs voor de afkondiging van de Grondwet, een Rekenhof door het Nationaal Congres werd ingericht... De dwingende noodzakelijkheid van een degelijke controle der staatsgelden werd onderstreept...» ².

Uit het feit dat het Congres een vrij uitvoerige omschrijving van de opdrachten van het Rekenhof heeft gegeven en dat het heeft bepaald dat de algemene rekening van de Staat met de opmerkingen van dit Hoge College aan de Kamers dient te worden voorgelegd, blijkt dat de Grondwet het Rekenhof heeft opgevat als een emanatie van de Wetgevende Macht en als volledig onafhankelijk van de Uitvoerende Macht.

Het Hof is een lichaam dat voor rekening en in de plaats van het Parlement, de regelmatigheid en de nauwkeurigheid van de uitvoering van de begrotingen en het beheer van de Schatkist controleert.

Bij decreet van 30 december 1830 van baron Surlet de Chokier werd het Rekenhof ten slotte opgericht.

Het Hof werd officieel geïnstalleerd op 15 januari 1831, nadat de raadsheren in handen van de leden van het Voorlopig Bewind de eed hadden afgelegd.

2. Grondwettelijke en wettelijke bepalingen

Het Rekenhof is een grondwettelijke instelling. Artikel 116 van de Grondwet luidt als volgt:

«De leden van het Rekenhof worden door de Kamer van Volksvertegenwoordigers benoemd, voor de tijd bij de wet bepaald.

Dit Hof is belast met het nazien en het verevenen der rekeningen van het algemeen bestuur en allen die tegenover de staatskas rekenplichtig zijn. Het waakt ervoor dat geen artikel van de uitgaven der begroting wordt overschreden en dat geen overschrijding plaatsheeft. Het stelt de rekeningen der verschillende besturen van de Staat vast en is ermee belast te dien einde alle nodige inlichtingen en bewijsstukken te verzamelen. De algemene staatsrekening wordt aan de Kamers onderworpen met de opmerkingen van het Rekenhof.

Dit Hof wordt door een wet ingericht.»

Dit grondwetsartikel is tot op heden ongewijzigd gebleven.

Het Rekenhof werd ingericht door de wet van 29 oktober 1846 ³, waarvan de Nederlandse tekst werd ingevoerd door de wet van 27 april 1978 ⁴.

¹ ERAUW, F., «Van de vroegere Rekenkamers tot het Europese Rekenhof», *Tijdschrift voor bestuurswetenschappen en publiekrecht*, 1980, nr. 6, pp. 459-473.

² VAERNEWYCK, A., *Het Rekenhof*, Administratief Lexicon, Brugge, Die Keure, 1961, pp. 7-8.

³ *Belgisch Staatsblad*, 1 november 1846.

⁴ *Ibidem*, 13 juni 1978 en 13 juli 1978.

3. Inrichting van het Rekenhof

Aan de Belgische instelling werd de benaming «Hof» toegekend, niet alleen omdat het zoals de hoven en rechtbanken uitvoerbare arresten en zelfs geldelijke straffen uitspreekt, doch eveneens omdat «la dénomination peut contribuer à relever et à ennoblir une institution aux yeux du public», zoals wordt onderstreept in het verslag dat voorafgaat aan het decreet van regent baron Surlet de Chokier, van 30 december 1830 ⁵.

Het Rekenhof is een instelling «sui generis». Het is geen gerechtelijke instelling. Het Hof van Cassatie verklaart dienaangaande ⁶: «Attendu que ni l'article 116 de la Constitution ni la loi organique du 29 octobre 1846 ne prescrivent la publicité pour l'examen et le jugement des affaires soumises à la Cour des comptes, laquelle ne participe pas à l'exercice du pouvoir judiciaire.»

3.1. Emanatie van de Wetgevende Macht

Het Rekenhof is een emanatie van de Wetgevende Macht, volledig onafhankelijk van de Regering en de Uitvoerende Macht.

Deze opvatting is historisch te verklaren, enerzijds als reactie tegen de misbruiken van de Franse en de Hollandse bezetting, gedurende welke het Rekenhof al te sterk afhankelijk was van de Uitvoerende Macht, anderzijds omdat in die periode heel wat parlementaire democratieën het levenslicht zagen.

Deze controleinstelling treedt op als een door de Kamer van Volksvertegenwoordigers gedelegeerd orgaan met als doel de openbare financiën te controleren.

Dit blijkt uit de door de Grondwet en de wet op het Rekenhof gevestigde banden tussen het Rekenhof en de Kamer van Volksvertegenwoordigers ⁷:

- de leden van het Rekenhof worden door de Kamer van Volksvertegenwoordigers benoemd (artikel 116 van de Grondwet);
- de Kamer van Volksvertegenwoordigers dient het reglement van orde van het Rekenhof goed te keuren (artikel 20 van de wet van 29 oktober 1846);
- het optreden van de Commissie ad hoc in geval van cassatie van de arresten van het Rekenhof (artikel 13 van de wet van 29 oktober 1846);
- de voorlegging van het Boek van Opmerkingen, alsmede van de algemene rekening van de Staat (artikel 116 van de Grondwet);
- de voorlegging van uiteenzettingen aan de Kamer in verband met toepassingsgevallen van artikel 14 van de wet van 29 oktober 1846;
- de voorlegging van uiteenzettingen aan de Kamer in verband met toepassingsgevallen van artikel 24 van de wet op de Rijkscomptabiliteit van de wet van 28 juni 1963;
- de bijzondere mededelingen aan het Parlement;
- het onderzoek van de begrotingsontwerpen;
- het toezicht van het Bureau van de Kamer op het statuut van het personeel van het Rekenhof.

Hoewel deze zeer nauwe band tussen de Kamer van Volksvertegenwoordigers en het Rekenhof de eersterangsrol van de Kamer op de Senaat inzake openbare financiën beklemtoont (de Kamer had tot de grondwetsherziening van 1921 initiatiefrecht inzake financiële wetten), moet toch worden geaccentueerd dat het Rekenhof in werkelijkheid zijn controlerecht uitoefent in naam van de beide wetgevende vergaderingen. Het deelt zijn opmerkingen mee zowel aan de Kamer van Volksvertegenwoordigers als aan de Senaat.

3.2. Benoeming van de leden

Artikel 116, eerste lid, van de Grondwet, regelt de benoeming van de leden van het Hof:

«De leden van het Rekenhof worden door de Kamer van Volksvertegenwoordigers benoemd, voor de tijd bij de wet bepaald.»

De organieke wet van 29 oktober 1846, op het Rekenhof bepaalt te dien einde in artikel 1, derde lid:

«Zij worden om de zes jaar benoemd door de Kamer van Volksvertegenwoordigers die hen te allen tijde kan ontslaan...»

Door de benoeming van de leden door de Wetgevende Macht, wordt hun onafhankelijkheid tegenover de Uitvoerende Macht beklemtoond.

Tot voorzitter of tot raadsheer van het Rekenhof kunnen worden benoemd alle Belgen die de leeftijd van 30 jaar hebben bereikt. De griffiers moeten ten minste 25 jaar oud zijn.

De wetgever heeft om de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de leden te waarborgen, verschillende onvereenigbaarheden ingevoerd ⁸:

- de leden mogen onderling bloedverwant noch aanverwant zijn tot in de vierde graad inbegrepen;
- bij hun eerste aanstelling, geen bloedverwant of aanverwant, tot en met de vierde graad zijn, van een minister, hoofd van algemeen bestuur;
- geen deel uitmaken van een der Wetgevende Kamers;
- geen ambt bekleden waaraan een wedde of vergoeding verbonden is ten laste van 's lands kas;
- rechtstreeks noch onrechtstreeks enig belang hebben in of aangesteld worden bij een onderneming of zaak die rekenplichtig is aan de Staat;
- niet mee beraadslagen of beslissen over zaken die hun persoonlijk aangaan of waarbij een van hun bloed- of aanverwanten tot de vierde graad belang heeft;
- persoonlijk of onder de naam van de echtgenote of door welke andere tussenpersoon ook enigerlei handel drijven, als zaakwaarnemer optreden of aan het bestuur of beheer van welke maatschappij of nijverheidsinstelling ook deelnemen ⁹.

De bezoldigingsregeling van de leden van het Rekenhof wordt bepaald door de wet ¹⁰.

Zij worden op pensioen gesteld ¹¹:

- wanneer zij de volle leeftijd van zeventig jaar hebben bereikt;

⁸ Artikel 2 van de wet van 29 oktober 1846.

⁹ *Ibidem*, artikel 3.

¹⁰ Wet van 14 maart 1975 betreffende de wedden van de leden van het Rekenhof, *Belgisch Staatsblad*, 5 augustus 1975.

¹¹ Artikel 1, derde lid, van de wet van 29 oktober 1846.

⁵ *Bulletin officiel*, nr. 43.

⁶ Cass., 10 mei 1882, *Pas.*, 1882, I, 136, 7.

⁷ *Parl. St., Kamer*, 1984-85, nr. 1193/1, p. 2; 142e Boek van Opmerkingen, deel I, p. 28.

– wanneer zij wegens een ziekte of gebrekkigheid van ernstige en blijvende aard hun ambt niet meer naar behoren kunnen vervullen.

3.3. De samenstelling

3.3.1. Een collegiaal orgaan

In tegenstelling met sommige buitenlandse rekenhoven, beschikt het Belgische Rekenhof over een «collegiale structuur».

Het Belgische Rekenhof treedt op als een college. Aan dit collegesysteem zijn zowel nadelen als voordelen verbonden. De verantwoordelijkheid wordt lichter door een college gedragen. Het collegesysteem is een wapen tegen overijling.

Een argument voor de collegiale structuur van het Belgische Rekenhof is de jurisdictionele opdracht van dit Hof.

De advocaat-generaal Mesdach de ter Kiele schetste dit in zijn conclusie voor het arrest van 2 januari 1880 van het Hof van Cassatie als volgt ¹²:

«La Cour des comptes tire son existence et ses attributions de l'article 116 de la Constitution, sous la rubrique des Finances et la place qu'elle y occupe est un témoignage non douteux que cette juridiction constitue bien moins un office de judicature qu'une commission de comptabilité nationale.»

3.3.2. De Algemene Vergadering

Artikel 1 van de wet van 29 oktober 1846 regelt de samenstelling van het Hof:

«Het Rekenhof bestaat uit twee kamers. Elke kamer bestaat uit een voorzitter, vier raadsheren en een griffier» ¹³.

De zaken die in toepassing van het K.B. van 18 juli 1966 ¹⁴ houdende coördinatie van de wetten op het gebruik van de talen in bestuurszaken in de Nederlandse taal moeten worden behandeld, worden aan de Nederlandse Kamer onderworpen, de zaken die in de Franse taal moeten worden behandeld, worden aan de Franse Kamer onderworpen.

Bepaalde door de Grondwet en de wet aan het Hof opgedragen bevoegdheden behoren evenwel de Algemene Vergadering toe. Dit blijkt uit artikel 4 van de wet van 29 oktober 1846:

«De meerderheid van de leden van het Hof moet aanwezig zijn bij het vaststellen of het afsluiten van rekeningen».

Tot de bevoegdheid van de Algemene Vergadering behoren in concreto ¹⁵:

– de vaststelling, de goedkeuring of de afsluiting: van de algemene rekening van de Staat, van de rekeningen van de algemene besturen, van de provincies, van de aan de controle van het Rekenhof onderworpen instellingen, alsmede

van de rekeningen van alle rekenplichtigen die aan de rechtsmacht van zijn college onderworpen zijn;

– het bijhouden van het tweede exemplaar van het grootboek der openbare schuld en van het register der pensioenen;

– het bijhouden van de schrifturen die de kredietoverschrijdingen dienen te verhinderen;

– de bevoegdheden die bedoeld zijn in artikel 18 van de wet van 15 mei 1846, in de artikelen 8, 9bis, eerste en tweede lid, 14, derde en vierde lid, 17, tweede lid, en 18 van de wet van 29 oktober 1846, in artikel 3 van de wet van 20 juli 1921 en in de artikelen 24 en 26, vierde lid, van de wet van 28 juni 1963;

– het afsluiten van de met toepassing van artikel 26, tweede lid, van de wet van 28 juni 1963 overgelegde lijsten der vastleggingen;

– ieder voorstel tot wijziging van de rechtspraak of tot interpretatie van een wet of van een uitvoeringsbesluit;

– het opstellen van het *Boek van Opmerkingen*;

– al de zaken die niet rechtstreeks tot de bevoegdheid van de ene of de andere kamer behoren;

– het opmaken van de begroting van het Hof en het goedkeuren van de rekening over de uitwerking ervan;

– de beslissingen betreffende het algemeen beleid, de leiding en het beheer van de instelling.

De oudstbenoemde voorzitter voert de titel van eerste voorzitter, de oudstbenoemde griffier die van hoofdgriffier ¹⁶.

De griffiers zijn niet stemgerechtigd ¹⁷. Ingeval het Rekenhof optreedt als jurisdictioneel orgaan, neemt de jongste raadsheer in leeftijd het openbaar ministerie waar ¹⁸.

De voorzitters, raadsheren en griffiers maken deel uit van de kamer waarvoor zij door de Kamer van Volksvertegenwoordigers zijn aangewezen.

De raadsheren nemen rang in, in de volgorde van hun benoeming ¹⁹.

De voorzitter van elke kamer deelt de raadsheren in twee secties in. De samenstelling van elke sectie verandert op geëgelde tijdstippen zodat een raadsheer achtereenvolgens gedurende zes maanden met elk van zijn drie collega's samenwerkt ²⁰.

Ingeval de eerste voorzitter is verhinderd, wordt het voorzitterschap waargenomen door de eerste raadsheer in rang van die kamer.

Ingeval beide voorzitters zijn verhinderd, neemt de eerste raadsheer in rang het voorzitterschap van de algemene vergadering waar ²¹.

3.4. De diensten

Teneinde zijn talrijke en complexe taken naar behoren te kunnen vervullen, beschikt het Rekenhof over diensten.

Artikel 18 van de wet van 29 oktober 1846 luidt als volgt: «Het Hof benoemt en ontslaat de leden van zijn personeel.»

¹² Cass., 2 januari 1880, *Pas.*, 1880, I, 48-50.

¹³ Aanvankelijk was het Hof samengesteld uit een voorzitter, zes raadsheren en één griffier. De wet van 4 juni 1921 (*Belgisch Staatsblad* van 8 juni 1921) heeft bij het Hof twee kamers ingesteld.

¹⁴ *Belgisch Staatsblad* van 2 augustus 1966. Artikel 1, § 1, 3°, maakt dit K.B. toepasselijk op de administratieve werkzaamheden, het administratief personeel en de organisatie van de diensten van het Rekenhof.

¹⁵ Artikel 29 van het huishoudelijk reglement van het Rekenhof, goedgekeurd door de Kamer van Volksvertegenwoordigers op 25 juni 1975.

¹⁶ Artikel 1, vierde lid, van de wet van 29 oktober 1846.

¹⁷ *Ibidem*, artikel 1, laatste lid.

¹⁸ Artikel 1 van het huishoudelijk reglement van het Rekenhof.

¹⁹ *Ibidem*, artikel 2.

²⁰ *Ibidem*, artikel 3.

²¹ *Ibidem*, artikel 4.

4. Bevoegdheden

Artikel 116, laatste alinea, van de Grondwet heeft de bevoegdheid tot inrichting van het Rekenhof voorbehouden aan de wetgever: «Het Rekenhof wordt door een wet ingericht.»

De voornaamste bevoegdheden van het Rekenhof komen reeds voor in de Grondwet, meer bepaald in artikel 116, tweede lid.

De bevoegdheden van het Rekenhof met betrekking tot de staatsbegroting steunen ofwel op een organieke bepaling opgenomen in artikel 116, tweede lid, van de Grondwet ofwel op een bepaling opgenomen in een organieke wet.

De bevoegdheden van het Rekenhof ten opzichte van de staatsbegroting worden in drie groepen ingedeeld. Deze indeling vormt de basis van de verder verklaarde wetteksten.

De eerste groep bevordert de samenwerking met de Wetgevende Kamers. Die bevoegdheid steunt op artikel 116, tweede lid, vierde zin: «De algemene staatsrekening wordt aan de Kamers onderworpen met de opmerkingen van het Rekenhof.»

Deze tekst wordt bevestigd bij artikel 75 van de organieke wet van 28 juni 1963: «In de loop van de maand augustus van het jaar na dat waarvoor de algemene rekening van de Staat opgemaakt wordt, maakt het Rekenhof deze aan de Wetgevende Kamers over met zijn opmerkingen.»

De tweede groep heeft betrekking op de vereffening en afsluiting van de verrichtingen en van de rekeningen.

De bevoegdheden van deze tweede groep kunnen worden verdeeld in drie afgescheiden taken.

De eerste taak betreft het nazien en de vereffening der rekeningen. Het is een grondwettelijke bevoegdheid, uitgedrukt in artikel 116, tweede lid, eerste zin, van de Grondwet: «Dit Hof is belast met het nazien en het verevenen der rekeningen van het algemeen bestuur en van allen die tegenover de staatskas rekenplichtig zijn.»

Deze tekst wordt woordelijk bevestigd in artikel 5 van de organieke wet van 29 oktober 1846 op het Rekenhof.

De tweede taak omvat de vereffeningsmacht van het Rekenhof. Deze bevoegdheid staat uitgedrukt in artikel 116, tweede lid, tweede zin, van de Grondwet: «Het waakt ervoor dat geen artikel van de uitgaven der begroting wordt overschreden en dat geen overschrijving plaatsheeft.»

Deze tekst is eveneens woordelijk overgenomen in artikel 5, tweede lid, van de organieke wet van 29 oktober 1846 op het Rekenhof.

Deze teksten over de vereffeningsmacht van het Rekenhof worden aangevuld met het niet-grondwettelijke systeem van het «voorafgaand visum», voorgeschreven bij de artikelen 14 en 17 van de organieke wet van 29 oktober 1846, alsmede bij artikel 17, tweede lid, van de organieke wet van 15 mei 1846.

De derde taak heeft betrekking op de afsluiting van de staatsrekeningen. Deze bevoegdheid is opgenomen in artikel 116, tweede lid, derde zin, van de Grondwet: «Het stelt de rekeningen der verschillende besturen van de Staat vast en is ermee belast te dien einde alle nodige inlichtingen en bewijsstukken te verzamelen.»

Deze tekst wordt bevestigd bij artikel 5, derde lid, van de organieke wet van 29 oktober 1846 op het Rekenhof.

De derde groep betreft de rechtsmacht van het Rekenhof. Deze rechtsmacht heeft geen grondwettelijke grondslag. De

jurisdictionele bevoegdheid van het Rekenhof steunt op artikel 10, eerste lid, tweede zin, van de organieke wet van 29 oktober 1846 op het Rekenhof: «Bij eindarresten stelt het vast of de rekeningen van de rekenplichtigen effen zijn, een tegoed vertonen of met een tekort sluiten.»

De jurisdictionele bevoegdheid staat tevens principieel vermeld in artikel 7, tweede lid, van de wet van 15 mei 1846: «... Geen behandeling van die penningen mag geschieden, geen openbare kas mag beheerd worden dan door een agent staande onder de bevelen van de minister van Financiën, door hem of op zijn voordracht benoemd, verantwoordelijk tegenover hem voor zijn beheer en aan de rechtsmacht van het Rekenhof onderworpen.»

De organieke wet van 29 oktober 1846 regelt eveneens de jurisdictie van het Hof over de rekenplichtigen alsmede de bevoegdheden op het financiële vlak.

Bovendien komen aanvullende bevoegdheden van het Rekenhof voor in tal van andere wetten.

Als belangrijkste voorbeeld geldt de oude organieke wet van 15 mei 1846 op de staatsrekenplichtigheid, aangevuld en gewijzigd door de organieke wet van 28 juni 1963. Door de wet van 20 juli 1921 worden de gedelegeerde ordonnateurs aan de rechtsmacht van het Hof onderworpen.

Sedert de wet van 29 maart 1956 viseert het Hof de staten der vastleggingen van de rekenplichtigen der vastgestelde uitgaven. Die procedure wordt bevestigd door artikel 26 van de organieke wet van 28 juni 1963.

Artikel 26, laatste lid, van de organieke wet van 28 juni 1963, gewijzigd bij artikel 2 van de wet van 31 december 1966, machtigt het Rekenhof sancties te treffen tegen de controleurs der vastleggingen die de maandelijkske staten van vastleggingen op de gesplitste kredieten niet binnen de vastgestelde termijn aan het Rekenhof hebben overgezonden.

De wet van 16 maart 1954 onderwerpt sommige instellingen van openbaar nut aan bepaalde controlemaatregelen van het Rekenhof. Krachtens hun eigen wettelijk statuut worden bepaalde instellingen van openbaar nut, hoewel niet onderworpen aan de controle van de wet van 16 maart 1954, toch onderworpen aan bepaalde controlemaatregelen van het Rekenhof.

Het Rekenhof beschikt over uitgebreide machten teneinde zijn taak te vervullen:

Aldus bepaalt artikel 5, vierde lid, van de organieke wet van 29 oktober 1846: «Het is bevoegd om zich alle staten, inlichtingen en ophelderingen te doen verstrekken betreffende de ontvangst en de uitgaven van de rijks- en provinciegelden.»

De reeds vermelde wet van 17 juni 1971 vult bovenvermeld artikel 5 van de wet van 29 oktober 1846 als volgt aan: «De bevoegde overheid is verplicht, binnen een termijn van ten hoogste drie maanden, de door het Hof gevraagde documenten, inlichtingen en ophelderingen te verstrekken en zijn opmerkingen te beantwoorden. Die termijn kan door het Hof worden verlengd. Het Hof mag een controle ter plaatse inrichten.»

In artikel 6 van de organieke wet van 29 oktober 1846 wordt de bevoegdheid tot correspondentie met de administratie bepaald: «Het Hof stelt zich rechtstreeks in verbinding met de verschillende algemene besturen: het stelt zich ook in verbinding met de bestendige deputaties van de provincieraden betreffende de comptabiliteit van de provincies

en met de rekenplichtigen betreffende het doen van rekening en verantwoording.»

4.1. Informatieve functie

De opvallendste functie van het Rekenhof ligt op het gebied van de samenwerking met het Parlement. Het Rekenhof wijst de wetgever op de onvolkomenheden van de Uitvoerende Macht bij de verwezenlijking van de door de wetgever goedgekeurde begroting.

Het Parlement bezit in onze parlementaire democratie immers het fundamenteel prerogatief inzake de controle van het regeringsbeleid.

Het Rekenhof oefent zijn informatieve opdracht uit door middel van zijn jaarlijks *Boek van Opmerkingen*, zijn bijzondere mededelingen en andere meer recent tot ontwikkeling gekomen acties.

4.1.1. Het Boek van Opmerkingen

De opmaak door het Rekenhof van een jaarlijks *Boek van Opmerkingen* steunt op artikel 116 van de Grondwet en op artikel 75 van de wet van 28 juni 1963 tot wijziging en aanvulling van de wetten op de Rijkscomptabiliteit.

Artikel 116, tweede lid, vierde zin, van de Grondwet, luidt als volgt: «De algemene staatsrekening wordt aan de Kamers onderworpen met de opmerkingen van het Rekenhof.»

Artikel 75 van de wet van 28 juni 1963 bepaalt: «In de loop van de maand oktober volgend op het einde van het begrotingsjaar, maakt het Rekenhof de algemene rekening van de Staat aan de Wetgevende Kamers over met zijn opmerkingen.»

Het *Boek van Opmerkingen* bestaat uit vier delen.

Sedert het 143e *Boek* worden deze respectieve delen elk opgesplitst in een boekdeel bevattende de nationale materies, met inbegrip van de materies betreffende het Brusselse Gewest en de provincies, en een boekdeel bevattende de communautaire en regionale materies.

Deel I, dat bij het begin van de opening van het parlementair jaar volgend op het begrotingsjaar wordt gepubliceerd, bevat de volgende hoofdstukken:

- a) Een inleidend thema-artikel ²²;
- b) Algemene rijkscomptabiliteit met de stand van zaken betreffende de overzending van de Algemene Rekeningen van de Staat. De Algemene Rekening van de Staat bevat ²³:
 - de rekening van de diensten van algemeen bestuur van de Staat;
 - de rekening van de staatsbedrijven;
 - de rekening van de staatsdiensten met afzonderlijk beheer.

De Algemene Rekening van de Staat wordt jaarlijks door de minister van Financiën opgemaakt en behelst alle begrotings-, vermogens- en thesaurie verrichtingen, tot stand gekomen van 1 januari tot 31 december.

Ze bevat de synthetische rekening van de verrichtingen van de Staat en de volgende toelichtende rekeningen:

- de rekening van uitvoering van de begroting;
- de rekening van de vermogenswijzigingen;
- de rekening van de Thesaurie.

De Algemene Rekening van de Staat wordt aan het Rekenhof doorgestuurd vóór 30 juni van het jaar na dat waarop ze betrekking heeft ²⁴.

Dit onderdeel van het Boek bevat ook nog:

- een overzicht van de bijzondere mededelingen aan het Parlement;
- een overzicht van de begrotingsverrichtingen van het vorige begrotingsjaar, van de kastoestand van de Schatkist en van de rijksschuld;
- de beslissingen van de Ministerraad houdende machtiging tot nieuwe uitgaven of tot uitgaven boven de begrotingskredieten.

c) De jurisdictionele taak van het Rekenhof. Dit hoofdstuk bevat een overzicht van de door het Hof inzake tekorten van rekenplichtigen gewezen arresten.

d) Betwistingen en informatie. Dit hoofdstuk bevat allerhande opmerkingen, onder meer de uiteenzettingen van het Rekenhof krachtens artikel 14 van zijn organieke wet van 29 oktober 1846.

Het boekdeel houdende communautaire en regionale materies is grosso modo op dezelfde wijze ingedeeld.

In deel II worden het verslag en de resultaten van de rekeningen van de Staat, evenals van de rekeningen van sommige instellingen van openbaar nut, gepubliceerd. Deel II beperkt zich tot het verslag en de resultaten van de uitvoeringsrekeningen.

Met vertraging publiceert het Rekenhof een bijvoegsel bij deel II. Dit bijvoegsel bestaat uit een summier nota betreffende de synthetische rekening, de thesaurierekening en de rekening van de vermogenswijzigingen van de Staat. Zij bevat een samenvatting van de gezamenlijke verrichtingen die zijn opgesomd in de synthetische rekeningen, alsmede van de balans van de Staat.

Deel III en deel IV van het *Boek van Opmerkingen* worden nog slechts in beperkte oplage verspreid ²⁵.

Deel III A bevat de publikatie van:

- de synthetische rekening van de verrichtingen van de Staat;
- de rekening van de Thesaurie;
- de rekening van de vermogenswijzigingen;
- de rekening van de Rijksschuld.

Deel III B bevat de publikatie van de eindrekening van de begroting van de Belgische Staat.

Deel IV bevat de publikatie van:

- de rekeningen van de instellingen van openbaar nut onderworpen aan de wet van 16 maart 1954;
- de rekeningen van instellingen van openbaar nut niet onderworpen aan de wet van 16 maart 1954.

Het Boek van Opmerkingen wordt gedrukt als een parlementair stuk.

4.1.2. De bijzondere mededelingen

Ook om de periode tussen de publikatie van twee Boeken van Opmerkingen te overbruggen, heeft de wetgever aan het

²⁴ *Ibidem*, artikel 69.

²⁵ Beslissing van het bureau van de Kamer van Volksvertegenwoordigers van 25 februari 1977.

²² In het 143e Boek van Opmerkingen wordt de gebrekkige werking van de openbare diensten belicht (1987-1988). In het 144e Boek van Opmerkingen worden de debudgettering en de prefinanciering behandeld (1988-1989).

²³ Artikel 1 van de wet van 28 juni 1963, *Belgisch Staatsblad*, 31 juli 1963.

Rekenhof opgedragen hem te informeren over elke overtreding van de begrotingswetten, alsook van de artikelen 3 en 4 van de wet van 20 juli 1921 tot instelling van de boekhouding der betaalbaar gestelde kredieten.

Daarbuiten zendt het Rekenhof zonder verwijl aan de Kamer zijn opmerkingen in verband met de beslissingen van de Ministerraad waarbij machtiging wordt verleend tot het vastleggen, het ordonnanceren en het betalen van uitgaven boven het bedrag van de begrotingskredieten, of bij ontstentenis van kredieten ²⁶ en laat het onmiddellijk zijn bewegredenen kennen wanneer een dergelijke beslissing het een visum onder voorbehoud oplegt voor een uitgave die het voordien had verworpen ²⁷.

a) Artikel 14 van de wet van 29 oktober 1846

Artikel 14, laatste lid, van de wet van 29 oktober 1846 op het Rekenhof vereist dat het Rekenhof buiten de overlegging van het jaarlijkse Boek van Opmerkingen, aan de Kamers doorlopend mededeling doet van elke tekortkoming aan de begrotingswetten : «... Het brengt eveneens elke overtreding van de begrotingswetten, alsmede van de artikelen 3 en 4 van de wet van 20 juli 1921 tot instelling van de boekhouding der betaalbaar gestelde kredieten, zonder verwijl ter kennis van de Kamers.»

De artikelen 3 en 4 van de wet van 20 juli 1921 luiden als volgt :

«Artikel 3. Geen tuchtstraf kan aan de bij deze wet aangestelde rekenplichtigen opgelegd worden zonder voorafgaand advies van het Rekenhof. Dit geldt eveneens voor elke maatregel, waarbij enig nadeel zou kunnen berokkend worden.

Dit advies moet gegeven worden binnen acht dagen na het overmaken van het dossier aan het Hof.

De tekst van het advies wordt overgenomen in het besluit, dat de straf oplegt of de maatregel toepast ; afschrift van het besluit wordt zonder verwijl overgemaakt aan de Wetgevende Kamers en aan het Rekenhof.»

«Artikel 4. De Koning regelt, op de voordracht van de minister van Financiën, de wijze van boekhouding der betaalbaar te stellen kredieten en bepaalt de vorm der periodieke rekeningen, alsmede het tijdstip van deze overmaking...»

In de oorspronkelijke tekst van artikel 14 van de wet van 29 oktober 1846 op het Rekenhof, stond, in de Franse taal, de nu ingetrokken passus te lezen : «Elle rend compte de ses motifs dans les observations annuelles aux chambres.»

Uit de nieuwe tekst van artikel 14 blijkt duidelijk de bekommernis van de Kamers om stap voor stap elke tekortkoming op budgettair gebied op te vangen.

Het Rekenhof viseert «onder voorbehoud» tevens de uitgaven die worden opgelegd door de procedure van de beraadslaging van de Ministerraad.

Geen betalingsopdracht kan immers door de Staatskas worden uitgevoerd dan voorzien van het visum van het Rekenhof.

Wanneer het Hof oordeelt zijn visum te moeten weigeren, worden de redenen van de weigering in de Ministerraad onderzocht.

Indien de ministers beslissen dat onder hun verantwoordelijkheid tot betaling moet worden overgegaan, verstrekt het Hof zijn visum onder voorbehoud en deelt het dadelijk aan de Kamers de redenen van zijn weigering mede ²⁸.

Dezelfde procedure moet worden toegepast indien het Hof zijn visum weigert, wanneer het uitspraak doet over de wettigheid en het bedrag van de pensioenen ten laste van de Staat ²⁹.

b) Artikel 24 van de wet van 28 juni 1963

Het Hof brengt eveneens onverwijld ter kennis van de Kamers, samen met zijn opmerkingen, de beraadslagingen van de Ministerraad waarbij vastlegging, ordonnanciering en zelfs betaling opgelegd worden buiten of boven de toegestane kredieten.

Artikel 24, § 1, tweede en derde lid, van de wet van 28 juni 1963 schrijven inderdaad voor :

«De tekst van de beraadslagingen wordt onmiddellijk aan de Wetgevende Kamers en aan het Rekenhof medegedeeld. Eventueel doet dit laatste onverwijld zijn opmerkingen aan de Wetgevende Kamers geworden.»

«Met betrekking tot de uitgaven waarvoor bij de beraadslaging machtiging is verleend, kan het Rekenhof zijn visum weigeren indien de stukken tot staving van de schuldverdering bevestigen of doen blijken dat de voorwaarden niet vervuld zijn.»

4.1.3. De vereffening en afsluiting van verrichtingen en rekeningen

a) Het nazien van de vereffening van de rekeningen

Deze bevoegdheid wordt aan het Rekenhof toevertrouwd door de Grondwet in artikel 116, tweede lid, eerste zin, die luidt als volgt : «Dit Hof is belast met het nazien en het verevenen der rekeningen van het algemeen bestuur en van allen die tegenover de Staatskas rekenplichtig zijn.»

Deze bevoegdheid van het Hof staat eveneens weergegeven in artikel 5, eerste lid, van de organieke wet van 29 oktober 1846 op het Rekenhof : «Het Hof is belast met het nazien en het verevenen van de rekeningen van het algemeen bestuur en van allen die rekenplichtig zijn tegenover de Staatskas.»

Dit bevoegdheidsdeel van het Rekenhof slaat op twee verwante criteria, namelijk het nazien en het vereffenen van :

- de rekening van de rekenplichtigen ;
- de «algemene rekeningen der besturen».

Het vereffenen betreft de wettelijkheid, de regelmatigheid en de nauwkeurigheid van elk van de op de rekening voorkomende bedragen.

In het niet ingetrokken artikel 4 van de organieke wet van 15 mei 1846 wordt een belangrijke voorzorgsmaatregel voor de rechtvaardiging van elke ontvangst voorgeschreven.

Onverschillig welke storting in de kassen van de Thesaurie moet het voorwerp uitmaken van een ontvangstbewijs.

Bedoeld artikel 4 van de organieke wet van 15 mei 1846 bepaalt : «Alle storting of zending in munt en andere waarden, gedaan in alle kassen van de Staat, voor een openbare dienst, geeft aanleiding tot de afgifte van een ontvangstbewijs met strook, waarop de bestemming van de storting ver-

²⁶ Artikel 24 van de wet van 28 juni 1963.

²⁷ Artikel 14 van de wet van 29 oktober 1846.

²⁸ *Ibidem*, artikel 14, derde en vierde lid.

²⁹ *Ibidem*, artikel 17, tweede alinea.

meld wordt. Dit ontvangstbewijs geldt als ontlasting en als rechtstitel tegenover 's Rijks Schatkist.»

De controle van de ontvangsten door het Rekenhof is niet op dezelfde wijze geregeld als de controle van de uitgaven.

In de fiscale besturen van het Ministerie van Financiën zijn bepaalde controleurs of inspecteurs als toezichtsambtenaren aangesteld. Zij vallen echter niet onder de rechtsmacht van het Rekenhof. Het is de minister van Financiën die, in voorkomend geval, over de verantwoordelijkheid van de betrokken ambtenaar beslist.

De wet van 28 juni 1963 laat het statuut van de rekenplichtigen van de Staat buiten beschouwing. Deze wet behandelt exclusief het begrotingsstatuut.

Zij bevat slechts één bepaling over de inzending van de rekening van de rekenplichtigen bij het Rekenhof, nl. artikel 67, tweede lid, waarin wordt voorgeschreven dat de rekeningen aan het Rekenhof dienen te worden overgelegd vóór 1 maart volgend op het jaar waarop ze betrekking hebben, onverminderd de termijnen vastgelegd voor de bij tekort, bij mutatie of bij neerleggen van de rekenplichtige functies af te leggen rekeningen.

b) De vereffeningsoverheidsmacht

Op het administratieve vlak is het Rekenhof belast met de controle op de staatsuitgaven. Artikel 116 van de Grondwet bepaalt hieromtrent in het tweede lid: «Het waakt ervoor dat geen artikel van de uitgaven der begroting wordt overschreden en dat geen overschrijving plaats heeft.»

Deze bevoegdheid van het Rekenhof op het aanrekeningsvlak, staat andermaal bevestigd in artikel 5, tweede lid, van de organieke wet van 29 oktober 1846: «Het waakt ervoor dat geen enkel artikel van de uitgave der begroting wordt overschreden en dat geen overschrijving plaats heeft.»

Krachtens deze tekst oefent het Hof toezicht uit over de «regelmaticheid van de aanrekening» van iedere aan zijn toezicht onderworpen uitgave.

Verder is het Rekenhof belast met het onderzoek over de «wettelijkheid» van de uitgave. Dit onderzoek voert het Hof door middel van zijn bevoegdheid de uitgaven voor betaling te viseren. Het visum van het Rekenhof slaat op de aanrekening en de vereffening. De aanrekening is de daad waardoor de begroting wordt bezwaard.

De vereffening betreft de realiteit, de regelmatigheid en de wettelijkheid van de uitgave.

Aan het voorafgaand visum van het Rekenhof zijn in principe alle bevelen tot betaling die door de Ministers worden gegeven onderworpen.

Dit visum is opgelegd bij artikel 14 van de organieke wet van 29 oktober 1946:

«Geen betalingsopdracht wordt door de Staatskas uitgevoerd dan voorzien van het visum van het Rekenhof.

Wanneer het Hof oordeelt zijn visum te moeten weigeren worden de redenen van de weigering in de Ministerraad onderzocht.

Indien de ministers beslissen dat onder hun verantwoordelijkheid tot betaling moet worden overgegaan, verstrekt het Hof zijn visum onder voorbehoud.»

Het voorafgaand visum wordt voorgeschreven in artikel 17 van de organieke wet van 15 mei 1846:

«De minister van Financiën staat de betaling van een ordonnantie niet toe dan wanneer daartegenover een door de wet geopend krediet staat of wanneer zij betrekking heeft op

een betaling gemachtigd bij een beraadslaging door de Ministerraad aangenomen krachtens artikel 24 van de wet van 28 juni 1963 tot wijziging en aanvulling van de wetten op de Rijkscomptabiliteit.

Geen uitgave kan gedaan worden buiten zijn tussenkomst en zonder voorafgaand visum en vereffening van het Rekenhof, behoudens de bij de wet bepaalde uitzonderingen.

In hoogst dringende gevallen wanneer de betaling niet kan uitblijven zonder dat er een ernstig nadeel uit voortvloeit, kan de Ministerraad evenwel, onder zijn eigen verantwoordelijkheid en met een met redenen omklede beslissing die hij tegelijkertijd aan de Wetgevende Kamers en het Rekenhof verzendt, van het Hof een voorlopig visum vorderen.

Wanneer door uitzonderlijke omstandigheden de Ministerraad niet tijdig kan bijeenkomen, wordt deze beslissing gezamenlijk genomen door de ministers van Financiën en Begroting.

In dergelijke gevallen beperkt het Rekenhof zijn voorafgaande controle tot het onderzoek van de juistheid van de schuldvordering en zendt het zijn opmerkingen onverwijld over aan de Wetgevende Kamers.

De Ministerraad dient binnen een maand na de beslissing, de voor de regularisatie van de uitgave vereiste wetsontwerpen in, zodat het Rekenhof een definitief visum kan verlenen.»

De vaste uitgaven voor het personeel, zoals jaarwedden, zijn krachtens artikel 23 van de organieke wet van 15 mei 1846 vrijgesteld van het voorafgaand visum: «Van de vaste uitgaven, zoals jaarwedden, abonnementen, pensioenen, wordt het bevel tot betaling opgemaakt door de minister van Financiën op de verzamelstaten, die hem door de departementen van algemeen bestuur overgemaakt worden: die departementen doen aan het Rekenhof het bedrag kennen van de aanwijzingen die op elk artikel van de begroting ten gevolge van het opmaken dier staten moeten gedaan worden en overeenkomstig die mededeling boekt het Rekenhof die uitgave. De betalingen worden bij dit Hof verantwoord vóór het sluiten van het dienstjaar.»

Het Rekenhof ondertekent op soevereine manier ordonnances voor kredietopeningen en geldvoorschotten zoals blijkt uit artikel 15 van de organieke wet van 29 oktober 1846 op het Rekenhof:

«De stukken tot staving van de schuldvordering mogen na het visum worden ingebracht:

- wanneer wegens de aard van de dienst kredieten moeten worden geopend voor een te verrichten uitgave;
- wanneer voor de exploitatie in eigen beheer van een administratieve dienst voorschotten moeten worden gedaan aan de rekenplichtige van die dienst.

Die voorschotten mogen niet meer bedragen dan 200.000 frank en van hun gebruik moet binnen vier maanden verantwoording worden gedaan.

Geen nieuw voorschot mag binnen die grens van 200.000 frank verleend worden voor een in eigen beheer geëxploiteerde dienst, tenzij alle stukken tot staving van het vorige voorschot overgelegd zijn aan het Rekenhof, of tenzij het nog te verantwoorden gedeelte van het betrokken voorschot sinds minder dan vier maanden verleend is.

Elke andere uitzondering moet bepaald worden door de wet die de uitgave toestaat.»

In al deze gevallen gebeurt de rechtvaardiging van de uitgave «a posteriori» bij het Hof.

Artikel 16 van de organieke wet van 29 oktober 1846 belast het Hof met bevoegdheden inzake de openbare schuld : «Een duplicaat van het Grootboek der Staatsschuld berust bij het Rekenhof.

Het Hof draagt zorg dat de overschrijdingen en de terugbetalingen, alsook de nieuwe leningen, daarin nauwkeurig worden ingeschreven ; het draagt eveneens zorg dat elke rekenplichtige de zekerheid stelt tot waarborg van zijn beheer. Daartoe ontvangt het van de verschillende algemene besturen een staat van de zekerheidsstellingen van allen die, uit welken hoofde ook rekenplichtig zijn.

Obligaties van leningen of van conversieleningen en bewijzen van zekerheidsstelling zijn slechts geldig indien zij voorzien zijn van het visum van het Rekenhof.

Het Hof houdt een boek van de terugbetaalbare leningen, die, krachtens de wetten, op de begrotingsposten verstrekt zijn aan handels-, nijverheids- en landbouwondernemingen of aan andere geldopnemers. Het draagt zorg dat die leningen nauwkeurig geboekt worden in de rekeningen van de rekenplichtigen en in de algemene rijksrekening.»

Tevens is het Rekenhof belast met het toezicht over de toekenning van pensioengelden. Artikel 17 van de organieke wet van 29 oktober 1846 bepaalt :

«Het Rekenhof doet uitspraak over de wettigheid en het bedrag der pensioenen ten laste van de Staat, na inzage van de bewijsstukken en van de afschriften der toekenningsbesluiten, voorgelegd door de departementen die de pensioenen verevenen, het Hof viseert te hunnen behoeve een door hen opgemaakte fiche of een afschrift van het toekenningsbesluit.

In voorkomend geval worden de bepalingen van artikel 14, tweede, derde en vierde lid, toegepast.

Het Hof houdt het duplicaat van het register der pensioenen ten laste van de Staat.»

c) De afsluiting van de staatsrekeningen

De Grondwet belast het Rekenhof met de afsluiting van de rekeningen van de Staat in artikel 116, tweede lid, derde zin, bevestigd door artikel 15, derde alinea, van de organieke wet van 29 oktober 1846 van het Rekenhof. «Het stelt de rekeningen van de verschillende besturen van de Staat vast en verzamelt te dien einde alle inlichtingen en bewijsstukken.»

Artikel 4 van de organieke wet van 29 oktober 1846 legt het Rekenhof bepaalde verplichtingen op inzake de afsluiting van de rekeningen van de Staat. De aanwezigheid van de meerderheid van de leden van het Hof is vereist ter vastlegging van de rekeningen of ter afsluiting ervan.

De taak van het Rekenhof in deze bevoegdheidstak bestaat in het «afsluiten» van de rekening van de verschillende besturen van de Staat.

De «afsluiting» betekent de officiële vaststelling van de uitkomsten en is een daad van louter administratieve controle.

4.2. Rechtsmacht

Het Rekenhof spreekt als jurisdictie arresten uit over het beheer door allerlei rekenplichtigen zoals de gewone en de buitengewone rekenplichtigen, de rekenplichtigen van het materieel, enz.

Het Hof spreekt eveneens arresten uit over de verantwoordelijkheid van de gedelegeerde ordonnateurs omtrent de door hen getroffen beslissingen.

4.2.1. De rekenplichtigen

De rekenplichtigen worden onderscheiden in «gewone rekenplichtigen» en in «buitengewone rekenplichtigen». Laatstgenoemden verrichten doorgaans alleen geringe uitgaven met de hun ter beschikking gestelde geldvoorschotten die hun enige ontvangsten uitmaken.

Het statuut van de gewone rekenplichtige is uitgewerkt in de niet ingetrokken artikelen 5 tot 9 van de organieke wet van 15 mei 1846.

In de artikelen 5 tot 7 komt een vrij volledig functioneel statuut van de rekenplichtige tot uiting.

Artikel 5 onderstreept de kaseenheid van het financieel beleid. De minister van Financiën heeft de leiding van de Thesauriepolitiek : «Alle ontvangsten van gelden in de openbare kassen, tot welke dienst die gelden ook behoren, geschiedt voor rekening van het Departement van Financiën, dat er het bedrag van centraliseert in de boeken en de comptabiliteit van de Algemene Thesaurie.»

In artikel 6 staat de waarborg voor het afhankelijk maken van de bevoegdheid tot inning van gelden van een regelmatige aanstelling van de rekenplichtige : «De inning van 's Lands penningen kan alleen geschieden door een rekenplichtige van 's Lands kas, en krachtens een wettelijk gevestigde titel.»

Artikel 7, eerste lid, bepaalt een onverenigbaarheid die in België niet wordt toegepast in de fiscale besturen van registratie en domeinen of van douanen en accijnzen.

In het bestuur der directe belastingen echter geschiedt de aanslag door de controleur der belastingen eensdeels en de invordering der belasting door de ontvanger der belastingen anderdeels.

De aanslagen inzake directe belastingen staan in de staatsrekenplichtigheid derhalve bekend als vastgestelde rechten. Artikel 7, tweede lid, somt vier voorwaarden op waaraan een staatsrekenplichtige moet voldoen : «Behoudens de bij de wet bepaalde uitzonderingen, verkrijgt ieder agent belast met enige behandeling van penningen aan 's Lands kas toebehorende, de hoedanigheid als rekenplichtige, door het feit alleen dat de betrokken gelden tegen zijn kwitantie of zijn ontvangstbewijs gestort zijn : geen behandeling van die penningen mag geschieden, geen openbare kas mag beheerd worden dan door een agent staande onder de bevelen van de minister van Financiën door hem of op zijn voordracht benoemd, verantwoordelijk tegenover hem voor zijn beheer en aan de rechtsmacht van het Rekenhof onderworpen.»

a) De verantwoordelijkheid

Het verantwoordelijkheidsstatuut van de rekenplichtige steunt op de artikelen 10 en 11 van de organieke wet van 15 mei 1846. Artikel 10 stelt de rekenplichtige aansprakelijk voor de invordering van de aan zijn ambt toevertrouwde kohieren of inningen :

«Alle rekenplichtige is aansprakelijk voor de invordering van de kapitalen, inkomsten, tolgelden, rechten en belastingen waarvan de inning hem is toevertrouwd.

Vooraleer ontlasting te bekomen voor de niet ingevorderde posten, moet hij doen vaststellen dat de niet-invordering

geenszins aan zijn nalatigheid te wijten is, en dat hij te bewaamer tijd al de nodige maatregelen getroffen en de nodige vervolgingen ingesteld heeft.

Wanneer een rekenplichtige genoodzaakt werd niet ingevorderde sommen in ontvangst te brengen, en de verschuldigde doch niet ingeschreven sommen uit eigen middelen bijgepast heeft, treedt hij van rechtswege in de vorderingen en voorrechten van de Staat ten laste van de schuldenaars.»

Artikel 11 van de organieke wet stelt de rekenplichtige verantwoordelijk voor het bewaren der geïnde gelden. Slechts in geval van door het Rekenhof aanvaarde overmacht gaat hij vrijuit :

«Geen ontvanger, kashouder, bewaarder of welk aangeestelde ook met het beheer van 's Lands penningen belast, kan ontlasting wegens diefstal of verlies van gelden bekomen, tenzij bewezen wordt dat zulks wegens overmacht geschied is, en dat de door verordeningen opgelegde voorzorgen genomen werden.

In afwachting van het arrest van het Rekenhof, en zonder daaraan afbreuk te doen, kan de minister van Financiën de voorlopige storting van de weggenomen of betwiste som gelasten.»

b) De eigenlijke rechtsmacht tot het afleggen van de rekening

De artikelen 7 tot 9 van de organieke wet van 29 oktober 1846 stellen een procedure in waardoor het Rekenhof maatregelen kan treffen tegen een rekenplichtige die, om welke redenen ook, in gebreke blijft zijn beheersrekening tijdig in te dienen.

Artikel 7 regelt de toestand voor speciale gevallen : «In buitengewone gevallen, zoals ontslag, overlijden, tekort van een rekenplichtige, bepaalt het Hof de termijnen waarbinnen zijn rekeningen ter griffie moeten worden neergelegd, onverminderd alle maatregelen van orde en toezicht, voorgeschreven door de hoofden van bestuur.»

Artikel 8 bepaalt de door het Rekenhof in te zetten procedure. Het betreft eigenlijke rechtsmacht aangezien de rekenplichtige wordt gehoord.

Tevens geeft dit artikel 8 de opsomming van de sancties die tegen de rekenplichtige kunnen worden getroffen en van de beschermende maatregelen die door het Rekenhof kunnen worden uitgelokt :

«Het Hof spreekt tegen ten achteren zijnde rekenplichtigen, na hen gehoord, althans behoorlijk opgeroepen te hebben, een boete uit, die de helft van hun wedde, percentsloon of vergoedingen niet mag te boven gaan ; het kan ook hun afzetting of schorsing uitlokken, wanneer daartoe aanleiding bestaat.

Tegen hen die geen wedde, percentsloon of vergoeding genieten, kan het een boete van ten hoogste tweeduizend frank uitspreken.

Alles onverminderd het recht van het Hof om te bevelen dat ambtshalve rekening en verantwoording zal worden afgelegd, indien de rekenplichtige zulks na aanmaning niet heeft gedaan binnen de bepaalde termijn.»

De controleurs der vastleggingen zijn eveneens aan de rechtsmacht van het Rekenhof onderworpen bij het vertraagd indienen van de staten der vastleggingen op de gesplitste kredieten. Aldus wordt bepaald door artikel 26 van de wet van 28 juni 1963.

Artikel 9 bevestigt de «eigenlijke» rechtsmacht van het Hof door de aanstelling van een openbaar ministerie, orgaan van de wet, dat de in gebreke blijvende rekenplichtige moet vervolgen : «De veroordeling tot boete wordt uitgesproken op vordering van de jongste raadsheer, optredend als openbaar ministerie.»

4.2.2. De oneigenlijke rechtsmacht inzake tekorten

a) Rekenplichtigen

Artikel 10 van de organieke wet van 29 oktober 1846 vestigt de rechtsmacht van het Rekenhof. Dit artikel begint als volgt : «Het Hof is belast met de afsluiting en aanzuivering van de rekeningen van de Staat en van de provincies.»

Het Hof regelt dus de rekening van een rekenplichtige door de afsluiting ervan. Is de uitkomst niet in overeenstemming met het proces-verbaal van kasopneming, dan wordt door het Rekenhof in geval van tekort, overgegaan tot de aanzuivering, dit wil zeggen de dekking van het deficit.

De verdere tekst van artikel 10 luidt :

«Bij eendarresten stelt het Rekenhof vast of de rekeningen van de rekenplichtigen effen zijn, een tegoed vertonen of met een tekort sluiten.

In de eerste twee gevallen verleent het Hof de rekenplichtigen definitieve kwijting en beveelt de teruggave van de zekerheden en in voorkomend geval, de opheffing van het verzet en doorhaling van de hypothecaire inschrijvingen die uit hoofde van hun beheer hun goederen bezwaren.

In het derde geval veroordeelt het de rekenplichtigen om het verschuldigde bedrag binnen een vastgestelde termijn aan de Staatskas te betalen.

In alle gevallen wordt een expeditie van de arresten voor tenuitvoerlegging toegezonden aan de minister van Financiën, wanneer het een rekening van de Staat, en aan de bestendige deputatie van de provincieraad, wanneer het een rekening van de provincie betreft.

Drie jaar na het einde van zijn ambtsuitoefening is de rekenplichtige definitief bevrijd, tenzij het Hof anders heeft beslist.»

De rekenplichtige met een tekort wordt veroordeeld door een arrest van het Hof.

Het tekort in de rekening van de rekenplichtige ontstaat door de vaststelling van dit tekort. Volgens een aanvaarde regel bestaat er geen deficit zolang het proces-verbaal tot vaststelling van het deficit niet is opgesteld. Zolang zo'n proces-verbaal niet is opgesteld door de toezichtsambtenaren, kan het tekort, zonder verder gevolg, worden aangezuiverd bijvoorbeeld door de betrokkene, of door zijn familieleden of zelfs derde personen ³⁰.

De arresten die door het Rekenhof ter aanzuivering van de rekening van een rekenplichtige worden getroffen, hebben een exclusief administratief karakter. De advocaat-generaal Mesdach de ter Kiele ³¹ schrijft als volgt in een advies voor cassatie :

«Dans tous les rapports du comptable avec le Trésor, tout est donc de nature essentiellement et exclusivement administrative sans en excepter l'office même chargé de la vérification, avec défense expresse aux juges, à peine de forfaiture.

³⁰ MATTON, H., «Droit budgétaire», in *Les nouvelles. Les lois politiques et administratives*, III.

³¹ *Pas.*, 1900, I, 50.

ture, de troubler de quelque manière que ce soit, ses opérations (Décret des 16-24 août 1790, tit. II, art. 13, publié en Belgique). Principe constitutionnel auquel le législateur ne se reconnaît pas le droit de déroger.

En matière de comptabilité publique, délibérant sur l'opportunité d'un quitus, l'accorder ou le refuser, c'est toujours administrer; il n'échet pas de recours à l'encontre.»

De «aanzuivering» van het tekort wordt door het Rekenhof bevolen en een termijn wordt daartoe door het Rekenhof opgelegd krachtens artikel 10, derde alinea, van de organieke wet van 29 oktober 1846.

De procureur-generaal Mesdach de ter Kiele omschrijft in zijn conclusie voor het arrest van 2 januari 1880 van het Hof van Cassatie als volgt de oneigenlijke rechtsmacht van het Rekenhof ³²:

«Lors donc que la constitution décrète la publicité des audiences, aussi bien pour les débats que pour les jugements cela s'entend des juridictions de droit commun statuant en matière contentieuse, à ce point que toutes les fois que la loi a jugé à propos d'étendre le bienfait de cette publicité au contentieux administratif, notamment aux décisions des députations permanentes en matière électorale, elle l'a déclaré en termes exprès (Loi du 5 mai 1869, art. 17, *Moniteur belge*, 6-7-1869). A défaut de prescrire cette publicité dans la Constitution même, il était au pouvoir du législateur de l'imposer dans les lois organiques de la Cour des comptes, mais c'est un fait digne de remarquer que, depuis plus de soixante-dix ans que cette juridiction fonctionne par nous, jamais elle n'a procédé en présence du public, sous aucun des trois régimes politiques que nous ont gouvernés.»

De aan het Rekenhof toegewezen rechtsmacht ten opzichte van de rekenplichtigen steunt op artikel 10, eerste lid, tweede zin: «Bij eindarresten stelt het vast of de rekeningen van de rekenplichtigen effen zijn, een tegoed vertonen of met een tekort sluiten.»

Door het feit dat het Rekenhof definitieve arresten velt, is voor de rekenplichtige elke mogelijkheid van beroep uitgesloten. Wel kent het volgende artikel 13 van deze zelfde organieke wet een voorziening in cassatie aan de rekenplichtige toe, in de daartoe geldende zeer beperkte algemene voorwaarden van schending van de vormen of van de wet.

In België kan een rekenplichtige in de regel niet in voorschot zijn ³³. Het overschot in kas moeten worden gestort op de rekening der «toevallige ontvangsten» van de Rijksmiddelenbegroting. Het Rekenhof is niet geroepen uitspraak te doen over de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rekenplichtige. H. Matton toont zulks aan ³⁴: «Juge des comptes et des comptables en tant qu'ils sont les mandataires du Trésor, la Cour des comptes n'est pas appelée à statuer sur la responsabilité pénale du comptable, du chef des crimes ou des délits commis par lui dans sa gestion des deniers publics. La juridiction compétente est celle du droit commun.»

Artikel 13 regelt de voorziening in cassatie exclusief ten voordele van de rekenplichtige tegen wie het arrest werd geveld. Het Hof van Cassatie verwijst de zaak na cassatie van

het arrest van het Rekenhof naar een bijzondere in de schoot van de Kamer van Volksvertegenwoordigers samen te stellen commissie die als jurisdictie optreedt:

«De arresten door het Hof uitgesproken tegen rekenplichtigen zijn uitvoerbaar: zij kunnen voor het Hof van Cassatie worden gebracht wegens vormverzuim of schending van de wet.

Ingeval de rekenplichtige meent een arrest te kunnen bestrijden wegens een vormverzuim of schending van de wet, moet hij cassatieberoep instellen binnen drie maanden te rekenen van de betekening van het arrest. Het beroep wordt berecht op verzoekschrift en zonder pleidooi.

Wordt het arrest vernietigd, dan wordt de zaak verwezen naar een commissie ad hoc, samengesteld uit leden van de Kamer van Volksvertegenwoordigers, die uitspraak doet met inachtneming van de vormen bepaald voor het Rekenhof, zonder dat enig verder rechtsmiddel kan worden ingesteld.»

b) Gedelegeerde ordonnateurs

De verantwoordelijkheid van de gedelegeerde ordonnateurs werd gevestigd door de artikelen 8 en 9 van de wet van 20 juli 1921 op de rekenplichtigheid der vastgelegde uitgaven.

Bij artikel 8 van de wet van 20 juli 1921 werd de oude tekst van artikel 18 van de organieke wet van 15 mei 1846 vervangen door de volgende bepaling die het verantwoordelijkheidsstatuut van de gedelegeerde ordonnateurs vaststelt:

«De ordonnateurs, door de minister afgevaardigd voor het uitvoeren van de begroting, moeten rekening en verantwoording geven aan het Rekenhof over de betaalbaarstellingen van kredieten, waartoe zij zich verbonden hebben in strijd met enige wetsbepaling en waardoor de schatkist benadeeld werd.

De ordonnateur is alleen dan niet meer aansprakelijk wanneer hij, tot zijn rechtvaardiging, een bijzonder schriftelijk bevel van de minister kan voorleggen, dat machtiging verleende tot de uitgave en aan het betalingsbevel voorafging.»

De ongelukkig gestelde bewoording «betaalbaarstellingen van kredieten» bedoelt in feite het begrip «vastlegging van uitgaven».

Verder bepalen de eerste drie leden van artikel 9 van de wet van 20 juli 1921 de sancties waaraan de gedelegeerde ordonnateur is blootgesteld. Dit artikel 9 voegt hiertoe een nieuw artikel 9bis in de wet van 29 oktober 1846 op het Rekenhof in:

«Het Hof bepaalt welke geldsommen ten laste van de door de minister gemachtigde ordonnateurs moeten worden ingevorderd wegens onwettig bevonden vastlegging van kredieten of wegens schade geleden door de Staatskas.

Het kan ook aan de ordonnateurs een boete opleggen die de helft van hun wedde niet mag te boven gaan en, wanneer daartoe aanleiding bestaat, hun schorsing of afzetting uitlokken.

In zijn jaarlijks aan de Kamers toe te zenden opmerkingen vermeldt het Hof de straffen die tegen de gemachtigde ordonnateurs uitgesproken zijn».

Over dit controlesysteem kunnen slechts enkele schaarse arresten van het Rekenhof worden vermeld.

4.3. Bevoegdheid tegenover andere staatsinstellingen

De bevoegdheid van het Rekenhof werd door de wetgever uitgebreid tot:

³² *Pas.*, 1880, I, 48.

³³ Dit geldt niet voor rekenplichtigen bij het Ministerie van Landsverdediging.

³⁴ MATTON, H., o.c., p. 513.

- sommige instellingen van openbaar nut, bij wet van 16 maart 1954;
- de staatsbedrijven, bij de artikelen 33 tot 64 van de organieke wet van 28 juni 1963;
- de staatsdiensten met afzonderlijk beheer, bij artikel 65 van de organieke wet van 28 juni 1963.

De bevoegdheid aan het Rekenhof door deze wetten verleend, is totaal verschillend van die welke het Hof ten opzichte van de staatsbegroting bezit.

Dit aan het Rekenhof door de wetgever toegekende bevoegdheidsstatuut houdt rekening met de eigen aard van de betrokken instellingen, bedrijven en diensten.

Aldus bestaat geen voorafgaand visum van het Rekenhof voor de uitgaven van deze instellingen. Het wordt zelfs, voor de staatsbedrijven, uitdrukkelijk uitgeschakeld. Daarentegen geschiedt in deze instellingen controle ter plaatse door het Rekenhof.

De controle ter plaatse is geregeld voor de staatsbedrijven door artikel 49, eerste alinea, van de wet van 28 juni 1963, voor de staatsdiensten met afzonderlijk beheer door artikel 65, tweede alinea, 2°, van dezelfde wet van 28 juni 1963. Artikel 6, § 6, van de wet van 16 maart 1954 op de controle van instellingen van openbaar nut regelt controle ter plaatse door het Rekenhof in de instellingen onderworpen aan deze organieke wet.

5. Het Rekenhof en de staatshervorming

Ingevolge artikel 71 van de bijzondere financieringswet van 16 januari 1989³⁵ zijn de bepalingen van de wetten van 29 oktober 1846 op de inrichting van het Rekenhof, van 15

mei 1846 en 28 juni 1963 op de rijkscomptabiliteit en de wet van 16 maart 1954 op de controle van sommige instellingen van openbaar nut toepasselijk op de Gemeenschappen en de Gewesten.

Uit de geest en de doelstellingen van de aangehaalde wetten is elke kamer van het Rekenhof slechts bevoegd voor de Gemeenschap en het Gewest met hetzelfde taalregime.

Artikel 50, § 2, van de bijzondere financieringswet van 16 januari 1989 laat de mogelijkheid open om regionale en communautaire begrotingswetten te creëren.

Conclusie

Het Rekenhof is een orgaan van de Wetgevende Macht dat jurisdictionele bevoegdheid bezit ten aanzien van de ambtenaren die openbare gelden beheren, met uitzondering van de Gemeenten en de O.C.M.W.'s. De externe controle van het Rekenhof op de begrotingen vindt haar grondslag in het recht dat de vertegenwoordigers van de Natie bezitten om de belastingen in te voeren en het gebruik ervan te regelen. Zo het Parlement vooral de politieke controle op het beleid van de Regering tot taak heeft, treedt het Hof op ten aanzien van de financiële controle. Dit laatste gebeurt voor rekening van het Parlement. In feite is het Rekenhof de agent van het Parlement in het complexe gebied van de begrotingen.

Ten slotte moeten we er ook op wijzen dat de huidige verklaring tot grondwetsherziening de mogelijkheid biedt om artikel 116 van de Grondwet te wijzigen. Daardoor kan de oprichting worden verwezenlijkt van regionale Rekenhoven naar het voorbeeld van moderne federale staten, zoals de Bondsrepubliek en de Verenigde Staten van Amerika.

Dr. H. MATTHIJS
Docent U.I.A.

³⁵ *Belgisch Staatsblad*, 17 januari 1989.

HET BEGRIP «BEROEPSWERKZAAMHEID» IN HET FISCAAL RECHT

Het begrip «beroepswerkzaamheid» komt frequent voor in bepaalde delen van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, voornamelijk in het kader van de bedrijfsinkomsten. Aldaar bekleedt het begrip een sleutelpositie en is het van kapitaal belang om de belastbaarheid van bepaalde verrichtingen te bepalen.

Toch heeft de wetgever geen interpretatie of definitie van het begrip gegeven. Het is dus aan de rechtsleer en rechtspraak om het nader te definiëren.

In deze studie hebben we het begrip allereerst op een theoretische wijze willen benaderen. Een vergelijking met het privaatrecht bracht niet veel licht in de duisternis. Een grondige studie van de betrokken wetsartikelen was daarentegen vrij verrijkend, maar toch kon deze theoretische benadering geen voldoening schenken: te veel vage begrippen konden niet op theoretische wijze verduidelijkt worden.

In het tweede deel wordt onderzocht hoe de rechtspraak het begrip benadert. Hier worden een aantal criteria vermeld die de rechtspraak hanteert bij de klassering van de verschillende activiteiten.

In het besluit hebben we een korte evaluatie van de bestaande toestand gemaakt.

I. De theoretische benadering van de problematiek

Hoofdstuk II van de titel met betrekking tot de personenbelasting van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen bepaalt vier elementen in de grondslagen van de belasting: de inkomsten van onroerende goederen, de inkomsten en opbrengsten van goederen en kapitalen, de bedrijfsinkomsten en de diverse inkomsten.

In de afdeling met betrekking tot de bedrijfsinkomsten wordt regelmatig gesproken over «beroepswerkzaamheid»,

zonder dat dit begrip in het wetboek wordt gedefinieerd. Het begrip zal bijgevolg moeten worden geïnterpreteerd wil het in praktijk toepasbaar zijn.

Hoewel het fiscaal recht tot het publiekrecht behoort en een zekere autonomie geniet, wordt toch aanvaard dat de algemene principes uit het privaatrecht van toepassing zijn op de fiscale wetten, tenzij de wetgever duidelijk te kennen heeft gegeven van bepaalde principes te willen afwijken of tenzij de privaatrechtelijke principes niet verenigbaar zijn met het fiscaal recht ¹.

Aangezien de fiscale wetgever geen uitdrukkelijk voorbehoud heeft gemaakt ten aanzien van de privaatrechtelijke beginselen, kan een onderzoek naar de privaatrechtelijke betekenis van het begrip «beroepswerkzaamheid» misschien nuttig zijn.

Helaas bestaat in het gemene recht geen algemeen geldende definitie van het begrip, hoogstens kunnen een aantal fragmentaire interpretaties worden teruggevonden ².

In het burgerlijk recht kan hoogstens teruggevallen worden op het contract van aanneming van werk : dit is een contract tussen partijen, waarbij de ene partij zich ten aanzien van de andere partij verbindt iets te doen en dit tegen een tussen hen overeengekomen prijs.

In het sociaal recht kan enkel een aanknopingspunt worden gevonden bij het begrip «arbeidsovereenkomst»: dit is een overeenkomst waarbij een werknemer zich verbindt ten opzichte van een werkgever om, onder diens gezag, arbeid te verrichten tegen een vergoeding betaald door de werkgever.

In het handelsrecht wordt bepaald dat een handelaar een persoon is die door de wet bepaalde daden van koophandel stelt en daarvan zijn gewoon beroep maakt. Hierbij dient opgemerkt te worden dat een daad van koophandel per definitie verricht wordt met een winstoogmerk. Bijgevolg kan afgeleid worden dat het beroep van handelaar een herhaling van handelingen gesteld met winstoogmerk impliceert. Een exclusieve overname van deze interpretatie in het fiscaal recht lijkt echter verkeerd te zijn ³. De verkoop van een handelszaak door een op rust gaande handelaar wordt handelsrechtelijk bijvoorbeeld nog beschouwd als een daad van koophandel, een laatste handelsbedrijvigheid ⁴. Fiscaalrechtelijk valt de uit de verrichting voortvloeiende winst echter onder artikel 20, 4°, W.I.B., namelijk de winsten in verband met een *voorheen* uitgeoefende zelfstandige beroepswerkzaamheid ⁵.

Het is duidelijk dat de interpretaties uit het gemene recht geen sluitende oplossing kunnen bieden ; bijgevolg dient een oplossing gezocht te worden in het fiscaal recht zelf.

Artikel 67 W.I.B. verwijst naar «de in artikel 20 bedoelde beroepswerkzaamheid». Daaruit kan afgeleid worden dat de verschillende activiteiten, in artikel 20 W.I.B. opgesomd, kunnen worden beschouwd als een beroepswerkzaamheid. Deze opvatting wordt bevestigd door het feit dat bij de bespreking van die verschillende bedrijfsinkomsten (in de artikelen 21 tot 32 *quater* W.I.B.) telkens gesproken wordt over «beroepswerkzaamheid».

Artikel 20 W.I.B. definieert de bedrijfsinkomsten als de inkomsten die «rechtstreeks of onrechtstreeks voortkomen uit activiteiten van alle aard». Terwijl de inkomsten uit onroerende en roerende goederen restrictief werden bepaald, is het duidelijk dat de wetgever hier een extensieve interpretatie voor ogen had ⁶.

De bedoelde activiteiten zijn de volgende :

1° de nijverheids-, handels- en landbouwbedrijvigheid ;

2° de activiteiten verricht in het kader van een arbeidsovereenkomst of een soortgelijk wettelijk of reglementair statuut, evenals de activiteiten van bestuurders, commissarissen, vereffenaars of andere personen die een soortgelijke opdracht vervullen en de activiteiten van werkende vennoten in personenvennootschappen ;

3° de vrije beroepen, ambten of posten of elke winstgevende bezigheid die niet valt onder 1° of 2°.

Het is duidelijk dat de opsomming in de eerste plaats enuntiatief bedoeld is ; immers «elke winstgevende bezigheid» maakt het mogelijk andere categorieën van activiteiten onder toepassing van artikel 20 te brengen.

Het begrip «elke winstgevende bezigheid» doet echter opnieuw interpretatieproblemen ontstaan.

Allereerst dient opgemerkt te worden dat de handelingen niet altijd winstgevend hoeven te zijn om een beroepswerkzaamheid uit te maken. Het winstgevend karakter is van belang voor de belastbaarheid : indien er geen winst is, kan er ook geen belasting worden op geheven. Wanneer men verlies lijdt, kunnen de betrokken handelingen toch een beroepswerkzaamheid uitmaken ; indien men dit ontkent, verbiedt men de verliezen fiscaal te recupereren en miskent men bijgevolg artikel 43, §1, 2° en 3°. De term winstgevend moet dus veeleer verstaan worden in de zin van «vatbaar voor winst» ⁷.

Eén zaak is in elk geval duidelijk : het moet gaan om een activiteit, een actief handelen. Een jaarlijkse vergoeding om zich van concurrentie te onthouden is geen bedrijfsinkomen omdat de genietter geen werkzaamheid heeft ⁸.

Uit de voorbeelden van artikel 20, 1° en 2°, kan ook worden afgeleid dat een beroepswerkzaamheid een activiteit veronderstelt die een zekere intensiviteit vertoont. Die intensiviteit kan bestaan op twee vlakken : enerzijds op het vlak van de inrichting, uitrusting of organisatie van het bedrijf : nijverheids-, handels- en landbouwbedrijven vereisen een min of meer uitgebouwde infrastructuur ; anderzijds op het vlak van de verrichte arbeid.

Volgens Tiberghien is het echter niet noodzakelijk dat de werkzaamheid behoort tot een echt beroep, te verstaan als «beroep om den brode» ; een beroepsbezigheid zou volstaan,

⁶ VAN HOUTTE, J., o.c., 216.

⁷ SABLON, S. en LIEVENS, S., «De evolutie van het begrip 'winstgevende bezigheid'», *A.F.T.*, 1983, 68.

⁸ TIBERGHIE, A., o.c., 154.

¹ TIBERGHIE, A., *Inleiding tot het Belgisch fiscaal recht*, Antwerpen, Kluwer, 1986, 30 ; VAN HOUTTE, J., *Beginnelen van het Belgisch belastingrecht*, Gent-Leuven, Story-Scientia, 1979, 37.

² Cf. BOURS, E., *La notion de revenus taxables en matières d'impôts directs*, Gembloux, Ed. J. Duculot, 1952, 192.

³ Cf. VAN CROMBRUGGE, S., «Inkomsten en lasten in verband met een vroeger uitgeoefende zelfstandige beroepswerkzaamheid», *Fiskofoon*, 1987, 211.

⁴ FREDERICQ, L., *Handboek van het Belgisch handelsrecht*, I, Brussel, Bruylant, 1976, nr. 377.

⁵ COPPENS, P. en BAILLEUX, A., *Droit fiscal. Les impôts sur les revenus*, Brussel, Larcier, 1985, 141.

zelfs als die bezigheid verricht wordt voor het plezier, voor het bereiken van een ideaal, voor het voldoen aan een passie, voor het vervullen van een plicht enz.⁹

Hier komen we echter zeer dicht bij de toepassing van de occasionele winsten en baten van artikel 67, 1°, W.I.B.

Artikel 67 W.I.B. somt op limitatieve wijze de diverse inkomsten op, waarbij in 1° vermeld zijn «de winsten of baten, hoe ook genaamd, die voortvloeien uit enigerlei prestatie, verrichting of speculatie of uit diensten bewezen aan derden, zelfs occasioneel of toevallig, buiten de uitoefening van een in artikel 20 bedoelde beroepswerkzaamheid, met uitzondering van de normale verrichtingen van beheer van het privaat vermogen...»

Hoewel het occasioneel of toevallig karakter niet als determinerend kenmerk naar voor komt in dit artikel, aanvaardt de rechtsleer toch dat hier precies de occasionele winsten en baten bedoeld zijn.¹⁰

Men andere woorden, opdat de activiteiten vallen binnen het toepassingsgebied van artikel 20 W.I.B. (en dus onder het begrip «beroepswerkzaamheid») mogen zij geen occasioneel karakter hebben. Zij moeten (a contrario) een zekere continuïteit of veelvoudigheid vertonen. Het grote verschil tussen een beroepswerkzaamheid en een occasionele verrichting is niet de aard van de activiteit maar de frequentie. Van Houtte noemt de occasionele winsten «de winsten voortkomend uit afzonderlijke verrichtingen, die omdat ze geïsoleerd blijven geen bedrijfskarakter vertonen, maar die in geval van herhaling wel een beroepsactiviteit zouden kunnen vormen»¹¹.

Er dient wel opgemerkt te worden dat bepaalde geïsoleerde activiteiten kunnen worden beschouwd als deel uitmakend van een beroepswerkzaamheid, wegens de nauwe band die ermee bestaat. We verwijzen hier naar de bekende voorbeelden, zoals de advocaat die een juridisch boek schrijft. Hoewel het een eenmalige verrichting kan zijn, is zij derwijze nauw verbonden met de wezenlijke beroepswerkzaamheid dat ze geacht wordt er deel van uit te maken. De beroepswerkzaamheid bevat met andere woorden naast de frequent voorkomende activiteiten ook die activiteiten welke er nauw mee verbonden zijn.

Een andere bezigheid waarvan de beroepswerkzaamheid in de praktijk soms moeilijk te onderscheiden is, is het in artikel 67, 1°, W.I.B. vermelde normaal beheer van het privaat vermogen. Ook dit begrip werd niet gedefinieerd in de wet. Het werd echter wel nader omschreven in het verslag van de senaatscommissie voor Financiën in het kader van artikel 17, 1°, van de wet van 20 november 1962¹². Daar werd gesteld: «Feitelijk wijkt het beheer van een vermogen af van de uitoefening van een winstgevende betrekking of van de speculatie, zowel door de aard van de goederen – d.w.z. onroerende goederen, waarden in portefeuille, roerende voorwerpen (allemaal goederen die normalerwijze het privaat vermogen uitmaken) – als door de aard van de daden die

met betrekking tot die goederen worden verricht: daden die een goed huisvader verricht voor het dagelijks beheer, maar tevens met het oog op het winstgevend maken, de tegeladmaking en de wederbelegging van bestanddelen van een vermogen, d.i. van goederen die hij heeft verkregen door erfopvolging, schenking of door zijn eigen sparen, of nog als wederbelegging van vervreemde goederen»¹³.

Deze interpretatie legt een ernstige beperking op om te kunnen besluiten tot het normaal beheer van een privé-vermogen. Het moet gaan om het beleid dat door een voorzichtige huisvader wordt gevoerd. Dit impliceert dat men zich niet mag riskeren aan al te gewaagde beleggingen waarbij grote risico's worden genomen die de vermogenstoestand in gevaar kunnen brengen¹⁴.

Bovendien heeft de wet zelf een beperking ingevoerd, namelijk met betrekking tot het voorwerp van de verrichtingen. De wet bepaalt op limitatieve wijze de goederen die behoren tot een privé-vermogen: onroerende goederen, waarden in portefeuille en roerende voorwerpen. Alle goederen kunnen bijgevolg enkel het voorwerp uitmaken van beroepsactiviteiten of van occasionele verrichtingen. Zo aanvaarden rechtspraak en rechtsleer over het algemeen dat onlichamelijke goederen niet kunnen behoren tot privé-vermogen¹⁵.

Toch zijn deze beperkingen niet voldoende om betwistingen te voorkomen. Immers, de betrokken verrichtingen hoeven zich niet te beperken tot het in stand houden van het vermogen, maar mogen ook een verbetering van het vermogen tot doel hebben: het behoort tot het normale beheer dat een verrijking wordt nagestreefd. Dat de grens met de verrijking die wordt nagestreefd in de beroepswerkzaamheid (en bij de occasionele verrichtingen), soms moeilijk te trekken zal zijn in de praktijk, hoeft geen betoog.

Het beheer van een privé-vermogen bevat een geheel van verrichtingen waarvan de herhaling, de belangrijkheid en de resultaten verschillen van persoon tot persoon en van goed tot goed¹⁶. Het zal bijgevolg aan de feitenrechter zijn om de betrokken verrichtingen te klasseren onder het normaal beheer van het privé-vermogen, onder de beroepswerkzaamheden of onder de diverse verrichtingen.

De inkomsten uit beroepswerkzaamheden dienen ook onderscheiden te worden van de inkomsten uit onroerende en roerende goederen. Artikel 33 W.I.B. bepaalt dat de inkomsten uit onroerende goederen of gedeelten ervan en de inkomsten en opbrengsten van roerende goederen en kapitalen als bedrijfsinkomsten worden beschouwd, wanneer die activa worden gebruikt voor het uitoefenen van de beroepswerkzaamheid van de genietende van bedoelde inkomsten en

⁹ TIBERGHIE, A., o.c., 154.

¹⁰ Cf. COPPENS, P. en BAILLEUX, A., o.c., 89: zij delen de menselijke activiteit in in drie categorieën: de beroepswerkzaamheid, de occasionele winstgevende bezigheid en het normaal beheer van het privé-vermogen; zie ook SABLON, S. en LIEVENS, S., o.c., 70; VAN HOUTTE, J., o.c., 264.

¹¹ VAN HOUTTE, J., o.c., 264.

¹² Geciteerd in VAN HOUTTE, J., o.c., 265.

¹³ Deze interpretatie wordt ook toegepast in de rechtspraak waar het normale beheer van een privé-vermogen wordt gedefinieerd als alle daden die een goede huisvader verricht, niet alles om zijn vermogen te beheren, maar ook om de goederen die er deel van uitmaken te doen renderen, op gunstige wijze te realiseren en de opbrengst ervan te herbeleggen. Cf. Gent, 15 juni 1973, *J.Pr.Dr.F.*, 1974, 84; Brussel, 9 januari 1974, *J.Pr.Dr.F.*, 1974, 99.

¹⁴ TIBERGHIE, A., o.c., 185.

¹⁵ Cf. TIBERGHIE, A., o.c., 185; Cass., 24 oktober 1975, *J.D.F.*, 1976, 193, met conclusie van de advocaat-generaal KRINGS, *ibid.*, 326; anders: MALHERBE, Ph., «Apports de biens incorporels et revenus divers», *J.D.F.*, 1976, 321.

¹⁶ DRION DU CHAPOIS, E., «Occupation lucrative et gestion du patrimoine privé», *J.Pr.Dr.F.*, 1961, 5.

opbrengsten. Met andere woorden, de goederen moeten gebruikt worden in het kader van de beroepswerkzaamheid, wat in de praktijk soms moeilijk aangetoond kan worden precies wegens de vaagheid van het begrip beroepswerkzaamheid.

Tiberghien is van oordeel dat enkel de inkomsten uit roerende goederen kunnen geklasseerd worden als roerende inkomsten, terwijl de inkomsten die verkregen zijn door middel van roerende goederen, belast zullen worden als bedrijfsinkomsten of als diverse inkomsten naargelang zij al dan niet belegd zijn in het bedrijfsvermogen¹⁷. Naar analogie hiermee kan men ook spreken van inkomsten uit onroerende goederen en inkomsten verkregen door middel van onroerende goederen¹⁸.

Het Hof van Cassatie heeft het begrip «winstgevende bezigheid» van artikel 20, 3°, W.I.B. gedefinieerd als «het geheel van verrichtingen die zich vaak genoeg voordoen en met elkaar verbonden zijn om een voortdurende en gewone bedrijvigheid op te leveren en die een beroepskarakter hebben»¹⁹. Deze definitie werd overgenomen in een circulaire van de Administratie der Directe Belastingen²⁰.

Aangezien het begrip winstgevende bezigheid van artikel 20, 3°, W.I.B. te beschouwen is als synoniem van het begrip beroepswerkzaamheid²¹, kunnen we deze omschrijving ook beschouwen als de definitie van het begrip beroepswerkzaamheid.

Het is echter duidelijk dat die definitie op haar beurt ruimte laat voor interpretatie. Immers, wat is de precieze inhoud van de begrippen «vaak», «met elkaar verbonden», «gewone bedrijvigheid» en «beroepskarakter». Het zal bijgevolg tot de taak van de feitenrechter horen om de concrete situaties te toetsen aan die begrippen. In het hiernavolgend casuïstisch onderzoek wordt getracht een praktische ontleding van het onderzochte begrip te maken.

II. De jurisprudentiële benadering van de problematiek.

Uit een onderzoek van de rechtspraak blijkt inderdaad dat de definitie die door het Hof van Cassatie is gegeven aan het begrip winstgevende bezigheid, geen objectief middel is aan de hand waarvan alle situaties beoordeeld kunnen worden. De rechtspraak heeft een aantal criteria ontwikkeld op grond waarvan zij kan besluiten tot het al of niet bestaan van een beroepswerkzaamheid. Uit deze rechtspraak blijkt dat geen enkel van de gehanteerde criteria op zichzelf volstaat. Het staat aan de feitenrechter om op grond van de aanwezigheid van verschillende criteria te besluiten tot het al of niet bestaan van een beroepswerkzaamheid; dit is een feitenkwestie waarover het Hof van Cassatie zich niet kan uitspreken²².

In het hiernavolgend onderzoek worden de verschillende criteria besproken.

De frequentie van de handelingen. Het veelvuldig voorkomen van dezelfde of soortgelijke verrichtingen doet het vermoeden ontstaan dat ze een beroepswerkzaamheid zouden kunnen vormen. Dit vereiste, dat duidelijk door het Hof van Cassatie wordt gesteld, is van objectieve aard en stelt in de praktijk weinig problemen²³. Toch bestaan er soms onduidelijkheden over de frequentie. Deze onduidelijkheid wordt meestal veroorzaakt door de (soms weinig) verschillende aard van de verrichtingen.

De herhaling van bepaalde werkzaamheden is op zichzelf echter niet voldoende om daaruit een beroepswerkzaamheid af te leiden²⁴.

Een gebrek aan frequentie is echter een van de doorslaggevende elementen om te besluiten tot het niet bestaan van een beroepswerkzaamheid: het is immers een van de wezenlijke vereisten in de definitie van de beroepswerkzaamheid volgens het Hof van Cassatie²⁵.

In dit kader dient ook vermeld te worden dat de eerste verrichting van een reeks verrichtingen ook beschouwd dient te worden als deel uitmakend van het geheel en eventueel behoort tot de belastbare beroepswerkzaamheid²⁶.

Er dient ook opgemerkt te worden dat de frequent verrichte handelingen zich over verschillende jaren kunnen spreiden. Het heeft geen belang binnen welke tijdsspanne de frequentie zich voordoet. Het annaliteitsbeginsel van artikel 111 van de Grondwet speelt hier bijgevolg geen enkele rol²⁷.

Nauw aansluitend bij het criterium van de frequentie is het criterium van *het doorlopend karakter van de verrichte prestaties*. Dit criterium is vooral van belang om het onderscheid te maken tussen de inkomsten uit onroerende goederen en de beroepsinkomsten: wanneer de verhuring van onroerende goederen samengaat met doorlopende prestaties van huishoudelijk onderhoud, vormen de betrokken huur-

²³ Zo werd beslist dat twee broers die samen, van 1955 tot 1960, 34 verrichtingen doen, een beroepswerkzaamheid uitoefenen (Cass., 1 februari 1966, *Pas.*, 1966, I, 703). Ook de constructie van 48 appartementen waarvan er 44 verkocht werden, doet bij de opdrachtgever een beroepswerkzaamheid ontstaan (Cass., 4 juni 1971, *Pas.*, 1971, I, 938). Het Hof van Beroep te Brussel besliste dat de aankoop van twaalf onroerende goederen en de verkoop van zes ervan in een periode van vijftien jaar duidelijk voldoende frequent is (Brussel, 30 september 1985, *F.J.F.*, 86/1). Hetzelfde hof besliste dat verschillende verbeteringswerkzaamheden aan verschillende onroerende goederen alvorens deze te vervreemden in een tijdsspanne van vijf jaar voldoen aan de vereiste frequentie (Brussel, 17 december 1985, *F.J.F.*, 86/118).

²⁴ Zo werd beslist dat de frequente onderhandelingen die en opdrachtgever moet voeren met de gemeente en stedenbouw, met de architect en de aannemer voor het oprichten van een appartementen, op zichzelf niet voldoende zijn om daaruit een beroepswerkzaamheid af te leiden (Cass., 23 april 1968, *Arr. Cass.*, 1968, 1069). Zie ook Cass., 7 december 1973, *Arr. Cass.*, 1974, 403.

²⁵ Het Hof van Beroep te Luik oordeelde dat een apotheker die in dertien jaar tijds voor slechts 180.000 fr. aan antiquiteiten had aangekocht en er niets van had verkocht onmogelijk een beroepswerkzaamheid als antiquair kan verrichten (Luik, 19 mei 1982, *J.D.F.*, 1983, 280). Zie ook Luik, 30 april 1986, *J.D.F.*, 1987, 213, en Luik, 27 mei 1987, *De Fiscale Koerier*, 1987, 347.

²⁶ Cass., 7 december 1973, *Arr. Cass.*, 1974, 403.

²⁷ Cass., 2 september 1969, *Pas.*, 1970, I, 3.

¹⁷ TIBERGHIE, A., o.c., 152.

¹⁸ SABLON, S. en LIEVENS, S., l.c., 70.

¹⁹ Cf. Cass., 23 april 1968, *Arr. Cass.*, 1968, 1069; Cass., 22 april 1969, *Arr. Cass.*, 1969, 792; Cass. 6 mei 1969, *Arr. Cass.*, 1969, 866; Cass., 7 december 1973, *Arr. Cass.*, 1974, 403.

²⁰ Circ. nr. CI. RH/241/241.554 van 9 januari 1974, *B.C.*, 1974, 414.

²¹ Cf. supra.

²² Cass., 22 april 1969, *Arr. Cass.*, 1969, 792.

geldten inkomsten uit een beroepswerkzaamheid²⁸. Het speelt hierbij geen rol wat de verhouding is tussen het deel van de prijs dat de tegenprestatie vormt van de huur, en het deel dat de tegenprestatie vormt van de onderhouds- en verrichtingen²⁹.

Ook buiten de verhuring van onroerende goederen kan het continue karakter van de verrichte handelingen bijdragen tot het besluit dat de betrokken verrichtingen een beroepswerkzaamheid uitmaken. Aldus werd beslist dat de inkomsten verkregen ter vergoeding van een aval, dat steeds opzegbaar was met een opzegtermijn van drie maanden, bedrijfsinkomsten uitmaakten wegens de noodzaak van frequente en continue controlehandelingen, die aldus een beroepswerkzaamheid uitmaakten³⁰. In dezelfde zin werd beslist dat de verkoop van een groot pakket aandelen (Electrorailaandelen), die vooraf was gegaan door een continue activiteit gespreid over verschillende maanden en gericht op de verkoop van de betrokken aandelen, een beroepswerkzaamheid uitmaakte³¹. De vergoedingen die de reserveofficieren ontvangen ter gelegenheid van hun wederoproeping zijn daarentegen prestaties die onvoldoende regelmaat en continuïteit vertonen om als bedrijfsinkomsten belastbaar te zijn³².

Eveneens nauw aansluitend bij het criterium van de frequentie is het criterium van *de korte tijdsspanne tussen de betrokken verrichtingen*. Het gaat hier voornamelijk om het tijdsverloop tussen de aankoop en verkoop van een onroerend goed³³.

Uit de bestaande rechtspraak kan echter niet afgeleid worden hoelang de goederen in het vermogen moeten verkeren om niet als speculatieve handeling beschouwd te worden.

Van belang bij de beoordeling is de *belangrijkheid van de verrichtingen*. Activiteiten die bijzonder grote winsten opleveren, doen een vermoeden ontstaan dat zij in geen geval passen in het kader van het normaal beheer van een privé-vermogen. Dit kan het geval zijn bij de aan- en verkoop van onroerende goederen³⁴, evenals bij de verhuring van onroer-

rende goederen³⁵.

Het belang van de verrichtingen kan niet alleen afgeleid worden uit de inkomsten, maar eveneens uit de omvang van de beleggingen en de ermee gepaard gaande financiële risicograad³⁶.

Het feit dat de verichting juist een geringe omvang heeft, is op zichzelf minder belangrijk, maar kan samen met andere omstandigheden leiden tot de conclusie dat er geen beroepswerkzaamheid voorhanden is³⁷.

De aard van de verrichte activiteit kan eveneens medebepalend zijn voor de klassering van de inkomsten uit de betrokken verrichtingen. Met de aard wordt voornamelijk de technische specificiteit of de vereiste bekwaamheden bedoeld³⁸. Maar ook het van de normale bestemming afwijkend karakter van de verrichtingen valt in de toepassingssfeer van dit criterium³⁹.

Nauw hierbij aansluitend is *de specifieke aard van de organisatie*. Wanneer men zijn activiteit zodanig organiseert dat een zo groot mogelijk winst wordt nagestreefd en daarvoor vrij grote of specifieke (professionele) middelen of technieken aanwendt, creëert dit een feitelijk vermoeden ten gunste van het vaststellen van een beroepswerkzaamheid⁴⁰.

Eveneens in dezelfde lijn ligt het criterium van *de aangevende technieken*. Een van de belangrijkste elementen die

besluiten dat de betrokken verrichtingen deel uitmaken van een beroepswerkzaamheid (Cass., 22 april 1969, *Arr. Cass.*, 1969, 792). Zie ook Brussel, 30 september 1985, *F.J.F.*, 86/1.

³⁵ De verhuring van kamers aan vrouwen die zich aldaar aan prostitutie overleveren, gebeurde tegen prijzen die ontegenzeggelijk gevoelig hoger lagen dan de huurprijzen voor gewone gemeubileerde kamers. Dit veronderstelt volgens het Hof van Beroep te Luik een duidelijk speculatief oogmerk en draagt aldus bij tot het bestaan van een beroepswerkzaamheid (Luik, 9 maart 1978, *J.D.F.*, 1980, 217).

³⁶ Cass., 2 september 1969, *Pas.*, 1970, I, 3.

³⁷ Het Hof van Beroep te Brussel besliste: «Qu'il importe peu que l'activité du requérant se soit portée principalement sur des biens d'ampleur modeste, ce qui était inévitable vu les moyens réduits du requérant» (Brussel, 17 december 1985, *F.J.F.*, 86/118). Het Hof van Beroep te Luik besliste daarentegen dat de aankopen gedurende dertien jaar voor een totaal bedrag van minder dan 180.000 fr. onvoldoende frequent en van te geringe waarde zijn om een beroepswerkzaamheid uit te maken (Luik, 19 mei 1982, *J.D.F.*, 1983, 280).

³⁸ Zie bv. Cass., 6 mei 1969, *Arr. Cass.*, 1969, 866. In dit geval werd beslist dat de verkoop van een groot pakket Electrorailaandelen een moeilijke technische activiteit is die complexe prestaties impliceert.

³⁹ De verhuur van kamers aan vrouwen die zich aldaar aan prostitutie overleveren, wijkt af van de normale bestemming van verhuurbare kamers en impliceert aldus een bijzondere activiteit (Luik, 9 maart 1978, *J.D.F.*, 1980, 217).

⁴⁰ Aldus werd beslist dat, wanneer men meer dan twee hectaren grond aankoopt, een aantal percelen ervan verkoopt om de ligging te verbeteren en de waarde te verhogen van het resterend gedeelte waaraan men het nodige werk uitvoert om dit nog productiever te maken, men specifieke handelingen verricht die een beroepswerkzaamheid kunnen uitmaken (Cass., 22 april 1969, *Arr. Cass.*, 1969, 792). Het Hof van Beroep te Luik besliste dat de beplanting van aangekochte gronden met dennen, systematisch geplaatst op een afstand van elkaar, erop gericht is zo snel mogelijk een optimaal rendement te halen, waardoor er geen sprake meer kan zijn van het onderhoud van een privé-bos maar wel van een beroepswerkzaamheid (Luik, 12 december 1984, *F.J.F.*, 85/46).

²⁸ Het Hof van Beroep te Luik besliste aldus dat de verhuring van kamers aan vrouwen die zich aldaar aan prostitutie overleveren, een beroepswerkzaamheid uitmaakt wegens de veelvuldige en continue reparatie- en onderhoudsverrichtingen die bij dergelijke verhuringen vereist zijn (Luik, 9 maart 1978, *J.D.F.*, 1980, 217). Zie ook Gent, 29 januari 1982, *F.J.F.*, 82/25.

²⁹ Gent, 11 mei 1984, *F.J.F.*, 85/71.

³⁰ Cass., 24 september 1968, *Pas.*, 1969, I, 100.

³¹ Cass., 6 mei 1969, *Arr. Cass.*, 1969, 866.

³² Brussel, 22 december 1987, *J.D.F.*, 1988, 108.

³³ De aankoop van een terrein waarbij 86% van de oppervlakte binnen drie jaar wordt verkocht, kan geen daad zijn die valt binnen het normaal beheer van het privé-vermogen maar impliceert het bestaan van een beroepswerkzaamheid (Cass., 18 mei 1977, *J.D.F.*, 1977, 197). Het feit dat de gemiddelde termijn gedurende welke de onroerende goederen in het vermogen van de belastingplichtige blijven, slechts zes maanden bedraagt, zet het Hof van Beroep te Brussel er mede toe aan om te besluiten tot het bestaan van een beroepswerkzaamheid (Brussel, 17 december 1985, *F.J.F.*, 86/118). Zie ook Gent, 25 juni 1969, *Rev. Fisc.*, 1970, 438; Brussel, 23 juni 1971, *J.Pr.Dr.F.*, 1971, 241; Brussel, 20 september 1985, *F.J.F.*, 86/1; Luik, 4 maart 1987, *De Fiscale Koerier*, 1987, 272.

³⁴ Wanneer men op zes jaar tijd een winst maakt van 1.068.243 fr. op een belegde som van 295.000 fr. en bovendien binnen diezelfde periode op andere onroerende goederen zeer grote winsten behaalt, geeft dit aanleiding om mede op grond hiervan te

doen besluiten tot het bestaan van een beroepswerkzaamheid, is het aangaan van een lening om de betrokken activiteit te financieren ⁴¹. Het aangaan van een lening is echter niet exclusief verbonden met het bestaan van een beroepswerkzaamheid, het kan ook wijzen op een occasionele activiteit ⁴².

Ook het feit dat men een beroep doet op het geld van derden (meestal de kopers van nog op te richten appartementen) kan wijzen in de richting van een beroepswerkzaamheid ⁴³.

Een ander element dat geacht wordt, in principe, vreemd te zijn aan het normaal beheer van een privé-vermogen, is het aanwenden van publiciteit om tot de verkoop van een bepaald goed over te gaan ⁴⁴. Het feit dat bij een bepaalde verrichting geen gebruik werd gemaakt van publiciteit, kan bijdragen tot het besluit dat de betrokken verrichting diverse inkomsten opleverde ⁴⁵.

Ook de omstandigheid dat men voor de betrokken activiteit een beroep doet op derden, doet een feitelijk vermoeden ten voordele van de beroepswerkzaamheid ontstaan. Het beroep op derden kan er zowel in bestaan dat men een beroep doet op professionelen om bepaalde verrichtingen te doen als dat verschillende particulieren samen de betrokken verrichtingen uitvoeren ⁴⁶.

Eveneens van belang bij de beoordeling van de activiteit, is *de verbondenheid met een andere (vroeger verrichte) beroepswerkzaamheid*. Bijgevolg zal een belastingplichtige die ervaring heeft met betrekking tot onroerende goederen, gemakkelijker belast worden op grond van speculatie wanneer hij beleggingen verricht in deze sector, dan iemand die geen dergelijke ervaring heeft. Aldus komen de volgende beroepen in het bijzonder in aanmerking: specialist in het aanleggen van valse plafonds ⁴⁷, architect ⁴⁸, vastgoedmakelaar ⁴⁹, aannemer ⁵⁰.

De activiteit moet niet altijd in de onroerende sector gelegen zijn. Vaak zal een inschrijving in het handelsregister of het aanhouden van een BTW-nummer een belangrijk feitelijk vermoeden doen ontstaan ⁵¹.

Ook hier dient opgemerkt te worden dat dit criterium op zich in geen geval kan volstaan om te besluiten tot het bestaan van een beroepswerkzaamheid ⁵².

Als laatste maar zeker niet minst belangrijke criterium dient *de oorsprong van de goederen vermeld te worden*. Wanneer de goederen verkregen worden door erfenis, schenking of (her)belegging van persoonlijke spaargelden, ontstaat het vermoeden dat men te maken heeft met het normaal beheer van een privé-vermogen. Wanneer de goederen op een andere wijze werden verkregen, zal men besluiten tot het bestaan van een lucratieve activiteit, wat in samenloop met andere omstandigheden kan leiden tot het besluit dat het gaat om een beroepswerkzaamheid. De andere wijzen van verkrijging slaan voornamelijk op het aangaan van leningen en het verwerven van goederen met andermans gelden ⁵³, evenals het verwerven van goederen met de winsten die werden behaald door de frequente herhaling van aankoop- en verkoopverrichtingen ⁵⁴.

De voormelde criteria doen alle een vermoeden ontstaan ten gunste van het vaststellen van een beroepswerkzaamheid. Er bestaat echter een vrij decisief criterium dat het bestaan van een beroepswerkzaamheid klaarblijkelijk uitsluit en doet besluiten tot het normaal beheer van een privé-vermogen. Dit criterium is *de opname van de goederen in het privé-vermogen*. Dit criterium is voornamelijk van belang bij de beoordeling van bouw- of aankoopverrichtingen die worden gevolgd door verkoopverrichtingen met betrekking tot onroerende goederen. Of de onroerende goederen in het privé-vermogen werden opgenomen, blijkt uit het feit of de belastingplichtige het goed al dan niet heeft bewoond ⁵⁵.

Het is echter niet altijd vereist dat de betrokken gebouwen ook daadwerkelijk werden bewoond door de belastingplichtige. De bedoeling het goed in het privé-vermogen op te nemen kan in sommige gevallen reeds volstaan ⁵⁶.

Het hoeft echter niet altijd te gaan om onroerende goederen; ook de verkoop van roerende goederen die deel heb-

⁴¹ Cf. Brussel, 17 december 1985, *F.J.F.*, 86/118; Luik, 30 april 1986, *J.D.F.* 1987, 213; Bergen, 26 juni 1987, *De Fiscale Koerier*, 1987, 389; Luik, 13 januari 1988, *Bull. Bel.*, 1988, 1887.

⁴² Cf. Gent, 12 januari 1988, *F.J.F.*, 89/33.

⁴³ Cass., 2 september 1969, *Pas.*, 1970, I, 3.

⁴⁴ Cf. Luik, 30 april 1986, *J.D.F.*, 1987, 213.

⁴⁵ Luik, 30 april 1986, *J.D.F.*, 1987, 213.

⁴⁶ Cf. Brussel, 14 oktober 1976, *Bull. Contr.*, 1977, 2221; Gent, 26 oktober 1984, *F.J.F.*, 85/131.

⁴⁷ Brussel, 3 maart 1971, *J.Pr.Dr.F.*, 1971, 98.

⁴⁸ Cass., 12 december 1974, *Pas.*, 1975, I, 407.

⁴⁹ Brussel, 30 september 1985, *F.J.F.*, 86/1.

⁵⁰ Luik, 4 maart 1987, *De Fiscale Koerier*, 1987, 272.

⁵¹ Zie bv. Luik, 13 januari 1988, *Bull. Bel.*, 1988, 1887: hier werd geoordeeld dat een belastingplichtige die een klein landbouwbedrijf exploiteerde en die zijn inschrijving in het handelsregister als kleinhandelaar in meststoffen liet schrappen en de vermelding «bemiddelaar voor de aankoop, verkoop en verhuur van onroerende goederen, tussenpersoon» liet toevoegen, beschouwd kan worden als een vastgoedhandelaar. Zie ook Luik, 19 mei 1982, *J.D.F.*, 1983, 280. Het feit dat een landbouwer en kippenkweker reeds vóór de inkomstjaren in kwestie zijn normale beroepswerkzaamheid had laten vallen, maar toch verder zijn BTW-nummer gebruikte, doet vermoeden dat hij zelfstandige verrichtingen bleef uitoefenen (Gent, 26 oktober 1984, *F.J.F.*, 85/131).

⁵² Cf. Luik, 30 april 1986, *J.D.F.*, 1987, 213.

⁵³ Cf. supra.

⁵⁴ Zie bv. Gent, 26 oktober 1984, *F.J.F.*, 85/131.

⁵⁵ De belastingplichtige die een appartementsgebouw opricht en een groot deel van de betrokken appartementen verkoopt, maar een aantal ervan voor zich houdt om ze nadien, nadat hij elk ervan afzonderlijk met zijn gezin heeft bewoond, te verkopen verricht handelingen die passen in het kader van het normaal beheer van het privé-vermogen, althans wat betreft de appartementen die hij zelf heeft bewoond (Gent, 29 januari 1982, *F.J.F.*, 82/58). In dezelfde zin besliste het Hof van Beroep te Bergen dat de aankoop en verbouwing van drie woningen en de verkoop ervan met een forse winst na twee van de drie woningen zelf te hebben bewoond, past in het kader van het normaal beheer van het privé-vermogen: de beoordeling van de belastingplichtige was nl. om met de verkregen winsten een eigen gezinswoning te bouwen (Bergen, 26 juni 1987, *De Fiscale Koerier*, 1987, 389.).

⁵⁶ Aldus besliste het Hof van Beroep te Luik dat, wanneer men een huis bouwt in een periode van vijf jaar met de bedoeling er zelf in te gaan wonen maar men het uiteindelijk toch verkoopt, men geen beroepswerkzaamheid verricht (Luik, 30 april 1986, *J.D.F.*, 1987, 213). Wanneer men onroerende goederen huurt om ze onder te verhuren, ontbreekt duidelijk de bedoeling de goederen op te nemen in het privé-vermogen en maakt dit een beroepswerkzaamheid uit (Cass., 8 november 1966, *Pas.*, 1967, 331).

ben uitgemaakt van het privé-vermogen zal passen in het kader van het normaal beheer van dit vermogen ⁵⁷.

Zoals reeds herhaalde malen is gesteld, is elk van de aangehaalde criteria op zich niet voldoende om te besluiten tot de aanwezigheid van een beroepswerkzaamheid. Vele van deze criteria zijn op zich wel voldoende om het normaal beheer van het privé-vermogen uit te sluiten, maar laten de mogelijkheid bestaan dat het gaat om occasionele bezigheden of beroepswerkzaamheden.

Om te kunnen besluiten tot het bestaan van beroepsmatige activiteiten dient aan verscheidene van de voormelde criteria te worden voldaan. In alle van de aangehaalde arresten waarin tot het bestaan van een beroepswerkzaamheid werd besloten, was voldaan aan ten minste twee criteria.

Toch zal uit de aanwezigheid van verschillende van deze feitelijke vermoedens niet automatisch worden besloten tot het bestaan van de beroepswerkzaamheid: de rechter dient steeds rekening te houden met de specifieke feitelijke omstandigheden. Deze kunnen zowel onafhankelijk als afhankelijk zijn van de wil van de belastingplichtige ⁵⁸.

De specifieke feitelijke omstandigheden kunnen echter ook bijdragen tot het besluit van het bestaan van een beroepswerkzaamheid ⁵⁹.

⁵⁷ Wanneer een auteur brieven en kaarten, die hem werden toegestuurd door een vriend kunstenaar-schilder, verkoopt, past dit in het normaal beheer van het privé-vermogen en maakt het bijgevolg geen beroepswerkzaamheid uit (Brussel, 15 april 1986, *J.D.F.*, 1987, 117).

⁵⁸ Het Hof van Beroep te Gent besliste dat de bouw van een complex bestaande uit 49 appartementen, 8 winkels en 17 garages en de verkoop binnen vijf jaar van 41 van deze appartementen en 14 garages een loutere beheersdaad van het privé-vermogen uitmaakt, ondanks dat er een beroep werd gedaan op derden en ondanks dat de financiering geschiedde met vreemde middelen. Het hof kwam tot dit besluit op grond van de overweging dat het oorspronkelijke gebouw (een hotel) onrendabel was geworden en dat de belastingplichtigen door de gemeentelijke overheid werden verplicht een luxe-flatgebouw op te richten (Gent, 8 oktober 1971, *J.Pr.Dr.F.*, 1971, 291). Het Hof van Beroep te Luik besliste dat de bouw en verkoop van een onroerend goed in een periode van twee jaar geen beroepswerkzaamheid uitmaakte, ondanks het feit dat de activiteit gefinancierd

Besluit

Uit deze studie blijkt dat het begrip «beroepswerkzaamheid» geen duidelijke objectieve betekenis heeft in het fiscaal recht.

Op grond van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen zijn een aantal kenmerken af te leiden, die door de rechtspraak bij de interpretatie van de feiten en de toepassing van het begrip worden gehanteerd.

De rechtspraak heeft een aantal hulpmiddelen ontwikkeld op grond waarvan gemakkelijker kan worden besloten tot het al dan niet bestaan van een beroepswerkzaamheid. Het is wel zo dat de feitenrechters de definitie zoals zij door het Hof van Cassatie werd gegeven, niet strikt toepassen in de zin dat zij elk vereiste steeds afzonderlijk onderzoeken. De feitenrechters houden ook rekening met de specifieke feitelijke omstandigheden en zullen mede op grond daarvan hun oordeel vellen. De door de rechtspraak gehanteerde criteria zijn bijgevolg slechts hulpmiddelen en geen decisieve criteria.

De feitenrechter behoudt de finale bevoegdheid om de activiteiten te klasseren als beroepswerkzaamheid, diverse occasionele activiteit of normaal beheer van het privé-vermogen.

Jan BEKAERT

werd met vreemde middelen en dat een beroep werd gedaan op een derde om het goed te verkopen, mede op grond van de overwegingen dat de belastingplichtige de BTW op de aangekochte materialen niet had gerecupereerd en dat de aankoopfacturen niet werden opgenomen in de boekhouding van de belastingplichtige (Luik, 27 mei 1987, *De Fiscale Koerier*, 1987, 347).

⁵⁹ Zie bv. Luik, 12 december 1984, *F.J.F.*, 85/46: hier werd besloten dat het kweken van dennebomen een beroepswerkzaamheid uitmaakt, mede op grond van het feit dat de geëxploiteerde gronden zich in een landbouwzone bevinden en dat de gronden bebouwbaar zijn of vroeger waren.

DE RAAD VAN STATE EN ART. 6, LID 1, E.V.R.M.

Art. 6, lid 1, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (E.V.R.M.) bepaalt dat een ieder, bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen, recht heeft op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke tijd, door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie welke bij de wet is ingesteld. Het Europese Hof voor de rechten van de mens (EHRM) neemt aan dat in de geciteerde bepaling het begrip «burgerlijk recht» als een autonoom begrip moet worden opgevat en dat die bepaling derhalve ook van toepassing is op geschillen waarin burgerlijke rechten en verplichtingen worden vastgesteld door een andere rechtspre-

kende instantie dan de burgerlijke rechter¹. De Raad van State is die rechtspraak bijgevalen en heeft geoordeeld dat de besproken bepaling van het E.V.R.M. kan worden ingeroepen door havenarbeiders wier erkenning werd ingetrokken. De Raad argumenteerde dat de betrokkenen, hoewel zij

¹ E.H.R.M., 28 juni 1978, König, *Publ. Cour*, reeks A, vol. 27, pp. 29-32, §§ 86-95; E.H.R.M., 23 juni 1981, Le Compte, Van Leuven en De Meyere, *o.c.*, vol. 43, pp. 19-23, §§ 41-51, en E.H.R.M., 10 februari 1983, Albert en Le Compte, *o.c.*, vol. 58, pp. 14-16, §§ 25-29.

zich in een bepaalde statutaire toestand bevonden, niettemin het recht om hun beroep te blijven uitoefenen als loontrekken- de en dus als privaat burger opeisten en dat het derhalve ging om burgerlijke geschillen in de zin als bedoeld bij art. 6, lid 1, E.H.R.M.².

In die zaken hadden de verzoekers echter ingeroepen dat de rechtspleging voor de Administratieve Commissie, die hun erkenning als havenarbeider had ingetrokken, de bij art. 6, lid 1, E.V.R.M. opgelegde waarborgen niet inhield. Met de bovengeciteerde argumentatie beantwoordde de Raad van State dus alleen maar de voorafgaande vraag of die verdragsbepaling in de behandelde gevallen van toepassing was. Het middel zelf wees hij af met de overwegingen dat de waarborgen van art. 6, lid 1, E.V.R.M. niet noodzakelijk in eerste aanleg hoeven te worden verstrekt en dat het annulatieberoep waarop de Raad uitspraak doet, wel die waarborgen inhoudt. Zijn redenering luidde dat hij weliswaar als rechter in laatste instantie niet vermocht zijn beslissing in de plaats te stellen van die van administratieve overheid, maar dat hij toch kon nagaan of de rechtens vereiste feitelijke grondslag van de aan zijn censuur voorgelegde overheidsbeslissing voorhanden was en of die beslissing evenredig was met de vastgestelde feiten. En hij betoogde verder dat, indien het intrekkingbesluit van de Administratieve Commissie door de Raad van State werd vernietigd, die Commissie, naar gelang van het geval, een nieuw besluit moest nemen met inachtneming van de motieven van het annulatiearrest, ofwel in de vernietiging berusten, in welke geval de betrokken havenarbeider geacht moest worden zijn erkenning nooit te hebben verloren.

In latere arresten waarin hij zich over de regelmatigheid van andere administratieve besluiten moest uitspreken, heeft de Raad van State het burgerlijk karakter van het behandelde geschil bevestigd³ of in het midden gelaten⁴, maar telkens geoordeeld dat hijzelf moest worden beschouwd als een rechter in de zin als bij art. 6, lid 1, E.V.R.M. bedoeld.

In deze bijdrage willen wij alleen op de laatste affirmatie ingaan.

De vraag of de Raad van State kan worden beschouwd als een rechter in de zin als bedoeld bij art. 6, lid 1, E.V.R.M., vindt haar oorsprong in de rechtspraak waarmee het Europese Hof voor de rechten van de mens heeft beslist dat alleen een rechter met volle rechtsmacht aan de eisen van die verdragsbepaling beantwoordt⁵.

In de rechtspraak die hierboven werd geciteerd, oordeelt de Raad van State dat als rechter met volle rechtsmacht kan worden beschouwd: die welke kan nagaan of de rechtens vereiste feitelijke grondslag van de aan zijn toezicht voorgelegde overheidsbeslissingen voorhanden is en of de bestuurlijke sanctie evenredig is met de vastgestelde feiten. Het feit dat zulk een bevoegdheid t.a.v. de discretionaire bevoegdheid van de bestuursoverheid slechts een marginale en niet een volledige rechterlijke toetsing inhoudt, belet naar het oordeel van de Raad van State niet dat de rechtsbescherming welke hij verleent, aan de vereisten van art. 6, lid 1, E.V.R.M. beantwoordt.

Ook het Europese Hof voor de rechten van de mens neemt immers aan dat, waar de overheid over een ruime appreciatiebevoegdheid beschikt, een volledige rechterlijke toetsing uiteraard niet goed denkbaar is.

Het arrest Ashingdane⁶, waarnaar de Raad van State i.v.m. de laatstgeciteerde affirmatie verwijst, had betrekking op een rechterlijke uitspraak waarbij een rechtsvordering tegen een administratieve weigering om een geïnterneerde van een speciale naar een gewone verzorgingsinstelling over te brengen, in hoger beroep zonder meer werd afgewezen. Het ging in de behandelde casus om de verenigbaarheid met art. 6, lid 1, E.V.R.M. van wettelijke bepalingen krachtens welke, enerzijds, de minister van Sociale Zaken ertoe verplicht was de nodige verzorgingsinstellingen ter beschikking te stellen om aan alle redelijke behoeften te voldoen, en, anderzijds, beslissingen waarbij in individuele gevallen aan die wettelijke verplichting uitvoering werd gegeven, alleen in bepaalde gevallen en op grond van kwade trouw of nalatigheid gerechtelijk bestreden konden worden. Het Europese Hof voor de rechten van de mens was van oordeel dat de wettelijke verplichting om de nodige verzorgingsinstellingen ter beschikking te stellen, de minister een ruime appreciatiebevoegdheid liet en zich, van nature en los van het recht om individuele uitvoeringsbesluiten gerechtelijk te bestrijden, niet tot een volledige toetsing door de nationale rechter leende. Anderzijds overwoog het Hof dat de wettelijke regeling van het recht om individuele uitvoeringsbesluiten gerechtelijk te bestrijden als zodanig de draagwijdte van de wettelijke verplichting om de nodige verzorgingsinstellingen ter beschikking te stellen niet beperkte. Het aangevochten uitvoeringsbesluit was er een dat krachtens de eerstgenoemde wettelijke regeling gerechtelijk bestreden kon worden. De nationale rechter had de eis enkel en terecht afgewezen omdat de eiser geen kwade trouw of nalatigheid had ingeroepen.

Waar het Hof overweegt dat de wettelijke verplichting om de nodige verzorgingsinstellingen ter beschikking te stellen, de minister een ruime appreciatiebevoegdheid laat en dat die verplichting zich, van nature en los van het recht om individuele uitvoeringsbesluiten gerechtelijk te bestrijden, niet tot een volledige toetsing door de nationale rechter leent, blijkt duidelijk dat de laatste affirmatie in de redenering van het Hof betrekking heeft op de aan de minister opgelegde verplichting als abstract voorschrift en niet op de individuele besluiten waarmee de minister die verplichting al dan niet nakomt.

² R.v.s., 20 december 1984, Broeckx, nr. 24.937, *T.B.P.*, 1986, 179, noot, en R.v.S., 3 juli 1986, Broeckx en Van Craen, nr. 26.840, *T.B.P.*, 1987, 587.

³ R.v.S., 1 december 1987, P.V.B.A. L., nr. 28.938, *R.W.*, 1987-88, 880 (intrekking van vervoervergunning) en R.v.S., 7 december 1988, Kushi, nr. 31.570, *T.B.P.*, 1989, 608 (tijdelijke intrekking van het exploitatiebewijs van een taxichauffeur).

⁴ R.v.s., 5 mei 1988, Thys, Bogaerts e.a., nr. 30.007, *T.B.P.*, 1989, 254, *T.Gem.*, 1989, 123 (recht van een inwoner om namens de gemeente in rechte op te treden) en R.v.S., 20 december 1988, Dewil, nr. 31.650, *T.B.P.*, 1989, 609 (rechten die het personeel van gefusioneerde gemeenten kan putten uit een akkoordprotocol, opgemaakt ter uitvoering van art. 17 van de wet van 29 juni 1976).

⁵ E.H.R.M., 23 september 1982, Sporrang en Lönnroth, *Publ. Cour.*, reeks A, vol. 52, p. 31, § 87, en E.H.R.M., 10 februari 1983, Albert en Le Compté, hierboven geciteerd.

⁶ E.H.R.M., 28 mei 1985, Ashingdane, *Publ. Cour.*, reeks A, vol. 93, p. 25, § 59.

Zoals hierboven werd gezegd, heeft de Raad van State in zijn arresten Broeckx en Broeckx en Van Craen geoordeeld dat aan de eis van art. 6, lid 1, E.V.R.M. wordt voldaan, wanneer de rechter kan nagaan of de rechtsens vereiste feitelijke grondslag van de aan zijn censuur voorgelegde overheidsbeslissing voorhanden is en of die beslissing evenredig is met de vastgestelde feiten. De rechter moet zijn beslissing niet in de plaats kunnen stellen van die van de administratieve overheid. Wordt de beslissing van die overheid vernietigd, dan moet deze een nieuwe beslissing nemen met inachtneming van de motieven van het annulatiearrest ofwel in de vernietiging berusten.

In de zoëven geciteerde arresten ging het om intrekkingen van erkenningen die voor de uitoefening van een bepaald beroep vereist waren. Is zo'n intrekking onregelmatig en wordt zij vernietigd, dan is met die vernietiging de zaak definitief opgelost. De vernietiging van de intrekking heeft immers tot gevolg dat de erkenning haar rechtskracht terugkrijgt.

Zulks is niet het geval met alle zaken die de Raad van State te behandelen krijgt. In de meerderheid van de gevallen beoogt de verzoeker een vernietiging waarop, om de zaak definitief op te lossen, een nieuw administratief besluit moet volgen. Met het oog op die gevallen overweegt de Raad van State in de arresten Broeckx en Broeckx en Van Craen dat de administratieve overheid, na de vernietiging van het aangevochten besluit, een nieuw besluit moet nemen met inachtneming van de motieven van het annulatiearrest.

De bondigheid van die argumentatie moet ongetwijfeld worden toegeschreven aan het feit dat deze niet op de be-

handelde gevallen van toepassing was. Maar, de argumentatie lijkt ons toch wat kort uit te vallen.

Het is natuurlijk juist dat de administratieve overheid, bij het nemen van een nieuwe beslissing, het gezag van gewijsde van het annulatiearrest in acht moet nemen. Zulks betekent echter niet altijd dat het nemen van een nieuwe beslissing als een verplichting geldt. En, zelfs wanneer er zo'n verplichting bestaat, kan de nalatigheid of de moedwil van de overheid alleen worden gekeerd met een nieuwe vordering die, op haar beurt, alleen maar in een vernietiging kan resulteren. Ook de argumentatie van de Raad van State houdt impliciet in dat aan de eis van art. 6, lid 1, E.V.R.M. dan alleen wordt voldaan, wanneer de verzoeker er zeker van kan zijn in een gerechtelijke procedure op het een of ander niveau een rechter te vinden die het geschil definitief oplost. In de besproken gevallen wordt aan die eis niet voldaan. Als annulatierechter moet de Raad van State zich uitspreken over de wettigheid van het aangevochten besluit. Maar, hij kan het geschil niet definitief oplossen. De administratieve overheid aan wie, na de annulatie, de zaak wordt teruggezonden, kan het geschil definitief oplossen. Maar, zij kan nooit rechtstreeks daartoe gedwongen worden. En, in elk geval biedt zij niet de waarborg van een behandeling door een onafhankelijke rechterlijke instantie zoals art. 6, lid 1, E.V.R.M. voorschrijft. Alleen administratieve rechtbanken van eerste aanleg of de Raad van State, rechtdoende als rechter in eerste en laatste aanleg, kunnen die waarborg bieden.

R. VEKEMAN

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 15 MAART 1988

Voorzitter: de h. Screvens

Rapporteur: de h. D'Haenens

Openbaar ministerie: de h. Declercq, advocaat-generaal

Advocaat: mr. Van der Straten

Burgerlijke rechtspleging – Betekening – Van vonnis in strafzaken – In het buitenland – Ondanks keuze van woonplaats in België

Ingevolge het laatste lid van art. 40 Ger. W. is de betekening van een vonnis aan het adres van een beklaagde in Nederland ongedaan, indien de partij op wier verzoek zij verricht is, de gekozen woonplaats van de beklaagde in België kende.

Belgische Staat t/ L.

Gelet op het bestreden arrest, op 18 juni 1987 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 187 van het Wetboek van Strafvordering en 39 van het Gerechtelijk Wetboek, en gesteld als volgt: dat het verstekarrest gewezen op 12 december 1986 bij aangetekend schrijven overeenkomstig artikel 40 van het Gerechtelijk Wetboek aan verweerder werd betekend aan zijn woonplaats in Nederland bij aangetekende zending van 31 maart 1987; dat overeenkomstig artikel 187 van het Wetboek van Strafvordering verweerder over vijftien dagen beschikte om zich tegen het verstekarrest te verweren door middel van verzet; dat evenwel deze termijn van vijftien dagen niet kon beginnen te lopen op 31 maart 1987 daar mag worden aangenomen dat verweerder op de datum van de verzending van de aangetekende brief nog geen kennis heeft kunnen krijgen van deze betekening; dat evenwel, uit de door verweerder voorgebrachte stukken is gebleken dat deze akte van betekening aan zijn woonplaats werd afgegeven aan een huisgenote, op 2 april 1987; dat, gelet op de geldigheid dezer betekening, mag worden aangenomen dat hij kennis had van deze betekening vanaf 2 april 1987; dat de termijn van artikel 187 van het Wetboek van Strafvordering dan ook is begonnen te lopen vanaf 2 april 1987; dat het verzet dat verweerder heeft aangetekend op 4 mei 1987 dan ook laattijdig is en dit verzet niet ont-

vankelijk had moeten worden verklaard; dat het arrest slechts met schending van artikel 39 van het Gerechtelijk Wetboek de betekening bij aangetekende brief van 31 maart 1987, ongeldig heeft kunnen verklaren; dat immers het arrest beslist: «dat de beklaagde woonplaats had gekozen bij zijn raadsman mr. M., X-sstraat 196 te Antwerpen; dat de betekening derhalve aan de gekozen woonplaats diende te gebeuren en niet aan het adres van beklaagde in Nederland»; dat evenwel artikel 39 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat, wanneer de geadresseerde bij een lasthebber woonplaats heeft gekozen, de betekening en de kennisgeving aan die woonplaats mogen geschieden; dat derhalve het feit dat de procespartij de woonplaats bij een lasthebber heeft gekozen, niet betekent dat er aan zijn eigen officiële woonplaats geen betekeningen mogen geschieden; zij kunnen evenwel rechtsgeldig op de gekozen woonplaats geschieden; dat het feit dat het arrest op 31 maart 1987 bij aangetekende brief is betekend op de eigenlijke en officiële woonplaats van verweerder, de geldigheid van deze betekening niet aantast, ondanks zijn gekozen woonplaats; dat bovendien op het tijdstip van de betekening van 31 maart 1987 de lasthebber, mr. M., niet meer woonachtig was op het adres X-sstraat 196 te Antwerpen, maar in de Y-sstraat 7 te Antwerpen; dat derhalve de betekening niet meer kon geschieden op de gekozen woonplaats bij mr. M., X-sstraat 196 te Antwerpen; dat voor een dergelijk geval artikel 39 zeer duidelijk bepaalt dat een betekening en de kennisgeving niet meer mogen geschieden aan de gekozen woonplaats, indien de lasthebber overleden is, indien hij er zijn woonplaats niet meer heeft of indien hij zijn bedrijf er niet meer uitoefent; dat in casu de lasthebber, mr. M., zijn woonplaats niet meer had op het adres X-sstraat 196 te Antwerpen, alwaar woonplaats was gekozen; dat derhalve de betekening niet meer mocht geschieden aan voormelde woonplaats en zij derhalve niet anders kon geschieden dan op de werkelijke effectieve woonplaats bij gebrek aan andere gekozen woonplaats op dat ogenblik; dat derhalve het arrest veronachtzaamt artikel 39 van het Gerechtelijk Wetboek in acht te nemen, en zodoende in strijd met artikel 187 van het Wetboek van Strafvordering, het verzet ten onrechte ontvankelijk verklaart:

Overwegende dat bij arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen van 12 december 1986 bij verstek tegen verweerder de door eiser gevorderde verbeurdverklaring werd uitgesproken en verweerder in de kosten werd veroordeeld; dat het verstekarrest, overeenkomstig artikel 40, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek, aan verweerder werd betekend bij een ter post aangetekende brief van 31 maart 1987 aan zijn adres in Nederland;

Overwegende dat uit de gedingstukken blijkt dat verweerder woonplaats heeft gekozen bij zijn raadsman mr. M., X-sstraat 196 te Antwerpen;

Overwegende dat, ingevolge het laatste lid van artikel 40 van het Gerechtelijk Wetboek, de betekening in het buitenland of aan de procureur des Konings ongedaan is indien de partij, op wier verzoek zij verricht is, de woonplaats of de verblijfplaats of de gekozen woonplaats van degene aan wie betekend wordt, in België of in voorkomend geval in het buitenland, kende;

Overwegende dat uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan — namelijk uit de vermeldingen van het verstekarrest van 12 december 1986 met betrekking tot de do-

miciliekeuze van verweerder — blijkt dat eiser, op wiens verzoek dit verstekarrest werd betekend, de gekozen woonplaats van verweerder kende; dat het onderzoek van het middel, in zoverre thans wordt aangevoerd dat, op het tijdstip van de betekening, mr. M. niet meer woonde op het adres waar verweerder woonplaats heeft gekozen, het Hof zou verplichten tot een onderzoek van feitelijke gegevens waarvoor het niet bevoegd is;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

...

NOOT — Betekening bij keuze van woonplaats

1. De beklaagde, gedomicilieerd in Nederland, had woonplaats gekozen op het kantoor van zijn raadsman te Antwerpen. Het tegen hem gewezen verstekarrest werd door een ter post aangetekende brief betekend aan zijn woonplaats in Nederland. Het geannoteerde arrest besluit, in navolging van het beroepen arrest, tot de ongeldigheid van deze betekening.

2. Overeenkomstig art. 2 Ger. W. wordt in strafzaken de betekening van een verstekbeslissing geregeld door de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek, in zoverre de toepassing ervan niet strijdig is met de wettelijke bepalingen en de rechtsbeginselen inzake strafvordering (Cass., 15 oktober 1980, *Arr. Cass.*, 1980-81, nr. 101; Cass., 23 januari 1985, *Arr. Cass.*, 1984-85, nr. 30; zie Vandeplas, A., «De betekening van exploten in strafzaken», noot onder Cass., 29 oktober 1986, *R. W.*, 1987-88, 79). Ook moet in voorkomend geval worden gelet op het bestaan van internationale overeenkomsten.

3. Dit impliceert dat bij een betekening aan personen die in België geen bekende woonplaats of verblijfplaats hebben, rekening moet worden gehouden met art. 40 Ger. W.

Zo de betrokkene die zijn woon- of verblijfplaats in het buitenland heeft, in België geen woonplaats heeft gekozen, of de gekozen woonplaats niet gekend is door de partij die wil betekenen, geschiedt een geldige betekening luidens art. 40, eerste lid, Ger. W., behoudens andersluidende internationale overeenkomst, door een ter post aangetekende brief — luchtpost indien het gaat om een niet aangrenzend land — aan de woonplaats of verblijfplaats in het buitenland (zie Cass., 6 september 1984, *Arr. Cass.*, 1984-85, nr. 13).

4. Wanneer de partij aan wie betekend moet worden noch in België noch in het buitenland een bekende woonplaats, verblijfplaats of gekozen woonplaats heeft, wordt de betekening van een beslissing bij verstek regelmatig gedaan aan de procureur des Konings, overeenkomstig art. 40, tweede lid, Ger. W. (Cass., 22 mei 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, nr. 598; Cass., 19 mei 1987, *Arr. Cass.*, 1986-87, nr. 559).

5. Indien echter de in het buitenland woonachtige of verblijvende verstekdoende partij in België een woonplaats heeft gekozen — bijvoorbeeld bij zijn raadsman zoals in casu het geval was — en deze aan de verzoekende partij bekend was, kan de betekening slechts op geldige wijze gebeuren aan deze gekozen woonplaats (zie Cass., 1 april 1982, *Arr. Cass.*, 1981-82, nr. 467). De betreffende keuze van woonplaats wordt geacht te zijn gedaan in het belang van de in het buitenland verblijvende persoon en haar geldigheid is niet afhankelijk van de aanvaarding door de andere partijen (zie de noot E.K. onder Cass., 10 december 1971, *Arr. Cass.*, 1971-72, 361; ook Regout-Masson, M., noot onder

Cass., 18 september 1980, *J.T.*, 1981, 193). Zij dringt zich op aan de partij die wil betekenen, die niet meer de keuze heeft tussen de werkelijke woonplaats of verblijfplaats en de gekozen woonplaats. Een betekening aan de woonplaats of verblijfplaats in het buitenland wordt op grond van art. 40, laatste lid, Ger. W., als ongedaan beschouwd (Cass., 28 juni 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 1303; Cass., 24 juni 1983, *R.W.*, 1983-84, 1920; Cass., 21 juni 1984, *Arr. Cass.*, 1983-84, nr. 604).

Op te merken is dat, wanneer in België woonplaats is gekozen, de partij aan wie aldaar wordt betekend, zich niet kan beroepen op een verlenging van de termijnen overeenkomstig art. 55 Ger. W.

Raf Verstraeten

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 23 FEBRUARI 1989

Voorzitter: de h. Bosly, afdelingsvoorzitter

Rapporteur: de h. Poupart

Openbaar ministerie: de h. Velu, advocaat-generaal

Advocaten: mrs. Simont en De Bruyne

Onrechtmatige daad – Aansprakelijkheid – Ouders – Vermoeden van aansprakelijkheid – 1. Kind onder toezicht van een onderwijzer – 2. Tegenbewijs – Niet alleen overmacht

1. Art. 1384, tweede lid, B.W. wordt niet geschonden door het arrest dat oordeelt dat de gevolgen van de opvoedingsverplichting verder reiken dan het samenwonen, zodat er geen reden is om de ouders van die uit de uitoefening van de ouderlijke macht voortvloeiende verplichting te ontheffen wanneer het kind onder toezicht staat van een onderwijzer, daar het kind, ongeacht de plaats waar het zich bevindt, door zijn gedrag getuigt van zijn goede of slechte opvoeding.

2. In de zin van art. 1384, vijfde lid, B.W. is het bewijs van overmacht niet de enige omstandigheid waardoor de aansprakelijkheid van de ouders wegens de door hun kind gepleegde onrechtmatige daad wordt uitgesloten. Om aan het op hen rustende vermoeden van fout te ontsnappen is het noodzakelijk maar voldoende dat de ouders het bewijs leveren dat zij niet te kort zijn geschoten in hun verplichting tot toezicht en dat hun geen enkel verzuim in de opvoeding kan worden verweten.

T. en D. t/ D. e.a.

Gelet op het bestreden arrest, op 24 februari 1987 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

...

B. In zoverre de voorziening tegen de verweerder en verweester sub 2 is gericht:

Over het eerste middel: schending van de artikelen 1382, 1383, 1384, tweede en vierde lid, van het Burgerlijk Wetboek en 97 van de Grondwet,

doordat het hof van beroep uitsluitend de eisers aansprakelijk verklaart op basis van artikel 1384, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek, op grond: «dat de geïntimeerden T.

(thans de eisers) menen dat zij niet aansprakelijk zijn, omdat zij op het ogenblik waarop de litigieuze daad werd gepleegd geen toezicht uitoefenden over hun kind; dat zij in dat verband een arrest van het Hof van Cassatie van 22 september 1978 aanvoeren; dat dit arrest is gewezen toen de tekst van het bij de wet van 6 juli 1977 gewijzigde artikel 1384, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek nog niet van toepassing was op het geval dat aan het Hof was voorgelegd; dat de grondslag van de vermoede aansprakelijkheid van de ouders te vinden is zowel in de verplichting tot toezicht als in de verplichting tot opvoeding, ongeacht of het kind al dan niet met hen samenwoont; dat derhalve dient te worden aangenomen dat, zo de gescheiden echtgenoot, die het kind niet onder zijn bewaring heeft, zich niet van zijn aansprakelijkheid kan bevrijden tenzij hij onder meer aantoonde dat hij aan zijn opvoedingsverplichting heeft voldaan, zeker wanneer het kind tijdelijk onder het toezicht van een onderwijzer staat, de ouders verplicht blijven het tegenbewijs te leveren waardoor dat wettelijk vermoeden van aansprakelijkheid kan worden ontzenuwd; dat men echter moet aannemen dat, nu het kind onder het toezicht van een onderwijzer stond, de ouders van die verplichting voorlopig vrijgesteld waren; daarentegen, nu de gevolgen van de opvoedingsverplichting verder reiken dan het samenwonen, er geen reden is om de ouders van die uit de uitoefening van de ouderlijke macht voortvloeiende verplichting te ontheffen wanneer het kind onder het toezicht staat van een onderwijzer, daar het kind immers, ongeacht de plaats waar het zich bevindt, door zijn gedrag getuigt van zijn goede of slechte opvoeding».

terwijl, ingevolge de artikelen 1382, 1383 en 1384, tweede en vierde lid, van het Burgerlijk Wetboek, het slachtoffer van een objectief onrechtmatige daad van een kind zich niet kan beroepen op de vermoede aansprakelijkheid van diens ouders als het kind zich, toen de schade werd veroorzaakt, onder het toezicht bevond van een onderwijzer, die, krachtens artikel 1384, vierde lid, van het Burgerlijk Wetboek, vermoed wordt aansprakelijk te zijn voor de bewaring van het kind; daaruit volgt dat het hof van beroep, dat heeft vastgesteld dat het kind Etienne T. op het ogenblik dat de schade aan de gelaedeerde is berokkend, onder het toezicht van een onderwijzer stond, de artikelen 1382, 1383 en 1384, tweede en vierde lid, van het Burgerlijk Wetboek schendt door te beslissen dat de vermoede aansprakelijkheid van zijn ouders bleef bestaan niettegenstaande het feit dat het kind onder het toezicht van een onderwijzer stond, op grond dat de opvoedingsverplichting van de ouders verder strekt dan het samenwonen (schending van de artikelen 1382, 1383 en 1384, tweede en vierde lid, van het Burgerlijk Wetboek):

Overwegende dat artikel 1384, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek jegens de vader en de moeder een vermoeden van aansprakelijkheid instelt dat zij kunnen weerleggen door het bewijs te leveren van het feit dat tot die aansprakelijkheid leidt, niet het gevolg is van een gebrek aan toezicht of een tekortkoming in de opvoeding van hun minderjarig kind die hun kunnen worden verweten;

Overwegende dat het arrest, door te zeggen dat «de gevolgen van de opvoedingsverplichting verder reiken dan het samenwonen, zodat er geen reden is om de ouders van die uit de uitoefening van de ouderlijke macht voortvloeiende verplichting te ontheffen wanneer het kind onder toezicht staat van een onderwijzer, daar het kind, ongeacht de plaats

waar het zich bevindt, door zijn gedrag getuigt van zijn goede of slechte opvoeding», de in het middel aangewezen bepalingen niet schendt ;

Dat dit middel faalt naar recht ;

Over het tweede middel: schending van de artikelen 97 van de Grondwet, 1148, 1382, 1383 en 1384, tweede en vijfde lid, van het Burgerlijk Wetboek,

doordat het hof van beroep beslist dat «het kind T. een objectief onrechtmatige daad heeft gepleegd, dat wil zeggen een daad die hij niet had mogen verrichten en die aan een ander schade heeft veroorzaakt», en oordeelt dat de eisers het tegenbewijs van hun vermoede aansprakelijkheid niet hebben geleverd, op grond : «dat te dezen het ongeval, in tegenstelling met wat de geïntimeerden T. (thans de eisers) betogen, zich niet tijdens een spel heeft voorgedaan maar wel toen de kinderen in de rij gingen staan ; dat men oorspronkelijk het feit dat het kind T. de arm van het slachtoffer heeft omgewrongen, niet kan beschouwen als een banale daad die dan erger is geworden omdat het slachtoffer gepoogd heeft zich vrij te maken ; dat het te dezen om een niet gemotiveerde gewelddaad gaat die wellicht door het best bewaakte kind kon worden verricht en die kan worden uitgelegd door de eigen aard van het kind ; dat echter de persoonlijkheid van het kind, dat door zijn erfelijkheid en zijn opvoeding is gevormd, voor de ouders geen overmacht kan zijn, dit is de enige grond tot vrijstelling van aansprakelijkheid waarin artikel 1384, vijfde lid, van het Burgerlijk Wetboek voorziet»,

terwijl, (...)

vierde onderdeel, overeenkomstig artikel 1384, tweede en vijfde lid, van het Burgerlijk Wetboek, de ouders kunnen worden vrijgesteld van de in artikel 1384, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek bedoelde vermoede aansprakelijkheid, als zij bewijzen dat hun geen fout in de opvoeding en het toezicht van hun kind kan worden toegeschreven ; daaruit volgt dat het hof van beroep, door te beslissen dat overmacht voor de ouders de enige grond tot vrijstelling van aansprakelijkheid is waarin artikel 1384, vijfde lid, van het Burgerlijk Wetboek voorziet, artikel 1384, tweede en vijfde lid, van het Burgerlijk Wetboek schendt ;

...

Wat het vierde onderdeel betreft :

Overwegende dat, ingevolge artikel 1384, vijfde lid, van het Burgerlijk Wetboek, de vader en de moeder aansprakelijk zijn voor de schade veroorzaakt door hun minderjarige kinderen «tenzij (zij) bewijzen dat zij het feit niet hebben kunnen beletten dat tot die aansprakelijkheid leidt» ;

Overwegende dat in de zin van die wetsbepaling het bewijs van de overmacht niet de enkele omstandigheid is waardoor aansprakelijkheid wegens de door het kind gepleegde objectief onrechtmatige daad wordt uitgesloten ; dat immers, om aan het op hen rustende vermoeden van fout te ontsnappen, het noodzakelijk doch voldoende is dat vader en moeder het bewijs leveren dat zij niet te kort zijn geschoten in hun verplichting tot toezicht en dat hun geen enkel verzuim in de opvoeding kan worden verweten ;

Overwegende dat het arrest, door te beslissen dat voor de eisers overmacht de «enige in artikel 1384, vijfde lid, van het Burgerlijk Wetboek bedoelde grond tot vrijstelling is», die wetsbepaling schendt ;

Dat het onderdeel gegrond is ; ...

NOOT – Vgl. Cass., 22 september 1978, *Arr. Cass.*, 1978-79, 96, *Pas.*, 1979, I, 108, *R.W.*, 1978-79, 1425, *R.G.A.R.*, 1979, nr. 10.076, *J.T.*, 1980, 508, met noot van M. Maingreau.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 18 MEI 1989

Voorzitter : de h. Bosly

Rapporteur : de h. Poupart

Openbaar ministerie : de h. Piret, advocaat-generaal

Advocaten : mrs. De Bruyn en Simont

Wegen – Gemeente – Zorg voor de veiligheid van het verkeer – Aansprakelijkheid – Autosnelwegen

Daar de veiligheid en het gemak van het wegverkeer op de autosnelwegen wordt geregeld door de Koning, met uitsluiting van de plaatselijke besturen, die hun politiebevoegdheid slechts behouden voor de handhaving van de orde, de openbare rust en de hygiëne, kan de aansprakelijkheid van de gemeenten niet blijven bestaan ter zake van de veiligheid van het wegverkeer op de autosnelwegen.

Wegenfonds t/ Stad Waver

Gelet op het bestreden arrest, op 25 mei 1987 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen ;

Over het middel: schending van de artikelen 50 van het decreet van 14 december 1789 betreffende de inrichting van de gemeentebesturen, 3, 1°, van titel XI van het decreet van 16-24 augustus 1790 betreffende de rechterlijke organisatie, 90, 12°, van de Gemeentewet van 30 maart 1836, 3 van de wet van 12 juli 1956 tot vaststelling van het statuut der autosnelwegen en 1382 van het Burgerlijk Wetboek,

doordat het arrest, na erop te hebben gewezen dat het litigieuze ongeval zich op de autosnelweg Brussel-Namen, ter hoogte van Bierges (thans stad Waver), heeft voorgedaan, dat op de plaats van het ongeval «de rioolkolken een gebrek vertoonden dat ze ongeschikt maakte tot het gebruik waartoe ze waren bestemd, dat die rioolkolken deel uitmaken van de weg, dat de weg niet meer beantwoordde aan het gebruik waartoe hij was bestemd, dat wegens de staat waarin hij zich bevond geen normaal verkeer meer mogelijk was», afwijzend beschikt op de oproeping tot vrijwaring van eiser tegen verweerster die hierop was gegrond dat «de Stad tot vrijwaring verplicht is, zelfs voor het gedeelte van de weg dat niet haar eigendom is ; dat die verplichting des te meer te verantwoorden valt nu de Stad beschikt over een politiekorps en diensten ter plaatse die een situatie als in het onderhavige geval kunnen verhelpen», en doordat het arrest die oproeping tot vrijwaring afwijst, op grond : «dat voor de autosnelwegen een bijzondere rechtsregeling is ingevoerd ; dat krachtens de wet van 12 juli 1956 betreffende het statuut der autosnelwegen het politierecht door het centraal bestuur wordt uitgeoefend ; dat die overdracht aan de Staat van het politierecht op de autosnelwegen tot gevolg heeft dat de gemeenten, nu ze niet bevoegd zijn om te zorgen voor de veiligheid van het verkeer op de autosnelwegen, ontheven zijn

van alle aansprakelijkheid in verband met de ongevallen die aan de staat van die wegen te wijten zijn»,

terwijl, namelijk krachtens voormelde artikelen 50 van het decreet van 14 december 1789 en 3, 1°, van titel XI van het decreet van 16-24 augustus 1790, de gemeenteoverheid verplicht is te zorgen voor de veiligheid van het verkeer op de openbare wegen; het feit dat de verkeerspolitie op de autosnelwegen bij artikel 3 van de wet van 12 juli 1956 betreffende het statuut der autosnelwegen aan de gemeenteoverheid is ontnomen, die overheid niet vrijstelt van de verplichting om, met toepassing van voormelde bepalingen, te zorgen voor de veiligheid van het verkeer op de gedeelten van de autowegen die door de gemeente lopen; het arrest derhalve, door te beslissen dat eiseres, krachtens artikel 3 van de wet van 12 juli 1956, waarbij het politierecht op de autosnelwegen aan het centraal bestuur is toegekend, «onbevoegd is om voor de veiligheid van het verkeer te zorgen», een miskenning inhoudt van de strekking van dat artikel 3 (schending van artikel 3 van de wet van 12 juli 1956) en van de verplichting van de gemeenteoverheid om, zelfs bij ontstentenis van enige politiebevoegdheid, te zorgen voor de veiligheid van het verkeer op de openbare wegen (schending van de overige vooraan in het middel aangewezen wettelijke bepalingen):

Overwegende dat artikel 3 van de wet van 12 juli 1956 tot vaststelling van het statuut der autosnelwegen luidt: «... de Koning stelt de verordeningen vast om in de veiligheid en het gemak van het verkeer op de autosnelwegen te voorzien (...). De gemeenteraden (...) mogen geen aanvullende verordeningen vaststellen betreffende de politie van het verkeer op de autosnelwegen»;

Overwegende dat, zoals uit de parlementaire voorbereiding van die wet blijkt, de autosnelweg niet vatbaar is voor gemeentelijke bemoeiing, daar het wegverkeer op de autosnelweg uiteraard door de Koning wordt geregeld, met uitsluiting van de plaatselijke besturen die hun politiebevoegdheid enkel behouden voor de handhaving van de orde, de openbare rust en de hygiëne; dat de aansprakelijkheid van de gemeenten niet kan blijven bestaan daar waar hun bevoegdheden hun zijn ontnomen;

Dat de wet van 12 juli 1956 in dat opzicht afwijkt van de decreten van 14 december 1789 en 16-24 augustus 1790 alsmede van artikel 90, 12°, van de Gemeentewet, waarvan sprake is in het middel;

Dat het hof van beroep derhalve naar recht beslist dat verweerder niet aansprakelijk kan worden gesteld voor de gevolgen van het ongeval dat zich op een autosnelweg heeft voorgedaan wegens een overstroming ten gevolge van de verstopping van een rioolkolk door een hoop afgevalen bladeren;

Dat het middel faalt naar recht;

...

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 9 OKTOBER 1989

Voorzitter: de h. Soetaert, afdelingsvoorzitter

Rapporteur: de h. Marchal

Openbaar ministerie: de h. Lenaerts, advocaat-generaal

Advocaten: mrs. Dassesse en Houtekier

Jaarlijkse vakantie – Dubbel vakantiegeld – Berekening – Jaarlijks betaald loon – Dertiende maand

Jaarlijks betaald loon, zoals een dertiende maand, maakt geen deel uit van de wedde van een bepaalde maand, ook al wordt het recht erop verkregen naargelang de arbeid is verricht. Zodanig loon komt derhalve niet in aanmerking voor de berekening van het dubbel vakantiegeld bedoeld in art. 38, 2°, Vakantiebesluit.

D. t/ N.V. V.

Gelet op het bestreden arrest, op 18 april 1988 door het Arbeidshof te Antwerpen gewezen;

Over het eerste middel: schending van de artikelen (...) 1, 2 van de bij koninklijk besluit van 28 juni 1971 gecoördineerde wetten betreffende de jaarlijkse vakantie van de werknemers, 1, 38, 39, 46 van het koninklijk besluit van 30 maart 1967 tot bepaling van de algemene uitvoeringsmodaliteiten van de wetten betreffende de jaarlijkse vakantie der loonarbeiders en 97 van de Grondwet,

doordat het arrest, na te hebben vastgesteld dat verweerder, zonder zich op het bestaan van enige dringende reden te beroepen, was overgegaan tot de onmiddellijke verbreking van de tussen partijen bestaande arbeidsovereenkomst en zij dientengevolge gehouden was tot betaling van een opzeggingsvergoeding, het basisloon, strekkend tot berekening van bedoelde vergoeding, bepaalt op 1.456.080 fr., bestaande uit maandloon: 100.800 fr. (uitbetaald in september 1976 volgens loondocumenten); jaarloon (enkel vakantiegeld inbegrepen) 100.800 fr. x 12 = 1.209.600 fr.; dertiende maand: 100.800 fr.; dubbel vakantiegeld: 100.800 fr. x 85/100 = 85.680 fr.; kostenvergoeding van 15.000 fr. per maand (...)

terwijl, (...)

tweede onderdeel, een opzeggingsvergoeding niet alleen het lopend loon dient te omvatten, maar ook de voordelen verworven krachtens de overeenkomst, waarvan ook het dubbel vakantiegeld deel uitmaakt; de artikelen 38, 39 en 46 van het koninklijk besluit van 30 maart 1967 deel uitmaken van de bepalingen van titel III, hoofdstuk I, afdeling 1 van genoemd besluit, houdende berekening van het vakantiegeld voor bedienden; uit het geheel van die bepalingen blijkt dat voor de berekening van het vakantiegeld alle voordelen met remuneratoir karakter in aanmerking dienen te worden genomen; de berekeningsbasis van het dubbel vakantiegeld dan ook tevens het loon voor de dertiende maand moet omvatten; het arrest derhalve, door het dubbel vakantiegeld, dat terecht bij de bepaling van de opzeggingsvergoeding wordt aangerekend, te berekenen door het basismaandloon te vermenigvuldigen met 85/100, nalaat het loon voor de dertiende maand in aanmerking te nemen en dusdoende de artikelen 38, en voor zoveel nodig 1, 39, 46 van het koninklijk besluit van 30 maart 1967, 1, 2 van de wetten betreffende de jaarlijkse vakantie van werknemers en 20, § 2, van de wetten op het bediendencontract schendt:

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat het arrest het bedoelde dubbel vakantiegeld berekent met toepassing van artikel 38, 2°, van het koninklijk besluit van 30 maart 1967; dat dit vakantiegeld wordt berekend op «de brutowedde der maand» waarin de

vakantie ingaat en, volgens artikel 45 van dit besluit, wordt uitbetaald, wanneer de bediende zijn hoofdvakantie neemt ;

Dat jaarlijks betaald loon, zoals een dertiende maand, geen deel uitmaakt van de wedde van een bepaalde maand, ook al wordt het recht erop verkregen naargelang de arbeid is verricht ; dat zodanig loon derhalve niet in aanmerking komt voor de berekening van het dubbel vakantiegeld bedoeld in artikel 38, 2°, van het koninklijk besluit van 30 maart 1967 ;

Dat het onderdeel faalt naar recht ;

...

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 23 OKTOBER 1989

Voorzitter : de h. Châtel, eerste voorzitter

Rapporteur : mevr. Baeté-Swinnen

Openbaar ministerie : de h. Lenaerts, advocaat-generaal

Advocaat : mr. Houtekier

Arbeidsongeval — Herziening — 1. Verergering van letsel dat niet door het ongeval veroorzaakt is — 2. Wijziging van de algemene arbeidsmarkt

1. *De verergering van een letsel dat niet door het arbeidsongeval is veroorzaakt, kan tot herziening leiden, wanneer de verergering het gevolg is van het ongeval.*

2. *Een wijziging van de verminderde economische waarde van de getroffene ten gevolge van een wijziging van de algemene arbeidsmarkt levert geen grond tot herziening op.*

G. t/ Verzekeraar D.

Conclusie van de advocaat-generaal Lenaerts

Het arbeidshof verwerpt eisers vraag tot herziening van de graad van blijvende arbeidsongeschiktheid

...

Het derde en het vierde onderdeel vechten de beslissing aan dat een eventuele verergering van eisers gedragsstoornissen niet in aanmerking kan komen voor herziening, omdat de gedragsstoornissen zelf niet door het arbeidsongeval zijn veroorzaakt.

Volgens artikel 72 van de Arbeidsongevallenwet moet herziening gegrond zijn op «een wijziging van het verlies van arbeidsongeschiktheid».

Op het eerste gezicht zou men hieruit kunnen afleiden dat herziening maar mogelijk is, wanneer er reeds een bepaalde graad van arbeidsongeschiktheid is aangenomen, vooral omdat het tweede lid van artikel 72, evenals artikel 24, eerste lid, in een speciale procedure voorzien om op te komen tegen «de beslissing tot genezenverklaring zonder blijvende arbeidsongeschiktheid». Deze bepalingen zijn evenwel slechts ingevoegd door de wet van 1 augustus 1985. Volgens de memorie van toelichting is de bedoeling daarvan echter alleen «voor de gevallen van genezenverklaring zonder blijvende arbeidsongeschiktheid (...) een juiste aanvangsdatum voor

de herzieningstermijn vast te stellen»¹. Strekking van artikel 72 is dus klaarblijkelijk van meet af aan geweest dat herziening ook mogelijk is, wanneer oorspronkelijk geen blijvende arbeidsongeschiktheid is erkend.

Twee mogelijkheden kunnen zich alsdan voordoen : ofwel is na de consolidatie een nieuw letsel ontstaan ; ofwel is een vooraf bestaande pathologische toestand die niet door het ongeval is veroorzaakt, verergerd. In beide gevallen kan er van herziening slechts sprake zijn, indien het letsel in het eerste geval en de verergering in het tweede geval door het arbeidsongeval is veroorzaakt.

Het arrest van 23 december 1965² beslist dat bij herziening geen rekening mag worden gehouden met een verergering van de pathologische toestand die niet aan het ongeval te wijten is. Anderzijds kan, volgens het arrest van 2 april 1970³, herziening wel worden gevraagd, «wanneer de verergering van de gevolgen van het ongeval (...) te wijten is aan de vóór het ongeval bestaande pathologische toestand van de getroffene».

Strekking van de wet, zoals zij door de rechtspraak wordt bevestigd, is kennelijk dat elke verergering van de arbeidsongeschiktheid die met het arbeidsongeval verband houdt, tot herziening kan leiden. Dit moet dan ook kunnen gelden voor een verergering van een letsel dat niet aan het ongeval te wijten is, op voorwaarde dat de verergering zelf het gevolg van het ongeval is.

Ten slotte zijn er dus drie gronden tot herziening :

1° de evolutie van het letsel dat reeds een bestaande graad van arbeidsongeschiktheid heeft opgeleverd ;

2° het ontstaan van een nieuw letsel ;

3° de verergering van een bestaande pathologische toestand die niet door het arbeidsongeval is veroorzaakt.

In de eerste twee gevallen moet het letsel zelf het gevolg van het arbeidsongeval zijn, in het derde geval moet de verergering het gevolg daarvan zijn.

Onterecht oordeelt het arbeidshof dat de verergering van het letsel niet tot herziening kan leiden, wanneer het letsel zelf niet door het arbeidsongeval is veroorzaakt.

De onderdelen zijn gegrond.

Het vijfde en het zesde onderdeel zijn gericht tegen de beslissing dat «een evolutie van de economische toestand en van de arbeidsmarkt geen wettige reden is tot herziening».

Uitgangspunt van eisers stelling is dat, volgens de vaste rechtspraak van het Hof, de blijvende arbeidsongeschiktheid ten gevolge van een arbeidsongeval bestaat in het verlies of de vermindering van de economische waarde van de getroffene op de algemene arbeidsmarkt en dat de omvang van de schade niet enkel wordt beoordeeld op grond van de lichamelijke ongeschiktheid, maar onder meer ook op grond van het concurrentievermogen van de getroffene op de algemene arbeidsmarkt⁴.

¹ Kamer, 1984-85, *Gedr. St.*, nr. 1194/1, blz. 26.

² *Bull. en Pas.*, 1966, I, 563.

³ *Arr. Cass.*, 1970, 703.

⁴ Zie o.m. *Cass.*, 28 november 1977 (*Arr. Cass.*, 1978, 356), 10 maart 1980 (*Arr. Cass.*, 1980, 844) en 3 april 1989, *Arr. Cass.*, 1988-89, nr. 425).

Vraag is dan of, zoals eiser stelt, hieruit volgt dat de getroffene ook herziening kan vorderen op grond van een wijziging van de algemene arbeidsmarkt.

Volgens de Arbeidsongevallenwet van 24 december 1903 kan herziening worden «gegrond op een verergering of op een vermindering van de gebrekkigheid»⁵. De parlementaire voorbereiding geeft geen toelichting bij deze bepaling.

De thans geldende Arbeidsongevallenwet spreekt niet meer van gebrekkigheid, maar van «wijziging van het verlies van arbeidsongeschiktheid».

Uit deze veranderde terminologie kan bezwaarlijk het argument worden gehaald dat ook de inhoud van de bepaling is gewijzigd. Uit de voorbereiding van de wet van 10 april 1971 blijkt hoegenaamd niet dat de wetgever de herzieningsbepaling op dat punt heeft willen wijzigen. De memorie van toelichting merkt integendeel op dat de besproken bepaling «praktisch volledig de bepalingen van het tweede lid van artikel 28 van de geordende wetten overneemt»⁶.

Verdere commentaar ontbreekt, wat vermoedelijk niet het geval zou zijn, indien de wetgever de oorspronkelijke bepaling niet alleen redactioneel en terminologisch maar ook inhoudelijk had willen wijzigen.

«Gebrekkigheid» wijst in het gewone spraakgebruik op lichamelijke onvolkomenheden. In het sociaal recht wordt de term thans niet meer gebruikt, maar had hij volgens het *Sociaalrechtelijk Woordenboek*⁷ voorheen de betekenis «toestand van lichamelijke onvolkomenheid, waardoor de mogelijkheid om door arbeid in het levensonderhoud te voorzien in belangrijke mate wordt verminderd». De stap, met het doel de redactie van de bepaling ook terminologisch aan te passen, is dus niet zo groot, dat men er ook een inhoudelijke ommekeer van het begrip aan moet verbinden.

De rechtsgeschiedenis wijst er wel enigszins op dat herziening een wijziging van de lichamelijke geschiktheid vereist, maar doorslaggevend is de daarop gebouwde argumentatie zeker niet.

De rechtspraak van het Hof geeft een duidelijker aanwijzing omtrent de gestelde rechtsvraag.

Het arrest van 10 maart 1980⁸ zegt zeer uitdrukkelijk dat bij het bepalen van het concurrentievermogen van de getroffene op de algemene arbeidsmarkt «niet in aanmerking mag worden genomen of er, op het ogenblik dat de blijvende arbeidsongeschiktheid wordt vastgesteld, een tekort of een overschot aan arbeidskrachten op de arbeidsmarkt is».

De reden daarvan ligt hierin dat het criterium, volgens het Hof, niet is de *toestand* van de arbeidsmarkt, maar het *concurrentievermogen* van de getroffene op de algemene arbeidsmarkt. Zo de toestand van de arbeidsmarkt in aanmerking moest worden genomen, zou de vraag naar en het aanbod van arbeidskrachten op de arbeidsmarkt de graad van de arbeidsongeschiktheid mede beïnvloeden; dan zou de rechter in crisistijd een hogere ongeschiktheidsgraad moeten toekennen dan in een periode van hoogconjunctuur met een tekort aan arbeidskrachten. Ligt het criterium daarentegen in het concurrentievermogen van de getroffene op de ar-

beidsmarkt, dan moet men het niet bekijken vanuit de toestand van de arbeidsmarkt maar vanuit de situatie van de getroffene: welke kansen om een dienstbetrekking te vinden heeft hij nog wanneer hij zich samen met andere werknemers op de arbeidsmarkt aanbiedt? Dat is de maatstaf van zijn concurrentievermogen op de algemene arbeidsmarkt.

Komen de economische conjunctuur en de toestand van de arbeidsmarkt niet in aanmerking om een blijvende arbeidsongeschiktheid te bepalen op het ogenblik van de consolidatie, dan kunnen deze elementen uiteraard ook geen grond voor herziening opleveren. Herziening kan alleen worden gevorderd wegens een wijziging in de lichamelijke geschiktheid van de getroffene om arbeid te verrichten.

De vraag zou kunnen worden gesteld of deze stelling verenigbaar is met de definitie die de rechtspraak geeft van het begrip «arbeidsongeschiktheid» in de arbeidsongevallenwetgeving en waarbij niet alleen de lichamelijke geschiktheid in aanmerking wordt genomen.

Allereerst dient te worden opgemerkt dat de reeds vermelde rechtspraak van het Hof niet het begrip «arbeidsongeschiktheid» maar het begrip «blijvende arbeidsongeschiktheid» omschrijft. Daarom wordt deze gedefinieerd als een verlies of vermindering van de economische waarde van de getroffene op de algemene arbeidsmarkt. Dat neemt echter niet weg dat de ongeschiktheid moet ontstaan zijn door het letsel dat het arbeidsongeval heeft veroorzaakt.

Hetzelfde geldt bij herziening. Grond daartoe is alleen een wijziging in de lichamelijke geschiktheid die door het ongeval is veroorzaakt. Maar zoals daareven werd opgemerkt, moet niet noodzakelijk het letsel zelf verbeterd of verslechterd zijn; het arbeidsongeval kan eveneens een verandering in de pathologische toestand buiten het letsel hebben teweeggebracht. Ook dan is de lichamelijke geschiktheid door het arbeidsongeval veroorzaakt.

Die wijziging in de lichamelijke geschiktheid moet vervolgens een verandering teweegbrengen in de blijvende arbeidsongeschiktheid in de zin van de arbeidsongevallenwetgeving; met andere woorden de wijziging in de lichamelijke geschiktheid moet de economische waarde van de getroffene op de algemene arbeidsmarkt beïnvloeden.

Wanneer de rechter vaststelt dat de lichamelijke geschiktheid van de getroffene ten gevolge van het arbeidsongeval is gewijzigd, dient hij de graad van blijvende arbeidsongeschiktheid opnieuw te bepalen, dit wil zeggen dat hij moet nagaan in hoeverre de gewijzigde lichamelijke geschiktheid de economische waarde op de algemene arbeidsmarkt heeft beïnvloed. En deze moet hij beoordelen met de inachtneming van alle door de rechtspraak opgegeven criteria, o.m. dus ook met het concurrentievermogen.

Het arrest van 12 juni 1970⁹ maakt daarvan een duidelijke toepassing. Het Hof vernietigt het bestreden vonnis, dat bij de herziening alleen rekening houdt met de verminderde lichamelijke ongeschiktheid en niet met de «omstandigheden van ouderdom en ongeschooldheid, die het rendement drukken». Het Hof grondt die vernietiging op de reeds aangehaalde definitie van de blijvende arbeidsongeschiktheid.

⁵ Art. 30, tweede lid, Arbeidsongevallenwet 1903; art. 28, tweede lid, gecoördineerde wetten van 28 september 1931.

⁶ Senaat, 1969-70, *Gedr. St.*, nr. 328, blz. 34.

⁷ Zie de tweede uitgave van 1963.

⁸ *Arr. Cass.*, 1980, 844.

⁹ *Arr. Cass.*, 1970, 962. Zie ook *Cass.*, 11 september 1969 (*Arr. Cass.*, 1970, 33).

Dat de herziening het gevolg moet zijn van een wijziging in de lichamelijke ongeschiktheid van de getroffene, neemt dus niet weg dat de rechter de herziene graad van arbeidsongeschiktheid moet bepalen op grond van de economische waarde die de getroffene met inachtneming van de gewijzigde lichamelijke geschiktheid op de algemene arbeidsmarkt heeft.

De evolutie van de algemene arbeidsmarkt komt daaraan in geen geval te pas, noch als grond van herziening noch als criterium voor het bepalen van de graad van arbeidsongeschiktheid.

De onderdelen falen naar recht.

Conclusie: gedeeltelijke vernietiging.

Arrest

Gelet op het bestreden arrest, op 18 oktober 1988 door het Arbeidshof te Antwerpen gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 97 van de Grondwet, 1316, 1348, 1349, 1353 van het Burgerlijk Wetboek, 1138, 3°, van het Gerechtelijk Wetboek en 72, eerste lid, van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971, zowel vóór als na de wijziging bij de wet van 1 augustus 1985, en vóór de wijziging door het koninklijk besluit nr. 530 van 31 maart 1987,

doordat het arrest de vordering van eiser tegen verweerster tot herziening van zijn graad van blijvende arbeidsongeschiktheid ongegrond verklaart en voor recht zegt dat de graad van blijvende arbeidsongeschiktheid waarmee eiser behept is ten gevolge van het arbeidsongeval hem overkomen op 1 april 1980 in dienst van de firma G., ongewijzigd is gebleven op 4%, op grond dat: in het in kracht van gewijsde gegane arrest van 31 juli 1984 duidelijk wordt gesteld dat er geen causaal verband bestaat tussen de gedragsstoornissen van eiser en het arbeidsongeval, zodat er met deze stoornissen geen rekening kan worden gehouden bij de bepaling van de graad van blijvende arbeidsongeschiktheid; eiser een volumineus dossier met medische verslagen overlegt en aan de hand hiervan stelt: dat zijn gedragsstoornissen het gevolg zijn van het arbeidsongeval, dat die stoornissen zich ongunstig hebben ontwikkeld en tot een totale neuro-vegetatieve ontreding hebben geleid, dat bovendien het halssyndroom is uitgegroeid tot een beperkte halsmobiliteit en voortdurend pijnen veroorzaakt gepaard gaande met duizeligheid; blijkt dat het grootste aantal van de overgelegde medische verslagen dateert van vóór het arrest van 31 juli 1984 en dat vele van deze verslagen toentertijd reeds door het arbeidshof werden onderzocht; de nadien opgestelde verslagen betreffende de gedragsstoornissen niets meer kunnen afdoen aan de beslissing van het hof van 31 juli 1984 in een in kracht van gewijsde gegaan arrest; er geen oorzakelijk verband bestaat tussen het arbeidsongeval en de gedragsstoornissen; artikel 72 van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971 voor een herziening vereist dat er zich een onvoorziene wijziging van het verlies van arbeidsgeschiktheid van het slachtoffer heeft voorgedaan, die een verandering brengt in de voorheen toegekende graad van arbeidsongeschiktheid en dat deze wijziging het gevolg is van het arbeidsongeval; aangezien definitief is beslist dat er geen causaal verband bestaat tussen de gedragsstoornissen en het arbeidsongeval, een eventuele verergering van deze gedragsstoornissen niet in aanmerking kan komen voor een herziening; wat de in-

geroeppen verergering van het halssyndroom betreft, vastgesteld dient te worden dat er geen enkel afdoend bewijs van zulke verergering wordt overgelegd; eiser immers voor zijn bewering steunt op medische attesten; deze stukken alle dateren van vóór april 1983, dit wil zeggen van vóór de uitspraak van 31 juli 1984 en derhalve niet kunnen wijzen op een verergering van het halssyndroom in de wettelijke periode van herziening; ten slotte een evolutie van de economische toestand en van de arbeidsmarkt geen wettige reden is tot herziening,

terwijl, (...)

Wat het derde en het vierde onderdeel betreft:

Overwegende dat herziening van de arbeidsongevallenvergoeding kan worden gevorderd op grond van elke wijziging van het verlies van arbeidsgeschiktheid, wanneer hetzij het letsel dat de arbeidsongeschiktheid heeft teweeggebracht, hetzij de wijziging van de pathologische toestand van de getroffene het gevolg is van het arbeidsongeval;

Dat de verergering van een letsel dat niet door het ongeval is veroorzaakt, tot herziening kan leiden, wanneer de verergering ervan het gevolg is van het ongeval;

Dat het arbeidshof artikel 72, eerste lid, van de Arbeidsongevallenwet schendt door te beslissen dat, nu geen causaal verband bestaat tussen de gedragsstoornissen van eiser en het arbeidsongeval, «een eventuele verergering van deze gedragsstoornissen niet in aanmerking kan komen voor herziening»;

Dat de onderdelen gegrond zijn;

Wat het vijfde en het zesde onderdeel betreft:

Overwegende dat herziening slechts mogelijk is, wanneer een wijziging van het verlies van arbeidsgeschiktheid het gevolg is van een door het arbeidsongeval veroorzaakte wijziging in de lichamelijke geschiktheid van de getroffene; dat de rechter die zodanige wijziging vaststelt, de herziene graad van arbeidsongeschiktheid dient te bepalen op grond van de economische waarde die de getroffene met inachtneming van de gewijzigde lichamelijke geschiktheid op de algemene arbeidsmarkt heeft;

Dat een wijziging van de verminderde economische waarde van de getroffene ten gevolge van een wijziging van de algemene arbeidsmarkt geen grond tot herziening oplevert;

Dat de onderdelen falen naar recht;

...

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

KAMER — 27 JUNI 1989

Voorzitter: de h. Craeybeckx

Raadsheren: de hh. Van Houche (rapporteur) en Van Craen

Openbaar ministerie: de h. Willio, advocaat-generaal

Probatie, opschorting en uitstel — Maatschappelijke enquête

De strafrechter mag slechts op verzoek van de verdachte of met zijn instemming een maatschappelijke enquête over zijn gedragingen en zijn milieu doen instellen door een probatieassistent.

Van R.

Overwegende dat beklagde, hoewel behoorlijk gedagvaard zijnde, niet verschenen is ter terechtzitting; dat verstek tegen haar is gevorderd;

Overwegende dat de eerste rechter, hoewel beklagde niet verscheen ter terechtzitting, alvorens uitspraak te doen ambtshalve een maatschappelijke enquête gelastte over haar gedragingen en haar milieu, dit met toepassing van artikel 2 van de wet van 29 juni 1964 op de probatie, het uitstel en de opschorting;

Overwegende dat het eerste vonnis vernietigd dient te worden en het hof de zaak aan zich trekt omdat de wettelijke voorwaarden ter zake niet vervuld waren om de door de eerste rechter bevolen *onderzoeksmaatregel* te gelasten; dat immers dit maatschappelijk onderzoek slechts onder meer kan opgedragen worden «op verzoek van de beklagde of met zijn instemming», een voorwaarde die in casu, gelet op het verstek van beklagde, niet vervuld was; dat het hof te dezen over het geheel van de zaak ten aanzien van beklagde Van R. dient te beslissen zoals zij aan de kennisgeving van de eerste rechter onderworpen was, en dit ongeacht het feit dat het hoger beroep enkel uitging van het openbaar ministerie;

...

NOOT – *De maatschappelijke enquête van de probatieassistent*

1. Artikel 2 van de wet van 29 juni 1964 betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie bepaalt de voorwaarden waaronder de strafrechter een maatschappelijke enquête kan bevelen «met het oog op de eventuele toepassing van de artikelen 3 en 8» van deze wet.

De aanstelling van een probatieassistent impliceert dat de wettelijke voorwaarden vervuld zijn om een probatiemaatregel op te leggen, of om de opschorting van de uitspraak uit te bevelen.

2. In beide gevallen is de medewerking van de betrokkene vereist. Als de beklagde zich niet bereid toont om mee te werken aan zijn resocialisering, als hij zijn tegenzin laat blijken of zich verzet tegen het hulpbetoon van de probatieassistent, dan is het vlas niet te spinnen.

Het is dan ook logisch dat de wetgever de uitvoering van de maatschappelijke enquête afhankelijk maakt van de instemming van de beklagde (J. Constant, *Précis de droit pénal*, 6e ed., p. 663, nr. 686; A. Vandeplas, «De door het vonnisgerecht opgedragen maatschappelijke enquête», *R. W.*, 1982-83, 154).

3. Als de voorwaarden vermeld in art. 2 van de Probatiwet niet zijn vervuld, kan de strafrechter geen maatschappelijke enquête doen instellen door een probatieassistent. Dat is duidelijk. Maar is zulk een enquête uitgevoerd door een probatieassistent nietig? Is het op straffe van nietigheid verboden inlichtingen in te winnen over de gedragingen van de verdachte, over zijn levensstandaard, over zijn sociaal milieu, over zijn vrijetijdsbesteding, over zijn gezinsrelaties? Met andere woorden, mag de strafrechter geen maatschappelijke enquête bevelen, als hij de persoonlijkheid van de beklagde beter wil leren kennen terwijl hij niet «de eventuele toepassing van de artikelen 3 en 8 van de Probatiwet beoogt»? Waarom zou een dergelijke onderzoeksmaatregel zijn aangetast door nietigheid?

In elke assisenzaak wordt een grondig sociaal onderzoek ingesteld, de persoonlijkheid van de beschuldigde wordt grondig doorgelicht, de meest indringende bijzonderheden worden ingezameld, maar toch wordt de regelmatigheid van dit sociaal onderzoek niet betwist. Integendeel, iedereen is ervan overtuigd dat een degelijke voorlichting van de gezwoeren onontbeerlijk is.

4. Akkoord dat een maatschappelijke enquête door een probatieassistent zonder instemming van de beklagde niet mogelijk was binnen het kader van de Probatiwet. Het Hof heeft gelijk als het de eerste rechter terechtwijst.

Maar was er reden om deze beslissing te vernietigen, de zaak tot zich te trekken en over de zaak zelf in eerste en in laatste aanleg te beslissen? Het is niet omdat een rechter een onwettige straf uitspreekt of een ongeldige maatregel oplegt, dat er aanleiding tot evocatie bestaat.

On a l'impression que la Cour met une nappe pour manger une noisette...

A. Vandeplas

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

7e KAMER – 4 OKTOBER 1989

Voorzitter: de h. Bellemans

Advocaten: mrs. De Corte loco Brouwer, Brewaeyns en Bogaert loco Daem

Persoonlijkheidsrechten – Recht op afbeelding – Reclame – Schade

Een bekende sportbeoefenaar kan zich niet verzetten tegen het publiceren van zijn afbeelding in een krant, mits dit geschiedt met de bedoeling het publiek te informeren, ter illustratie van de berichtgeving betreffende de sportactualiteit, en mits geen inbreuk wordt gemaakt op zijn recht op privacy. Evenwel worden zijn persoonlijkheidsrechten geschonden en meer bepaald wordt een inbreuk gepleegd op het recht op afbeelding, wanneer de geoorloofde afbeelding voor niet toegestane, in casu commerciële, doeleinden wordt gebruikt.

Het exploiteren van iemands afbeelding zonder toestemming maakt niet alleen een aantasting van de morele waarde van de persoonlijkheid uit, maar ontnemt hem tevens de mogelijkheid een financieel voordeel te halen uit het toelaten van een commercieel gebruik van zijn afbeelding.

N.V. D. t/ Van de W.

Overwegende dat volstaan kan worden met eraan te herinneren dat de vordering van geïntimeerde de vergoeding beoogde van de schade geleden ten gevolge van het noemen van de naam en het opnemen van de foto van geïntimeerde zonder zijn toestemming in tal van publicitaire aankondigingen in verband met het automerk waarvoor door appellante reclame werd gemaakt;

Overwegende dat de eerste rechter op grond van oordeelkundige motieven waarmee het hof instemt en die door de appelconclusie niet worden weerlegd, de oorspronkelijke vordering terecht principieel gegrond heeft verklaard;

Overwegende dat appellante tevergeefs blijft staande houden dat het procédé dat erin bestaat de afbeelding van een Peugeot 205 op een redactionele bladzijde van een krant af te drukken niet op zichzelf ongeoorloofd is ; dat zij tevens tevergeefs opmerkt dat geïntimeerde niets heeft ondernomen tegen Marlboro, hoewel de situatie en de uitwerking op de lezers van de krant (eerste versie) bijna identiek zijn met de betwiste reclame voor de Peugeot 205 ; dat appellante vervolgens volkomen ten onrechte aanvoert dat de tekst van het aan geïntimeerde gewijde artikel in de twee andere versies onleesbaar of «niet volledig» leesbaar is ;

Overwegende allereerst dat erop dient te worden gewezen dat de reeds eerder verschenen artikelen die gespreid zijn over de sportbladzijden die door appellante als achtergrond werden gekozen, door haar welbedacht werden uitgezocht en dat zij, alles wel bekeken, de dagbladzijden opnieuw, op de door geïntimeerde aangeklaagde manieren, speciaal samenstelde en tot integrerend deel van de reclame heeft gemaakt ;

Overwegende vervolgens dat, hoewel aangenomen dient te worden dat geïntimeerde als bekende sportbeoefenaar zich niet kan verzetten tegen het publiceren van zijn afbeelding, mits dit geschiedt met de bedoeling het publiek te informeren, ter illustratie van de berichtgeving betreffende de sportactualiteit, en mits door die publikatie geen inbreuk wordt gemaakt op zijn recht op privacy, evenwel dient te worden vastgesteld dat de persoonlijkheidsrechten van geïntimeerde worden geschonden, meer bepaald dat een inbreuk wordt gepleegd op het recht op afbeelding, wanneer de toegestane afbeelding voor niet toegestane — in casu voor commerciële — doeleinden wordt gebruikt ;

Overwegende dat in het onderhavige geval appellante de foto van geïntimeerde in de voornoemde «sportbladzijde» heeft geïnsereerd zonder zijn toestemming, met de enkele bedoeling om de verkoop van de Peugeot 205 te bevorderen en door de combinatie van redactionele artikelen met de foto deze laatste op een dergelijke wijze heeft geëxploiteerd dat er een verkeerde suggestieve invloed van uitgaat ;

Overwegende dat de eerste rechter oordeelkundig heeft verklaard dat het exploiteren van iemands afbeelding zonder diens toestemming niet alleen een aantasting van de morele waarde van de persoonlijkheid uitmaakt door de associatie van de naam van geïntimeerde met een bepaald automerk, maar hem tevens de mogelijkheid ontnemt een financieel voordeel te halen uit het toelaten van een publicitair of commercieel gebruik van zijn afbeelding ;

Overwegende dat het door geïntimeerde gevorderde en door de eerste rechter toegestane bedrag evenwel overdreven te noemen is ; dat bij gebrek aan nadere evaluatiegegevens en begroting van de schadevergoeding wegens misbruik van afbeelding en naam van geïntimeerde ex aequo et bono op 250.000 frank dient te worden toegepast ;

...

NOOT — *Het recht op afbeelding*

Over het recht op afbeelding zie ook : Rb. Antwerpen, 24 juni 1985, *R.W.*, 1985-86, 2645 ; Rb. Mechelen, 29 maart 1983, *R.W.*, 1984-85, 62 ; Rb. Brussel, 19 juni 1981, *R.W.*, 1981-82, 2616. Zie ook Lievens, J., «Het recht op afbeelding», *R.W.*, 1977-78, 1857-1868 ; Guldix, E., «Algemene systematische beschouwingen over het persoonlijkheidsrecht

op de eigen afbeelding», *R.W.*, 1980-81, 1161-1192 ; Ballon, G.L., «De rechten van de geportretteerde», *R.W.*, 1985-86, 2648-2649, noot onder Rb. Antwerpen, 24 juni 1985 ; Voorhoof, D., «Het recht op afbeelding en de toestemming van de geportretteerde», *R.W.*, 1986-87, 2386-2389, noot onder Vred. Brussel, 29 december 1986.

D. Voorhoof

ARBEIDSHOF TE GENT

3e KAMER — 28 DECEMBER 1988

Voorzitter : de h. Ampe

Raadsheren in sociale zaken : de hh. Genbrugge en Doll

Advocaten : mrs. Valcke loco Vandervennet en Lievens loco Mehuys

Arbeidsovereenkomst — Handelsvertegenwoordiger — Begrip — Verkoper van roomijs

Geen handelsvertegenwoordiger maar een verkoper is de werknemer wiens taak erin bestaat, als chauffeur-vervoerder, roomijs aan te voeren met zijn bestelwagen, vervolgens het ijs aan te bieden aan particulieren en, naar gelang van het antwoord, onmiddellijk te leveren vanuit de bestelwagen, om daarna periodiek terug te keren bij de klanten die besteld hebben en hun eventueel opnieuw te leveren.

C.V. Z. t/ Vanden B.

a) Vergoeding voor overtreding concurrentiebeding

Terecht voert appellante aan dat de benaming die partijen aan de functie uitgeoefend door de werknemer geven, het hof niet bindt en de hoedanigheid van de werknemer slechts bepaald wordt door de werkelijke aard van de arbeid door hem verricht (zie in die zin : Cass., 16 maart 1980, *J.T.T.*, 1982, 122, alsook uitvoerige rechtspraak in *R.P.D.B.*, Complément III, «Contrat du travail et contrat d'emploi», nr. 15).

De arbeidsovereenkomst vermeldt echter niet alleen de benaming van de functie van geïntimeerde, namelijk verkoper, maar omschrijft ook duidelijk waarin zijn functie bestaat : «De werknemer is door de werkgever in dienst genomen voor de verkoop, in naam, voor rekening en onder het gezag van de werkgever, van roomijsprodukten, eventueel aangevuld met diverse andere produkten, toebehoren genoemd, waarvan de lijst door de werkgever wordt vastgesteld, dit met uitsluiting van elk ander produkt. De werknemer is verantwoordelijk voor de goede staat van de bestelwagen die hem door de werkgever ter beschikking wordt gesteld en tevens voor de inhoud van de koopwaar.»

Aangezien de hoedanigheid van de werknemer slechts bepaald wordt door de aard van de arbeid die hij in werkelijkheid verricht, dient te worden nagegaan waarin geïntimeerdes werk in werkelijkheid bestond.

Een goed beeld wordt daarvan gegeven door het relaas van D., prospecteur voor appellante, van hetgeen zich voorgedaan heeft op 22 april 1980 en waarbij D., samen met H., opvolger van geïntimeerde, deze laatste vergezelde op zijn

ronde met het oog op de overdracht ervan : rond 10 uur aangekomen te S. hebben zij vóór de middag 34 klanten bezocht, waarvan $\pm$ 10 gekocht hebben en 13 niet thuis waren, waaruit alleen maar kan afgeleid worden dat particulieren bezocht werden of hoofdzakelijk particulieren.

Dit relaas bevestigt dus dat geïntimeerde in realiteit de functie uitoefende, omschreven in de arbeidsovereenkomst, van verkoper, waarbij tevens kan worden onderstreept dat hij aan huis verkocht bij particulieren.

Terloops zij opgemerkt dat H., opvolger van geïntimeerde, zich zelf eveneens verkoper van roomijs noemt, terwijl daarenboven uit artikel 8, tweede lid, van de arbeidsovereenkomst blijkt dat de werkgever het aanvangskapitaal dat hij kreeg tot betaling van de aanvangsvoorraad van verkoopproducten moest teruggeven op het tijdstip dat de arbeidsovereenkomst beëindigd wordt, of op het tijdstip dat de werknemer de verkoopdienst aan *particulieren-verbruikers* overdraagt (zie de stukken 2 en 9 appellante, die de opname en afgave bij begin en einde arbeidsovereenkomst bevestigen).

Er kan dus besloten worden dat hij in feite een chauffeur-verkoper was die onder het gezag, voor rekening en in naam van appellante roomijs verkocht aan huis bij particulieren. Daartoe beschikte hij over een bestelwagen, waarmee hij zijn koopwaar meenam op zijn ronde en deze onmiddellijk verkocht en afleverde aan de klanten-particulieren.

Dus blijkt dat de bepaling die geïntimeerde van zichzelf heeft gegeven tegenover de Rijkswacht in het proces-verbaal van 23 april 1980, namelijk chauffeur-verkoper en eveneens vermeld door appellante op het formulier-C4, strookt met de werkelijkheid.

De vraag die daarbij rijst is, of zulk een aan huis verkoper van roomijs kan worden beschouwd als een handelsvertegenwoordiger in de zin van artikel 4 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten.

Vooraf dient te worden opgemerkt dat ten opzichte van de cliënteel, de wet op het statuut van de handelsvertegenwoordigers (thans artt. 4 en volgende van de wet van 3 juli 1978) geen onderscheid maakte naargelang deze uit handelaars of uit particulieren bestaat. Een opmerking die tot doel had de cliënteel tot handelaars te beperken, werd niet aangevaard (zie *Parl. Hand., Senaat*, 21 mei 1963, blz. 2217).

Een dergelijk onderscheid heeft in deze zaak wel zijn belang in verband met het onderscheid tussen een handelsvertegenwoordiger en een verkoper, zoals verder zal blijken.

Appellante beroept zich op het vermoeden van artikel 4, tweede lid, van dezelfde wet, waarbij, niettegenstaande elke uitdrukkelijke bepaling van de overeenkomst of bij het stilzwijgen ervan, de overeenkomst gesloten tussen opdrachtgever en tussenpersoon, welke ook de benaming zij, beschouwd wordt als een arbeidsovereenkomst voor handelsvertegenwoordiger, tenzij het tegendeel is bewezen.

Ter zake wordt het tegendeel bewezen.

Een essentieel deel van de arbeidsovereenkomst is het opsporen en bezoeken van cliënteel met het oog op het onderhandelen over, en het afsluiten van, zaken.

Uit de ontleding van de gegevens uit de dossiers is gebleken dat geïntimeerdes activiteit bestaat uit drie fases :

- in de eerste fase treedt hij op als chauffeur-vervoerder : hij brengt de te verkopen koopwaar aan met zijn bestelwagen, vervolgens biedt hij zijn koopwaren aan, maar daar het om particulieren gaat, beperkt dit zich tot de vraag

aan de huisvrouwen of er al dan niet ijs moet zijn, waarbij hij, naargelang het antwoord positief of negatief is, de bestelde koopwaren levert of niets levert, en in het vervolg regelmatig periodiek terugkeert bij degenen die besteld hebben om dezelfde navraag te doen en te leveren ;

- na de eigenlijke verkoop levert geïntimeerde dan onmiddellijk de koopwaar die hij in zijn bestelwagen heeft (zie *Arbrb. Trav. Dinant*, 6 januari 1981, *J.T.T.*, 1981, 110, waar een dergelijk beroep «livreur» wordt genoemd, in het Nederlands vertaald als «loper») : dus hier treedt hij op als leveraar.

Een dergelijke verkoop gebeurt zonder voorafgaande bestelling en zonder het sluiten van een voorafgaand contract, en beperkt zich tot een eenvoudige tussenakt tussen de aanvoer en het leveren.

Bij een dergelijke verkoop is het aspect «opsporen en bezoeken van cliënteel met het oog op het onderhandelen over en het sluiten van zaken» vrij summier en bijkomstig en ligt het accent vooral op het periodiek bezoek en bevoorradings van de cliënteel (zie *Arbrb. Brussel*, 1 juni 1987, *R.W.*, 1987-88, 719).

Geïntimeerde is dus niet als handelsvertegenwoordiger te beschouwen, maar als verkoper.

Als bijkomende argumenten voor deze stelling kunnen nog aangemerkt worden :

- artikel 16 van het arbeidsreglement dat luidt : «In aanvulling en/of afwijking van het onderhavige arbeidsreglement voor bedienden, worden de *specifieke arbeidsmodaliteiten* voor handelsvertegenwoordigers en verkopers geregeld in een afzonderlijke overeenkomst die aan het reglement wordt toegevoegd», aldus maakte appellante zelf een duidelijk onderscheid tussen verkopers en handelsvertegenwoordigers qua arbeidsmodaliteiten, die dus voor beide categorieën verschillend zijn ;

- het feit dat eveneens in de collectieve arbeidsovereenkomsten van het Aanvullend Nationaal Paritair Comité voor Bedienden onderscheid wordt gemaakt tussen enerzijds (geranten en) aanhuisverkopers (in de Franse tekst : «*démarcheurs*» genoemd) en handelsvertegenwoordigers : zie : art. 7, C.A.O., 11 mei 1970 (K.B. 3 aug. 1970, *B.S.*, 5 dec. 1970) ; art. 8, C.A.O., 8 maart 1972 (K.B. 13 juni 1972, *B.S.*, 21 november 1972, 12.823 ; art. 12, C.A.O. 14 december 1973 (K.B. 19 april 1974, *B.S.*, 1 oktober 1974, 12.010) ; art. 8, C.A.O. 29 maart 1976 (K.B. 29 oktober 1976, *B.S.*, 16 oktober 1976, 15.906) ; art. 11, C.A.O., 29 april 1977 (K.B. 5 januari 1978, *B.S.*, 31 januari 1978, 1134) ; art. 10, C.A.O. 19 maart 1979 (K.B. 26 juni 1979, *B.S.*, 22 november 1979, 13.500), en deze laatste collectieve arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd verlengd werd (zie C.A.O. 18 maart 1980, K.B. 3 april 1981, *B.S.*, 12 mei 1981, 6155).

Dus, hoewel de wet op het statuut van de handelsvertegenwoordigers in 1963 in werking trad, werd door de jaren heen op het paritair vlak een duidelijk onderscheid gemaakt tussen aan huis verkopers enerzijds en handelsvertegenwoordigers anderzijds.

Bijgevolg is artikel 104 van de wet van 3 juli 1978 niet toepasselijk, heeft de eerste rechter geïntimeerde terecht als bediende aangemerkt, viel deze laatste als dusdanig onder toepassing van artikel 65 van de wet van 3 juli 1978, doch blijken de voorwaarden vereist door dit artikel niet voorhanden en diende het concurrentieverbod als nietig te worden aangezien, omdat dit concurrentieverbod zonder naleving van

de voorwaarden van artikel 65, de verplichtingen van de werknemer verzwakt.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE ANTWERPEN

19e KAMER – 12 MEI 1989

Voorzitter : de h. Van Lidth de Jeude

Advocaten : mrs. Van der Mussele, Campaert loco Neels,
Van den Brande loco Blontrock en L'Allemand loco Mergits

Persoonlijkheidsrechten – Recht op afbeelding – Op een openbare plaats genomen foto – Publikatie – Vergoeding – Dwangsom.

Als de gefotografeerden van een op een openbare plaats genomen foto expliciet het onderwerp uitmaken van de foto, mag deze niet zonder hun uitdrukkelijke toestemming worden gepubliceerd.

Voor een vordering die gebaseerd is op het recht op afbeelding, is het bewijs van een fout niet vereist, maar de vordering kan worden gecumuleerd met een vordering op grond van art. 1382 B.W.

De ongewilde associatie van de gefotografeerden met maatschappelijk geëngageerde verenigingen en doelgroepen met een andere filosofische overtuiging dan de hunne, verantwoordt te dezen een morele schadevergoeding van 100.000 fr. voor elke eiser.

Het feit dat, niettegenstaande protest van de eisers, de foto andermaal gepubliceerd werd (zie nader het vonnis), wettigt de toekenning van een dwangsom.

L. en V. t. Z. e.a.

Overwegende dat eisers hebben vastgesteld dat in het S-Magazine van maart 1982, waarvan tweede verweerder de verantwoordelijke uitgever is, een foto werd gepubliceerd gemaakt door eerste verweerder van het gezin van de eisende partijen ;

Overwegende dat de afdruk van dezelfde foto herhaald werd in hetzelfde S-Magazine van mei 1984 ;

Overwegende dat dezelfde foto andermaal werd afgedrukt in een propagandafolder van het A.B.V.V., waarvan derde verweerder de verantwoordelijke uitgever is ;

Overwegende dat de foto werd genomen en afgedrukt zonder de toestemming van de eisende partijen ;

Overwegende dat ter gelegenheid van de twee eerste publicaties eisers telefonisch protesteerden waarna een schadevergoeding eerst van 5.000 fr. en daarna van 10.000 fr. hun zou zijn aangeboden door eerste verweerder ; dat op de vraag van eisers het origineel terug te krijgen ten einde verdere publicatie te voorkomen, zij een diapositief ontvingen ;

dat achteraf verweerders beweren dat dit diapositief werd toegezonden omdat eisers «het mooi zouden hebben gevonden» ;

Overwegende dat fotograferen op een openbare plaats geoorloofd is ;

Overwegende dat de publikatie van een aldus genomen foto niet zonder toestemming van de gefotografeerden mag geschieden indien de gefotografeerden belachelijk worden gemaakt, of nog wanneer niet de openbare plaats, maar de

gefotografeerden zelf expliciet het voorwerp uitmaken van de afbeelding (Lievens, J., «Recht op afbeelding», *R.W.*, 1976-77, 1852) ;

Overwegende dat in casu het tweede element duidelijk aanwezig is daar op de foto in kwestie expliciet eisers alleen worden weergegeven ;

Overwegende dat de toestemming tot publikatie geenszins wordt vermoed, en integendeel uitdrukkelijk dient te geschieden (zie ook Guldix, E., «Algemene systematische beschouwingen over het persoonlijkheidsrecht op de eigen afbeelding», *R.W.*, 1980-81, 28 e.v.) ;

Overwegende dat de vordering gebaseerd op het recht op afbeelding niet het bewijs van fout vereist, doch niettemin deze vordering kan worden gecumuleerd met een vordering op grond van art. 1382 B.W. (Lievens J., o.c., 1865, en Rb. Antwerpen, 24 juni 1985, *R.W.*, 1985-86, 2646) ;

Overwegende dat derhalve de publikatie zonder toestemming het recht op vergoeding doet ontstaan, welke vergoeding door de rechtbank ex aequo et bono dient te worden begroot ;

Overwegende dat rekening dient te worden gehouden met het feit dat de publikatie in het S-Magazine doet doorschijnen dat eisers bij de socialistische familie aanleunen, terwijl door verdere publikatie in een folder van het A.B.V.V. doet voorkomen dat eisers syndicaal geëngageerd zijn, terwijl volgens eisers noch het een noch het ander behoort tot hun filosofische overtuiging dewelke stellen hoegenaamd niet tot de socialistische familie te behoren, noch syndicaal geëngageerd zijn ;

Overwegende dat de ongewilde associatie met maatschappelijk geëngageerde verenigingen en doelgroepen met een andere filosofische overtuiging dan die van eisers een morele schadevergoeding verantwoordt van ex aequo et bono van 100.000 fr. voor elk der eisers ;

Overwegende dat rekening houdend met de gebeurtenissen uit het verleden, namelijk dat eisers na de publikatie in het S-Magazine geprotesteerd hebben en nadat zij geëist hadden het origineel van de foto te krijgen teneinde verdere publicatie te voorkomen, zij een diapositief ontvingen, doch niettemin de foto andermaal gepubliceerd werd in een A.B.V.V.-folder, de toekenning van een dwangsom van 300.000 fr. in geval van verdere publikatie gegrond voorkomt ;

Wat de vordering opzichts eerste verweerder betreft

Overwegende dat eerste verweerder de foto in kwestie enkel gemaakt heeft, en ze niet heeft gepubliceerd, derwijze dat de vordering tegen eerste verweerder slechts gebaseerd kan zijn op art. 1382 B.W. ;

Overwegende nochtans dat eerste verweerder geen fout kan verweten worden ; dat niet alleen fotograferen op een openbare plaats geoorloofd is, maar bovendien eisers, door een openbare plaats te betreden uit de intimiteit treden (zie o.m. Guldix E., o.c., nr. 40 i.f.) ;

Overwegende bovendien dat eerste verweerder de kopers van zijn foto's ondubbeltzinnig doet kennen dat het gebruik van de foto's beperkt is door de regeling van de nodige toestemming door de gebruiker zelf (art. 6 Algemene Factuurvoorwaarden) ;

Dat de eis ten opzichte van eerste verweerder dan ook ongegrond voorkomt ;

. . .

Om die redenen,

Veroordeelt tweede en derde verweerder solidair om aan eisers in eigen naam te betalen de som van 2 x 100.000 fr. = 200.000 fr. en aan eisers in hun hoedanigheid van ouders en wettelijke beheerders over de persoon en de goederen van hun minderjarige zoon S. de som van 100.000 fr., beide bedragen te vermeerderen met de gerechtelijke interesten en de kosten van het geding;

Legt aan tweede en derde verweerder verbod op de foto van eisers nog te publiceren, tentoon te stellen of er afstand van te doen aan derden hetzij om niet hetzij onder bewaren-de titel;

Zegt voor recht dat tweede en derde verweerder gehouden zullen zijn tot betaling van een dwangsom van 300.000 fr. bij elk gebruik dat verder nog zal worden gemaakt van de foto van eisers in een publikatie ofwel door tweede en derde verweerder ofwel door een derde;

...

CORRECTIONELE RECHTBANK TE IEPER

7e KAMER – 28 SEPTEMBER 1989

Voorzitter-rapporteur: de h. Mertens

Rechters: de hh. Deseure en Verstraete

Openbaar ministerie: de h. Durieu

Advocaten: mrs. Snick, Dumolein, Boedts, en Bouckenoo-ghe loco Bogaert

Wegverkeer – Verkeer onveilig maken – Dader

Wanneer onbekend gebleven werklieden het verkeer onveilig hebben gemaakt door de rijbaan te bevuild met modder afkomstig van de wielen van de tractoren die zij bestuurden, hebben niet alleen die werklieden, maar ook hun werkgever art. 7.1 Wegverkeersreglement overtreden.

V. en Stad Ieper t/ C. en P.

Uit de gegevens van het opsporingsonderzoek en van het aanvullend onderzoek bevolen voor de eerste rechter blijkt dat het ongeval zich voorgedaan heeft op 10 november 1987 omstreeks 21.30 uur toen Geert V. met zijn personenwagen rijdende met een snelheid van ongeveer 40 km/u in de Hazewindstraat te Ieper-Vlamertinge ter hoogte van het bieten-veld van Michel C. slipte op een modderlaag op de rijbaan en in de rechts in zijn rijrichting gelegen sloot terechtkwam.

Voor rekening van M. C. hadden werklieden in dienst van Roger P. laat op de middag op dat veld bieten gerooid en ze met tractoren en aanhangwagens van de akker naar de hoeve vervoerd, waarbij aarde van de wielen op de rijbaan terechtgenomen was. Tijdens de werkzaamheden was het begonnen te regenen zodat zich een modderlaag op de rijbaan gevormd had. Meteen heeft C. gepoogd de rijbaan schoon te maken, eerst met een tractor met schop en vervolgens met een handschop, maar er bleef modder op de rijbaan over. Hij had tevens op 250 m vóór de ongevalsplaats een gevaarsdriehoek geplaatst recht naast de rijbaan. Hij was met de loonwerker P. overeengekomen dat hijzelf na beëindiging van het loonwerk de weg schoon zou maken.

De rijkswacht stelde vast dat de rijbaan modderig was over een afstand van ongeveer 250 m vanaf de plaats van het ongeval tot nabij de hoeve C., dat zij ter hoogte van de ongevalsplaats zeer glibberig was over een afstand van ongeveer 40 m, veroorzaakt door een dikke laag modderbrij, dat C. ten tijde van de vaststellingen bezig was met een handschop de rijbaan schoon te maken doch, daar dat niet doelmatig was en hij over geen ander materieel beschikte, zij de brandweer van Ieper gewaarschuwd hadden ten einde de weg schoon te maken.

Terecht heeft de eerste rechter beklaagde C. ontslagen van rechtsvervolgning. In strijd met wat P. in zijn conclusie stelt volgt uit de elementen van het strafdossier niet dat C. met zijn tractor de rijbaan bevuild zou hebben. Hij heeft niet deelgenomen aan de rooi- en vervoerwerkzaamheden. Wel heeft hij met een tractor met schop gepoogd de rijbaan schoon te maken, maar daarbij heeft hij die baan niet bevuild. De beklaagde heeft noch direct noch indirect aarde, modder of slijk op de rijbaan doen vallen of achtergelaten in de zin van artikel 7.1 van het Wegverkeersreglement.

Eveneens terecht heeft de eerste rechter die overtreding wel passend bestraft ten laste van de rechtstreeks gedaagde P. De rijbaan werd immers bevuild door aarde afkomstig van de wielen van de tractoren met aanhangwagens bestuurd door de werklieden van P. die vanop de akker van C. bieten naar diens hoeve vervoerden. Die werklieden waren derhalve weggebruikers onderworpen aan de voorschriften van artikel 7.1 van het Wegverkeersreglement. Daaruit volgt echter niet dat slechts die onbekend gebleven werklieden dat artikel overtreden hebben met uitsluiting van hun werkgever P. die bij de uitvoering van het loonwerk niet aanwezig was.

Artikel 7.1 bestraft het opzettelijk of onopzettelijk achterlaten op de openbare weg van stoffen die het verkeer hinderen of onveilig maken, zodra dat achterlaten direct of indirect uit de daad van de beklaagde voortkomt. Die bepaling vereist niet dat de beklaagde zelf stoffen op de openbare weg geworpen, geplaatst of laten vallen heeft. Als werkgever van de werklieden die het vervoer verrichtten, oefende P. het volledig gezag uit over hen en had hij in principe het toezicht op en de onmiddellijke leiding van de werkzaamheden die de aanwezigheid van modder op de openbare weg veroorzaakten, ook al was hij ter plaatse niet aanwezig. Hij heeft dus indirect door toedoen van de werklieden onder zijn bevel, de stoffen op de openbare weg laten vallen en achtergelaten (Cass., 24 juni 1963, *R. W.*, 1963-64, 1357) zodat de overtreding van artikel 7.1 van het Wegverkeersreglement bewezen is.

De toepasselijkheid van artikel 7.1 is niet afhankelijk van het al dan niet gebeuren van een ongeval. Voldoende is dat de voorwerpen of stoffen het verkeer hinderen of onveilig maken. De supra beschreven staat van het wegdek vormde op zichzelf, objectief, een hinder voor het verkeer en maakte het onveilig.

De afspraak of overeenkomst met C. dat deze laatste na de werkzaamheden de rijbaan zou schoonmaken neemt de overtreding van artikel 7.1 door P. niet weg, daar de strafwet van openbare orde is en aan een dergelijke wet krachtens artikel 6 B.W. door geen bijzondere overeenkomst afbreuk gedaan kan worden.

...

BOEKEN

B. HUBEAU en J. VANDE LANOTTE, **O.C.M.W. en rechtshulp**, in *Tegenspraak Cahiers* 4, Antwerpen, Kluwer, 1987, 79 p.

In dit cahier wensen B. Hubeau en J. Vande Lanotte de discussie over het verlenen van rechtshulp opnieuw op te starten aan de hand van een eerste kritische evaluatie na tien jaar praktijk inzake rechtshulpverlening in het kader van het O.C.M.W.

In het eerste hoofdstuk analyseren zij de wettelijke mogelijkheden en grondslagen geboden door de O.C.M.W.-wet voor het opzetten van rechtshulpdiensten in het O.C.M.W. zelf of in samenwerking met andere O.C.M.W.'s of derden. Deze analyse wijst uit dat een expliciete wettelijke regeling van de rechtshulpverlening binnen het O.C.M.W. ontbreekt, maar uit de voorgeschiedenis en de parlementaire behandeling van de O.C.M.W.-wet blijkt dat dit centrum een zeer algemene hulpverleningstaak toegewezen krijgt waarbij beoogd wordt een algemeen recht op maatschappelijke dienstverlening te waarborgen, die niet alleen curatief maar ook preventief is. De concrete vormgeving van deze taak is een beleidsbeslissing van het O.C.M.W. en kan geschieden in het kader van samenwerkingsverbanden.

In het tweede hoofdstuk geven de auteurs een concrete evaluatie van de rechtshulpdiensten in de praktijk op basis van gesprekken met rechtshulpverleners van tien O.C.M.W.'s die rechtshulp bieden op basis van het stafmodel, waarbij het O.C.M.W. iemand in dienst neemt om rechtshulp te verlenen (i.t.t. het balie-model). Dit veldonderzoek, dat geconcentreerd werd rond het ontstaan en de organisatie van de rechtshulpdiensten, het territorium en het beoogde publiek, en de positie van de rechtshulpverlener, toont een groot gebrek aan voorbereiding bij het opzetten van de rechtshulpdiensten, een ongecoördineerde uitbouw ten gevolge van de geïsoleerde initiatieven en de afwezigheid van een gecentraliseerd beleid.

Andere bevindingen waartoe het onderzoek leidt, zijn de afwezigheid van een tweede lijnsrechtshulp, het marginaal karakter van het publiek, de dominantie van de vrouw en het curatief karakter van de verstrekte hulpverlening. Verder wordt vastgesteld dat de rechtshulpverlener de enige jurist in de dienst is, die in een statutair onduidelijke situatie verkeert wat zijn principiële onafhankelijkheid niet steeds ten goede komt.

In het derde hoofdstuk worden de verwezenlijkingen van tien jaar O.C.M.W. rechtshulp getoetst aan de programmapunten die in het 10 oktober manifest van de (intussen ontbonden) Vereniging Voor Rechtshulp werden geformuleerd. Deze evaluatie mondt uit in een conclusie die tevens een eerste globale evaluatie van het huidige O.C.M.W.-rechtshulpmodel bevat.

In het huidige model onderkent men geen multidisciplinaire aanpak, wat immers het in dienst nemen van specifiek personeel veronderstelt en aldus het vrijmaken van bijkomende middelen impliceert.

Een ander belangrijk gegeven in het huidige systeem is het gebrek aan een tweedelijnsrechtshulp, wat rechtstreeks de organisatie van en de relatie met de balie aanbelangt. In de ogen van de auteurs wenst de balie door de recente opendeurdag-initiatieven haar macht ter zake af te schermen. Zij wijzen op de noodzaak van een herstructurering van de gehele rechtsbedeling met een gewijzigde positie van de advocatuur.

Bij deze herstructurering kan gekozen worden hetzij voor een curatief systeem, hetzij voor een meer actieve aanpak met een politieke duiding en een structurele actie.

Het huidige O.C.M.W.-model wordt omschreven als een «schemermodel» als aanvulling op het traditioneel O.C.M.W.-profiel waarbij de rechtshulp eerder thuishoort in het terrein van het politiek dienstbetoon.

Dit wordt toegeschreven aan het feit dat deze vorm van rechtshulp af te rekenen heeft met een aantal spanningen die samenvallen met de vraag of deze vorm van rechtshulp een oplossing kan betekenen voor de rechtshulpproblematiek op lange termijn.

Allereerst is er de spanning of men met de huidige geïsoleerde en ongecoördineerde initiatieven de nieuwe vorm van O.C.M.W.-hulpverlening met het oog op de uitbouw van een kwalitatieve juridische hulpverlening doorgang wil laten vinden dan wel daarentegen uit-

sluitend een model wil opzetten als een verlengde van een gesatureerd politiek dienstbetoon.

Een andere spanning betreft het type van de verstrekte rechtshulp. De huidige O.C.M.W.-rechtshulpdiensten bewegen zich vooral op het gebied van het curatieve, individuele rechtshulptype en minder van het structurele of preventieve type.

De auteurs besluiten dat het doorbreken van deze spanningen een evolutie zou kunnen betekenen naar het bewijs van de validiteit van het O.C.M.W.-rechtshulpmodel als mogelijke stap naar de oplossing van de gehele rechtshulpproblematiek. Daarbij wordt een gecombineerd model vooropgesteld, met waarborgen voor de onafhankelijkheid van de rechtshulpverlener, financiële impulsen voor de verzekering van de multi-disciplinariteit binnen de diensten en de uitbouw van een tweede lijn.

Gelet op de reeds bestaande mogelijkheden inzake samenwerkingsverbanden tussen O.C.M.W.'s en plaatselijke V.Z.W.'s waarbij een actieve en structurele aanpak wordt nagestreefd, zou dit gecombineerd model reeds zonder een voorafgaande wetwijziging experimenteel kunnen worden opgestart. Hierbij worden evenwel vragen in het leven geroepen omtrent de institutionalisering van de eerste- en tweedelijnsrechtshulp en de mogelijke verzuiling ervan.

Dat een brede maatschappelijke rechtshulpdiscussie thans welkom is met het oog op een volledige rechtshulphervorming, kan niet worden betwijfeld. Wel geeft deze studie blijk van een zeker vooroordeel tegenover de rol die de advocatuur hierbij zou kunnen vervullen. De analyse biedt dan ook voldoende stof voor de gewenste hernieuwde discussie over het probleem van de rechtshulp.

*Karen Broeckx
Assistente Universiteit Antwerpen*

MEDEDELINGEN

Studiedag : Verkeersongevallen. Evolutie inzake de vergoeding van de lichamelijke en materiële schade

Deze studiedag, georganiseerd door de Groepering van Vrede- en Politierichters van het gerechtelijk arrondissement Brussel in samenwerking met de Rechtsfaculteit van de U.L.B., Touring Wegenhulp en de Vereniging van Verzekeringsjuristen, vindt plaats op 19 januari 1990 in het auditorium Dupréel van de Université Libre de Bruxelles.

Beknopt programma :

- 9u00 Welkomstwoord door de voorzitter van de rechtsfaculteit, de heer B. Glansdorff.
- 9u15 Beschouwingen omtrent de evolutie van de rechtspraak inzake materiële schade door de heer M. Helpens (vrederechter 5e kanton, Brussel).
- 9u45 Economische gevolgen van de arresten van het Hof van Cassatie door de heer B. Stiernon (B.V.V.O.).
- 10u30 De R.D.R. overeenkomst en de expertise door de heer S. Kinet.
- 11u00 Het standpunt van de automobilist betreffende de vergoeding van de materiële schade door de heer P. Jans (Touring Wegenhulp).
- 14u00 Beschouwingen naar rechtservering omtrent de vergoeding van lichamelijke schade door de heer T. Malgaud (deken Politierichters, Brussel).
- 14u30 Schatting van de bestendige werkonbekwaamheid. Welke methode? door prof. J.L. Fagnart.
- 15u00 De aantasting van de fysieke integriteit en de belastingen door mr. P. Glineur.
- 15u45 De conventie V.V.L.L. - M.O.U.R. door de heer S. Kinet.
- 16u15 Juridische problemen in verband met de conventionele procedure van vergoeding door de heer B. Dubuisson.

Inlichtingen : de heer P. Oliviers, Vrederechter 4e kanton Brussel - de heer A. Pire, Vereniging van Verzekeringsjuristen, tel. 02/513.68.45.