

ENKELE BESCHOUWINGEN OVER HET GELIJKHEIDSBEGINSEL

*Rede uitgesproken door mr. D. VAN HEUVEN
op de openingsconferentie van de Jonge Balie te Kortrijk op 26 oktober 1990*

I. Inleiding

Het zijn boeiende tijden voor hen die het publiek recht beoefenen. Dit is wel eens anders geweest. Publicisten werden nog niet zo lang geleden beschouwd als wat wereldvreemde wetenschappers die de verheven principes bestudeerden van een blijkbaar immer standvastige grondwet.

Vandaag is het publiek recht een actuele en vooral sterk evoluerende tak van ons recht geworden met een grote politieke en maatschappelijke relevantie. Uit de recente hoogtepunten die ons staatsrecht heeft gekend, als daar zijn de opeenvolgende staats hervormingen of de minikoningskwes- tie, leg ik U vandaag een thema voor dat de rechtspractici wellicht het meest zal interesseren, namelijk dat van het gelijkheidsbeginsel.

De laatste staats hervorming heeft het gelijkheidsbeginsel met nog grotere nadruk onder de aandacht gebracht van de juristen. De reden hiervan is uiteraard te zoeken in de nieuwe bevoegdheden van het Arbitragehof en de Raad van State. Die lijken, tenminste op het eerste gezicht, ongekende mogelijkheden te scheppen voor de rechtsonderhorigen – en hun advocaten. Let wel, de introductie van een nieuwe bevoegdheid, zoals van een nieuw rechtscollege, geeft telkens aanleiding tot torenhoge verwachtingen, die niet steeds realistisch blijken. Zo moest de piepjonge Raad van State in zijn drie eerste arresten aan de ontgoochelde pioniers meedelen dat zijn vernietigingsbevoegdheid zich uitstrekt noch tot huurovereenkomsten, noch tot vonnissen van gewone rechtbanken, noch tot inbeslagnemingen¹. Het zal nu niet anders zijn. Aan het einde van deze uiteenzetting ga ik in op de reële uitbreiding van de bevoegdheden van de Raad van State en het Arbitragehof.

II. Het gelijkheids- en niet-discriminatiebeginsel

Het gelijkheidsbeginsel wordt gehuldigd in talloze internationale, grondwettelijke en andere normen.

Men denkt onmiddellijk aan de artikelen 6 en 6bis van de Belgische Grondwet. Artikel 6 Gw. verwoordt op *positieve wijze* het gelijkheidsbeginsel. Het heet dat *alle Belgen gelijk zijn voor de wet*. «Er is in de staat geen onderscheid van standen. Enkel Belgen zijn tot de burgerlijke en militaire bedieningen benoembaar, behoudens de uitzonderingen die voor bijzondere gevallen door een wet kunnen worden gesteld». Het eerste lid van artikel 6bis verwoordt het gelijkheidsbeginsel *negatief*²: het wordt dan het *niet-discriminatiebeginsel*. «Het genot van de rechten en vrijheden aan de Belgen toe-

gekend moet *zonder discriminatie verzekerd worden*. *Te dien einde waarborgen de wet en het decreet onder meer de rechten en vrijheden van de ideologische en filosofische minderheden.*» Net zoals artikel 6 heeft artikel 6bis Gw. een algemene draagwijdte. Het verbiedt **elke** discriminatie, ongeacht de oorsprong ervan³. Daarnaast zijn er o.m. artikel 17, §4, Gw. dat de gelijkheid van leerlingen, studenten, ouders, personeelsleden en onderwijsinstellingen bevestigt, artikel 112 Gw., dat bepaalt dat inzake belastingen geen voorrechten kunnen worden ingevoerd, artikel 59bis, §7, Gw., dat bepaalt dat de wet de regelen vaststelt teneinde elke discriminatie om ideologische en filosofische redenen te voorkomen en de artikelen 7, 8 en 92 Gw., die de gelijke behandeling voor het gerecht waarborgen. Op internationaal niveau zijn artikel 14 E.V.R.M., de artikelen 2, §1, en 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten en de artikelen 7 en 119 EEG-Verdrag van belang. Deze bepalingen hebben immers rechtstreekse werking.

Over de verhouding tussen het nationaal en het internationaal recht zal ik verder nog uitweiden.

III. Het gelijkheidsbeginsel in de relatie burger/overheid

Het gelijkheids- of het niet-discriminatiebeginsel is ongetwijfeld een hoeksteen van de democratische rechtsstaat⁴.

Het geldt in de eerste plaats in de verhouding tussen overheid en particulier. De toepassingen zijn legio. Men denkt aan het verbod van onderscheid van standen in de Staat, aan de gelijke toegang tot het gerecht⁵, aan de gelijke toegang tot het openbaar en militair ambt⁶, aan de gelijkheid voor de belastingen⁷, aan de gelijke toegang tot overheidsop-

³ Arbitragehof, nr. 26/90, 14 juli 1990, (3.B.1), B.S., 4 augustus 1990; VELAERS, J., *Van Arbitragehof tot grondwettelijke hof*, Maklu, Antwerpen, 1990, nr. 106.

⁴ R.v.St., Masip, nr. 16.303, 15 maart 1974; BRUNNER, C., *Aansprakelijkheid naar draagkracht*, Kluwer, Deventer, 1973, 3; INGBER, L., o.c., in *L'Egalité*, VI, 1981, 34.

⁵ DEMEZ, G., «L'égalité dans le procès civil», in *Publikaties van het Centrum voor Wijsbegeerte van het Recht van de V.U.B., L'Egalité*, VIII, Brussel, Bruylant; 1982, 54-57 (bij verdere verwijzingen naar deze tiendelige reeks over gelijkheid wordt enkel de titel «L'Egalité», het deelnummer en het jaartal geciteerd); WIGNY, P., o.c., 301.

⁶ ELST, R., »Gelijke toegang tot de overheidsbetrekkingen voor man en vrouw», *T.B.P.*, 1972, 407-411; INGBER, L., «A propos de l'égalité dans la jurisprudence belge», in *L'Egalité*, I, 1971, 15; WOLFCARIUS, P., «Le contenu et l'évolution du principe d'égalité dans l'accès à la fonction publique», in *L'Egalité*, VIII, 1982, 145-192.

⁷ INGBER, L., «A propos de l'égalité dans la jurisprudence belge», o.c., 6; KIRKPATRICK, J., «L'égalité devant l'impôt en droit belge contemporain», in *L'Egalité*, III, 1975, 7-11; VAN ISTENDAEL, F., «De

¹ R.v.St., Aerts, Put, Van Steelandt, nrs. 1, 2, 3, 8 november 1948.

² MAST, A., ALEN, A., en DUJARDIN, J., *Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht*, Story Scientia, Gent, 1983, 512.

drachten⁸, de benuttingsgelijkheid voor de gebruikers van de openbare dienst⁹, aan de gelijkheid van en in het onderwijs¹⁰ enz.

De overheid moet het gelijkheidsbeginsel eerbiedigen zowel bij haar wetgevende, als bij haar uitvoerende en rechterlijke¹¹ taak.

In Nederland wordt het gelijkheidsbeginsel terecht als een beginsel van behoorlijk bestuur beschouwd¹².

IV. Inhoud van het gelijkheidsbeginsel

Men stelt zich nu de vraag wanneer en onder welke voorwaarden de overheid haar burgers onderscheiden mag behandelen¹³ en wanneer er sprake is van discriminatie. Een discriminatie is een ongeoorloofde differentiatie.

A. Ontwikkeling

Het antwoord op die vraag is noodzakelijkerwijze verbonden met de heersende politieke, economische en sociale factoren¹⁴. Daarom varieert de inhoud, ja zelfs de conceptie van het gelijkheidsbeginsel naar tijd en plaats¹⁵. Een voorbeeld. Nog niet zo lang geleden, namelijk in 1889, was het

rechtsbescherming van de belastingplichtige onder de Belgische grondwet: het gelijkheidsbeginsel», in *Liber Amicorum A. Tiberghien*, 381-396; VAN ORSHOVEN, P., «Algemene beginselen van behoorlijk fiscaal en ander bestuur», in STORME, M., en VAN CROMBRUGGE, S., *Actuele problemen van fiscaal recht*, Kluwer, Antwerpen, 1989, 17-18.

⁸ DELAHAUT, P., «La notion d'égalité dans les marchés publics», in *L'Egalité*, VIII, 1982, 115-144.

⁹ MAST, A., en DUJARDIN, J., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Story Scientia, Gent, 1984, 68; VELU, J., *Droit public*, I, Bruylant, Brussel, 1986, 118-119.

¹⁰ Zie hierover DE GROOF, J., *De grondwetsherziening van 1988 en het onderwijs. De schoolvrede en zijn toepassing*, Brussel, Story-Scientia, 1989, in het bijzonder 66 e.v. en 175 e.v.

¹¹ Zie voor een toepassing Cass., 14 april 1921, *Pas.*, 1921, I, 136.

¹² MULDER, A. en WINTER R., «Gelijkheid en gelijkheidsbeginsel», in *Liber Amicorum Josse Mertens de Wilmars*, Kluwer Rechtswetenschappen, Antwerpen, 166. Zie in dezelfde zin VAN GERVEN, W., *Handels- en economisch recht*, in *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, XIII-IA, Story Scientia, Brussel, 24.

¹³ De wijze waarop de overheid vreemde staatsburgers dient te behandelen valt buiten het bestek van deze uiteenzetting. Ik verwijs enkel naar artikel 128 Gw., waardoor iedere vreemdeling die zich op het Belgisch grondgebied bevindt, de bescherming geniet verleend aan personen en aan goederen, behoudens de bij wet gestelde uitzonderingen, en dat zodoende het gelijkheidsbeginsel voor vreemdelingen bevestigt (Arbitragehof, nr. 25/90, 5 juli 1990, (3.B.1), B.S., 6 oktober 1990).

¹⁴ INGBER, L., «A propos de l'égalité dans la jurisprudence belge», o.c., 3. Niet zonder reden noemt Ingber het domein van de gelijkheid «un lieu de rencontre privilégié du droit et de la philosophie morale» (*Idem*, 4).

¹⁵ Eerste minister Martens verwoordde het als volgt: «het gelijkheidsbeginsel is (...) in hoge mate een beginsel waarin het juridische en het politieke, de legaliteit en de opportuniteit innig verstrengeld zijn (*Gedr. St., Senaat*, 1988-89, nr. 483/2). Zie ook R.v.St., Masip, nr. 16.303, 15 maart 1974 (*R.W.*, 1974-75, 353, met noot ALEN, A.); INGBER, L., «A propos de l'égalité dans la jurisprudence belge», o.c., 34; MULDER, A. en WINTER, R., «Gelijkheid en gelijkheidsbeginsel», in *Liber Amicorum Josse Mertens de Wilmars*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1982, 163.

Hof van Cassatie de mening toegedaan dat het beroep van advocaat een «office viril» inhoudt waarvan de uitoefening strijdig is met de natuur en de zeden van de vrouw en haar dus verboden is¹⁶. Wij allen weten vandaag dat de vrouwelijke natuur geenszins een beletsel vormt om ons geliefkoosd beroep met de nodige «viriliteit» uit te oefenen!

De liberale grondwetgever in 1831 beoogde met artikel 6 Gw. de rechtsgelijkheid en zeker niet de feitelijke gelijkheid van de burgers te bewerkstelligen¹⁷. Het gelijkheidsbeginsel had een louter formeel karakter. De gelijke behandeling is de regel, de differentiatie de uitzondering.

In onze socialiserende tijden is er ongetwijfeld een tendens naar meer feitelijke gelijkheid¹⁸. De onderscheiden behandeling wordt als een instrument gezien om de feitelijke ongelijkheden af te zwakken. De ongelijke behandeling wordt nu regel, de gelijke behandeling uitzondering.

De gevolgen van deze nieuwe conceptie zijn verregaand. Het gelijkheidsbeginsel zou in bepaalde omstandigheden kunnen uitmonden in een *gelijkmakend handelingsgebod*¹⁹. Vooraanstaande rechtsgeleerden zoals Orban en Mast zijn zo van oordeel dat de overheid niet alleen het recht heeft om ongelijke situaties ongelijk te behandelen, maar daartoe ook de *plicht* heeft²⁰. De overheid zou dus discriminerend kunnen handelen door ongelijke toestanden gelijk te behandelen. Het komt me voor dat de rechter slechts in uitzonderlijke omstandigheden toepassing mag maken van deze leer, met name indien de gelijke behandeling duidelijk een verkapt vorm van discriminatie inhoudt die specifiek verboden wordt²¹. Ik heb kennis van één toepassing in de Belgische rechtspraak. De Raad van State heeft geoordeeld dat een gemeente discriminerend optreedt door een ieder zon-

¹⁶ Cass., 11 november 1889, *Pas.*, 1890, I, 10, met gelijkluidende conclusie BOSCH. Advocaat-generaal Bosch verwierp de argumentatie op grond van artikel 6 Gw. als volgt: «Cela signifie-t-il que (...) les femmes et les hommes auront identiquement les mêmes droits? S'il fallait l'admettre, Messieurs, la Constitution aurait proclamé, non seulement l'admission des femmes au barreau, mais leur entrée dans les emplois publics, leur admission à l'électorat, mieux encore l'admettre de toutes les incapacités prononcées à l'égard de la femme par le code civil. Evidemment, le législateur constituant n'a jamais pensé à cela: égalité civile et politique n'a jamais voulu dire assimilation complète des deux sexes!» (*Idem*, 14).

¹⁷ ALEN, A., *Algemene inleiding tot het Belgisch publiek recht*, Brussel, Story Scientia, 1986, 285; DELPÉRÉE, F., *Droit constitutionnel*, I, *Les données constitutionnelles*, Brussel, Larcier, 1980, 190. Lees ook proc.-gen. FAIDER, C., *L'égalité devant la loi*, Brussel, Bruylant, 1871, 24 pp.

¹⁸ PERELMAN, C., *Ethique et droit*, Ed. de l'ULB, Brussel, 1990, 265 e.v.; RIGAUX, F., «Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit international privé belge», in *Travaux de l'association Henri Capitant*, XIV, Parijs, Dalloz, 1965, 440-459; VAN LAETHEM, G., «Artikel 6 van de grondwet», *Jura Falc.*, 1967-68, nr. 2, 25.

¹⁹ Zie, voor toepassingen in het EG-Recht, LENAERTS, K., «Gelijkheid en non-discriminatie in het Europees Gemeenschapsrecht», tekst voorgedragen ter gelegenheid van het Colloquium *Gelijkheid en non-discriminatie*, Leuven, KUL en RUG, 5 oktober 1990, nr. 15 en 33.

²⁰ MAST, A., «Gelijkheid voor de wet», *Adm. Lex.*, 6; ORBAN, O., *Le droit constitutionnel de la Belgique*, III, Dessain, Luik, 1911, 117. In dezelfde zin DEMEYER, J., *Staatsrecht*, Acco, Leuven, 1975, 514.

²¹ Dit is, aldus Koen LENAERTS, de rechtspraak van het Hof van Justitie van de E.G. (LENAERTS, K., o.c., nr. 15).

der uitzondering en dus ook niet-christelijken op te leggen een kruis als grafteken te plaatsen²². Met reden legt de Belgische rechter de grootste omzichtigheid aan de dag²³. Het komt immers de wetgever toe te bepalen wie en waarom verschillend dient te worden behandeld. De rechter zal hierop slechts een uiterst marginale controle kunnen uitoefenen. Hij mag het beleid niet zelf invullen²⁴.

Een ander gevolg van het gelijkmakende gelijkheidsbeginsel is wat men noemt de «positieve discriminatie»²⁵. Het gaat hier om een gedifferentieerd overheidsoptreden ten voordele van de zwakkeren in de maatschappij. Het is paradoxaal dat men om tot meer reële gelijkheid te komen, verplicht is een beroep te doen op een ongelijke behandeling van individuen²⁶. Zo zal een benoemingspolitiek die een grotere deelname van vrouwen in de overheidsdiensten beoogt of op taakkaders steunt, de gelijkheid onder de individuele kandidaten in het gedrang kunnen brengen.

B. Gelijkheid voor de wet en gelijkheid door de wet

De gelijkheid voor de wet houdt in dat alle individuele Belgen zich op gelijke wijze naar de wet moeten gedragen, zoals ze allen hetzelfde recht hebben om de bescherming van de wet in te roepen²⁷. Dit brengt m.i. met zich mee dat iedere burger in gelijke mate recht heeft op een correcte toepassing van de wet²⁸. De overheid kan niet zonder het gelijkheidsbeginsel te schenden de eigen regelen miskennen. Zoals we verder zullen zien, denkt de Raad van State daar (thans) anders over. De gelijkheid voor de wet impliceert volgens mij eveneens dat niemand op een andere wijze in rechte behandeld mag worden, dan tenzij de ongelijke behandeling in een wet, een decreet of een ordonnantie steun vindt²⁹. Enkel indien de (administratieve) overheid hiertoe

²² R.v.St., Kinrooi, nr. 17.114, 7 juli 1975.

²³ In verschillende arresten wordt enkel bevestigd dat artikel 6 niet verbiedt dat voor verschillende toestanden verschillende regels worden toegepast (Arbitragehof, nr. 18/90, 23 mei 1990, (B.8), *B.S.*, 27 juli 1990; Cass., 30 oktober 1922, *Pas.*, I, 1923, 34; Cass., 5 januari 1931, *Pas.*, I, 1931, 26; R.v.St., V.Z.W. Association des parents des élèves des écoles gardienne et primaire de l'Institut de l'Enfant-Jésus, nr. 15.693, 1 februari 1973). Zie ook R.v.St., Walliez, nrs. 32.151 tot en met 32.153, 8 maart 1989.

²⁴ In dezelfde zin Arbitragehof, nr. 23/89, 13 oktober 1989, (B.2.7), *B.S.*, 8 november 1989.

²⁵ Lees over positieve discriminatie de verschillende bijdragen in Cahier 8 van *Tegenspraak, Positieve actie, positieve discriminatie, voorkeursbehandeling voor vrouwen*, Kluwer, Antwerpen, 1990 en in *Handelingen van de Nederlandse Juristenvereniging*, 1989-I, *Positieve discriminatie*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1989.

²⁶ INGBER, L., «Recht en Gelijkheid», in *L'Egalité*, VI, 1981, 24 en 45; PERELMAN, C., «Liberté, égalité et intérêt général», in *L'Egalité*, V, 1977, 11; VOGEL-POLSKY, E., «Des contradictions de l'égalité en droit du travail», in *L'Egalité*, IV, 1975, 42.

²⁷ Cass., 3 mei 1965, *Pas.*, 1965, I, 924; Cass., 24 januari 2 en 9 mei 1973, *A.C.*, 1973, 533, 836 en 854; DUMON, F., conclusie bij Cass., 14 januari 1976, *R.W.*, 1975-76, 1753; VELU, J., conclusie bij Cass., 20 november 1975, *Pas.*, 1976, I, 353.

²⁸ VELAERS, J., *Van Arbitragehof naar grondwettelijk hof*, nr. 199. Zie R.v.St., Reyniers, nr. 34.768, 19 april 1990.

²⁹ Zie dezelfde zin DELAHAUT, P., «La notion d'égalité dans les marchés publics», in *L'Egalité*, VIII, 1982, 131 en WOLFCARIUS, P., *o.c.*, 153-154. De Raad van State vernietigde het K.B. van 2 augustus 1976 omdat de vervatte onderscheiden behandeling «geen rechts-

door de bevoegde wetgever³⁰ gemachtigd wordt, is een gedifferentieerd beleid geoorloofd³¹. Deze vanzelfsprekende toepassing van het legaliteitsbeginsel wordt in de Grondwet uitdrukkelijk bevestigd voor belastingen. Geen enkele belasting en geen vrijstelling of vermindering kan worden ingevoerd dan door een wettelijke bepaling³². Onlangs werd nog het voorbeeld aangehaald van de fiscale vrijstelling voor parlementsliden. Volgens een administratieve praktijk wordt slechts 50% van de parlementaire vergoeding belast. Misschien is dit voordeel in feite te verantwoorden, toch is het ongrondwettig zolang het niet duidelijk door de wetgever wordt toegestaan³³.

Een en ander betekent niet dat de wetgever, of de administratieve overheid binnen de marge van haar machtiging³⁴, volledig vrij is om te bepalen wie en waarom verschillend behandeld moet worden. Er bestaat immers niet enkel de gelijkheid voor de wet, maar tevens de gelijkheid in of door de wet³⁵.

De rechter zal erop moeten toezien dat de overheidshandeling niet willekeurig is³⁶. Willekeurig is het onderscheid dat noch in rechte, noch in feite te verantwoorden is.

C. Voorwaarden voor een geoorloofde differentiatie

De onderscheiden behandeling zal slechts toelaatbaar zijn indien ze aan strenge voorwaarden voldoet.

Men stelt vast dat de Belgische rechtspraak in hoge mate afgestemd is op de rechtspraak van de Europese Commissie en van het Hof van de Rechten van de Mens te Straatsburg^{37 38}.

grond» vond in de wet van 30 december 1882 (R.v.St., Henry de Generet c.s., nr. 19.138, 1 september 1978).

³⁰ Bedoeld wordt: de grondwet-, wet-, decreet- of ordonnantiegever.

³¹ Hetzelfde geldt voor de rechterlijke macht. ANDERSEN, R., «L'égalité des citoyens devant la loi dans la jurisprudence du Conseil d'Etat statuant au contentieux de l'annulation», *R.J.D.A.*, 1973, 82. Zie ook R.v.St., Henry de Generet c.s., nr. 19.138, 1 september 1978.

³² De artikelen 110 en 112 Gw. Zie Brussel, 16 juni 1981, *R.W.*, 1981-82, 681, met noot VAN ORSHOVEN, P., «De bedrijfslasten van buitenlandse kaderleden die tijdelijk in België verblijven en de Grondwet».

³³ KIRKPATRICK, J., *o.c.*, 33.

³⁴ R.v.St., Medernach, nr. 29.124, 13 januari 1988.

³⁵ Lees, over de dubbele hoedanigheid van het gelijkheidsbeginsel, ALEN, A., noot onder R.v.St., Masip, 15 maart 1974, *R.W.*, 1974-75, VAN LAETHEM, G., *o.c.*, 20-23; VELAERS, J., *Van Arbitragehof tot grondwettelijk hof*, nr. 106.

³⁶ Cass., 20 november 1975, *A.C.*, 1976, 359, waardoor het Hof terug aansluit bij een oude rechtspraak, Cass., 15 juni 1823, *Pas.*, I, 1823, 260; Cass. 7 oktober 1981, *A.C.*, 1981-82, 193; R.v.St., Lemmens, nr. 10.675, 9 juni 1964; R.v.St., Galle, nr. 20.925, 3 februari 1981; R.v.St., V.Z.W. Inspraak, nr. 21.937, 26 januari 1982; R.v.St., Solvay, nr. 31.948, 8 februari 1989; R.v.St., Mersch, nr. 32.230, 24 maart 1989; R.v.St., Gemeente Neupré, nr. 32.933, 30 juni 1989; ALEN, A., *Algemene inleiding tot het Belgisch publiek recht*, 286; DELPÉRÉE, F., *o.c.*, 181.

³⁷ Het Hof van de rechten van de Mens gaf in de belangwekkende zaak «betreffende enige aspecten van de taalwetgeving in het Belgisch onderwijs» de volgende omschrijving: «De gelijkheid van behandeling (wordt) pas geschonden als er voor het gemaakte onderscheid geen objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat.

Het Arbitragehof verwoordt het als volgt: «De grondwettelijke regels van de gelijkheid voor de wet en van de niet-discriminatie sluiten niet uit dat een verschil in behandeling volgens bepaalde categorieën van personen zou worden ingesteld, voor zover voor het criterium van onderscheid een objectieve en redelijke verantwoording bestaat. Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden geoordeeld met betrekking tot het doel en de gevolgen van de ter beoordeling staande norm; het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer vaststaat dat de aangewende middelen niet redelijkerwijze evenredig zijn met het beoogde doel»³⁹.

De Raad van State en, nog maar zeer recent, het Hof van Cassatie⁴⁰, hebben deze definitie overgenomen.

Bij nadere ontleding van deze omschrijving kan men besluiten dat een gedifferentieerde behandeling slechts toelaatbaar is onder de volgende voorwaarden:

1. Doel

Er is het doel van de onderscheiden behandeling. De ongelijke behandeling moet haar grondslag vinden in het openbaar of algemeen belang⁴¹ en een democratisch karakter hebben⁴².

De rechter zal slechts bij hoge uitzondering het doel van de differentiatie ontoelaatbaar verklaren. Hij komt dan immers op het terrein van de opportuniteit van de bestreden

Het bestaan van een dergelijke rechtvaardiging moet beoordeeld worden in verband met het doel en de gevolgen van de betreffende maatregel, en rekening houdend met de in een democratische samenleving algemeen heersende principes» (E.H.R.M., 23 juli 1968, *R.W.*, 1968-69, 29).

³⁸ Men leze over de evolutie van de Belgische en Europese rechtspraak i.v.m. het gelijkheidsbeginsel de diverse bijdragen voorgedragen tijdens het Colloquium *Gelijkheid en non-discriminatie*, Leuven, KUL en RUG, 5 oktober 1990, nog niet gepubliceerd. Het gaat om: LENAERTS, K., «Gelijkheid en non-discriminatie in het Europees Gemeenschapsrecht»; MARTENS, P., «Le Conseil d'Etat et l'égalité»; PRIET, J., «Egalité et non-discrimination en droit belge. Jurisprudence de la Cour de cassation». Men leze ook WAUTERS, M., *De interpretatie van het gelijkheidsbeginsel door de hoogste Belgische en Europese rechtscolleges*, scriptie ingediend bij het Provinciaal Hoger Instituut voor Bestuurswetenschappen, Antwerpen, 1982, 77 pp.

³⁹ Arbitragehof, nr. 23/89, 13 oktober 1989, (B.1.3), *B.S.*, 8 november 1989 (*Rev. Rég. Dr.*, 1989, 611, met noot DELAGRANGE, X., «Quand la Cour d'Arbitrage s'inspire de la Cour de Strasbourg»); Arbitragehof, nr. 18/90, 23 mei 1990, (B.8), *B.S.*, 27 juli 1990; Arbitragehof, nr. 26/90, 14 juli 1990, (6.B.6), *B.S.*, 4 augustus 1990.

⁴⁰ Cass., 5 oktober 1990, *R.W.*, 1990-91, 328, met concl. adv.-gen. D'HOORE.

⁴¹ Arbitragehof, nr. 18/90, 23 mei 1990, (B.9.1), *B.S.*, 8 november 1990; R.v.St., De Ro en consoorten, nr. 7740, 31 maart 1960; R.v.St., Instituut De Toekomst, nr. 8589, 18 mei 1961; R.v.St., V.Z.W. Assoc. des parents des élèves de l'Institut de l'Enfant-Jésus, nr. 15.693, 1 februari 1973; R.v.St., Callu, nr. 17.364, 13 januari 1976; R.v.St., De Ceuster, nr. 18.323, 21 juni 1977; R.v.St., Ghekiere, nr. 19.035, 31 mei 1978; BEGUELIN, H., «Réflexions sur l'égalité devant la loi», in *L'Egalité*, IV, 1975, 96; DELPÉRIE, F., *Droit constitutionnel*, I, *Les données constitutionnelles*, Larcier, Brussel, 1980, 192; MAST, A., «Het gelijkheidsbeginsel», *T.B.P.*, 1962, 127; MAST, A., «Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public belge», in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Dalloz, Parijs, 1965, 387.

⁴² E.H.R.M., 23 juli 1968, *R.W.*, 1968-69, 29.

beslissing. Veeleer zal hij zich afvragen of de genomen maatregel wel redelijk verantwoord is ten aanzien van het doel. Toch werd een K.B. houdende vaststelling van een bijzondere pensioenregeling voor vliegend personeel dat steunde op het onderscheid tussen stewards en stewardessen uitsluitend op grond van het vermoeden dat de cliënteel de fysieke verschijning van stewardessen van ouder dan veertig jaar niet apprecieert, strijdig bevonden met het algemeen belang⁴³. Anderzijds werd het oogmerk dat erin bestaat een politiek en levensbeschouwelijk evenwicht te verzekeren bij de benoeming van de topambtenaren van de B.R.T. niet ontoelaatbaar bevonden⁴⁴.

2. Differentiatiecriterium

Vervolgens staan we stil bij het differentiatiecriterium. Dit is het onderscheidingscriterium om individuen in de ene of de andere groep onder te verdelen ten einde de aldus gevormde groepen in rechte verschillend te behandelen.

Het moet de volgende kenmerken vertonen:

– Het criterium moet in de eerste plaats *duidelijk* zijn. De indeling der groepen moet zonder twijfel vaststaan⁴⁵ en mag niet afhangen van louter toevallige factoren⁴⁶. Als niet kan worden uitgemaakt op grond van welk criterium de heer Macken niet en een ander wél werd benoemd, dan wordt de teleurgestelde kandidaat Macken niet in de mogelijkheid gesteld zich ten aanzien van de pertinentie van de criteria te verweren, wat op een ongelijke behandeling neerkomt⁴⁷. Als niet blijkt waarom aan Radio Centraal maar één dag zendtijd wordt toegekend en aan andere niet-openbare radio's, in het bijzonder die welke dezelfde frequentie delen, méér zendtijd wordt gegeven, dan is het gelijkheidsbeginsel andermaal geschonden⁴⁸.

– Het onderscheidingscriterium moet bovendien *objectief* en *algemeen* zijn⁴⁹. Objectief is het criterium dat berust op een feitelijke en evidente vaststelling die niet afhangt van enige persoonlijke appreciatie – bv. de leeftijd of het bezit van een diploma⁵⁰. Algemeen is het criterium dat toepasselijk is op een onbeperkt aantal personen en dus abstract geformuleerd wordt⁵¹. Een en ander belet niet dat een onderscheidingscriterium zelfs maar één enkel rechtssubject kan raken. Zo werd een gemeentebelasting te betalen door

⁴³ R.v.St., Belgian Corporation of Flight Hostesses, nr. 28.435, 2 september 1987 (*J.L.M.B.*, 1988, 1531, met noot MARTENS, P.).

⁴⁴ R.v.St., Lenaerts, nr. 13.122, 25 juli 1968.

⁴⁵ BR.v.St., MLuyten, nr. 19.524, 23 maart 1979.

⁴⁶ BEGUELIN, H., *o.c.* 94; INGBER, L., «Remcht en gelijkheid», *o.c.*, 28.

⁴⁷ R.v.St., Macken, nr. 34.532, 27 maart 1990 (*T.B.P.*, 1990, 680, met noot MAREEN, D., «Van discretionaire naar gebonden bevoegdheid-schorsing van de tenuitvoerlegging»).

⁴⁸ R.v.St., Radio Centraal, nr. 31.907, 7 februari 1989.

⁴⁹ Cass., 3 mei 1965, *Pas.*, 1965, I, 924; R.v.St., Reul, nr. 12.469, 21 juni 1967; R.v.St., Van Winckel, nr. 25.176, 28 maart 1985; R.v.St., Group. Union Prof. Belges de médecins spécialistes, nrs. 30.635, 7 september 1988; R.v.St., AGIM, nr. 32.317, 24 maart 1989; BEGUELIN, H., «Réflexions sur l'égalité devant la loi», in *L'Egalité*, IV, 1975, 94; INGBER, L., «Recht en gelijkheid» in *L'Egalité*, VI, 1981, 28; KIRKPATRICK, J., *o.c.*, 15; WOLFCARIUS, P., *o.c.*, 126.

⁵⁰ R.v.St., Lignon, nr. 5542, 8 maart 1957.

⁵¹ R.v.St., V.Z.W. Chambre syndicale des agences hippiques, nr. 19.989, 20 december 1979.

de exploitanten van drankinstellingen voor elke persoon die zij er tewerkstellen en die de verkoop stimuleert op een andere wijze «dan enkel door het zingen of door het dansen», door het Hof van Cassatie niet strijdig bevonden met het gelijkheidsbeginsel, ondanks het feit dat in de gemeente slechts één drankinstelling bestaat met zo'n personeel⁵². Onze rechtbanken hebben talloze malen bevestigd dat al wie zich in een identieke feitelijke toestand bevindt, in recht op gelijke wijze moet worden behandeld⁵³. Een verschillende behandeling⁵⁴ van personen die zich in dezelfde situatie bevinden is *steeds* discriminatoir⁵⁵. De vraag is natuurlijk wat men onder «identieke feitelijke omstandigheden» of zelfs «vergelijkbare situatie» verstaat. De omstandigheden van twee bedrijven die een exploitatievergunning solliciteren, zullen slechts bij «buitengewoon toeval» identiek zijn. De aard van de bedrijvigheid, de ligging, de hinderlijkheid zullen steeds verschillen en kunnen dus aanleiding geven tot verschillende overheidsbeslissingen⁵⁶.

Lange tijd was men van oordeel dat het criterium enkel algemeen of objectief diende te zijn, opdat er geen discriminatie zou bestaan⁵⁷. Niet enkel mevrouw Popelin, maar alle vrouwen waren uitgesloten van de advocatuur, dus was er geen discriminatie.

Thans wordt erkend dat het niet zo eenvoudig is.

– Het criterium moet tevens *pertinent*⁵⁸ zijn, dit is in feite en logisch⁵⁹ te verantwoorden ten aanzien van het doel en de gevolgen van de te nemen maatregel⁶⁰. Het gekozen

criterium moet in een redelijk en proportioneel⁶¹ verband staan, en in sommige gevallen zelfs in een natuurlijk verband⁶² staan met het nagestreefde doel en de gekozen middelen. De omvang van een inkomen, bijvoorbeeld, kan de aanslagvoet bepalen, maar niet de toegankelijkheid tot een openbare functie⁶³. In het recente en geruchtmakende arrest van het Hof van Cassatie van 5 oktober 1990 werd het criterium van het al dan niet beschikken over de rechtspersoonlijkheid geacht in geen enkel verband te staan met het doel van de belasting van de Provincie West-Vlaanderen op de economische entiteiten. Aan de economische entiteiten zonder rechtspersoonlijkheid wordt hierdoor, aldus het Hof van Cassatie, een onaanvaardbaar voorrecht toegekend⁶⁴. Een klassiek voorbeeld van een niet-pertinent criterium is dat daarbij de gemeentebelasting enkel de verzamelplaatsen van tweedehandswagens treft die zich bevinden op meer dan honderd meter van de openbare weg en niet de verzamelplaatsen die minder dan honderd meter van de openbare weg verwijderd zijn⁶⁵. Onaanvaardbaar is de gemeentebelasting die enkel wordt geheven ten aanzien van de exploitanten van dansgelegenheden die gelegen zijn aan de ene kant van de spoorweg die de gemeente doorkruist⁶⁶, terwijl hun collega's aan de overzijde ervan vrijgesteld worden. Eveneens willekeurig is de belasting op barmeisjes die de «barjongens» – het gaat hier blijkbaar om een recent fenomeen – onverlet laat⁶⁷.

– Ten slotte moet het differentiatiecriterium ook *wettig* zijn. Het mag evenmin strijden met een hogere grondwettelijke of internationale norm⁶⁸. Het gegeven «ras» is ongetwijfeld een objectief, algemeen en veelal duidelijk criterium, maar niet wettig⁶⁹. Ook het onderscheid, uitsluitend of hoofdzakelijk gegrond op ideologische, filosofische⁷⁰ of godsdienstige overtuigingen of op stand, kleur of nationale of etnische afkomst is in principe onwettig⁷¹. De gemeente Bonhoven kan niet zonder het gelijkheidsbeginsel te schenden de toegang tot de gemeentelijke gymnastiekzaal weigeren aan de turnvereniging «Salto-Bo», enkel omdat de leden van deze turnvereniging uitkomen voor hun socialistische overtuiging⁷². De recente uitspraak van een kort-gedingrechter waardoor een jongensschool verplicht wordt een meisje op te nemen is, naar ik in de pers vernomen heb, ge-

⁵² Cass., 6 februari 1987, *Alg. Fisc. T.*, 1987, 232, met noot AERTS, M., «Gelijkheid voor de wet». Zie in dezelfde zin Cass., 14 maart 1946, *A.C.*, 1946, 106; Cass., 20 februari 1958, *A.C.*, 1958, 434.

⁵³ Cass., 11 februari 1909, *Pas.*, 1909, I, 136; Cass., 30 oktober 1922, *Pas.*, 1923, I, 34, Cass., 5 januari 1931, *Pas.*, 1931, I, 26; Cass., 3 mei 1965, *Pas.*, I, 1965, 924; Cass., 14 januari 1976, *R.W.*, 1975-76, 1745-1769, met conclusie F. DUMON; Cass., 2 september 1981, *A.C.*, 1981-82, 4; R.v.St., Adam, nr. 606, 8 december 1950; R.v.St., Laevens, nr. 1989, 28 november 1952; Luik, 20 april 1988, *J.D.F.*, 1989, 221.

⁵⁴ Het gaat om een verschillende behandeling door één zelfde overheid (R.v.St., De Gendt, nr. 25.783, 29 oktober 1985).

⁵⁵ VELAERS, J., *Van Arbitragehof tot grondwettelijk hof*, nr. 202.

⁵⁶ R.v.St., Nusgens, nr. 33.301, 27 oktober 1989. Hetzelfde geldt in zaken van stedenbouw en ruimtelijke ordening: R.v.St., Anciaux Henry de Faveaux, nr. 34.018, 8 februari 1990.

⁵⁷ R.v.St., Adam, nr. 606, 8 december 1950; R.v.St., Laevens, nr. 1989, 28 december 1952.

⁵⁸ Lees, over de rechtspraak van het Hof van Cassatie, De Raad van State, het Hof van de Rechten van de Mens en het Hof van Justitie, DE JONGHE, J. en REYNTJENS, F., «De twijfels van het Hof van Cassatie», *R.W.*, 1975-76, 2115-2120. De twijfels waarop gedoeld wordt zijn thans weggenomen door het Cassatiearrest van 5 oktober 1990, *R.W.*, 1990-91, 328.

⁵⁹ BEGUELIN, H., *o.c.*, 95.

⁶⁰ Arbitragehof, nr. 26/90, 14 juli 1990, (6.B.6), *B.S.*, 4 augustus 1990; R.v.St., Elsen, nr. 8.180, 27 oktober 1960 (*R.J.D.A.*, 1961, 48, met advies, verslag en noot van subst.-aud. M. DUMONT; R.v.St., Belgische Federatie van Kleinhandelaars in brandstoffen en cs., nr. 18.916, 19 april 1978; R.v.St., ULB en UCL, nr. 23.961, 10 februari 1984; R.v.St., V.Z.W. AMMTDHBV, nr. 26.948, 1 oktober 1986; R.v.St., Belgian Corporation of Flight Hostesses, 2 september 1987, *J.L.M.B.*, 1988, 1531; R.v.St., Generale Bank, nr. 32.769, 20 juni 1989.

⁶¹ DELPÉRÉE, F. en BOUCQUEY-REMION, V., «Liberté, légalité et proportionnalité», *Adm. Publ. T.*, 1980, 287.

⁶² Belastingen zouden, aldus de Raad van State, enkel een fiscaal doel mogen nastreven, geen esthetisch of moreel (R.v.St., Lemmens, nr. 10.675, 9 juni 1964; R.v.St., Generale Bank, nr. 32.769, 20 juni 1989). Het Hof van Cassatie denkt er anders over (Cass., 19 oktober 1896, *Pas.*, 1896, I, 287).

⁶³ BEGUELIN, H., *o.c.*, 95.

⁶⁴ Cass., 5 oktober 1990, *R.W.*, 1990-91, 328.

⁶⁵ R.v.St., Lemmens, nr. 10.675, 9 juni 1965.

⁶⁶ Cass., 15 juni 1893, *Pas.*, 1893, I, 260. Het Hof van Cassatie achtte deze belasting zowel strijdig met artikel 112 als met artikel 6 Gw.

⁶⁷ R.v.St., Debeffe, nr. 20.964, 19 februari 1981.

⁶⁸ Cass., 14 januari 1976, *R.W.*, 1975-76, 1745-1769, met conclusie F. DUMON; ALEN, A., *Algemene inleiding tot het publiek recht*, 286; DELPÉRÉE, F., *o.c.*, 192.

⁶⁹ VELAERS, J., *Van Arbitragehof tot grondwettelijk hof*, nr. 237.

⁷⁰ De artikelen 6bis en 49bis, § 7, van de Grondwet.

⁷¹ DUMON, F., *o.c.*, 1754.

⁷² R.v.St., Van Craen, nr. 16.943, 25 maart 1975.

grond op de vrijheid van onderwijs, maar had wellicht ook bevolen kunnen worden op basis van het gelijkheidsbeginsel. Het is duidelijk dat een minder gunstige behandeling op grond van kenmerken die aan de persoon eigen zijn, zoals geslacht⁷³ en huidskleur, steeds minder worden aanvaard⁷⁴, dit in tegenstelling tot sociaal-economische verschillen⁷⁵. Omgekeerd stelt men vast dat de zgz. positieve discriminatie juist wél uitgaat van kenmerken als kunne of etnische afkomst. Het vrouw-zijn of het behoren tot de ene of de andere minderheidsgroep geldt blijkbaar als vermoeden van sociaal-economische achterstand die een voorkeursbehandeling kan verantwoorden. Het staat niet vast in welke mate de positieve discriminatie de toets van het gelijkheidsbeginsel kan doorstaan⁷⁶.

3. Maatregel

Uiteindelijk is er de beoogde maatregel.

– Het spreekt vanzelf dat die ook *wettig* moet zijn.
– De gekozen middelen moeten verder *efficiënt* zijn, dit is van zodanige aard dat het nagestreefde doel ermee bereikt kan worden⁷⁷.

– Ook hier, ten slotte, is er een *redelijk* en *logisch verband* vereist met het doel van de gedifferentieerde behandeling⁷⁸. De door de overheid verkozen middelen mogen niet buitensporig krachtig zijn in verhouding met het beoogde doel. Zo gaat het niet op om burgers wier feitelijke toestand slechts in geringe mate verschillend is, op een radicaal andere wijze te behandelen⁷⁹. De wettelijke verplichting dat de verstrekkers van klinische biologie vennoot moeten zijn van het laboratorium waarin ze werkzaam zijn, werd door het Arbitragehof onevenredig bevonden met het doel van de wet, nl.

⁷³ R.v.St., Brosens, nr. 28.888, 24 november 1987; ELST, R., *o.c.*, 408; HUMBLET, P., «Discriminatie bij aanwerving van overheidspersoneel», *R.W.*, 1988-89, 211. Anders: R.v.St., nr. 20.514, 22 juni 1980, *R.W.*, 1074, met noot ALEN, A., «Discriminatie op grond van het geslacht en de lessen in lichamelijke opvoeding»; VAN HAECKE, R., «Het gelijkheidsbeginsel en de toegang van de vrouw tot de openbare ambten», *T.B.P.*, 1968, 103.

⁷⁴ In ons land moet een uitzondering gemaakt worden voor de taalaanhorigheid.

⁷⁵ INGBER, L., «A propos de l'égalité dans la jurisprudence belge», *o.c.*, 29.

⁷⁶ Humblet verwoordt het als volgt: «Het zou van hypocrisie getuigen indien men nu de ongrondwettigheid zou inroepen van voorrangbehandeling voor vrouwen, daar waar onze patriachieke rechtscultuur dit jarenlang voor mannen heeft gereserveerd, maar... het blijft (juridisch) mogelijk» (HUMBLET, P., «Positieve actie voor vrouwen. Het juridische kader naar Belgisch recht», in *Tegenspraak*, Cah. 8, Kluwer, Antwerpen, 1990, 44). Zie ook R.v.St., Brosens, nr. 28.888, 24 november 1987.

⁷⁷ R.v.St., V.Z.W. Assoc. des parents des élèves de l'Institut de l'Enfant-Jésus, nr. 15.693, 1 februari 1973; VELAERS, J., *Van Arbitragehof tot grondwettelijk hof*, nr. 215; WILLEKENS, H., «De werking van grondrechten in de verhoudingen tussen samenwonende sexuele partners», in RIMANQUE, K., (red.), *De toepasselijkheid van grondrechten in private verhoudingen*, Kluwer, Antwerpen, 1982, 360.

⁷⁸ E.H.R.M., 23 juli 1968, *R.W.*, 1968-69, 29; Arbitragehof, nr. 26/90, 14 juli 1990, (6.B.6), *B.S.*, 4 augustus 1990.

⁷⁹ Arbitragehof, nr. 23/89, 13 oktober 1989, (B.2.9, 11 en 12), *B.S.*, 4 augustus 1990; R.v.St., Ghelkier, nr. 19.035, 31 mei 1978; DELPÉRIÉ, F., *o.c.*, 193.

het drukken van de overconsumptie in de klinische biologie⁸⁰.

V. De rechtsbescherming van de burger tegen de discriminerende overheid

De wijze burger die zich door de overheid gediscrimineerd acht, zal zich onverwijld tot zijn raadsman wenden. Die zal eerst de administratieve beroepen uitputten om recht te krijgen. Zo de (hogere) overheid volhardt in de boosheid, zal de advocaat zijn grieven aan de rechter voorleggen.

A. Een delicate taak voor de rechter

Het hoeft geen betoog dat de taak van de rechter bijzonder delicaat is. Het is immers niet eenvoudig om uit te maken welke differentiatie goorloofd is en welke niet⁸¹.

Juist omdat het gelijkheidsbeginsel zo innig verbonden is met de heersende sociale en politieke denkbeelden, zal de rechter, en dit geldt in het bijzonder voor het Arbitragehof, zich soms aan een – marginale – toetsing moeten wagen van hetgeen de overheid voor ogen heeft. Het «marginale» karakter van deze toetsing houdt in dat de rechter een zekere terughoudendheid aan de dag zal moeten leggen. Enkel indien de bestreden bepalingen buiten de marges van de redelijkheid vallen en dus kennelijk onredelijk zijn, zal hij kunnen ingrijpen. Deze marges zullen enger of ruimer zijn naargelang de grondbeginselen van onze democratische samenleving in het gedrang zijn⁸².

Dit alles kan niet beletten dat, zeker wat het Arbitragehof betreft, de grens tussen rechterlijke toetsing en politiek bijzonder vaag dreigt te worden⁸³. Een voorbeeld. Het Arbitragehof heeft de vernietigingsberoepen tegen de voor Wallonië gunstige zetelverdeling bij het Europees Parlement afgewezen. Deze regeling wordt (vooralsnog) niet als onredelijk beschouwd rekening houdend met de aan de gang zijnde staatshervorming «welke een evenwicht beoogt te verwezenlijken tussen de verschillende Gewesten en Gemeenschappen van het Koninkrijk»⁸⁴. Hoe kan het Arbitragehof nog beweren dat het het Hof niet toekomt te oordelen of een door de wet voorgeschreven maatregel al dan niet oppor-

⁸⁰ Arbitragehof, nr. 23/89, 13 oktober 1989, (B.2.9), *B.S.*, 4 augustus 1990.

⁸¹ DELPÉRIÉ, F., *o.c.*, 191.

⁸² VELAERS, J., «Discriminaties in de sector van de klinische biologie: de zaak Biorim voor het Arbitragehof», *T.B.P.*, 1990, 459.

⁸³ Het kan dan ook niet verbazen dat aan de bijzondere samenstelling van het Arbitragehof – de helft van de leden wordt verkozen uit leden van de Kamer en de Senaat – niet geraakt werd (ALEN, A., «België: een tweeledig en centrifugaal federalisme», tekst voorgedragen ter gelegenheid van de lessencyclus van het Post-Universitair Centrum West-Vlaanderen, *De staatshervorming. Gevolgen voor het recht*, KULAK, Kortrijk, 3 en 10 april 1990, 25; LAMBRECHTS, W., «Het Arbitragehof, een grondwettelijk hof: min of meer?», *T.B.P.*, 1990, 160).

⁸⁴ Arbitragehof, nr. 26/90, 14 juli 1990, (6 B.7 en 6.B.8), *B.S.*, 4 augustus 1990. Zie in dezelfde zin Arbitragehof, nr. 18/90, 23 mei 1990, (B.9.1), *B.S.*, 27 juli 1990.

tuun of wenselijk is ⁸⁵, wanneer het niet aarzelt een oordeel te vellen over de kern van de politieke besluitvorming en zich deze in casu zelfs eigen maakt? De idee van «le gouvernement des juges» – of is het «le juge du gouvernement»? – is niet veraf.

Nu al wordt het duidelijk dat de nieuwe bevoegdheid van het Arbitragehof door sommige (politieke) verenigingen, welke het onderspit hebben moeten delven in een wetgevend vergadering, zal worden aangegrepen om langs deze weg alsnog hun gelijk te halen. Het zal niemand verbazen dat tegen de nog recente abortuswet, bijvoorbeeld, een vernietigingsberoep aanhangig is gemaakt ⁸⁶.

De rechter zal zich soms helemaal op glad ijs dienen te begeven als hij overgaat tot een kwantitatieve appreciatie: zolang een bepaalde grens niet overschreden wordt, is er geen sprake van discriminatie, eenmaal deze grens overschreden, dan wél ⁸⁷. De Raad van State oordeelde dat een voordeel toegekend aan georganiseerde werknemers aanvaardbaar is omdat het het loon van anderhalve werkdag niet te boven gaat ⁸⁸.

Wat er ook van zij, het kan niet worden ontkend dat de jurisdictionele beroepen wegens schending van de artikelen 6, *6bis* en in mindere mate 17 Gw. de laatste tijd een hoge vlucht hebben genomen. Dit hebben we vooral te danken aan de nieuwe bevoegdheden van het Arbitragehof en de Raad van State.

B. De nieuwe bevoegdheid van het Arbitragehof ⁸⁹

Overeenkomstig het gewijzigde artikel 107ter, § 2, Gw. kan het Arbitragehof thans uitspraak doen over de schendingen door een wet, een decreet of een ordonnantie van de artikelen 6, *6bis* of 17 Gw. ⁹⁰.

⁸⁵ Arbitragehof, nr. 23/89, 13 oktober 1989, (B.2.7), *B.S.*, 8 november 1989.

⁸⁶ Zaken 237 en 238 (Pro Vita), *B.S.*, 25 september 1990.

⁸⁷ INGBER, L., «A propos de l'égalité dans la jurisprudence belge», *o.c.*, 29.

⁸⁸ R.v.St., V.Z.W. Les patrons teinturiers, nr. 12.205, 3 februari 1967. Zie ook LENAERTS, H., «L'octroi d'avantages aux travailleurs syndiqués implique-t-il une violation de la liberté d'association et du principe d'égalité?», *Rev. Trav.*, 1963, 581; CLOSSET, L. en VAN COMPERNOLLE, J., «La réservation de certains avantages sociaux aux travailleurs syndiqués et les principes d'égalité et de libre association», *J.T.*, 1967, 305.

⁸⁹ Lees, over de nieuwe bevoegdheid van het Arbitragehof, VELAERS, J., *Van Arbitragehof tot grondwettelijk hof*, Maklu, Antwerpen, 1990, en LAVRYSEN, L., «De nieuwe rol van het Arbitragehof na de tweede fase van de staatshervorming», *De Gem.*, 1989, 428-432.

⁹⁰ Een enkele auteur heeft gesteld dat het Arbitragehof slechts bevoegd zou zijn voor schendingen van het gelijkheidsbeginsel in onderwijsaangelegenheden (DE GROOF, J., *De grondwetsherziening van 1988 en het onderwijs. De schoolvrede en zijn toepassing*, Story Scientia, Brussel, 1989, 191 e.v.). Deze opvatting werd, terecht, niet gevolgd door het Hof zelf, noch door de grote meerderheid van de rechtsleer VALEN, A., «Het Arbitragehof, meer dan een grondwettelijk hof met beperkte bevoegdheid?», noot onder Arbitragehof, nr. 18/90, 23 mei 1990, *R.W.*, 1990-91, 83, met verwijzing naar diverse arresten van het Arbitragehof in noot 20. Zie tevens VELAERS, J., *Van Arbitragehof tot grondwettelijk hof*, nr. 189, VELAERS, J., «Discriminaties in de sector van de klinische biologie: de zaak Biorim voor het Arbitragehof», *o.c.*, 457; VELAERS, J., «Het nieuwe artikel 107ter van de grondwet en de bijzondere wet van 6 januari op het Arbitragehof», in ALEN, A., en SUETENS, L., *De hervorming van de instellingen. Tweede fase*, Die Keure, Brugge, 1989, 45; VELAERS, J., «Het nieuwe artikel 107ter van de Grondwet en de Bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof», tekst voorgedragen op de studiedag *Hervorming der instellingen. Tweede fase*, UFSAL, Brussel, 7 april 1989, 5).

Het gaat hier om een geweldige uitbreiding van de bevoegdheid van het Arbitragehof. Iedere belanghebbende natuurlijke of rechtspersoon ⁹¹ kan de met het gelijkheidsbeginsel strijdige wetskrachtige normen nu rechtstreeks aanvechten bij het Arbitragehof en een vernietiging «erga omnes» uitlokken ⁹².

Ik ga kort in op de procedure. Het vereiste belang is slechts aanwezig bij diegenen die door de bestreden norm rechtstreeks en ongunstig in hun rechtssituatie zouden kunnen worden geraakt ⁹³. De actio popularis is niet toegestaan ⁹⁴. Het beroep strekkende tot gehele of gedeeltelijke vernietiging van een wet, decreet of ordonnantie moet ingesteld worden binnen een termijn van zes maanden na bekendmaking ⁹⁵. Deze termijn bedraagt slechts zestig dagen voor de akten waardoor een verdrag instemming krijgt ⁹⁶. De door het Arbitragehof gewezen vernietigingsarresten hebben een absoluut gezag van gewijsde vanaf hun bekendmaking in het Belgisch Staatsblad ⁹⁷. Het Hof kan, zo het dit nodig acht, de gevolgen van de vernietigde bepalingen aanwijzen, welke als gehandhaafd moeten worden beschouwd voor de termijn die het vaststelt ⁹⁸. De door het Arbitragehof gewezen arresten waarbij beroepen tot vernietiging *verworpen* worden zijn verbindend voor de rechtscolleges wat de door die arresten beslechte rechtspunten betreft. Voor een advocaat is het nog goed te weten dat de Bijzondere Wet op het Arbitragehof voorziet in een procedure tot intrekking van gerechtelijke en ambtelijke beslissingen die gegrond zijn op een bepaling die ondertussen door het Arbitragehof is vernietigd ⁹⁹.

In het raam van een beroep tot vernietiging kan tevens de *schorsing* van de bestreden norm gevorderd worden ¹⁰⁰. Het Arbitragehof zal de schorsing slechts bevelen indien ernstige middelen worden aangevoerd tegen de betwiste

tragehof», in ALEN, A., en SUETENS, L., *De hervorming van de instellingen. Tweede fase*, Die Keure, Brugge, 1989, 45; VELAERS, J., «Het nieuwe artikel 107ter van de Grondwet en de Bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof», tekst voorgedragen op de studiedag *Hervorming der instellingen. Tweede fase*, UFSAL, Brussel, 7 april 1989, 5).

⁹¹ Artikel 2 van de Bijzondere Wet op het Arbitragehof van 6 januari 1989.

⁹² Artikelen 1 en 19 van de Bijzondere Wet op het Arbitragehof.

⁹³ Arbitragehof nr. 18/90, 23 mei 1990, (B.2.1), *B.S.*, 27 juli 1990; Arbitragehof, nr. 23/90, 28 juni 1990, (2.B), *B.S.*, 8 augustus 1990; Arbitragehof, nr. 21/90, 28 juni 1990, (2.B.1), *B.S.*, 9 augustus 1990. Lees ook MOORS, J., «Naar een volwaardig grondwettelijk hof in België?», *N. Tijd. Pol.*, 1990, afl. 1, 53-54.

⁹⁴ Arbitragehof, nr. 9/89, 27 april 1989, (II.B.3), *Rev. Rég. Dr.*, 1989, 265; Arbitragehof, nr. 8/90, 7 februari 1990, (B.6.2), *Rev. Rég. Dr.*, 1990, 163, met noot DELAGRANGE, X., «La Cour d'Arbitrage enfonce un coin dans le bloc de constitutionnalité organisant la repartition des compétences législatives»; RIMANQUE, K., *De regel is niet steeds recht. Het labyrint van de rechtsnormen na de staats-hervorming*, tekst voorgedragen ter gelegenheid van een lessencyclus georganiseerd door het Centrum voor Beroepsvervolmaking in de rechten, Antwerpen, 4 december 1989, nr. 155.

⁹⁵ Artikel 3, § 1, van de Bijzondere Wet op het Arbitragehof.

⁹⁶ Artikel 3, § 2, van de Bijzondere Wet op het Arbitragehof.

⁹⁷ Artikel 9, § 1, van de Bijzondere Wet op het Arbitragehof.

⁹⁸ Artikel 8 van de Bijzondere Wet op het Arbitragehof.

⁹⁹ Artikelen 10 tot en met 18 van de Bijzondere Wet op het Arbitragehof.

¹⁰⁰ Artikelen 19 e.v. van de Bijzondere Wet op het Arbitragehof.

akte en indien de onmiddellijke tenuitvoerlegging een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen¹⁰¹. Als het beroep is ingesteld tegen een norm die identiek is met een reeds door het Arbitragehof vernietigde norm en door dezelfde wetgever is aangenomen, dan zal het Hof de nieuwe norm schorsen zonder zich te bekommeren om de aard van het nadeel van de verzoeker¹⁰². Op deze wijze heeft men het «carrouseleffect», in het bijzonder het Voerense, willen vermijden¹⁰³.

Wordt de burger geconfronteerd met wetten, decreten of ordonnances, welke genomen zijn in strijd met de artikelen 6, 6bis of 17 Gw. maar die dateren van voor de inwerking-treding van de staatshervorming of waarvan de beroepstermijn is verstreken, dan kan hij nog steeds een *prejudiciële vraag* uitlokken¹⁰⁴. Het antwoord daarop is dan bindend in het geschil en geeft zelfs aanleiding tot een nieuwe vernietigingstermijn van zes maanden, zij het enkel ten gunste van de Ministerraad of een Executieve¹⁰⁵.

Het komt mij voor dat het Arbitragehof zich, dankzij zijn nieuwe bevoegdheden, kan opwerpen als een volwaardig grondwettelijk hof¹⁰⁶. Dit geldt te meer nu het Arbitragehof, anders dan de Raad van State, de eigen bevoegdheid zo ruim mogelijk interpreteert¹⁰⁷.

Zo heeft het Hof zich door de poort van artikel 6bis Gw. bevoegd verklaard ten aanzien van alle discriminaties betreffende het genot van de rechten en vrijheden. Het gaat niet enkel over de rechten en de vrijheden van titel II van de Grondwet, maar over *alle* rechten en vrijheden die in de Grondwet¹⁰⁸ én in de internationale verdragen met rechtstreekse werking worden gewaarborgd¹⁰⁹.

De ervaren advocaat begrijpt meteen dat hij meer kansen op slagen heeft indien hij zijn annulatieberoep baseert op een schending van de artikelen 6 en 6bis Gw. junctis een rechtstreeks werkende verdragsbepaling. Vooral het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (E.V.R.M.) en het Internationaal verdrag inzake burger-

rechten en politieke rechten (BuPo) bevatten verschillende rechten en vrijheden die niet voorkomen in de Grondwet, zoals het recht op een behoorlijke rechtspleging, het recht op eerbiediging van het privé-leven, enz.¹¹⁰⁻¹¹¹

Nog dit. De schending van het gelijkheidsbeginsel door de grondwetgever zal uiteraard niet gesanctioneerd kunnen worden op grond van de artikelen 6 en 6bis van dezelfde Grondwet. Immers bestaat er tussen de diverse artikelen van de Grondwet geen hiërarchie. Professor Van Orshoven heeft zich ooit eens de vraag gesteld of het nieuwe artikel 107ter van de Grondwet niet in strijd zou zijn met het gelijkheidsbeginsel omdat het de toegang van de burger tot het Arbitragehof wegens schendingen van grondwetsartikelen, beperkt tot de artikelen 6, 6bis en 17, en dus niet tot de overige grondwetsartikelen. Wel, het lijkt mij duidelijk dat deze interessante vraag niet door het Arbitragehof beslecht kan worden¹¹².

C. De nieuwe bevoegdheid van de Raad van State¹¹³

Akten en reglementen genomen in strijd met het gelijkheidsbeginsel kunnen *vernietigd* worden door de Raad van State¹¹⁴. Dit is niet nieuw. In de arresten van de Raad van State wordt echter meermaals bevestigd dat er geen gelijkheid kan bestaan in de onwettigheid. Niemand kan aanspraak maken op een wetsovertreding die *ten gunste* van een andere, die zich nochtans in dezelfde situatie bevindt, werd begaan en niet tegenover hem¹¹⁵. Het is niet omdat uw buurman, in strijd met de wet, geen belastingen betaalt of moet betalen, dat U aan de rechter kunt vragen dat de fiscus U op dezelfde wijze dient te behandelen. Aan het gelijkheidsbeginsel kan niet een zover reikende betekenis worden gehecht, dat op grond daarvan voor de overheid een verplichting zou kunnen bestaan tot het nemen van een met de wet strijdige beslissing¹¹⁶.

¹⁰¹ Artikel 20, 1°, van de Bijzondere Wet op het Arbitragehof.

¹⁰² Artikel 20, 2°, van de Bijzondere Wet op het Arbitragehof.

¹⁰³ LIETEN, I., «De staatshervorming, een stap vooruit voor de rechtzoekende?», *Limb. Rechtsl.*, 1989, 199.

¹⁰⁴ Artt. 107ter, § 2, tweede lid, Gw. en 26 en volgende van de Bijzondere Wet op het Arbitragehof. Lees over deze procedure DELAGRANGE, X., «Quelques modifications concernant les questions préjudicielles posées à la Cour d'Arbitrage», *Rev. Rég. Dr.*, 1989, 261-264.

¹⁰⁵ Artikel 4 van de Bijzondere Wet op het Arbitragehof.

¹⁰⁶ ALEN, A., «Het Arbitragehof, meer dan een grondwettelijk hof met beperkte bevoegdheid?», *o.c.*, 85 en 87; DE GROOF, J., *o.c.*, 203; VELAERS, J., *Van Arbitragehof tot grondwettelijk hof*, nr. 194 en 222; VELAERS, J., «Discriminaties in de sector van de klinische biologie: de zaak Biorim voor het Arbitragehof», *o.c.*, 462.

¹⁰⁷ VELAERS, J., «Discriminaties in de sector van de klinische biologie: de zaak Biorim voor het Arbitragehof», *o.c.*, 457.

¹⁰⁸ Het Arbitragehof heeft zich bevoegd verklaard om discriminaties ten aanzien van het kiesrecht te sanctioneren (Arbitragehof, nr. 23/90, 13 oktober 1989, *B.S.*, 8 november 1989).

¹⁰⁹ Arbitragehof, nr. 18/90, 23 mei 1990, (B.11.3), *B.S.*, 27 juli 1990; Arbitragehof, nr. 25/90, 5 juli 1990, (9.B.4), *B.S.*, 6 oktober 1990. Eerder was het Hof van de Rechten van de Mens tot de conclusie gekomen dat het is alsof het discriminatieverbod een integreerend deel uitmaakt van ieder artikel dat rechten en vrijheden waarborgt (E.H.R.M., 23 juli 1968, *R.W.*, 1968-69, 29).

¹¹⁰ ALEN, A., «Het Arbitragehof, meer dan een grondwettelijk hof met beperkte bevoegdheid?», *o.c.*, 85.

¹¹¹ Artikel 26 BuPo geeft bescherming tegen discriminaties ten aanzien van alle rechten, zonder onderscheid.

¹¹² Zie trouwens: Arbitragehof, nr. 18/90, 23 mei 1990, (B.14.2), *B.S.*, 27 juli 1990. Omgekeerd zal m.i. het Arbitragehof wel kunnen beslissen of in de beperking van de schorsingsbevoegdheid van de Raad van State tot de schendingen van de artikelen 6, 6bis en 17 Gw. een discriminatie schuilt (zie VAN ORSHOVEN, P., «Korte gedingen voor de Raad van State», *T.R.D.*, 1990, 243).

¹¹³ Lees hierover HAUBERT, B., «La nouvelle procédure de suspension devant le Conseil d'Etat», in *L'avenement des communautés et de régions: quels changements pour les praticiens du droit*, Conférence du Jeune Barreau de Mons, 1990.

¹¹⁴ Het middel kan zelfs ambtshalve door de Raad van State worden opgeworpen (R.v.St., P.V.B.A. Instituut De Toekomst, nr. 8.589, 18 mei 1961).

¹¹⁵ R.v.St., Delbaen c.s., nr. 10.307, 3 december 1963; R.v.St., Delville, nr. 9.168, 9 februari 1968; R.v.St., Marneffe, nr. 13.450, 18 maart 1969; R.v.St., Karadjian, nr. 15.933, 26 juni 1973; R.v.St., Vandaele, nr. 18.398, 18 juli 1977; R.v.St., Schoutteet, nr. 29.514, 8 maart 1988; R.v.St., Buckeler, nr. 33.516, 1 december 1989; WOLFCARUS, P., *o.c.*, 153-154.

¹¹⁶ R.v.St., Van Meerbeeck en Goossens, nr. 17.287, 19 november 1975; Hoge Raad (Nederland), 12 april 1978, geciteerd in MULDER, A. en WINTER, R., *o.c.*, 173.

Wél nieuw is de *schorsingsbevoegdheid* van de Raad van State ¹¹⁷. Deze kan in een soort kort geding de schorsing van een aangevochten bestuurshandeling bevelen indien in een ernstig middel ¹¹⁸ van het bijhorend annulatieberoep de artikelen 6, *6bis* of 17 Gw. worden aangevoerd ¹¹⁹.

De Raad van State zal de tenuitvoerlegging van een akte of verordening kunnen schorsen, hetzij omdat het bestreden besluit de artikelen 6, *6bis* of 17 Gw. rechtstreeks schendt, hetzij omdat dit besluit rechtsgrond vindt in een verordenende bepaling die de grondwetsbepaling miskent ¹²⁰.

Over de procedure kan ik bondig zijn ¹²¹. De schorsing moet gelijktijdig met het annulatieberoep doch in een afzonderlijke akte gevraagd worden ¹²². De schending van de artikelen 6, *6bis* of 17 Gw. moet in het verzoekschrift tot vernietiging opgeworpen worden. De middelen ontwikkeld in het schorsingsberoep zelf zullen door de Raad van State niet onderzocht worden ¹²³. De schorsingsakte moet daarentegen een uiteenzetting van de feiten bevatten, waaruit moet blijken dat de onmiddellijke toepassing van het aangevochten besluit een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen ¹²⁴.

Van groot belang is dat de schorsing *automatisch* ingaat de dag nadat de hoofdgriffier het neergelegde verzoekschrift tot schorsing heeft doorgezonden aan de auditeur-generaal en de verwerende partij ¹²⁵. Het gaat hier om een merkwaardige uitzondering op de regel van de ambtshalve uitvoering van bestuurlijke handelingen ¹²⁶. Deze innovatie stuit op bijzonder veel kritiek, niet in de laatste plaats van de administratieve overheden zelf ¹²⁷.

¹¹⁷ Een samenvatting van alle arresten van de Raad van State m.b.t. de nieuwe schorsingsbevoegdheid tot en met 17 juni 1990 is gepubliceerd door B. HAUBERT in *J.L.M.B.*, 1990, 182-198 en 1046-1080.

¹¹⁸ Een ernstig middel is het middel dat op het eerste gezicht, gelet op de omstandigheden van de zaak, ontvankelijk en gegrond kan zijn en bijgevolg tot vernietiging van de bestreden rechtshandeling kan leiden (R.v.St., *Sky Service*, nr. 33.241, 17 oktober 1989; R.v.St., *Onderling Steunfonds Syndic*, nr. 33.723, 8 januari 1990).

¹¹⁹ Artikel 17, § 1, van de gecoörd. wetten op de Raad van State.

¹²⁰ R.v.St., *Sky Service*, nr. 33.241, 17 oktober 1989; R.v.St., *Grootjans*, nr. 33.717, 21 december 1989; R.v.St., *Buurtcomité Beneden Kessel*, nr. 34.359, 19 maart 1990.

¹²¹ GOVAERT, J., «De schorsingsbevoegdheid van de Raad van State en de schending van de artikelen 6, *6bis* en 17 van de Grondwet», *R.W.*, 1451-1459.

¹²² Artikel 17, § 3, van de gecoörd. wetten op de Raad van State; STEVENS, R., «De toepassing van de opschortingsprocedure inzake ruimtelijke ordening», voorgedragen op het Colloquium *De schorsingsbevoegdheid van de Raad van State*, RUG, Gent, 15 juni 1990, nr. 2.

¹²³ R.v.St., *Van Marcke*, nr. 33.159, 28 september 1989; R.v.St., *Van den Bergh*, nr. 33.371, 9 november 1989; R.v.St., *Tergoling*, nr. 33.460, 27 november 1989; R.v.St., *Van den Bergh*, nr. 33.716, 21 december 1989; R.v.St., *Babylon*, nr. 34.017, 8 februari 1990; R.v.St., *Orban*, nr. 34.101, 20 februari 1990.

¹²⁴ Artikel 17, § 3, van de gecoörd. wetten op de Raad van State.

¹²⁵ Artikel 7 van het K.B. van 27 oktober 1989 tot bepaling van de rechtspleging voor de afdeling administratie van de Raad van State, waarbij een vordering tot schorsing aanhangig is gemaakt.

¹²⁶ STEVENS, R., *o.c.*, nr. 4.1.

¹²⁷ Lees hierover BOLCA, M., «La suspension, par le Conseil d'Etat, de l'exécution d'un acte administratif», *T.Agr.R.*, 1990, 96-98; DENYS, M., en GHYSELS, J., «Le ministre Busquin doit-il être sus-

Wanneer het verzoek tot schorsing of het onderliggende annulatieberoep *kennelijk* onontvankelijk of ongegrond is, dan kan de voorzitter van de kamer waar de zaak aanhangig is de zaak naar zich toetrekken om de vordering binnen de kortste termijnen af te wijzen ¹²⁸. Op deze wijze kunnen al te grove misbruiken vermeden worden ¹²⁹.

In de andere gevallen moet de voltallige kamer binnen zestig dagen na neerlegging van het verzoekschrift uitspraak doen ¹³⁰. Het betreft hier een termijn van orde ¹³¹.

Indien de Raad tot verwerping van de vordering besluit, houdt de automatische schorsing onmiddellijk op te bestaan. In het tegenovergestelde geval heeft de verzoeker niet enkel het geluk dat de schorsing, welke erga omnes geldt ¹³², gehandhaafd blijft, maar tevens dat de Raad van State in verenigde kamers de zaak ten gronde zal beslechten binnen zes maanden ¹³³. En dat is, voor wie de Raad van State kent, onwaarschijnlijk snel.

Op het eerste gezicht wordt de rechtsbescherming van de burger dank zij de nieuwe schorsingsbevoegdheid van de Raad van State in belangrijke mate verhoogd. Al te vaak was tegen de tijd dat de Raad uitspraak deed, het kalf reeds lang verdrongen. De onwettige bouwvergunning werd uiteindelijk vernietigd, maar het gebouw stond er reeds vele jaren. En zelfs de Raad van State moet erkennen dat de administratieve overheden weinig of geen ijver aan de dag leggen wanneer het er op aan komt zijn vernietigingsarresten uit te voeren ¹³⁴...

Men moet zich niet te veel illusies maken. De Raad van State springt al te spaarzaam om met zijn nieuwe bevoegdheid. Nog geen 10% van de schorsingsverzoeken wordt ingewilligd ¹³⁵.

Slechts weinigen worden geacht het nodige belang te hebben om de schorsing te vorderen. Zoals gezegd, de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de aangevochten overheids-handeling moet een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kunnen berokkenen ¹³⁶. Een dreigend financieel nadeel, hoe ernstig ook, volstaat niet ¹³⁷. Een dergelijk nadeel kan immers steeds worden vergoed, aldus de Raad van State. Tot daar toe.

Waar de Raad zeker niet gevolgd kan worden, is in zijn rechtspraak dat een ongelijkheid die uitsluitend is gebaseerd op een onwettigheid, niet volstaat om tot een inbreuk op het

pendu ?», in *La Libre Belgique*, 11 oktober 1990 en GOVAERT, J., *o.c.*, 1454-1455 en 1459.

¹²⁸ Artikel 10 van het K.B. van 27 oktober 1989.

¹²⁹ Tegelijk wordt een overlast van de Raad van State vermeden: SALMON, J., «Suspension de l'exécution de l'acte attaqué», noot onder R.v.St., nr. 32.953, 11 augustus 1989, *J.L.M.B.*, 1989, 1015.

¹³⁰ Artikel 17, § 4, van de gecoörd. wetten op de Raad van State.

¹³¹ STEVENS, R., *o.c.*, nr. 3.9.

¹³² Zie het verslag *De Raet, St., Kamer*, 1988-89, nr. 790/3, 23.

¹³³ Artikel 17, § 4, van de gecoörd. wetten op de Raad van State.

¹³⁴ R.v.St., *Buurtcomité Beneden Kessel*, nr. 34.359, 19 maart 1990.

¹³⁵ STEVENS, R., *o.c.*, nr. 6.

¹³⁶ Artikel 17, § 2, van de gecoörd. wetten op de Raad van State. Tot heden werd in enkele milieu-, stedenbouwkundige-, benoemings- en onderwijszaken een voldoende belang aanvaard.

¹³⁷ Deze regel geldt slechts indien de schadevergoeding later zonder problemen zal kunnen worden vastgesteld: R.v.St., *UPEA*, nr. 33.304, 27 oktober 1989; R.v.St., *New Larem Namur*, nr. 35.547, 30 maart 1990.

gelijkheidsbeginsel te besluiten. De ongelijkheid moet, aldus de Raad, op zich een annulatie kunnen schragen, los van eventuele andere onwettigheden¹³⁸. Men kan echter in *elke* wetsschending waardoor een burger tegenover andere burgers in zijn rechten wordt geschonden, een miskenning van het gelijkheidsbeginsel zien¹³⁹.

In de zaak BUGGENHOUT¹⁴⁰ verklaart de Raad van State uitdrukkelijk dat het inroepen van het recht op een correcte toepassing van de wet als recht van elke burger niet volstaat. Ik meen juist dat de gelijkheid voor de wet van artikel 6 Gw. in de eerste plaats het recht op een gelijke toepassing van de wet inhoudt. Ook de Raad van State leek vroeger die mening toegedaan¹⁴¹. Nog maar twee jaar geleden bevestigde de Raad dat het gelijkheidsbeginsel het adagium «patere legem quam ipse fecisti» insluit¹⁴². Dit wil zeggen dat de overheid verplicht is haar eigen reglement toe te passen. De overheid kan dit reglement niet wijzigen, noch kan zij ervan afwijken dan bij algemene regel.

Niemand kan gelukkig zijn met de nieuwe leer van de Raad van State. Misschien is het er de Raad enkel om te doen een toevloed van schorsingsberoepen te vermijden.

Volgt men de «autonomieleer» in al haar consequenties, dan komt men tot het absurde, ja zelfs perverse resultaat, dat telkens als een wetgever het gelijkheidsbeginsel nader uitwerkt of integendeel de voorwaarden voor een differentiatie stelt, een schorsing uitgesloten wordt¹⁴³. Een Voorbeeld. De Raad schorste een bouwvergunning tot aanleg van

een golfterrein in Waver¹⁴⁴ verschillende termen van de plans, voorgelegd tijdens het openbaar onderzoek, waren in het Engels opgesteld en daardoor waren ze minder toegankelijk voor hen die deze taal niet machtig zijn. Welnu, mochten deze plans Nederlandstalige aanduidingen hebben bevat, en daardoor strijdig zijn met de taalwetgeving, dan had de Raad van State de schorsing niet op grond van artikel 6 Gw. kunnen toestaan¹⁴⁵!

Nu dwingt de Raad de advocaten annulatiemiddelen te zoeken die steunen op een schending van de artikelen 6, *6bis* of 17 Gw. «sensu stricto». Diegenen wier verbeeldingskracht te kort zou schieten, kunnen weliswaar nog steeds terecht bij de kort-gedingrechter, maar iedereen voelt dat dit niet de «natuurlijke» rechter in administratieve zaken is¹⁴⁶.

Op grond van een andere maar minstens even gefundeerde uitleg van het gelijkheidsbeginsel had de Raad zich nu reeds kunnen opwerpen als administratieve rechter met een algemene vernietigings- én schorsingsbevoegdheid.

De strikte interpretatie zal trouwens niet houdbaar blijken¹⁴⁷. Nu reeds heeft de Raad te kennen gegeven dat de fiscale gelijkheid van artikel 112 Gw. ingesloten is in het algemene gelijkheidsbeginsel van de artikelen 6 en *6bis* Gw.¹⁴⁸. Aan de andere kant is de Raad van State genoodzaakt geweest een zelfde interpretatie te geven aan artikel *6bis* Gw. als het Arbitragehof¹⁴⁹. Dit betekent dat schendingen van grondwettelijke en in internationale verdragen beschermde rechten en vrijheden in samenhang met het niet-discriminatiebeginsel kunnen worden ingeroepen en tot een schorsing kunnen leiden.

Dit alles belet niet dat velen thans verlangen dat de wetgever ingrijpt¹⁵⁰.

D. De bevoegdheid van de gewone rechtbanken

De rechter die zich moet uitspreken over een met de artikelen 6, *6bis* of 17 Gw. strijdige wet, decreet of ordonnantie, heeft de mogelijkheid of is verplicht, al naar gelang van het geval¹⁵¹, hierover een prejudiciële vraag te stellen aan het

¹³⁸ R.v.St., Valckx, nr. 33.323, 31 oktober 1989; R.v.St., Hulet, nr. 33.395, 10 november 1989; R.v.St., Les Sablières Réunies, nr. 33.569, 8 december 1989; R.v.St., Vanempten, nr. 33.830, 18 januari 1990; R.v.St., Buggenhout, nr. 33.867, 23 januari 1990; R.v.St., Vancanneyt, nr. 33.869, 25 januari 1990; R.v.St., Bayet, 16 maart 1990; R.v.St., Warnier, nr. 34.522, 23 maart 1990; R.v.St., Nartey, nr. 34.545, 30 maart 1990; R.v.St., Colin, nr. 35.544, 30 maart 1990; R.v.St., Reyniers, nr. 34.768, 19 april 1990; R.v.St., Vervaecke, nr. 35.036, 5 juni 1990.

¹³⁹ MAST, A., «Het gelijkheidsbeginsel», o.c., 1962, 132; STEVENS, R., o.c., nr. 2.3.2; DE GROOF, J., o.c., 203.

¹⁴⁰ R.v.St., Buggenhout, nr. 33.867, 23 januari 1990.

¹⁴¹ Men leze het arrest Kindt van 12 juni 1951: «Wanneer de Minister de door hem gestelde (benoemings)voorwaarden niet meer in acht neemt, heeft hij *niet alleen* het beginsel van de gelijkheid van de Belgen ten opzichte van de openbare ambten geschonden, maar ontwijkt hij *daarenboven* de toepassing van de bepalingen van de wet van 3 augustus 1919-27 mei 1947» (R.v.St., Kindt, nr. 934, 12 juni 1951. Zie ook R.v.St., Dendal, nr. 1.117, 26 oktober 1951; R.v.St., Vuye, nr. 2.224, 25 februari 1953).

¹⁴² R.v.St., Gillet, nr. 31.153, 21 oktober 1988.

¹⁴³ Dat de Raad bereid is zover te gaan, blijkt uit het arrest Warnier van 23 maart 1990: «Considérant que le moyen est pris de la violation d'une norme réglementaire qui tend à assurer l'égalité de traitement des citoyens dans certaines circonstances particulières; que toutefois, toute violation des règles ayant un tel objet ne réalise pas à elle seule l'hypothèse dans laquelle l'article 17 des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, permet à celui-ci d'ordonner la suspension d'un acte administratif; qu'en effet, la violation des articles 6, *6bis* et 17 de la Constitution, mentionnée par cette disposition, doit être distincte de la discrimination qui pourrait être aperçu dans tout acte irrégulier de l'autorité qui favorisait ou défavorisait quelqu'un par rapport à d'autres» (R.v.St., Warnier, nr. 34.522, 23 maart 1990). Een voorbeeld. De Raad schorste een bouwvergunning tot aanleg van een golfterrein in Waver

¹⁴⁴ R.v.St., Wellens, nr. 32.953, 11 augustus 1989 (*T. Gem.* 1989, 266).

¹⁴⁵ Zie trouwens R.v.St., Bayet, nr. 34.369, 16 maart 1990.

¹⁴⁶ LAGASSE, D., «A propos de la suspension d'un permis de bâtir: le pouvoir du juge des référés d'ordonner le sursis à l'exécution d'un acte administratif», noot onder Rb. Namen (Kg.), 20 oktober 1989, *J.T.*, 1990, 347.

¹⁴⁷ In dezelfde zin STEVENS, R., o.c., 5-7.

¹⁴⁸ R.v.St., Association des femmes au foyer, nr. 34.814, 25 april 1990.

¹⁴⁹ R.v.St., Van Thuyne, nr. 34.822, 27 april 1990.

¹⁵⁰ BOLCA, M., o.c., 97; LAGASSE, D., o.c., 347; NEURAY, J., «La rupture de l'égalité et la motivation des permis de bâtir», noot onder R.v.St., Ville de Chimay, 10 november 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 891; STEVENS, R., o.c., nr. 6.

¹⁵¹ Zie artikel 26, § 2, van de Bijzondere Wet op het Arbitragehof; Cass., 19 januari 1989, *R.W.*, 1989-90, 25; R.v.St., nr. 34.348, 13 maart 1990, *R.W.*, 1990-91, 293. Lees tevens MEERSCHAUT, F., «De Raad van State ten aanzien van de verplichting tot prejudiciële vraagstelling aan het Arbitragehof: «Rebel without a cause?»», noot onder R.v.St., nr. 34.348, 13 maart 1990, *R.W.*, 1990-91, 293; RIGAUX, M., «Les limites du contrôle de constitutionnalité par les juridictions», noot onder Bergen, 2 november 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 208-211; VELAERS, J., «Het nieuwe artikel 107ter van de Grondwet

Arbitragehof.

Artikel 107 Gw. legt hem het verbod op om uitvoering te geven aan ongrondwettige besluiten en verordeningen.

Bijzonder delicaat is de vraag of er door de nieuwe schorsingsbevoegdheid van de Raad van State binnen het kader van het gelijkheidsbeginsel nog ruimte overblijft voor de kort-gedingrechter. Ik meen van niet¹⁵², ook al omdat de schorsing van de wegens schending van het gelijkheidsbeginsel bij de Raad aangevochten akten en reglementen *automatisch* ingaat. Enkel in uiterst dringende gevallen en dan nog slechts tot de automatische schorsing bij de Raad van State ingaat, zie ik hier nog een taak weggelegd voor de kort-gedingrechter.

Vanzelfsprekend blijft de voorzitter vooralsnog bevoegd voor schendingen van andere grondwettelijke en wettelijke bepalingen.

Ten slotte is het de evidentie zelf dat de vonnissen en de arresten die zouden zijn gewezen in strijd met het gelijkheidsbeginsel, gewijzigd respectievelijk gecasseerd kunnen worden¹⁵³.

VI. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel

Geldt het gelijkheidsbeginsel ook in de betrekkingen tussen particulieren? Gaat het werkelijk om een algemeen beginsel van behoorlijk handelen, zoals Van Gerven¹⁵⁴ het noemt, dat geldt zowel voor de overheid als voor burgers, verenigingen en ondernemingen?

Ik meen van wel.

Ik geloof dat hierover geen twijfel kan bestaan wanneer de betrekkingen tussen particulieren wettelijk geregeld zijn. Dit is in de praktijk belangrijk. Het gelijkheidsbeginsel is immers in talloze privaatrechtelijke normen geconcretiseerd¹⁵⁵. Elk individu kan zich uiteraard in rechte beroepen op een dergelijke norm, bv. die welke de loonsgelijkheid van man en vrouw oplegt¹⁵⁶.

en de Bijzondere Wet van 6 januari op het Arbitragehof», *o.c.*, 14-19.

¹⁵² De Raad van State is dezelfde mening toegedaan: «dat uit die bevoegdheidstoekenning wellicht afgeleid moet worden dat de rechterlijke macht niet of niet langer bevoegd is om te schorsen wat en waarom de Raad van State kan schorsen» (R.v.St., Oto, nr. 33.144, 20 oktober 1989). In dezelfde zin Rb. Brussel (kg.), 28 maart 1990, *J.L.M.B.*, 1990, 926; Brussel, 29 maart 1990, *J.L.M.B.*, 1990, 911, met bevestigende noot MARTENS, P., «Le sursis à exécution des actes administratifs. Relations nouvelles et problèmes nouveaux»; Kh. Brussel, 6 april 1990, niet gepubliceerd, geciteerd in NEURAY, J., *o.c.*, 891. DELAGRANGE, X., «La nouvelle procédure de suspension devant le Conseil d'Etat. Un pas quasi-involontaire dans la bonne direction», *Rev. Rég. Dr.*, 1990, 40. Anders: Brussel, 12 december 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 906.

¹⁵³ ORBAN, O., *o.c.*, 187.

¹⁵⁴ VAN GERVEN, W., *o.c.*, 24; VAN GERVEN, W., «Beginselen van behoorlijk handelen», *R.W.*, 1982-83, 975.

¹⁵⁵ DIRIX, E., «Grondrechten en overeenkomsten», in RIMANQUE, K., *o.c.*, 39. Men denke bv. aan artikel 8 Hyp. W. dat de gelijkheid tussen schuldeisers verzekert. De EEG-kartelregeling vormt een bijzondere toepassing van het gelijkheidsbeginsel onder particulieren (VAN GERVEN, W., *o.c.*, 24).

¹⁵⁶ Titel V van de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering beveelt, onder uitdrukkelijke verwijzing naar artikel 6 Gw., de gelijke behandeling van man en vrouw ten aanzien van o.m.

Maar zelfs contractuele of feitelijke relaties tussen particulieren zal de rechter – marginaal¹⁵⁷ – kunnen toetsen aan het gelijkheidsbeginsel. Dit zal meer het geval zijn naarmate de machtsverhoudingen tussen particulieren gelijkenis vertonen met de relatie burger/overheid¹⁵⁸.

In de rechtsleer bestaat er discussie over de vraag of het gelijkheidsbeginsel hier al dan niet direct of indirect kan worden ingeroepen¹⁵⁹⁻¹⁶⁰.

De vraag naar de horizontale werking van artikel 6 en artikel 6bis is m.i. veeleer onbelangrijk. Het maakt weinig verschil of de rechter een contractweigering op raciale grond sanctioneert met toepassing van de artikelen 6 en 6bis, dan wel met toepassing van zogezegde blanco normen, zoals de begrippen «openbare orde», «goede zeden» en «goede trouw»¹⁶¹. Hoe dan ook zal de schadelijker gerechtigd zijn op schadevergoeding¹⁶².

Het past nog om de wet van 30 juli 1987 «tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden» in herinnering te brengen, die, zoals de benaming het duidelijk zegt, bepaalde discriminerende handelingen strafrechtelijk sanctioneert¹⁶³. Zie bv. Luik, 11 maart 1988, *Rev. Rég. Dr.*, 1988, 303..

VII. De stok achter de deur: de internationale gelijkheidsregels met rechtstreekse werking

Zo als eenieder weet, hebben dergelijke internationale normen voorrang op de interne, zelfs grondwettelijke, regelen¹⁶⁴. Wat zijn nu de mogelijkheden?

De rechter zal de grondwettelijke, wettelijke en andere interne bepalingen die strijdig zijn met rechtstreeks werkende internationale gelijkheidsregels niet mogen toepassen. De vonnissen en arresten volgend op het Marckx-arrest van het

arbeidsvoorwaarden (RAUWS, W., en SCHYVENS, H., «De bescherming van werknemers. Grondrechten binnen de individuele arbeidsverhouding», in RIMANQUE, K., *o.c.*, 189).

¹⁵⁷ VAN GERVEN, W., «Beginselen van behoorlijk bestuur», *o.c.*, 970-975.

¹⁵⁸ VAN GERVEN, W., *Handels- en economisch recht*, 24; DIRIX, E., *o.c.*, 50.

¹⁵⁹ Lees hierover de verschillende bijdragen in RIMANQUE, K., (red.), *De toepasselijkheid van grondrechten in private verhoudingen*, Kluwer, Antwerpen, 1982, 461 p.

¹⁶⁰ Wat de burenhinder betreft (artikel 544 B.W.), heeft het Hof van Cassatie in twee arresten van 4 april 1960 de leer van de foutloze aansprakelijkheid gebaseerd op de premisse dat naburige eigenaars een gelijk genot van eigendom moeten hebben (Cass., 6 april, *A.C.*, 1960, 722 e.v.). De evenwichtsleer is niets anders dan een, weliswaar spectaculaire, toepassing van het gelijkheidsbeginsel in de verhouding tussen particulieren (HANOTIAU, M., «L'égalité en matière de troubles de voisinage», in *L'Egalité*, V, 1977, 94). Zie echter R.v.St., Mollens, nr. 14.675, 19 april 1971, en R.v.St., De Winne, nr. 34.997, 17 mei 1990.

¹⁶¹ DIRIX, E., *o.c.*, 76.

¹⁶² VAN GERVEN, W., *Handels- en economisch recht*, 24; VAN OEVELEN, A., «Schade en schadeloosstelling bij de schending van grondrechten door private personen», in RIMANQUE, K., *o.c.*, 423; VAN OEVELEN, A., «Eerbiediging van de grondrechten in het woonrecht», in RIMANQUE, K., *o.c.*, 106.

¹⁶³ VAN OEVELEN, A., «Schade en schadeloosstelling bij de schending van grondrechten door private personen», *o.c.*, 423.

¹⁶⁴ Cass., Franco-Suisse Le Ski, 27 mei 1971, *J.T.*, 1971, 460, *R.W.*, 1971-72, 424.

Hof van de Rechten van de Mens zijn voldoende bekend¹⁶⁵⁻¹⁶⁶

Doet de rechter niet het nodige, dan kan de rechtzoeken- de nog steeds een beroep doen op het Hof van de Rechten van de Mens, als het een schending van het E.V.R.M. be- treft.

Het Arbitragehof heeft te kennen gegeven dat het zich niet bevoegd acht om wettelijke regelen te vernietigen we- gens directe schending van internationale verdragsregels¹⁶⁷. Zoals eerder is gezegd, kan het indirect wel tot dit resultaat komen. Immers, het Hof heeft geoordeeld dat tot de bij arti- kel 6bis Gw. gewaarborgde rechten en vrijheden behoren die welke voortvloeien uit de internationale verdragsbepalingen met directe werking¹⁶⁸.

Dit is een gelukkige evolutie, net zoals het gegeven dat de rechtspraak van het Arbitragehof zo nauw aansluit bij die van het Hof van de Rechten van de Mens¹⁶⁹. Aldus wordt vermeden dat de hoven en rechtbanken een rechtspraak

¹⁶⁵ Lees, over de betwistingen in de rechtspraak, BOSSUYT, M., «Publiekrechtelijke aspecten van het arrest Marckx», *R.W.*, 1979-80, 929-946, met daaropvolgende officieuze vertaling van het arrest Marckx van 13 juni 1979. Zie ook Cass., 3 oktober 1983, *R.C.J.B.*, 1984, 605, met noot van RIGAUX, F., «La jurisprudence belge après l'arrêt Marckx»; Rb. Leuven, 26 december 1983, *R.W.*, 1984-85, 362, en Rb. Gent, 16 april 1984, *R.W.*, 1984-85, 354, met noot PAUWELS, J., «Het erfrecht van natuurlijke kinderen sinds het Marckx-arrest»; Brussel, 23 mei 1985, *J.T.*, 1986, 79.

¹⁶⁶ Nu reeds werd aan het Arbitragehof gevraagd of artikel 765 B.W. al dan niet strijdig is met het gelijkheidsbeginsel (Prej. Vr. Cass., *B.S.*, 1 mei 1990).

¹⁶⁷ Arbitragehof, nr. 26/90, 14 juli 1990, (6.B.2), *B.S.*, 4 augustus 1990.

¹⁶⁸ Arbitragehof, nr. 18/90, 23 mei 1990 (B.11.3), *B.S.*, 27 juli 1990; Arbitragehof, nr. 25/90, 5 juli 1990, (9.B.4), *B.S.*, 6 oktober 1990; Arbitragehof, nr. 26/90, 14 juli 1990, (6.B.2), *B.S.*, 4 augustus 1990.

¹⁶⁹ LAMBRECHTS, W., *o.c.*, 159.

zouden ontwikkelen in strijd met en buiten het Arbitrage- hof. Men kan met reden stellen dat de rechtsonderhorigen de rechtsgang bij het Arbitragehof zullen moeten aanwen- den vooraleer zij kunnen aankloppen bij de Commissie en het Hof van de Rechten van de Mens¹⁷⁰.

Wat nu de schending betreft van de gelijkheidsregels in het E.G.-recht door een nationale norm, is een rechtstreekse aanvechting bij het Hof van Justitie door de Commissie of de andere lidstaten mogelijk. Particulieren kunnen een pre- judiciële vraag uitlokken.

VIII. Besluit

Mochten we de rechtsgeleerden geloven – en waarom zouden we dat niet? – dan is het Belgische recht bijzonder rijk aan normen die onverenigbaar zijn met het gelijkheidsbeginsel¹⁷¹. Anderzijds zijn discriminaties door de overheid zo oud als de overheid zelf.

De burger is vandaag niet langer machteloos de medicijn- nenkast van zijn advocaat bevat thans een geneesmiddel in de vorm van het gelijkheidsbeginsel. Zij die genezen, zullen hun raadsman dankbaar zijn.

¹⁷⁰ Lees over dit alles ALEN, A., «Het Arbitragehof, meer dan een grondwettelijk hof met beperkte bevoegdheid?», *o.c.*, 86; ALEN, A., en MEERSCHAUT, F., «Het Arbitragehof, (nog steeds) een grond- wettelijk hof in wording. Een commentaar op de bijzondere wet van januari 1989», in ALEN, A., *De derde staatshervorming (1988-89) in drie fasen*, speciaal nummer *T.B.P.*, 1989, 59.

¹⁷¹ Interessante ideeën kunnen opgedaan worden bij DE BEYS, X., «Les inégalités de traitement en droit et en fait en matière de sécurité sociale», in *L'Egalité*, VIII, 1982, 76-93, KIRKPATRICK, J., *o.c.*, 43 e.v.; VAN ORSHOVEN, P., «Het Arbitragehof anno 1989: een grondwettelijk hof met een (iets minder) beperkte bevoegdheid maar (waarschijnlijk) veel werk...», *Vl. Jur. Vand.*, 1989, nr. 1, 9-10, en WILLEKENS, H., «De werking van grondrechten in de verhoudin- gen tussen samenwonende seksuele partners», in RIMANQUE, K., *o.c.*, 36 e.v.

VORDERINGEN OP EENZIJDIG VERZOEKSCRIFT EN HET RECHT VAN VERDEDIGING

Voor het programma van 1 juni 1990 om 20 uur had de B.R.T. een televisieuitzending gepland over de «Zender Brussel» tijdens de tweede wereldoorlog. In krant artikelen van dezelfde dag, o.m. in *De Standaard*, kwam een beeld naar voren volgens hetwelk enkele prominenten van het toenmalige N.I.R., minstens ten dele, zouden hebben gecol- laboreerd. Op basis van die artikelen wendde een aantal erf- genamen zich tot de rechter, met het verzoek de gewraakte passages uit de uitzending te doen schrappen of, subsidiair, de uitspraak voorlopig te verbieden. De vordering werd op 1 juni bij eenzijdig verzoekschrift ingeleid voor de voorzitter

van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel, die onmid- dellijk uitspraak deed en de B.R.T. verbod oplegde het pro- gramma uit te zenden tot de definitieve uitspraak in kort ge- ding. Aan de eisers werd de verplichting opgelegd meteen te dagvaarden voor een contradictoire kort-gedingprocedu- re tegen de zitting van 6 juni.

Niettegenstaande deze uitspraak en de aankondiging op radio en televisie dat de uitzending wegens die beschikking niet zou kunnen doorgaan, werd het programma uiteindelijk toch uitgezonden op het geplande ogenblik. De gerechts- deurwaarder begaf zich in de loop van de uitzending naar

het B.R.T.-gebouw, maar slaagde er niet in de uitzending te doen stoppen. Nu een kort-gedingprocedure geen nut meer kon hebben, werd door de eisers uiteindelijk ook niet meer gedagvaard tegen de zitting van 6 juni.

Die zaak is op twee punten interessant. Allereerst ten gronde: de afweging van de belangen van privé-personen die door de media in hun eer en goede naam worden aangetast enerzijds, tegenover de belangen van de vrijheid van meningsuiting en de persvrijheid anderzijds. Dit aspect van de zaak wordt hier evenwel niet behandeld. Waar ik wel op inga, is de wijze waarop de procedure werd ingesteld: het eenzijdig verzoekschrift.

Artikel 700 Ger.W. bepaalt: «Hoofdvorderingen worden bij dagvaarding voor de rechter gebracht, onverminderd de bijzondere regels inzake vrijwillige verschijning en rechtspleging op verzoekschrift.»

Dit betekent dat het gebruik van de dagvaarding de regel is en de andere mogelijkheden slechts gebruikt kunnen worden in zoverre de wetgeving ze uitdrukkelijk toelaat.

Wat de dringende en voorlopige maatregelen betreft, zegt art. 584 Ger.W. uitdrukkelijk dat de zaak aanhangig moet worden gemaakt «in kort geding»¹ of «in geval van volstreekte noodzakelijkheid, bij verzoekschrift». Met andere woorden ook in kort geding is de dagvaarding de regel en het eenzijdig verzoekschrift de (hoge) uitzondering. Terwijl voor het kort geding de urgentie reeds in elk geval een voorwaarde is voor de inwilliging van de vordering², wordt er bij de keuze van de procedure op eenzijdig verzoekschrift een bijkomende voorwaarde aan toegevoegd: de volstreekte noodzakelijkheid van de eenzijdige procedure bij verzoekschrift om te mogen afzien van de contradictoire dagvaarding om de vordering in te leiden.

Uit het verslag Van Reepinghen blijkt dat het eenzijdig verzoekschrift hoofdzakelijk gezien werd in de context van de zogenaamde willige rechtsmacht van de rechter³. Dit komt trouwens ook duidelijk naar voren in een aantal artikelen van het Gerechtelijk Wetboek, waarin het eenzijdig verzoekschrift uitdrukkelijk vermeld wordt als middel om de zaak voor de rechter te brengen⁴.

In zaken waarin een voor de tegenpartij nadelige beslissing wordt gevraagd, is in de conceptie van het Gerechtelijk Wetboek de tegenspraak in het geding een belangrijk principe. Uitzonderingen worden in bepaalde gevallen wel mo-

gelijk geacht, maar dan toch alleen als er zeer ernstige argumenten voor zijn. De eiser die de procedure op eenzijdig verzoekschrift kiest, moet duidelijk de volstreekte noodzakelijkheid ervan aantonen. Anders is zijn vordering niet ontvankelijk.

Deze zienswijze is trouwens in de sector van de commerciële betwistingen doorgaans gevolgd in de rechtspraak.

Bij arrest van 13 juni 1975 verwierp het Hof van Cassatie een vraag tot vernietiging gericht tegen een arrest van het Hof van Beroep te Gent waarin dit hof had vastgesteld dat in concreto een gewone kort-gedingprocedure even doelmatig zou zijn geweest als een procedure op eenzijdig verzoekschrift. Het Hof van Cassatie oordeelde dat de feitenrechter hier op onaantastbare wijze had vastgesteld dat niet voldaan was aan de voorwaarde van absolute noodzaak om de procedure op eenzijdig verzoekschrift te verantwoorden⁵. In casu wou een firma een deskundige laten aanstellen om de kwaliteit van behandelde basisproducten vast te stellen. De firma verwachtte dat die vaststellingen voor haar gunstig zouden zijn en had de bedoeling hiermee haar goede naam weer in ere te herstellen bij het publiek. Aangezien de producenten van de basisproducten bekend waren, dienden ze volgens het hof van beroep evenwel op tegenspraak in de zaak betrokken te worden, zelfs indien de aanstelling van een deskundige niet gevraagd werd met het oog op een vordering tegen die producenten.

In een betwisting over de overname van aandelen en over de bevoegdheid om de betrokken vennootschap (voorlopig) te besturen, oordeelde het Hof van Beroep te Brussel op 3 januari 1985 dat elke vertraging, en zelfs het aanwenden van een gewone kort-gedingprocedure «aurait été de nature à priver leur action de toute efficacité»⁶. Ook hier wordt de voorwaarde van absolute noodzakelijkheid, waaraan in casu wel was voldaan, uitdrukkelijk gesteld om te oordelen over de ontvankelijkheid van de vordering.

De absolute noodzaak moet door de eisers bewezen worden. De loutere vrees dat de tegenpartij bijvoorbeeld bewijsstukken zou laten verdwijnen of de boekhouding zou vervalsen, volstaat niet⁷.

Het is bijgevolg duidelijk dat de vordering tegen de B.R.T. evident onontvankelijk was in zoverre ze op eenzijdig verzoekschrift was ingeleid. Noch in de twee inleidende verzoekschriften, noch in de beschikkingen die de verzoeken inwilligden, werd overigens enige motivering gegeven m.b.t. «absolute noodzaak» om de gekozen procedure te legitimeren.

De lichtvaardigheid waarmee in casu de vorderingen ontvankelijk verklaard worden, is des te ernstiger, nu de «voorlopige» maatregel hoe dan ook tot op zekere hoogte een definitief karakter heeft. De planning van televisie-uitzendingen wordt lang van tevoren geprogrammeerd en zit, eenmaal vastgelegd, in een vrij strak keurslijf. Voor de kijker is een vaste regelmaat in de programmatie en de betrouwbaarheid van de radio- en televisieprogramma's, zoals ze o.m. in kranten en tijdschriften worden aangekondigd, van groot belang om zelf het volgen van bepaalde uitzendingen te kunnen

⁵ Cass., 13 juni 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 1088-1090.

⁶ Brussel, 3 januari 1985, *J.T.*, 1985, 73-75 (73).

⁷ Brussel, 13 juni 1986, *Ingénieur Conseil*, 1986, 311-315 (313-314).

¹ Dit is, naar luid van de artt. 1035 en 1036 Ger.W., op dagvaarding, zij het met verkorte termijnen.

² Op de discussie of dit een bevoegdheidsvoorwaarde dan wel een ontvankelijkheidsvoorwaarde is, wordt hier niet ingegaan. Conceptueel kan dit nochtans moeilijk anders dan als een ontvankelijkheidsvoorwaarde worden beschouwd. Voor een goed geargumenteerde verdediging van de stelling 'ontvankelijkheidsvoorwaarde', waarbij ik mij aansluit, kan worden verwezen naar: STORME, M., en TAELEMAN, P., 'Het kort geding: ontwikkelingen en perspectieven', tekst Postuniversitair lessencyclus W. Delva 1990-91, blz. 12-14, randnr. 14, te verschijnen in *T.P.R.* 1991.

In een arrest van 11 mei 1990 lijkt het Hof van Cassatie evenwel te opteren voor de stelling 'bevoegdheidsvoorwaarde' door de urgentie te beschouwen als een voorwaarde voor de gegrondheid van de vordering (Cass. 11 mei 1990, *T.B.H.* 1990, 774 met noot D. LINDEMANS).

³ Zie Van Reepinghen's commentaar bij de artikelen 1025 tot 1034 Ger. W.

⁴ Zie bv. de artikelen 585, 586 en 594 Ger.W.

plannen. Een beslissing tot uitstel van een televisieprogramma, die pas enkele uren vooraf genomen en meegedeeld wordt, berokkent een reële schade aan de zender (imago-verlies en de kosten voor het veranderen van de programmatie) en aan de kijkers die hun avond hadden georganiseerd in verband met het kunnen volgen van het betrokken programma. Het is best denkbaar dat in bepaalde gevallen die belangen moeten wijken voor de belangen van de eisers die zich door de uitzending onherstelbaar benadeeld achten. Maar het minste dat men kan eisen is een behandeling op tegenspraak aan de hand waarvan de voorzitter, oordelend in kort geding, zich een *gefundeerd* beeld kan vormen van de rechtmatige belangen van *beide* partijen.

De hier besproken problematiek heeft evenwel een ruimer belang dan het nogal anecdotische en wat spectaculaire van deze zaak, waarin de B.R.T. uiteindelijk een rechterlijke beslissing heeft genegeerd waarin een uitzendingsverbod werd opgelegd.

In de loop van de laatste jaren zien we namelijk twee ontwikkelingen die op bepaalde punten met elkaar in botsing gekomen zijn: de toename van procedures in kort geding enerzijds, en het sterker beklemtonen van het recht van verdediging anderzijds.

Enerzijds is er de toename van de procedures in kort geding. Voorzitter Jean-Louis Duplat stelde in 1986 vast dat het aantal korte gedingen voor de Brusselse rechtbank van koophandel in vijf jaar tijd verdubbelde⁸. Deze vaststelling geldt ongetwijfeld ook voor de andere rechtbanken met bevoegdheid in kort geding.

Drie factoren kunnen deze ontwikkeling verklaren.

Allereerst is er een algemene ontwikkeling in de mentaliteit binnen de samenleving: de psychologische drempel om naar de rechtbank te stappen is sinds de negentiende eeuw, maar vooral de laatste decennia, sterk verlaagd (wat overigens ook architectonisch merkbaar wordt in de overgang van de letterlijke drempel en de majestueuze aanblik die de negentiende-eeuwse justitie«paleizen» kenmerken, naar de meer «dienstverlenende» uitstraling van de moderne gerechtsgebouwen). Dit heeft geleid tot een sterke toename van de processen, met het bekende gevolg van de problemen van de gerechtelijke achterstand.

Precies als gevolg van dit laatste verschijnsel is de behoefte aan een voorlopige regeling van de situatie via een kortgedingprocedure op haar beurt sterk toegenomen. De kortgedingprocedures nemen dan ook het meest toe in de periode waarin de gerechtelijke achterstand catastrofale proporties aanneemt. De band tussen deze twee ontwikkelingen wordt bevestigd door de vaststelling dat het kort geding in de praktijk vaak het geschil definitief beslecht. Ondanks het wezenlijk voorlopig karakter van beschikkingen in kort geding volgt er vaak geen procedure meer ten gronde. In het reeds geciteerde artikel schat voorzitter Duplat deze gevallen op zowat 70% van het totaal aantal korte gedingen⁹.

Een derde factor ten slotte, waarvan het belang zeker niet onderschat mag worden, is de invoering van de dwangsom in ons recht in 1980. Terwijl de verliezende partij de beschik-

king in kort geding zonder dwangsom nog naast zich kan neerleggen, in de overtuiging dat ze ten gronde toch gelijk zal halen, blijkt ze bijzonder gedwee de beschikking uit te voeren wanneer haar een dwangsom boven het hoofd hangt.

De tweede ontwikkeling is het sterker beklemtonen van het recht van verdediging. Deze ontwikkeling past bij de opkomst van de algemene rechtsbeginselen in de laatste decennia en het toegenomen belang van fundamentele rechten en vrijheden, o.m. via de internationale politieke discussie en via de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en haar directe werking in het Belgische recht.

Het, vooral in de loop van het laatste decennium, toegenomen belang dat gehecht wordt aan de bescherming van het recht van verdediging, komt het duidelijkst naar voren bij de problematiek van het faillissement.

Steunend op artikel 442 van de Faillissementswet hanteerden schuldeisers het eenzijdig verzoekschrift tot voor kort als middel om de faillietverklaring van een schuldenaar te vorderen. De verantwoording was de vrees dat de schuldenaar net voor de faillietverklaring nog snel actief zou verduisteren of andere maatregelen zou nemen ten nade van de schuldeisers¹⁰. Op deze procedure werd in de loop van de laatste tien jaar meer en meer kritiek geoefend, o.m. door procureur-generaal Krings¹¹. Uitgangspunt daarbij was dat het principe van de eerbiediging van het recht van verdediging zwaarder woog dan het belang van de schuldeisers.

Bij arrest van 10 maart 1989 heeft het Hof van Cassatie geoordeeld dat, in tegenstelling tot de voorheen heersende interpretatie, artikel 442 van de Faillissementswet *niet* toestond een vordering tot faillietverklaring op eenzijdig verzoekschrift in te dienen. Het Hof oordeelde dat de bewoordingen «op verzoek van een of meer schuldeisers» in dit artikel dienen te worden begrepen als «op vordering van» en niet «op (eenzijdig) verzoekschrift van». M.a.w. de vordering tot faillietverklaring uitgaande van een schuldeiser kan enkel op dagvaarding gebeuren¹². Ook bij ambtshalve faillietverklaring oordeelt het Hof van Cassatie sinds kort dat de eerbiediging van het recht van verdediging vereist dat de schuldenaar vooraf wordt gehoord, behalve wanneer de zaak uitzonderlijk spoedeisend is¹³.

Uit de voorbereidende teksten van het Gerechtelijk Wetboek blijkt dat deze probleemstelling i.v.m. het recht van verdediging bij het eenzijdig verzoekschrift inderdaad nieuw is. Nergens in de parlementaire voorbereiding komt het probleem ter sprake op de wijze waarop dit thans het geval is. Naar aanleiding van een discussie in de kamercommissie voor Justitie i.v.m. de al dan niet verplichte tussenkomst van een advocaat bij de verzoekschriftprocedure¹⁴ wordt wel terloops even aandacht besteed aan de belangen van de andere partij(en). Doch in de ogen van de parlementairen in het midden van de jaren zestig leek de verplichte tussen-

¹⁰ Zie hierover o.m. T'KINT, F., «Le pouvoir du juge en matière de faillite», in *L'évolution du droit judiciaire*, Brussel, 1984, 515.

¹¹ Zie o.m. KRINGS, E., «De rechterlijke macht en de faillissementsprocedure», *R.W.*, 1986-87, 353-390.

¹² Cass., 10 maart 1989, *T.B.H.*, 1989, 490, *R.W.*, 1988-89, 1366.

¹³ Cass., 27 april 1989, *T.B.H.*, 1989, 590, met noot CAROLINE VAN SCHOU BROECK, *R.W.*, 1989-90, 301; Cass., 28 september 1989, *T.R.V.*, 1989, 537, met noot STEFAAN RAES.

¹⁴ Art. 1026 Ger.W.

⁸ DUPLAT, «Tussenkomst van de voorzitter van de rechtbank van koophandel in handelszaken, meer in het bijzonder in kort geding», *T.P.R.*, 1986, 660.

⁹ *O.c., l.c.*

komst van een advocaat voor de verzoeker een voldoende waarborg te bieden voor het recht van verdediging van de andere partij(en): «De balie staat inderdaad onder een beroepstucht en deze tucht dringt zich hier des te meer op daar het om een eenzijdige rechtspleging gaat, d.i., een rechtspleging waarbij, hoewel de tegenpartij meestal niet ter zake geroepen wordt, haar belangen nochtans moeten gewaarborgd worden. (...) De tussenkomst van de balie dringt zich dus op, zowel in het belang van de eisende partij als van de gene tegen wie maatregelen kunnen getroffen worden.»¹⁵.

De gewijzigde houding t.a.v. het belang dat gehecht wordt aan het recht van verdediging blijkt ook uit een aantal andere ontwikkelingen in de rechtspraak:

- het thans algemeen aanvaard verbod voor een rechter om zitting te nemen in een zaak wanneer hij voordien, bv. als onderzoeksrechter, bij het onderzoek betrokken was;
- de talloze arresten inzake tuchtrechtspraak, waarbij voorheen niet dezelfde strenge criteria werden gehanteerd m.b.t. het recht van verdediging als bij de gewone procedures.

Daar kunnen we nog aan toevoegen: de kritiek die de laatste jaren geuit werd op de inquisitoriale rol van de rechtbank van koophandel via de dienst van de «depistage» en het ambtshalve faillissement. In die mate dat het zich laat aanzien dat het ambtshalve faillissement eerlang helemaal zal worden afgeschaft, op basis van overwegingen i.v.m. de onpartijdigheid van de rechter en het recht van verdediging¹⁶.

Concluderend kunnen we stellen dat een beschikking op eenzijdig verzoekschrift waarin de absolute noodzaak van

¹⁵ Verslag Hermans, *Hand., Kamer*, (59) 1965-66, nr. 49, p. 152.

deze procedure niet eens wordt onderzocht, duidelijk in strijd is met het Gerechtelijk Wetboek.

Een soepele interpretatie van het begrip «absolute noodzaak» is dan weer in strijd met de recente ontwikkelingen in de afweging van de belangen van de respectieve partijen. Zo deze ontwikkeling zich nog voortzet, zijn er nauwelijks nog gevallen denkbaar waarin de eerbiediging van het recht van verdediging ondergeschikt kan worden geacht aan de belangen van de eiser.

Zolang het gaat om een beroep op de willige rechtsmacht van de rechter, rijst het probleem niet of nauwelijks. Zodra via kort geding evenwel meer ingrijpende maatregelen gevraagd worden, zoals het verbieden van een televisie-uitzending – al blijven dergelijke maatregelen in principe slechts voorlopig – komt het probleem in een ander daglicht te staan. Wanneer bovendien blijkt dat de beschikking in kort geding in de praktijk vaak de definitieve gerechtelijke uitspraak wordt, bij ontstentenis van een procedure ten gronde, moet het gebruik van de procedure op eenzijdig verzoekschrift zeker worden afgeremd.

Mark VAN HOECKE
UFSAL Brussel

¹⁶ Zie de parlementaire vraag nr. 126 van Leclercq van 28 mei 1990, *Vr. en Antw., Senaat*, 1989-90, 7 augustus 1990, 2015, en zijn verwijzing naar de besprekingen in de werkgroep tot hervorming van het faillissementsrecht onder voorzitterschap van procureur-generaal Krings.

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 30 APRIL 1990

Voorzitter: de h. Châtel, eerste voorzitter

Rapporteur: de h. Marchal

Openbaar ministerie: de h. Lenaerts

Advocaat: mr. Bützler

Collectieve arbeidsovereenkomst – A.N.P.C.-Bedienden – Jaareindepremie – Verplichting tot betaling – Aard – Voorwaarde – Begrip

De verplichting tot betaling van een jaareindepremie, ingevolge art. 8 van de c.a.o. van 19 maart 1979, gesloten in het A.N.P.C.-Bedienden, ontstaat niet uit een verbintenis van de werkgever, maar uit een regeling die de rechtskracht van een algemeen verbindende verordening heeft.

De bepaling dat de bediende «verbonden moet zijn door een arbeidsovereenkomst voor bedienden, op het ogenblik van de

betaling van de premie», is geen voorwaarde in de zin van de art. 1168 en 1178 B.W., zodat art. 1178 geen toepassing vindt.

F. t/ P.V.B.A. G.

Gelet op het bestreden arrest, op 19 februari 1988 door het Arbeidshof te Gent, afdeling Brugge, gewezen;

...

Over het tweede middel: schending van de artikelen 1168, 1178 van het Burgerlijk Wetboek, 8 van de collectieve arbeidsovereenkomst van het Aanvullend Nationaal Paritair Comité voor de Bedienden van 19 maart 1979, algemeen verbindend verklaard bij koninklijk besluit van 26 juni 1979, en waarvan artikel 20, inzake de geldingsduur, is gewijzigd bij de collectieve arbeidsovereenkomst van 18 december 1980, algemeen verbindend verklaard bij koninklijk besluit van 3 april 1981, en voor zoveel nodig van de artikelen 1319, 1320 en 1322 van het Burgerlijk Wetboek,

doordat het arbeidshof met betrekking tot de vordering in zake de pro rata jaareindepremie voor 1984, eerst vaststelt dat eiser zijn vordering liet steunen op de collectieve arbeidsovereenkomst, gesloten in het Aanvullend Nationaal Paritair Comité voor de Bedienden van 19 maart 1979, algemeen verbindend verklaard bij koninklijk besluit van 26 juni 1979, waarvan de geldingsduur verlengd werd bij collectieve arbeidsovereenkomst van 18 december 1980, algemeen verbindend verklaard bij koninklijk besluit van 3 april 1981, dat de jaareindepremie in de regel de tegenprestatie is van arbeid die ter uitvoering van de arbeidsovereenkomst wordt verricht, zodat het recht erop in beginsel wordt verkregen naargelang de arbeid is verricht, dat van dit principe kan worden afgeweken door een uitdrukkelijke bepaling in de collectieve arbeidsovereenkomst, dat artikel 8 van de collectieve arbeidsovereenkomst van 19 maart 1979 de voorwaarde omvat dat de bediende verbonden moet zijn door een arbeidsovereenkomst op het ogenblik van de betaling van de premie, dat deze bepaling inhoudt dat de premie niet pro rata verschuldigd is, aangezien eiser niet meer in dienst was eind 1984; het arbeidshof vervolgens vaststelt dat eiser zich beriep op artikel 1178 van het Burgerlijk Wetboek luidens hetwelk een voorwaarde mag worden geacht te zijn vervuld, wanneer de schuldenaar die zich onder deze voorwaarde heeft verbonden, zelf de vervulling ervan heeft verhinderd, en erkent dat eiser ten onrechte werd ontslagen op 11 juli 1984 zonder dringende reden en hij dus door de fout van verweerster het recht op de jaareindepremie verloor; het arbeidshof nochtans oordeelt: «De ruime interpretatie op basis van artikel 1178 van het Burgerlijk Wetboek is louter burgerrechtelijk aanvaardbaar, maar het niet betalen van een jaareindepremie is een misdrijf en de vordering ex delicto verjaart vijf jaar te rekenen vanaf de dag dat het misdrijf voltrokken is. (Eiser) baseert in casu zijn vordering op het misdrijf. Echter met betrekking tot de enumeratie van strafbare feiten moet het strafrecht strikt worden geïnterpreteerd, zodat in casu de interpretatie van artikel 1178 van het Burgerlijk Wetboek te ver gaat, zodat dient te worden gesteld dat aan de voorwaarde tot het in dienst zijn in december 1984 niet is voldaan, zodat de jaareindepremie niet verschuldigd is»; het arbeidshof aldus eisers vordering verwerpt,

terwijl de omstandigheid dat een eiser zijn vordering voor de burgerlijke (of sociale) rechter tevens laat steunen op een strafbaar feit, teneinde het voordeel te kunnen genieten van de verjaringstermijn bedoeld bij artikel 26 van de wet van 17 april 1878, aan deze vordering haar burgerrechtelijk karakter niet ontnemt; eiser aldus noch ten aanzien van zichzelf, noch ten aanzien van een ander om de toepassing van de strafwet verzoekt, en slechts de uitkering nastreeft van een bij artikel 8 van de collectieve arbeidsovereenkomst van 19 maart 1979, gesloten in het Aanvullend Nationaal Paritair Comité voor de Bedienden, algemeen verbindend verklaard bij koninklijk besluit van 26 juni 1979, omschreven jaareindepremie; eiser zich, voor de vervulling van de bij genoemde collectieve arbeidsovereenkomst (waarvan de geldingsduur verlengd werd bij collectieve arbeidsovereenkomst van 18 december 1980, algemeen verbindend verklaard bij koninklijk besluit van 3 april 1981) gestelde voorwaarde derhalve kon beroepen op het bij artikel 1178 van het Burgerlijk Wetboek gestelde beginsel volgens hetwelk de voorwaarde, waaronder een verbintenis is aangegaan, wordt geacht te zijn vervuld, wanneer de schuldenaar die zich on-

der die voorwaarde verbonden heeft, zelf de vervulling van de voorwaarde verhinderd heeft; het arbeidshof derhalve, door zijn principiële weigering te dezen toepassing te maken van artikel 1178 van het Burgerlijk Wetboek, omdat eiser zich, voor de beoordeling van het vraagstuk van de verjaring, beriep op artikel 26 van de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering, en derhalve op een misdrijf, en «het strafrecht strikt moet worden geïnterpreteerd», zijn beslissing niet naar recht verantwoordt (schending van de artikelen 1169 en 1178 van het Burgerlijk Wetboek) en derhalve ten onrechte weigert eiser een pro rata jaareindepremie toe te kennen (schending van artikel 8 van de collectieve arbeidsovereenkomst van 19 maart 1979, en, voor zoveel nodig, van de artikelen 1319, 1320 en 1322 van het Burgerlijk Wetboek):

Overwegende dat eiser betaling van een jaareindepremie vordert op grond van artikel 8 van de collectieve arbeidsovereenkomst van 19 maart 1979, gesloten in het Aanvullend Nationaal Paritair Comité voor de Bedienden, tot vaststelling van de arbeids- en betalingsvoorwaarden, algemeen verbindend verklaard bij koninklijk besluit van 26 juni 1979;

Overwegende dat de beweerde verplichting tot betaling niet ontstaat uit een door de werkgever aangegane verbintenis, maar uit een regeling die, hoewel zij geen door de overheid uitgevaardigde verordening is, niettemin ingevolge een overheidshandeling de rechtskracht van een algemeen verbindende verordening heeft;

Overwegende dat, krachtens voormeld artikel 8, de bedienden aanspraak op de premie hebben op voorwaarde dat zij «verbonden zijn door een arbeidsovereenkomst voor bedienden, op het ogenblik van de betaling van de premie»;

Dat dit vereiste geen toekomstige en onzekere gebeurtenis en derhalve geen voorwaarde is in de zin van de artikelen 1168 en 1178 van het Burgerlijk Wetboek;

Overwegende dat uit het voorgaande volgt dat artikel 1178 van het Burgerlijk Wetboek niet toepasselijk is op de betwiste premie;

Dat, ook indien het middel gegrond is, de bestreden beslissing om de voormelde reden naar recht verantwoord blijft;

Dat het middel, bij gebrek aan belang, niet ontvankelijk is;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 17 MEI 1990

Voorzitter: de h. Sace

Rapporteur: mevr. Charlier

Openbaar ministerie: de h. Velu, eerste advocaat-generaal

Advocaten: mrs. Nelissen Grade en Van Ommeslaghe

Ambulante handel – Leurhandel – Luchtfoto's

Naar luid van art. 2 van het K.B. nr. 82 van 28 november 1939 wordt als leurhandel beschouwd de verkoop of het te koop aanbieden aan de verbruiker van alle waren of goederen en, in het algemeen, van onverschillig welke voorwerpen, gedaan van deur tot deur, op de openbare weg of op de openbare markten.

Niet naar recht verantwoord is de beslissing die daarvan uitsluit de verkoop of het te koop aanbieden van geïndividualiseerde, persoonlijke of beperkt vervangbare voorwerpen of de verkoop of het te koop aanbieden wanneer de potentiële gebruiker als doelwit dient en bij hem thuis wordt bezocht.

N.V. H. t/ D.

Gelet op het bestreden vonnis, op 22 april 1988 in hoger beroep gewezen door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Luik;

Over het middel: schending van de artikelen 1, 2 van het koninklijk besluit nr. 82 van 28 november 1939 houdende reglementering van de leurhandel, bekrachtigd door de wet van 16 juni 1947, en 53 van de wet van 14 juli 1971 betreffende de handelspraktijken en van het algemeen rechtsbeginsel inzake het recht van verdediging,

doordat het bestreden vonnis, na te hebben vastgesteld dat «(eiseres) luchtfoto's maakt en daarvan al dan niet ingelijste vergrotingen verkoopt die ze aan huis laat aanbieden door afgevaardigden die, volgens haar, in het bezit zijn van foto's op schaal 13 x 13, van een stafkaart voor de plaatsbepaling en van voorbeelden van afgewerkte vergrotingen van andere soortgelijke onderwerpen (wat door verweerster in feite wordt betwist), dat uit haar briefwisseling met de bewaarplaats van het station te Marloie en uit de verklaringen van haar algemeen bestuurder aan de eerste rechter blijkt dat die manier van klantenwinning op grote weerstand stuit bij de betrokken gebruikers», dat verweerster op 24 augustus 1983 twee bestellingen heeft gedaan, maar dat zij heeft geweigerd de bestelde voorwerpen in ontvangst te nemen, met bevestiging van het beroepen vonnis, beslist dat de litigieuze verkoop volstrekt nietig is, en het bijgevolg, de vordering van eiseres tot uitvoering van die verkoop afwijst, op grond: «dat hoewel de wet betreffende de handelspraktijken een regeling invoert die grotendeels is ingegeven door de corporatistische belangen van de 'gevestigde handel', van de 'mededinging', zulks echter niet belet dat het gaat om een politiewet die de openbare orde raakt en aanleiding kan geven tot de volstreekte nietigheid van de contracten die er mee in strijd zijn; dat de gebruikers natuurlijk belang hebben bij een beschermd worden door het verbod van de reizende verkopen, evenals ze belang hebben bij de gerechtelijke controle op de onrechtmatige 'handelsgebruiken' waarvan zij het slachtoffer worden; dat wegens het gebrek aan coördinatie van de normen en de onnauwkeurigheid van de wettelijke definities, dient te worden nagegaan of de begrippen reizende verkoop en leurhandel elkaar dekken en het eerste dus in het tweede is begrepen; dat het bezit van een ministeriële machtiging, die trouwens met te grote toegeeflijkheid wordt verleend, niet noodzakelijk impliceert dat men elke reizende verkoop mag verrichten, maar wel die welke worden gedaan 1) van deur tot deur, 2) op de openbare weg, 3) op de openbare markten, met inbegrip van de kermissen, foren, hallen, overdekte markten (organiek koninklijk besluit nr. 82 van 28 november 1939, artikel 2); dat het door (eiseres) verkochte produkt wezenlijk geïndividualiseerd, persoonlijk en beperkt vervangbaar is: het gaat gewoonlijk om foto's van goederen die toebehoren aan of bewoond worden door de potentiële gebruiker die dan als 'doelwit' dient en bij hem thuis wordt bezocht, in tegenstelling met de verkoop van deur tot deur die volgens zijn gewone betekenis

onderstelt dat het aanbod wordt gedaan aan iedereen die 'aan de deur' komt; dat het bijgevolg noodzakelijk gaat om een verkoop aan huis met gebruik van een inscenering en van moderne overtuigingsstechnieken die agressiever zijn dan die van een colporteur op ronde die onder de toepassing valt van de regels betreffende de leurhandel, hetgeen blijkt uit de door de activiteit van (eiseres) ontstane geschillen; dat, op grond van andere redenen, derhalve met de eerste rechter dient te worden beslist dat de litigieuze verkoop aan huis die, volgens de niet bekritiseerde vaststellingen van het beroepen vonnis, is gedaan zonder voorafgaand verzoek van de koper, een verzoek dat dient te worden bewezen door (eiseres), die dat bewijs niet levert, onder het verbod van artikel 53 van de wet van 14 juli 1971 valt»,

...

Overwegende dat artikel 53 van de wet van 14 juli 1971 betreffende de handelspraktijken bepaalt dat elke reizende verkoop verboden is «onverminderd de toepassing van de reglementering inzake ambulante handel»;

Overwegende dat, naar luid van artikel 2 van het koninklijk besluit nr. 82 van 28 november 1939, als leurhandel wordt beschouwd de verkoop of het te koop aanbieden aan de gebruiker van alle waren of goederen en, in het algemeen, van gelijk welke voorwerpen, gedaan van deur tot deur, op de openbare weg of op openbare markten;

Overwegende dat het vonnis erop wijst dat «het door (eiseres) verkochte produkt wezenlijk geïndividualiseerd, persoonlijk en beperkt vervangbaar is: het gaat gewoonlijk om foto's van goederen die toebehoren aan of bewoond worden door de potentiële gebruiker die dan als 'doelwit' dient en bij hem thuis wordt bezocht, in tegenstelling met de verkoop van deur tot deur die volgens zijn gebruikelijke betekenis onderstelt dat het aanbod wordt gedaan aan iedereen die 'aan de deur' komt», en oordeelt «dat het bijgevolg noodzakelijk gaat om een verkoop aan huis met gebruik van een inscenering en moderne overtuigingsstechnieken die agressiever zijn dan die van de colporteur op ronde die onder de toepassing valt van de regels betreffende de leurhandel, hetgeen blijkt uit de door de activiteit van (eiseres) ontstane geschillen»;

Dat de rechtbank, door enkel op die vaststellingen en overwegingen te steunen om te beslissen dat de litigieuze verkoop aan huis zonder voorafgaand verzoek van de koper onder het verbod van artikel 53 van de wet van 14 juli 1971 valt, zijn beslissing niet naar recht verantwoordt;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 25 MEI 1990

Voorzitter: de h. Soetaert

Rapporteur: de h. Rauws

Openbaar ministerie: de h. D'Hoore

Advocaat: mr. Simont

Erfdienstbaarheid – Uitzicht – Verkrijgende verjaring – Aanvang

Het recht op uitzicht vanop een terras is een voortdurende en zichtbare erfdiensbaarheid die door een dertigjarig bezit kan worden verkregen.

De verkrijgende verjaring van een dergelijke erfdiensbaarheid loopt in de regel van de dag van de voltooiing van het werk waardoor de erfdiensbaarheid wordt uitgeoefend.

R. en S. t/ B. en V.

Gelet op het bestreden vonnis, op 2 februari 1988 in hoger beroep gewezen door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen;

Over het eerste middel: schending van de artikelen 690, 706, 707, 2257 en 2262 van het Burgerlijk Wetboek,

doordat het bestreden vonnis de vordering van de verweerders tot afbraak van een terras op het erf van de eisers, net zoals de eerste rechter, niet verjaard acht, op grond «dat de eerste rechter terecht geoordeeld heeft dat het uitgangspunt der verjaring niet is het ogenblik waarop de (eisers) hun woning hebben gebouwd (naar uit de vaststellingen van de eerste rechter, p. 3, voorlaatste alinea, blijkt: januari 1952), maar wel het ogenblik waarop (verweerders) hun woning tegen die van de (eisers) hebben aangebouwd (naar uit de vaststellingen van de eerste rechter, p. 4, eerste alinea blijkt: in de loop van 1954), zodat nog geen verjaring was ingetreden bij het inleiden der vordering (van 14 januari 1983, datum der neerlegging ter griffie van de conclusie welke die eis tot afbraak bevat, zoals blijkt uit het vonnis a quo, p. 2, voorlaatste alinea), daar het bouwen (door verweerders) geschiedde in 1954»,

terwijl de eisers in hun akte van hoger beroep erop hadden gewezen dat het litigieuze terras «uitzicht (geeft) op het naastliggend pand van (verweerders)» en «reeds meer dan 31 jaar onveranderd bestaat» en zich hadden beroepen op verjaring «verworven op 8 januari 1982»; de eisers derhalve hadden laten gelden dat voor hen, wat de tegenvordering tot afbraak van het litigieuze terras betreft, de verjaring van dertig jaren verworven was; enerzijds, voor zover het gaat om de verkrijgende verjaring (dertigjarig bezit bedoeld bij artikel 690 van het Burgerlijk Wetboek), van een actieve erfdiensbaarheid ten gunste van het erf van de eisers, berustende op het feit dat de eisers gedurende minstens dertig jaren op niet-wettelijke afstand een uitzicht vanop het litigieuze terras hebben bezeten, het aanvangspunt van deze dertigjarige termijn onafhankelijk is van het tijdstip waarop op het dienende erf (in casu van de verweerders) is gebouwd; anderzijds, voor zover het gaat om de bevrijdende verjaring van de passieve erfdiensbaarheid wegend op het erf van de eisers, om met name geen terras te bouwen op niet-wettelijke afstand, deze erfdiensbaarheid tenietgaat door het niet-uitoefenen daarvan gedurende dertig jaren (artikel 706 van het Burgerlijk Wetboek) en deze dertig jaren beginnen te lopen, wanneer het (zoals in casu) een voortdurende erfdiensbaarheid betreft, van de dag dat een met de erfdiensbaarheid strijdige daad is verricht (artikel 707 van het Burgerlijk Wetboek), derhalve in casu vanaf het bouwen van het terras op niet-wettelijke afstand; in elk geval, wat de bevrijdende verjaring aangaat, alle rechtsvorderingen verjaren door verloop van dertig jaren (artikel 2262 van het Burgerlijk Wetboek) te rekenen, zoals uit artikel 2257 van het Burgerlijk Wetboek blijkt, vanaf de dag waarop het recht om de rechtsvordering in te stellen ontstaat, der-

halve vanaf het ogenblik dat de afbraak van het terras kan geëist worden; zodat het bestreden vonnis, nu het voor het beginpunt der verjaring niet het bouwrijpheidstip van het terras neemt, maar het bouwen door de verweerders op hun erf, aldus enerzijds, in zoverre het de verkrijgende verjaring van een actieve erfdiensbaarheid ten gunste van het erf van de eisers afwijst, dit doet op grond van een vereiste (bouwen op het dienende erf) die geen steun vindt in artikel 690 van het Burgerlijk Wetboek en dit derhalve schendt; anderzijds, in zoverre het de bevrijdende verjaring afwijst van de passieve erfdiensbaarheid wegend op het erf van de eisers, dit slechts kan doen met schending van de artikelen 706 en 707 van het Burgerlijk Wetboek, nu de met deze passieve erfdiensbaarheid strijdige daad bestaat in het bouwen van het litigieuze terras en niet in enig bouwen door de verweerders op hun erf; de beslissing de rechtsvordering tot afbraak van het terras niet verjaard te verklaren in elk geval een schending inhoudt van de artikelen 2257 en 2262 van het Burgerlijk Wetboek, nu sinds het tijdstip waarop deze vordering kon worden ingesteld, dit is sinds het bouwen van het terras in kwestie, meer dan dertig jaren verlopen waren:

Overwegende dat de tegenvordering van de verweerders strekte tot beëindiging van het rechtstreeks uitzicht dat de eisers op het erf van de verweerders hebben vanaf een terras ter hoogte van de eerste verdieping;

Overwegende dat het recht op uitzicht vanop een terras een voortdurende en zichtbare erfdiensbaarheid is die door een dertigjarig bezit kan worden verkregen;

Dat de verkrijgende verjaring van een dergelijke erfdiensbaarheid in de regel loopt van de dag van de voltooiing van het werk waardoor de erfdiensbaarheid wordt uitgeoefend; dat de verjaring evenwel niet loopt zolang de bezwarende toestand door de eigenaar van het lijdend erf enkel wordt gedoogd; dat in dit geval de verkrijgende verjaring van het recht op uitzicht pas begint te lopen vanaf het tijdstip dat het gedogen ophoudt;

Overwegende dat het bestreden vonnis zegt «dat het uitgangspunt der verjaring (te dezen) niet is het ogenblik waarop (de eisers) hun woning hebben gebouwd doch wel het ogenblik waarop (de verweerders) hun woning tegen die van (de eisers) hebben aangebouwd»;

Dat de rechter aldus aanneemt dat de verweerders in feite geen hinder hebben gehad van de uitoefening door de eisers van het voordeel van het uitzicht vanop hun terras, totdat de verweerders een woning op hun erf hebben gebouwd;

Dat die vaststelling, welke inhoudt dat de verweerders totdat ze een woning bouwden op hun erf het litigieuze uitzicht hebben gedoogd, de beslissing naar recht verantwoordt dat de verkrijgende verjaring ten voordele van de eisers pas vanaf het aanbouwen van de woning van de verweerders begon te lopen;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

...

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 28 MEI 1990

Voorzitter: de h. Caenepeel

Rapporteur: de h. Verougstraete

Openbaar ministerie: de h. Lenaerts

Advocaat: mr. Bützler

Arbeidsongeval – Basisloon – 1. Hypothetisch loon – Vaststelling – Billijkheid – Leidraad – Gemiddeld minimummaandinkomen – 2. Vakantiegeld – Recht op vakantiegeld

1. *De rechter kan, wanneer hij het hypothetisch loon naar billijkheid moet berekenen voor een gelegenheidsplukker in een fruitteeltbedrijf die getroffen is door een arbeidsongeval, als leidraad voor de raming nemen wat de getroffene zou hebben verdiend indien hij er het hele jaar werkzaam was geweest, en oordelen dat zijn fictief loon gelijk moet zijn aan het gemiddeld minimummaandinkomen gewaarborgd in een c.a.o. gesloten in de Nationale Arbeidsraad.*

2. *Wanneer de getroffene geen recht heeft op vakantiegeld in de functie waarin hij op het ogenblik van het ongeval tewerkgesteld was, behoort het vakantiegeld niet tot het basisloon.*

N.V. De Schelde t/ L.

Gelet op de bestreden arresten, op 18 januari en 5 april 1989 door het Arbeidshof te Antwerpen, afdeling Hasselt, gewezen;

Over het eerste middel: schending van de artikelen 36, § 2, van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971 van de collectieve arbeidsovereenkomst van 25 juli 1975, betreffende de waarborg van een gemiddeld minimummaandinkomen, c.a.o. nr. 23 genaamd, gesloten in de Nationale Arbeidsraad, algemeen verbindend verklaard bij koninklijk besluit van 9 september 1975, 1 van genoemd koninklijk besluit van 9 september 1975, en voor zoveel nodig 12, 34, eerste en tweede lid, 35 (vervangen bij koninklijk besluit nr. 39 van 31 maart 1982 en gewijzigd bij koninklijk besluit nr. 128 van 30 december 1982) van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971, 1319, 1320 en 1322 van het Burgerlijk Wetboek,

doordat het arbeidshof in de bestreden beslissing van 5 april 1989, na bij tussenarrest van 18 januari 1989 te hebben vastgesteld dat de toepassing van artikel 36, § 2, van de Arbeidsongevallenwet niet mogelijk is, dat het basisloon naar billijkheid moet worden bepaald, en dat het basisloon mag worden bepaald met inachtneming van het loon voor werknemers van de vierde categorie bedoeld in de collectieve arbeidsovereenkomst van 1 oktober 1980, algemeen verbindend verklaard bij koninklijk besluit van 22 december 1980, voor zover er geen bindende beschikkingen bestaan die aan de getroffene een hoger loon waarborgden, oordeelt dat, zo de activiteit van plukken op hoogst mogelijkerwijze niet gedurende een hele kalendermaand wordt uitgeoefend, dit wel het geval is voor de activiteiten van de vierde categorie die als referentie werden genomen, en dat het fictieve loon voor die over het hele jaar gespreide activiteit gelijk moet zijn aan het minimum gemiddeld maandinkomen dat door de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 23 van 25 juli 1975

gewaarborgd wordt, en besluit dat verweerster het basisloon correct berekende op 377.958 frank,

...

Overwegende dat artikel 36, § 2, van de Arbeidsongevallenwet luidt: «Wanneer de werknemer sedert minder dan één jaar in de onderneming of in de functie waarin hij is tewerkgesteld op het ogenblik van het ongeval werkt, wordt voor de periode die voorafgaat het hypothetisch loon berekend op het gemiddeld dagelijks loon van de werknemers met dezelfde beroepskwalificatie»;

Overwegende dat de appelrechters vaststellen dat de getroffene, als gelegenheidsplukker op ladder, één dag was tewerkgesteld toen het ongeval plaatsgreep; dat zij oordelen dat het hypothetisch loon «naar billijkheid» moet worden berekend, nu een werknemer met dezelfde kwalificatie noch in noch buiten het bedrijf kan worden gevonden;

Overwegende dat de rechter, wanneer hij het hypothetisch loon ex aequo et bono bepaalt, niet verplicht is alleen rekening te houden met de bepalingen van een collectieve arbeidsovereenkomst die bindend is of kan zijn voor de getroffene;

Overwegende dat de appelrechters, als leidraad voor de raming ex aequo et bono, nagaan wat de getroffene verdiend zou hebben, indien hij het hele jaar in een fruitteeltbedrijf werkzaam was geweest als werkmans die behoorde tot categorie IV van de in die bedrijven tewerkgestelde werklieden; dat zij oordelen dat het fictieve loon van zulk een werknemer gelijk moet zijn aan het gemiddeld minimummaandinkomen dat wordt gewaarborgd door de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 23 van 25 juli 1975, gesloten in de Nationale Arbeidsraad;

Overwegende dat het arbeidshof, voor de vaststelling van het hypothetisch loon van de getroffene, aldus rekening houdt met het loon van een werknemer die het hele jaar is tewerkgesteld; dat het derhalve de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 23 niet toepast of toepasselijk acht op werknemers die geen voltijdse arbeidsprestaties leveren of op werknemers die gewoonlijk zijn tewerkgesteld gedurende periodes die minder dan één kalendermaand bedragen;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

Over het tweede middel: schending van de artikelen 36, § 2, van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971, 1 van de bij koninklijk besluit van 28 juni 1971 gecoördineerde wetten betreffende de jaarlijkse vakantie van de werknemers, 1, § 1, van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders, 17ter van het koninklijk besluit van 28 november 1969 tot uitvoering van de wet van 27 juni 1969 (als ingevoegd bij koninklijk besluit van 20 augustus 1982), en voor zoveel nodig 12, 34, eerste en tweede lid, en 35 (als vervangen bij koninklijk besluit nr. 39 van 31 maart 1982 en gewijzigd bij koninklijk besluit nr. 128 van 30 december 1982) van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971,

doordat het arbeidshof in de bestreden beslissing van 5 april 1989, na bij tussenarrest van 18 januari 1989 te hebben vastgesteld dat de toepassing van artikel 36, § 2, van de Arbeidsongevallenwet niet mogelijk is en dat het basisloon naar billijkheid moet worden bepaald, oordeelt dat, «om het vakantiegeld uit het basisloon te weren, (eiseres) blijkbaar (verwijst) naar artikel 17ter van het uitvoeringsbesluit van 28

november 1969 dat aan de toepassing van de wet betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders onttrekt de werknemers die tewerkgesteld zijn bij het plukken van fruit en die manuele en occasionele arbeid verrichten voor zover deze tewerkstelling in de loop van een kalenderjaar 25 arbeidsdagen niet overschrijdt», doch beslist dat, «nu evenwel te dezen een fictief loon in aanmerking wordt genomen dat overeenstemt met een over het hele jaar gespreide activiteit, om dezelfde reden als inzake het gewaarborgd maandinkomen, het vakantiegeld in het basisloon moet worden opgenomen» en besluit dat verweerder het basisloon correct berekende op 377.958 frank,

...

Overwegende dat de arresten vaststellen dat de getroffen(e) als gelegenheidsplukker werd tewerkgesteld;

Dat de getroffen(e) derhalve, met toepassing van artikel 17ter van het koninklijk besluit van 20 augustus 1982, niet onder de sociale zekerheid viel en dientengevolge geen recht op vakantiegeld had;

Overwegende dat, luidens artikel 34 van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971, onder basisloon wordt verstaan «het loon waarop de werknemer, in de functie waarin hij is tewerkgesteld in de onderneming op het ogenblik van het ongeval, recht heeft voor de periode van het jaar dat het ongeval voorafgaat»;

Dat, nu verweersters echtgenoot geen recht had op vakantiegeld in de functie waarin hij op het ogenblik van het ongeval was tewerkgesteld, het vakantiegeld niet tot het basisloon behoort;

Overwegende dat hieraan geen afbreuk wordt gedaan door het bepaalde in artikel 35 van de genoemde wet, luidens hetwelk het vakantiegeld in het loon begrepen is; dat dit artikel uitsluitend het begrip loon omschrijft, maar niet bepaalt dat voordelen waarop de getroffen(e) in de uitgeoefende functie geen recht heeft, niettemin tot het basisloon behoren;

Overwegende dat het door artikel 34 omschreven basisloon alleen wordt uitgebreid tot voordelen waarop de getroffen(e) tijdens de referentieperiode geen recht had, in de gevallen die beperkend omschreven worden in de artikelen 36, 38 en 39 van de wet; dat geen dezer bepalingen het in aanmerking nemen van vakantiegeld echter voorschrijft voor de werknemers die daarop geen recht hebben;

Dat het middel gegrond is;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 31 MEI 1990

Voorzitter-rapporteur: de h. Sace

Openbaar ministerie: mevr. Liekendael

Advocaat: mr. Simont

Wegverkeer – Links afslaan bij naar links gerichte groene pijl – Tegenligger

De verkeerstekens, waarvan de verkeerslichten een categorie uitmaken, gaan boven de verkeersregels.

Derhalve verliest de tegenligger op de rijbaan die de links afslaan bestuurder gaat verlaten, de hem krachtens art. 19.3, 3°, Wegverkeersreglement toegekende voorrang telkens wanneer hem zijn recht van doorgang ontzegd wordt door een verkeerslicht. Dat is onder meer het geval op de kruispunten waar een naar links gerichte pijl aanduidt dat de links afslaan bestuurder zijn rijbeweging mag uitvoeren, omdat het tegenliggend verkeer tegengehouden wordt door een rood licht.

M. t. Belgisch Bureau van Autoverzekeraars

Gelet op het bestreden arrest, op 1 februari 1988 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 97 van de Grondwet, 1382, 1383 van het Burgerlijk Wetboek, 5, 10, inzonderheid 10.1, 3°, 12, inzonderheid 12.4 en 5, 19, inzonderheid 19.3, 2°, a, en 3°, van het koninklijk besluit van 1 december 1975 houdende algemeen reglement op de politie van het wegverkeer,

doordat het arrest vooraf vaststelt: 1° enerzijds, dat de bij het ongeval betrokken bestuurders tegenstrijdige versies van de feiten geven, nu eiser beweert het kruispunt te zijn opgereden omdat het licht op groen stond terwijl H. aanvoert dat hij naar links af sloeg op het ogenblik dat het verkeerslicht dat voor hem mogelijk maakte; 2° anderzijds, dat uit het dossier niet kan worden opgemaakt welke versie de juiste is en dat derhalve geen van beide bestuurders geacht kan worden een fout te hebben begaan door de verkeerstekens niet in acht te nemen; dat immers geenszins bewezen is dat eiser het kruispunt is opgereden toen het licht voor hem op oranjegeel of rood stond, of dat H., die op het kruispunt gestopt was, zijn voertuig precies op het ogenblik dat de verkeerspijl het hem verbood, opnieuw in beweging heeft gebracht; 3° dat bovendien overdreven snelheid evenmin bewezen is ten laste van de eerste eiser; het arrest vervolgens verklaart dat, gelet op de plaatsgesteldheid en het zicht waarover de bestuurders beschikten, uit de toedracht van het ongeval en uit de schade aan de voertuigen (het voertuig van eiser is links achteraan aangereden door de voorkant van de door H. bestuurde wagen) kan worden afgeleid dat beide bestuurders, die elkaar noodzakelijkerwijze hebben moeten opmerken en die in gelijke mate tot voorzichtig rijden gehouden waren, zijn verrast door de reactie van de ander waardoor zij, luidens hun onderscheiden versie, in hun verwachtingen werden bedrogen; het arrest daaruit afleidt dat, aangezien het niet mogelijk lijkt te bepalen welk verkeerslicht brandde, zowel de bestuurder M., eerste eiser, als de bestuurder H. zich kunnen beroepen op het bestaan van een niet te voorziene hindernis en dat bijgevolg zowel de hoofdvordering als de vrijwillige tussenkomst niet gegrond dienen te worden verklaard,

terwijl, (...)

tweede onderdeel, de bestuurder die naar links afslaat voorrang moet verlenen aan de tegenligger op de rijbaan die hij gaat verlaten, ongeacht het rijgedrag van de voorranghebbende bestuurder, voor zover laatstgenoemde althans geen niet te voorziene hindernis oplevert; het niet reglementaire rijgedrag van de voorranghebbende bestuurder op zich geen niet te voorziene hindernis oplevert voor de andere bestuurder die naar links wil afslaan; het arrest derhalve, nu het verklaart dat, aangezien «het niet mogelijk lijkt te bepalen

welk verkeerslicht brandde», beide bij het ongeval betrokken bestuurders «zich kunnen beroepen op het bestaan van een niet te voorziene hindernis» omdat ze beiden verrast waren door de reactie van de ander en daardoor in hun verwachtingen werden bedrogen, de beslissing waarbij het de rechtsvordering van de eisers ongegrond verklaart, niet naar recht verantwoordt, aangezien eiser, voorranghebbende bestuurder, alleen door het feit dat hij mogelijk door een rood licht is gereden, niet noodzakelijk een niet te voorziene hindernis opleverde voor de andere bestuurder die naar links af sloeg, en het bestaan van zodanige hindernis uit geen enkele andere overweging van de bestreden beslissing kan worden afgeleid; het arrest derhalve niet naar recht is verantwoord (schending van de in het middel vermelde wetsbepalingen, artikel 97 van de Grondwet uitgezonderd);

...

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat artikel 6.2 van het Wegverkeersreglement bepaalt dat de verkeerstekens boven de verkeersregels gaan; dat, enerzijds, artikel 60.1 van het reglement de verkeerslichten aanmerkt als een categorie van de verkeerstekens, anderzijds, artikel 19.3, 3°, van dat reglement een verkeersregel aangeeft;

Dat derhalve de tegenligger op de rijbaan die de links afslaande bestuurder gaat verlaten, de hem krachtens artikel 19.3, 3°, toegekende voorrang verliest telkens wanneer hem zijn recht van doorgang wordt ontzegd door een verkeerslicht; dat zulks onder meer het geval is op de kruispunten waar, overeenkomstig artikel 62 van het reglement, een naar links gerichte pijl aanduidt dat de links afslaande bestuurder zijn rijbeweging mag uitvoeren, omdat het tegenliggend verkeer tegengehouden wordt door een rood licht teneinde het ontruimen van het kruispunt te vergemakkelijken;

Dat het arrest bijgevolg, na enerzijds te hebben vastgesteld dat het kruispunt voorzien was van een verkeerslicht met onder meer de in voormeld artikel 62 bedoelde ontruimingspijl, en na anderzijds te hebben beslist dat niet uitmaakt is welke verkeerslichten brandden op het ogenblik van het ongeval, geen van de in het middel vermelde bepalingen schendt, waar het beslist dat niet bewezen is dat de verzekerde van verweerster een fout heeft begaan door naar links af te slaan op het ogenblik dat de eiser M. uit de tegenovergestelde richting naderde op de rijbaan die hij ging verlaten;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 7 JUNI 1990

Voorzitter: de h. Soetaert

Raadsheer: de h. Verougstraete

Openbaar ministerie: de h. Piret

Advocaat: mr. Claeys Bouaert

Onteigening – 1. Art. 2, § 1, Stedebouwwet – Strekking – 2. Vergoeding – Waardevermeerdering of -vermindering voortvloeiend uit een plan van aanleg

1. Uit art. 2, § 1, Stedebouwwet volgt niet dat de onteigenende overheid geen onroerende goederen kan verkrijgen voor andere doeleinden dan voor de uitvoering van de voorschriften van streek-, gewest- of gemeentelijke plannen van aanleg.

2. Ingeval de onteigening niet geschiedt ter verwezenlijking van een streek-, gewest- of gemeentelijk plan van aanleg, moet bij het bepalen van de billijke vergoeding die aan de onteigende verschuldigd is, rekening worden gehouden met de waardevermeerdering of -vermindering die voortvloeit uit de voorschriften van zodanig plan.

Nationale Landmaatschappij t/ D. en B.

Gelet op het bestreden arrest, op 11 januari 1989 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 2, § 1, als gewijzigd bij artikel 1 van de wet van 22 december 1970, 25 en 31 van de wet van 29 maart 1962 op de organisatie van de ruimtelijke ordening en van de stedebouw (hierna: Stedebouwwet),

doordat het arrest, na vastgesteld te hebben dat het onteigende goed volgens het gewestplan goedgekeurd bij koninklijk besluit van 28 juli 1978 in een woonuitbreidingsgebied werd opgenomen, besluit dat de onteigende grond moet worden geschat «in overeenstemming met de door dit (gewest)plan gegeven herkwalificatie van de grond», en deze beslissing motiveert met de overweging dat, «aangezien op het ogenblik van de onteigening een bindend en verordenend gewestplan bestond waarin de onteigende grond in een woonuitbreidingsgebied gelegen was, de stelling van (eiseres) dat de onteigende grond in de landbouwzone ligt en als landbouwgrond dient te worden gekwalificeerd, derhalve niet kan worden aanvaard», en dat «het argument dat (eiseres) put uit artikel 31 van de wet van 29 maart 1962 om te stellen dat geen rekening mag worden gehouden met het gewestplan om de kwalificatie van de grond te bepalen, al evenmin opgaat; dat de onteigening immers 'niet' geschiedde met het oog op de verwezenlijking van het gewestplan»,

terwijl, eerste onderdeel, krachtens artikel 2, § 1, van de Stedebouwwet van 29 maart 1962, de gewestplannen bindende en verordenende kracht hebben voor de openbare overheid die, ter toepassing van artikel 25 van dezelfde wet, onroerende goederen tot realisatie van deze plannen bij onteigening verwerft; eiseres enkel tot uitvoering van het gewestplan gemachtigd kon worden tot de onteigening over te gaan; uit de vaststellingen van het arrest blijkt eensdeels dat het onteigende goed door het gewestplan geclasseerd is in een woonuitbreidingsgebied, anderdeels dat de onteigening doorgevoerd werd met het oog op de bouw van kleine landgebouwen; het arrest overigens niet vaststelt dat de onteigening gebeurd is met miskennen van het gewestplan, of ermee strijdig zou zijn; het arrest op grond van die vaststellingen niet wettig kan beslissen dat de verrichte onteigening niet strekt tot verwezenlijking van het gewestplan, waaruit blijkt dat het arrest niet wettig kon vaststellen dat «de onteigening niet geschiedde met het oog op de verwezenlijking van het gewestplan» (schending van de artikelen 2, § 1, en 25 van de Stedebouwwet van 29 maart 1962);

tweede onderdeel, krachtens artikel 31 van de Stedebouwwet van 29 maart 1962, bij het bepalen van de waarde van het onteigende goed geen rekening mag worden gehouden met de waardevermeerdering of -vermindering die voort-

vloeit uit het uitgevoerde plan; uit het eerste onderdeel blijkt dat het arrest niet wettig de toepassing van dit voorschrift van de hand kon wijzen, waaruit blijkt dat het arrest enkel met miskenning van artikel 31 van de Stedebouwwet heeft kunnen beslissen dat het onteigende goed moet worden geschat overeenkomstig de kwalificatie die eraan verleend werd (schending van het hoger aangeduid artikel 31):

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat het onderdeel, dat kritiek oefent op de vaststelling van de appelrechters dat de onteigening niet geschiedde met het oog op de verwezenlijking van het gewestplan, berust op de onderstelling dat de bindende of verordende kracht van de gewestplannen voorgeschreven in artikel 2, § 1, van de Stedebouwwet tot gevolg heeft dat de betrokken overheid slechts onroerende goederen mag onteigenen voor de uitvoering van de voorschriften van de gewestplannen;

Overwegende dat uit die wetsbepaling niet volgt dat de onteigende overheid geen onroerende goederen kan verkrijgen voor andere doeleinden dan voor de uitvoering van de voorschriften van streek-, gewest- en gemeentelijke plannen;

Dat het onderdeel in zoverre niet kan worden aangenomen;

Overwegende dat het onderzoek van het onderdeel, in zoverre het kritiek oefent op de vaststelling dat de verkrijging te dezen niet geschiedde met het oog op de verwezenlijking van het gewestplan, het Hof zou verplichten tot een onderzoek van feiten waarvoor het niet bevoegd is;

Dat het onderdeel in zoverre niet ontvankelijk is;

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat, krachtens artikel 31 van de Stedebouwwet, ingeval een onteigening ten algememen nutte wordt vervolgd met het oog op de verwezenlijking van het streek-, gewest- of gemeentelijk plan van aanleg, bij het bepalen van de waarde van het onteigende perceel, geen rekening mag worden gehouden met de waardevermeerdering of -vermindering die voortvloeit uit de voorschriften van zodanig plan van aanleg;

Overwegende dat, ingeval de onteigening niet geschiedt ter verwezenlijking van het streek-, gewest- of gemeentelijk plan van aanleg, geen wettelijke bepaling verbiedt dat, bij het bepalen van de waarde van het onteigende perceel, rekening wordt gehouden met de waardevermindering of -vermeerdering die voortvloeit uit de voorschriften van zodanig plan; dat de rechter in dit geval, bij het bepalen van de billijke vergoeding die krachtens artikel 11 van de Grondwet aan de onteigende verschuldigd is, verplicht is met zodanige waardevermeerdering of -vermindering rekening te houden;

Overwegende dat het arrest, dat constateert dat de onteigening niet geschiedde met het oog op de verwezenlijking van het gewestplan, van de in het onderdeel vermelde wetsbepaling een juiste toepassing maakt;

Dat het onderdeel niet kan worden aangenomen;

...

RAAD VAN STATE

4e KAMER – 23 MEI 1989

Voorzitter: de h. Baeteman

Staatsraden: de hh. Borret en De Brabandere (rapporteur)

Auditeur: de h. Van Noten

Advocaten: mrs. Putzeys en Gehlen

1. Vakorganisatie – Feitelijke vereniging – Procesbevoegdheid – 2. Rechten van de mens – Openbare ambtenaren – Woonplaatsverplichting

1. Een vakorganisatie in de vorm van een feitelijke vereniging zonder rechtspersoonlijkheid kan voor de Raad van State in rechte treden, doch enkel voor zover ze door de bestuursoverheid erkend is en bij de werking van de overheidsdienst betrokken wordt. Zulks houdt niet in dat zij als feitelijke vereniging in rechte zou kunnen opkomen voor de belangen van haar leden.

2. Gezien de noodzaak te voldoen aan onvoorziene dienstnoodwendigheden voor de vlotte afwikkeling van het scheepvaartverkeer, is de woonplaatsverplichting die aan welomschreven categorieën van personeelsleden van de Regie voor Maritiem Transport wordt opgelegd, geen met artikel 2 van het Vierde Protocol bij het E.V.R.M. strijdige beperking van het recht om vrij zijn woonplaats te kiezen.

C. e.a. t/ Belgische Staat (Minister van Verkeerswezen)
Arrest nr. 32.632.

Gezien het verzoekschrift dat de Christelijke Vakbond van Communicatiemiddelen en Cultuur, Martin B., Freddy M. en Gérard D. op 12 november 1984 hebben ingediend om de vernietiging te vorderen van het koninklijk besluit van 17 juli 1984 houdende vaststelling van de standplaatsverplichting voor sommige personeelsleden van de Regie voor Maritiem Transport, gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 14 september 1984;

Over de gegevens van de zaak

Overwegende dat de gegevens van de zaak kunnen worden samengevat als volgt:

1.1. De verzoekende partijen verklaren dat tot 1965 het varend personeel van het Bestuur van het Zeewezen en van de Binnenvaart verplicht was in Oostende of haar randgemeenten te wonen. Deze verplichting werd in 1965 echter versoepeld in de zin dat de varende personeelsleden verder mochten gaan wonen op voorwaarde dat zij op eigen kosten een aansluiting namen op het telefoonnet en de verbintenis aangingen zich binnen 40 minuten op het schip te melden, wanneer zij daartoe werden opgeroepen.

1.2. Bij ministeriële beslissing van 1 juli 1982 wordt aan de varende personeelsleden van de Regie voor Maritiem Transport (R.M.T.), de kaaiofficieren, terminalchefs en walcontroleurs, alsmede aan het kaderpersoneel van de Directie Materieel dat volgens beurtrol de wachtdienst verzekert, opnieuw de verplichting opgelegd hun woonplaats te hebben in Oostende of haar randgemeenten (maximum 5 km van de bedrijfszetel).

Verder wordt bepaald dat op aanvraag van het personeelslid een afwijking kan worden toegestaan op voorwaarde dat:

1° het personeelslid op eigen kosten een aansluiting neemt op het telefoonnet;

2° het personeelslid zich ertoe verbindt om zich binnen 40 minuten op het schip te melden, wanneer het voor de dienst wordt opgeroepen.

1.3. Deze ministeriële beslissing wordt door de Raad van State vernietigd bij arrest nr. 26.720 van 25 juni 1986. Haar bepalingen waren intussen echter hernomen door het thans bestreden koninklijk besluit.

Over de ontvankelijkheid van het beroep ingesteld door de Christelijke Vakbond van Communicatiemiddelen en Cultuur

2. Overwegende dat de Christelijke Vakbond van Communicatiemiddelen en Cultuur een feitelijke vereniging zonder rechtspersoonlijkheid is; dat dergelijke verenigingen voor de Raad van State in rechte kunnen treden, doch enkel in de mate dat ze door de bestuursoverheid erkend zijn en bij de werking van de overheidsdiensten betrokken worden; dat de eerste verzoekende partij weliswaar door de betreffende overheid erkend blijkt te zijn en die erkenning voor haar onder meer het recht meebrengt om door de overheid geraadpleegd te worden over bepaalde aangelegenheden die het personeel van de R.M.T. betreffen, zodat zij aldus bij de werking van die overheid betrokken wordt; dat haar bevoegdheid om, als feitelijke vereniging, in rechte te treden evenwel niet verder kan gaan dan in zoverre haar eigen belang als vereniging dit erkend betrokken zijn bij de werking van de R.M.T. aangaat, zoals ter vrijwaring van haar prerogatieven ter zake; dat zulks niet inhoudt dat zij, als feitelijke vereniging, zou kunnen opkomen voor de belangen van haar leden, ook als groep beschouwd; dat de Christelijke Vakbond van Communicatiemiddelen en Cultuur de schending van haar prerogatieven niet als middel inroept; dat het beroep ingesteld door de Christelijke Vakbond van Communicatiemiddelen en Cultuur derhalve niet ontvankelijk is;

Over de gegrondheid van het beroep

3.1.1. Overwegende dat de verzoekende partijen in een eerste middel de schending aanvoeren van artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en van de fundamentele vrijheden – hierna afgekort tot E.V.R.M. – dat aan een ieder het recht op eerbiediging van zijn privé-leven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling waarborgt, alsmede de schending van het beginsel van de vrijheid van vestiging en van verblijf en van dit van behoorlijk bestuur, de verkeerde motivering en machtsoverschrijding,

doordat het bestreden besluit aan het varend personeel, de kaai-officieren, de terminalchefs, de walcontroleurs en het kaderpersoneel van de Directie Materieel dat volgens beurtrol de wachtdienst verzekert, de verplichting oplegt hun verblijfplaats te Oostende of in een van de randgemeenten te hebben, op een afstand van ten hoogste vijf kilometer van de bedrijfszetel, en de voorwaarden vaststelt waaronder een afwijking van die verplichting kan worden toegestaan,

terwijl de vrijheid van het vestigen van een verblijf een recht is dat uitsluitend beperkt kan worden om redenen die verband houden met de volksgezondheid, de openbare veiligheid, de openbare orde of het belang van een goede dienstvervulling,

en terwijl het belang van een goede dienstvervulling ter zake niet vereist dat de betrokken personeelsleden hun verblijf in Oostende vestigen, vermits de strikte toepassing van de arbeidsregeling en van het statuut, inzonderheid de tuchtregeling, voldoende is om het de overheid mogelijk te maken de afwezigheid van het personeel te voorkomen;

3.1.2. Overwegende dat de verwerende partij betoogt dat slechts door het instellen van de standplaatsverplichting «de dienstuitvoering lopend kan worden gehouden»; dat immers, aldus de verwerende partij, «door het porren van de nabijwonenden en het telefonisch oproepen van de verderwonenden kunnen de afwezigheden opgevangen worden en kunnen bemanningen voor onvoorziene verdubbelingsschepen en voor verhaleningen samengesteld worden...» en dat, doordat steeds meer personeelsleden de stad Oostende verlieten om zich in de periferie te vestigen, er bepaalde moeilijkheden ontstonden die alleen konden worden opgelost door het invoeren van bepaalde modaliteiten in verband met de standplaats, met name door het uitvaardigen van het bestreden koninklijk besluit; dat de verwerende partij er ten slotte op wijst «dat de personeelsleden die deel uitmaken van de bemanning van de schepen en die zich ziek melden voor het afvaartuur, onmiddellijk moeten worden vervangen» en dat «dit maar mogelijk is indien de vervangers snel te bereiken zijn»;

3.1.3. Overwegende dat de verzoekende partijen in hun memorie van wederantwoord ook de schending aanvoeren van artikel 2, leden 1, 3 en 4, van het vierde protocol bij het E.V.R.M., luidens welke de uitoefening van het recht vrij zijn woonplaats te kiezen aan geen andere beperkingen mag worden onderworpen dan die welke bij de wet zijn voorzien en in een democratische samenleving nodig zijn in het belang van 's lands veiligheid of van de openbare veiligheid, ter handhaving van de openbare orde, ter voorkoming van strafbare handelingen, ter bescherming van de gezondheid of van de goede zeden of ter bescherming van de rechten en vrijheden van anderen of luidens welke nog, in welomschreven gebieden, dat recht kan worden gebonden aan bij de wet voorziene beperkingen welke gerechtvaardigd worden door het openbaar belang en in een democratische samenleving; dat zij betogen dat, volgens de rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens, de door het Verdrag gewaarborgde rechten slechts kunnen worden beperkt als aan drie voorwaarden voldaan is, namelijk dat de beperking bij de «wet» voorzien is, zij een van de in het Verdrag vermelde doeleinden nastreeft en nodig is in een democratische samenleving; dat de verzoekende partijen zich tenslotte beroepen op de rechtspraak van de Raad van State, waaruit zij afleiden dat de woonplaatsverplichting voor ambtenaren slechts aanvaardbaar is indien de functie van de ambtenaar van die aard is dat van hem kan worden verwacht onmiddellijk gevolg te kunnen geven aan plotse en onverwachte oproepen, wat volgens hem ter zake niet het geval is;

3.1.4. Overwegende dat de verzoekende partijen in hun laatste memorie nog benadrukken dat, overeenkomstig de bepalingen van het E.V.R.M. en het vierde protocol, de goede werking van de dienst geen voldoende reden is om de vrijheid zijn woonplaats te kiezen te beperken wanneer de dienst zelf niet opgericht is in het belang van 's lands veiligheid of van de openbare veiligheid, enz. en dat de R.M.T. niet tot taak heeft een van die belangen te behartigen; dat

zij ook nog betogen dat, overeenkomstig de huidige arbeidsregeling, het steeds mogelijk is iemand voor meerwerk aan te stellen en zodoende een ziek personeelslid te vervangen, enige reden waarvoor in de praktijk de woonplaatsverplichting werd opgelegd;

3.2.1. Overwegende dat de door artikel 8 van het E.V.R.M. gewaarborgde rechten op eerbiediging van het privé- en gezinsleven, van de woning en van de briefwisseling, niet het recht lijken te impliceren vrij zijn woonplaats te kiezen, te meer daar zulk een recht afzonderlijk wordt erkend in artikel 2 van het vierde protocol, dat luidens zijn opschrift de rechten en vrijheden waarborgt «die niet reeds in het Verdrag en in het eerste Protocol daarbij zijn opgenomen»; dat de vraag naar de verenigbaarheid van het bestreden koninklijk besluit met artikel 8 van het E.V.R.M. verder dan ook buiten beschouwing kan blijven; dat de rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens in verband met dat artikel, evenals trouwens in verband met andere bepalingen van het E.V.R.M. waar ook onder dezelfde of soortgelijke voorwaarden afwijkingen op de daar beschermde rechten mogelijk gemaakt worden, echter aanwijzingen kan verstrekken over de juiste draagwijdte van artikel 2 van het vierde protocol;

3.2.2. Overwegende dat artikel 2 van het voormelde vierde protocol in de niet-officiële Nederlandse vertaling als volgt luidt:

«1. Een ieder die zich wettig op het grondgebied van een Staat bevindt, heeft het recht zich daar vrij te verplaatsen en er in vrijheid woonplaats te kiezen.

2. Een ieder is vrij welk land ook, met inbegrip van het zijne, te verlaten.

3. De uitoefening van deze rechten mag aan geen andere beperkingen worden gebonden dan welke bij de wet zijn voorzien en in een democratische samenleving nodig zijn in het belang van 's lands veiligheid of van de openbare veiligheid; ter handhaving van de openbare orde, ter voorkoming van strafbare handelingen, ter bescherming van de gezondheid of de goede zeden of ter bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

4. De in het eerste lid genoemde rechten kunnen ook, in bepaaldelijk omschreven gebieden, worden gebonden aan bij wet voorziene beperkingen, welke gerechtvaardigd worden door het openbaar belang in een democratische samenleving.»

3.2.3. Overwegende dat meer bepaald lid 3 van artikel 2 hier van toepassing is, aangezien lid 2 duidelijk niet ter zake dient en lid 4, in tegenstelling met de bestreden regeling, niet een volgens categorieën van personen, doch volgens gebiedsdelen geldende ordening hanteert;

3.2.4.1. Overwegende dat, samen met de verzoekende partijen, aangenomen kan worden dat een beperking om vrij zijn woonplaats te kiezen, teneinde conform artikel 2, lid 3, van het vierde protocol bij het E.V.R.M. te zijn, aan drie vereisten moet voldoen, zoals dat ook het geval is voor artikel 8, leden 1 en 2, evenals voor de artikelen 6, lid 1, 9, lid 2, 10, lid 2, en 11, lid 2, van het E.V.R.M., waarvan het dezelfde opbouw vertoont, namelijk: 1° de afwijkingen moeten «bij de wet» voorzien zijn, 2° nodig zijn ter vrijwaring van zekere limitatief opgesomde hogere belangen en 3° «nodig» zijn in «een democratische samenleving»; dat die vereisten door het Europees Hof voor de rechten van de mens in verband met de bovenvermelde verdragsbepalingen in talrijke arres-

ten werden geformuleerd (zie onder meer het arrest Silver, 25 maart 1983, Publ. Cour, serie A, vol. 61, § 84; laatst: arrest Berrehab, 21 juni 1988, Publ. Cour, serie A, vol. 138, §§ 24-29);

3.2.4.2. Overwegende dat aan het eerste vereiste ter zake voldaan is, aangezien het bestreden koninklijk besluit een «wet» is in de materiële zin en het E.V.R.M. of zijn aanvullende protocollen aan het begrip geen andere betekenis hechten (zie o.a. Europees Hof voor de rechten van de mens, arrest De Wilde, Ooms en Versyp, 18 juni 1971, Publ. Cour, serie A, vol. 12, (1971), p. 45, § 93);

3.2.4.3. Overwegende dat het tweede vereiste de doelstellingen opsomt welke de verdragsluitende staten bij het instellen van beperkingen op de vrijheid zijn woonplaats te kiezen wettig in aanmerking kunnen nemen; dat het derde vereiste, het «nodig zijn in een democratische samenleving», aan die beperking dan weer zekere grenzen stelt; dat volgens de vaste rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens die maatregelen niet alleen nuttig moeten zijn, maar beantwoorden aan een dwingende sociale noodzaak («un besoin social impérieux; a pressing social need») en in een passende verhouding moeten staan tot het nagestreefde oogmerk, wat echter niet verhindert dat de nationale overheden ter zake over een ruime beoordelingsbevoegdheid beschikken («a margin of appreciation, une large marge d'appréciation») (zie o.a. de arresten Leander, 26 maart 1987, Publ. Cour, serie A, vol. 116, §§ 58 en 59 en W., 8 juli 1987, *ibid.*, vol. 121, § 60); dat die beoordelingsbevoegdheid ook bestaat ten opzichte van het tweede vereiste en – vooral – ten opzichte van de verhouding tussen het derde en het tweede vereiste; dat het Europees Hof voor de rechten van de mens overigens bijna steeds het onderzoek van «het nodig zijn in een democratische samenleving» combineert met het onderzoek of de beperkende maatregel een van de in het betreffende verdragsartikel opgesomde doelstellingen nastreeft (zie o.a. voormelde arresten Leander en W., l.c., § 60 vlg. resp. 61 vlg.); dat ook de Raad van State op die wijze zal moeten te werk gaan; dat hierbij nog dient te worden opgemerkt dat, gelet op de ruime beoordelingsbevoegdheid ter zake van de verwerende partij, hij alleen een marginale toetsing kan uitvoeren;

3.2.4.4. Overwegende dat de door het bestreden besluit opgelegde standplaatsverplichting, naar in de memorie van antwoord verklaard wordt, gerechtvaardigd is door de noodzaak de afwezigheden op te vangen en bemanningen voor onvoorziene verdubbelingsschepen en voor verhaleningen samen te stellen; dat deze verklaring kan worden aangenomen te meer daar zij niet strijdig is met de door het bestreden koninklijk besluit ingestelde modaliteiten waaronder van de standplaatsverplichting kan worden afgeweken, noch met de andere gegevens van het dossier; dat die gegevens, voornamelijk de toelichting verstrekt aan de syndicale raad van advies, overigens nog meer concrete elementen bevatten, zoals de vrees tot discriminatie van degenen die het dichtbij wonen en die veelal het eerst opgeroepen zullen worden, het humaan aspect, namelijk het gemakkelijker verwittigen bij vertragingen en de (financiële) onmogelijkheid van de invoering van de stand-by; dat dus, wat de verzoekende partijen daartegen ook stellen, uit de reeds gemelde gegevens blijkt dat het in redelijkheid denkbaar is dat soms op onverwachte tijdstippen bijkomend personeel moet kunnen wor-

den ingezet; dat de vertegenwoordigers van het personeel in de syndicale raad van advies dat niet hebben betwist;

3.2.4.5. Overwegende dat die beweegredenen zonder twijfel in verband kunnen worden gebracht met de vereisten van een goede dienstvervulling door de openbare dienst die de R.M.T. is; dat met de verzoekende partijen kan worden aangenomen dat een goede dienstvervulling op zichzelf geen van de toelaatbare doelstellingen uitmaakt, opgesomd in artikel 2, lid 3, van het vierde protocol; dat de verzoekende partijen daaruit echter ten onrechte afleiden dat een goede dienstvervulling alleen in aanmerking kan worden genomen als de dienst zelf – de R.M.T. – zou zijn opgericht in het belang van 's lands veiligheid of van de openbare veiligheid, ter handhaving van de openbare orde, ter voorkoming van strafbare handelingen, ter bescherming van de gezondheid of de goede zeden of ter bescherming van de rechten en vrijheden; dat het immers niet uitgesloten is dat de goede werking van de dienst, in het geval van de R.M.T., zelf verband zou houden met een van de voormelde doelstellingen, te meer daar de verwerende partij ter zake over een ruimere beoordelingsbevoegdheid beschikt;

3.2.4.6. Overwegende dat het begrip «handhaving van de openbare orde» (*maintien de l'ordre public*; *maintenance of «ordre public»*), een van de in artikel 2, lid 3, van het vierde protocol genoemde doelstellingen, niet zozeer overeenstemt met het in het Belgische recht gelijknamige juridische begrip dat betrekking heeft op de essentiële belangen van de Staat of de gemeenschap (cf. *Cass.*, 9 december 1948, *Pas.*, I, 699), maar eerst en vooral doelt op de eerste, meer administratiefrechtelijke betekenis ervan, in de zin van de openbare veiligheid, gezondheid en rust; dat het hier gaat om een veeleer ruime interpretatie van het begrip «openbare orde» dat ook geacht kan worden andere in artikel 2, lid 3, van het vierde protocol genoemde begrippen te omvatten, zoals onder meer de uitdrukkelijk genoemde gezondheid; dat zulke ruime interpretatie echter geenszins tegenstrijdig is met de rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens, daar in het algemeen het Hof de voormelde belangen veeleer invult via de afbakening van de democratische noodzakelijkheid (zie o.a. het arrest in de zaak *Dudgeon*, 22 oktober 1981, *Publ. Cour*, serie A, vol 45, pp. 18-25).

3.2.4.7. Overwegende dat de noodzaak van het voldoen aan onvoorziene dienstonoedwendigheden voor de vlotte afwikkeling van het scheepvaartverkeer, hetwelk de bestaansreden zelf van de R.M.T. uitmaakt, en dat scheepvaartverkeer zelf, meer dan bij andere vormen van verkeer waar de exploitatie niet zoals bij de R.M.T. op een bepaalde plaats (haven) is geconcentreerd, met de veiligheid verband houden; dat die veiligheid onder het begrip openbare orde kan worden ondergebracht; dat, ook al wordt voormeld begrip hierbij veeleer extensief geïnterpreteerd, die interpretatie gezien moet worden in haar verband met de tweede afwijkingsvoorwaarde, waar meer bepaald de verhouding tussen doelstelling (openbare orde) en middel (standplaatsverplichting) van belang is; dat op de standplaatsverplichting een zeer ruime uitzondering kan worden toegestaan en zij overigens slechts een bepaalde categorie van personen treft die, doordat deze in overheidsdienst zijn, zich aan bepaalde beperkingen moeten onderwerpen, die ook om de dienst welke zij moeten vervullen in feite reeds aan restricties qua woonplaats onderworpen zijn en ter zake overigens het voor-

deel genieten nooit naar een andere standplaats te moeten overgaan; dat zodoende de verwerende partij geen met artikel 2, lid 3, van het vierde protocol, met het recht in vrijheid zijn woonplaats te kiezen of met de beginselen van behoorlijk bestuur strijdige beslissing genomen heeft door aan bepaalde van haar personeelsleden een woonplaatsverplichting op te leggen zoals zij het met haar bestreden besluit gedaan heeft;

3.2.5. Overwegende dat de blijkens 3.2.4.4 hiervoren aan het bestreden besluit ten grondslag liggende beweegredenen niet alleen het instellen van een woonplaatsverplichting voor het varend personeel konden rechtvaardigen, aangezien indien bemanningen voor onvoorziene verdubbelingsschepen en voor verhalingen moeten kunnen worden samengesteld, evenzeer voldoende niet varend personeel beschikbaar moet zijn om de schepen in gereedheid te brengen en een vlotte in- en ontscheping van passagiers en voertuigen mogelijk te maken; dat die beweegredenen, mede op grond van hetgeen hiervoren is gebleken, ook aannemelijk maken dat bepaalde categorieën van het personeel plots en onverwacht kunnen worden opgeroepen en zodoende niet strijdig kunnen worden geacht met de Belgische rechtsorde, zoals de Raad van State reeds heeft gesteld in zijn arresten *De Maeyer*, nr. 16.210, van 22 januari 1974, *Detournay*, nr. 16.328, van 26 maart 1974, gemeente *Elsene*, nr. 20.795, van 11 december 1980, en *Lambert*, nr. 26.739, van 26 juni 1986;

3.2.6. Overwegende dat het eerste middel dientengevolge niet gegrond is;

4.1.1. Overwegende dat de verzoekende partijen in een tweede middel de schending aanvoeren van de in het eerste middel ingeroepen bepalingen en beginselen, van het beginsel van behoorlijk bestuur van evenwichtigheid en rechtszekerheid, alsook machtsoverschrijding,

(eerste onderdeel) doordat het bestreden besluit niet bepaalt wat onder varend personeel moet worden verstaan (iemand die vaart, iemand met een varende functie, iemand met de graad van varend personeel?),

terwijl het besluit waarbij een fundamentele vrijheid wordt beperkt nauwkeurig moet uiteenzetten aan wie de beperking is opgelegd,

(tweede onderdeel) doordat het bestreden besluit voorwaarden stelt waaraan het personeelslid moet voldoen om een afwijking van de opgelegde standplaatsverplichting te verkrijgen, maar door het gebruik van het woord «kan» aan de directeur-generaal van de R.M.T. de mogelijkheid toekent om de afwijking te weigeren, zelfs wanneer aan de gestelde voorwaarden wordt voldaan,

terwijl het rechtszekerheidsbeginsel vereist, in geval van beperking van een fundamentele vrijheid, dat de overheid die de afwijkingen toestaat door de gestelde afwijkingsvoorwaarden gebonden wordt zonder de afwijking te kunnen doen afhangen van bijkomende willekeurige voorwaarden;

4.1.2. Overwegende dat de verzoekende partijen in hun memorie van wederantwoord ten aanzien van het eerste onderdeel nog laten gelden dat bij de R.M.T. zowel personeelsleden met een varende functie zijn die geen graad van varend personeel bezitten als personeelsleden met een graad van varend personeel die geen deel uitmaken van een scheepsbemanning en dat uit die bewoordingen van artikel 1 van het bestreden besluit niet blijkt dat de maatregel alleen bedoeld zou zijn voor personeelsleden met de graad van varend personeel;

4.2.1. Overwegende, wat het eerste onderdeel betreft, dat uit artikel 2, lid 3, van het vierde protocol bij het E.V.R.M., in zoverre dit bepaalt dat afwijkingen op het recht in vrijheid zijn woonplaats te kiezen bij de wet moeten zijn voorzien, dient te worden afgeleid dat de rechtsnorm die de beperking van het recht instelt of mogelijk maakt, voldoende nauwkeurig moet zijn om de burgers toe te laten hun gedrag op die norm af te stemmen (zie Europees Hof voor de rechten van de mens, arrest Sunday Times, van 26 april 1979, Publ. Cour, serie A, vol. 30, 49); dat, daargelaten de vraag of de onvoldoende nauwkeurigheid van een rechtsnorm de vernietiging van die norm door de Raad van State kan wettigen, ter zake moet worden vastgesteld dat er van onnauwkeurigheid geen sprake is aangezien, wijl artikel 1 van het bestreden besluit dit besluit van toepassing verklaart op (onder meer) het «varend personeel» naast andere specifieke personeelscategorieën, het uiteraard een juridisch begrip hanteert en dus doelt op de personeelsleden die in andere verordenende teksten, waaronder in de eerste plaats het personeelskader, als varend personeel aangeduid worden, bijgevolg niet degenen tot wiens rechtens normale dienstverplichtingen het niet behoort van een scheepsbemanning deel uit te maken, ook al zouden betrokkenen regelmatig als zodanig ingezet worden; dat overigens, zelfs al zou het voorschrift voor verschillende interpretaties vatbaar zijn, zulks nog niet gelijk te stellen is met een dergelijke graad van onnauwkeurigheid dat de betreffende rechtsonderhorigen niet in staat zijn te weten te komen of zij al dan niet onder de toepassing ervan vallen, zoals het Europees Hof in zijn voormeld arrest Sunday Times overigens heeft beslist; dat het eerste onderdeel niet gegrond is;

4.2.2. Overwegende, wat het tweede onderdeel betreft, dat de mogelijkheid welke artikel 2 van het bestreden koninklijk besluit aan de directeur-generaal van de R.M.T. laat om de afwijking al dan niet te verlenen, aan deze laatste geen discretionaire bevoegdheid verleent om de afwijking al dan niet toe te staan, zelfs wanneer aan de in dat artikel gestelde vereisten is voldaan, wel hem de bevoegdheid opdraagt om, na vaststelling of aan de vereisten al dan niet is voldaan, de afwijking toe te staan dan wel te weigeren; dat m.a.w. het de directeur-generaal alleen wordt toegestaan de bepaling bij het uitoefenen van zijn bevoegdheid toe te passen, na ze eventueel te hebben geïnterpreteerd, dit overigens onder het toezicht van de rechter, doch niet om ze op discretionaire wijze toe te passen of niet toe te passen; dat het tweede onderdeel evenmin gegrond is;

(verwerping)

HOF VAN BEROEP TE GENT

8e KAMER — 1 FEBRUARI 1989

Voorzitter: de h. Van Waerebeek

Raadsheren: de hh. Beirens en De Graef (rapporteur)

Openbaar ministerie: de h. Van Belle

Advocaten: mrs. Lenvain loco Hemmerechts en Van Damme

**Onrechtmatige daad — Schade en schadeloosstelling —
1. Waardering — Objectief herstel — Vermogenstoestand van partijen — 2. Materiële schade door inkomstenverlies**

wegens blijvende arbeidsongeschiktheid — a) Begroting — Splitsingsmethode — b) Basisinkomen — Netto belastbaar inkomen — Inkomsten toegekend aan de medewerkende echtgenote — Bruto bedrijfsinkomen — Voorwaarden — c) Voorbehoud voor de belastingen — d) Verlies van sociale voordelen — Schadebeperkingsplicht van de benadeelde — e) Vermindering van de koopkracht van de munt — Indexering van het basisinkomen — f) Tijdstip van begroting van de schadeloosstelling — Aanpassing van de provisijs aan de vermindering van de koopkracht van de munt

1. *Aan de in concreto gewaardeerde schade, voortvloeiende uit een onrechtmatige daad, dient een objectief herstel te beantwoorden, hegeen betekent dat de schadeloosstelling ertoe moet strekken alles terug in de toestand te brengen die zou hebben bestaan indien het schadegeval niet was gebeurd. De vermogens-toestand van de partijen komt daarbij niet in aanmerking, zodat er met de opbrengst van een mogelijke verkoop van de handelszaak van de benadeelde geen rekening mag worden gehouden bij de bepaling van de omvang van de schadevergoeding.*

2.a) *Te dezen dient de materiële schade door inkomstenverlies wegens blijvende arbeidsongeschiktheid te worden begroot door toepassing van de zgn. splitsingsmethode, d.w.z. door een afzonderlijke berekening te maken van de reeds geleden schade tussen de datum van de consolidatie en de datum van de uitspraak, en van de toekomstige schade vanaf de datum van de uitspraak tot het einde van de lucratieve levensduur.*

b) *Het gedeelte van de inkomsten toegekend aan de medewerkende echtgenote moet niet van het netto belastbaar inkomen worden afgetrokken, omdat die inkomsten klaarblijkelijk in het gemeenschappelijk vermogen vielen, de rendabiliteit van de handelszaak hebben beïnvloed, en als gevolg van het ongeval en van het wegvallen van de arbeidsprestaties van de benadeelde ipso facto ook verloren zijn gegaan.*

In geval van reëel inkomstenverlies mag de materiële schade voortvloeiende uit de blijvende arbeidsongeschiktheid slechts dan op het brutobedrijfsinkomen worden berekend, wanneer kan worden vastgesteld dat op deze vergoeding dezelfde sociale en fiscale lasten rusten als op de gederfde inkomsten.

c) *Aangezien de belastingen op de toegekende schadevergoedingen aanzienlijk lager zijn dan die welke de inkomsten zouden hebben bezwaard, is het gepast van het basiscijfer de belastingen af te trekken en voorbehoud te verlenen voor de belastingen die zouden worden geheven op de toegekende vergoedingen.*

d) *Hoewel de benadeelde recht heeft op een integrale schadeloosstelling, had hij de ten laste van de aansprakelijke vallende schadevergoeding kunnen en moeten beperken, nu de wet (art. 28, § 8, van het K.B. van 22 december 1967 betreffende het pensioen van de zelfstandigen) hem de mogelijkheid gaf om door een eenvoudige kennisgeving en aanvraag alle sociale voordelen te blijven genieten, zonder enige bijdrage te hoeven betalen, en dit ongeacht het feit dat de arbeidsongeschiktheid het gevolg was van de fout van een derde. De schade die de eiser ter zake beweert te lijden, en die in dit geval het gevolg is van zijn verzuim redelijke maatregelen te treffen tot beperking van de omvang van de schade, is niet toe te rekenen aan de aansprakelijke.*

e) *Bij de begroting van de schade dient de rechter rekening te houden met de vermindering van de koopkracht van de munt tussen de datum van het schadeverwekkend feit en het tijdstip van de uitspraak. Ten einde een volledige schadeloosstelling te verschaffen en aan de benadeelde een bedrag toe te kennen dat*

gelijkwaardig is aan de vergoeding die hij had moeten ontvangen op het ogenblik waarop het recht is ontstaan, is het billijk het basisinkomen tussen het tijdstip van de onrechtmatige daad en het ogenblik van de uitspraak aan te passen in verhouding tot de gemiddelde stijging van het indexcijfer van de consumptieprijzen in deze periode.

f) Het recht op herstel ontstaat op het ogenblik waarop de schade door een onrechtmatige daad werd veroorzaakt. De rechter moet evenwel het bestaan en de omvang van de schade vaststellen en waarden, en het bedrog van de schadeloosstelling begroten naar het tijdstip van de einduitspraak. Om een juist herstel te verkrijgen, moet niet alleen de uiteindelijke schadeloosstelling worden aangepast aan de vermindering van de economische waarde en de effectieve koopkracht van de munt, maar ook het deel van de provisies die de benadeelde heeft ontvangen als vergoeding aan te rekenen op de uiteindelijke schadeloosstelling.

B. t/ De S. en B.V.B.A. De K.

1. Bij arrest van het Hof van Cassatie van 30 december 1986 werd het arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 26 maart 1986 vernietigd in zoverre het besliste over de vordering van Joseph B. betreffende de vergoeding van de materiële schade die voortvloeit uit zijn blijvende arbeidsongeschiktheid, de hierop toegekende interesten, de kosten en het voorbehoud in verband met de belastingen die geheven zouden worden op de toegekende vergoedingen. De aldus beperkte zaak werd verwezen naar het Hof van Beroep te Gent.

2.1. Volgens het deskundig verslag van dr. M. liep de eiser als gevolg van het ongeval van 20 juni 1979 vanaf 1 juli 1980 (consolidatiedatum) een invaliditeit op van ongeveer 80%. Wat de arbeidsgeschiktheid betreft wordt door de expert aangenomen dat, rekening houdend met de fysieke handicap en zijn fysieke en psychische weerslag, B. volledig ongeschikt is zijn vroeger beroep (zelfstandig bakker en banketbakker) te hervatten, en dat het hem onmogelijk is een nieuw beroep aan te leren, zodat de letsels een algehele arbeidsongeschiktheid tot gevolg hebben.

De letsels veroorzaakten bij B. niet alleen een ernstige vermindering van anatomische en functionele aard, maar ook een totale ongeschiktheid om de lucratieve bezigheden uit te oefenen die hij, rekening houdend met zijn mogelijkheden, zou kunnen ontplooiën in zijn economisch en sociaal milieu.

De verweerders pogen de gevolgen van de letsels te relativeren door erop te wijzen dat B., ondanks alles, nog in staat is om met de auto te rijden, op vakantie te gaan en ook in de mogelijkheid moet zijn om thuis nog klusjes op te knappen.

Vaststaand is evenwel dat een fysieke invaliditeit van 80% (met als sequelen o.m. verlamming van de linkerzijde van het lichaam, verlies van smaak- en reukzin, postcommotie-nele klachten zoals hoofdpijn, vermindering van het onmiddellijk geheugen, orthopedische problemen, seksuele impotentie) een zware handicap uitmaakt in het dagelijkse leven, en dat de geconsolideerde (en niet meer voor verbetering vatbaar geachte) letsels de eiser in de onmogelijkheid stellen ooit nog enige beroepsactiviteit uit te oefenen gelet op de weerslag van die letsels op zijn arbeidsgeschiktheid.

2.2. Joseph B. (geboren op 21 januari 1934), bakker van beroep, had in het jaar 1963 een bakkerij overgenomen. Op de dag van het ongeval was de eiser nog steeds werkzaam als zelfstandig bakker en banketbakker.

Uit het deskundig verslag van dr. M. blijkt dat tijdens het verblijf van eiser in het ziekenhuis (dit is gedurende zes maanden) diens echtgenote gepoogd zou hebben de zaak verder te zetten met de hulp van de zoon Mario, die toen zestien jaar oud was. In april 1980 heeft de eiser verschillende pogingen gedaan om zijn werk te hervatten, maar hij heeft het moeten opgeven aangezien hij het niet kon wegens een linker hemiplegie. Daarbij kon hij niet meer rekenen op de goede wil van zijn zoon. De bakkerij werd dan gesloten op 4 mei 1980.

De verweerders beweren dat B. zijn handelszaak verder had kunnen exploiteren door zijn zoon of ze minstens had kunnen overdoen in plaats van tot de sluiting over te gaan.

Uit de inhoud van het expertiseverslag van dr. M. volgt :

– dat de aard van de letsels die de eiser opliep (o.a. een postcommotieel syndroom met geheugenstoornissen) hem niet in de mogelijkheid lieten zelf leiding te geven aan de zaak ;

– dat de eiser wel degelijk heeft geprobeerd zijn bakkerszaak verder te laten exploiteren o.m. door zijn zoon Mario. Mario was echter nog student, en amper zestien jaar oud op het ogenblik van het ongeval. Hij miste eveneens de ervaring om een zo persoonsgebonden handelszaak te runnen, en er ontbrak hem vooral de wil om de zaak van zijn vader voort te zetten.

Voorts mag met de opbrengst van een mogelijke verkoop van de handelszaak geen rekening worden gehouden bij de bepaling van de omvang van de schadevergoeding. Aan de in concreto gewaardeerde schade dient een objectief herstel te beantwoorden, hetgeen betekent dat de schadeloosstelling ertoe moet strekken alles terug in de toestand te brengen die zou hebben bestaan indien het schadegeval niet gebeurd was. De vermogenstoestand van de partijen komt daarbij niet in aanmerking. De handelszaak bevond zich vóór het ongeval reeds in het vermogen van de eiser, zodat de bestemming die aan dit bestanddeel van het vermogen wordt gegeven zonder invloed is op de schade voortspruitend uit het ongeval.

3. Berekening van de materiële schade voortvloeiende uit de blijvende arbeidsongeschiktheid

3.1. Er wordt niet betwist dat de schadevergoeding wegens blijvende arbeidsongeschiktheid dient te worden begroot met inachtneming van de splitsingsmethode, d.w.z. door een afzonderlijke berekening te maken van de reeds geleden schade tussen de datum van de consolidatie en de datum van de uitspraak, en de toekomstige schade vanaf de datum van de uitspraak tot het einde van de lucratieve levensduur.

De begroting wordt gedaan op basis van een arbeidsgeschiktheid van 100%, zoals door de deskundige bepaald.

3.2. Begroting van de reeds geleden schade :

3.2.1. Basisinkomen

– Als vertrekpunt wordt het netto belastbaar inkomen voor het aanslagjaar 1979 (inkomsten 1978, zijnde het jaar vóór het ongeval) aangenomen.

Volgens het attest uitgereikt door de Controle der Belastingen op 3 oktober 1984 bedroeg dit inkomen 1.692.642

frank, en niet 1.614.142 frank, zoals door de verweerders wordt vooropgesteld. Het cijfer vermeld op voorzegd attest geeft immers het reëel netto belastbaar inkomen aan na verificatie van de voorgebrachte bescheiden en na eventuele herzieningen.

– Van het bedrag van 1.692.642 frank worden voor de bepaling van de schadevergoeding de onroerende inkomsten (K.I.) afgetrokken, zodat er overblijft: 1.692.642 frank - 11.500 frank = 1.681.142 frank.

– De verweerders zijn van oordeel dat het netto belastbaar bedrag (zijnde het bedrag van de bedrijfsinkomsten min de sociale bijdragen en de bedrijfslasten) eveneens moet worden verminderd met een gedeelte van het gezinsinkomen dat overeenstemt met de arbeid en het arbeidsvermogen van de echtgenote.

Uit de door de eiser overgelegde fiscale bescheiden blijkt dat een gedeelte van de bedrijfsinkomsten werd toegekend aan de meehelpende echtgenote, die geen «bijkomend» inkomen had. Dat deel, dat niet hoger mocht zijn dan de normale bezoldiging voor de geleverde prestaties, bedroeg volgens de berekeningsnota's voor de inkomsten 1978: 98.000 frank en voor de inkomsten 1980: 100.000 frank. In aanmerking genomen het bedrag van die toekenning en ook de nogal wankel gezondheidsstoestand van de echtgenote is het aan te nemen dat de verstrekte hulp nogal van beperkte aard was.

Het gedeelte van de inkomsten toegekend aan de medewerkende echtgenote moet niet van het netto belastbaar bedrag worden afgetrokken, omdat die inkomsten klaarblijkelijk in het gemeenschappelijk vermogen kwamen, de rendabiliteit van de zaak hebben beïnvloed, en als gevolg van het ongeval en van het wegvallen van de arbeidsprestaties van de eiser ipso facto ook verloren zijn gegaan.

Geen enkel gegeven maakt het mogelijk te besluiten dat – zonder het ongeval en het gedwongen stopzetten van de zaak – de inkomsten voortspruitende uit de arbeid van de echtgenote zouden zijn weggevallen en dat de door haar verstrekte hulp zou zijn vervangen door die van een loontrekende. Anderzijds staat vast dat eisers echtgenote – als gevolg van het ongeval – haar arbeidsvermogen volledig dient aan te wenden voor de verzorging van haar zwaar gehandicapte man, en dat ze geen andere lonende arbeidsbedrijvigheid nog kan uitoefenen. Als beheerder van de huwgemeenschap heeft de eiser dan ook het recht het verlies te vorderen wegens derving van een inkomen dat – zonder het ongeval – vermoedelijk aan het gemeenschappelijk vermogen zou zijn toegekomen.

– Moeten de belastingen en de sociale bijdragen uit de basisberekening al dan niet verwijderd worden? De eiser stelt als basis voor de bepaling van de schadevergoeding het netto belastbaar inkomen anno 1978 voor, verminderd met het kadastraal inkomen, doch vermeerderd met de socialezekerheidsbijdragen en zulks op grond dat de aantasting van het arbeidsvermogen het best kan worden berekend op basis van een bruto-inkomen zonder rekening te houden met de bestemming die aan de professionele inkomsten worden gegeven. De verweerders daarentegen zijn van oordeel dat het basisloon op een nettogrondslag moet worden bepaald, dit is min de belastingen en sociale bijdragen.

De redenering van de eiser zou slechts opgaan indien de bruto-inkomsten «enkel» in aanmerking worden genomen voor de berekening van het bedrag van de vergoeding we-

gens de vermindering van de waarde op de arbeidsmarkt, waarbij dan de verloren waarde op de arbeidsmarkt, dit is de schade aan het economisch middel om het inkomen te verwerven, zou kunnen worden weergegeven door het inkomen dat op de arbeidsmarkt kan worden verworven, ongeacht de fiscale, sociale of andere bestemming die de getroffen daaraan moest of wilde geven.

Evenwel blijkt uit de conclusie van de eiser – waarin sprake is van «inkomstenverlies», «derving van inkomen», «inkomstenvervangende vergoedingen die belastbaar zijn» – dat hij in essentie een vergoeding beoogt voor het wegvallen van zijn inkomsten.

In geval van reëel inkomstenverlies mag de materiële schade voortspruitende uit de blijvende arbeidsongeschiktheid slechts dan op het brutobedrijfsinkomen worden berekend, wanneer vastgesteld kan worden dat op deze vergoeding dezelfde sociale en fiscale lasten rusten als op de gederfde inkomsten (zie Cass., 28 april 1982, *Pas.*, 1982, I, 980, *B.A.*, 1982, 397; *R.G.A.R.*, 1983, nr. 10654; Cass., 3 oktober 1984, *B.A.*, 1984, 761; *Pas.*, 1985, I, 163, *J.T.*, 1985, 255).

Het slachtoffer dient immers te worden teruggeplaatst in de toestand waarin het gebleven zou zijn indien de fout niet was gepleegd, hetgeen betekent dat in geval van inkomstenderving concreet moet worden nagegaan of de lasten die op de vergoeding zullen rusten gelijkwaardig zijn aan die welke de bedrijfsinkomsten zouden hebben bezwaard. Een vergelijkend onderzoek is dan ook noodzakelijk.

a) Fiscale lasten

De vergoedingen voor blijvende bedrijfsinkomstenderving met reëel inkomstenverlies zijn belastbaar.

De eiser lijdt ongetwijfeld een reëel verlies wegens derving van inkomsten uit de bakkerij. Dit verlies kan met een aan de werkelijkheid grenzende zekerheid worden begroot op basis van de overgelegde documenten en hoeft niet te worden berekend op waarschijnlijke of fictieve gronden (zoals o.m. bij werklozen, studenten, minderjarigen, of in geval van verhoogde inspanningen).

Sedert de programmawet van 5 januari 1976 zijn ook de inkomstenvervangende vergoedingen uitgekeerd aan zelfstandigen onderhevig aan belastingen.

Die vergoedingen worden gunstiger belast dan de bedrijfsinkomsten, die de eiser zou hebben genoten zonder ongeval. Vergoedingen voor blijvende bedrijfsinkomstenderving in de vorm van een kapitaal komen immers op basis van artikel 92 W.I.B. in aanmerking voor een omzetting in een fictieve lijfrente (de coëfficiënt afhankelijk zijnde van de leeftijd van de genietter op de datum van de toekenning, in casu 55 jaar: 2,5; zie K.B. 4 maart 1965, art. 57).

Op de fictieve rente is bovendien de aftrek voor vervangingsinkomsten (art. 87ter W.I.B.) van toepassing.

Aangezien de belastingen op de vergoeding aanzienlijk lager zijn dan die welke de inkomsten zouden hebben bezwaard, is het gepast van het basiscijfer de belastingen af te trekken en voorbehoud te verlenen voor de belastingen die zullen worden geheven op de toegekende vergoedingen.

Voor de inkomsten jaar 1978 (aanslagjaar 1979) bedroegen de verschuldigde belastingen: 690.122 frank (staat) + 41.407 frank (aanvullende gemeentebelasting niet begrepen in voormeld bedrag van de personenbelasting).

b) Sociale bijdragen

Nu de eiser (die sedert 1963 zelfstandig bakker was) op 4 mei 1980 door algehele arbeidsongeschiktheid aan zijn be-

zigheid als zelfstandige een einde moest maken, en zijn bedrijf ook niet door een tussenpersoon liet voortzetten, kon hij zijn alstoen gewijzigde toestand melden aan het Rijksinstituut voor de Sociale Verzekeringen van de Zelfstandigen, en, tevens een aanvraag doen om de bij de artikelen 28 tot en met 30 van het K.B. van 22 december 1967 beoogde gelijkstelling van de periodes van invaliditeit met de periodes van beroepsbezigheid in het kader van zijn pensioenloopbaan te verkrijgen (gelijkstelling die een einde zou nemen het kwartaal tijdens hetwelk de eiser de leeftijd van 65 jaar zou hebben bereikt — zie art. 28, § 8, K.B. 22 december 1967).

Aangezien de eiser aan de bij voormeld koninklijk besluit gestelde voorwaarden voldeed om gelijkstelling te verkrijgen, kon hij verder zonder bijdragen te betalen zijn rechten inzake uitkeringen voor ziekte en invaliditeit, kinderbijslag en pensioen (waarvan het bedrag trouwens forfaitair en niet in verhouding tot de bedrijfsinkomsten gedurende de loopbaan als zelfstandige wordt bepaald) onverkort behouden.

Hoewel de eiser recht heeft op een integrale vergoeding, had hij de schadevergoeding ten laste van de aansprakelijke kunnen en moeten beperken, nu de wet, ongeacht het feit dat de arbeidsongeschiktheid het gevolg was van de fout van een derde, hem de mogelijkheid gaf om door een eenvoudige kennisgeving en aanvraag alle sociale voordelen te blijven genieten zonder enige bijdrage te hoeven betalen.

Als zelfstandige die verplicht was om zijn bedrijf als gevolg van arbeidsongeschiktheid te sluiten, had de eiser de nodige stappen moeten doen (of moeten laten doen) ten einde ervoor te zorgen dat hij integraal het genot kon blijven houden van het recht op de prestaties inzake sociale zekerheid. Aangezien dit «kosteloos» kon geschieden, is de schade die de eiser beweert ter zake te lijden, en, die in dit geval het gevolg is van zijn verzuim redelijke maatregelen te treffen tot beperking van de omvang van de schade, niet toe te rekenen aan de verweerders.

De vergelijking met het overlevingspensioen, waarvan de uitkering geen vergoedend doel heeft maar de opbrengst is van vroegere stortingen die door de overledene waren gedaan en van afhoudingen die op zijn loon waren verricht, gaat niet op. *In casu* geldt de vraag of het slachtoffer, dat inkomstenverlies vordert, in normale omstandigheden enig verlies aan sociale voordelen zou hebben geleden als gevolg van de fout van een derde die bij hem een arbeidsongeschiktheid veroorzaakte.

Zoals hierboven is gezegd, zou de eiser, zonder zijn schuldig stilzitten, geen verlies hebben geleden, zodat om het slachtoffer terug te plaatsen in de toestand van vóór het ongeval, de sociale bijdragen van de inkomsten moeten worden afgetrokken.

Als basisbedrag, uitgangspunt voor de begroting van de schadevergoeding, geldt: 1.681.142 frank - (690.122 + 41.407) = 949.613 frank.

3.2.2. Indexering of niet ?

Bij de begroting van de schade dient de rechter rekening te houden met de vermindering van de koopkracht van de munt tussen de datum van het schadeverwekkend feit en het tijdstip van de uitspraak.

Dit principe wordt door de verweerders als dusdanig niet betwist. Wel stellen ze dat het netto-inkomen van 1978, rekening houdend met de gebeurtenissen sinds de dag van het ongeval tot op de dag van de uitspraak, een «geactua-

liseerd» inkomen is waarop geen bijkomende indexatie moet worden toegepast.

Er dient te worden gewezen op het feit dat het netto belastbaar bedrag van 1.681.142 frank (uitgangspunt van de berekening) voor de inkomsten van 1978, gelet op de vergelijking met de netto belastbare inkomsten voor de jaren 1976 (1.632.294) en 1977 (1.844.601) een *juist gemiddelde* is van het door de eiser in de periode vóór het ongeval verdiende inkomen vóór belasting.

De verweerders beschouwen het inkomen dat door de eiser werd verdiend in 1978, als de maximale opbrengst van de bakkerszaak. Ze gaan ervan uit dat de economische crisis sedert 1978 een realiteit is die op alle handelszaken invloed heeft gehad, dat het werkvermogen van de eiser in de loop van de jaren zou zijn verminderd, en dat de geplande opname van de zoon in de zaak of de aanwerving van een betaalde werkkraft de kosten zouden hebben doen stijgen en het rendement zouden hebben doen dalen.

Al is het juist dat de economische crisis op de handelsondernemingen heeft gedrukt, dan is het eveneens een realiteit dat de recessie zich in de bakkerijsector die inspeelt op «bestaansbehoeften» het minst liet voelen, en dat de verhoging van de broodprijzen sedert 1978 de hogere kosten (o.m. van de olieproducten — kosten die sedert 1986 opnieuw zijn gedaald) grotendeels heeft gecompenseerd. Op het huidige ogenblik is de economie zelfs aan een geleidelijke herleving toe.

De verweerders beweren dat eisers werkkraft (B. was 45 jaar op de dag van het ongeval) haar hoogtepunt zou hebben bereikt tussen 45 jaar en 50 jaar. Door dit aldus te stellen, aanvaarden ze reeds impliciet dat de inkomsten van 1978 niet als maximale opbrengst van de bakkerijzaak moeten worden beschouwd.

Anderzijds is het louter hypothetisch te stellen dat de eiser, gelet op het zware werk, op ± 50 jarige leeftijd zijn hoogste rendement zou hebben gehaald. Voor een zelfstandige is de pensioenleeftijd nog steeds 65 jaar. *In casu* — gelet op het feit dat de eiser een zoon had die de studie voor bakker volgde en zijn vader in normale omstandigheden had opgevolgd — mag worden aangenomen dat de eiser tot aan de leeftijd van 60 jaar zou blijven werken zijn om dan zijn zaak over te doen aan zijn zoon.

Een zelfstandige bakker kan zeker tot aan de leeftijd van 60 jaar het doorzettingsvermogen opbrengen om het rendement van zijn zaak te verbeteren. *In casu* is dit des te meer het geval nu de eiser er zeker naar zou hebben gestreefd om op 60-jarige leeftijd een renderende zaak te kunnen overdoen aan zijn zoon.

Een zelfstandige is, gelet op het forfaitair bedrag van het pensioen, overigens verplicht om zijn inkomsten tijdens zijn loopbaan op peil te houden ten einde, eens op rust, een gelijke levensstandaard te kunnen behouden.

De opname van de zoon Mario, of van een andere betaalde werkkraft, in de onderneming zou gewis kosten hebben betekend voor de zaak, maar die supplementaire geldelijke last zou ruimschoots gecompenseerd worden door een hoger rendement ten gevolge van de inbreng van een jonge arbeidskraft en een betere verdeling van de taken.

Sinds het schadeberokkend feit werd de munt niet alleen gedevalueerd met 8,5% (op 21 februari 1982), ook het algemeen prijspeil is sedertdien heel wat gestegen, hetgeen een «effectieve» vermindering van de koopkracht van de

munt tot gevolg had. Ten einde een volledige schadeloosstelling te verschaffen, en aan de eiser een bedrag toe te kennen dat gelijkwaardig is aan de vergoeding die hij had moeten ontvangen op het ogenblik waarop het recht is ontstaan, is het billijk het basisinkomen van 1978 tussen het tijdstip van de onrechtmatige daad en het ogenblik van de uitspraak aan te passen in verhouding tot de gemiddelde stijging van het indexcijfer van de consumptieprijzen in die periode.

3.3. Begroting van de toekomstige schade

– Als basiscijfer voor de berekening van het inkomstenverlies in de toekomst wordt het bedrag van de netto-inkomsten 1978, dat aangepast werd aan de gemiddelde stijging van de index sedert het ongeval, genomen.

– Voormeld bedrag drukt het inkomen uit dat, rekening houdend met de hiervoor aangehaalde redenen, overeenstemt met de netto-inkomsten die de eiser op de datum van de uitspraak had verdiend.

– De eiser vordert een forfaitaire verhoging van voorszgd bedrag met 20% ter dekking van de in de toekomst nog te verwachten munterosie en inkomensstijging. Zoals reeds is gezegd, is het aan te nemen dat de eiser tot aan zijn 60 jaar ervoor kan en zal gezorgd hebben dat zijn inkomsten stegen om een zo rendabel mogelijke zaak te kunnen overdoen aan zijn zoon. De inbreng van de zoon of van een derde in de zaak zal, ook rekening houdend met de loonkosten, redelijkerwijze gezien de inkomsten niet hebben doen dalen maar integendeel zelfs hebben doen stijgen gelet op een adequatere taakverdeling en een hoger rendement. Gelet op de jaarlijkse inflatie en de toenemende levensduurte, is het billijk het bedrag van de netto-inkomsten jaar 1978, zoals geïndexeerd op heden, te verhogen met 10%, en op die basis te kapitaliseren.

– De kapitalisatie dient tegen een door de partijen aanvaarde rentevoet van 6% te geschieden tot 60 jaar, nu er, zoals eerder is gezegd, mag worden aangenomen dat B. zich op die leeftijd uit zijn zaak zou hebben teruggetrokken ten voordele van zijn zoon-bakker. Voor de berekening wordt gebruik gemaakt van de tafels van Levie 1968-1972.

3.4.1. Berekening van het inkomensverlies vanaf de consolidatiedatum tot de datum van de uitspraak

– Consolidatie 1 juli 1980 tot 31 december 1980, 6 maanden:

$$\frac{949.613 \times 6}{12} = 474.806,5 \text{ frank.}$$

– Van 1 januari 1981 tot 1 januari 1989, 8 jaar:

$$949.613 \times 8 = 7.596.904 \text{ frank.}$$

– Januari 1989, 1 maand:

$$\frac{949.613 \times 1}{12} = 79.134,4 \text{ frank.}$$

Totaal: $474.806,5 + 7.596.904 + 79.134,4 = 8.150.844,9$, afgerond: 8.150.845 frank.

Geïndexeerd:

$$8.150.845 \times 210,01 \text{ (index dec. 1988)} \frac{(210,01 + 142,56)}{2}$$

$$8.150.845 \times 210,01 \text{ (index dec. 1988)}$$

$$\frac{176,28 \text{ (gemiddelde index)}}{176,28} = 9.710.454,5 \text{ of afgerond: } 9.710.455 \text{ frank.}$$

3.4.2. Berekening van het inkomensverlies vanaf de datum van de uitspraak

– Basiscijfer: 949.613 frank.

– Indexatie:

$$\frac{949.613 \times 210,01 \text{ (index dec. 1988)}}{176,28 \text{ (gemiddelde index)}} = 1.131.315$$

– Aanpassing aan toekomstige munterosie en prijzenstijging:

$$1.131.315 + (1.131.315 \times \frac{10}{100}) = 1.244.446,5$$

Afgerond: 1.244.447 frank.

– Kapitalisatie:

leeftijd B. op heden: 55 jaar

kapitalisatiecoëfficiënt: 6%

tafels Levie:

$$1.244.447 \times 4,03289 = 5.018.717,8.$$

Afgerond: 5.018.718 frank.

3.4.3. Totaal: $9.710.455 + 5.018.718 = 14.729.173$ frank.

3.5. Postlucratieve schade na pensioenleeftijd:

Over de postlucratieve schade moet niet meer worden gestatueerd nu de cassatie enkel betrekking had op de vergoeding van de materiële schade voortvloeiend uit eisers blijvende arbeidsongeschiktheid, en dit enkel tot het einde van de lucratieve levensduur van de eiser.

3.6. Indexering van de provisie?

Het recht op herstel ontstaat op het ogenblik waarop de schade door een onrechtmatige daad veroorzaakt is.

De rechter moet evenwel het bestaan en de omvang van de schade vaststellen en waarden, en het bedrag van de schadeloosstelling begroten naar het tijdstip van de einduitspraak. Om een juist herstel te verkrijgen moet niet alleen de uiteindelijke schadeloosstelling worden aangepast aan de vermindering van de economische waarde en de effectieve koopkracht van de munt, maar ook dit deel van de provisie die de eiser heeft ontvangen als vergoeding toe te rekenen op de uiteindelijke schadevergoeding. Volgens eisers conclusie werd een deel van de provisie door hem bestemd om in zijn levensbehoeften te voorzien als gevolg van het inkomensverlies dat hij onderging. Zulk impliceert dat de provisie reeds gedeeltelijk een vergoeding inhielden van het inkomensverlies in afwachting van een latere definitieve uitspraak. Er anders over beslissen zou voor de eiser een onrechtmatige verrijking doen ontstaan.

Het principe van het monetair nominalisme (art. 1895 B.W.) mag aan een billijk herstel geen afbreuk doen. Het geldt overigens voor schulden die een numerieke geldsom tot voorwerp hebben, maar niet voor een waardeschuld bestemd om een schade te vergoeden die door de rechter moet worden geraamd.

Van de 11.500.000 frank reeds gestorte provisie heeft betrekking op de post materiële schade voortspruitende uit de bestendige A.O. (tot einde lucratieve levensduur) een provisie van 11.500.000 frank - $(252.147 + 1.178.250 + 358.000 + 100.000 + 2.000.000 + 125.000) = 7.486.603$ frank.

Toepassing van de indexatie:

– op 2.486.603 frank vanaf 21 juni 1983:

$$\frac{2.486.603 \times 210,01 \text{ (dec. 88)}}{178,28 \text{ (juni 1983)}} = 2.929.164,6$$

Afgerond: 2.929.165 frank.

– op 5.000.000 frank vanaf 6 november 1984:

$$\frac{5.000.000 \times 210,01 \text{ (dec. 88)}}{193,69 \text{ (nov. 1984)}} = 5.421.291,5$$

Afgerond: 5.421.292 frank.

3.7. Uiteindelijke vergoeding:

- Materiële schade	252.147
- Materiële schade T.A.O.	1.178.250
- Morele schade T.A.O.	358.000
- Materiële schade B.A.O.	14.729.173
- Postlucratieve schade	100.000
- Morele schade B.A.O.	2.000.000

- <i>Esthetische schade</i>	125.000
	<u>18.742.570</u>
Af te trekken provisies :	
4.013.397 + 8.350.457	-12.363.854
	<u>6.378.716</u>
Aftrek ziekteverzekering	-735.594
	<u>5.643.122</u>

3.8. Nopens de interesten verschuldigd op de bedragen toegekend uit hoofde van materiële schade wegens B.A.O.

- Voor de periode tot aan de uitspraak zijn de vergoedende interesten toewijsbaar vanaf 1.9.1984 (gemiddelde datum).

- Voor de periode vanaf de uitspraak worden verwijlinteressen toegekend.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

8e KAMER – 12 SEPTEMBER 1990

Voorzitter-rapporteur: de h. Vandeplas

Raadsheren: de hh. Luyckx en Renaers

Openbaar ministerie: de h. De Swaef

Advocaat: mr. Hermans

Gerechtskosten – Strafzaken – Procedure voor de feitenrechter – Hoger beroep

Hoewel de rechter in hoger beroep bevoegd is om een vergissing in de vereffening van de gerechtskosten recht te zetten, wanneer de zaak bij hem regelmatig aanhangig is gemaakt, is een partieel hoger beroep van de veroordeelde partij of van het openbaar ministerie dat beperkt is tot de vaststelling van de gerechtskosten, niet ontvankelijk als de zaak niet op andere gronden aangebracht is bij de rechter in beroep.

H.

Overwegende dat de beklagde en de procureur des Konings te Turnhout hoger beroep hebben ingesteld tegen het vonnis van de Correctionele Rechtbank te Turnhout van 7 december 1989;

Overwegende dat, op 5 april 1988, de procureur des Konings te Turnhout een deskundige belastte met een toxicologisch onderzoek en dat deze op 3 mei 1988 zijn verslag samen met een kostennota toestuurde aan het parket; dat echter bezwaar werd gemaakt tegen het aangerekende bedrag van de expertise;

Overwegende dat de vorderende magistraat, die overeenkomstig artikel 78 van het koninklijk besluit van 28 december 1950 houdende algemeen reglement op de gerechtskosten in strafzaken, deze memorie had kunnen begroten, eventueel na het bedrag ervan bij een met redenen omklede beschikking te hebben verminderd, de kostenstaat van de deskundige samen met de correspondentie betreffende het honorarium aan de correctionele rechter overgezonden heeft zonder dat enige beslissing werd genomen betreffende deze memorie;

Overwegende dat de beklagde bij vonnis van de Correctionele Rechtbank te Turnhout van 7 december 1989 is veroordeeld in de kosten en dat de begroting van de gerechtskosten, daarin begrepen de kosten van het deskundig verslag, die onverkort werden toegekend, is gedaan door de strafrechter;

Overwegende dat de bevoegdheid van de strafrechter om deze kosten toe te schatten, overeenkomstig artikel 81 van bovenvermeld koninklijk besluit van 28 december 1950, geen twijfel lijdt en dat deze bevoegdheid trouwens ook niet ter discussie wordt gesteld door de partijen;

Overwegende echter dat zowel de beklagde als het openbaar ministerie een partieel hoger beroep hebben ingesteld tegen het vonnis van de Correctionele Rechtbank te Turnhout met als enige grief dat geen rekening werd gehouden met hun bezwaren tegen de vereffening van de gerechtskosten, nu de eerste rechter de memorie van de deskundige integraal heeft toegeschat in plaats van het bedrag ervan te verminderen;

Overwegende dat tegen een vergissing in de vereffening van gerechtskosten waarin een partij in strafzaken is veroordeeld weliswaar verzet openstaat, doch geen hoger beroep of geen cassatieberoep;

Overwegende dat, hoewel de veroordeling in de kosten, hetzij voor het geheel, hetzij ten dele, deel uitmaakt van de beslissing van het strafgerecht, waartegen hoger beroep en cassatieberoep openstaat, de vaststelling van deze gerechtskosten daarentegen geen beslissing is van het strafgerecht, zelfs al staan deze kosten overeenkomstig de voorschriften van de artikel 162 en 194 van het Wetboek van Strafvordering vermeld in het vonnis of arrest;

Overwegende immers dat niet de rechters van de zetel deze kosten vaststellen, maar dat overeenkomstig artikel 97 van het bovenvermelde koninklijk besluit van 28 december 1950, het de voorzitter van de rechtbank of van het hof is die een staat van de kosten die ingevorderd kunnen worden, ondertekent; dat deze beslissing bijgevolg niet collegiaal is, dat ze trouwens niet het voorwerp van tegenspraak uitmaakt en dat, eventueel zelfs lang nadat de strafrechtelijke beslissing in kracht van gewijsde is gegaan, een afzonderlijke staat van vaststelling der kosten alsnog kan worden opgemaakt en zelfs mag worden ondertekend door een rechter die niet heeft deelgenomen aan de oorspronkelijke strafrechtelijke beslissing;

Overwegende dat aldus blijkt dat de vaststelling van de kosten, die ongetwijfeld een beslissing is van louter burgerlijke aard, geen integraal deel uitmaakt van de strafrechtelijke beslissing en dat het Hof van Cassatie dan ook terecht heeft aangenomen dat de vermelding van de gerechtskosten in de rechterlijke beslissing niet eens is voorgeschreven op straffe van nietigheid, doch dat deze begroting een eigen statuut en eigen procedureregels heeft naar analogie met de rechtspleging omschreven in artikel 6 van het decreet van 16 februari 1807;

Overwegende dat wordt aangenomen dat de rechter in hoger beroep bevoegd is om een vergissing in de vereffening van de gerechtskosten recht te zetten, wanneer de zaak bij hem regelmatig aanhangig is gemaakt, maar dat een partieel hoger beroep van de veroordeelde partij of van het openbaar ministerie beperkt tot de vaststelling van de gerechtskosten niet ontvankelijk is als de zaak niet op andere gronden is aangebracht bij de rechter in hoger beroep;

Overwegende immers dat elke partij die in de kosten is veroordeeld, het recht heeft de toeschatting van deze kosten, die niet contradictoir geschiedt, zelfs al is de strafrechtelijke veroordeling op tegenspraak gewezen, te betwisten en dat, bij gebreke van enige andere wettelijke regeling, de tegenspraak slechts kan worden gevoerd na verzet tegen de beslissing van de voorzitter van de rechtbank of van het hof;

Overwegende dat deze rechtspleging niet geregeld is in het K.B. van 28 december 1950, noch in enige andere wettelijke bepaling, maar dat ze naar analogie met het decreet van 16 februari 1807 — zelfs al is dit opgeheven door het Gerechtelijk Wetboek — wordt toegepast, daar geen andere wettelijke regeling mogelijk is, zoals het Hof van Cassatie reeds vaststelde bij arrest van 8 mei 1911 (*Pas.*, 1911, I, 239);

Overwegende dat hieruit volgt dat het hoger beroep van de beklagde en van het openbaar ministerie te dezen niet ontvankelijk is;

...

BURGERLIJKE RECHTBANK TE DENDERMONDE

6e KAMER — 20 FEBRUARI 1989

Voorzitter: de h. Geerinck

Rechters: mevr. Standaert en de h. Van Goethem

Advocaten: mrs. Bracke, Dieu loco Van der Gucht en De Coninck loco Rasschaert

1. Huur — Sociale woning — Niet-naleving van het verbod huisdieren te houden — 2. Misbruik van recht — Huur van sociale woning — Verbod huisdieren te houden — 3. Burgerlijke rechtsvordering — Tergend en roekeloos geding

1. De niet-naleving van het contractuele verbod in een appartement, gehuurd van een sociale huisvestingsmaatschappij, huisdieren te houden, is een onvoldoende ernstige tekortkoming aan een overigens bijkomstige contractsbepaling, om de ontbinding van de huurovereenkomst ten nadele van de huurder te rechtvaardigen.

Het is in onze moderne samenleving immers gebruikelijk, en het wordt eveneens gedoogd, dat huurders van appartementen toebehorende aan sociale huisvestingsmaatschappijen, een huisdier bij zich houden, in zoverre de aanwezigheid van deze dieren aan het geheel van de gemeenschappelijke uitrusting van het appartementsgebouw en aan de andere bewoners geen schade noch burenlust veroorzaakt.

2. Een sociale huisvestingsmaatschappij pleegt een manifeste inbreuk op de algemene zorgverplichting door zeven jaar te talmen alvorens een ondubbelzinnig standpunt in te nemen met betrekking tot de niet-naleving van het in het huurcontract bepaalde verbod huisdieren te houden in de door haar verhuurde appartementen. Een dergelijke inertie vanwege een sociale huisvestingsmaatschappij, wier doelgebonden bevoegdheid het is om woningen te verhuren volgens de finaliteit van de sociale huisvestingswetgeving, strookt niet met de houding die een normale voorzichtige huisvestingsmaatschappij aanneemt, en moet als een manifest foutieve gedraging worden beschouwd.

Het systematisch en na elkaar uittesten van verschillende mogelijke beëindigingsmechanismen voor de huurovereenkomst, evenals de eis tot onmiddellijke verwijdering van de nog aanwezige huisdieren, die in strijd met een bepaling uit de huur-

overeenkomst worden gehouden, terwijl op generlei wijze daaruit voortvloeiende schade en burenhinder is aangetoond, moet zeker als rechtsmisbruik van een sociale huisvestingsmaatschappij worden beschouwd, daar het minstens impliciet van een oogmerk tot schade aan de huurders doet blijken.

De sanctie op het rechtsmisbruik bestaat niet noodzakelijk in het totale verbeuren van de rechten waarvan misbruik is gemaakt, maar enkel in de vermindering ervan tot een normaal gebruik of in een herstel van de schade die door het misbruik is veroorzaakt. Te dezen wordt de door een sociale huisvestingsmaatschappij begane afwijking van de doelgebonden bevoegdheid tot beëindiging van de huurovereenkomst en tot benaarding van de verwijdering van onrechtmatig gehouden huisdieren, efficiënter gesanctioneerd door de weigering van de geldigverklaring van de gedane opzeggingen en door de slechts beperkte inwilliging van de eis tot verwijdering van de huisdieren.

3. Het instellen van een reeks «iteratieve» vorderingen, terwijl men geen enkel recht heeft om er zich op te baseren, alleen met de bedoeling de tegenpartij onder druk te zetten, getuigt van een lichtzinnigheid waarvan elk voorzichtig en behoedzaam mens zich dient te onthouden. Te dezen wordt wegens tergend en roekeloos geding een schadevergoeding van 10.000 frank toegekend.

C.V. E. t/ De W. e.a.

1. Overwegende dat de vorderingen, die de C.M. E. respectievelijk tegen haar huurders Noëlla De W., Jean-Paul De V., de echtgenoten Marcel D. en Gabriëlla De V., en tegen het echtpaar Noël De P. en Huguette De M. heeft ingesteld, er in de eerste plaats toe strekken om de respectieve huurovereenkomsten van 1 september 1979, 1 juni 1979, 1 juni 1979 en 1 juni 1979 met betrekking tot (...) ten laste van de huurders te doen ontbinden wegens miskennis van art. 10, d, van de huurovereenkomst;

Dat de vorderingen van de C.M. E. tegen voormelde huurders in de tweede plaats beoogden om de respectievelijk op 5 mei 1986, 5 mei 1986, op 10 september 1986 en op 10 september 1986 bij aangetekend schrijven aan deze huurders gedane huuropzeggingen geldig te laten verklaren, met uitwerking vanaf respectievelijk 30 juli 1986, 30 juli 1986, 1 november 1986 en 1 november 1986;

Dat de C.M. E. verder heeft gevorderd, dat voormelde huurders worden veroordeeld om de respectievelijk door hen betrokken appartementen te ontruimen tegen uiterlijk 1 november 1986, en dat zij bij gebreke van vrijwillige ontruiming zou worden gemachtigd om de nalatige huurders te laten uitzetten door een gerechtsdeurwaarder, desnoods bijgestaan door de openbare macht;

Dat bij het vonnis *a quo* werd gezegd, dat er bij gebreke aan enig bewijs van schade geen aanleiding bestond om de vordering tot ontbinding en de eis tot geldigverklaring van de opzegging van de C.M. E. in te willigen;

Dat tevens werd gezegd, dat het aan de huurders geoorloofd is om, in strijd met de bepalingen van de huurovereenkomst, de thans in hun bezit zijnde hond tot aan zijn dood bij zich te houden, evenwel met verbod om de hond te vervangen door een ander dier;

Dat aldus de huurders, voor het geval zij dit verbod tot vervanging niet zouden naleven, werden veroordeeld tot onmiddellijke verwijdering van het eventueel «vervangend»

dier, onder verbeurte van een dwangsom van 300 frank per dag vertraging na rechtsgeldige vaststelling;

2. Overwegende dat de C.M. E. zich met die beslissing van de eerste rechter niet kan verenigen en bij verzoekschrift ter griffie dezer rechtbank neergelegd op 13 mei 1987 hoger beroep heeft ingesteld;

Dat tussen de partijen niet wordt betwist, dat Noëlla De W. na de neerlegging van die akte haar honden uit het huurappartement heeft verwijderd, zonder tot vervanging van de dieren over te gaan, zodat de oorspronkelijke vordering van de C.V. E. tegenover deze eerste geïntimeerde doelloos is geworden;

Dat dit laatste evenzeer geldt tegenover de geïntimeerden Jean-Paul De V. en de echtgenoten Noël De P. en Huguette De M., daar deze huurders respectievelijk bij een aangetekend schrijven van 25 augustus 1988 en 17 mei 1988 hun huurovereenkomst aan de C.M. E. hebben opgezegd, welke opzeggingen werden aanvaard en inmiddels ook volledig zijn uitgevoerd;

Overwegende dat niettemin tussen de C.V. E. en Noëlla De W., Jean-Paul De V. en het echtpaar De P.-De M. aldus in deze instantie nog steeds een betwisting bestaat nopens de kosten, alsook betreffende de tegenvorderingen waaromtrent incidenteel beroep is ingesteld, zodat het hoofdberoep ten aanzien van deze geïntimeerden evenzeer op zijn merites moet worden onderzocht;

3. Overwegende dat de appellante, de C.V. E., aanvoert, dat haar oorspronkelijke vordering strekkende tot ontbinding van de huurovereenkomst jegens het echtpaar Marcel D. en Gabriëlla De V. thans nog steeds gegrond is en op het ogenblik van de neerlegging van haar akte van hoger beroep ook nog gegrond was tegenover Noëlla De W., Jean-Paul De V. en het echtpaar De P.-De M., omdat Marcel D. en Gabriëlla De V., niettegenstaande de talrijke waarschuwingen sinds 1980, in strijd met art. 10, d, van hun huurovereenkomst thans nog steeds een hond in hun huurappartement hebben ondergebracht, en Noëlla De W. tot na de neerlegging van de akte, alsook Jean-Paul De V. en het echtpaar De P.-De M., respectievelijk tot het verlaten van hun huurappartementen hetzelfde hebben gedaan, en zodoende ernstig te kort geschoten zijn in de naleving van een essentiële contractuele verplichting;

Dat de C.V. E. inzonderheid beweert, dat zij haar rechten tot het instellen van deze ontbindingsvordering, subsidiair tot het verkrijgen van de verwijdering van de huisdieren, niet heeft verwerkt, noch dat zij door het formuleren van haar eisen een misbruik van recht heeft gepleegd;

Overwegende dat Jean-Paul De V., de echtgenoten D. - De V., alsook het echtpaar De P.-De M. daarentegen blijkens de termen van hun conclusie als dusdanig niet hebben betwist, dat zij door het houden van een huisdier op hun appartement artikel 10 van hun respectieve huurovereenkomsten hebben miskend;

Dat deze geïntimeerden hunnerzijds evenwel stellen, dat deze geringe contractuele tekortkoming aan een bijkomstige contractsbepaling ter zake onvoldoende ernstig was om een huurontbinding te hunnen laste te rechtvaardigen;

Overwegende dat deze stellingname van de tweede, derde en vierde geïntimeerde, gelet op de concrete feitelijke omstandigheden van de zaak, terdege overtuigt;

Overwegende dat laatstgemelde geïntimeerden inderdaad artikel 10 van de huurovereenkomst niet zijn nageko-

men, doch anders dan wat de appellante aanvoert, deze contractuele fout ter zake onvoldoende ernstig is om de strenge sanctie van de ontbinding van de respectieve huurovereenkomsten te verantwoorden;

Overwegende dat het in onze moderne samenleving immers gebruikelijk is, alsook wordt gedoogd, dat huurders van appartementsgebouwen van sociale huisvestingsmaatschappijen een huisdier bij zich houden, voor zover de aanwezigheid van deze dieren aan het geheel van de gemeenschappelijke uitrusting van de gebouwen en aan de andere bewoners geen schade noch burenlust veroorzaakt;

Dat dergelijke burenhinder en/of schade aan de gebouwen van de C.V. E., veroorzaakt door het houden van huisdieren door tweede, derde en vierde geïntimeerde, ter zake door de appellante evenwel niet is aangetoond;

Dat buiten de loutere bewering van de C.V. E., dat zij van bepaalde bewoners van het appartementsgebouw klachten heeft ontvangen, geen precieze klachten over hygiëne of hinder betreffende de dieren van de geïntimeerden, werden geformuleerd;

Dat zogenaamde klachten van personen, die anoniem willen blijven, ter zake weinig behatenswaardig en geloofwaardig zijn, zeker wanneer zestig andere bewoners hun verantwoordelijkheid wel opnemen en met opgave van hun identiteit, in een gezamenlijke verklaring stellen, dat zij geen bezwaar hebben, noch hinder ondervonden van het houden van kleine huisdieren in het appartementsgebouw;

Overwegende dat de sociale bedoeling van art. 10 van de huurovereenkomst er duidelijk enkel in bestaat om de hygiëne in en rond het appartementsgebouw te vrijwaren, of burenhinder te vermijden;

Dat evenwel noch de door appellante overgelegde foto's, noch enig ander gegeven bewijzen, dat de geïntimeerden door hun contractuele fout werkelijk het samenleven voor de andere bewoners moeilijker hebben gemaakt;

Overwegende dat C.V. E. in principe kan worden gevolgd, waar zij bij conclusie stelt dat zij, gelet op haar sociale functie, niet «stante pede» tot het instellen van een vordering tot ontbinding of tot geldigverklaring van een opzegging tegen de geïntimeerden kon doen overgaan;

Dat echter deze sociale taak aan de C.V. E. geen vrijbrief geeft om zolang te dralen, zoals zij het *in casu* blijkens de talrijke overgelegde aanmaningsbrieven heeft gedaan;

Dat de C.V. E. in de periode van 1979 tot 1986 tien aanmaningsbrieven aan het echtpaar D.-De V. heeft verstuurd, alsook talrijke ingebrekestellingen aan de andere geïntimeerden om hen aan te manen om hun huisdieren te verwijderen, doch gedurende ruim zeven jaar telkens naliet om langs gerechtelijke weg aan de bestaande feitelijke toestand een einde te maken, wat afdoend aantoonde dat deze verweeten fouten in werkelijkheid geen ernstige contractuele tekortkomingen waren;

Dat de C.V. E. pas op 16 september 1986 voor het eerst een gerechtelijk initiatief nam, terwijl zij voordien, niettegenstaande het versturen van talloze ingebrekestellingen, gedurende zeven jaar alles bij het oude liet en zodoende in werkelijkheid verder bleef gedogen dat de aangeschreven huurders hun huisdier bij zich hielden;

Overwegende dat de appellante zulk trouwens niet alleen aan de geïntimeerden heeft toegestaan, maar vroeger ook aan talrijke andere huurders, aangezien de C.V. E. in haar akte van hoger beroep stelt dat een «respectabel aantal

huurders» hun huisdier hebben verwijderd, hetgeen erop wijst dat zij ook vroeger het houden van een huisdier op ruime schaal heeft gedoogd, en hun contractuele fout toen klaarblijkelijk ook niet als ernstig beschouwde ;

Overwegende dat verder evenzeer moet gewezen op het besluit van de Vlaamse Executieve van 5 maart 1985 (*B.S.*, 15 mei 1985) en het besluit van 7 november 1984 (*B.S.*, 20 december 1984), dat in de nieuwe verplichte modelovereenkomsten voor de woningen die aan een door de Nationale Maatschappij voor de Huisvesting erkende vennootschap toebehoren, onder art. 16 uitdrukkelijk bepaalt dat het de huurders geoorloofd is huisdieren te houden, mits zij de bepalingen van het reglement van inwendige orde naleven, dat uitsluitend rekening zal houden met de aard van de woning, de ligging ervan en met overdreven burenlust ;

Dat aldus de contractuele tekortkoming van de tweede, derde en vierde geïntimeerde in het licht van deze nieuwe wetsbepaling evenmin als een ernstige fout kan worden aangemerkt ;

Overwegende dat verder ter zake vaststaat en niet wordt betwist door de appellante dat de C.V. E. bij brief van 24 november 1980 aan wijlen Aloïs C., de echtgenoot van de eerste geïntimeerde, niettegenstaande het contractueel beding, een afwijkende regeling heeft toegestaan, zij het om louter humane overwegingen ;

Dat, samen met het voorgaande, ook deze mogelijkheid tot het verlenen van uitzonderingen op het contractueel verbod, ongeacht de sociale, psychologische of louter humane redenen waarom zij werden verleend, te dezen afdoend aantoonde, dat de contractuele fout van de tweede, derde en vierde geïntimeerde niet van zo ernstige aard is, dat zij een ontbinding van een voor deze geïntimeerden eertijds vitaal contract geenszins kon verantwoorden ;

Dat ter zake wel mag worden aangenomen, dat de tweede, derde en vierde geïntimeerde financieel minder begunstigde burgers zijn, redenen waarom zij trouwens wettelijk bij de appellante als maatschappij voor sociale huisvesting voor een woning een beroep konden doen, daar zij op de algemene huurmarkt moeilijker of helemaal niet terecht kunnen ;

Dat de beweringen dat deze geïntimeerden over een auto beschikken, of een korte reis kunnen ondernemen, als dusdanig niet bewijzen dat deze huurders een sterkere positie op de huurmarkt innemen ;

Overwegende dat aldus, rekening houdend met al de bovenvermelde elementen, de door de C.V. E. ten laste van de tweede, derde en vierde geïntimeerde gevorderde huurontbinding volkomen ongegrond is ;

4. Overwegende dat verder ook de vorderingen strekkende tot geldigverklaring van de huuropzeggingen, en die strekkende tot onmiddellijke verwijdering van de huisdieren onder verbeurte van een dwangsom, zoals ze door de C.V. E. subsidiair werden geformuleerd, *in casu* niet inwilligbaar zijn ;

Overwegende dat de appellante principieel weliswaar gerechtigd is om, ofwel huuropzegging te doen, of om nog meer subsidiair, ter uitvoering van de huurovereenkomst, de verwijdering van de kwastieuze hondjes te vorderen, doch van deze rechten geen misbruik mag maken, wat zij te dezen wel heeft gedaan ;

Overwegende dat uit de chronologie der gebeurtenissen, zoals ze in het dossier van de appellante, alsook in de briefwisseling tussen de partijen in de dossiers van de geïntimeer-

den terug te vinden zijn, immers genoegzaam blijkt, dat de C.V. E., slechts na zeven jaar, wat al te laat was een gerechtelijke procedure heeft aangevat, waarbij zij dan zelfs «iteratief» alle mogelijke vorderingen tot beëindiging van de huurovereenkomsten, en uiteindelijk bij conclusie van 24 november 1986 zelfs een vordering tot verwijdering heeft ingesteld ;

Dat die handelwijze van de C.V. E. kennelijk strijdig is met de schadebeperkingsplicht van de partijen en de goede trouw bij de uitvoering van overeenkomsten ;

Dat de C.V. E., zoals ieder burger, zich zorgvuldig in de samenleving moet gedragen en ter zake op deze algemene zorgvuldigheidnorm een manifeste inbreuk heeft gepleegd, door zeven jaar te talmen alvorens een ondubbelzinnig standpunt in te nemen met betrekking tot het probleem van het houden van huisdieren in haar appartementsgebouw ;

Dat de appellante de tweede, derde en vierde geïntimeerde terdege gedurende zeven jaar met ruime tussenperiodes met tal van aanmaningen, ingebrekestellingen en dreigingen tot huuropzegging heeft bestookt, doch in werkelijkheid in die periode alles bij het oude liet en een uitgesproken passiviteit aan de dag legde om tot een duidelijke regeling te komen ;

Dat de C.V. E. gedurende deze zeven jaar een dubbelzinnige houding aannam, welke volledig onverenigbaar was met de inhoud van haar brieven ;

Dat een dergelijke inertie, vanwege de C.V. E., wier doelgebonden bevoegdheid het is om woningen te verhuren volgens de finaliteit van de sociale huisvestingswetgeving, terdege niet strookt met de houding die een normale voorzichtige sociale huisvestingsmaatschappij aanneemt en als een manifest foutieve gedraging harerzijds moet worden beschouwd ;

Dat het systematisch en na elkaar uittesten van verschillende mogelijke beëindigingsmechanismen voor de huurovereenkomst, alsook de eis tot onmiddellijke verwijdering van de nog aanwezige huisdieren, terwijl op generlei wijze daaruit voortspruitende schade en burenhinder is aangehouden, zeker als rechtsmisbruik van deze erkende vennootschap moet worden beschouwd, daar het minstens impliciet van een oogmerk tot schade aan de tweede, derde en vierde geïntimeerde doet blijken ;

Dat niet is aangetoond, dat het behoud van de nog aanwezige kleine huisdieren, de C.V. E. belemmert in het volbrengen van haar maatschappelijk doel, en ook het aangevoerde motief voor de opzegging om dezelfde redenen sub 3 uiteengezet niet voldoende ernstig is ;

Dat, anders dan wat de appellante in haar conclusie stelt, de drie aangevoerde criteria niet samen voorhanden moeten zijn om tot rechtsmisbruik in haar persoon te kunnen besluiten ;

Dat de sanctie op het rechtsmisbruik niet noodzakelijk bestaat in het totale verbeuren van de rechten waarvan misbruik is gemaakt, maar enkel in zijn vermindering tot een normaal gebruik of in een herstel van de schade die is veroorzaakt door het misbruik ;

Dat, wat de uitwerking van de toepassing van het rechtsmisbruik door de C.V. E. betreft, terdege een andere benadering dan in de privé-huur aangewezen is ;

Dat de afwending van de doelgebonden bevoegdheid tot beëindiging van de huurovereenkomst, alsook tot de verwijdering der dieren, terdege efficiënter wordt gesanctioneerd

door de weigering van de geldigverklaring van de gedane opzeggingen, alsook door de slechts beperkte inwilliging van de eis tot verwijdering van dieren, zoals deze bij het vonnis *a quo* voor de toekomst is toegestaan, met behoud van de aanwezige dieren zonder mogelijkheid tot vervanging;

Overwegende dat derhalve het hoofdberoep en het incidenteel beroep van de tweede, derde en vierde geïntimeerde, betreffende deze eisen, ongegrond voorkomt;

5. Overwegende dat voormelde vorderingen van de C.V. E. eertijds ook niet inwilligbaar waren ten laste van de eerste geïntimeerde op hoofdberoep;

Overwegende dat immers uit de brief van 24 november 1980, samen met de vermelding in de akte van hoger beroep blijkt, dat de C.V. E. in afwijking van art. 10, c, van de huurovereenkomst tegenover Aloïs C. en Nicole De W. eenzijdig de verbintenis op zich had genomen om de aanwezigheid van de hondjes van deze huurders te tolereren en om die reden de opzegging tegenover de eerste geïntimeerde en wijlen haar echtgenoot heeft ingetrokken;

Dat de C.V. E. blijkens haar brief van 24 november 1980 haar akkoord immers slechts aan twee voorwaarden had verbonden, nl. dat 1° bij overlijden de hondjes niet vervangen mochten worden, en 2° dat deze dieren niet hinderlijk mochten worden voor de burens;

Dat evenwel uit die brief niet blijkt, noch anderszins is aangetoond, dat de C.V. E. bij het toestaan van deze afwijking de bedoeling had om deze wijziging te laten vervallen bij het overlijden van Aloïs C.;

Dat de C.V. E., zoals bovenvermeld, haar akkoord duidelijk aan twee expliciete voorwaarden heeft verbonden en zulks ook had kunnen doen met betrekking tot het overlijden van de echtgenoot van de eerste geïntimeerde, maar dit niet heeft gedaan;

Overwegende dat alzo vaststaat, bij gebrek aan enig ander tegenbewijs, dat de C.V. E. het bestaan van haar afwijkende overeenkomst tegenover Noëlla De W. niet heeft verbonden aan een ontbindende tijdsbepaling;

Dat de maatschappij achteraf niet eenzijdig kan terugkomen op dit vroeger gegeven akkoord en zeker geen nieuwe voorwaarden aan haar eertijds verleende derogatie kan verbinden;

Dat daarenboven ook met betrekking tot de twee hondjes niet is aangetoond dat zij tot hun vrijwillige verwijdering ooit aan iemand last hebben berokkend, of dat deze dieren ooit enige schade hebben veroorzaakt;

Overwegende dat er derhalve in de persoon van de eerste geïntimeerde helemaal geen sprake is van enige tekortkoming aan haar contractuele verplichtingen; integendeel, er is een toelating, zodat de vorderingen van de C.V. E. ten laste van de eerste geïntimeerde, zelfs wanneer De W. haar diertjes niet vrijwillig had verwijderd, geenszins gegrond verklaard konden worden;

6. Overwegende dat het rechtsmiddel van de tweede, derde en vierde geïntimeerde met betrekking tot hun vordering tot schadevergoeding wegens tergend en roekeloos geding, te dezen evenmin inwilligbaar is;

Overwegende dat uit het voorgaande sub 3 en 4 immers blijkt en door deze geïntimeerden niet wordt betwist, dat zij zelf een fout hebben begaan, die aanleiding is geweest tot de onderhavige procedure;

Dat het enkele feit, dat de C.V. E. er niet in geslaagd is haar eisen door de rechtbank bevestigd te zien, op zichzelf

niet kan worden beschouwd als een fout die aanleiding geeft tot het toekennen van een schadeloosstelling aan de tegenpartij;

Dat anderzijds door de tweede, derde en vierde geïntimeerde geen specifieke omstandigheden betreffende het optreden in rechte van de C.V. E. zijn bewezen, welke blijk geven van een foutief processueel handelen *sensu lato* jegens deze geïntimeerden;

Dat bijgevolg hun respectieve vorderingen tot het verkrijgen van 35.000 fr. schadevergoeding als ongegrond moet worden afgewezen;

Overwegende dat daarentegen de tegenvordering van Noëlla De W. tot het verkrijgen van schadevergoeding wegens tergend en roekeloos geding ten laste van de C.V. E. gedeeltelijk ten belope van 10.000 fr. gegrond voorkomt;

Dat Noëlla De W. in haar aanvullende conclusie terecht staande houdt, dat de C.V. E. een evidente appreciatiefout heeft gemaakt omtrent de draagwijdte van haar rechten;

Dat lezing van de brief van 24 november 1980 en de brief van de raadsman van De W. dienaangaande volstonden om er zich van te onthouden een gerechtelijke procedure aan te vatten, zeker wanneer iedere twijfel omtrent de wederzijdse rechten en verplichtingen was weggenomen — wat door C.V. E. niet wordt betwist — door de oproeping in verzoening door Noëlla De W.;

Dat het instellen van een reeks «iteratieve» vorderingen, terwijl de C.V. E. geen enkel recht had om zich op te baseren, enkel om Noëlla De W. onder druk te zetten, terdege getuigt van lichtzinnigheid waarvan elk voorzichtig en behoedzaam mens zich dient te onthouden;

Dat dit doelbewust misplaatst optreden van de C.V. E. met alle nefaste psychologische en sociale implicaties voor De W., aan deze laatste terdege schade heeft berokkend, welke *ex aequo et bono* op 10.000 frank moet worden geraamd;

VREDEGERECHT TE ANTWERPEN

5e KANTON — 8 MEI 1990

Rechter: de h. Van Oosterwyck

Advocaten: mrs. Bacquaert en Dyck

1. Ontucht en prostitutie — Houden van een huis van ontucht of prostitutie — Begrip — 2. Handelshuur — Toepassingsgebied — Begrip ambachtsman — 3. Huur — Ontbinding wegens wanprestatie — Achterstand bij betaling van de huurprijs

1. *Het zichzelf prostitueren valt niet onder het Strafwetboek, alleen het tot ontucht aanzetten of ertoe dwingen, het exploiteren ervan, het voordeel trekken uit een anders ontucht en prostitutie, alsmede het houden van een huis van ontucht of prostitutie.*

Artikel 380bis, 2°, Sw. betreffende het houden van een huis van ontucht of prostitutie, is niet toepasselijk op de vrouw die een huis houdt waarin alleen zijzelf zich aan ontucht of prostitutie overlevert.

2. *Een ambachtsman in de zin van art. 1 van de Handelshuurwet is een zelfstandig vakman die alleen of met behulp van derden krachtens een contract van huur van diensten hoofdzakelijk materiële arbeidsprestaties levert die op technische vaar-*

digheid en beroepsbekwaamheid stoelen, en die te zijnen huize rechtstreeks met het publiek in contact staat en er zijn vak uitoefent, in zoverre daar geen levering van waren of slechts toevallige levering van waren mee gepaard gaat.

Een vrouw die een huis huurt waarin zij zichzelf prostitueert, oefent geen ambacht uit in de zin van art. 1 van de Handelshuurwet.

3. Een achterstand van één maand bij de betaling van de huurprijs is geen reden om de huurovereenkomst ten nadele van de huurder te ontbinden, te meer daar te dezen de vertraging voor een deel is veroorzaakt door het feit dat de verhuurder geen bankrekening heeft, wat wel het geval was bij de vorige verhuurder.

D. t/ J.

Gelet op het verzoekschrift van eiseres neergelegd ter griffie op 22 januari 1990 dat ertoe strekt, gezien de wanbetaling van de huur, de huurovereenkomst ontbonden te verklaren lastens verweerster, haar te veroordelen in betaling van de huur voor de maand december 1989, zijnde 19.500 fr. en tot bezettingsvergoeding van hetzelfde bedrag voor de maanden die vervallen na 31 december 1989 in de loop van het geding; subsidiair de gedane opzegging tegen 31 december 1989 goed en geldig te verklaren; (...)

Verweerster huurde ingevolge onderhandse geregistreerde akte van 1 januari 1984 van de vorige eigenaar Jean-Marie D. met ingang van 1 januari 1984 en voor een termijn van 3, 6, 9 jaar het pand (...) tegen de maandelijks geïndexeerde huurprijs van 15.900 frank, met mogelijkheid van opzegging door iedere partij bij het verstrijken van iedere driejaarlijkse periode. Eiseres koopt het pand aan bij akte van 4 juli 1989 en zegt verweerster op bij brief van 18 september 1989 tegen 31 december 1989. Bij brief van 24 januari 1990 laat eiseres aanvullend weten dat zij van zin is het huis zelf te gaan betrekken en bewonen. Zij voegt eraan toe: «Ik laat U hierbij ook weten dat ik heel het huis wens te renoveren (méér dan drie jaar huishuur als kostprijs). Ik voeg hierbij een gedetailleerde prijsopgave van de werken die aan het huis zullen worden uitgevoerd, door de firma De C. Voor zoveel nodig wordt U een nieuwe opzegging gedaan tegen 31 maart 1990 en dit alleen voor het geval het huurcontract niet ontbonden zou worden verklaard of de gedane opzegging tegen uiterlijk 31 december ll. in rechte zou worden verlengd.»

Handelshuur of burgerlijke huur?

Verweerster voert aan dat zij zich in het gehuurde prostitueert, dat dit geen onwettig karakter heeft en niet strijdig is met de goede zeden omdat de wet aan geen enkele rechts- onderhorige verbiedt zichzelf te prostitueren, dat zij in het gehuurde in hoofdzaak een ambacht bedrijft dat in rechtstreeks contact staat met het publiek en derhalve beschermd wordt door artikel 1 Handelshuurwet. Die bestemming werd vanaf de ingenottreding aan het verhuurde gegeven. Dat blijkt niet alleen uit een verklaring van de oorspronkelijke verhuurder (die men eventueel als «de complaisance» afgelegd zou kunnen beschouwen), maar ook *expressis verbis* uit een in kracht van gewijsde gegaan vonnis van dit gerecht van 11 juni 1985.

Zeker is dat het zichzelf prostitueren niet onder het Strafwetboek valt, alleen het tot ontucht aanzetten of ertoe dwingen, het exploiteren ervan, het voordeel trekken uit een anders ontucht en prostitutie (door het ontvangen van overdreven huurprijzen bv., Cass., 16 december 1974, *Pas.*, 1975, I, 418, *Arr. Cass.*, 1975, 453, of door het ontvangen van een overdreven voordeel: Cass., 27 januari 1964, *Pas.*, 1964, I, 561) alsmede het houden van een huis van ontucht of prostitutie (artikelen 379 tot 381 Sw.).

Wat dit laatste betreft, artikel 380bis, 2°, het houden van een huis van ontucht of prostitutie, is niet toepasselijk op de vrouw die een huis houdt waarin alleen zijzelf zich aan ontucht of prostitutie overlevert (Cass., nr. 8253, 4 september 1984, geciteerd door de uitgave E. Story-Scientia van het Strafwetboek en Wetboek van Strafvordering, I, 2e druk, Brussel, 1975, commentaar onder artikel 380bis Strafwetboek).

Verweerster stelt dus geen enkel met de strafwet strijdige daad; dit gegeven verheldert een verder onderzoek en laat dit op een serene wijze doen zonder ongunstig vooroordeel. Hierbij dient te worden opgemerkt dat het ook opvallend is dat grote kerkelijke denkers zoals Thomas van Aquino, en progressieve theologen als prof. Max Wildiers er een breeddenkende idee over prostitutie en haar maatschappelijke functie op nahielden en nóg houden: «Men zal Thomas van Aquino niet van losbandigheid beschuldigen. Toch was hij geen tegenstander van bijvoorbeeld, bordelen omdat hij wel wist dat zonder prostitutie de seksuele agressie in de maatschappij veel groter zou zijn.» En nog: «Het mindere kwaad toelaten om het grotere te bestrijden, dat ligt in de lijn van de kristelijke traditie» (Citaten van prof. Max Wildiers in Knack, 14-20 maart 1990, p. 15).

Het is met dezelfde openheid dat nu moet worden onderzocht of, zoals verweerster beweert, hier sprake kan zijn van een ambacht in de zin van artikel 1, Handelshuurwet. Wat is een ambachtsman (un artisan, van het Latijn «Ars»)? Is het degene die werk verricht voor al wie hem erom vraagt? (In die zin Vred. Brugge, 2e kanton, 8 december 1952, *R.W.*, 1952-53, 1119, en Pauwels, A., *Handelshuur*, Brussel, Larcier, 1971, A.P.R., 33, nr. 30). Die definitie is onvoldoende duidelijk en onvolledig. (La Haye, M. en Vankerckhove, J., in *Les Nouvelles. Droit civil*, boek VI, deel II, *Les baux commerciaux*, Brussel, Larcier, 1984, nr. 1390.)

Beter is reeds te spreken van een zelfstandig vakman die het beroep uitoefent waarbij lichamelijke arbeid te pas komt alsook een zekere technische vaardigheid (Pauwels, A., *o.c.*, 33, nr. 30).

Geeft de handelshuurwet zelf geen oplossing, dan moet de vraag gesteld worden of deze niet te vinden is in de wet van 18 maart 1965 op het ambachtsregister. (*B.S.*, 31 maart 1965, *Omnilegie*, 1965, 572, nr. 313)? Artikel 2 bepaalt immers: «Voor de toepassing van deze wet is niet handel drijvende arbeidsman (sic, waarschijnlijk een lapsus en is «ambachtsman» bedoeld, zie de Franse tekst: «artisan non commercant»), iedere natuurlijke persoon die gewoonlijk hetzij als hoofdberoep, hetzij als bijberoep, krachtens een contract van huur van diensten, hoofdzakelijk materiële arbeidsprestaties levert, voor zover daarmee geen levering van waren of slechts toevallige levering van waren gepaard gaat.» Het antwoord is bevestigend op die uitzondering na dat de hoedanigheid van ambachtsman beschermd door de handelshuurwet kan worden uitgebreid tot handelsvennootschap-

pen ('t Kint, J., en Goldhaird, M., *Le bail commercial*, in *Rép. Not.*, deel VIII, boek IV, Brussel, Larcier, 1981, nr. 20; La Haye, M. en Vankerckhove, J.; *o.c.*, 26, nr. 1390). Ook het K.B. van 25 augustus 1965 betreffende de lijst van ambachtsbedrijvigheden (*B.S.*, 14 september 1965, *Omnilegie*, 1965, 1948, nr. 986) kan een stuk oplossing bieden; de opsomming is immers niet limitatief (cf. Het verslag aan de Koning, *Omnilegie*, 1965, 1950; cf. Jurion, M.L., *Régistre de commerce et Régistre de l'artisanat*, in *Rép. Not.*, deel XII, boek I, Brussel, Larcier, 1980, nr. 72). Essentieel voor de toepassing van artikel 1 Handelshuurwet is verder dat het ambacht wordt uitgeoefend in rechtstreeks contact met het publiek.

Aan de hand van het voorgaande zou de volgende definitie als proeve van besluit kunnen gelden voor een door de wet beschermd ambachtsman: een zelfstandig vakman die alléén of met behulp van derden krachtens een contract van huur van diensten hoofdzakelijk materiële arbeidsprestaties levert die op technische vaardigheid en beroepsbekwaamheid stoelen, en die te zijnen huize rechtstreeks met het publiek in contact staat en er zijn vak uitoefent, een en ander in zoverre daar geen levering van waren, of slechts toevallige levering van waren mee gepaard gaat. Gewoonlijk citeert men als voorbeelden van een ambachtsman in de door artikel 1 Handelshuurwet bedoelde zin: de kleermaker, de haarkapper, de naaister die thuis werkt, de wasvrouw, de stoppage, de schoenmaker, de smid, de horlogemaker, de timmerman-houtbewerker, enz. (zie Pauwels, A., *o.c.*, 33, nr. 31; La Haye, M. en Vankerckhove, J.; *o.c.*, nr. 1391; Pauwels, A., en Raes, P., *Bestendig handboek huishuur en handelshuur*, Brussel, De Nieuwe Uitgeverij Excelcior, losbladig, nr. 355, C.).

Misschien vertoont verweerster enkele gemeenschappelijke trekken met sommige van die ambachten, zeker is voor haar belangrijk dat zij haar beroep kan blijven uitoefenen in de (...) van oudsher een oord waar aan prostitutie gedaan wordt, maar zelfs met de breedst mogelijke opstelling, aan de hand van de hierboven gegeven proeve van definitie, en van de voorbeelden in rechtsleer en rechtspraak, oefent zij geen ambacht uit in de zin van artikel 1 handelshuurwet. Maatschappelijk voelt het zeker zo aan, en juridisch ook; moet de rechter in zijn poging de wet te verklaren niet voortgaan op wat binnen de maatschappij leeft? En dat verweerster dit zelf aanvoelt blijkt toch uit het feit dat zij nooit enige inschrijving in het ambachtsregister genomen heeft (een inschrijving die, zoals zij terecht opmerkt, weliswaar niet vereist is om louter verweer te voeren; artikel 29 van voormelde wet van 18 maart 1965 verklaart alleen elke hoofdeis, tegen eis of eis in tussenkomst welke zijn grond vindt in een ambachtsbedrijvigheid waarvoor verzoeker niet ingeschreven was in het ambachtsregister bij het instellen van de vordering, niet ontvankelijk).

Verweerster kan zich dus niet op de Handelshuurwet beroepen.

Subsidiar voert zij aan dat de door eiseres ingeroepen reden om op te zeggen een drogrede is en dat de opzegging niet voldoet aan de wet van 22 december 1989 op de bescherming van de gezinswoning. (*B.S.*, 30 december 1989). Het ingeroepen persoonlijk gebruik is van meet af aan niet oprecht of niet voor uitvoering vatbaar, zegt verweerster, en dan mag de rechter de opzegging (weigeren van huurhernieuwing) verwerpen. (Cass., 31 januari 1975, *R.W.*, 1975-76, 31, noot; Rb. Antwerpen, 8 januari 1976, *R.W.*, 1975-76,

2503, hervormend Vred. Borgerhout, 18 september 1975, noot A.M. Stubbe-Pauwels; Vred. Borgerhout, 18 september 1975, *R.W.*, 1975-76, 2515, noot.

De drogrede bestaat er volgens verweerster in dat zij niet goed inziet waarom eiseres het verhuurde goed zou gaan bewonen nu zijzelf in de (...) te Antwerpen woont; de reden is nogal gemakkelijk te achterhalen: eiseres heeft immers dit onroerend goed aangekocht bij akte verleden voor notaris V. op 4 juli 1989.

Het is dan nogal logisch dat zij dit goed wil gaan betrekken ook; dit motief is hic et nunc volkomen valabel, en het volstaat op zichzelf zonder dat nog eens moet worden nagegaan of er ook van de renovatiewerken iets in huis zal komen; eiseres wil inderdaad te veel bewijzen maar één van de opgegeven redenen is afdoende.

Maar nu terug tot de vordering van eiseres. Bij tweede conclusie neergelegd ter griffie op 23 maart 1990 vraagt eiseres:

«Verder akte van uitbreiding van eis te verlenen aan concluante betreffende de achterstallige huur voor de maand maart 1990 t.b.v. 17.333 fr. te vermeerderen met 1.878 fr. indexering, vervallen sedert 1 januari 1990;

«Deze verdere uitbreiding van eis ontvankelijk en gegrond te verklaren en verweerster te veroordelen tot betaling van het totale bedrag van 19.211 fr.;

«Dat verder concluante volhardt in haar vorige conclusie waar zij de ontbinding van de huur vordert tegen 31 maart 1990 goed en geldig te verklaren;

«Dat verder concluante haar eerste conclusie bevestigt, wat betreft de uitdrijving van verweerster binnen de 24 uur na betekening van het te vellen vonnis en verder volhardt in het beschikkend gedeelte van haar eerste conclusie zonder enige uitzondering of voorbehoud.»

Verweerster doet gelden dat de betaling van de huur is uitgevoerd, minstens onderweg is, en zij verzet zich niet tegen de indexering. Er is bijgevolg verschuldigd: geïndexeerde huur maart 1990 of 17.959 fr., en het verschil indexatie januari en februari 1990, te weten (17.959 fr. - 17.333 fr.) x 2 = 1.252 frank, in totaal is er dan ook verschuldigd: 17.959 fr. + 1.252 fr. = 19.211 fr.

Eén maand achterstand van huur is zeker geen reden om de huurovereenkomst te ontbinden; daarbij komt nog dat er heel wat misgelopen is nu eiseres geen bankrekening heeft terwijl dit wel het geval was voor de vorige eigenaar; een deel van de laattijdigheid vindt dan ook daarin zijn oorzaak.

Eiseres vraagt in die omstandigheden geldigverklaring van haar opzegging tegen 31 maart 1990, maar ze vergeet dat de reeds genoemde wet van 22 december 1989, in werking getreden op de dag van haar bekendmaking, zegge 30 december 1989, de huurovereenkomst die was opgezegd tegen 31 december 1989, met één jaar verlengd heeft (art. 2 van de wet).

Vanzelfsprekend kan eiseres volgens artikel 4 van die wet opzegging doen om het goed zelf te gaan bewonen, wat zij gedaan heeft op 24 januari 1990, terwijl onder gelding van de vroegere wetgeving geen reden van opzegging moest worden opgegeven. Maar tegen welke termijn? Moet nu niet worden aangenomen dat, wanneer de wetgever de verhuurder toestaat gedurende de verlenging de huurovereenkomst te beëindigen o.m. om het verhuurde goed persoonlijk en werkelijk te bewonen, dit impliceert dat hij conventioneel

ook dat recht moest hebben? Het antwoord is naar de mening van de rechtbank bevestigend, met andere woorden we bevinden ons nu sinds 1 januari 1990 reeds in de derde huurperiode van drie jaar, en conventioneel zou een opzegging slechts mogelijk zijn tegen 31 december 1992.

Daar het gevolg van de nieuwe wet is dat de tegen 31 december 1989 gedane opzegging wordt verlamd, en de huurovereenkomst met één jaar wordt verlengd, dit is tot 31 december 1990, kan de door eiseres op 24 januari 1990 gedane opzegging geen effect sorteren tegen 31 maart 1990, maar krijgt de oude, oorspronkelijke opzegging uitwerking op 31 december 1990.

...

RECHTSpraak IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (3e Kamer), 21 mei 1990

Aanneming van werk – Niet geregistreerde aannemer – Hoofdelijke aansprakelijkheid van opdrachtgever voor S.Z.-bijdragen – Vrijstelling – Verbouwing van individuele woongelegenheden – Goed dat alleen maar tot huisvesting dient

Het bestreden arrest wordt om de volgende redenen vernietigd:

«Overwegende dat artikel 30bis, §§ 1 en 3, van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders, bepaalt dat een ieder die voor de uitvoering van de door de Koning te bepalen werkzaamheden een beroep doet op iemand die niet geregistreerd is op de lijst van aannemers die voldoen aan desbetreffende wettelijke en reglementaire bepalingen in de mate die het bepaalt, hoofdelijk aansprakelijk is voor de betaling van de door hem aan eiser verschuldigde bedragen;

«Dat onder die werkzaamheden onder andere de uitvoering van het verrichten van een werk in onroerende staat voorkomt, in de zin van artikel 1, 1°, van het koninklijk besluit van 5 oktober 1978 tot uitvoering van voormeld artikel 30bis;

«Dat die bepalingen niet toepasselijk zijn volgens § 6 van datzelfde artikel 'op het verbouwen, het inrichten, het herstellen, het onderhouden of het reinigen van een bestaande individuele woongelegenheden';

«Dat die uitzondering, die strikt moet worden uitgelegd, enkel slaat op de individuele woongelegenheden, in de gewone betekenis van het woord, te weten het onroerend goed dat enkel tot huisvesting dient;

«Overwegende dat het arrest, door te beslissen dat de in § 6 bedoelde uitzondering van toepassing is wanneer de individuele woongelegenheden 'bijkomstig ook voor beroepsdoel-einden wordt gebruikt', het toepassingsgebied van de door de §§ 1 en 3 van artikel 30bis ingevoerde maatregel onwettig beperkt.»

(Voorzitter: de h. Châtel, eerste voorzitter – Rapporteur: de h. Rappe – Openbaar ministerie: mevr. Lieken-

dael – Advocaat: mr. De Bruyn – In de zaak: R.S.Z. t/ D.)

NOOT – Zie Cass., 5 september 1988, *Arr. Cass.*, 1988-89, nr. 4.

Hof van Cassatie (1e Kamer), 21 juni 1990

Inkomstenbelastingen – Stopzetting van beroeps werkzaamheid van een zelfstandige – Latere verkoop van het gebouw – Meerwaarde – Belastbaarheid

Eiser, die sedert 1 oktober 1963 garagehouder was, zette die zelfstandige activiteit stop op 1 januari 1976. Hij werd werkend vennoot in een besloten vennootschap en verhuurde het gebouw waarin hij zijn activiteit had uitgeoefend. Op 1 juni 1978 verkocht hij het gebouw aan zijn vroegere monteur. Op grond dat hij daarbij een meerwaarde realiseerde, werd hij voor het belastingjaar 1979 in de personenbelasting belast tegen de afzonderlijke aanslagvoet van 16,5%. Eisers voorziening tegen het bestreden arrest (Hof Brussel, 26 april 1988), dat beslist dat de meerwaarde belastbaar is ingevolge art. 31, 1°, W.I.B. als inkomsten van het belastbaar tijdperk 1978, wordt om de volgende redenen afgewezen.

«Overwegende dat uit de vermeldingen van het arrest weliswaar volgt dat eiser op 1 januari 1976 de exploitatie van zijn bedrijf als garagehouder volledig en definitief heeft stopgezet en dat de verkoop van het gebouw waar hij die activiteit uitoefende en die hem een meerwaarde van 1.174.805 frank heeft opgeleverd, pas op 1 juni 1978 is gebeurd;

«Dat evenwel de tijdsspanne tussen de stopzetting van de exploitatie en de verkoop op zichzelf niet belet dat de winst of baat die voortvloeit uit die meerwaarde, is behaald of vastgesteld, zoals artikel 31, 1°, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen zegt, uit hoofde of ter gelegenheid van die stopzetting van activiteit;

«Overwegende dat het arrest vaststelt dat de verkoop van het gebouw door eiser aan zijn vroegere monteur is gedaan met het oog op de tegeldemaking van de activa die voor de stopgezette exploitatie waren gebruikt; dat het bijgevolg zijn beslissing dat die meerwaarde op grond van voornoemd artikel 31, 1°, moest worden belast, naar recht verantwoordt.»

(Voorzitter-rapporteur: de h. Sace – Openbaar ministerie: de h. Janssens de Bisthoven – Advocaten: mrs. Kirkpatrick en De Bruyn – In de zaak: B. t/ Belgische Staat)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 22 juni 1990

Gemeentebelasting – Op tweede verblijf – Gemeente Asse – Tweede verblijf – Begrip

De bestreden beslissing (Bestendige Deputatie Brabant, 28 april 1988) wordt om de volgende redenen vernietigd:

«Overwegende dat de beslissing betrekking heeft op een aanslag in de belasting op de tweede verblijven, dienstjaar 1987;

«Overwegende dat artikel 2 van het onderwerpelijk belastingreglement bepaalt: 'Onder tweede verblijf moet worden verstaan elke andere private woongelegenheden dan die wel-

ke voor het hoofdverblijf is aangewend, waarvan de gebruikers niet voor hun gewoon verblijf zijn ingeschreven in de bevolkingsregisters en hun fiscale woonplaats niet in de gemeente hebben, en waarover zij op elk ogenblik, hetzij als eigenaar, hetzij als huurder, hetzij als houder van een gebruiksvergunning, kunnen beschikken al dan niet tegen betaling, dit ongeacht het feit of het gaat om landhuizen, bungalows, appartementen, (...);

«Dat luidens artikel 5 van hetzelfde reglement 'geacht wordt op ieder ogenblik over een tweede verblijf te beschikken, hij die het tijdens het aanslagjaar gedurende ten minste negen maanden, zelfs bij tussenpozen, kan betrekken»;

«Dat die bepalingen niet uitsluiten dat een appartement waar een persoon zijn wettelijke woonplaats en hoofdverblijfplaats gevestigd heeft, door een ander persoon gebruikt wordt als tweede verblijf»;

«Overwegende dat de beslissing, door het tegenovergestelde aan te nemen en door op die grond het bezwaarschrift van verweerder tegen de aanslag in de belasting op de tweede verblijven, in te willigen, de voormelde artikelen van het onderwerpelek belastingreglement schendt.»

(Voorzitter: de h. Soetaert – Rapporteur: mevr. Baeté-Swinnen – Openbaar ministerie: de h. D'Hoore – In de zaak: Gemeente Asse t/ K.)

BOEKEN

S. VAN CROMBRUGGE, M. STORME, J. COUTURIER en K. RIMANQUE (red.), **Actuele problemen van fiscaal recht**, Antwerpen, Kluwer, 1989, 372 pp.

Dit boek is een bundeling van de bijdragen die werden geleverd voor de vijftiende uitgave van de postuniversitaire cyclus Willy Delva. Deze cyclus, die tijdens het academiejaar 1988-89 plaatsvond aan de rechtsfaculteiten van resp. de R.U.G. en de U.I.A., werd volledig gewijd aan het fiscaal recht. Hoewel dit boek reeds enige tijd op de markt was verschenen alvorens het ter bespreking werd aangeboden, verdient het alle aandacht. De tand des tijds mag in fiscale aangelegenheden dan wel vlijmscherp zijn, de titel van het boek dekt nog steeds in grote mate de inhoud.

In de eenentwintig rapporten komen de meest uiteenlopende takken en aspecten van het fiscaal recht aan bod. Zij zouden kunnen worden gerangschikt onder de hierna volgende categorieën.

Een eerste categorie omvat enkele fundamentele problemen. Zo gaat P. Van Orshoven (blz. 1-40), na een vrij uitvoerige uiteenzetting over de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (a.b.b.b.), na in welke mate deze beginselen ook van toepassing zijn op het fiscaal bestuur. Verschillende algemene beginselen, o.m. de hoorplicht, de onpartijdigheid, de motivering, de redelijkheid, het verbod van willekeur, de fairplay, komen aan bod. De auteur besluit dat a.b.b.b. niets anders zijn dan algemene rechtsbeginselen die bij elke uitoefening van administratieve – ook de fiscale – taken van de overheid moeten worden nageleefd.

Hier enigszins bij aansluitend bespreekt I. Claeys Bouvaert enkele problemen die op het fiscaal vlak rijzen in verband met de bescherming van de erkende fundamentele rechten. Zo beschrijft hij o.m. de toepasselijkheid van de jurisdictionele waarborgen van art. 6 E.V.R.M. in het fiscaal proces en de verenigbaarheid van de inmiddels getemperde (art. 2 W. 7 december 1988) samenvoeging van de inkomsten van echtgenoten met het recht te huwen (art. 12 E.V.R.M.). Bij de beoordeling van de toepasselijkheid van fundamentele rechten op het vlak van het formeel fiscaal recht, is volgens de auteur een centraal gegeven de spanning tussen enerzijds het beginsel dat de belastingplichtige bij de vaststelling van de belastbare

feiten met de Administratie moet meewerken, hetgeen inhoudt dat hij in beginsel moet worden geloofd, en anderzijds de mogelijkheid voor de Administratie om te controleren. Efficiëntie en rechtvaardigheid zijn de twee polen van dit spanningsveld. Met betrekking tot de eerbiediging van de grondrechten is wellicht de belangrijkste ontwikkeling sinds de cyclus Delva de in België ingevoerde controle door het Arbitragehof van – ook fiscale – wetten, decreten en ordonnanties aan het gelijkheidsbeginsel. Art. 6bis herhaalt dit beginsel op negatieve wijze door uitdrukkelijk elke discriminatie te verbieden m.b.t. het genot van de rechten en de vrijheden. Deze bepaling heeft een ruimer toepassingsgebied dan titel II van de Grondwet: de Belgen en hun rechte; zo moeten o.m. ook de rechten op een behoorlijke rechtsbedeling (artt. 94, 96, 97 en 98 Gw.) en op gelijkheid m.b.t. belastingen (art. 112 Gw.) daaronder worden begrepen. In een recent arrest (nr. 18/90, overweging B.11.3) heeft het Arbitragehof art. 6bis Gw. zeer ruim geïnterpreteerd door te bevestigen dat deze bepaling de Belgen ook de rechten en vrijheden waarborgt die voortvloeien uit internationale verdragsbepalingen die België binden en in de interne rechtsorde rechtstreekse werking hebben (Rimanque, K., *De regel is niet steeds recht*, Antwerpen, Kluwer, 1990, 82-83).

Het belang van deze ontwikkeling is vnl. dat het Arbitragehof (fiscale) wetten, decreten en ordonnanties *erga omnes* kan vernietigen wegens «discriminatie».

T. Delahaye (blz. 33-40) bespreekt in zijn bijdrage uitvoerig de problematiek «belastingontduiking -ontwijking». In het bijzonder komt de inmiddels bekende vraag aan bod of bij juridische constructies van veinzing kan worden gesproken indien de fiscale waarheid niet beantwoordt aan de bedrijfseconomische werkelijkheid. In het arrest van 29 januari 1988 heeft het Hof van Cassatie de theorie van de bedrijfseconomische werkelijkheid afgeschreven (Cass., 29 januari 1988, *R.W.*, 1987-88, 1509-1511, met noot A. Haelterman). Deze opvatting heeft het Hof van Cassatie nadien nog bevestigd t.o.v. fusies door opnemings van een winstgevend vennootschap door een verliesgevend vennootschap met het oog op de fiscale verwerking van vroegere verliezen (Cass., 22 maart 1990, *T.R.V.*, 1990, 311-314, met noot S. Van Crombrugge, *R.W.*, 1990-91, 61).

Inmiddels is de wetgever opgetreden. Hij heeft geopteerd voor een kwantitatieve beperking van de in geval van belastingvrije opnemings overdraagbare verliezen (art. 114, tweede lid, W.I.B.). Deze regeling treft evenwel niet de inbreng of de opnemings met belasting. Evenmin sluit ze uit dat de fiscus zelfs in geval van een belastingvrije fusie door opnemings, de beperkte verliesoverdracht algeheel afwijst wanneer hij kan aantonen dat de fusie gesimuleerd is.

Wanneer de fusie een opnemings betreft van een verliesgevend vennootschap door een winstgevend vennootschap, kan er geen aftrek zijn van de vroegere verliezen. Vroegere verliezen zijn immers slechts aftrekbaar bij de ondernemings die ze heeft geleden (cf. de klassieke regel: Cass., 8 juni 1936, *Pas.*, 1936, I, 282; *Gedr. St., Senaat*, 1989-90, nr. 806/1, blz. 77).

Tot de rubriek fundamentele problemen kan ook de vraag betreffende de autonomie van het fiscaal recht worden gerekend. Hierover bevat de bundel twee bijdragen. J.J. Couturier (blz. 143-151) onderzoekt de verhouding tussen het fiscaal recht en het boekhoudrecht. Ondanks de sterke toenadering tussen beide rechtstakken wijst de auteur op een aantal distorsies. Hoewel sommige ervan weg te werken zijn, zijn andere inherent aan niet prijs te geven fiscale geboden. Een volledige toenadering tussen het fiscaal recht en het boekhoudrecht is daardoor moeilijk te verwezenlijken. Door de belastinghervorming in 1989 (wet van 22 december 1989) is gepoogd een aantal distorsies weg te werken, zoals bv. op het vlak van de herwaarderingsmeerwaarden, waarbij werd getracht om het fiscaal begrippenarsenaal gelijk te trekken met de boekhoudrechtelijke begrippen. Een algehele afstemming bleek evenwel niet mogelijk (*Gedr. St., Senaat*, 1989-90, nr. 806/11, blz. 2). De wet van 22 december 1989 heeft daarnaast ook enkele distorsies tot stand gebracht. Men denke bv. aan de afschrijving van immateriële vaste activa. Art. 48, § 4, W.I.B. schrijft een lineaire afschrijving voor over niet minder dan vijf jaar, hetgeen overeenkomt met de boekhoudkundige maximumtermijn.

E. Krings (blz. 191-202) behandelt de toepassing van het Gerechtelijk Wetboek in fiscale geschillen. Voor de verhouding van de regels van het Gerechtelijk Wetboek tot de regels eigen aan de fiscale rechtsvordering moet worden verwezen naar art. 2 Ger.W. Hieruit kan algemeen worden afgeleid dat, voor zover het belastingrecht ei-

gen regels inhoudt, die rekening houden met de eigen aard van de betrekkingen tussen het bestuur en de belastingschuldige, de bepalingen van het Ger.W. niet toepasselijk zijn. Het Ger. W. dient bijgevolg enkel als aanvulling voor zover zulks mogelijk is, wanneer de fiscale wet geen uitsluitel geeft. A. Alen en B. Seutin (blz. 335-357) ten slotte bespreken de staatsrechtelijke verdeling van de fiscale bevoegdheden, meer bepaald na de bijzondere wet van 16 januari 1989 betreffende de financiering van de gemeenschappen en de gewesten.

In de *tweede categorie* rapporten die het boek bevat, worden meer specifieke problemen van voornamelijk materieel recht behandeld. Zo bespreken S. Van Crombrugge en P. Colle (blz. 41-60) de invloed van het faillissement in het fiscaal recht. De beide auteurs behandelen zowel de invloed op het materieel als op het formeel fiscaal recht. Zij stellen vast dat de moeilijkheden vooral rijzen op het vlak van het materieel fiscaal recht, meer bepaald wat betreft de B.T.W. en het lot van de voorafbetalingen in de inkomstenbelastingen.

Na een algemene schets van de socio-economische problematiek van de onderhoudsverplichtingen in België beschrijft K. Peeters (blz. 61-87) de aftrekbaarheid van de uitkering tot onderhoud. Een van de voorwaarden voor aftrekbaarheid is dat de uitkering betaald of toegekend moet zijn ter uitvoering van een verplichting voortvloeiende uit de artikelen van het B.W. of het Ger.W. Deze lijst van artikelen opgenomen in de artikelen 67, 3°, 71, 1, 3° en 92bis W.I.B. en gewijzigd door de programmawet van 30 december 1988, wordt door de auteur uitvoerig besproken.

De bijdrage van S. Sablon (blz. 101-110) handelt over het begrip «normaal beheer van privaat vermogen» in de zin van art. 67, 1°, W.I.B. (zie hierover recent ook Bergen, 5 januari 1990, *A.F.T.*, 1990, 241, met noot).

K. Geens (blz. 111-142) gaat vervolgens uitvoerig in op de professionele vennootschap en in het bijzonder op de fiscale voordelen die het gebruik ervan inhoudt. Hij wijst o.m. op de problemen in verband met de inbrengvatbaarheid en de afschrijving van de cliënteel of goodwill, alsook op de misbruiken die dienaangaande hebben bestaan. De belastinghervorming in 1989 bevat maatregelen tegen deze misbruiken (zie hierover: Couturier, J. en Peeters, B., «Goodwill en overprijs na de belastinghervorming in 1989», *R.W.*, 1990-91, te verschijnen). Geens besluit zijn bijdrage met een overzicht van een aantal parameters die de keuze ten voordele van een bepaalde rechtsvorm van de professionele vennootschap kunnen beïnvloeden.

Ten slotte bespreekt S. Van Crombrugge (blz. 153-160) de toepassing in *fiscalibus* van de theorie over de doorbraak van de rechtspersoonlijkheid.

Een *derde categorie* van rapporten betreft de vaststelling en de invordering van belastingen. Ze zijn te talrijk voor een uitvoerige bespreking. Daarom wordt volstaan met een opsomming. L. Maes (blz. 61-66) bespreekt de aanslag volgens tekenen en indicïen en L. Weyts (blz. 89-100) behandelt de rol van de notaris bij de invordering van inkomstenbelastingen en B.T.W. De onderzoeksmachten van de fiscus op het gebied van de inkomstenbelastingen en de B.T.W. worden onderzocht resp. door A. Spruyt (blz. 161-178) en H. Geinger (blz. 179-190). H. Vandeborgh (blz. 203-214), L. Gheysens (blz. 215-242) en P. Cooreman (blz. 243-254) bieden een meer algemene bespreking van de geschillenbehandeling op het gebied van resp. de B.T.W., de douane en accijnzen en de lokale belastingen. Het is duidelijk dat deze bijdragen als gevolg van de op komst zijnde hervorming van de fiscale procedure, weldra aan actualisering toe zijn.

Het boek bevat afsluitend drie bijdragen over bepaalde inter- en supranationale aspecten van het belastingrecht. L. Hinnekens (blz. 255-284) onderzoekt de problematiek van treaty-shopping en de anti-misbruikregels die op dit domein bestaan.

De internationale samenwerking tussen fiscale administraties wordt behandeld door J.P. Lagae en I. Behaeghe (blz. 285-334). Deze bijdrage omvat drie onderdelen. Allereerst wordt nagegaan in hoeverre de administratieve bijstand tussen de nationale belastingautoriteiten verzoekenbaar is met het internationaal-publiekrechtelijk beginsel van de belastingsovereïniteit van de soevereine staat. Vervolgens wordt aandacht besteed aan de uitwisseling van inlichtingen tussen de Belgische en de buitenlandse belastingadministraties en ten slotte wordt dieper ingegaan op de invorderingsbijstand tussen deze administraties.

In het laatste rapport bespreekt F. Vanistendael (blz. 359-372) de stand van zaken op het vlak van de belastingharmonisatie in de Europese Gemeenschappen. Niet zozeer technische als wel politieke problemen lijken een vergaande harmonisatie te bemoeilijken. Zowel de budgettaire verschuiving als een effectieve fiscale controle door een Europees orgaan houden immers belangrijke beperkingen in van de nationale soevereïniteit.

Afrondend kan worden gesteld dat het voorliggend boek waardevolle bijdragen bevat. Zij geven een mooi overzicht van thans nog belangrijke knelpunten in het fiscaal recht. De bijdragen over de fiscale geschillenbeslechting zullen in de nabije toekomst echter moeten worden geactualiseerd als gevolg van de op til zijnde hervormingen.

Bruno Peeters

B. DUBUISSON, Le sort des assurances de personnes en cas de divorce ou de séparation de corps, Brussel, Bruylant, 1990, 280 pp.

Het door Dubuisson behandelde onderwerp ligt op het raakvlak tussen het verzekeringsrecht, het echtscheidingsrecht en het huwelijksvermogensrecht. Dubuisson geeft eerst (deel I, hoofdstuk 1, pp. 11-27) een overzicht van de verschillende vormen van levensverzekering. Hij behandelt daarbij zowel de individuele levensverzekering, als de groepsverzekering als het pensioensparen. In het tweede hoofdstuk van het eerste deel (pp. 29-38) geeft Dubuisson een overzicht van de verschillende echtscheidingsvormen. In een tweede deel (pp. 39-230) behandelt hij het lot van de levensverzekering tijdens de echtscheidingsprocedure en in het derde deel (pp. 231-267) het lot van de levensverzekering na overschrijving van het echtscheidingsvonnis. Hij geeft daarbij eerst een overzicht van de vermogensrechtelijke situatie van de echtgenoten tijdens de echtscheidingsprocedure en na de overschrijving van het echtscheidingsvonnis in het algemeen, en past daarna deze algemene regels toe op de levensverzekering.

De problematiek van het lot van de levensverzekering bij echtscheiding is in de wet slechts zeer onvolledig geregeld. Er bestaat helemaal geen wetsbepaling inzake de levensverzekering door de ene echtgenoot afgesloten in het voordeel van de andere. Wat de levensverzekering door de echtgenoot-verzekeringnemer afgesloten in zijn eigen voordeel betreft, is slechts de situatie geregeld waarin de verzekeringsuitkering na de ontbinding van de huwelijksgemeenschap wordt uitbetaald. Dubuisson tracht voor elke situatie een oplossing te geven. Soms volgt hij daarbij de traditionele weg (bijvoorbeeld wat de kwalificatie van de levensverzekering door de ene echtgenoot afgesloten in het voordeel van de andere betreft; hij volgt hier de traditionele leer en kwalificeert deze rechtshandeling als een indirecte schenking). Soms ook is de opvatting van Dubuisson nieuw. Zo gaat hij ervan uit dat de schuldvordering op de verzekeringsmaatschappij, die het gevolg is van het afsluiten van een levensverzekering tijdens het huwelijk, in de gemeenschap valt en dus bij de vereffening-verdeling ervan betrokken moet worden. Hierbij moet deze schuldvordering dan gewaardeerd worden op de theoretische afkoopwaarde van de levensverzekering.

Het boek van Dubuisson is in elk geval een goede inleiding in de materie.

N. Torfs

TIJDSCHRIFTEN

Panopticon, 1989

januari-februari

Fijnaut, C., Het akkoord van Schengen; Verlinden, J., De toepassing van artikel 6 E.V.R.M. in strafzaken buiten het stadium van het vonnisgerecht (1); Christie, N., The utility of violence; Boutmans, E., De toepassingsmogelijkheden van de Racisme-wet; Fijnaut, C., Het beeld van de georganiseerde misdaad. Een vergelijking tussen de Verenigde Staten en West-Europa.